

Université Paris II - Panthéon-Assas

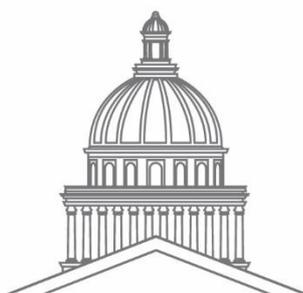
école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 19 novembre 2021

**La structuration du comité social et économique
par la négociation**

Droit et pratique de la négociation institutionnelle

Thèse de Doctorat / novembre 2021



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Aurélien Jusselin

Sous la direction de :

Monsieur Arnaud MARTINON

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

Madame Florence BERGERON-CANUT

Professeur à l'Université de Montpellier

Monsieur Bernard GAURIAU

Professeur à l'Université d'Angers

Madame Laurence PECAUT-RIVOLIER

Conseiller à la Cour de Cassation

Monsieur Arnaud MARTINON

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier l'ensemble des personnes qui ont permis, de quelque manière, la réalisation de ce travail de recherche. Que soient particulièrement remerciés :

Monsieur le Professeur Arnaud Martinon de m'avoir confié ce sujet de thèse si passionnant, d'avoir accepté de diriger cette thèse et de m'avoir accompagné tout au long de la réalisation de ce travail en me prodiguant les conseils opportuns à l'élaboration de celui-ci.

Dominique Mialon, Vincent Maurice, Camille Toldema, Pierre-Yves Hedel, Marie-Hélène Miranda, Philippe Rozec, Laure Boutinet et Hervé Meller pour m'avoir accueilli avec une grande bienveillance au sein de VINCI Construction France. Ils m'ont permis de grandir et de m'épanouir dans l'exercice quotidien du droit du travail. Leurs connaissances, leur professionnalisme et leur expertise ont été d'une grande aide dans le cadre de ce travail. Leur présence et leur accompagnement ont, par ailleurs, été particulièrement précieux. Je n'oublie pas le reste de mes collègues, socle d'un cadre de travail d'exception.

Jean-Eudes pour son accompagnement exceptionnel tout au long de la rédaction de cette thèse. Alice, Barbara et Christophe pour leur précieuse aide.

Tous mes camarades doctorants côtoyés au laboratoire de droit social et notamment Adeline, Sayifan, Marie, Sabrina, Martha, Ani, Alexandra, Mathieu, Roland, Ashley, Kim...

Elsa, pour sa présence, sa patience et son soutien sans faille.

Résumé :

La structuration du comité social et économique par la négociation

Droit et pratique de la négociation institutionnelle

Les ordonnances « Macron » de 2017 ont permis la rencontre de la négociation collective avec la représentation du personnel. Jamais les partenaires sociaux n'avaient eu une telle possibilité d'adapter celle-ci. Cette révolution s'accompagne toutefois de nombreuses interrogations. L'intérêt de négocier sur l'instance de représentation du personnel doit être relevé. La méthodologie des négociations doit être analysée, compte tenu de l'objet nouveau et de l'apparition de nouvelles modalités de négociation. Aussi, le régime juridique de « l'accord institutionnel », portant sur la représentation du personnel, pose de nombreuses interrogations dans le silence des textes. La négociation collective et le comité social et économique obéissent à certains principes forts : la compatibilité entre ceux-ci s'avère délicate à appréhender.

Face à ces interrogations, l'étude des dispositions légales et des premiers accords institutionnels permet de dessiner le contour des premières structurations des comités sociaux et économiques. Le silence des textes sur le régime juridique de l'accord institutionnel nécessite de s'interroger entre droit commun et droit spécial sur les conséquences de ces accords en termes d'équivalence entre les modes de conclusion et d'autonomie vis-à-vis de principes importants que sont le cycle électoral et le transfert d'entreprise. Un régime juridique autonome sera dessiné, mêlant droit positif et propositions prospectives, afin de faire de l'accord institutionnel un objet juridique reconnu et efficient pour l'instance de représentation du personnel.

Descripteurs : Comité social et économique, représentation du personnel, négociation collective, accord collectif, accord conclu entre l'employeur et le CSE, accord institutionnel, élections professionnelles cycle électoral

Title and Abstract:

The structuring of the social and economic committee through negotiations

Law and practice of institutional negotiation

The "Macron" ordinances of 2017 allowed collective bargaining to meet with employee representation. Never before have the social partners had such an opportunity to adapt it. However, this revolution is accompanied by many questions. The interest of negotiating on the staff representation body must be noted. The methodology of the negotiations must be analyzed, taking into account the new object and the appearance of new methods of negotiation. Also, the legal regime of the "institutional agreement", concerning the staff representation, raises many questions in the silence of the texts. Collective bargaining and the social and economic committee obey certain strong principles: the compatibility between them proves to be delicate to grasp.

Faced with these questions, a study of the legal provisions and the first institutional agreements allows us to outline the first structures of the social and economic committees. The silence of the texts on the legal regime of the institutional agreement makes it necessary to question, between common law and special law, the consequences of these agreements in terms of equivalence between the modes of conclusion and autonomy with regard to important principles such as the electoral cycle and the transfer of undertaking. An autonomous legal system will be drawn, mixing positive law and prospective proposals, in order to make the institutional agreement a recognized and efficient legal object for the staff representation body.

Keywords: Social and Economic Committee, staff representation, collective bargaining, collective agreement, agreement between the employer and the Social and Economic Committee, institutional agreement, professional elections electoral cycle

Principales abréviations

al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
art.	Article
avr.	Avril
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly Travail	Bulletin Joly Travail
C. civ.	Code civil
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah. DRH	Les Cahiers du DRH
Cah. Lamy du CE	Les Cahiers Lamy du Comité d'entreprise
Cah. Lamy du CSE	Les Cahiers Lamy du Comité social et économique
Cah. soc.	Les Cahiers sociaux du barreau de Paris
Cass. crim.	Chambre criminelle de la cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
Comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Solution contraire
D.	Recueil Dalloz
Dactyl.	Dactylographié
déc.	Décembre
Doss.	Dossier
Dr. ouvr.	Le Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
<i>et alii</i>	Et autres
fasc.	Fascicule
févr.	Février
Gaz. Palais	Gazette du Palais
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	Au-dessous
janv.	Janvier
JCP E	JurisClasseur périodique (la semaine juridique), édition Entreprise
JCP G	JurisClasseur périodique (la semaine juridique), édition Générale
JCP S	JurisClasseur périodique (la semaine juridique), édition Sociale
JO	Journal officiel de la République Française
JSL	Jurisprudence sociale Lamy

juill.	Juillet
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LSQ	Liaisons sociales quotidien
Lexbase Hebdo. éd. soc.	Lexbase Hebdomadaire – édition sociale
n°	Numéro
nov.	Novembre
obs.	Observation
oct.	Octobre
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
RDT	Revue de droit du travail
RJS	Revue de jurisprudence sociale
s.	Suivant
sept.	Septembre
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Au-dessus
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
TJ	Tribunal judiciaire
V.	Voir

Sommaire

Introduction	10
PARTIE 1. LA NEGOCIATION DE L'ACCORD INSTITUTIONNEL	45
TITRE 1. L'intérêt de la négociation	48
Chapitre 1. L'analyse préalable, la représentation du personnel supplétive	51
Chapitre 2. Les opportunités ouvertes par la négociation, une volonté d'efficience opérationnelle	79
TITRE 2. La méthode de la négociation	126
Chapitre 1. La forme des négociations	128
Chapitre 2. Le fond des négociations	187
PARTIE 2. L'ACCORD INSTITUTIONNEL NEGOCIE	277
TITRE 1. Approche de droit positif	278
Chapitre 1. La réalisation de l'accord institutionnel	281
Chapitre 2. La vie juridique de l'accord institutionnel	380
TITRE 2. Approche de droit prospectif	501
Chapitre 1. Un régime juridique spécial, commun aux accords institutionnels	504
Chapitre 2. Des régimes spécifiques pour l'accord institutionnel de mise en place et l'accord institutionnel d'organisation	522
Conclusion	536

Introduction

« *L'esprit des hommes est trop obtus pour pouvoir tout pénétrer d'un coup. Mais en délibérant, en écoutant et en discutant, il s'aigüise et, à force de tâtonner, les hommes finissent par trouver la solution qu'ils cherchaient et qui a l'approbation de tous, sans que personne s'en fut d'abord avisé.* »

Spinoza, *Traité de l'autorité politique*, 1670¹

1. Un tournant. Le 22 septembre 2017, sont signées par Emmanuel Macron plusieurs ordonnances dont celle « *relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales* »². Témoin d'une « *révolution affichée* »³, d'un « *nouveau monde* »⁴ ou d'un « *tournant* »⁵, elle « *bouleverse* »⁶ le droit de la représentation du personnel. Elle comporte deux apports majeurs : la mise en place d'une instance unique de représentation du personnel, nommée comité social et économique (CSE), et le déploiement de la négociation collective pour structurer l'instance. A ce titre, « *jamais la matière des institutions représentatives du personnel n'avait été à ce point négociable. C'est là l'une des*

¹ Cité in L. PECAUT-RIVOLIER, *Il était une fois la représentation collective : l'employeur, les syndicats, la DIRECCTE et le juge*, Dr. Ouvr. 2020, p. 590.

² Emmanuel Macron signe les ordonnances réformant le droit du travail, lemonde.fr, 22 sept. 2017, https://www.lemonde.fr/politique/article/2017/09/22/emmanuel-macron-signe-les-ordonnances-reformant-le-droit-du-travail_5189752_823448.html.

³ J.-Y. KERBOURC'H, *La refonte des institutions représentatives du personnel*, JCP S 2017, 1313.

⁴ Cabinet ATLANTES Avocats in *Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel*, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 7.

⁵ F. GEA, A. ROUYER, *Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 230 ; G. BORENFREUND, *La fusion des institutions représentatives du personnel*, RDT 2017, p. 608.

⁶ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, *Le vade-mecum des Ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 73.

orientations des ordonnances Macron »⁷. Ces évolutions sont novatrices⁸, elles « *créent un nouveau droit de la représentation du personnel* »⁹.

2. Une rencontre. Cette réforme est une rencontre entre la négociation collective et la représentation du personnel¹⁰. Celles-ci ont depuis de nombreuses années été déconnectées, se transformant chacune de manière significative au cours des décennies sans jamais ne s'être réellement rencontrées¹¹. Les textes de 2017 mettent fin à cette situation. Désormais l'instance de représentation du personnel peut être largement négociée par les acteurs : les possibilités offertes par le législateur sont importantes¹². Le « *double canal de représentation* »¹³ est appelé à travailler ensemble¹⁴.

3. Un mariage. Pour autant, la négociation collective et la représentation du personnel peuvent-elles vivre ensemble ? L'absence de négociabilité de l'instance, jusqu'à présent, reposait sur des principes importants : la représentation du personnel n'était pas un lieu de négociation, elle était un canal de transmission entre la direction et les salariés par le biais,

⁷ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

⁸ Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 8.

⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 643.

¹⁰ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *le comité social et économique (CSE) consacre un lien, jusqu'à récemment tenu, entre négociation collective et instances élues de représentation du personnel* ».

¹¹ J. DIRRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015, p. 221 : « *longtemps les législations relatives aux accords collectifs et à la représentation des salariés se sont élaborées de manière séparée. Les interactions étaient rares* » ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 ; G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 70 : « *en effet, pendant longtemps, il n'était pas possible d'écarter par la voie conventionnelle les règles impératives concernant le fonctionnement des institutions représentatives du personnel* » ; M. DESPAX, Droit du travail, t. 7, Négociations, conventions et accords collectifs (sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK), Dalloz, 2^{ème} éd. 1989, p. 87, n° 51.

¹² F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 ; Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/2019, p. 235 ; P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570.

¹³ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹⁴ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 ; Certains liens ont toutefois existé entre ces deux canaux, notamment sur l'articulation entre la négociation collective et la consultation du comité d'entreprise. V. à ce sujet : E. LETOMBE, Négociation collective et consultation du comité d'entreprise : les liaisons dangereuses, JCP S 2014, 1275.

notamment, des procédures d'informations et de consultations¹⁵. Le législateur ne considérait pas nécessaire d'offrir aux partenaires sociaux la possibilité de négocier sur l'instance : « *le droit des institutions représentatives du personnel était conçu alors comme un droit à part, [un droit] d'ordre public, assurant le droit des salariés d'être représentés et dont la négociation collective ne pouvait pas disposer* »¹⁶. A ce titre, pendant de longues années : « *si la négociation collective sur la représentation des salariés n'a jamais été interdite, elle n'avait pas vocation à régir cette matière* »¹⁷. Cependant, la négociation d'entreprise a évolué au fil des années. Celle-ci est passée d'une fonction de faveur pour les salariés à un outil d'organisation de l'entreprise¹⁸. La négociation collective est vue depuis plusieurs années comme un outil permettant aux partenaires sociaux d'adapter la norme sociale au sein de l'entreprise, dans un sens plus ou moins favorable¹⁹. Pour y parvenir, d'importantes évolutions ont eu lieu pour garantir la légitimité des partenaires sociaux²⁰. Cette nouvelle philosophie de la négociation d'entreprise a rejailli sur la représentation du personnel. Un changement de « *paradigme* »²¹ était possible en permettant aux acteurs

¹⁵ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹⁶ M.-L. MORIN, Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit, LGDJ, 1994, p. 445.

¹⁷ J. DIRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015, p. 191 ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 10 : « *qui eût cru, qui eût dit il y a dix ans que la Chapelle Sixtine de notre ordre public, le fonctionnement des institutions représentatives du personnel, pourrait un jour faire l'objet d'une négociation comme l'ont permis la loi du 16 août 2015 puis l'ordonnance du 22 septembre 2017 ?* ».

¹⁸ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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)* » ; J. BARTHELEMY, Accord d'entreprise : outil d'optimisation économique et sociale, Cah. DRH janv. 2017, p. 39 ; G. AUZERO, La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 76 ; B. TEYSSIE, A propos de la négociation collective d'entreprise, Dr. soc. 1990, p. 577.

¹⁹ A. BAREGE, Le pouvoir normatif des conventions et accords collectifs, JCP S 2014, 1432 : « *depuis les lois Auroux de 1982, les conventions et accords collectifs ont reçu un nouveau rôle : organiser l'entreprise dans certains domaines. La norme collective devient ainsi « un outil de gestion de l'entreprise ».* Si la négociation aboutit et si les limites fixées par le législateur sont respectées, la convention ou l'accord collectif s'impose sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur le caractère plus ou moins favorable de la norme par rapport à la loi. On constate donc que le législateur a délégué à la négociation collective un pouvoir normatif ».

²⁰ F. PETIT, La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 141.

²¹ B. KRIEF, Les moyens du CSE, Bull. Joly Travail févr. 2020, p. 53 ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 9.

légitimes de disposer des moyens d'adapter l'instance de représentation du personnel aux réalités de l'entreprise²². Malgré les intérêts d'une telle démarche, de nombreuses interrogations se sont révélées au cours de la mise en pratique de la réforme de 2017²³. Qu'elles concernent la négociation ou le régime de l'accord conclu, des zones d'ombre sont apparues, révélant de nombreuses difficultés. La représentation du personnel et ses principes directeurs obligent à s'interroger sur la fongibilité de la négociation collective²⁴. La structuration de la représentation du personnel par la négociation s'apparente à un parcours semé de difficultés qu'il conviendra de surmonter dans l'attente d'une éventuelle évolution législative. L'objectif est de parvenir à composer une instance efficiente reconnue par toutes les parties²⁵. Pour comprendre les raisons de l'évolution et constater les premières difficultés rencontrées, il convient dans un premier temps de revenir sur l'émergence d'une instance unique de représentation du personnel (I.). Durant plus d'un siècle, la négociation collective a, elle-aussi, connu un développement important qu'il convient d'étudier (II.). Enfin, sur le fondement de ces deux évolutions, c'est la rencontre de la négociation collective et de la représentation du personnel qu'il faut d'appréhender (III.) : les enjeux et les difficultés soulevées sont, pour diverses raisons, nombreux.

I. L'émergence d'une instance unique de représentation du personnel

4. La représentation du personnel : une représentation élue par les salariés. En droit du travail français, un double canal de « *représentation collective* » est organisé au sein des

²² F. GEA, Introduction au dossier « Fusionner » in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 184 : « *l'injonction de fusionner constituait également une invitation à opérer une remise à plat du système de représentation du personnel, en l'adaptant aux spécificités de l'organisation dans laquelle il s'inscrit et aux besoins* ».

²³ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 70 : « *le droit de la représentation du personnel a longtemps été marqué par l'ordre public. Désormais, avec le comité social et économique, cette branche du droit du travail s'est largement « conventionnalisée », ce qui suscite toutefois de nombreuses interrogations au regard de la diversité des acteurs pouvant négocier des accords de configuration de cette nouvelle instance* ».

²⁴ V. notamment : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631 et s. ; F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²⁵ S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 4 et s.

entreprises²⁶. D'un côté existe le canal de la représentation « élue » et de l'autre celui de la représentation « désignée »²⁷. Chacun ne répond pas aux mêmes finalités²⁸. Dans notre étude, la représentation du personnel doit être entendue comme la représentation « élue » : *« la représentation du personnel est constituée des instances mises en place dans l'entreprise qui résultent du choix des salariés, exprimé par un vote »*²⁹. Seuls sont concernés les instances et organes mis en place après le vote des salariés³⁰. Cette représentation bénéficie du *« pouvoir d'information et de consultation sur les décisions ressortant du pouvoir de gestion du chef d'entreprise »*³¹. Les représentants « désignés », à l'inverse, ne sont pas des représentants du personnel³². Ces derniers sont les représentants des syndicats et non pas, directement, ceux des salariés. L'abus de langage peut toutefois se comprendre pour deux raisons. S'agissant de leur modalité de désignation puisque si les syndicats ont effectivement le pouvoir de désigner les délégués syndicaux, des modalités de désignation sont imposées par le code du travail et font référence au vote exprimé par les salariés lors des dernières élections professionnelles³³ ; concernant leurs missions puisqu'ils disposent d'une mission de revendication leur permettant de se positionner comme *« porte-parole »*

²⁶ S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 2 ; A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 ; A. SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, 1994, p. 142.

²⁷ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 895 : *« [les représentants du personnel] sont les uns élus par les salariés, les autres désignés par les syndicats les plus représentatifs »*.

²⁸ L. PECAUT-RIVOLIER, Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale », Cah. soc. déc. 2017, p. 39.

²⁹ E. JEANSEN, La représentation du personnel, Fiche LexisNexis n°3582, Mars 2020.

³⁰ R. CABRILLAC, Dictionnaire du vocabulaire juridique 2021, LexisNexis, 12^{ème} éd. 2020, p. 465.

³¹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

³² T. DEBARD, S. GUINCHARD, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 26^{ème} éd. 2018-2019, p. 931 : *« représentants du personnel : expression qui désigne les représentants élus des salariés dans l'entreprise (membres du comité social et économique). Les délégués syndicaux, qui sont juridiquement les représentants des syndicats dans l'entreprise, sont parfois qualifiés abusivement de représentants du personnel »*.

³³ C. trav., art. L. 2143-3 : *« chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur »*.

des salariés³⁴. Toutefois, la représentation « désignée » peut notamment détenir le pouvoir exclusif de négociation³⁵ ; pour cette raison ces représentants seront évoqués lors de l'étude sur la négociation collective³⁶.

5. Plan. Cet encadrement de la notion de représentation du personnel est un préalable indispensable à l'analyse historique portant sur les représentants. L'évolution historique a été importante : son étude est nécessaire pour comprendre les motivations ayant fait émerger le comité social et économique³⁷. Dans un premier temps, notamment à compter de 1945, la représentation du personnel s'exprimait au sein d'instances multiples qui ont connu de nombreuses évolutions au fil des décennies (A.). Cette évolution récurrente était finalement source de complexification, une instance unique (CSE) a alors été mise en place à compter de 2017, dans l'objectif de répondre aux défauts relevés des instances multiples (B.).

A. Des instances multiples aux évolutions récurrentes

6. Les prémices d'une représentation au 19^{ème} siècle : les délégués mineurs. La représentation du personnel a connu quelques esquisses individuelles. Les prémices d'une

³⁴ B. GAURIAU, Droit syndical dans l'entreprise – Délégué syndical, JurisClasseur Travail Traité, LexisNexis, 2020, fasc. 12-35, n° 114 : « le délégué syndical assume une mission plus diffuse de porte-parole des salariés dans l'expression des revendications voire des réclamations portant sur l'application du droit existant, la frontière avec les fonctions du délégué élu du personnel étant à cet égard difficile à tracer (Cass. crim., 24 mai 1973 : D. 1973, jurispr. p. 599, note J. Savatier ; JCP 1974, II, 17651, note N. Catala) ».

³⁵ V. G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. soc. 1991, p. 685 : « ces deux types d'agents ne se confondent pas puisque seuls les délégués syndicaux sont légalement habilités à conclure une convention collective d'entreprise ». Il convient toutefois de noter qu'au fil du temps, la représentation élue a pu acquérir des compétences en termes de négociation collective en l'absence de délégué syndical, V. *infra* n° 25 et 168 et s.

³⁶ E. LETOMBE, Négociation collective et consultation du comité d'entreprise : les liaisons dangereuses, JCP S 2014, 1275 : « les relations collectives de travail s'exercent donc à travers deux canaux de représentation. Le couple de l'information et de la consultation constitue le premier, la négociation collective, le second ».

³⁷ V. sur les apports de l'analyse historique : ; H. BERGSON, L'évolution créatrice, PUF, 1907, pp. 4-5 : « la mémoire n'est pas une faculté de classer des souvenirs dans un tiroir ou de les inscrire sur un registre. Il n'y a pas de registre, pas de tiroir, il n'y a même pas ici, à proprement parler, une faculté, car une faculté s'exerce par intermittences, quand elle veut ou quand elle peut, tandis que l'amoncellement du passé sur le passé se poursuit sans trêve » ; V. également : C. JAUFFRET-SPINOSI, Observations conclusives in Le temps et le droit, Association H. Capitant, Dalloz, 2014, p. 106.

instance de représentation du personnel peuvent remonter au 19^{ème} siècle³⁸. La loi du 8 juillet 1890 a institué les « délégués mineurs » au sein des mines, il s'agit de la « *première loi sur la représentation du personnel* »³⁹. Les mineurs pouvaient élire⁴⁰ des représentants chargés de s'assurer des normes de sécurité et d'enquêter en cas de survenance d'accident⁴¹. Pour répondre à ces attributions, des moyens étaient octroyés aux élus : ces derniers disposaient du temps et de la rémunération nécessaires à l'exercice de leurs missions⁴². Après le personnel minier, d'autres secteurs ont profité de délégués comparables ; ce fut le cas des entreprises dédiées à la défense nationale en 1917⁴³. La représentation du personnel demeurait néanmoins, dans un premier temps, limitée à certains secteurs ciblés ; « *ces dispositifs ont nourri l'idée de généraliser la constitution d'une instance de représentation* »⁴⁴.

7. 1936 - Des délégués du personnel pour présenter les réclamations individuelles et veiller à l'application des dispositions légales. Ce sont ensuite les accords de Matignon, signés la nuit du 7 au 8 juin 1936, qui ont institué un nouveau système de représentation du personnel : les délégués du personnel⁴⁵. Ceux-là ont vocation à présenter à la direction les réclamations individuelles et à veiller au respect de la réglementation s'agissant de l'hygiène

³⁸ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 2018, LGDJ, p. 45.

³⁹ N. OLSZAK, *L'usine au XIX^e siècle*, *Semaine Sociale* Lamy 20 oct. 2003, n° 1140, p. 2.

⁴⁰ L. 8 juill. 1890, sur les délégués à la sécurité des ouvriers mineurs, art. 4 et s., JO 9 juill. 1890.

⁴¹ L. 8 juill. 1890, sur les délégués à la sécurité des ouvriers mineurs, art. 1, JO 9 juill. 1890 : « *des délégués à la sécurité des ouvriers mineurs sont institués conformément aux dispositions de la présente loi, pour visiter les travaux souterrains des mines, minières ou carrières, dans le but exclusif d'en examiner les conditions de sécurité pour le personnel qui y est occupé, et, d'autre part, en cas d'accident les conditions dans lesquelles cet accident se serait produit* »

⁴² L. 8 juill. 1890, sur les délégués à la sécurité des ouvriers mineurs, art. 1 à 3, JO 9 juill. 1890.

⁴³ E. JEANSEN, *Délégués du personnel*, *JurisClasseur Travail* Traité, 2016, fasc. 14-10, p. 2 : « *la création par le ministre de la guerre, Albert Thomas, en 1917 des "délégués d'ateliers" dans les établissements de plus de 50 ouvriers travaillant pour la défense nationale marque une étape vers la généralisation de ces représentants du personnel* » ; M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 2018, LGDJ, p. 45.

⁴⁴ S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion*, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 14.

⁴⁵ N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 119.

et de la sécurité⁴⁶. Il s'agit là encore de représentants élus par les salariés. Dans les faits toutefois, la mise en place de ces délégués fut difficile⁴⁷ : ils étaient, dans un premier temps, instaurés par la voie conventionnelle, avant une extension de leur périmètre dès la loi du 24 juin 1936⁴⁸. C'est en 1938 qu'une réelle généralisation a lieu⁴⁹ : les délégués du personnel sont obligatoires dans toutes les entreprises de plus de 10 salariés⁵⁰ ; la seconde guerre mondiale a rapidement suspendu ces dispositions⁵¹.

8. 1941 - Les comités sociaux d'entreprise, un rôle social et alimentaire. Pour autant, c'est lors de cette guerre que sont apparues les premières esquisses du comité d'entreprise (aujourd'hui CSE). Le 4 octobre 1941, la Charte du travail de Pétain crée les comités sociaux d'entreprise⁵². Dans les faits, ces comités sociaux sont principalement destinés à gérer les

⁴⁶ « Les accords de Matignon », 7 juin 1936, art. 5 (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Les_accords_de_Matignon7juin36.pdf) : « en dehors des cas particuliers déjà réglés par la loi, dans chaque établissement comprenant plus de dix ouvriers, après accord entre organisations syndicales, ou, à défaut, entre les intéressés, il sera institué deux (titulaires) ou plusieurs délégués ouvriers (titulaires ou suppléants) suivant l'importance de l'établissement. Ces délégués ont qualité pour présenter à la direction les réclamations individuelles qui n'auraient pas été directement satisfaites, visant l'application des lois, décrets, règlements du Code du travail, des tarifs de salaires, et des mesures d'hygiène et de sécurité ».

⁴⁷ J.-P. LE CROM, *Regard historique sur la fusion des institutions représentatives du personnel*, Dr. soc. 2018, p. 82 : « celle des délégués du personnel, créés en 1936 au moment de la grève générale sous une forme conventionnelle, puis généralisés en 1938 par décret, avant d'être pratiquement abandonnés en 1939. L'idée se heurte en effet à la fois au patronat qui, prenant seul les risques, n'admet pas un quelconque partage des décisions avec les salariés et aux organisations syndicales, surtout la Confédération générale du travail (CGT), qui milite pour une représentation exclusivement syndicale - « essentialiste », dirait Pierre Rosanvallon, plutôt qu'élue ».

⁴⁸ E. JEANSEN, *Délégués du personnel*, JurisClasseur Travail Traité, 2016, fasc. 14-10, p. 2 : « la loi du 24 juin 1936 rend ensuite obligatoire, dans les conventions collectives susceptibles d'extension, l'insertion d'une disposition relative à l'élection de délégués dans les établissements de plus de 10 personnes ».

⁴⁹ N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2011, p. 119.

⁵⁰ D.-L 12 nov. 1938, JO 15 nov. 1938.

⁵¹ D.-L 10 nov. 1939, JO 11 nov. 1939.

⁵² Loi du 4 octobre 1941 relative à l'organisation sociale des professions dite Charte du Travail, art. 23 : « la collaboration entre employeurs et salariés est obligatoirement organisée dans les établissements dont l'effectif est au moins égal à cent ouvriers ou employés, au sein de « comités sociaux ou d'établissements » qui rassemblent le chef d'entreprise et des représentants de toutes les catégories du personnel » (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_4_octobre_1941.pdf).

activités et œuvres sociales mises en place par l'employeur⁵³ : nommés les « comités patates » leur rôle est essentiellement porté sur l'alimentaire⁵⁴. Leurs principales activités sont les suivantes : « *cantines d'entreprise, coopératives, jardins ouvriers, commissions de secours mutuel ou d'assurance maladie, aides aux prisonniers ou aux travailleurs partis en Allemagne, services médicaux, logements, garderies, colonies de vacances...* »⁵⁵. Ces comités furent une réussite⁵⁶.

9. 1945 - Les comités d'entreprise : associer les travailleurs à la direction de l'entreprise. Au sortir de la guerre, la communauté nationale est réceptive à l'idée d'une représentation du personnel au sein de l'entreprise⁵⁷. Cette idée naît dès 1943 où « *l'expression « comité d'entreprise » apparaît dans le rapport du comité général d'études du Conseil national de la Résistance. Il est alors imaginé une instance tripartite réunissant le chef d'entreprise, les techniciens et les travailleurs dont l'objet est de « contrôler*

⁵³ Loi du 4 octobre 1941 relative à l'organisation sociale des professions dite Charte du Travail, art. 24 : « *les comités sociaux d'établissements réalisent au premier degré la collaboration sociale et professionnelle entre la direction et le personnel. Leurs attributions excluent toute immixtion dans la conduite et la gestion de l'entreprise et dans les questions débordant le cadre de cette entreprise ; sous ces réserves, elles s'exercent dans le sens le plus large, notamment en vue : - d'aider la direction à résoudre toutes les questions relatives au travail et à la vie du personnel dans l'établissement ; - de provoquer un échange d'informations mutuel sur toutes les questions intéressant la vie sociale du personnel et des familles ; - de réaliser les mesures d'entraide sociale dans le cadre d'activité du comité social local correspondant. Leur mode de fonctionnement est laissé à leur propre initiative. Ils sont placés sous l'autorité corporative et le contrôle du comité social local de la profession* » (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_4_octobre_1941.pdf).

⁵⁴ G. GARREL, Regard sur l'histoire des Comités d'entreprise, Silomag, n° 10, déc. 2019 : « *mieux connus sous le nom de « comités patates », au regard de leur rôle essentiellement alimentaire* » (<https://silogora.org/regard-sur-lhistoire-des-comites-dentreprise/>).

⁵⁵ Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, sept. 2019, n° 3.

⁵⁶ J.-P. LE CROM, Comités d'organisation et comités sociaux ou l'introuvable interpénétration de l'économique et du social, APR 2003, p. 256 : « *le premier est celui des comités sociaux d'entreprise, qui seront la seule véritable réussite de la Charte, du fait principalement de leur utilité sociale, notamment dans le domaine du ravitaillement* » ; J.-P. LE CROM, La profession dans la construction du droit du travail, Dr. soc. 2016, p. 105 : « *cette situation ne vaut pas toutefois pour les comités sociaux d'entreprise, dispositif accessoire de cette même Charte. Non cernés par le boycott syndical, ils connaîtront un véritable succès dû notamment à leur utilité dans le domaine du ravitaillement. Il en sera créé entre 8 000 et 9 000 pendant l'Occupation et leurs fonctions proprement sociales seront reprises par les comités d'entreprise en 1945* » ; N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 120.

⁵⁷ J.-P. LE CROM, Regard historique sur la fusion des institutions représentatives du personnel, Dr. Soc. 2018, p. 82 : « *ce n'est en réalité qu'à la Libération, à la suite des réflexions menées par le Conseil national de la Résistance, que la représentation des salariés dans l'entreprise ne s'impose comme une idée à peu près partagée par la communauté nationale* ».

*l'application des lois, des règlements et des conventions » et d' « aider au perfectionnement des méthodes de travail et du matériel, à l'élaboration des mesures de sécurité, d'hygiène et de discipline, à l'organisation des loisirs, au développement des secours »*⁵⁸. L'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 crée officiellement les comités d'entreprise. L'exposé des motifs précise son orientation : *« une des idées que l'on retrouve dans presque tous ces projets [de reconstruction économique et sociale de la France] est la nécessité d'associer les travailleurs à la direction de l'économie et à la gestion des entreprises »*⁵⁹. La volonté est de permettre aux salariés de disposer de représentants du personnel aptes à faire le lien entre eux-mêmes et la direction. L'ordonnance de 1945 ne crée dans les faits qu'un comité d'entreprise édulcoré⁶⁰. Il faut attendre la loi du 16 mai 1946 pour que naissent les comités d'entreprise, dans une forme plus proche de celle que l'on a connue ces dernières années⁶¹. Les comités d'entreprise doivent être institués dans les entreprises de plus de 50 salariés et non plus de 100 salariés⁶². Les missions de ces comités suivent deux axes. Le premier reprend le succès des comités sociaux d'établissement⁶³ : le comité d'entreprise bénéficie de la gestion exclusive des activités sociales et culturelles⁶⁴. Le second repose sur le développement des attributions informatives et consultatives⁶⁵. La consultation est requise sur la marche générale de l'entreprise ; les informations communiquées sont confidentielles ;

⁵⁸ Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, sept. 2019, n° 4 ; V. également : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 46.

⁵⁹ Ord. 22 févr. 1945, n° 45-280, Exposé des motifs.

⁶⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 45-46.

⁶¹ Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, Sept. 2019, n° 6 : *« la prudence dont avait fait preuve l'ordonnance du 22 février 1945 est dépassée, et beaucoup s'accordent pour considérer que la loi du 16 mai 1946 marque les véritables débuts des comités d'entreprise »*.

⁶² Ce changement a fait passer *« le nombre des entreprises concernées de 9 000 à 19 000 »* (D. BOULMIER, Les experts-comptables du comité d'entreprise : états des lieux, Dr. soc. 2014, p. 745).

⁶³ C. BOUILLARD, Quel rôle du comité d'entreprise ?, JT 2016, n° 186, p. 33 : *« à leur création en 1945, les comités d'entreprise (CE) ont d'abord contribué à apporter aux salariés une réponse à leurs besoins « primaires » : se nourrir et se loger, on les appelait alors les « comités patates ». Puis vint le temps de la découverte du temps libre et des vacances »*.

⁶⁴ G. GARREL, Regard sur l'histoire des Comités d'entreprise, Silomag, n° 10, déc. 2019 : *« sur le plan social, les œuvres sociales jusqu'alors intégralement sous la coupe patronale sont transférées aux CE qui en assurent la gestion pleine et entière. Elles deviennent les activités sociales et culturelles »* (<https://silogora.org/regard-sur-lhistoire-des-comites-dentreprise/>) ; N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 120 : *« les œuvres sociales passent sous la responsabilité des comités d'entreprise pour échapper aux manipulations paternalistes »*.

⁶⁵ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 52.

les élus disposent d'heures de délégation et de formations⁶⁶. Dans le même temps, les délégués du personnel sont réhabilités : *« leur fonction de transmission des réclamations était bien distincte de la mission de coopération à la gestion des membres des comités d'entreprise »*⁶⁷.

10. La fin des années 60 - Un renforcement des missions et des moyens pour une expansion de l'instance. Malgré un engouement au commencement, les années qui suivent ne sont pas propices à l'expansion de l'instance⁶⁸. Il faut attendre une loi du 18 juin 1966 pour que se réalisent quelques évolutions : un droit à l'information plus important ; la mise en place d'une commission de formation professionnelle ; la création du collège cadre ; un crédit d'heures⁶⁹... Aussi, un coup d'accélérateur se produit de manière indirecte en 1967⁷⁰. L'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 ratifie le mécanisme de participation des salariés aux résultats des entreprises. Pour éviter certaines pénalités financières, beaucoup d'entreprises se dotent d'un comité d'entreprise : *« leur nombre est multiplié par 2,4 entre 1966 et 1974 »*⁷¹.

⁶⁶ J.-P LE CROM, Les comités d'entreprise : une institution sociale instable, in L'enfance des comités d'entreprise (Actes du colloque des 22-23 mai 1996), Roubaix, Centre des archives du monde du travail, 1997, pp. 173-197 : *« la loi de 1946 s'attache à durcir le versant économique du projet. Alors que, pour l'ordonnance, le CE devait être informé sur la gestion et la marche générale de l'entreprise, pour la loi, il doit désormais être consulté sur ces questions, informé des bénéfices sur lesquels il pourra faire des suggestions d'affectation, deux membres du CE assistant en outre aux séances du conseil d'administration des sociétés anonymes. De même, l'expert-comptable a désormais droit aux mêmes documents que les actionnaires et peut consulter les livres comptables. Enfin, le secret professionnel, envisagé de manière large dans le projet, ne vise plus que les secrets de fabrication »*.

⁶⁷ N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 119.

⁶⁸ S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 14 : *« en 1962, seules 25% des entreprises devant constituer un comité d'entreprise en étaient effectivement dotées »* ; N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 120 : *« après 1947 [...] beaucoup de comités végètent et méritent le sobriquet de "comités de l'arbre de Noël" pour désigner leurs maigres réalisations, assez paternalistes dans l'esprit »*.

⁶⁹ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 54.

⁷⁰ N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 120.

⁷¹ Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, Sept. 2019, n° 8.

11. Les années 70 - De nombreuses évolutions. Pas moins de huit lois concernent le comité d'entreprise lors des années 70⁷². Si elles n'apportent pas de réforme d'envergure, elles témoignent malgré tout de l'intérêt du législateur de modifier, souvent à la marge, mais régulièrement, la réglementation de l'instance de représentation du personnel⁷³. Ce dynamisme va se poursuivre.

12. Les années 80 - Un renforcement substantiel du rôle et des missions des instances.

Le premier tournant pour le comité d'entreprise intervient en 1982 par l'intermédiaire de la loi « Auroux »⁷⁴ ; celle-ci « *renforce assez substantiellement le rôle et les moyens de ces institutions* »⁷⁵. Elle crée le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), une nouvelle instance chargée de la sécurité et des conditions de travail⁷⁶, confie au comité d'entreprise un budget de fonctionnement, renforce le droit à la formation des élus, le droit à l'expertise, conceptualise les UES⁷⁷. Le droit à l'information et à la consultation est de nouveau élargi⁷⁸. Le mandat de François Mitterrand sera marqué par de très nombreux ajustements. De nouveau, les lois et décrets se succèdent pour modifier à la marge l'instance de représentation du personnel⁷⁹. Ces textes orientent le comité d'entreprise : « *il y est moins question de coopération patron/élus, mais plus d'expression*

⁷² Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, Sept. 2019, n° 9 : « *on peut noter les lois n° 71-1014 du 21 décembre 1971 (JO 22 déc.), n° 72-497 du 22 juin 1972 (JO 23 juin), n° 72-517 du 27 juin 1972 (JO 28 juin), n° 72-1225 du 29 décembre 1972 (JO 30 déc.), n° 75-598 du 9 juillet 1975 (JO 10 juill.), n° 76-463 du 31 mai 1976 (D. 1976. 253) et n° 78-754 du 17 juillet 1978 (JO 18 juill.). Mais il faut surtout citer la loi du 27 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail* ».

⁷³ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 53-54.

⁷⁴ L. 28 oct. 1982, n° 82-915, JO 29 oct. 1982.

⁷⁵ M. VERICEL, Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 924.

⁷⁶ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 17.

⁷⁷ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 55.

⁷⁸ Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, sept. 2019, n° 10 : « *notamment, à travers la remise obligatoire d'un rapport annuel sur la marche générale de l'entreprise et sur son activité économique* ».

⁷⁹ M. VERICEL, Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 924 : « *une loi ultérieure, n° 84-148 du 1er mars 1984, accordera au comité un droit d'alerte en cas d'évolution préoccupante de la situation économique de l'entreprise. Plus tard, d'autres lois, inspirées de la même philosophie, renforceront l'information et la consultation du comité d'entreprise en matière de licenciement économique collectif* ».

collective des salariés, en particulier via la multiplication des procédures d'information-consultation obligatoires »⁸⁰. Le comité d'entreprise devient avant tout une instance d'expression. L'objet n'est pas de co-construire, mais plutôt d'informer et de faire participer les salariés (par leurs représentants) grâce à la formalisation d'un avis. Ce dernier est toutefois non contraignant pour l'entreprise.

13. Les années 90 et 00 - Des périodes d'alternance, de construction et de déconstruction. Après une période orientée à gauche politiquement, s'ouvre une période d'alternance⁸¹. La droite cherche à simplifier les instances et à rendre le droit du travail plus souple⁸². S'en suivent de nouvelles réformes, visant cette fois plus à déconstruire les instances : sont réduites les périodicités de consultation et les exigences en termes d'information⁸³ ; une délégation unique du personnel (DUP) peut être mise en place dans les entreprises de moins de 200 salariés (il s'agit de fusionner les délégués du personnel et le comité d'entreprise)⁸⁴. La nouvelle alternance orientera le balancier vers un renforcement des informations et des consultations du CSE, notamment sur les restructurations⁸⁵.

14. Les années 2010 - sécuriser et simplifier. Depuis, les gouvernements se succèdent avec une politique commune : sécuriser et simplifier⁸⁶. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 crée la base de données économiques et sociales (BDES), censée simplifier la communication des informations aux élus et sécuriser l'employeur avec un recensement des informations

⁸⁰ Les institutions de représentation du personnel *in* Droit Syndical, CNT, 2011, p. 4, <http://www.cnt-f.org/IMG/pdf/brochure-syndicale-institutions-representatives-du-personnel.pdf>.

⁸¹ V. sur les incidences des alternances politiques sur le droit de la représentation du personnel : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 1.

⁸² Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, sept. 2019, n° 12 : « *le retour de la droite au pouvoir impacte assez profondément les comités d'entreprise. Il y a, d'abord, une volonté de simplifier les institutions représentatives du personnel pour des raisons d'allègement du coût du travail et de souplesse des décisions de l'employeur* ».

⁸³ D. BOULMIER, Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction, à la fusion (?) (2^{de} partie), JSL 20 nov. 2011, p. 4.

⁸⁴ L. 20 déc. 1993, n° 93-1313, JO 21 déc. 1993 ; G. BORENFREUND, La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017, p. 608.

⁸⁵ L. 15 mai 2001, n° 2001-420, JO 16 mai 2001, L. 17 janv. 2002, n° 2002-73, JO 18 janv. 2002.

⁸⁶ Y. LEROY, Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, sept. 2019, n° 13 : « *un vent de sécurisation et de simplification souffle depuis un certain nombre d'années sur le droit du travail et, en particulier, sur les institutions représentatives du personnel* ».

devant y figurer⁸⁷. Cette BDES s'avère en réalité d'une grande complexité pratique pour les entreprises confrontées à la quantité d'informations demandées⁸⁸. La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite loi « Rebsamen », instaure la DUP élargie en favorisant le regroupement des instances : l'objet est de simplifier de nouveau le droit de la représentation du personnel « *jugé trop complexe, lourd et formaliste* »⁸⁹. Dans cette même philosophie, les consultations récurrentes sont regroupées autour de trois thèmes⁹⁰. Ce sont les dernières évolutions marquantes avant la réforme de 2017 ; elles témoignent néanmoins de l'importante activité législative sur les instances de représentation du personnel depuis quelques années⁹¹.

B. L'instance unifiée : une volonté de simplification

15. 2017 - Le CSE, une rupture fondée sur le passé ? Pendant presque 75 ans, les institutions de représentation du personnel ont suivi un socle commun destiné principalement à faire le lien entre la direction et les salariés sur la marche générale de l'entreprise, sur les réclamations des salariés et sur la politique santé, sécurité et conditions de travail. Toutefois, elles n'ont eu de cesse d'être l'objet de mesures législatives, faisant et défaisant ce qui a été construit, empilant les obligations à l'égard de l'employeur⁹², avant de simplifier à travers des mesures parfois perçues comme « *complexes* »⁹³. A titre d'exemple, les dernières mesures visant à simplifier la représentation du personnel n'ont pas toujours clarifié les

⁸⁷ E. POULIQUEN, J.-N. MOREAU, S. BELLANGER, Mettre en place de la BDES d'ici le 14 juin, Cah. DRH mai 2014, p. 2.

⁸⁸ V. sur ce débat : P. DELMAS, La BDES au service des directions ?, Cah. DRH mai 2014, p. 11.

⁸⁹ G. BORENFREUND, La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017, p. 608.

⁹⁰ J.-Y. KERBOURC'H, La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015, JCP S 2015, 1353.

⁹¹ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 56 : « *après 1982, la législation sur les comités d'entreprise a été modifiée constamment* ».

⁹² S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 6 : « *dense, complexe, redondant... le corpus normatif antérieur à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 résultait de l'ajout régulier de strates de compétences au profit des représentants* ».

⁹³ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 1 : « *les quarante dernières années auront vu le paysage des institutions représentatives du personnel se modifier en profondeur* » ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 4 et s.

règles. S'agissant de la BDES, les contraintes se sont renforcées pour les entreprises, obligées de mettre à disposition une quantité importante d'informations sur le passé, le présent mais également sur l'avenir⁹⁴. S'agissant de la loi « Rebsamen » de 2015, des difficultés d'application ont été relevées par la doctrine⁹⁵. La simplification n'aura été que complexification. Ce premier grief semble avoir été entendu lors de la mise en place d'une instance unique ayant vocation certes à regrouper les instances (les évolutions sont néanmoins modestes sur le fond⁹⁶) mais surtout à offrir aux partenaires sociaux la possibilité d'ajuster ces mesures pour les rendre plus lisibles et adaptées aux nécessités de l'entreprise⁹⁷. Le législateur a souhaité simplifier⁹⁸ et offrir la possibilité pour les partenaires sociaux de le substituer.

16. Le développement de la négociation collective au soutien de ces évolutions. En parallèle, la négociation collective a connu d'importantes évolutions. Parmi celles-ci, la volonté du législateur a été d'abandonner aux acteurs la faculté d'adapter l'organisation de l'entreprise à ses propres réalités⁹⁹. Les importantes évolutions législatives sur la

⁹⁴ S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD, La base de données économiques et sociales : des objectifs à la pratique, JCP S 2014, 1133 ; F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *confectionner et mettre à jour une base de données économiques et sociales (BDES) excessivement lourde* ».

⁹⁵ H. TISSANDIER, Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?, Dr. soc. 2015, p. 889 ; V. s'agissant des relations entre consultation et négociation C. NICOD, La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration, RDT 2015, p. 549 : « *sur ce point, la réforme ne simplifie pas mais brouille les repères* ».

⁹⁶ J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313 : « *[l'ordonnance réformant les IRP] reproduit l'essentiel des attributions et des modalités de fonctionnement* » ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2018, p. 73.

⁹⁷ J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313 : « *surgit ainsi un nouveau droit conventionnel qui façonne différemment, dans chaque entreprise, l'organisation des instances considérées* ».

⁹⁸ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 70 : « *le souhait de simplification, de suppression des « doublons » et d'efficacité a beaucoup compté dans le choix du législateur de fusionner les instances dans les entreprises de cinquante salariés et plus* » ; V. également sur le débat de la simplification qui s'écarte de l'uniformité et créerait en réalité une complexité : Y. LEROY, La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 210.

⁹⁹ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, p. 2 ; J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

représentation du personnel et la complexité de cette matière¹⁰⁰ se sont avérées être de parfaits arguments pour étendre la négociation collective au champ de la représentation du personnel¹⁰¹. L'idée a été de redonner aux acteurs la capacité d'établir leurs normes¹⁰². Aussi, l'historique permet de constater que les règles ont été communes à toutes les entreprises : quasiment aucun texte ne permettait aux entreprises d'adapter les normes à leur réalité¹⁰³. Il a donc été décidé de simplifier en créant une instance unique¹⁰⁴ et d'offrir aux acteurs la possibilité d'adapter les normes applicables par la négociation. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a mis en place ces mesures¹⁰⁵ : « *la rupture est en réalité profonde* »¹⁰⁶. Le « pouvoir » n'est plus intégralement entre les mains du législateur mais est confié en partie aux partenaires sociaux. Tout n'est cependant pas possible : l'étude à suivre démontrera les marges de manœuvre et leurs limites.

¹⁰⁰ F. GEA, Introduction au dossier « Fusionner » *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 183.

¹⁰¹ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 : « *les enjeux d'une nouvelle organisation sont clairs : il s'agit pour les IRP d'avoir une vision globale de l'entreprise, de rationaliser leur rôle et leur action, d'inciter à organiser le dialogue social par voie négociée* ».

¹⁰² P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 39.

¹⁰³ V. *infra* n° 32 et s.

¹⁰⁴ A ce titre, il sera simplement fait mention au cours des développements au CSE. Il convient de préciser que d'autres instances similaires, au rôle nettement plus faible, existent : comité de groupe, comité d'entreprise européen, instance conventionnelle d'entreprise. Ces instances ne sont toutefois pas mises en place directement par le vote des salariés et ne répondent ainsi pas totalement à la définition de la représentation du personnel. Aussi, leurs moindres compétences ne nécessitent pas d'étude approfondie. Nous entendrons donc la représentation du personnel comme le comité social et économique tout au long des développements. Une instance, créée la même année, peut toutefois se substituer au CSE : le conseil d'entreprise. Elle dispose de compétences supplémentaires relatives à la négociation et à la conclusion des accords collectifs qui s'apparentent à une substitution aux délégués syndicaux. Toutefois, elle continue d'exercer les attributions et règles de fonctionnement du CSE. Pour ces raisons, les développements ultérieurs sont également applicables aux entreprises désirant mettre en place un conseil d'entreprise.

¹⁰⁵ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 : « *la clé du nouveau dispositif est dans le développement de la négociation collective sur [le CSE]* ».

¹⁰⁶ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631.

II. Le développement de la négociation collective : un changement d'objet adapté à la négociation sur l'instance

17. La « négociation » : une approche contentieuse ? Négocier signifie « *engager des pourparlers en vue de régler un différend ou de mettre fin à un conflit* »¹⁰⁷. Cette définition générale, déconnectée du droit, peut surprendre. La négociation est vue comme un moyen de mettre fin à un différend préexistant. La négociation serait donc au service d'une discussion contentieuse. Cette approche n'est ici pas satisfaisante. La négociation peut servir des intérêts réciproques, sans qu'aucun différend ne soit préexistant. Certes, généralement, s'il y a accord c'est qu'il préexiste des intérêts distincts ; mais ceux-ci doivent se mettre au service des intérêts réciproques pour conclure ledit accord.

18. La « négociation collective » : une discussion entre l'employeur et les « représentants des salariés ». Qu'en est-il en droit du travail ? La notion de négociation laisse généralement place à celle plus précise de « *négociation collective* ». Elle est définie comme « *l'ensemble des discussions entre employeurs ou organisations professionnelles d'une part, et représentants des salariés d'autre part, en vue de conclure une convention collective ou un accord collectif* »¹⁰⁸. Les ouvrages juridiques rejoignent cette définition en la complétant : « *ensemble des discussions entre les représentants des employeurs ou des organisations professionnelles d'une part, et des syndicats représentatifs de salariés d'autre part, en vue de conclure une convention collective. La négociation est soumise à un formalisme particulier, lorsque la convention est susceptible d'être étendue. Le niveau de la négociation peut être national, régional ou local. Depuis 1982, une loi a prévu des obligations de négocier, annuelles, triennales ou quinquennales, dans un certain nombre de domaines. Depuis 2017, certaines de ces obligations de négocier peuvent être aménagées conventionnellement* »¹⁰⁹. L'approche est moins contentieuse ; la « *discussion* »¹¹⁰ prime sur

¹⁰⁷ « Négocier » in [larousse.fr](https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/n%C3%A9goci%C3%A9/54083) : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/n%C3%A9goci%C3%A9/54083>

¹⁰⁸ « Négociation collective » in [larousse.fr](https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/n%C3%A9gociation/54081?q=n%C3%A9gociation#53725) :

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/n%C3%A9gociation/54081?q=n%C3%A9gociation#53725>

¹⁰⁹ T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 26^{ème} éd. 2018-2019, p. 714.

¹¹⁰ « Négociation collective » in R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2021*, LexisNexis, 12^{ème} éd. 2020, p. 364.

le conflit : elle permet de parvenir à la conclusion d'un accord collectif¹¹¹. La négociation sur l'instance ne passe pas par une approche obligatoirement conflictuelle : les partenaires sociaux peuvent être amenés à négocier dans un cadre général et global d'aménagements souhaités par les différentes parties¹¹². Cette distinction peut être opérée ainsi : « *la négociation collective est le mécanisme privilégié de résolution des conflits et d'élaboration des règles relatives au travail. C'est une activité sociale indispensable au bon fonctionnement des organisations car elle permet l'expression et la résolution des désaccords, la participation des protagonistes à la prise de décision et produit par conséquent du lien social* »¹¹³. La négociation collective peut ainsi être utilisée comme un outil structurant et global, permettant une meilleure prise en compte des positions de chacun.

19. Plan. Cet outil a néanmoins connu une importante évolution dans le temps, où il a peu à peu, au fil des années, été consacré par le législateur lui octroyant un poids plus important au sein du droit du travail (I.). Son objet a alors évolué pour devenir un outil au service de l'organisation de l'entreprise (II.).

A. D'une méfiance législative à une consécration contemporaine

20. D'une inspiration civiliste à une consécration travailliste. D'une méfiance à l'encontre de la norme contractualisée à une extension de celle-ci au plus près des acteurs, la négociation collective a connu de nombreux changements au cours de l'histoire. Dans un premier temps, notamment au XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle, les accords conclus

¹¹¹ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 1.

¹¹² P. LAROCHE, M. SALESINA, GRH et relations de travail, fondements théoriques, enjeux contemporains, Deboeck Supérieur, 2018, p. 226 : « *la négociation collective est l'une des réponses apportées par les acteurs sociaux pour régler leurs désaccords et assurer leur coopération au travail* ».

¹¹³ P. LAROCHE, M. SALESINA, GRH et relations de travail, fondements théoriques, enjeux contemporains, Deboeck Supérieur, 2018, p. 239.

étaient fondés sur la liberté contractuelle issue du Code Civil¹¹⁴. C'est en 1936 que la convention collective se familiarise avec le droit du travail¹¹⁵. La loi du 24 juin 1936 encadre pour la première fois cette norme : facilitation de la rencontre des partenaires sociaux ; contenu devant porter en partie sur le droit du travail ; surtout extension possible des accords par le ministère¹¹⁶. Ce dernier point permet d'imposer une convention collective à des entreprises non adhérentes dès lors que la convention a été signée par des partenaires sociaux représentatifs. La place de la norme conventionnelle est considérablement élargie¹¹⁷. Cette loi de 1936 sera de courte durée ; la seconde guerre mondiale et le régime de Vichy ont mis fin à cette législation¹¹⁸.

21. 1946 - Une restriction conventionnelle pour favoriser la reprise. A partir de 1945, un nouveau virage est opéré : le pouvoir de la convention collective est considérablement limité¹¹⁹. Afin de conserver le contrôle sur la reprise post-guerre, le Gouvernement a souhaité restreindre la liberté contractuelle : « *la conclusion de la convention requiert l'agrément des autorités publiques* »¹²⁰. Par ailleurs, certains sujets ne peuvent être traités comme celui des salaires¹²¹. Ces dispositions sont issues de la loi du 23 décembre 1946¹²².

¹¹⁴ C. Civ., art. 1134 (ancien) ; N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 110 ; F. PETIT, Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 42 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit Du Travail, Dalloz, 33^{ème} éd. 2020, p. 1603 ; Même si au début du XX^{ème} siècle, certains députés constataient déjà l'originalité des conventions collectives : « *le socialiste Groussier avait bien indiqué qu'il était vain de vouloir inscrire la convention collective dans les catégories existantes du droit civil, comme on tentait de le faire depuis une vingtaine d'années, car elle était une espèce tout à fait nouvelle et particulière* » (N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 111).

¹¹⁵ S. NADAL, Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective, Répertoire de droit du travail, Dalloz, oct. 2019, n° 2 : « *ainsi la loi du 24 juin 1936 est-elle le véritable berceau du droit moderne des conventions collectives* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 8.

¹¹⁶ F. PETIT, Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 42.

¹¹⁷ N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 111 : « *cette innovation va dynamiser considérablement la négociation collective et dans les douze mois qui suivent on comptera près de 4 600 nouvelles conventions* ».

¹¹⁸ D.-L. 1^{er} sept. 1939, 27 oct. 1939, 2 nov. 1939, 10 nov. 1939.

¹¹⁹ J. DIRRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015, p. 221.

¹²⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit Du Travail, Dalloz, 33^{ème} éd. 2020, p. 1603.

¹²¹ S. NADAL, Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective, Répertoire de droit du travail, Dalloz, oct. 2019, n° 2 : « *le gouvernement souhaitait en effet conserver la maîtrise des salaires dans un contexte économique instable* ».

¹²² L. 23 déc. 1946, n° 46-2924, JO 25 déc. 1946.

22. 1950 - Libéralisation de la négociation collective. Quelques années après, la loi du 11 février 1950 revient sur ces dispositions, ce fut le retour de la « *liberté conventionnelle* »¹²³, sans agrément et sans restriction sur les salaires. La procédure d'extension, issue de la loi de 1936 est de nouveau présente¹²⁴. Une plus grande liberté est conférée aux accords d'établissement, bien qu'ils restent tenus par certaines exigences posées par la branche¹²⁵.

23. 1971 - Un droit des travailleurs à la négociation collective. La loi du 13 juillet 1971¹²⁶ demeure l'une des lois les plus marquantes en termes de négociation collective dans l'entreprise¹²⁷. En effet, depuis plusieurs années le droit syndical s'étendait dans l'entreprise, conduisant irrémédiablement à un renforcement de la négociation collective. Pour ce faire, la loi a « *reconnu l'existence d'un droit des travailleurs à la négociation collective* »¹²⁸. Concrètement, elle a ouvert la négociation à différents champs professionnels et territoriaux dont l'entreprise et l'établissement, en retirant l'emprise de la branche dans leurs négociations¹²⁹. Les thèmes de négociation ont également été plus largement ouverts¹³⁰.

24. 1982 - L'essor de la négociation collective. Une nouvelle grande réforme est menée en 1982 à travers la loi du 13 novembre¹³¹. Celle-ci a permis de « *décentraliser la négociation*

¹²³ J. DIRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015, p. 224.

¹²⁴ L. 11 févr. 1950, n° 50-205, art. 31, JO 12 févr. 1950.

¹²⁵ F. PETIT, Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 42.

¹²⁶ L. 13 juill. 1971, n° 71-561, JO 14 juill. 1971.

¹²⁷ N. OLSZAK, Histoire du droit du travail, Economica, 2011, p. 111.

¹²⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit Du Travail, Dalloz, 33^{ème} éd. 2020, p. 1604.

¹²⁹ F. PETIT, Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 42 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 10.

¹³⁰ S. NADAL, Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective, Répertoire de droit du travail, Dalloz, oct. 2019, n° 3 : « *ainsi la loi du 13 juillet 1971 aura-t-elle donné à la négociation d'entreprise l'autonomie qu'elle tentait de conquérir à l'égard des négociations aux champs professionnels et territoriaux plus larges. Désormais, la négociation d'entreprise n'est plus tributaire de l'existence d'une convention de branche. Simultanément, la loi consacre les accords interprofessionnels, accroît les possibilités d'extension et crée une nouvelle procédure dite « d'élargissement » permettant de rendre obligatoires les dispositions d'une convention de branche déjà étendue à un secteur professionnel comparable. Par ailleurs, les thèmes négociables sont sensiblement enrichis* ».

¹³¹ L. 13 nov. 1982, n° 82-957, JO 14 nov. 1982.

collective afin qu'elle se déroule dans le cadre le plus proche des préoccupations des salariés et, dans ce but, promouvoir deux niveaux de négociation, la branche et l'entreprise, conçus comme complémentaires »¹³². A cette période, le principe de faveur jouait quelle que soit la norme invoquée¹³³. Cette loi de 1982 est aujourd'hui encore capitale dans le débat social. Elle a fixé les deux niveaux principaux de négociations : la branche et l'entreprise¹³⁴. Actuellement, les débats portent essentiellement sur la place de ces deux niveaux, notamment vis-à-vis du principe de faveur¹³⁵. Dans le même temps, la loi a instauré certaines négociations obligatoires au niveau de la branche et de l'entreprise afin d'encourager les partenaires sociaux à discuter et signer des accords¹³⁶. La fin du XX^{ème} siècle marque l'essor de la négociation collective en entreprise ; les gouvernements souhaitent confier aux acteurs le soin de régir les normes applicables dans leur périmètre. Le pouvoir du législateur reste malgré tout très fortement prépondérant.

25. Dès 1995 - La montée en puissance de la « négociation dérogatoire ». A la même époque, une interrogation est soulevée : quel doit être le sort des entreprises dépourvues de délégués syndicaux ? Progressivement, la « négociation dérogatoire »¹³⁷ est apparue. Est conclu l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 dont « les organisations

¹³² B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 864.

¹³³ G. AUZERO, Conventions d'entreprise et conventions de branche, Dr. soc. 2017, p. 1018 : « cette situation de concours entre normes conventionnelles de niveaux différents se résolvait invariablement et uniquement par l'application de l'acte collectif le plus favorable aux salariés ou, pour le dire autrement, par la mise en œuvre de ce que la doctrine a fini par nommer le principe de faveur ».

¹³⁴ F. PETIT, Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 42 : « cette orientation a été confirmée par la loi du 13 novembre 1982, dont l'objectif a été de donner un nouvel essor à la négociation collective tant au niveau des branches que de l'entreprise, avec la multiplication, notamment, des obligations de négocier ».

¹³⁵ S. BEAL, C. TERRENOIRE, Rapports entre les conventions d'entreprise et les conventions de branche après l'ordonnance n° 2017-1385, JCP E 2017, 1654.

¹³⁶ S. NADAL, Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective, Répertoire de droit du travail, Dalloz, oct. 2019, n° 5 : « il s'agit de poser les conditions nécessaires à la réalisation du droit des travailleurs à la négociation collective, si bien que choix a alors été fait d'instaurer des obligations de négocier aux niveaux de la branche et de l'entreprise. » ; Étude de législation comparée, Sénat, note de synthèse : « par ailleurs, la loi du 13 novembre 1982 oblige à des négociations périodiques, mais sans imposer d'obligation de conclure. Au niveau de la branche, la loi prescrit des négociations quinquennales pour les classifications, et annuelles pour la détermination des salaires minimaux par catégorie. Les autres négociations obligatoires portent sur les salaires, la durée et l'organisation du temps de travail ; elles sont annuelles et ont lieu dans l'entreprise » (<https://www.senat.fr/lc/lc88/lc880.html>).

¹³⁷ C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 15 et s.

syndicales nationales voyaient dans le mandatement une opportunité pour elles d'entrer dans les PME, secteur dans lequel elles ne parvenaient pas à s'implanter »¹³⁸. Puis la loi « d'expérimentation » Robien¹³⁹ et les lois sur les 35h¹⁴⁰ ont également permis de recourir à cette technique juridique. S'ensuivent des évolutions à un rythme régulier : 2004, 2008, 2015¹⁴¹, 2016 et enfin 2017¹⁴². Cette montée en puissance est essentielle dans le cadre de l'analyse de la contractualisation du droit de la représentation du personnel. La volonté du législateur est d'ouvrir le plus largement possible le champ de la négociation, lorsqu'il n'existe pas de délégués syndicaux¹⁴³, voire de restreindre l'exclusivité des délégués syndicaux en instaurant des régimes dérogatoires (référendum d'entreprise en cas de signature de syndicats représentant 30% à 50% des suffrages¹⁴⁴). Il n'est pas surprenant de constater que le législateur a également imposé cette évolution dans le cadre de la négociation sur le CSE, créant cependant de nombreuses interrogations juridiques¹⁴⁵.

26. Dès 2004 - Une extension progressive de la priorité accordée à la norme négociée d'entreprise. La montée en puissance de la négociation sur le CSE a également profité de l'émergence de la norme négociée. La puissance de cette norme s'est rapprochée, d'année en année, vers l'entreprise. Dès 2004, la loi « Fillon » du 4 mai¹⁴⁶ a permis aux accords d'entreprise de déroger, dans certains domaines, à l'accord de branche ; « *ce faisant elle affaiblit considérablement la « hiérarchie » des normes conventionnelles et le principe (dit de « faveur ») de l'application de la norme la plus favorable au salarié* »¹⁴⁷. Les lois du 8 août 2016¹⁴⁸ et les ordonnances de septembre 2017¹⁴⁹ marquent un tournant dans le niveau d'appréciation de la norme : l'accord d'entreprise peut déroger, dans un très grand nombre

¹³⁸ C. ANACHE, Le mandatement hier, aujourd'hui... et demain, JSL nov. 1998, n° 24, p. 4.

¹³⁹ L. 12 nov. 1996, n° 96-985, art. 6, JO 13 nov. 1996.

¹⁴⁰ L. 13 juin 1998, n° 98-461, art. 3, JO 14 juin 1998 ; L. 19 janv. 2000, n° 2000-37, JO 20 janv. 2000.

¹⁴¹ B. GAURIAU, La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr. soc. 2015, p. 878.

¹⁴² G. FRANCOIS, Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 956.

¹⁴³ B. TEYSSIE, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112.

¹⁴⁴ C. trav., art. L. 2232-12 al. 2.

¹⁴⁵ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595.

¹⁴⁶ L. 4 mai 2004, n° 2004-391, JO 5 mai 2004.

¹⁴⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit Du Travail, Dalloz, 33^{ème} éd. 2020, p. 1604.

¹⁴⁸ L. 8 août 2016, n° 2016-1088, JO 9 août 2016.

¹⁴⁹ Ord. 22 sept. 2017, n° 2017-1385, JO 23 sept. 2017.

de domaines, et même de manière plus défavorable, à l'accord de branche¹⁵⁰. La hiérarchie des normes a évolué, au détriment du principe de faveur ; les entreprises bénéficient d'une liberté importante sur l'aménagement de leurs règles conventionnelles : l'objectif est d'offrir aux entreprises la possibilité d'adapter les normes au plus près de leur nécessité. La négociation collective n'est plus seulement un outil pour améliorer les droits des salariés, il devient un outil d'organisation de l'entreprise¹⁵¹.

27. 2016 - Identification simplifiée de la norme négociable. Pour simplifier les points négociables, le législateur a adopté avec la loi du 8 août 2016 le « triptyque » ordre public, champ de la négociation et dispositions supplétives¹⁵². L'objectif est d'offrir aux partenaires sociaux une vision plus claire du droit négociable ; il est de mieux délimiter les points de négociation et s'inscrit dans le cadre de la montée en puissance de la norme d'entreprise¹⁵³. C'est cette politique qui s'est ensuite étendue dans le Code du travail, et notamment pour la représentation du personnel, avec les ordonnances « Macron » de 2017.

28. Dès 2008 - Une évolution vers plus de légitimité. Enfin, une troisième évolution porte sur les modalités de négociation. Le calcul de la représentativité a été modifié pour les organisations syndicales dans l'entreprise afin de tenir compte du vote des salariés, il s'agit de la « représentativité prouvée » généralisée par la loi du 20 août 2008¹⁵⁴. Depuis la loi du 8 août 2016, afin de légitimer la norme d'entreprise¹⁵⁵, l'appréciation de la majorité

¹⁵⁰ S. BEAL, C. TERRENOIRE, Rapports entre les conventions d'entreprise et les conventions de branche après l'ordonnance n° 2017-1385, JCP E 2017, 1654.

¹⁵¹ V. sur les « *accords qui visent plus la recherche d'engagement réciproques que le seul octroi d'avantages au profit des salariés* » : F. CANUT, L'ordre public en droit du travail (préf. F. GAUDU), LGDJ, 2007, p. 359 ; P. MASSON, Exit le droit du travail... place à la loi de l'entreprise !, Dr. ouvr. 2017, p. 640 ; E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 5 : « *l'entreprise, en tant qu'unité de gestion, constitue le champ de négociations conçues comme un outil d'organisation de cette entité, au service d'une gestion optimale de celle-ci* ».

¹⁵² B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292.

¹⁵³ B. TEYSSIE, De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail, JCP S 2017, 1179.

¹⁵⁴ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, 2018, LGDJ, p. 59 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 12-13.

¹⁵⁵ L. PECAUT-RIVOLIER, La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation, JCP S 2016, 1300.

permettant de signer un accord d'entreprise a évolué afin de tendre vers des accords encore plus démocratiques¹⁵⁶.

B. L'objet contemporain de la négociation collective : un outil au service de l'organisation de l'entreprise

29. Une transformation de l'objet de la négociation. L'historique en témoigne : la négociation collective est peu à peu devenue un « *outil de gestion de l'entreprise* »¹⁵⁷. D'un outil essentiellement destiné à améliorer les conditions des salariés, la négociation collective est devenue un instrument d'adaptation de la norme interne pour structurer au mieux les règles applicables au sein de l'entreprise¹⁵⁸. Le principe de faveur a laissé place à un principe d'organisation¹⁵⁹, portée par une triple mutation.

30. Triple mutation : adaptation, universalité et légitimité. Cette mutation de la « négociabilité » repose sur un triptyque : adaptation, universalité et légitimité. Sur le premier point, le champ de la négociation et l'articulation des normes se sont développés pour offrir aux partenaires sociaux de l'entreprise la possibilité de négocier et conclure un plus grand nombre d'accords correspondant aux réalités de l'entreprise¹⁶⁰. Sur le second, ces partenaires sociaux ont grandi au fil des années jusqu'à offrir la possibilité à l'ensemble des entreprises de conclure de tels accords, quelle que soit leur taille¹⁶¹. Enfin, la légitimité des accords a grandement contribué à faire accepter de telles évolutions dans le droit social¹⁶². En prenant en considération des données démocratiques, que ce soit par les votes exprimés

¹⁵⁶ Les signataires doivent représenter 50% des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au 1er tour des dernières élections professionnelles (C. trav., art. L. 2232-12).

¹⁵⁷ J. BARTHELEMY, La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise, Dr. soc. 1990, p. 580.

¹⁵⁸ G. AUZERO, La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 76.

¹⁵⁹ V. sur la « *négociation d'adaptation, d'organisation ou de gestion* » : A. MAZEAUD, Droit du travail, Montchrestien, 5^{ème} éd. 2006, n° 303 ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 71.

¹⁶⁰ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41.

¹⁶¹ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 400 et s.

¹⁶² V. le dossier « La légitimité de la norme en droit du travail » in Dr. soc. 2018, p. 112.

aux élections professionnelles par les salariés ou par d'éventuels référendums, les accords ont gagné en légitimité ; celle-ci est venue au support des évolutions précédemment citées¹⁶³.

31. Des attentes réciproques. Ces transformations ont permis d'élargir le champ de la négociation collective : aujourd'hui presque tous les aspects du droit du travail sont négociables. La représentation du personnel a longtemps été mise de côté¹⁶⁴. Pourtant, force est de constater que pour la gestion de l'entreprise il semble particulièrement intéressant de pouvoir négocier sur la représentation du personnel. Celle-ci est au cœur de la relation entre la direction et les salariés¹⁶⁵. Or, mieux la représentation du personnel sera gérée et structurée, plus elle pourra s'exécuter de manière efficiente¹⁶⁶. La crainte envers les partenaires sociaux empêchait le législateur d'ouvrir le champ de la négociation : la matière devait être guidée simplement par un ordre public indérogeable sur l'ensemble des compétences de l'instance¹⁶⁷. Face à l'ouverture de la négociation collective et à la confiance conférée aux partenaires sociaux (notamment grâce à leur plus grande légitimité et à la possibilité pour chaque entreprise d'y avoir recours), le législateur a compris que ceux-ci étaient aptes à structurer la représentation du personnel au sein de chaque entreprise¹⁶⁸. Les arguments en faveur de la négociation collective, outil de structuration de l'entreprise, se sont diffusés au sein du droit de la représentation du personnel pour le rendre plus

¹⁶³ J. DIRRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015, p. 223.

¹⁶⁴ M. DESPAX, Droit du travail, t. 7, Négociations, conventions et accords collectifs (sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK), Dalloz, 2^{ème} éd. 1989, p. 87, n° 51 ; G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 70 ; J. DIRRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015, p. 221 : « la négociation collective est d'abord perçue comme un moyen de retrouver, au niveau collectif, l'égalité qui fait défaut au niveau individuel. Cette vocation impliquait, a contrario, que les accords collectifs n'avaient pas pour objet de régir les relations collectives de travail ».

¹⁶⁵ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, p. 2.

¹⁶⁶ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 4 et s.

¹⁶⁷ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 10.

¹⁶⁸ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 70 : « en matière de représentation du personnel, le législateur laisse, désormais, une large place à la négociation d'accords, qui n'ont plus simplement pour objet, au regard de l'ordre public social, d'améliorer les règles prévues dans le Code du travail sur le comité social et économique. En effet, les possibilités laissées aux négociateurs pour modeler l'instance aux spécificités de l'entreprise sont importantes ».

conventionnel¹⁶⁹. S'agissant de la réforme de 2017 : « *en forçant un peu le trait on pourrait affirmer que la réforme essentielle des IRP tient moins dans l'ordonnance « relative à la nouvelle organisation du dialogue social dans l'entreprise » que dans celle portant sur le « renforcement de la négociation collective » !* »¹⁷⁰. La négociation collective a eu besoin de rencontrer la représentation du personnel car elle est devenue un outil au service de l'organisation de l'entreprise. Aussi, la seconde a eu besoin de rencontrer la première car celle-ci est devenue complexe et peu adaptée aux réalités de chaque entreprise. La rencontre sonne comme une évidence mais le mariage peut-il opérer ?

III. La négociation collective au service de la structuration de l'instance : une nouveauté à appréhender

32. Introduction. Avant d'évoquer le mariage de la négociation collective et de la représentation du personnel, il convient de constater que leur rencontre fut laborieuse (A.). Toutefois, leur alliance ne paraît pas si évidente : de très nombreuses difficultés ont pu être relevées, leur rencontre doit alors être particulièrement appréhendée (B.).

A. Une rencontre récente entre négociation collective et représentation du personnel

33. La représentation du personnel : parent pauvre de la négociation collective. Le législateur a mis de nombreuses années pour diffuser sur l'instance de représentation du personnel les évolutions majeures relatives à la négociation d'entreprise¹⁷¹. Le comité d'entreprise est longtemps resté une entité à part, déconnectée de la négociation

¹⁶⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631 : « *les nouveaux textes sont en cela fidèles à la philosophie du droit actuel qui consiste à promouvoir le droit de l'entreprise faisant une place croissante, passé un ordre public atrophié, aux normes négociées modelées en considération des besoins de l'entreprise* ».

¹⁷⁰ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 74.

¹⁷¹ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *ce n'est que très progressivement qu'un droit conventionnel de la représentation a pris forme sous l'effet combiné de différents facteurs* ».

d'entreprise¹⁷² : « *que la représentation du personnel constitue aujourd'hui un objet de la négociation collective, il est difficile de ne pas en convenir. Toutefois, il faut également rappeler que, durant le siècle passé, ce domaine a échappé, au moins en partie, à la négociation collective* »¹⁷³. La représentation du personnel fut le parent pauvre de la négociation ; pour autant, elle n'était pas totalement inconnue avant la publication des ordonnances « Macron » de 2017. Dès la seconde partie du XX^{ème} siècle, avec l'émergence du comité d'entreprise et des accords d'entreprise, une conventionnalisation de l'instance de représentation du personnel a timidement émergé. Celle-ci reposait essentiellement sur le droit commun de la négociation collective¹⁷⁴ et sur la possibilité d'édicter des normes plus favorables¹⁷⁵. À défaut d'orientations du législateur sur les normes négociables, la pratique a utilisé cette faculté pour conventionnaliser la représentation du personnel. Elle l'a fait essentiellement en rédigeant certains accords de méthode sur des sujets très précis comme celui des grands licenciements économiques¹⁷⁶.

34. Début du XXI^{ème} siècle - Des premières consécration légales. C'est sur ce sujet, et notamment sur les modalités d'information et de consultation, que la conventionnalité de

¹⁷² M.-L. MORIN, Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit, LGDJ, 1994, p. 445.

¹⁷³ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹⁷⁴ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 ; V. également pour un historique plus complet : J. DIRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015, p. 221 et s.

¹⁷⁵ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *cela résulte notamment de l'avis n°310.108 du Conseil d'Etat du 22 mars 1973, dont il ressort qu'une convention collective peut accroître les garanties et avantages légaux ou bien en créer des nouveaux* ».

¹⁷⁶ R. VATINET, Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31), JCP S 2007, 1072 : « *l'article 29 de la loi du 30 décembre 2006 a été présenté, lors des travaux parlementaires, comme inspiré de la pratique des accords de méthode qui permettent d'aménager les droits d'information et de consultation du comité d'entreprise lors des grands licenciements économiques* » ; V. également : Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, Le développement des accords de méthode en 2005-2006, JCP S 2007, 250 ; B. GAURIAU, Contractualisation du dialogue social, Revue de droit d'Assas févr. 2016, p. 118.

l'instance trouve une première consécration légale¹⁷⁷. Elle demeure cependant limitée au sujet du licenciement économique. La première loi conventionnalisant la pratique régulière des comités d'entreprise porte sur les informations communiquées par l'employeur. En effet, l'article 29 de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social prévoit que : « *sans préjudice des obligations incombant au chef d'entreprise en matière de consultation du comité d'entreprise, un accord collectif de branche, d'entreprise ou de groupe peut adapter, dans les entreprises occupant au moins trois cents salariés, les modalités d'information du comité d'entreprise et organiser l'échange de vues auquel la transmission de ces informations donne lieu* »¹⁷⁸. Cette liberté conventionnelle n'était pas totale ; le législateur a gardé la main pour régir la communication d'informations minimums. Une clarification des informations communiquées était toutefois possible pour les entreprises¹⁷⁹.

35. 2013 - Une ouverture à la négociation plus large. La décennie suivante a ouvert plus largement le champ de la négociation sur la représentation du personnel. L'ANI du 11 janvier 2013 prévoyait la possibilité, par accord collectif, d'aménager la procédure de consultation pour les grands licenciements économiques notamment s'agissant du nombre de réunions, des informations communiquées ou des délais liés à l'expertise¹⁸⁰. Il était également prévu, s'agissant de la BDES qu'un accord collectif de branche ou d'entreprise puisse « *adapter le contenu des informations relevant de ces rubriques, en fonction de l'organisation et/ou du*

¹⁷⁷ A. JOBERT, La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales, Dr. soc. 2013, p. 332 : « *pour relancer la négociation d'entreprise sur des sujets sensibles comme les licenciements économiques et les restructurations, fortement encadrés par la législation, la loi de 2003 puis celle du 18 janvier 2005 (qui pérennise le dispositif) donnent aussi aux entreprises la possibilité de négocier des « accords de méthode » pouvant déroger à certaines règles légales* » ; J.-E. TOURREIL, Le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut se confondre avec l'accord de méthode, JSL avr. 2009, p. 13 : « *tiré de la pratique afin d'adapter aux contraintes de chaque entreprise, en matière de licenciement pour motif économique, les règles de procédure collective d'information/consultation des institutions représentatives du personnel, la technique des accords de méthode a, après avoir été inscrit en 2003 dans la loi à titre expérimental, été consacré par la loi no 2005-32 du 18 janvier 2005* ».

¹⁷⁸ C. trav., art. L.432-4-3 (ancien).

¹⁷⁹ R. VATINET, Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31), JCP S 2007, 1072 : « *le nouvel article L. 432-4-3 issu de la loi nouvelle pourra néanmoins permettre de clarifier utilement la présentation de l'information périodique* ».

¹⁸⁰ ANI pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, 11 janv. 2013, art. 20.

domaine d'activité de l'entreprise »¹⁸¹. Cet ANI s'est traduit en partie¹⁸² dans le domaine législatif par la loi du 14 juin 2013, censée bâtir « *une culture de confiance* »¹⁸³ s'inspirant des termes de l'ANI précité invoquant « *un dialogue social constructif* » et « *un climat de confiance* »¹⁸⁴. Ces éléments ont inspiré le souhait du législateur d'ancrer quelque peu la négociation au sein de la représentation du personnel¹⁸⁵. Ainsi, les délais de consultation ont été ouverts à la négociation¹⁸⁶. À partir de cette date, s'agissant des délais : « *la négociation est la règle sauf exception législative particulière comme en matière de licenciement collectif pour motif économique, où la loi fixe un calendrier précis tout en laissant la voie ouverte à la négociation* »¹⁸⁷. Les recommandations de l'ANI ont été suivies s'agissant du licenciement économique. Par ailleurs les délais des expertises sont également ouverts à la norme négociée¹⁸⁸. Ces quelques éléments restent toutefois faibles à la lecture de l'ensemble des attributions et des moyens de l'instance et ne permettent pas de façonner une réelle représentation du personnel à l'image de l'entreprise : il s'agissait d'une « *période fondatrice et expérimentale* »¹⁸⁹.

¹⁸¹ ANI pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, 11 janv. 2013, art. 12.

¹⁸² Les éléments relatifs à la BDES ont été écartés jusqu'aux Ordonnances Macron : « *plateforme d'information du comité social et économique, la BDES devient, tout comme celui-ci, un objet de négociation. Alors que jusqu'ici les partenaires sociaux ne pouvaient pas s'affranchir du contenu prédéfini par la loi, ils peuvent désormais mettre en place une BDES dont le contenu sera défini conventionnellement, sous réserve de couvrir des thèmes obligatoires. Une BDES « sur mesure » peut donc être mise en place par accord déterminant une organisation, une architecture, un contenu et un mode de fonctionnement spécifiques, les dispositions du Code du travail n'ayant vocation à s'appliquer que de manière supplétive* » (S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD, La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JCP S 2018, 1170).

¹⁸³ Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, étude d'impact, 5 mars 2013, p. 82.

¹⁸⁴ ANI pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, 11 janv. 2013, art. 12, § 3.

¹⁸⁵ B. GAURIAU, Contractualisation du dialogue social, Revue de droit d'Assas févr. 2016, p. 118.

¹⁸⁶ C. trav., art. L. 2323-3 (ancien) : « *sauf dispositions législatives spéciales, un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise ou, le cas échéant, le comité central d'entreprise, adopté à la majorité des membres titulaires élus du comité, ou, à défaut d'accord, un décret en Conseil d'État fixe les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise sont rendus dans le cadre des consultations prévues aux articles L. 2323-6 à L. 2323-60, ainsi qu'aux articles L. 2281-12, L. 2323-72 et L. 3121-11* ».

¹⁸⁷ B. KRIEF, Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel, JCP S 2014, 1090.

¹⁸⁸ F. MARRON, S. BOURQUELOT, Nouveaux délais de consultation et d'expertise du comité d'entreprise, Cah. DRH avr. 2014, p. 2.

¹⁸⁹ B. GAURIAU, Contractualisation du dialogue social, Revue de droit d'Assas févr. 2016, p. 118.

36. 2015 - La DUP, les prémices du CSE. La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 marque un premier tournant en offrant aux acteurs la possibilité d'unifier les trois instances jusqu'ici en place : « *délégation unique du personnel élargie aux trois institutions dans les entreprises de moins de 300 salariés et instances regroupées par accord collectif dans les autres* »¹⁹⁰. Le champ de la négociation était assez important s'agissant de l'instance regroupée pour laquelle l'accord collectif régissait une partie de son fonctionnement¹⁹¹ ; sans être comparable au CSE, un premier pas a été effectué¹⁹².

37. 2017 - La révolution du CSE. La loi « Travail » de 2016 n'a pas, quant à elle, apporté d'évolutions importantes dans la représentation du personnel. A cette date, les éléments négociables au sein de la représentation du personnel restaient limités aux dispositions de 2013 et 2015¹⁹³, au protocole d'accord préélectoral, aux dispositions plus favorables ou encore à certains éléments très spécifiques¹⁹⁴. L'architecture du comité d'entreprise, des délégués du personnel et du CHSCT ne pouvait être réellement modifiée¹⁹⁵. Ainsi, « *le nouveau comité social et économique est amené à être mis en place dans une configuration juridique inédite. Si, depuis les lois du 14 juin 2013 et du 17 août 2015, des accords collectifs ou conclus au sein du comité peuvent aménager, y compris en moins favorable que la loi, certains aspects du fonctionnement du comité d'entreprise (nombre de réunions, délais de consultations, etc...), la mise en place et les attributions du comité relevaient pour l'essentiel des dispositions d'ordre public auxquelles il ne pouvait être dérogé qu'en plus favorable pour les comités* »¹⁹⁶. Les ordonnances « Macron » de 2017 ont marqué un réel tournant dans

¹⁹⁰ J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313.

¹⁹¹ B. GAURIAU, Contractualisation du dialogue social, Revue de droit d'Assas févr. 2016, p. 118.

¹⁹² M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2018, p. 63 et s.

¹⁹³ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2018, p. 75.

¹⁹⁴ Par exemple il était nécessaire jusqu'en 2016 de disposer d'un accord collectif pour le recours au vote électronique (C. trav., art. L. 2324-19, abr.).

¹⁹⁵ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 70 : « *toutes ces incursions de la négociation dans le droit de la représentation du personnel semblent néanmoins bien timides si l'on entend les comparer à la multitude de dispositions à présent contenues dans le Code du travail et qui permettent d'adapter, par voie conventionnelle, la représentation du personnel aux besoins de l'entreprise* ».

¹⁹⁶ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 15^{ème} éd. 2018, p. 75.

cette approche¹⁹⁷ : « *si l'on pouvait croire, il y a peu de temps encore, que la matière de la représentation du personnel relevait dans sa grande majorité de l'ordre public, les ordonnances et la loi de ratification modifient sensiblement cette approche* »¹⁹⁸. L'évolution de la représentation du personnel combinée à celle de la négociabilité en entreprise, a conduit le législateur à offrir une plus grande « négociabilité » de l'instance de représentation du personnel. La négociation devient un enjeu propre à l'instance, tout comme l'accord potentiellement conclu¹⁹⁹.

B. Une rencontre à appréhender : enjeux de l'analyse

38. Des interrogations. Si les fondements d'une telle rencontre semblent converger, l'aboutissement d'un mariage réussi n'est pas aussi évident. De très nombreuses interrogations se posent. Elles concernent tant les intérêts que les parties vont trouver à ce mariage, que la rapidité de la création de celui-ci et enfin la compatibilité existant au sein de ce mariage.

39. Les intérêts des parties au mariage. La première difficulté repose sur la réception de cette réforme par les parties : vont-elles se saisir des évolutions ?²⁰⁰ La perception des points positifs et négatifs des nouvelles opportunités peut prendre un certain temps. Les partenaires sociaux sont parfois réticents à l'idée de se saisir de dispositions législatives nouvelles ; la crainte de l'inadaptation, ou pire de l'erreur, les conduit à avancer prudemment, dans

¹⁹⁷ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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* ».

¹⁹⁸ L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226.

¹⁹⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 646.

²⁰⁰ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 : « *la peur du vide, la crainte de l'inconnu saisissent alors chefs d'entreprise et partenaires sociaux. Ceux qui, hier, défendaient à bride abattue la fusion sont saisis d'un doute... C'est dire l'importance d'une phase essentielle de l'opération qu'est la période de transition* ».

l'attente souvent d'expériences voisines, lancées par de plus téméraires²⁰¹. La négociation n'est pas un outil nouveau pour les acteurs de l'entreprise, elle l'est en revanche pour la composition de la représentation du personnel. Au-delà, c'est la question de l'intérêt de négocier qui se pose : les besoins de structuration de la représentation existent-ils ? Il n'est pas dit que la négociation soit un outil indispensable pour l'ensemble des entreprises ; il conviendra d'analyser en profondeur l'intérêt à négocier. L'étude qui suivra aura vocation à dresser une ligne directrice sur l'analyse de l'intérêt à négocier ; pour comprendre l'objet de négociation, ses intérêts et ses contraintes. Aussi, en présence d'intérêts des parties, la difficulté consistera à parvenir à conclure un accord : la matière de la représentation du personnel est-elle apte à fournir, grâce à la négociation, des intérêts mutuels ou d'établir des concessions réciproques ? C'est une condition indispensable à la réussite du mariage entre négociation collective et représentation du personnel, ces éléments seront étudiés.

40. La rapidité du mariage. Les ordonnances « Macron » ont fait évoluer de très nombreux champs du droit du travail dans une rapidité déroutante. S'agissant de la représentation du personnel, il s'agissait moins d'adaptation que de « révolution »²⁰². En faisant évoluer aussi vite l'ensemble d'un dispositif juridique, des oublis et des inadaptations devaient se produire : « *bien des conflits ne naissent qu'en raison de l'imprécision de la norme légale ou, pire, des contradictions qu'elle est porteuse. Or, il est loin d'être avéré que les dispositions gouvernant le comité social et économique soient à l'abri de tout reproche, avec la circonstance atténuante qu'il est toujours difficile de bâtir un nouvel - et vaste - édifice, singulièrement lorsqu'à sa construction ne sont abandonnées que quelques semaines* »²⁰³. De nombreuses zones d'ombre existent²⁰⁴. Par exemple s'agissant des modalités de conclusion, de révision et dénonciation des accords : certaines façons de négocier sont

²⁰¹ S. BEAL, La mise en place du CSE : l'art de l'équilibre *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 205 : « *beaucoup d'entreprises prennent le temps pour mieux appréhender le texte et ses conséquences sur l'organisation de la représentation du personnel* ».

²⁰² B. KRIEF, Les moyens du CSE, Bull. Joly Travail févr. 2020, p. 53 : « *la révolution du droit de la représentation collective a bien eu lieu* ».

²⁰³ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. XII.

²⁰⁴ J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313 : « *l'ampleur des modifications soulèvent de nombreuses incertitudes et interrogations qui susciteront du contentieux que la Cour de cassation sera appelée à trancher* ».

connues, d'autres sont novatrices²⁰⁵. Pour ces dernières, de nombreuses imprécisions existent qu'il conviendra de parvenir à éclaircir. La question du déroulé de la négociation demeure pleine d'interrogations : quand négocier sur l'instance ? sur quels thèmes ? avec quels acteurs ? la négociation est-elle obligatoire ? Plus largement, c'est le régime juridique de « *l'accord institutionnel* »²⁰⁶ qui fait défaut : le législateur n'a pas établi un régime précis pour cet accord qui permettrait de répondre aux nombreuses interrogations qui vont se poser²⁰⁷. Répondre à celles-ci et proposer un régime adapté à l'accord institutionnel seront au cœur de cette étude.

41. La compatibilité du mariage. Au-delà, c'est la question de la compatibilité du mariage entre la négociation collective et la représentation du personnel qui va se poser. De nombreux principes risquent d'entrer en jeu pour amoindrir les effets de l'un sur l'autre. A titre d'exemples, des questions surgissent s'agissant des espaces de liberté de la négociation. Tout d'abord, la détermination du champ du négociable devra faire l'objet d'une étude approfondie²⁰⁸. Certaines zones d'incompatibilité existent entre le champ ouvert pour la négociation par le législateur et des principes indérogeables d'ordre public de la représentation du personnel : la définition de l'établissement distinct, le principe constitutionnel de participation, l'exercice utile des compétences des élus²⁰⁹... La négociation peut-elle vraiment tout structurer, quand bien même elle répond aux prescriptions législatives ? D'autres particularités doivent être relevées. S'agissant de l'articulation de la négociation collective avec les particularités de la représentation du personnel, des questions vont se poser vis-à-vis du cycle électoral²¹⁰. Ce dernier guide de

²⁰⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632.

²⁰⁶ La notion d' « institutionnel » fera écho aux négociations et aux accords portant sur l'instance de représentation du personnel. V. par exemple : G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, p. 359.

²⁰⁷ La question était déjà soulevée en 2015 : « *existe-t-il un droit commun des accords institutionnels ? Il reste à construire* » (G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, p. 359). V. également : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633.

²⁰⁸ Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 7.

²⁰⁹ J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313 : « *des difficultés pratiques d'articulation des normes surgiront probablement assez rapidement* ».

²¹⁰ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633.

nombreuses règles impératives de la représentation du personnel et des difficultés se révèlent en raison de l'application des règles de droit commun de la négociation collective. Concernant l'articulation de la représentation du personnel avec les particularités de la négociation collective, des interrogations jaillissent à l'occasion du transfert d'entreprise. Là encore, l'articulation des règles entre poursuite de l'instance et mise en cause de l'accord peut conduire à des incompatibilités que le législateur n'a pas encore relevées²¹¹. Enfin, c'est la rencontre du double canal de représentation qui pourra interroger : les représentants désignés peuvent-ils réellement structurer la représentation élue du personnel ? N'existe-t-il pas des risques d'incompatibilité ou de tension sur ce fondement ?

42. Dynamiques de recherche et plan. Les questions sont nombreuses. Cette rencontre novatrice entre la représentation du personnel et la négociation collective sera étudiée sur deux aspects du droit du travail. Principalement, la dimension technique du nouveau droit de la représentation du personnel sera étudiée : quels espaces de négociation ? Quel régime juridique des accords ? Quelles articulations avec le cycle électoral et le transfert d'entreprise ? Ces interrogations ont vocation à fonder l'étude sur la structuration du CSE par la négociation. Pour autant, une étude complète du sujet nécessite également de mobiliser la pratique des relations sociales : la mise en œuvre de cette réforme est effectuée par les partenaires sociaux²¹². Leurs approches, leurs intérêts à négocier et leurs difficultés d'appréciation conduisent directement ou indirectement à des questions techniques et juridiques²¹³. Droit et pratique du droit sont intimement liés²¹⁴. Le droit s'adresse à la

²¹¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633.

²¹² F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 82 : « *derrière la politique juridique mise en œuvre se loge, dès lors, une certaine philosophie de l'action et, plus précisément, une théorie des acteurs. Ce faisant, les voies que trace le législateur, les orientations et transformations qu'il promeut, ne peuvent qu'être tributaires du jeu des acteurs eux-mêmes. Leur concrétisation en dépend irrémédiablement. Voilà pourquoi la problématique de l'appropriation par les acteurs du dialogue social des dispositifs consacrés par le législateur se révèle cruciale* ».

²¹³ F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 82 : « *le passage des normes – ou du système de négociation – à sa réalisation – ou son incarnation – demeure fondamentalement, dans cette optique, suspendu à ce que font les acteurs eux-mêmes. Une telle question serait-elle hors droit ? Nullement. Les usages du droit ne lui sont pas étrangers : ils s'avèrent constitutifs de celui-ci. Du moins en perspective réaliste. Saisir, dans ses traductions, notre modèle de négociation collective implique donc de tenter de cerner les dynamiques qui sont à l'œuvre, du côté des acteurs* ».

²¹⁴ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. XI.

pratique en charge de le mettre en œuvre ; la pratique exprime matériellement le droit, en en faisant émerger les enjeux et les difficultés²¹⁵. La recherche suivra une approche chronologique sur la construction et la vie des accords institutionnels ; elle tentera d'apporter des éléments techniques et méthodologiques pour permettre aux acteurs d'appréhender au mieux les nouvelles dispositions légales. Elle s'efforcera de comprendre et d'analyser les premiers accords et les premières difficultés issus de la réforme de 2017. Pour cela, les intérêts et la méthodologie de la négociation devront d'abord être étudiés en s'intéressant à la structure légale de négociation ainsi qu'à la pratique de la négociation institutionnelle (Partie 1). La rencontre des signatures aboutira à l'accord institutionnel. Novateur, son régime juridique est empreint d'incertitudes et de difficultés d'articulations : l'accord négocié devra être étudié (Partie 2).

²¹⁵ V. sur l'articulation des règles de gestion et du droit : M. ROUSSEL, L'évaluation professionnelle des salariés (préf. A. LYON-CAEN), LGDJ, 2019, p. 9 et s.

PARTIE 1. LA NEGOCIATION DE L'ACCORD INSTITUTIONNEL

43. Prévoir. « *Ne pas prévoir c'est déjà gémir* » disait Léonard de Vinci. Prévoir et anticiper pour faire face aux imprévus, voilà l'une des missions capitales confiées aux praticiens du droit²¹⁶. La connaissance du sujet abordé est essentielle ; il n'y a pas de réussite dans une action sans savoir préalable : les difficultés et les imprévus doivent être appréhendés²¹⁷. Un travail de fond doit être mené en amont, sans quoi il n'est pas possible de constituer un raisonnement assuré et solide sur un sujet donné ; le risque est alors de se retrouver en difficulté face à un interlocuteur²¹⁸.

44. Maîtriser - La complexité du simple. Pour répondre à cette nécessaire maîtrise du droit applicable, certains acteurs ont recours à la technique de la simplification pour mieux appréhender le sujet. Pourtant, comme l'a énoncé Léonard De Vinci : « *la simplicité est la sophistication suprême* ». La simplification du complexe ne se décrète pas, elle se travaille. Elle exige, par sa nature, une maîtrise totale du monde complexe²¹⁹. Nombre de partenaires sociaux, des dirigeants aux représentants du personnel, souhaitent des exposés simples ; l'erreur est de survoler le sujet plutôt que de le maîtriser intégralement. Cette philosophie, fondée sur la maîtrise des sujets abordés, doit guider la pratique des relations sociales dans l'entreprise, plus particulièrement sur le terrain du dialogue social²²⁰ : s'agissant de l'art de négocier, ces principes permettent une meilleure approche des composantes de la

²¹⁶ A. VIVANT, J.-L. DENIER, Anticiper... pour ne pas subir !, Cah. DRH nov. 2002, n° 68-69, p. 8 ; Dimension de la négociation collective in Cah. DRH déc. 1999, n° 6, p. 12.

²¹⁷ C. ATIAS, Devenir juriste, le sens du droit, LexisNexis, 2011, p. 174.

²¹⁸ S. NIEL, Rénover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24.

²¹⁹ J.-D. COMBREXELLE, De l'art de légiférer en matière sociale, JCP S 2015, 1236 : « *la simplicité et la concision impliquent un travail supplémentaire et une volonté sans faille. La maxime de Léonard de Vinci selon laquelle « la simplicité est la sophistication suprême » s'applique non seulement à l'art mais aussi au droit* ».

²²⁰ V. sur les journées organisées dans la société Orange entre direction et représentants du personnel pour une « *lecture partagée des ordonnances* », leur permettant de maîtriser le contenu des dispositions législatives avant d'engager les négociations sur le CSE : V. LE BOULANGER, Valérie Le Boulanger, DRH du groupe Orange : « Le CSE incarne la quintessence du dialogue social », Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 7.

négociation d'entreprise²²¹. Le parallèle effectué par Jean-Christophe Debande est à ce sujet convaincant ; il estime « *qu'un dialogue social non piloté est un dialogue social, la plupart du temps, subi* »²²². D'où la nécessité, en amont, de « *clarifier sa stratégie, de construire un calendrier, d'analyser la représentation du personnel* »²²³.

45. Maitriser - La volonté de simplifier. De nombreux acteurs (représentants du personnel, salariés des ressources humaines...) considèrent que le droit social est complexe, que les aspects réglementaires de celui-ci sont difficiles à appréhender²²⁴. Pourquoi ne pas user de ce besoin de lisibilité pour procéder à une simplification des règles applicables à la représentation du personnel ?²²⁵ Ici est le rôle du juriste et de l'accord institutionnel. En effet, en connaissant parfaitement la structure de la représentation du personnel, les opportunités offertes par la négociation et les limites, il est possible pour les parties de simplifier, au sein d'un accord institutionnel, les règles applicables.

46. Maîtriser - Dans le cadre de la négociation. Pour cela, deux prérequis semblent indispensables. Tout d'abord sur le terrain relationnel ; l'interlocuteur doit maîtriser son sujet pour mener la négociation, être en mesure de répondre aux interrogations des parties, être capable d'anticiper les questions et être préparé à développer diverses argumentations²²⁶. Cette appréhension est également requise dans le cadre du contenu de la négociation. Maîtriser le complexe permet de connaître ses forces et ses faiblesses mais également ses

²²¹ J.-D. COMBEXELLE, De l'art de légiférer en matière sociale, JCP S 2015, 1236 : « *cette constatation n'est évidemment pas propre au social mais la particularité de ce dernier est le présupposé inexact que le temps de la concertation et de la négociation se confond avec le temps de la connaissance. Or le diagnostic se distingue de la concertation et de la négociation* ».

²²² J.-C DEBANDE, Piloter les relations sociales en entreprise, Vuibert, 2016, p. 157.

²²³ J.-C DEBANDE, Piloter les relations sociales en entreprise, Vuibert, 2016, p. 157.

²²⁴ J. BARTHELEMY, Refondation du droit social, Cah. DRH janv. 2010, n° 161-162, p. 75 : « *le droit du travail est perçu, non sans raisons, comme étant d'une grande complexité, ce qui nuit à son effectivité* ».

²²⁵ J. BARTHELEMY, Mutations du travail et évolutions du droit social, Cah. DRH avr. 2008, n° 142, p. 35.

²²⁶ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *être un professionnel, cela signifie être compétent* ».

intérêts et ceux des autres parties²²⁷. La maîtrise est plus solide en toute connaissance de cause²²⁸.

47. Absence d'uniformisation des instances, négociations particulières à chaque entreprise. Cette approche philosophique guide la pratique de la négociation. Structurer la représentation du personnel exige une analyse de la situation et des volontés des parties²²⁹. Apparaît ici l'une des premières conséquences : la structuration de la représentation du personnel ne peut faire l'objet d'une adaptation uniforme dans toutes les entreprises. Il semble délicat d'établir une représentation du personnel prédéterminée tant les situations sont différentes d'une entreprise à l'autre. Les nécessités, les besoins et les rejets varient en fonction des acteurs, des structures et de l'histoire de ces entreprises²³⁰. La détermination de l'enjeu de la négociation sur l'instance peut quant à elle être uniformisée. Une première étape sera indispensable pour l'ensemble des acteurs ; il conviendra de rechercher l'intérêt à négocier (Titre 1). Pour les entreprises ayant fait le choix de la négociation, il s'agira ensuite de s'intéresser à la méthodologie de celle-ci (Titre 2).

²²⁷ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *il faut que les élus des CE ou CHSCT, comme les RH, soient formés pour cela. Il existe deux niveaux dans la formation : la connaissance de la loi, obligatoire. Et puis, la connaissance de ce qui se fait ailleurs* ».

²²⁸ A ce titre, il est « *indispensable que l'ensemble des parties à la négociation disposent de la même compréhension des nouveaux textes* » (Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18).

²²⁹ D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 8 : « *on ne se décide pas à négocier par hasard. Le choix procède d'une nécessaire prise en compte de facteurs. Au titre de ces derniers, on trouve : l'analyse des enjeux (évaluation par les négociateurs du strict contenu de la négociation, mais également de ses effets et gains pour leur camp dans l'avenir) et celle des tensions et rapports de force* ».

²³⁰ J.-D. SIMONPOLI, La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 3.

TITRE 1. L'INTERET DE LA NEGOCIATION

48. Interrogation(s) et grille d'analyse. « *Lorsque l'on cherche à mesurer les effets, sur la pratique conventionnelle d'entreprise, de l'ouverture du champ du négociable, la question déterminante est finalement celle-ci : les acteurs vont-ils s'emparer des facultés qui leur sont offertes d'adapter la norme au plus près de leurs besoins ou vont-ils se contenter d'appliquer la règle supplétive, de branche et/ou étatique ? Vont-ils contribuer à façonner un CSE dont le périmètre et les modalités de fonctionnement répondent aux spécificités de l'entreprise, particulièrement en ce qui concerne la santé, la sécurité et les conditions de travail, ou vont-ils adopter une vision minimaliste et opportuniste de la négociation en la matière ?* »²³¹. Avec l'ouverture importante du champ de la négociation, les acteurs de la représentation du personnel sont confrontés à un choix²³². La négociation peut leur permettre d'adapter leur instance ; pour autant, l'approche sans négociation peut également être porteuse de sens pour certaines entreprises²³³. Chacune de ces options dispose d'avantages et d'inconvénients qu'il convient d'analyser au préalable pour déterminer l'intérêt à négocier²³⁴. En ce sens, la mécanique de la structuration de la représentation du personnel par la négociation doit s'inscrire au sein d'un processus réflexif²³⁵. Cette méthodologie est nécessaire en raison de l'impossibilité d'établir une structuration « type », adaptée à l'ensemble des sociétés²³⁶ ; l'objectif est de déterminer, à l'inverse, une grille d'analyse applicable pour chaque entreprise. Il convient de procéder par étape, afin de révéler une

²³¹ F. BERGERON-CANUT, Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46.

²³² M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2 : « *personne ne négocie pour le plaisir de négocier. Les DRH, c'est bien naturel, ne se servent de ce nouvel outil que s'ils ont un objectif, un chantier à ouvrir* ».

²³³ V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cah. droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier n° 11.

²³⁴ Sur la nécessité de prendre « *le temps de la réflexion* » : J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

²³⁵ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *or pour rendre opérationnel le CSE, il faut du temps pour en comprendre ses subtilités et négocier un fonctionnement optimal* ».

²³⁶ Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 9 : « *il n'y a pas de modèle prédéfini. [...] Il est cependant évident que ce qui fonctionnera là ne pourra pas être dupliqué ailleurs* » ; V. également sur l'existence de plusieurs « types » d'accords : G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 5.

représentation du personnel efficace et efficiente²³⁷ ; la première étape consiste à analyser son intérêt à négocier²³⁸.

49. Critères de l'intérêt à négocier et méthodologie. L'intérêt à négocier se distinguera pour chaque entreprise selon divers critères : composition de l'entreprise, paysage syndical, revendications des élus, fonctionnement actuel de la représentation du personnel, histoire, budget...²³⁹ Les critères sont variés. Sur la base de ces constatations, les entreprises adopteront un comportement rationnel et cohérent²⁴⁰. Elles se comporteront comme un homo œconomicus²⁴¹, en mettant en balance les avantages et les inconvénients d'une telle négociation. L'intérêt à négocier résidera principalement dans l'analyse des dispositions applicables en l'absence de toute négociation²⁴². Quelles dispositions composent l'instance supplétive de représentation du personnel ? Comment les identifier ? Quelles sont les marges de manœuvre qui peuvent émerger de ces dispositions ? L'analyse préalable nécessite de constater la différence pouvant exister entre l'application supplétive des textes légaux et les marges de manœuvre ouvertes par la négociation²⁴³. Cette comparaison doit permettre à

²³⁷ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41.

²³⁸ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 5 : « *la réforme a contraint les acteurs à s'interroger sur la place qu'ils voulaient accorder au dialogue social, sur les modalités et les lieux de son exercice* ».

²³⁹ J.-D. SIMONPOLI, La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 3 : « *chaque entreprise travaille sur ses propres réalités* » ; Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18.

²⁴⁰ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

²⁴¹ « *Sujet conçu par l'analyse économique comme un être agissant de manière parfaitement rationnelle* » (Dictionnaire Larousse, 2020, https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/homo_economicus/40255).

²⁴² F. CANUT, Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif, Dr. ouvr. 2017, p. 342 : « *la règle étatique supplétive est censée servir de modèle ou, au contraire, de repoussoir, aux partenaires sociaux. Dans les deux cas, elle devrait pouvoir être mobilisée comme base de négociation, d'échange* » ; G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « *leur premier réflexe, semble-t-il, est de se soumettre à des dispositions supplétives qu'ils ont l'habitude d'appliquer. La pratique pourrait cependant montrer que certaines de ces règles ne présentent pas d'intérêt dans l'entreprise et que le processus de consultation du comité social et économique doit être modernisé. Sans doute faut-il un peu de temps pour que l'espace laissé à la négociation soit réellement occupé* ».

²⁴³ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 70 : « *ainsi, l'accord peut être le moyen d'adapter les attributions et les modalités de fonctionnement du comité social et économique pour échapper aux dispositions supplétives. La marge de négociation est souvent importante sur ces deux points, ce qui permet d'imaginer des règles assez différentes de ce que prévoient les dispositions supplétives du Code du travail* ».

chaque entreprise de conclure sur sa volonté de négocier²⁴⁴. Pour comprendre le mécanisme de la recherche de l'intérêt à négocier, il convient dans un premier temps de s'interroger sur la structure supplétive de la représentation du personnel (Chapitre 1.). Elle permettra de connaître les dispositions applicables à défaut d'accord et de constater que certaines entreprises peuvent se satisfaire d'une telle approche. Il conviendra ensuite, dans un second temps, d'évoquer les opportunités ouvertes par la négociation (Chapitre 2.). Celles-ci peuvent être intéressantes pour les parties et les conduire à opter pour le choix de la négociation.

²⁴⁴ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

Chapitre 1. L'analyse préalable, la représentation du personnel supplétive

50. Une analyse nécessaire pour chaque entreprise. Les parties doivent dans un premier temps appréhender le régime supplétif de l'instance²⁴⁵. Les dispositions applicables proviennent uniquement de la loi²⁴⁶. Quelles sont ces dispositions qui sont applicables à défaut d'accord ? Sont-elles aisément identifiables ? Ces premières interrogations visent à délimiter la structure supplétive de la représentation du personnel (Section 1.). Certaines entreprises seront satisfaites de cette structure supplétive : plusieurs avantages peuvent être relevés de l'absence de négociation et plusieurs inconvénients évités ; elles feront le choix de la structure supplétive (Section 2.). L'absence de négociation sur l'instance est pourtant, pour le moment, peu mise en avant ; la très grande majorité des acteurs prônent une négociation, portée par la vision gouvernementale et politique²⁴⁷. C'est toutefois rejeter la réalité opérationnelle²⁴⁸. L'analyse de la structure imposée à défaut de négociation, ici présentée, est capitale : celles qui n'utiliseront pas l'outil de négociation, par choix ou par habitude, doivent connaître les règles applicables supplétivement tandis que pour les

²⁴⁵ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2.

²⁴⁶ Tout au plus le règlement intérieur de l'instance pourrait prévoir quelques adaptations aux particularités de l'entreprise.

²⁴⁷ Étude d'impact, projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017 : « l'entreprise pourra adapter sa composition ou accentuer la spécialisation de certains de ses membres, par exemple au sein de commissions ad hoc, chaque fois que ses caractéristiques sociotechniques le justifieront » ; M. PENICAUD, Déclaration sur la mise en œuvre des ordonnances réformant le droit du travail, à l'Assemblée nationale le 8 janvier 2020 : « nous avons fait le choix, dans le cadre de ces ordonnances, de donner au contraire une plus grande liberté de négociation à l'entreprise et aux représentants du personnel s'agissant du périmètre, des moyens, de l'organisation du dialogue social et de la mise en place de représentants de proximité » (<https://www.vie-publique.fr/discours/273022-muriel-penicaud-8012020-ordonnances-reformant-le-droit-du-travail>).

²⁴⁸ Les parties analyseront leur volonté de « réellement » s'emparer de la négociation : « il en résulte des conséquences considérables, toutes non mesurables à ce jour, à la seule condition non écrite... que les parties s'emparent réellement de ce nouveau pouvoir et de cette nouvelle liberté » (E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41.) ; « d'après l'échantillon des CE que nous connaissons, transformés en CSE, je dirais qu'entre un quart et un tiers [choisissent de ne pas aller au-delà du cadre de la loi] » (J.-L. SCÉMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3).

entreprises ouvertes à la négociation, l'analyse des règles supplétives constitue le socle des négociations à venir et permet de constater les marges de négociation accessibles²⁴⁹.

Section 1. Une structure supplétive de la représentation du personnel à défaut d'accord

51. Appréhender le supplétif. À défaut de toute action positive de l'employeur et des partenaires sociaux, l'entreprise disposera d'une structure de représentation du personnel imposée par le législateur²⁵⁰. Encore faut-il être en mesure de parvenir à déterminer les normes applicables²⁵¹. Pour cela, il est nécessaire d'appréhender le « *diptyque* »²⁵² composé de l'ordre public et des dispositions supplétives. Ce diptyque est d'application directe au sein des entités mettant en place leur représentation du personnel. Certains intègrent le champ de la négociation collective comme un troisième support ; est alors évoqué le terme de « *triptyque* »²⁵³. C'est l'étude de ces dispositions qui devra conduire l'employeur à faire son choix : doit-il s'orienter vers une négociation afin d'éviter certaines de ces dispositions

²⁴⁹ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 ; E. PESKINE, Le droit du travail à la croisée des chemins, Semaine Sociale Lamy sept. 2015, n° 1691, p. 12.

²⁵⁰ La loi n'impose aucune obligation de négocier (sauf sur la mise en place) ; un modèle hors négociation peut donc être établi : « *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* » (A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204).

²⁵¹ En cela, « *pour bien négocier, il faut au moins connaître les conséquences d'un refus de signer* » (J.-L. SCEMAMA, Le CSE, mode d'emploi, Gualino, 2019, p. 111).

²⁵² B. TEYSSIE, Variations sur un diptyque, JCP S 2017, 1125.

²⁵³ C'était la vision retenue par le « Rapport Combrexelle » : J.-D. COMBREXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 79.

ou, au contraire, doit-il se conformer à ces dispositions, qu'il peut juger opportunes ou propres à prévenir certains risques issus d'éventuelles négociations ?²⁵⁴

52. Particularités du triptyque. L'analyse du diptyque ne doit pas être globale et générale ; l'ordre public dispose de particularités distinctes des dispositions supplétives. Cette approche est capitale pour les entreprises désireuses d'engager d'éventuelles négociations : l'ordre public sera indérogeable, seules les dispositions supplétives pourront faire l'objet d'aménagements conventionnels²⁵⁵. C'est pour cette raison que le Professeur Teyssie opte pour l'appellation « *diptyque* » plutôt que « *triptyque* »²⁵⁶ : le champ de la négociation collective est censé régir, par définition, les dispositions supplétives. Cela étant, les dispositions applicables dans le cadre du CSE sont plus complexes qu'une simple lecture littérale : le champ de la négociation est doté de certaines spécificités qui impactent la dénomination de diptyque et certaines dispositions supplétives peuvent ne pas être directement rattachées à un objet de négociation²⁵⁷. Ces éléments seront plus amplement développés s'agissant de l'analyse des opportunités de négociation. Il convient dans un

²⁵⁴ D. CHENU, Loi du 8 août 2016 : le temps de travail à l'avant-garde, Cah. soc. déc. 2016, p. 618 : « *comprendre la portée des dispositions relatives à la négociation collective suppose donc d'analyser les normes de rang inférieur pour déterminer leur attractivité, mais également de rang supérieur pour connaître leurs limites. C'est en procédant de la sorte que l'on peut déterminer le réel champ de la négociation collective, les seules dispositions ad hoc se révélant parfois lacunaires* » ; V. également pour une méthodologie d'analyse des dispositions applicables et de l'intérêt à négocier pouvant en résulter : P. LAGESSE, V. ARMILLEI, À propos des délais de consultation du CSE (2e partie), Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1792, p. 6.

²⁵⁵ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 : « *le CSE est né, ses contours comme ses modalités de fonctionnement sont, sur un socle d'ordre public, largement à la main des négociateurs* ».

²⁵⁶ B. TEYSSIE, Variations sur un diptyque, JCP S 2017, 1125 : « *il n'est nul besoin de basculer dans le triptyque, à la manière de la loi du 8 août 2016, en insérant entre les deux blocs précédents une rubrique « champ de la négociation collective »*.

²⁵⁷ B. TEYSSIE avait d'ailleurs évoqué ces risques dès 2017 : « *sans doute sa présence traduit-elle la volonté du législateur d'éclairer les partenaires sociaux sur les points offerts au jeu de la négociation. Mais le risque est double : 1) que la liste des questions visées soit considérée par certains comme limitative alors que tout ce qui n'est pas inclus dans le périmètre de l'ordre public relève du négociable ; 2) que jaillissent de multiples contentieux opposant les tenants d'interprétations différentes des termes utilisés pour définir le champ laissé au libre débat* » (B. TEYSSIE, Variations sur un diptyque, JCP S 2017, 1125).

premier temps d'analyser ce système « à deux étages », en pleine expansion depuis 2016²⁵⁸. Pour cela, l'application indérogeable de l'ordre public sera développée (§1.). Cette première approche sur l'ordre public permettra d'isoler les dispositions applicables quelle que soit la volonté de négocier. Seront ensuite étudiées les dispositions supplétives, à travers leur identification et les marges de manœuvre qu'elles sont susceptibles de créer pour les parties (§2.).

§1. L'ordre public, application indérogeable

53. La recherche préalable des limites - notion d'ordre public. L'analyse de l'intérêt à négocier doit commencer par l'ordre public²⁵⁹. Quelles sont les particularités d'un tel champ ? Comment le délimiter ? Existe-t-il, malgré tout, certaines marges de manœuvre pour les parties ? Ces différentes interrogations vont permettre de cadrer la notion d'ordre public ; celle-ci sera appréhendée par l'ensemble des parties afin d'éviter toute erreur ou tout contresens²⁶⁰. Elles contribueront à déterminer l'intérêt à négocier. Certaines dispositions sont d'ordre public, cela signifie qu'elles doivent être obligatoirement respectées par les parties²⁶¹. Il s'agit d'un « message »²⁶² adressé par le législateur aux acteurs. La notion d'ordre public s'est diversifiée (particulièrement depuis 2016) ; d'une relative discrétion, elle s'est révélée aux yeux de tous avec une définition évoluant par la

²⁵⁸ F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038 : « ainsi le législateur érige-t-il un système - à deux étages - modulant la force obligatoire de la loi. La distinction des lois impératives et des lois supplétives (qui ne deviennent obligatoires qu'à défaut de convention remplissant les conditions requises) n'est pas nouvelle et apparaît même traditionnelle, même si elle ne connut que très peu de concrétisations en droit du travail pendant longtemps : la force obligatoire de la loi est susceptible de variations, de degrés ».

²⁵⁹ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « délimiter le champ du négociable implique irrémédiablement d'identifier les lois d'ordre public absolu ».

²⁶⁰ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2 : « demeure bien sûr aussi la nécessité de respecter les dispositions d'ordre public » ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 1.

²⁶¹ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 636.

²⁶² B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292 : « le message est lancé aux entreprises, aux partenaires sociaux : il est un corps de règles qui doivent être respectées par tous et auxquelles nulle dérogation, du moins in pejus, ne saurait être apportée par voie conventionnelle ».

même occasion²⁶³. D'une référence d'autorité, l'ordre public est devenu le socle de la répartition des compétences : « *tout juriste ne peut qu'être surpris devant l'apparition récurrente de la référence à l'ordre public dans le Code du travail. Contrairement à une intuition première, semblable (sur)présence ne concourt pas à renforcer l'autorité des énoncés qui se voient attribuer cette qualité. Elle est plutôt la résultante de la poursuite d'une visée : répartir les compétences respectives du législateur et des partenaires sociaux* »²⁶⁴. En effet, l'ordre public « véhiculait un certain nombre de valeurs fondamentales », il « dépassait le concept d'impérativité »²⁶⁵. Désormais, l'« ordre public substantiel » a laissé place à un « ordre public structurel »²⁶⁶ : ces règles ne témoignent pas toutes de principes socles du droit du travail. L'intuitivité propre à la notion d'ordre public a disparu ; l'impératif est révélé par le législateur²⁶⁷. Chaque acteur de la représentation du personnel doit vérifier la qualification de l'obligation au sein du triptyque²⁶⁸. Ces dispositions d'ordre public visent au préalable à régler les conflits normatifs entre le négociable et le non-négociable²⁶⁹. Cette répartition permet également de garantir le champ de compétence du législateur pour ériger des principes exclus du champ de la négociation²⁷⁰.

54. Contenu et localisation de l'ordre public. Cet ordre public impose certaines règles aux entreprises (mise en place d'une représentation du personnel²⁷¹, thèmes de consultation²⁷²,

²⁶³ G. LOISEAU, Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 4, p. 52.

²⁶⁴ T. SACHS, L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée, RDT 2017, p. 585.

²⁶⁵ F. FAVENNEC-HERY, L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126.

²⁶⁶ F. FAVENNEC-HERY, L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126 : « *l'énumération par le texte des « règles d'ordre public » ne renvoie pas exclusivement à des lois qui tirent leur suprématie de leur objet et auxquelles le législateur reconnaît une certaine supériorité : l'ordre public substantiel. Celui-ci la précède, la dépasse et lui survit. Elle a uniquement pour objet d'opérer une délimitation du champ de compétence du législateur et de celui laissé aux partenaires sociaux : l'ordre public structurel* ».

²⁶⁷ J. DANIEL, L'ordre public légal ou la tentation du chamane, JCP S 2017, 1127.

²⁶⁸ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18 : « *sous réserve de l'ordre public, tout devient négociable le dialogue social est donc renforcé avec une négociation accrue* ».

²⁶⁹ F. FAVENNEC-HERY, L'articulation de la loi avec les accords collectifs, JCP S 2016, 1148 : « *le seul intérêt de la nouvelle formulation tient en sa vertu pédagogique permettant de mieux repérer le champ du négociable par rapport à ce qui ne l'est pas* ».

²⁷⁰ T. SACHS, L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée, RDT 2017, p. 585 : « *dans cette perspective, la référence à l'ordre public assume une double fonction : elle marque l'adhésion à certaines valeurs, en même temps qu'elle constitue un outil pour régler des conflits normatifs* ».

²⁷¹ C. trav., art. L. 2311-2.

²⁷² S'agissant des consultations récurrentes : C. trav., art. L. 2312-17.

instauration d'une BDES²⁷³, commissions santé, sécurité et conditions de travail²⁷⁴...) ou encadre les marges de manœuvre des négociateurs (nombre minimal de réunions²⁷⁵, articulation entre nombre d'élus et d'heures de délégation²⁷⁶...). Le code du travail prévoit expressément le caractère d'ordre public attribué à ces normes²⁷⁷. Le législateur estime implicitement qu'il y a des éléments obligatoires pour lesquels il n'est pas possible de négocier, et d'autres pour lesquels les limites doivent être encadrées²⁷⁸. Si l'emprise du législateur est moins présente qu'il y a quelques années, il reste l'un des administrateurs importants de la représentation du personnel en s'appropriant une « *chasse gardée* »²⁷⁹.

55. Quid des dispositions exclues du triptyque ? Une interrogation demeure à la lecture des dispositions du Code du travail : certaines dispositions ne font aucune référence au triptyque²⁸⁰. Celles-ci ne sont apparentées ni à l'ordre public, ni à la négociation collective, ni aux dispositions supplétives : comment les appréhender ?²⁸¹ S'il est possible d'évoquer une carence du législateur, il semble cohérent de considérer que ces dispositions n'ont pas

²⁷³ C. trav., art. L. 2312-18.

²⁷⁴ C. trav., art. L. 2315-36.

²⁷⁵ C. trav., art. L. 2315-27.

²⁷⁶ C. trav., art. L. 2314-7.

²⁷⁷ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2 : « *commençons par les dispositions d'ordre public relatif. Comment les repérer ? Dans beaucoup de domaines, c'est devenu chose facile grâce à la présentation en « trois étages » du Code du travail* ».

²⁷⁸ Il fixe le « *contenu minimal à respecter* » (N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2) ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 654 ; F. FAVENNEC-HERY, Nouvelle articulation des normes : la durée du travail comme terrain d'expérimentation, JCP S 2016, 1293 spéc. n° 10.

²⁷⁹ T. SACHS, L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée, RDT 2017, p. 585 : « *la référence à l'ordre public prend ainsi place dans une tripartition : d'un côté les règles qui constitue la chasse gardée du législateur, de l'autre un espace ouvert à la négociation collective. Enfin, s'ajoutent les dispositions supplétives qui s'appliquent en l'absence d'accord* ».

²⁸⁰ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2 : « *attention, toutefois : la construction en trois « étages » n'est pas toujours inscrite de façon explicite dans le Code du travail* ».

²⁸¹ J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel (ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017), JCP S 2017, 1313 : « *la distinction entre règles d'ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives est parfois confuse. [...] Il arrive aussi qu'aucune distinction entre ordre public, négociation, règles supplétives soit faite* ».

été classées dans le triptyque car aucun élément n'est négociable²⁸². Elles sont donc également d'ordre public et doivent être respectées (circulation des élus²⁸³, droits d'alerte²⁸⁴...) : elles s'incorporent à la structure imposée de la représentation du personnel²⁸⁵.

56. Ordre public social, opportunité de négociation. Une autre facette de l'ordre public doit être évoquée dès à présent et sera plus amplement développée par la suite : certaines dispositions d'ordre public ne sont pas totalement exclues du champ de la négociation²⁸⁶. Il est possible de déroger à certaines dispositions d'ordre public à condition que l'accord soit plus favorable ; il s'agit de dispositions d' « *ordre public social* »²⁸⁷. Il n'existe pas d'indicateurs précis mis en place par le législateur pour trancher l'impérativité absolue ou non d'une disposition d'ordre public²⁸⁸. Des marges de négociation sont présentes au sein de l'ordre public ; cette opportunité s'inscrit dans l'analyse préalable de l'intérêt à

²⁸² Sauf à ce que la négociation soit prévue dans le corps du texte. V. M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2 : « *lorsqu'une règle est édictée sans qu'il soit fait référence au champ de la négociation collective, il est très probable qu'il s'agit d'une règle d'ordre public à moins que l'article considéré ne mentionne, d'une manière ou d'une autre, que ses dispositions s'appliquent « en l'absence » ou « à défaut » de dispositions conventionnelles* ».

²⁸³ C. trav., art. L. 2315-14.

²⁸⁴ C. trav., art. L. 2312-59 à L. 2312-71.

²⁸⁵ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 654.

²⁸⁶ L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226, spéc. n° 21.

²⁸⁷ F. CANUT, L'ordre public en droit du travail (préf. F. GAUDU), LGDJ, 2007, p. 11 et s. ; B. GAURIAU, L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs, JCP S 2017, 1131 ; P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 636 ; E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 218.

²⁸⁸ F. CANUT, L'ordre public en droit du travail (préf. F. GAUDU), LGDJ, 2007, p. 106 : « *la difficulté de la question réside dans le fait que la loi ne dit pas toujours de manière expresse si les dispositions qu'elle édicte relèvent techniquement de l'ordre public absolu ou de l'ordre public social* » ; G. BORENFREUND, La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017, p. 608 : « *de plus, elle n'échappe pas, comme c'est déjà le cas en matière de temps de travail, à une part d'indétermination, les règles visées paraissant relever tantôt de l'ordre public absolu tantôt de l'ordre public social* » ; la professeure Favennec-Héry évoque pour sa part un « *concept flou* », l'ordre public social marquant « *une déformation de la notion d'ordre public* » (F. FAVENNEC-HERY, L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126) ; V. également D. CHENU, Loi du 8 août 2016 : le temps de travail à l'avant-garde, Cah. soc. déc. 2016, n° 291, p. 618 : « *le législateur s'est gardé de toute directive générale d'interprétation pour distinguer ce qui relève de l'ordre public absolu ou de l'ordre public relatif parmi les différents dispositifs traitant de l'ordre public. Dans une matière traditionnellement emprunte d'ordre public social, la précision s'avère primordiale puisqu'il s'agit de distinguer les normes auxquelles il ne saurait être dérogé de celles auxquelles il est dérogeable dans un sens favorable au salarié* » ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 524 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 941.

négocier²⁸⁹. Il s'agit, certes, de dispositions plus favorables pour les salariés, mais des contreparties sont admises.

57. Conclusion. L'ordre public ne doit pas être exclu de l'intérêt à négocier. Il permet dans un premier temps de déterminer une partie des règles applicables à défaut de négociation ; la structure imposée se compose de l'ordre public. Ce dernier se révèle dans le Code du travail, à travers une attribution express de ce caractère par le législateur ; les normes exclues du triptyque bénéficient également de cette catégorisation. Aussi, l'ordre public interviendra doublement dans le cadre de la négociation : pour encadrer le champ du négociable et pour ouvrir certaines opportunités conventionnelles à travers l'ordre public social²⁹⁰. Cependant, la négociabilité de l'instance reposera essentiellement sur les dispositions supplétives.

§2. Dispositions supplétives et marges de manœuvre

58. Enjeu et référence. Une disposition supplétive est une obligation légale s'appliquant en l'absence de tout accord négocié sur son sujet²⁹¹. Ces dispositions sont au cœur de l'analyse préalable nécessaire à la détermination de l'intérêt à négocier ; c'est le contenu de ces dispositions, applicables à défaut d'accord, qui peut inciter fortement certains partenaires sociaux à négocier²⁹². Elles ont été mises en place par le législateur pour servir de « modèles » ou de « références »²⁹³. Elles permettent le bon déroulé de l'instance avec des règles calibrant les modalités pratiques de fonctionnement et d'organisation du comité.

²⁸⁹ G. LOISEAU, Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 4, p. 52.

²⁹⁰ V. *infra* n° 95 et s.

²⁹¹ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 252 ; D. CHENU, Loi du 8 août 2016 : le temps de travail à l'avant-garde, Cah. soc. déc. 2016, p. 618 : « *les dispositions supplétives désignent en réalité l'ordre public de ceux qui ne souhaitent, ou ne peuvent, procéder par voie d'accord collectif. Il s'agit toutefois d'un ordre public auquel il peut toujours être dérogé en faveur du salarié, un ordre public social* ».

²⁹² F. BERGERON-CANUT, L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ?, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 51 : « *il en est tout autrement de consultations récurrentes, où le foisonnement des dispositions supplétives tranche avec le faible nombre de dispositions d'ordre public. L'encouragement – pour l'employeur – à passer par la voie négociée en est d'autant plus apparent* ».

²⁹³ F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038.

59. Contenu des dispositions supplétives. Ces dispositions imposent des règles plus ou moins contraignantes, pouvant aller dans l'intérêt de l'une ou de l'autre des parties. S'agissant des attributions, l'application du droit supplétif semble être plus contraignante du côté de l'employeur²⁹⁴. Les dispositions supplétives ne s'adaptent pas aux réalités et nécessités de l'entreprise, ce qui est cohérent s'agissant de dispositions dont la vocation est de donner une ligne directrice commune à toutes les entreprises²⁹⁵. Ce constat apporte certaines difficultés au niveau des attributions : périodicités imposées²⁹⁶, informations à communiquer nombreuses²⁹⁷, commissions obligatoires²⁹⁸... À l'inverse, du côté de la partie salariée, le fonctionnement du comité, et notamment ses moyens, semble moins avantageux²⁹⁹. Les moyens matériels et financiers ont globalement été réduits s'agissant du nombre d'élus³⁰⁰, des modalités de financement des expertises³⁰¹, du découpage de

²⁹⁴ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « 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 ».

²⁹⁵ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2.

²⁹⁶ C. trav., art. L. 2312-22.

²⁹⁷ C. trav., art. L. 2312-24 et s.

²⁹⁸ C. trav., art. L. 2315-46 et s.

²⁹⁹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « pour [les organisations syndicales], 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 stricts que celles existantes auparavant : prise en charge par l'employeur du financement de certaines expertises désormais partagé, assouplissement des modalités de décompte des heures de délégation par la non-imputation de certains temps, etc. Elle conditionne aussi la mise en place de représentants supplémentaires, en particulier s'agissant des représentants de proximité » ; Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18.

³⁰⁰ V. : Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, Rapport intermédiaire du comité d'évaluation, France Stratégie, juill. 2020, p. 29-30 (<https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-2020-rapport-intermediaire-ordonnance-travail-juillet.pdf>).

³⁰¹ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 152 ; J.-V. KOSTER, Le co-financement de l'expertise : une entrave aux instances élues ?, Dr. ouvr. 2018, p. 157.

l'instance...³⁰² Existent donc, au sein des dispositions supplétives, des avantages pour l'une ou l'autre des parties.

60. Rôle et influence du législateur. Ces dispositions supplétives jouent, non pas le rôle de socle ou de régulateur (dévolu à l'ordre public) mais un rôle de variable ajustable ou de « levier »³⁰³. Les parties disposent, avec la négociation, de la possibilité de « contourner »³⁰⁴ ces dispositions, ou encore « d'échapper à leur jeu »³⁰⁵. Le législateur contrôle le levier de négociation ; par la contrainte ou la souplesse des dispositions supplétives qu'il édicte, il encourage ou décourage les parties à s'engager dans des négociations³⁰⁶. Plus le supplétif est contraignant, tant pour l'employeur que pour la partie salariée, plus les chances de voir la négociation triompher sont grandes³⁰⁷. Les parties devront « tenter d'obtenir des améliorations par rapport aux mesures supplétives qui pèsent comme une menace »³⁰⁸. Dans une optique philosophique d'ouverture à la négociation et de volonté d'adopter des instances modulées en fonction des réalités de l'entreprise, le législateur dispose de la faculté de durcir les dispositions supplétives pour inciter à négocier³⁰⁹. Il s'agirait non pas d'une négociation

³⁰² J.-D. SIMONPOLI, La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 3 : « les syndicats ont perdu des moyens » ; J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151.

³⁰³ M. PENICAUD in Muriel Pénicaud justifie les axes de sa réforme, Semaine Sociale Lamy sept. 2017, n° 1783, p. 3 ; Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à l'organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JO 23 sept., n° 30.

³⁰⁴ F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038.

³⁰⁵ P.-H. ANTONMATTEI, L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise, Dr. soc. 2017, p. 1027.

³⁰⁶ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50 : « conscient de ce qu'il n'est de négociation que là où il y a un intérêt à négocier, le législateur a veillé à créer, à instituer, des marges, qu'il est essentiel de cerner. [...] Point de négociation sans intérêt(s) à négocier. Ce qui est une affaire de marges... ».

³⁰⁷ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « ce n'est souvent, en pratique, que s'il est avéré que certaines dispositions légales ne répondent absolument pas aux spécificités de l'entreprise qu'un accord a des chances d'être conclu ».

³⁰⁸ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

³⁰⁹ Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408 : « [la norme supplétive] doit être suffisamment repoussoir pour inciter les interlocuteurs sociaux à négocier et conclure un accord ».

contrainte, mais d'une négociation implicitement contrainte³¹⁰. Ce levier législatif est encore peu utilisé, mais la contrainte implicite permet de guider les parties vers la négociation bilatérale puisqu'il est dans l'intérêt des deux parties de négocier ; le dialogue social débute par un intérêt commun : négocier³¹¹. Ces moyens d'action à destination du législateur contribuent à l'analyse préalable effectuée par toute partie³¹². Elle oriente chaque partie vers la négociation ou vers le supplétif selon le diagnostic opéré en amont.

61. Conclusion. Ce diagnostic est la première étape indispensable dans le processus de décision de recours à la négociation³¹³. Quels sont les avantages du dispositif supplétif, quels sont ses inconvénients ?³¹⁴ À partir de ce diagnostic fondé sur l'ordre public et les dispositions supplétives, la décision devra être prise s'agissant de la volonté ou non s'engager dans des négociations « *au regard de ce que prévoient les dispositions supplétives* »³¹⁵. Malgré le prosélytisme en faveur de la négociation, émanant de la plupart des acteurs (politiques, universitaires, professionnels), la mise en place d'une instance dépourvue de toute négociation n'est pas sans intérêt, c'est sur ce constat que pourra se conclure le diagnostic préalable.

³¹⁰ A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232 : « *le dispositif incitatif a ainsi une nature essentiellement instrumentale. Il est exclusivement tourné vers la réalisation d'un objectif ; sa réussite dépend du « paramétrage » de l'incitation prévue. Reposant sur la théorie de l'action intéressée selon laquelle le destinataire se conforme au comportement souhaité car il y trouve un intérêt personnel, les normes incitatives permettent au législateur d'influer sur le comportement des acteurs en l'orientant : il devient de l'intérêt des personnes visées de choisir de l'adopter* ».

³¹¹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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* ».

³¹² V. par exemple s'agissant des dispositions relatives à la santé et la sécurité : A. CORMIER LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3.

³¹³ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 5 : « *c'est une étape essentielle si on veut ne pas subir les règles du CSE pendant les quatre ans du mandat à venir... L'enjeu pour les organisations syndicales est de faire le point sur les périmètres, le nombre de réunions, leur durée, la périodicité des consultations et leur pertinence, l'utilisation des heures de délégations, le nombre de réunions préparatoires, la périodicité pertinente des consultations...* ».

³¹⁴ J.-D. COMBEXELLE, De l'art de légiférer en matière sociale, JCP S 2015, 1236 : « *le diagnostic se distingue de la concertation et de la négociation* ».

³¹⁵ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50.

Section 2. Le choix de la structure supplétive

62. Le rejet de la négociation. Les parties sont incitées à négocier sur le CSE³¹⁶. Pourtant, quelques résistances apparaissent chez les acteurs ; certaines entreprises, ou représentants du personnel, se satisfont de l'approche sans négociation³¹⁷. Pourquoi certaines entreprises ne se saisissent-elles pas des opportunités ouvertes par la négociation ? Quels arguments invoquent-elles pour justifier l'application d'une structure supplétive ? Des intérêts distincts, selon les entreprises, peuvent être invoqués. Des arguments particuliers, propres aux entreprises, vont conduire les acteurs à rejeter le recours à la négociation (§1.). Aussi, il conviendra de constater l'existence d'une forme de conservatisme institutionnel, d'une dimension plus générale, qui conduit également au rejet de la négociation (§2.).

§1. Des intérêts particuliers à l'encontre de la négociation

63. Absence de volonté. Les partenaires sociaux peuvent exprimer une « *absence de volonté pour s'emparer des espaces de liberté qui leur ont été accordés* »³¹⁸. Cette absence est généralement guidée par certains intérêts. Ces derniers proviennent tout d'abord de la gestion des divergences et du temps inhérents aux négociations (I.). Des intérêts plus spécifiques à certains types d'entreprise existent également et seront évoqués (II.).

³¹⁶ Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 8.

³¹⁷ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « *il n'est pas certain que l'on veuille – côté employeur comme côté syndicats – s'emparer de la liberté de contractualiser le droit* ».

³¹⁸ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

I. La gestion des divergences et du temps inhérents aux négociations

64. Le risque des négociations. Négocier nécessite de discuter sur certains sujets délicats : des avis tranchés risquent de s'opposer et de créer des tensions et des divergences³¹⁹. La loi a ouvert le champ de la négociation et offre l'occasion aux partenaires sociaux de discuter sur plusieurs thèmes³²⁰. Le risque peut être de cristalliser les tensions et les différends, tant lors de la réunion de négociation que sur le long terme³²¹.

65. Le désir selon Schopenhauer. Il convient de faire une parenthèse sur la philosophie sociologique. Instaurer des espaces de négociation appelle le désir pour quiconque entend profiter des voies ouvertes par le législateur et par d'éventuelles réunions de négociation. Désirer crée un premier état de tension, dans l'attente de l'obtention de l'objet du désir ; mais désirer renforce aussi la frustration en cas d'échec, ou crée l'ennui et donc la volonté de nouveaux désirs en cas d'obtention. La boucle est sans fin ; comme l'écrit Arthur Schopenhauer : « *la vie donc oscille, comme un pendule, de droite à gauche, de la souffrance*

³¹⁹ A. REYMANN, J.-E. GRESY, Gérer les ingérables, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60 : « *quel que soit le contexte, toute négociation engendre des tensions* » ; G. GATEAU, Promouvoir un dialogue social de qualité, Semaine Sociale Lamy juill. 2019, n° 1868, p. 3.

³²⁰ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 ; A. CORMIER LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3 ; F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

³²¹ D'où la nécessité, avant de lancer les négociations, de disposer d'une relation de confiance entre les partenaires sociaux : « *au bout du compte, il s'agit bien du défaut de confiance entre les parties qui est en cause* » (E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41) ; V. également : J.-C. SCIBERRAS, Un mystère français : la résistance des syndicats au renforcement de leur pouvoir de négocier dans l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 65 ; G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000, spéc. n° 24 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632 : « *la faveur pour la norme conventionnelle, si elle est de son temps, fait de l'instance élue, lors de sa mise en place et le cas échéant de son renouvellement, l'objet de tractations au terme desquelles chacun voudra y trouver avantage. Et, en cas d'échec, c'est l'instance elle-même, tiers aux négociations, qui a le plus à perdre* » ; V. également sur l'importance de la confiance : P. LOKIEC, Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance, Dr. ouvr. 2018, p. 142.

à l'ennui »³²². D'où cette première forme philosophique qui peut conduire certains à refuser de désirer et, pour y parvenir, à ne pas créer le désir³²³. Cette dernière situation trouve sa consécration dans l'absence de négociation³²⁴. Celle-ci peut être imposée par le législateur mais également pas l'employeur³²⁵. La philosophie et la sociologie permettent de consacrer le premier intérêt à l'absence de négocier : ne pas créer de troubles, de tensions, de dissidences³²⁶.

66. La fuite de l'employeur. L'employeur peut, par sa seule décision de ne lancer aucune négociation, s'abroger de toute procédure fastidieuse risquant de déboucher sur diverses revendications³²⁷. Certes, cela l'empêche lui aussi de bénéficier de certains leviers de

³²² « Vouloir, s'efforcer, voilà tout leur être ; c'est comme une soif inextinguible. Or tout vouloir a pour principe un besoin, un manque, donc une douleur ; c'est par nature, nécessairement, qu'ils doivent devenir la proie de la douleur. Mais que la volonté vienne à manquer d'objet, qu'une prompte satisfaction vienne à lui enlever tout motif de désirer, et les voilà tombés dans un vide épouvantable, dans l'ennui ; leur nature, leur existence, leur pèse d'un poids intolérable. La vie donc oscille, comme un pendule, de droite à gauche, de la souffrance à l'ennui ; ce sont là les deux éléments dont elle est faite, en somme » (A. SCHOPENHAUER, *Le Monde comme Volonté et comme Représentation*, Livre IV, §§. 56-57).

³²³ Le refus peut être absolu, ou bien être l'œuvre de l'esprit. Pour cela, il est possible de retenir la célèbre dichotomie d'Épictète : « parmi les choses qui existent, certaines dépendent de nous, d'autres non. De nous, dépendent la pensée, l'impulsion, le désir, l'aversion, bref, tout ce en quoi c'est nous qui agissons ; ne dépendent pas de nous le corps, l'argent, la réputation, les charges publiques, tout ce en quoi ce n'est pas nous qui agissons » (EPICTETE, *Le Manuel d'Épictète*, p. 1). Il convient, dans cette philosophie, de ne pas désirer ce qui ne dépend pas de nous afin d'atteindre le bonheur. Or, par définition, tout désir portant sur un acte de négociation ne dépend pas de nous, puisqu'il nécessite l'accord de quelqu'un d'autre. Au-delà de ne pas permettre d'atteindre l'ataraxie, elle crée peine et tension.

³²⁴ V. à ce sujet : E. PASTOR, *Essai sur le dialogue social conflictuel*, Th. dactyl., Aix Marseille, 2017, p. 264. L'auteure nous démontre que négociation rime souvent avec conflit ; là où les branches et entreprises qui ne lancent pas de négociation se retrouvent dans des situations moins conflictuelles ; V. également, M. BOBBIO, *Négociation collective et grève dans les entreprises du secteur marchand en 2009 : l'emploi au cœur des négociations et des grèves*, Document d'étude de la Dares, juin 2011, n° 47 : « les branches professionnelles où les entreprises connaissent le moins de grèves sont celles où l'on observe également la plus faible activité de négociation collective ».

³²⁵ Même si cette seconde possibilité est moins satisfaisante puisque l'espoir que l'employeur accepte de lancer un processus de négociation peut exister. V. à ce propos, J.-L. SCEMAMA, *Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation*, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « dans [les CSE] où la loi est appliquée a minima, des frustrations naissent, avec des élus désabusés ou démotivés ou, au contraire, très revendicatifs ».

³²⁶ Sur une méthodologie de l'analyse du « risque de tension [...] de nature à générer un différend entre la direction et les syndicats » V. S. NIEL, *La consultation du comité d'entreprise sur la stratégie est-elle risquée ?*, Semaine Sociale Lamy avr. 2013, n° 1578, p. 6.

³²⁷ E. BARBARA, *La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail*, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « l'inquiétude qui pèse sur l'attitude éventuelle des organisations syndicales qui pourraient choisir l'esquive est tout aussi valable en ce qui concerne l'attitude patronale qui craindrait d'ouvrir la proverbiale « boîte de Pandore » ».

négociation ; pour autant, un dialogue social déjà tendu et le risque d'accentuer les revendications peuvent l'inciter à prendre plus de recul vis-à-vis de ses désirs³²⁸. Il se peut que ces divergences, si elles ne sont pas comblées, créent des postures répétées, sur le long terme, détériorant le dialogue social structurellement³²⁹. Certains auteurs évoquent cette stratégie de « *non-négociation* » : les interlocuteurs syndicaux peuvent ne pas être « *considérés comme aptes à négocier en raison de leur histoire, de leur culture ou de leurs positionnements antérieurs* ». Dans le même sens, la négociation n'est pas conseillée lorsqu'il « *existe un risque d'exploitation conflictuelle de la part des syndicats potentiellement non signataires* » ; dans ce cas « *l'équilibre estimé entre avantages et inconvénients d'un accord éventuel ne penche pas du côté de la négociation* »³³⁰.

67. Constat distinct selon les entreprises. La négociation peut également apporter progrès et satisfaction. L'analyse ne peut être uniforme, c'est aux employeurs de sentir l'approche susceptible d'être déployée par les partenaires sociaux³³¹. Si le dialogue social est constructif, alors le nombre d'intérêts communs et de concessions réciproques devrait permettre de faire perdurer la relation³³². À l'inverse, si la situation est tendue ou risque d'être tendue, un employeur pourrait refuser d'engager tout processus de négociation.

³²⁸ D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 8 : « *paradoxalement... le refus de négocier peut faire partie d'une approche de la négociation. En effet, un DRH peut légitimement penser qu'il n'est pas de l'intérêt de l'entreprise de se lancer dans un processus de négociation. [...] La stratégie en elle-même reposera sur une prise en compte de facteurs déterminants (enjeux de la négociation, tensions et rapports de force)* ».

³²⁹ Le rapport Combrexelle visait à « *ce que l'on sorte des postures et des discours convenus lorsque l'on parle de droit du travail* » et que soit développé le « *besoin de pédagogie de la négociation qui suppose la confiance et le respect de l'autre* » (J.-D. COMBREXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 8 et p. 42).

³³⁰ D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 8.

³³¹ Même si connaître l'approche des syndicats et élus est de plus en plus difficile. A une époque, les postures étaient souvent connues d'avance, selon l'étiquette syndicale. Aujourd'hui « *il n'y a plus de certitude sur la conduite des militants d'une organisation syndicale. C'est le sujet ou le thème abordé qui va déterminer les alliés ou les opposants. A la base, les adhérents comme les militants refusent le discours habituel. Les incantations des responsables confédéraux n'ont plus d'effet les mots d'ordre nationaux ne sont pas suivis s'ils ne correspondent pas à un réel ressenti sur le terrain. Les conflits se déplacent au niveau de l'établissement* » (J.-L. BIRIEN, Pratique des relations et négociations sociales, DUNOD, 3^{ème} éd. 2006, p. 23) ; V. également : « *s'il est intéressant de connaître les positions doctrinales de chaque syndicat, les délégués syndicaux n'obéissent pas tous aveuglement aux directives nationales. Chaque dirigeant doit connaître le mieux possible ses partenaires sociaux* » (G. LAUTIER, La négociation collective dans l'entreprise, MAXIMA, 2005, p. 137).

³³² F. CHAREF, F. CHEMALY, N. LAITHIER, Accord BHV : Être l'architecte de son propre dialogue social, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 10.

68. Le temps. Outre l'aspect des divergences, la question du temps peut également être évoquée. La négociation propre à l'instance est assez vaste, compte-tenu des nombreux sujets susceptibles d'être évoqués³³³. Des réunions successives devront être organisées. Si les intérêts d'engager ces négociations sont importants, il convient de passer outre la question du temps³³⁴. En revanche, en l'absence d'intérêts spécifiques ou conséquents, le temps déployé pour la préparation des réunions, l'invitation des parties, l'élaboration des documents risque de paraître trop important par rapport à l'enjeu d'une telle négociation³³⁵. Au-delà, si le risque d'envenimer le dialogue social est présent, il convient de s'astreindre à lancer un processus long et pesant³³⁶. L'arbitrage appartient à l'employeur. Peu de syndicats ou d'élus seraient enclins à refuser de négocier en raison du temps de négociation ou des risques de tension³³⁷. Les éléments pouvant les conduire à refuser de se lancer dans un processus de négociation seront rares (satisfaction de l'instance supplétive, connaissance du refus de l'employeur d'accepter toute concession...³³⁸).

69. Conclusion. La première réticence des entreprises à négocier peut donc prendre racine sur les bases de la négociation ; ce n'est pas le fond qui est un frein ou un rejet, mais le formalisme de la négociation et ses risques. C'est l'outil qui est rejeté plus que les leviers de

³³³ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *les marges de négociation ouvertes à l'accord collectif par la loi s'avèrent finalement larges* ».

³³⁴ V. sur la nécessité de prendre le temps de négocier sur le CSE : J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

³³⁵ J.-D. COMBEXELLE, De l'art de légiférer en matière sociale, JCP S 2015, 1236 : « *l'art de légiférer [...] suppose le temps : le temps de la connaissance et de l'information, le temps de la concertation, le temps des légitimes hésitations dans le choix des partis retenus, le temps des arbitrages et, enfin, le temps de la rédaction finale* » ; V. également Z. BAKHTIARI, M. CLAUD, M. LAFON, A. GONÇALVES, G. DE RAINCOURT, Préparer la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40.

³³⁶ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *certaines voient le dialogue social comme un coût ; à l'instar de la formation, ce n'est pas un coût, mais un investissement* ».

³³⁷ Même si certaines postures peuvent conduire à refuser toute négociation : J.-C. SCIBERRAS, Un mystère français : la résistance des syndicats au renforcement de leur pouvoir de négocier dans l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 65.

³³⁸ S. NIEL, Rénover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24.

négociation³³⁹. Ce rejet n'est toutefois pas le seul élément déclencheur d'un éventuel maintien du diptyque ordre public et dispositions supplétives.

II. Des typologies d'entreprise opposées à la négociation

70. Plein gré. L'analyse préalable peut également conduire le dirigeant à refuser de négocier sur l'instance de son plein gré, pour des raisons de fond, liées aux dispositions régissant l'instance³⁴⁰. Dans ce cas de figure, il est possible de distinguer trois profils d'entreprises susceptibles d'appliquer les dispositions supplétives sans négociation : l'entreprise autonome (A.), celle réticente (B.) et celle satisfaite (C.).

A. L'entreprise autonome

71. Instances *contra legem* ? Toutes les entreprises n'appliquent pas à la lettre les règles issues du Code du travail. Quelques-unes s'imposent une certaine largesse pour mener leurs relations sociales³⁴¹. Cela est notamment visible s'agissant de la représentation du personnel où nombre de sociétés composent une instance à leur gré³⁴². Les instances vivent souvent à l'écart des règles imposées par le Code du travail³⁴³. Autrement dit, ces entreprises ont été des précurseurs des Ordonnances Macron puisqu'elles ont appliqué la philosophie des dites ordonnances en tentant d'adapter leur représentation du personnel aux contraintes de

³³⁹ D'où l'intérêt également pour les négociateurs employeurs de se former afin d'être compétent pour la tenue des réunions. Afin d'éviter l'adoption de postures permanentes, il convient « *d'essayer d'entraîner le débat sur les terrains préparer à l'avance* ». (G. LAUTIER, La négociation collective dans l'entreprise, MAXIMA, 2005, p. 137).

³⁴⁰ V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cah. droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier n° 11.

³⁴¹ M.-C. TUAL, Président du CE : ses droits et ses obligations pendant la réunion, Cah. Lamy du CE juill. 2003, n° 18, p. 11 : « *chaque entreprise aura sa pratique* ».

³⁴² V. par exemple sur la présence de suppléants en réunion sans mention dans un accord institutionnel : « *la responsable explique faire preuve de souplesse, en permettant aux 4 suppléants d'assister aux réunions sans que cela soit formalisé quelque part : " on ne les contrôle pas, on est dans une relation de confiance. Si les suppléants ont envie de venir en réunion, on les laisse "* » (Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 26).

³⁴³ S'agissant du découpage DP, CE, CHSCT et DS : « *cette méthode proposée par notre législation était, comme tout modèle, plus ou moins appliquée selon la culture et les caractéristiques de chaque entreprise* » (M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 72).

l'entreprise. Que ce soit s'agissant des attributions, ou bien des modalités de fonctionnement, certaines instances adoptent leurs propres règles, le plus souvent admises par tous³⁴⁴ ; en témoigne l'absence de contentieux qui permet à l'entreprise de demeurer autonome dans sa manière de fonctionner.

72. Harmoniser et légaliser ? La question se pose désormais pour ces entreprises de leur intérêt à lancer un processus de négociation afin de faire correspondre la pratique aux normes légales. Cela permettrait de mettre par écrit, grâce aux opportunités ouvertes par la négociation, les souhaits partagés³⁴⁵. Pour autant, quel est l'intérêt pour ces structures de se lancer dans un processus de négociation lorsqu'une application souple du droit de la représentation du personnel était retenue, sans que cela ne semble heurter les différents protagonistes ? Il est fort probable que ces entreprises maintiennent leur pratique « *borderline* »³⁴⁶, sans se saisir de la phase de négociation. Aussi, d'autres entreprises risquent de procéder ainsi en développant une pratique personnalisée du droit de l'instance³⁴⁷. En appliquant le cadre légal supplétif, les entreprises risquent d'être tentées de s'arranger avec leurs obligations (par intérêt ou par manque de connaissance). Cela se traduira par une application détournée des dispositions applicables à l'instance. Un tel

³⁴⁴ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « *la vie des entreprises ne se réduit pas au jeu des normes légales. Au-delà des champs ouverts par les pouvoirs publics à la négociation collective, il advient que se développent des processus parallèles de discussion et d'échange. [...] Pour aussi informels qu'ils soient, ces échanges répondent généralement à un besoin de proximité entre le management de l'entreprise et les salariés en vue de traiter certains sujets hors de toute lourdeur procédurale en privilégiant le seul critère qui vaille : l'efficacité* ».

³⁴⁵ Cette possibilité de conclure un accord sur les pratiques en cours a d'ailleurs été évoquée à juste titre par Sylvain Niel : « *la mise en place d'un CSE, dont les attributions et les modalités de fonctionnement peuvent faire l'objet d'un accord collectif, permet aussi de régulariser des pratiques illicites. En fait, il s'agit de faire entrer dans un cadre « légal » ce qui était implicitement accepté par les représentants du personnel sans être pour autant juridiquement conforme. C'est notamment le cas du regroupement de la réunion d'août avec celle de septembre, ou encore de la non-tenu de certaines réunions obligatoires ou de l'absence de consultation sur des sujets impératifs comme l'affectation du 1 % logement, l'emploi des travailleurs handicapés ou les stages pour les jeunes. Sans parler de la trop fameuse consultation annuelle sur les orientations stratégiques de l'entreprise* » (S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2).

³⁴⁶ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

³⁴⁷ V. par exemple cette entreprise où la consultation sur les orientations stratégiques a été fixée à tous les 3 ans sans accord écrit, contrairement aux exigences légales, Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 72 : « *chez Plast ce sera tous les trois ans sans que cela ait été formalisé par écrit* ».

constat est d'ailleurs partagé par plusieurs auteurs, les entreprises qui risquent le plus d'être concernées sont celles avec un : « *CSE au régime légal, en particulier ceux des moyennes entreprises. Ceux-là fonctionneront, de fait, par la force des choses : les élus adapteront leurs pratiques en réduisant au besoin certaines actions ou en privilégiant des domaines d'intervention considérés comme plus sensibles que d'autres. On n'en doute pas : les CSE exerceront, comme ils le pourront, leurs attributions. Mais cela ne signifie pas qu'ils le feront de façon satisfaisante. Ce n'est que dans plusieurs années que l'on pourra, avec le recul, évaluer si la nouvelle représentation élue du personnel avait ou non les moyens de sa réussite* »³⁴⁸.

73. Conclusion. L'application du droit supplétif ne sera pas parfaitement respectée et il ne faut pas écarter, dans l'analyse, le nombre important d'entreprises fonctionnant de manière autonome sans tenir compte de l'ensemble des obligations légales. L'absence de négociation n'équivaut pas toujours à une application effective du diptyque.

B. L'entreprise réticente

74. Volonté absente. L'entreprise peut également être en règle s'agissant des instances. Les règles d'ordre public et les dispositions supplétives sont parfaitement appliquées ; cependant, l'entreprise ne négocie pas. Pour ces entreprises, les difficultés proviennent plutôt de l'absence de volonté de négocier et de la méconnaissance éventuelle des intérêts d'une

³⁴⁸ G. LOISEAU, Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie, Dr. soc. 2018, p. 713.

telle négociation³⁴⁹. Ces entreprises refusent de voir les opportunités en évitant la prise de risque dans le contenu des négociations et dans les négociations elles-mêmes³⁵⁰.

75. Pratique risquée. Pour l'entreprise, il faut mesurer les risques d'une telle pratique. Si à « l'instant *t* » elle évite les difficultés éventuelles liées aux négociations, elle risque d'éprouver des difficultés dans l'application intégrale du droit supplétif³⁵¹. Elle peut également se couper avec ses élus, parfois demandeurs de négociations, au risque de bloquer les relations pendant toute la mandature. Quelquefois, la solution de facilité n'est pas celle qui demeure la plus appropriée, la connaissance du droit et des élus doit permettre aux spécialistes de chaque entreprise d'adopter la bonne posture, nécessaire au bon déroulé de l'instance. Les élus peuvent également avoir un rôle à jouer en informant et en rassurant la partie employeur. Cela peut passer, par exemple, par l'envoi d'un projet d'accord équilibré.

C. L'entreprise satisfaite

76. Intérêt de négociier inexistant. Plus rares sont les entreprises qui épousent ce sentiment. Il reste possible que l'entreprise se montre satisfaite de l' « instance supplétive » : les positions sont équilibrées entre les parties, ou à son avantage, et toute négociation ne pourra pas permettre d'améliorer l'instance... Dans un tel cas de figure, aucune négociation ne sera

³⁴⁹ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « l'observateur que je suis est frappé par le peu de sollicitations portant sur l'étendue ou sur le renouvellement des pratiques de négociation, les entreprises ayant préféré s'intéresser aux impacts de la fusion des instances, et surtout au nouveau plan de départ volontaire désigné sous le vocable de rupture conventionnelle collective (RCC) » ; J.-L. SCÉMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

³⁵⁰ Cela contrevient avec les nombreux ouvrages incitant l'employeur à prendre l'initiative des négociations : « pour reprendre l'initiative il faut obliger les délégués à anticiper et anticiper toujours plus vite qu'eux pour les amener sur le terrain de négociations favorables aux différentes parties prenantes et ne pas se laisser imposer des thèmes impossibles à négocier dans le contexte de l'entreprise ». (J.-L. BIRIEN, Pratique des relations et négociations sociales, DUNOD, 3^{ème} éd. 2006, p. 23). Malheureusement, toutes les entreprises n'ont pas la volonté d'anticiper et de développer la négociation collective et ne s'estiment par ailleurs pas toutes compétentes pour parvenir à mener et diriger les relations sociales ; V. également J.-L. SCÉMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « lors du passage au CSE, nous avons déjà entendu des chefs d'entreprise déclarer : « je ne veux pas discuter, j'applique la loi et seulement la loi » ».

³⁵¹ D'où la globalité de la construction de la démarche de négociation : D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 8.

effectuée, les parties disposeront de l'instance telle que prédéterminée par le législateur³⁵². Ces hypothèses devraient toutefois être assez rares.

77. Conclusion. Divers intérêts viennent d'être relevés s'agissant d'entreprises préférant appliquer simplement l'instance supplétive de représentation du personnel. Des éléments liés à la forme des négociations, mais également au fond, se rapportant aux structures et pratiques des entreprises ont été mentionnés. Une philosophie plus générale semble également gouverner les acteurs de la représentation du personnel : le conservatisme institutionnel.

§2. L'existence d'un conservatisme institutionnel maintenu à la suite des Ordonnances « Macron » de 2017

78. Maintien des dispositions principales par le législateur et par les acteurs. Nombreux sont les acteurs insensibles au changement, souhaitant maintenir les dispositions applicables au fil des années et leurs habitudes³⁵³. Les ordonnances « Macron » de 2017 semblaient avoir bousculé la logique de la représentation du personnel³⁵⁴. Ce ne fut pas le cas. Si des évolutions ont eu lieu à travers l'unification de la représentation et l'ouverture du champ du « négociable », les principes et attributions de l'instance se sont maintenus ; l'évolution fut modeste (I.). Les praticiens se sont finalement peu saisis des évolutions selon les premiers rapports³⁵⁵ ; en présence d'un maintien des composantes principales de l'instance, certaines parties préfèrent maintenir leurs habitudes plutôt que de se saisir des opportunités ouvertes par la négociation. L'existence d'un conservatisme institutionnel semble justifier le rejet de la négociation (II.).

³⁵² Cela sera le cas notamment pour les entreprises souhaitant reprendre les dispositions propres aux CE : « *il est aussi que nombre d'entreprises, notamment parmi les PME, cherchent à simplement transposer leur ancien modèle (celui des CE et CHSCT) dans le nouveau cadre (Rapport d'étape du comité d'évaluation des ordonnances, déc. 2018), ce qui conduit à rester au plus près des dispositions supplétives relatives au CSE* » (P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 571).

³⁵³ J.-D. SIMONPOLI, La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 3 : « *les acteurs ont du mal à se détacher des anciens schémas* ».

³⁵⁴ Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, JO n° 223, 23 sept. 2017.

³⁵⁵ V. *infra* n° 83.

I. Une évolution relativement modeste à la suite des ordonnances « Macron » de 2017

79. Unification de l'instance de représentation du personnel. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a consacré le changement de paradigme³⁵⁶. Les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou encore les instances négociées telles que la DUP ont été remplacés par le Comité Social et Économique (CSE).³⁵⁷ L'ampleur du changement semble considérable, les instances préexistantes sont regroupées en une, le CHSCT disparaît ; les pouvoirs publics promettent d'importants changements³⁵⁸. Certains auteurs évoquent une « réorientation »³⁵⁹ ; le législateur une « réforme structurelle »³⁶⁰.

80. Renforcement de la négociation sur l'instance. Cette réforme apporte une nouveauté importante : la norme négociée devient prédominante et ouvre des voies de modulation aux partenaires sociaux jusque-là inégalées³⁶¹. La partie du Code du travail consacrée à l'instance se voit segmentée sur la base du triptyque, offrant la possibilité aux acteurs de se saisir de nombreuses questions³⁶². Par ailleurs, des modifications, à la marge, ont pu être opérées, s'agissant notamment des moyens attribués aux élus. Ainsi, le nombre d'élus, le nombre d'heures de délégation, le rôle des suppléants ou encore la prise en charge financière de

³⁵⁶ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, *Le vade-mecum des Ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 5.

³⁵⁷ Cette situation n'est pas nouvelle puisque la loi quinquennale pour l'emploi du 20 décembre 1993 a instauré la possibilité pour les entreprises de moins de 200 salariés de mettre en place une délégation unique du personnel regroupant les DP et le CE (DUP). La loi Rebsamen du 17 août 2015 a, quant à elle, étendu cette possibilité aux entreprises de 300 salariés et plus en y intégrant le CHSCT ; V. notamment : E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2020*, Hypercours, 13^{ème} éd. 2019, p. 698.

³⁵⁸ M. PENICAUD in Muriel Pénicaut justifie les axes de sa réforme, *Semaine Sociale Lamy* sept. 2017, n° 1783, p. 3.

³⁵⁹ G. BORENFREUND, *La fusion des institutions représentatives du personnel*, RDT 2017, p. 608.

³⁶⁰ Étude d'impact accompagnant le projet de loi d'habilitation, 27 juin 2017.

³⁶¹ Il s'agit là de « la vraie nouveauté [qui] réside dans une montée en puissance inédite de la norme négociée ou, pour dire autrement, en la possibilité offerte comme jamais aux partenaires sociaux d'adapter par accord collectif, au-delà du socle intangible, l'organisation de la nouvelle instance représentative élue » (A. COEURET, *La mise en place négociée du comité social et économique*, Dr. soc. 2019, p. 378).

³⁶² J. DIRRINGER, *La représentation collective des salariés : bagatelle ou sentinelle ?*, Dr. soc. 2018, p. 253.

certaines expertises ont été amendés par les ordonnances³⁶³, sans pour autant créer une révolution dans l'instance de représentation du personnel ; il s'agit plutôt de mesures d'adaptation et d'ajustements que de mesures bouleversant la vie du comité³⁶⁴.

81. Globalisation de prérogatives maintenues. Cependant, l'esprit principal de ces évolutions est la « *globalisation* »³⁶⁵ des différentes instances préexistantes. Il est « *fait masse des prérogatives qui sont confiées à une entité monolithique dotée de la personnalité juridique* »³⁶⁶. Le fond des compétences de l'organe de représentation n'a pas été modifié, les principales attributions et modalités de fonctionnement perdurent³⁶⁷. C'est d'ailleurs ce qui est constaté par une grande partie de la doctrine : « *à l'intérieur même du champ dans lequel s'est exercée la réforme, on peut hésiter à voir un changement d'orientation, une rupture avec le passé* »³⁶⁸. Le CSE pour les entreprises de moins de 50 salariés est une reprise des missions des délégués du personnel, tandis que le CSE des entreprises de plus de 50 salariés reprend les missions dévolues au comité d'entreprise et au CHSCT³⁶⁹. Le changement s'opère en réalité au niveau de la structure de la représentation du personnel via

³⁶³ Ces éléments ont été relevés dans la note d'étape du comité d'évaluation des ordonnances « Macron » de 2017 : Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail, Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation, France Stratégie, déc. 2018, p. 10, <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-rapport-ordonnances-travail-final-web-14122018.pdf>.

³⁶⁴ Même si certains auteurs y constatent un « *appauvrissement* » : G. BORENFREUND, La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017, p. 608.

³⁶⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 643.

³⁶⁶ G. LOISEAU, Le comité social et économique, Dr. soc. 2017, p. 1044.

³⁶⁷ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 73 : « *dans les entreprises de 11 à 49 salariés, les attributions du CSE sont celles reconnues aux délégués du personnel. [...] Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE exerce les prérogatives qui sont celles des comités d'entreprise. Par ailleurs, s'y ajoutent les attributions du CHSCT. [...] L'ensemble des attributions dévolues aux institutions séparées se retrouvent donc, à quelques exceptions près, au sein de l'instance unique de représentation* » ; V. également : A. COEURET, J.-P. LIEUTIER, Droit du travail, Dalloz, 2^{ème} éd. 2020, p. 235 ; Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 120.

³⁶⁸ A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

³⁶⁹ A. STOCKI, Le mécano du comité social et économique, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 3 : « *les attributions seront à géométrie variable en fonction des effectifs de l'entreprise : un CSE avec les pouvoirs des délégués du personnel dans les entreprises de 11 à 49 salariés, un CSE « pleins pouvoirs » dans les entreprises d'au moins 50 salariés, reprenant les anciennes attributions des DP, du CE et du CHSCT* » ; V. également : « *globalement, le CSE dans les entreprises de 50 salariés et plus reprend les attributions des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT* » in Ordonnances Macron : le nouveau droit du travail, Éditions Législatives, p. 120.

la fusion des différentes instances.³⁷⁰ Ce grand bouleversement a peu d'effets s'agissant du fond de l'instance. Celle-ci demeure le réceptacle des informations sur la situation de l'entreprise, sur sa marche générale³⁷¹, ainsi que le lieu de discussion des différentes réclamations des salariés³⁷² ; les représentants restent la courroie de transmission entre la direction et les salariés. Tout au plus, quelques « *ajustements* »³⁷³ ou « *aménagement*s »³⁷⁴ ont pu être insérés par le législateur mais ils ne portent pas directement sur le fond des attributions (adjonction des attributions de santé et sécurité au CSE et non à une instance dédiée³⁷⁵, clarification des attributions entre CSE central et CSE d'établissements³⁷⁶...).

82. Conclusion. Les modifications issues de la mise en place du CSE concernent l'unification de l'instance et l'ouverture du champ de la négociation. Les modalités de fonctionnement, ainsi que les attributions du CSE, ont été peu modifiées. L'analyse préalable doit conduire les acteurs à constater le maintien supplétif des instances d'origine au sein d'une seule et unique instance. Les modifications se sont opérées au niveau de la structure de l'organe, en laissant le fond perdurer de manière continue³⁷⁷. Si quelques modifications ont été apportées à la marge, elles ne peuvent s'apparenter à une réforme d'envergure de

³⁷⁰ Ce qui crée d'ailleurs pour certains une réelle problématique d'exercice de ces attributions inchangées : « *mais si la quasi-totalité des missions sont maintenues, la délégation du personnel au CSE sera difficilement en capacité d'exercer pleinement l'ensemble de celles-ci. Elle risque d'avoir une vue partielle de l'entreprise alors que chaque institution avait un rôle particulier à jouer, avec des prérogatives et des moyens qui lui étaient propres et des réunions spécifiques sur chaque sujet* » (M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 73).

³⁷¹ C. trav., art. L. 2312-8.

³⁷² J.-B. COTTIN, R. FAVRE, Fiche anthropométrique du comité social et économique (CSE), Cah. DRH oct. 2017, n° 246, p. 23 : « *[le CSE] dispose des attributions générales qui relevaient auparavant du comité d'entreprise (par exemple : questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise) et du CHSCT (par exemple, analyse des risques professionnels)* ».

³⁷³ F. FAVENNEC-HERY, *Le comité social et économique : une instance à construire*, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 : « *au changement structurel ainsi opéré, ne correspond pas, en revanche, un bouleversement des pouvoirs du nouveau comité. Les attributions du CSE sont, bon an mal an, identiques à celles additionnées des instances antérieures. Notons cependant quelques ajustements* ».

³⁷⁴ S. BEAL, M. MARGUERITE, *Le comité social et économique : attributions*, JCP E 2017, 1587.

³⁷⁵ B. TEYSSIE, *Santé et sécurité dans le droit du comité social et économique*, JCP S 2018, 1001.

³⁷⁶ L. URBANI-SCHWARTZ, *Le CSE Central*, Cah. DRH févr. 2018, n° 250-251, p. 117.

³⁷⁷ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, *Les missions du comité social et économique*, JCP S 2018, 1225 : « *la réforme issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017 a plus d'impact sur l'architecture de la représentation du personnel que sur ses missions. Le comité social et économique (CSE), instance nouvelle, reprend les missions de ses prédécesseurs* » ; J.-P. TRICOIT, *La négociation collective et la représentation du personnel*, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 : « *il n'y a pas d'innovations majeures, les dispositions antérieures étant largement reprises* ».

l'instance de représentation du personnel supplétive. Ce constat contribue au conservatisme institutionnel relevé par certains acteurs.

II. Une présence marquée du conservatisme institutionnel

83. Pratique conservatrice ? La pratique est généralement peu encline à modifier ses habitudes, comme en témoignent d'ailleurs les nombreuses références doctrinales au maintien des institutions antérieures³⁷⁸. La réaction des praticiens témoigne également de la difficile appropriation de la réforme s'agissant des marges de manœuvre³⁷⁹. Ainsi, il a été recensé en 2018 que :

- 64 % des dirigeants d'entreprise (de moins de 300 salariés) n'imaginent pas un changement de leurs pratiques du fait des ordonnances ;
- 61 % des dirigeants n'ont pas l'intention de recourir plus souvent, en priorité, à la négociation d'accords puisqu'ils n'ont pas identifié de besoin ou ont d'autres priorités³⁸⁰.

³⁷⁸ G. BORENFREUND, La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017, p. 608 : « contrairement à ce qui semblait ressortir du bilan des concertations mais sans démentir le projet de loi d'habilitation, le texte ne ménage aucun tempérament précis à la fusion opérée, hormis la mise en place conventionnelle de « représentants » dits « de proximité ». La possibilité paraît donc exclue de prévoir, par voie d'accord collectif majoritaire, le maintien des institutions antérieures, quand bien même ce silence avait été pointé par le Conseil d'État, ou encore d'opérer des regroupements à géométrie variable selon les entreprises ou établissements, entre les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT, faculté admise dans la loi Rebsamen » ; S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8 : « hormis le maintien des anciennes instances DP, CE, CHSCT, et sous réserve de respecter les règles d'ordre public, presque tout semble négociable ».

³⁷⁹ « des ordonnances pas encore entièrement maîtrisées, une faible dynamique de négociation, une mise en place très progressive du CSE... Tels sont les enseignements tirés par le comité d'évaluation des ordonnances Macron dans une note publiée le 26 juin 2018 » (Nombre d'entreprises ont une connaissance encore « floue » des ordonnances Macron in LSQ - L'actualité, n° 17603, 3 juill. 2018, p. 2).

³⁸⁰ Comité d'évaluation des ordonnances Travail, Réunion plénière du 22 juin 2018 (<https://www.strategie.gouv.fr/actualites/comite-devaluation-ordonnances-travail-reunion-pleniere-22-juin-2018>) ; Sondage CSA pour France Stratégie sur l'évaluation du niveau de connaissance des ordonnances travail et perception de leur déploiement, juin 2018 (https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/2_-csa_pour_france_strategie_resultats_ordonnances_travail.pdf) ; Enquête de l'ANDRH sur l'évaluation de l'impact des ordonnances Macron, juin 2018 (https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/3_-andrh_enquete_flash_evaordo_vf.pdf).

Ces chiffres témoignent du conservatisme qui guide parfois les relations sociales au sein des entreprises³⁸¹. Le rapport d'évaluation des Ordonnances du 22 septembre 2017 relève également ce constat : « *si l'ampleur des changements induits est variable, ceux-ci restent globalement faibles dans les entreprises étudiées avec une tendance à la reproduction de l'existant* »³⁸². Beaucoup de dirigeants ne souhaitent pas révolutionner leur manière de fonctionner au gré des nouvelles opportunités. La théorie du conservatisme institutionnel, fondée sur l'ensemble des éléments invoqués jusqu'à présent peut donc, également, justifier du rejet, par les partenaires sociaux, de l'appropriation du champ de la négociation³⁸³. Ce constat peut également s'appliquer à l'égard de la partie salariale qui peut considérer que les pratiques actuelles n'ont pas à être modifiées³⁸⁴.

84. Intérêt. Il ne s'agit pas de faire perdurer des pratiques illégales, celles de « l'entreprise autonome » précédemment citée, mais bien de maintenir l'application des règles légales supplétives, en considérant que sur le fond de la représentation du personnel les règles n'ont pas changé ; cela peut très bien convenir aux parties qui appréhendent l'idée de se saisir de la négociation. La représentation du personnel se fonde dans la continuité³⁸⁵. C'est en ce sens que les recommandations des auteurs sont construites. Ainsi, « *en premier lieu, il convient de faire un « audit » préalable des instances existantes. Ont-elles bien rempli leur rôle ?* »³⁸⁶. Cette question se posera au moment de chaque renouvellement de l'instance en place. La négociation constitue un levier pour gommer les imperfections des anciennes

³⁸¹ « *Tout changer, pour que tout reste comme avant* » comme le disait le Compte de Lampedusa et comme le rappelle le professeur Ray (J.-E. RAY, Droit du travail, droit vivant, Wolters Kluwer, 29^{ème} éd. 2021, p. 612).

³⁸² Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, Rapport intermédiaire du comité d'évaluation, France Stratégie, juill. 2020, p. 29 (<https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-2020-rapport-intermediaire-ordonnance-travail-juillet.pdf>).

³⁸³ Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 9 : « *d'autres refuseront tout changement* ». Est invoquée aussi « *la peur du changement* ».

³⁸⁴ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *en France, nous avons du mal avec les réformes, qui passent souvent par des confrontations, voire des révolutions* ».

³⁸⁵ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 : « *mais globalement, c'est la continuité qui prévaut* ».

³⁸⁶ La négociation préalable à la mise en place du CSE, l'éclairage de David Guillouet, avocat in LSQ - L'actualité, n° 17607, 9 juill. 2018, p. 1.

instances³⁸⁷. Si les instances « *ont bien rempli leur rôle* », la négociation n'apparaîtra plus comme prioritaire³⁸⁸.

85. Risques. Ainsi, les décideurs pourraient adopter la structure supplétive pour ne rien changer à leurs pratiques actuelles, au risque que l'ensemble des enjeux et intérêts de la réforme ne soit pas saisi par les partenaires sociaux³⁸⁹. Ces derniers pourraient également accepter de conclure des accords « *contractualisant* » simplement les dispositions légales afin de garantir le maintien des règles et pratiques existantes³⁹⁰ ; c'est ce qui a été relevé lors d'un premier bilan des accords portant sur le CSE³⁹¹.

86. Conclusion. Les raisons conduisant les partenaires sociaux à appliquer les dispositions supplétives peuvent être diverses et variées. Elles doivent toutefois se fonder sur une analyse préalable des dispositions en vigueur afin de les confronter à leurs souhaits, leur pratique et

³⁸⁷ D. JULIEN-PATURLE, Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12.

³⁸⁸ D'où les études « *en amont des besoins* » (Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18).

³⁸⁹ J.-D. SIMONPOLI, La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 3 : « *les ordonnances offrent pourtant l'opportunité de faire un système de relations sociales à la carte. Mais peu d'employeurs et de syndicats ont pris la mesure de cette possibilité* » ; D'où la nécessité du renouvellement des pratiques de négociation : « *si la négociation en entreprise peut sinon tout, du moins davantage en théorie qu'à l'époque précédant les ordonnances, seul le constat du renouvellement des pratiques de négociation et de la dynamique d'accords à « fort contenu » validera le pari de la centralité du dialogue social en entreprise, pivot du droit du travail pour l'entreprise multiforme du XXIe siècle, succédant au siècle du Code du travail uniforme et homogène convenant si bien à la civilisation de l'usine* » (E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41).

³⁹⁰ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « *ces deux ordonnances conséquentes touchent à tout ce qui constituait un univers somme toute largement critiqué mais si familier. Tellement familier qu'on a pu entendre ici ou là des entreprises s'interroger sur un possible maintien par accord précisément du statu quo* ».

³⁹¹ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 : « *les circonstances ne manquent pas dans lesquelles les négociateurs – ce qui, eu égard à certaines expérimentations antérieures, n'est pas vraiment une surprise – se sont contentés de « contractualiser » la norme légale* » ; G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 5 : « *nombre [d'accords sur le CSE] sont essentiellement la reprise des règles de base du CSE tels que prévus par le Code, c'est-à-dire le supplétif : moins d'élus, moins de réunions, moins de consultations, moins d'expertises. Il n'y a ni originalité ni innovation* ».

le niveau du dialogue social au sein de l'entreprise³⁹². À l'issue de cette analyse, deux courants peuvent guider les protagonistes, soit ces derniers décident de se diriger vers la voie supplétive, soit ils s'orientent vers la voie négociée³⁹³. Cette dernière peut permettre aux instances et parties de sortir d'une forme de conservatisme afin de s'adapter aux réalités de la vie de l'entreprise³⁹⁴.

³⁹² « Une réelle innovation en la matière implique pour les entreprises le temps d'appréhender les possibilités offertes par les ordonnances. Or, le timing dicté par les ordonnances [...] n'a pas à notre sens permis [...] de disposer du temps nécessaire pour faire un bilan du fonctionnement [...] IRP existantes et confronter ce bilan aux nouvelles modalités de fonctionnement permises par la loi » (V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cah. droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier n° 11).

³⁹³ Dans cette dernière hypothèse, ils pourraient permettre au CSE de réellement bouleverser la représentation du personnel dans l'entreprise : « pouvons-nous conclure, pour autant, que cette recomposition modifiera substantiellement le mode de représentation des salariés dans les entreprises françaises ? Tout dépendra de l'attitude des partenaires sociaux » (F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71).

³⁹⁴ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « le véritable échec serait en effet l'immobilisme « du terrain » et seul le droit supplétif, qu'il soit d'origine légale ou de branche, en sortirait renforcé. Un comble ».

Chapitre 2. Les opportunités ouvertes par la négociation, une volonté d'efficacité opérationnelle

87. La négociation, un outil à maîtriser. « *La conventionnalisation est, en définitive, une possibilité normative. Elle peut être négligée, mal utilisée ou être source de progrès. C'est le risque de la liberté* »³⁹⁵. Pour éviter la négligence ou la mauvaise utilisation de l'outil de négociation, et se saisir convenablement de cette liberté, la méthodologie de l'intérêt à négocier doit être poursuivie³⁹⁶. Après avoir localisé l'instance supplétive, à travers l'étude du diptyque (ordre public et dispositions supplétives), il convient d'appréhender le triptyque dans son ensemble, en incluant le champ de la négociation³⁹⁷. Ce dernier doit être étudié pour connaître sa « localisation »³⁹⁸, mais également ses avantages et inconvénients. La négociation permet aux parties de combattre le conservatisme institutionnel : « *cette soumission des prérogatives et du fonctionnement des comités sociaux et économiques à la négociation collective d'entreprise implique de relativiser l'affirmation selon laquelle la nouvelle instance est dotée de l'ensemble des attributions des comités d'entreprise, délégués du personnel et CHSCT* »³⁹⁹. C'est l'analyse du diptyque ordre public et dispositions supplétives qui permet de constater le maintien des attributions à la suite des Ordonnances « Macron » de 2017⁴⁰⁰. En revanche, inclure la négociation dans l'analyse permet, pour les acteurs, d'ouvrir de nouvelles opportunités⁴⁰¹.

³⁹⁵ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39.

³⁹⁶ V. *supra* n° 48 et s.

³⁹⁷ Ce champ de la négociation est « *étroitement comprimé entre un ordre public envahissant et des dispositions supplétives souvent très denses et détaillées* » (G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000, spéc. n° 20).

³⁹⁸ Le terme de « localisation » fait ici référence aux difficultés - qui seront présentées - sur la détermination des espaces ouverts à la négociation. La délimitation de ce champ du négociable doit être appréhendée : il s'agit de le localiser.

³⁹⁹ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 75.

⁴⁰⁰ A. COEURET, J.-P. LIEUTIER, Droit du travail, Dalloz, 2^{ème} éd. 2020, p. 235.

⁴⁰¹ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 75.

88. Négociation sur l'instance, pilier de la réforme de 2017. La négociation ouverte sur le CSE est considérable, elle est l'une des nouveautés marquantes issues de la mise en place du CSE avec l'unification de l'instance de représentation du personnel⁴⁰². En ce sens, « *la réforme entreprise par les cinq ordonnances du 22 septembre 2017, l'ordonnance du 20 décembre 2017 et la loi de ratification du 29 mars 2018 manifeste très clairement l'irruption de la négociation collective comme modalité d'organisation de la représentation élue du personnel* »⁴⁰³. Le rapport remis en amont au Président de la République le mentionne également : « *la fusion des trois instances d'information et de consultation en une seule, le comité social et économique (CSE), pour toutes les entreprises de plus de cinquante salariés, permettra un dialogue social à la fois plus stratégique et plus concret, moins formel. [...] Leurs représentants auront tous les leviers en main pour proposer des solutions aux problèmes rencontrés par les salariés, et plus largement pour peser dans la bonne marche de l'entreprise* »⁴⁰⁴.

89. Méthodologie préalable - appréhender les intérêts et les risques de la négociation.

Ce champ de la négociation collective doit être maîtrisé⁴⁰⁵. Une méthodologie doit être mise en place permettant d'appréhender ce champ à travers ses opportunités mais également ses risques⁴⁰⁶. L'outil peut permettre aux partenaires sociaux d'aboutir à l'objectif espéré, il doit cependant être analysé pour connaître l'ensemble de ses subtilités⁴⁰⁷. Tout d'abord, il convient de localiser l'outil (Section 1). D'apparence aisée, cette recherche s'avère plus délicate. Après avoir circonscrit l'outil, et donc les marges de manœuvre, il s'agira de

⁴⁰² P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, p. 570 ; F. FAVENNEC-HERY, *Le comité social et économique : une instance à construire*, *Semaine Sociale Lamy* nov. 2017, n° 1790, p. 71.

⁴⁰³ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 666.

⁴⁰⁴ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à l'organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JO 23 sept., n° 30.

⁴⁰⁵ F. DUQUESNE, *L'opposabilité de l'accord plus favorable portant sur les moyens alloués au comité d'entreprise*, JCP S 2020, 1083.

⁴⁰⁶ V. en ce sens sur l' « *évaluation des opportunités et des risques représentés par l'objet de la négociation collective* » à effectuer au préalable de toute négociation : S. NIEL, *Rénover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques*, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24.

⁴⁰⁷ D. CHENU, *Loi du 8 août 2016 : le temps de travail à l'avant-garde*, Cah. soc. déc. 2016, p. 618 : « *comprendre la portée des dispositions relatives à la négociation collective suppose donc d'analyser les normes de rang inférieur pour déterminer leur attractivité, mais également de rang supérieur pour connaître leurs limites. C'est en procédant de la sorte que l'on peut déterminer le réel champ de la négociation collective, les seules dispositions ad hoc se révélant parfois lacunaires* ».

l'appréhender (Section 2). En effet, s'il présente de nombreux intérêts, certains dangers devront être mentionnés pour éviter toute incompréhension.

Section 1. La négociation, un outil à localiser

90. Localiser pour manœuvrer. Pour connaître les marges de manœuvre qu'il confère⁴⁰⁸, l'outil de la négociation doit être localisé⁴⁰⁹. Il convient d'« *apprivoiser* »⁴¹⁰ ce champ. En effet, « *les champs de la négociation collective sont naturellement limités par un ordre public que le législateur doit alors mieux exprimer car cohabitent aujourd'hui, sous la même bannière, des acceptions différentes qui nuisent à l'identification de l'interdit* »⁴¹¹. La négociation n'est pas, en elle-même, dépositaire d'une liberté absolue conférée par le législateur⁴¹². Cet outil est cadré et délimité strictement par les pouvoirs politiques⁴¹³. Elle ne peut porter sur l'ensemble des thèmes et se voit contrainte par les dispositions légales⁴¹⁴. En effet, « *si les possibilités d'adaptation conventionnelles sont diversifiées, elles connaissent des limites. Plusieurs garde-fous ont été instaurés afin de préserver les attributions du CSE et ainsi éviter que ces dernières soient vidées de leur substance. Aussi,*

⁴⁰⁸ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 spéc. n° 6.

⁴⁰⁹ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « *il convient de délimiter la sphère du négociable* ».

⁴¹⁰ J.-P. TRICOIT, La négociation collective et la représentation du personnel, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 : « *vient alors le second maître mot du colloque : *apprivoiser*. *Apprivoiser le texte rénové qu'est le Code du travail en sa deuxième partie car, pour le coup, des changements essentiels de logique sont à signaler* ».*

⁴¹¹ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39.

⁴¹² Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408 : « *si le champ ouvert à la négociation collective est considérable, au nom d'une souplesse érigée en maître mot de la réforme, cette souplesse s'inscrit dans un cadre rigide* ».

⁴¹³ Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408 : « *des limites sont assignées aux négociateurs, et donc au champ du négociable, rappelant au passage que le système de représentation collective des salariés est historiquement marqué par l'intervention de l'État* ».

⁴¹⁴ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

il convient de délimiter la sphère du négociable. La marge de manœuvre se révèle à géométrie variable »⁴¹⁵.

91. Le « champ de la négociation », identifiable aisément. La localisation semble accessible : le législateur a volontairement créé un « champ de la négociation » pour mentionner les thèmes ouverts à la négociation des partenaires sociaux⁴¹⁶. L'étude d'impact de la loi Travail de 2016 a exprimé sa volonté de démocratiser le triptyque : « *la clarification de l'architecture du code avec une claire délimitation entre l'ordre public auquel il ne peut être dérogé et le champ de la négociation permettra de clarifier et de rendre plus lisible le droit de la durée du travail. Comme le préconise le rapport Combrexelle, cette nouvelle architecture concrétise le double souci de faire prévaloir la négociation de proximité tout en fixant des garanties au sein d'un cadre impératif national. Par ailleurs, des dispositions supplétives sont prévues »⁴¹⁷. Cette vision devrait faciliter le travail des acteurs dans leur démarche d'analyse minutieuse des opportunités et des contraintes liées à la négociation⁴¹⁸.*

92. Difficultés à saisir le champ réel du négociable. Cette architecture repose sur une « *obscurité clarté »⁴¹⁹. De nombreuses difficultés pratiques se dressent face aux praticiens : « à l'analyse, le champ laissé à la liberté conventionnelle n'est pas si facile à déterminer tant l'articulation entre l'impératif et le supplétif se noie dans un luxe de détails. In fine, la négociation sur le CSE n'existera que si les partenaires sociaux s'en saisissent ; or, à cet effet, ils méritaient des dispositions plus lisibles »⁴²⁰. De nombreuses contraintes*

⁴¹⁵ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

⁴¹⁶ La nouvelle articulation dispose d'une « *vertu pédagogique permettant de mieux repérer le champ du négociable par rapport à ce qui ne l'est pas.* » (F. FAVENNEC-HERY, L'articulation de la loi avec les accords collectifs, JCP S 2016, 1148 spéc. n° 16).

⁴¹⁷ Étude d'impact, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016.

⁴¹⁸ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 252 : « *cette nouvelle rédaction visant à clarifier la place respective de la loi et de l'accord collectif* ».

⁴¹⁹ J.-E. RAY, Droit du travail, droit vivant, Wolters Kluwer, 27^{ème} éd. 2018, p. 67 ; V. également Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *au final, il apparaît que ce que l'on a gagné en souplesse, on l'a perdu en lisibilité* ».

⁴²⁰ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235.

d'interprétation se présentent lors de l'analyse préalable du champ de la négociation⁴²¹. Contrairement aux souhaits du législateur, déterminer un tel champ ne suffit pas à encadrer strictement les opportunités accessibles aux partenaires sociaux⁴²².

93. Triptyque à saisir. La nécessité de localiser l'outil est indispensable. Chacun des éléments du triptyque agit sur les autres transformant les trois « *champs* » en un délicat mélange et non en une multitude d'indépendances⁴²³. L'ordre public se diffuse au sein de la négociation et des dispositions supplétives⁴²⁴. Tout comme ces dernières impactent la négociation et l'ordre public ; la négociation n'est pas « *sans bornes* »⁴²⁵. Les trois composantes se font échos, ce qui nécessite une composition pointilleuse, imposant une maîtrise absolue⁴²⁶. En parallèle, le législateur reste maître des champs ouverts par cette négociation ; elle se trouve administrée, appauvrissant le sentiment de liberté issue des Ordonnances « Macron » de 2017⁴²⁷. Dès lors, doivent être dévoilées les bornes issues de l'ordre public et du champ de la négociation collective⁴²⁸ (§1.). Au-delà, c'est tout le triptyque qui devra être appréhendé : l'objet des dispositions supplétives devra être analysé au regard de la négociation (§2.).

⁴²¹ Cabinet ATLANTES Avocats in *Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation*, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 7.

⁴²² Certains auteurs parlent de la négociation sur le CSE comme d'un « *dispositif complexe [...] créant de la confusion là où il eut été préférable de trouver de la stabilité* » (Cabinet ATLANTES Avocats in *Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation*, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 16).

⁴²³ F. LARONZE, *Le CSE : acteurs et actions en matière de négociation collective*, Dr. ouvr. 2020, p. 589 : « *lorsque le Code du travail précise les domaines de l'ordre public, du champ de la négociation collective et des dispositions supplétives, la répartition des compétences par domaine semble floue voire perméable* ».

⁴²⁴ Existe notamment une « *séparation parfois poreuse des dispositions relevant de l'ordre public et de celles relatives au champ de la négociation collective* » (D. CHENU, *Loi du 8 août 2016 : le temps de travail à l'avant-garde*, Cah. soc. déc. 2016, p. 618).

⁴²⁵ Y. FERKANE, *La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE*, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

⁴²⁶ Cabinet ATLANTES Avocats in *Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation*, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 16 : « *le chantier inachevé de réécriture du Code du travail autour du triptyque ordre public, champ de la négociation et dispositions supplétives n'aura pas simplifié les choses* ».

⁴²⁷ F. BERGERON-CANUT, *L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ?*, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 51 : « *la conventionnalisation du droit du travail dépend de la marge de manœuvre que le législateur peut et souhaite octroyer à la négociation collective* ».

⁴²⁸ N. MOIZARD, *La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise*, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : « *ce champ [de la négociation] est, pour l'instant, instable. [...] L'entrée en négociation suppose de bien déterminer les bornes légales de celle-ci* ».

§1. Les bornes à dévoiler de l'ordre public et du champ de la négociation collective

94. Rôle du législateur : ouvrir le champ de la négociation. Le législateur a souhaité ouvrir des espaces de négociation pour les partenaires sociaux, dans l'objectif d'adapter au mieux la représentation du personnel⁴²⁹. Sur le principe : « *l'initiative est louable ; le pragmatisme de la négociation apparaît plus légitime que l'absolutisme du législateur* »⁴³⁰. La négociation semble reposer avant tout sur la liberté des parties : dès lors qu'elles s'accordent sur le contenu d'un accord, est-il nécessaire qu'une autorité restreigne la conclusion et l'application d'un tel accord ?⁴³¹ Le débat est politique ; toutefois, l'état actuel du droit refuse de confier cette liberté intégrale aux parties⁴³². La négociation s'apparente à une « *négociation administrée* »⁴³³ où l'État semble diriger les parties sur les portes ouvertes par la négociation. C'est ainsi que l'ordre public (I.) et le champ de négociation (II.) contraignent la liberté des partenaires sociaux.

I. La négociation bridée par l'ordre public

95. La polysémie de l'ordre public - difficulté de localisation. L'ordre public se compose de dispositions indérogeables par les parties⁴³⁴ : leur négociation n'est pas admise. Cette séparation est explicite, les partenaires sociaux connaissent d'emblée les points de droit ne

⁴²⁹ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39 : « *la conventionnalisation est une acceptation de la différence normative fondée sur la nécessité d'une règle adaptée à des situations économiques et sociales de plus en plus diverses* ».

⁴³⁰ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235.

⁴³¹ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39 : « *la conventionnalisation du droit du travail impose un autre regard du juge sur l'accord collectif. Un respect judiciaire de la normativité renforcée de la règle conventionnelle est déjà constaté avec notamment la jurisprudence sur l'application du principe d'égalité de traitement aux avantages catégoriels d'origine conventionnelle* ».

⁴³² G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « *la Cour de cassation entend néanmoins conserver un rôle d'encadrement de la liberté conventionnelle et imposer le respect de règles qu'elle juge essentielles, indépendamment de leur signalement par le législateur dans la rubrique « ordre public »* » ; V. infra n° 349 et s.

⁴³³ A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232 : « *le renforcement, au sein même des ordonnances, des mécanismes de « négociation administrée » révélateurs d'une forte ingérence étatique* ».

⁴³⁴ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 636.

pouvant être modifiés dans le cadre des discussions portant sur un projet d'accord⁴³⁵. Pour le moins, cette clarté se conçoit s'agissant de l'ordre public explicite⁴³⁶. L'ordre public, en droit du travail, se compose d'un univers plus large que celui expressément indiqué au sein du code du travail⁴³⁷. Il y a lieu ainsi de parler de « *polysémie de l'ordre public* »⁴³⁸. L'ordre public agit comme un « *chamane* »⁴³⁹ ; la difficulté est de parvenir à le saisir dans son ensemble et dans sa complexité⁴⁴⁰. En effet, cette « *polysémie* » conduit à maîtriser tant l'ordre public explicite, inscrit au sein du Code du travail, mais également à appréhender l'absence de triptyque sur de nombreux articles insérés dans la partie consacrée à la représentation du personnel⁴⁴¹. L'ordre public apparaît également sur des concepts plus généraux, parfois de droit supérieur (européen, international ou constitutionnel)⁴⁴², il est

⁴³⁵ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *délimiter le champ du négociable implique irrémédiablement d'identifier les lois d'ordre public absolu* ».

⁴³⁶ C'est-à-dire l'ordre public clairement identifié au sein du Code du travail ; V. notamment : M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2.

⁴³⁷ J.-F. CESARO, Les ordres publics en droit du travail : de l'international au supranational, JCP S 2017, 1129.

⁴³⁸ J. DANIEL, L'ordre public légal ou la tentation du chamane, JCP S 2017, 1127 : « *force est de constater l'hétérogénéité des normes d'ordre public, au point de faire apparaître une multiplicité des ordres publics eux-mêmes. Il y a ordre public et ordre public. Singulier pluriel que ces « Ordres publics ». De direction ou de protection, supplétif ou impératif, social ou dérogatoire l'ordre public est multiple* ».

⁴³⁹ J. DANIEL, L'ordre public légal ou la tentation du chamane, JCP S 2017, 1127.

⁴⁴⁰ Le triptyque ne permet pas de garantir l'absence de complexité : J. BARTHELEMY, Loi travail : ombres et lumières, Cah. DRH sept. 2016, n° 234, p. 21.

⁴⁴¹ V. *supra* n° 55. Par exemple les différentes règles prévues par le Code du travail s'agissant des heures de délégation (C. trav., art. L. 2315-7 et s.) ne sont pas agencées sur le fondement du triptyque. En l'absence d'ouvertures conventionnelles, il convient d'assimiler ces articles à de l'ordre public malgré l'absence d'énoncé au sein du Code ; V. en ce sens : « *l'interrogation qui vient à l'esprit est la suivante : ces principes renvoient-ils à des règles d'ordre public que le législateur aurait omis de nommer ? S'agit-il d'une simple inadvertance, d'un oubli ? [...] En décidant désormais de nommer l'ordre public, le législateur sème le doute lorsqu'il ne le nomme pas* » (B. GAURIAU, Faut-il nommer l'ordre public ? (Contribution à l'étude de la durée du travail et des principes), RJS 11/2020, p. 785) ; V. également Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 16 : « *cela devient quelque peu délicat lorsque pour de nombreux sujets le Code du travail reste muet quant à savoir si l'on se situe dans l'un [des trois champs du triptyque]* » ; M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2.

⁴⁴² F. CANUT, L'ordre public en droit du travail (préf. F. GAUDU), LGDJ, 2007, p. 285 et s. ; E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « *les accords devront respecter un ensemble conséquent de normes, qu'elles soient de source nationale ou internationale, forgeant autant de principes de libertés et droits fondamentaux* » ; A. REYMANN, J. BARTHELEMY, G. CETTE, Réformer le droit du travail, Cah. DRH avr. 2016, n° 230, p. 38.

alors fait mention d'ordre public de la représentation du personnel⁴⁴³. Maitriser et appréhender cet ensemble d'ordre public n'est pas aisé⁴⁴⁴ et nécessite une étude approfondie de chaque situation⁴⁴⁵.

96. Ordre public social - des négociations admises au sein de l'ordre public. Une complexité surgit en supplément. L'ordre public est en principe exclu de toute négociation conventionnelle⁴⁴⁶. Il est parfois accepté que les dispositions conventionnelles contreviennent, dans un sens plus favorable pour les salariés, aux dispositions d'ordre public⁴⁴⁷. Le droit de la représentation du personnel est un droit qui s'expose de plus en plus à cet ordre public social aux dépens de l'ordre public absolu⁴⁴⁸. Comment ne pas s'y perdre devant cette multiplicité d'analyse ? Le Professeur Couturier en témoigne : « *“ dire qu'une loi est d'ordre public, c'est dire que ses dispositions doivent nécessairement prévaloir sur les dispositions contraires d'une autre source « conventionnelle »”*. Or, si en général *“ leur finalité protectrice n'empêche nullement les règles constituant l'ordre public de protection de répondre à cette analyse, en revanche les règles présentées comme caractéristiques de*

⁴⁴³ V. *infra* n° 335 et s. ; V. par exemple sur les délais laissés au CSE pour rendre son avis : G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 spéc. n°12 ; V. également J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457 : « *l'un des effets incidents de chacun des ré-ordonnements du droit du travail est ainsi de faire émerger dans son sillage des normes supra-légales, lesquelles forment comme autant d'ombres des règles nouvellement instituées par le pouvoir étatiques* ».

⁴⁴⁴ B. GAURIAU, L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs, JCP S 2017, 1131 : « *dans son avis de 1973, le Conseil d'État n'identifie pas les règles d'ordre public mais il donne des éléments pour les identifier : il constitue des règles impératives, des principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou des règles de droit interne, voire international, lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels (la compétence d'un agent public ou celle du conseil de prud'hommes)* ».

⁴⁴⁵ V. par exemple s'agissant de « *l'ordre public négatif* » dans le cadre des représentants de proximité nécessitant de maitriser, pour l'accord sur ces représentants, les dispositions « générales » d'ordre public sur l'instance : « *une deuxième limite pourrait résider dans les dispositions d'ordre public encadrant les autres instances de représentation du personnel qui dessine en creux le champ du possible pour les partenaires sociaux, une sorte d'ordre public négatif* » (S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60).

⁴⁴⁶ J. COLONNA, V. RENAUX-PERSONNIC, Nouvelles règles de négociation collective en tableaux, Cah. DRH nov. 2017, n° 247, p. 13 : « *[...] le triptyque ordre public auquel il ne peut être dérogé par accord collectif, champ de la négociation et dispositions supplétives qui s'appliquent à défaut d'accord collectif* ».

⁴⁴⁷ J. DANIEL, L'ordre public légal ou la tentation du chamane, JCP S 2017, 1127.

⁴⁴⁸ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 640 : « *les attributions et règles de fonctionnement des institutions représentatives du personnel peuvent être également rattachées [à l'ordre public absolu], mais la tendance est très nettement au reflux de l'ordre public absolu dans ce domaine* ».

cet ordre public social, ces normes-plancher auxquelles il est permis de déroger pourvu que ce soit dans un sens favorable aux salariés, ne sont pas de véritables règles d'ordre public »⁴⁴⁹. Il existe donc des règles classées par le législateur dans la partie « *ordre public* » qui ne sont pas de « *véritables règles d'ordre public* ». Ces règles ont un réel impact sur la localisation de l'outil de négociation : certaines peuvent être négociées par les partenaires sociaux, dans un sens plus favorable aux salariés. Ces quelques éléments démontrent la difficulté, pour le législateur, de clarifier le champ du négociable par la simple mise en place du triptyque⁴⁵⁰. Les délimitations restent poreuses et plus complexes qu'elles ne le laissent penser au préalable⁴⁵¹.

97. Une délimitation à définir par les juridictions. Ces différents éléments sont pour le moment confus ; le contrôle du juge conduira à approfondir et à délimiter plus précisément le champ d'action des partenaires sociaux⁴⁵². Le bridage de l'ordre public semble dépasser les éléments du code du travail⁴⁵³. L'analyse du niveau de contrôle des juges sur ces champs

⁴⁴⁹ G. COUTURIER, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, Études offertes à J. Flour, Defrénois, 1979, p. 113 (*in* J. DANIEL, L'ordre public légal ou la tentation du chamane, JCP S 2017, 1127).

⁴⁵⁰ T. SACHS, L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée, RDT 2017, p. 585 : « *l'analyse, un constat s'impose : l'ordre public, certes plus visible, devient moins lisible* » ; B. TEYSSIE, Variations sur un diptyque, JCP S 2017, 1125 spéc. n° 4.

⁴⁵¹ B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292 : « *il n'est pas sûr, en revanche, que l'expérimentation du triptyque « ordre public », « champ de la négociation collective », « dispositions supplétives » donne les résultats souhaités par certains (ou redoutés par d'autres). Les obstacles dressés par le législateur lui-même, les incertitudes qui ne manqueront pas d'apparaître lorsque viendra le temps, rubrique par rubrique, de fixer les contours de l'ordre public, le risque de contentieux de nature à provoquer l'anéantissement de tout ou partie d'un accord laborieusement négocié [...] ont toute chance de provoquer l'échec du pari conventionnel dont le texte est porteur* ».

⁴⁵² B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292 : « *la balle sera alors dans le camp du juge, ce qui promet bien des débats qui ne prendront pas fin tant que la Cour de cassation n'aura pas arrêté une position dont la fermeté aura été démontrée par une suite d'arrêts rendus dans les mêmes termes* ».

⁴⁵³ Par exemple s'agissant des représentants de proximité : le code du travail prévoit que l'accord les mettant en place définit « *leurs attributions* » (C. trav., art. L. 2312-7). La doctrine s'interroge néanmoins : « *quelques hésitations devraient naître quant aux missions susceptibles d'être confiées aux représentants de proximité. On peut penser que l'accord ne devrait pas aboutir à déposséder le comité social et économique des attributions que la loi lui reconnaît expressément* ». Dans cet exemple, la question du bornage du champ de la négociation par les dispositions d'ordre public se pose. Le triptyque ne permet pas d'appréhender l'ensemble des subtilités du négociable (G. AUZÉRO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit du travail, Dalloz, 32^{ème} éd. 2019, p. 1464) ; V. également : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 666.

de liberté éclaircira la question⁴⁵⁴. C'est d'ailleurs en ce sens qu'écrit Jérôme Daniel : « *dans l'exercice de ses attributions, le juge a qualité pour identifier, qualifier et appliquer l'ordre public. Il intervient à la fois pour identifier ce qui relève de l'ordre public et ce qui n'en relève pas, et pour réguler de manière générale l'ordre normatif à partir de ce repère d'harmonie. L'ordre public n'a d'existence et de justification qu'à travers les utilisations qui en sont faites* »⁴⁵⁵.

98. Dispositions d'ordre public susceptibles d'interprétation. Une autre complexité est issue des dispositions d'ordre public ; certaines de celles-ci imposent des principes rédigés en termes généraux, ouverts à interprétation⁴⁵⁶. Ces dispositions sont parfois difficilement conciliables avec le champ de la négociation⁴⁵⁷. À titre d'exemple, le Code du travail prévoit qu' « *une base de données économiques et sociales rassemble l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du comité social et économique* »⁴⁵⁸. Or, la loi ouvre aux partenaires sociaux la possibilité de définir « *l'organisation, l'architecture et le contenu de la base de données économiques et sociales* »⁴⁵⁹. Les deux articles semblent antagonistes, la liberté des parties est en réalité très fortement bridée par l'ordre public qui semble imposer « *l'ensemble des informations*

⁴⁵⁴ V. *infra* n° 331 et s. : sera développée la question des marges de manœuvre des juges lors des contrôles sur l'accord institutionnel ; comment les juges vont-ils se comporter face au contenu de l'accord institutionnel ?

⁴⁵⁵ J. DANIEL, L'ordre public légal ou la tentation du chamane, JCP S 2017, 1127.

⁴⁵⁶ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39 : « *mais les champs de la négociation collective sont naturellement limités par un ordre public que le législateur doit alors mieux exprimer car cohabitent aujourd'hui, sous la même bannière, des acceptions différentes qui nuisent à l'identification de l'interdit* ».

⁴⁵⁷ B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292 : « *à supposer franchie la barre des 50 %, le risque existe par ailleurs que s'engage une autre bataille, judiciaire, les demandeurs faisant notamment valoir que l'accord intervenu excède, en tout ou partie, le champ offert à la négociation collective : il mord sur les terres de l'ordre public dans un sens non favorable aux salariés. L'argument pourra être d'autant plus aisément développé que les dispositions légales composant la rubrique « ordre public » sont parfois riches de termes susceptibles d'interprétations multiples, dont certaines de nature à conduire à un élargissement important du domaine de l'impératif* ».

⁴⁵⁸ C. trav., art. L. 2312-18.

⁴⁵⁹ C. trav., art. L. 2312-21.

nécessaires », dénuant presque d'intérêt le champ de la négociation⁴⁶⁰. Au final, malgré la possibilité offerte par le champ de la négociation de « sortir » de la BDES un nombre important d'informations, la pratique d'une telle méthode semble délicate en raison de l'ordre public⁴⁶¹. Les auteurs ont pu s'interroger « *comment ce principe [celui d'ordre public de l'article L. 2312-18] peut-il être respecté si certaines rubriques sont écartées par l'accord ?* »⁴⁶². La liberté conventionnelle, sur ce thème, n'est qu'un « *trompe l'œil* »⁴⁶³.

99. Ordre public et ajout supra-légal. Enfin, une dernière difficulté peut être relevée s'agissant de la puissance de l'ordre public vis-à-vis du champ de la négociation. Le TGI d'Évry a rendu, le 15 octobre 2018, un jugement contestable⁴⁶⁴. Une entreprise avait mis en place une commission santé, sécurité et conditions de travail « *supplétive* » ; elle ne rentrait pas dans le champ des entreprises pour lesquelles il était obligatoire de mettre en place une telle CSSCT⁴⁶⁵. L'entreprise s'était alors détachée des dispositions d'ordre public pour ne prévoir que deux membres à cette commission contrairement aux trois requis par les dispositions d'ordre public⁴⁶⁶. Les juges ont été interrogés sur la possibilité, pour une commission mise en place supplétivement par la négociation, de déroger aux règles d'ordre public afférentes à cette commission⁴⁶⁷. Ils ont refusé la possibilité de déroger à l'ordre public en affirmant que « *la disposition prévoyant que la CSSCT soit composée d'au moins 3 représentants du personnel, mesure nécessaire à l'équilibre des expressions au sein de la commission entre le chef d'établissement et les salariés, constitue une disposition d'ordre*

⁴⁶⁰ S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD, La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JCP S 2018, 1170 : « *si le contenu de la BDES dépend en pratique de son rôle et de sa place voulus par les partenaires sociaux par rapport aux réalités de l'entreprise, sa consistance devra être appréhendée à la lumière de l'objectif recherché : permettre au CSE d'exercer utilement ses compétences* ».

⁴⁶¹ Ordonnances Macron : le nouveau droit du travail, Editions Législatives, 2018, p. 135.

⁴⁶² M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76.

⁴⁶³ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000, spéc. n° 15 : « *la liberté abandonnée aux partenaires sociaux n'est qu'une liberté en trompe l'œil* ».

⁴⁶⁴ TGI Évry, 1^{re} ch., sect. A, 15 oct. 2018, n° 18/05636.

⁴⁶⁵ C. trav., art. L. 2315-36.

⁴⁶⁶ C. trav., art. L. 2315-39 ; F.-G. LAPREVOTE, M. VACASSOULIS, CSSCT : premier retour d'expérience et points de vigilance identifiés après deux ans d'existence, La lettre juridique févr. 2020, n° 813.

⁴⁶⁷ RJS 01/2019, n° 33, p. 42.

public à laquelle il ne peut être dérogé » et que dans « les cas où la création d'une CSSCT n'est pas obligatoire, entre dans le champ de l'accord collectif la définition du nombre de membres de la commission mais sous réserve du respect de cette disposition d'ordre public »⁴⁶⁸. En effet, le champ de la négociation dispose que l'accord fixe « le nombre de membres de la ou des commissions »⁴⁶⁹. Mais pour les juges, le bridage de l'ordre public s'applique, quand bien même il s'agit d'une mise en place supplétive, non prévue initialement par les dispositions légales⁴⁷⁰. Il paraît délicat d'accéder au raisonnement des juges. L'ordre public fixe des contraintes inadaptées en l'espèce : le triptyque ne devrait pas être appliqué, la mise en place volontaire de CSSCT devrait aller au-delà des contraintes. En ne remplissant pas les conditions préalables de mise en place obligatoire d'une CSSCT, l'entreprise aurait dû être libre d'adapter la configuration de son instance selon le libre-arbitre des négociateurs. C'est d'ailleurs l'analyse d'Aranud Teissier : « cette solution n'est pas totalement satisfaisante. En effet, il n'est pas nécessairement pertinent d'imposer un nombre de membres à une CSSCT « conventionnelle » par référence aux dispositions consacrées pour une CSSCT légale. Le nombre de membres de la CSSCT « légale » a été configuré au regard d'un effectif de référence qui ne peut être inférieur à 300 salariés, donc qui pourrait être très éloigné de celui de l'entité qui est dotée d'une CSSCT « conventionnelle » ; et, au final, constituer un frein à la création de CSSCT conventionnelles dans de telles configurations »⁴⁷¹. L'ordre public vient, une nouvelle fois, complexifier l'approche de la négociation tout en instaurant des « effets pervers » à celle-ci : « il est vrai qu'en droit, en mettant en place des CSSCT, même de manière volontaire, les dispositions d'ordre public sont applicables en l'absence de précision contraire dans la loi. Cependant, en fait, la solution a un effet pervers ; en limitant le champ du négociable et le jeu de la négociation « donnant-donnant », elle ne pousse pas les entreprises à reconnaître des CSSCT sous le seuil légal ».⁴⁷²

⁴⁶⁸ TGI Évry, 1^{re} ch., sect. A, 15 oct. 2018, n° 18/05636.

⁴⁶⁹ C. trav., art. L. 2315-41.

⁴⁷⁰ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 283.

⁴⁷¹ A. TEISSIER, Mise en place du CSE et application des règles transitoires, JCP S 2018, 1409.

⁴⁷² Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235.

100. Conclusion. L'ordre public remplit ainsi son rôle de bridage du champ de la négociation. Toutefois, ses particularités, sa diffusion et ses complexités obligent tout acteur à procéder à une analyse minutieuse de cette notion : sa polysémie crée des difficultés à la connaissance exacte du champ de l'ordre public, les voies ouvertes à la négociation par l'ordre public social créent une perméabilité dans le triptyque, des difficultés d'interprétation ressortent de certaines notions, le contrôle juridictionnel est encore indécis... Ces éléments doivent être pris en compte par les acteurs pour localiser les normes négociables au regard de l'ordre public. Le champ de la négociation est lui aussi contraint par divers éléments.

II. La négociation bridée par l'encadrement des thèmes de négociation

101. La « négociation administrée ». La négociation n'est pas totale et absolue⁴⁷³ ; elle demeure encadrée par le législateur⁴⁷⁴. Ce dernier est le « *grand ordonnateur* » disposant du « *pouvoir d'habiliter les partenaires sociaux à créer le droit, dans certains domaines...* »⁴⁷⁵. Anne-Laure Mazaud précise que cette « *négociation administrée* » crée un réel « *paradoxe* »⁴⁷⁶. En effet, alors que les voies de négociation sont contraintes, les pouvoirs publics tentent de démontrer l'ouverture importante à la négociation⁴⁷⁷ : le rapport transmis au Président de la République avant les ordonnances de 2017 en témoigne : « *à l'intérieur du cadre défini par la loi, c'est désormais la négociation qui fixera les règles de*

⁴⁷³ Malgré l'envie affichée de réduire le champ d'intervention du législateur : « *car il s'est en particulier agi, au terme de l'étude d'impact du projet de loi d'habilitation, de réduire une « empreinte législative et réglementaire du droit du travail (...) lourde et mal adaptée à la réalité des entreprises* » » (F. BERGERON-CANUT, Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46 & Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 5).

⁴⁷⁴ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, p. 50 ; P. LOKIEC, De la confiance à la norme, Semaine Sociale Lamy oct. 2016, n° 1742, p. 3 : « *le législateur reste maître du choix de déléguer ou non aux partenaires sociaux* » ; F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47 : « *ce serait oublier qu'elle apparaît... au service d'une politique juridique qui entend favoriser l'édition de normes à un niveau qui permet à ses auteurs (acteurs) d'en adapter la teneur, en réservant la force impérative des normes ayant un champ plus large aux valeurs considérées comme les plus essentielles* ».

⁴⁷⁵ F. FAVENNEC-HERY, L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126.

⁴⁷⁶ A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232.

⁴⁷⁷ M. PENICAUD in Muriel Pénicaud justifie les axes de sa réforme, Semaine Sociale Lamy sept. 2017, n° 1783, p. 3.

fonctionnement dans l'entreprise et dans la branche. Cette réforme fait ainsi le pari de la confiance et de l'intelligence collective des entreprises, des salariés et de leurs représentants, au premier rang desquels les organisations syndicales »⁴⁷⁸. L'autonomie conférée aux partenaires sociaux et à la négociation collective est mise en avant⁴⁷⁹. Gérard Lyon-Caen définissait l'autonomie collective comme « *la faculté pour des collectivités de contracter librement et d'élaborer elles-mêmes des normes hors toute ingérence des organes de l'État (législateur, Administration, pouvoir judiciaire)* »⁴⁸⁰. Cette approche n'est pas celle adoptée aujourd'hui par l'État. Il est constaté « *le renforcement, au sein même des ordonnances, des mécanismes de « négociation administrée » révélateurs d'une forte ingérence étatique* »⁴⁸¹ ; les propos de Gérard Lyon-Caen sont contrariés. Les partenaires sociaux ne disposent pas, à l'heure actuelle, d'une réelle autonomie conventionnelle⁴⁸².

102. Désengagement partiel ? L'intérêt de l'État n'est-il pas de continuer à régir les structures de représentation du personnel, en se « *désengageant* », en apparence, de certains points sensibles ?⁴⁸³ L'État peut chercher à se « *déresponsabiliser* »⁴⁸⁴ de certains sujets en les confiant expressément aux négociateurs⁴⁸⁵. Implicite, l'État dirige les négociations en permettant la négociation sur certains thèmes, tout en se défaussant de la responsabilité

⁴⁷⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JO 23 sept. 2017, n° 28.

⁴⁷⁹ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

⁴⁸⁰ G. LYON-CAEN, L'état des sources du droit du travail, Dr. soc. 2001, p. 1031.

⁴⁸¹ A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232.

⁴⁸² V. en ce sens sur le risque de réduire le nombre de négociations : « *cet excès de prudence constitue de toute évidence un frein à la négociation d'aménagements et pose la question d'une confiance propice à une négociation libérée* » (G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000, spéc. n° 23).

⁴⁸³ B. TEYSSIE, De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail, JCP S 2017, 1179 : « *les vertus de l'accord collectif sont régulièrement célébrées par les pouvoirs publics eux-mêmes, souvent amateurs de dialogue social (du moins dans l'ordre du discours), de flexibilité (et d'adaptabilité)* » et de désengagement progressif de l'État du champ, rarement paisible, du droit des relations de travail » ; P. LOKIEC, De la confiance à la norme, Semaine Sociale Lamy oct. 2016, n° 1742, p. 3.

⁴⁸⁴ P. LOKIEC, Avis de tempête sur le droit du travail, RDT 2014, p. 738.

⁴⁸⁵ F. CANUT, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, Dr. soc. 2010, p. 379 : « *l'État ne prend plus en charge la protection des salariés ; il confie ce soin aux partenaires sociaux* ».

du contenu de la règle⁴⁸⁶ ; certains auteurs évoquent la mise en place d'un « *cadre souple* »⁴⁸⁷. Par exemple s'agissant de la récurrence des consultations obligatoires⁴⁸⁸ : en instaurant la faculté pour les partenaires sociaux de déroger à l'annualité, le législateur a encouragé les parties à se saisir de la question et à déroger à la hausse à cette récurrence⁴⁸⁹. En parallèle, en confiant ce soin aux partenaires sociaux, l'État s'est défaussé de la responsabilité directe en cas de récurrence augmentée. Le législateur tente d'agir par le biais des dispositions supplétives : soit en rendant difficile la conclusion d'un accord, soit en incitant les partenaires sociaux à négocier⁴⁹⁰. L'autonomie est considérablement affaiblie : l'État dirige les acteurs⁴⁹¹, se libérant implicitement d'une responsabilité⁴⁹². Dès lors, « *peut-on envisager un renforcement de l'autonomie collective des partenaires sociaux, au sens atténué précédemment retenu, tout en maintenant des dispositifs qui encadrent et restreignent la liberté des partenaires sociaux par des mécanismes incitatifs ?* »⁴⁹³. L'encadrement étatique porte atteinte à la liberté des négociateurs.

103. Du triptyque au diptyque ? Mais est-il possible d'attribuer une liberté totale aux partenaires sociaux ? Quel mécanisme peut être utilisé ? Sur le plan politique, la question se pose de la liberté laissée aux acteurs de la société de négocier⁴⁹⁴. La question relève donc de

⁴⁸⁶ Cette approche contribue à « *l'orientation douce des conduites* » (L. MALFETTES, Le renouveau des sources du droit du travail, thèse dactyl., Nancy, 2018, p. 139).

⁴⁸⁷ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *toutefois cette souplesse s'inscrit dans un « cadre ». À ce titre, l'affirmation de la mise en place d'un cadre souple interroge. À première vue, elle semble tenir de l'oxymore* ».

⁴⁸⁸ C. trav., art. L. 2312-19.

⁴⁸⁹ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2.

⁴⁹⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76 ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *la norme supplétive se veut alors dissuasive* » ; F. BERGERON-CANUT, L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ?, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 51 : « *il en est tout autrement en matière de consultations récurrentes, où le foisonnement des dispositions supplétives tranche avec le faible nombre de dispositions d'ordre public. L'encouragement – pour l'employeur – à passer par la voie négociée en est d'autant plus apparent* ».

⁴⁹¹ A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232 : « *ces dispositifs démontrent la subtile ingérence de l'État afin d'orienter les choix des partenaires sociaux, tout en entretenant l'illusion du renforcement de leur autonomie collective* ».

⁴⁹² C. PERES-DOURDOU, La règle supplétive, LGDJ, 2004, p. 571.

⁴⁹³ A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232.

⁴⁹⁴ P. LOKIEC, De la confiance à la norme, Semaine Sociale Lamy oct. 2016, n° 1742, p. 3.

l'ordre électoral. Sur le plan juridique, il s'agirait de passer du triptyque au diptyque⁴⁹⁵. La notion de triptyque semble à première vue erronée : si une disposition est supplétive, c'est qu'elle ne s'applique qu'à défaut d'accord⁴⁹⁶. En régissant la négociation à travers un champ spécifique, le législateur a bloqué le mécanisme du diptyque. Ce dernier pourrait être suffisant. Les parties seraient contraintes de respecter l'ordre public, mais pourraient agir librement sur les dispositions supplétives, en les déjouant à la hausse ou à la baisse, mais également sur des éléments annexes, non prévus par le Code du travail, tant que ceux-ci ne compromettent pas l'ordre public⁴⁹⁷. Le Professeur Bernard Teyssie pointait à la suite de la loi « Travail » de 2016 ces difficultés éventuelles : *« le schéma annoncé relève du diptyque « ordre public – dispositions supplétives ». Il n'est nul besoin de basculer dans le triptyque, à la manière de la loi du 8 août 2016, en insérant entre les deux blocs précédents une rubrique « champ de la négociation collective ». Sans doute sa présence traduit-elle la volonté du législateur d'éclairer les partenaires sociaux sur les points offerts au jeu de la négociation. Mais le risque est double : 1) que la liste des questions visées soit considérée par certains comme limitative alors que tout ce qui n'est pas inclus dans le périmètre de l'ordre public relève du négociable ; 2) que jaillissent de multiples contentieux opposant les tenants d'interprétations différentes des termes utilisés pour définir le champ laissé au libre débat »*⁴⁹⁸.

104. Champ de la négociation apparenté à de l'ordre public. Le champ de la négociation contraint même en son sein⁴⁹⁹. S'agissant de la BDES, *« la liberté conventionnelle n'est pas totale »*⁵⁰⁰ ; il est expressément prévu au sein du champ de la négociation que *« l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données sont tels qu'ils permettent au comité social et*

⁴⁹⁵ T. SACHS, L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée, RDT 2017, p. 585.

⁴⁹⁶ B. TEYSSIE, Variations sur un diptyque, JCP S 2017, 1125.

⁴⁹⁷ F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038.

⁴⁹⁸ B. TEYSSIE, Variations sur un diptyque, JCP S 2017, 1125.

⁴⁹⁹ N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : *« l'ordonnement du Code du travail n'est pas toujours clair. Dans certaines situations, des dispositions d'ordre public ont été introduites dans le champ de la négociation »* ; V. également : Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 7.

⁵⁰⁰ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 135.

économique et, le cas échéant, les délégués syndicaux d'exercer utilement leurs compétences »⁵⁰¹. En présence d'un diptyque, deux solutions auraient pu être envisagées : soit inclure cette disposition dans l'ordre public, soit laisser une réelle liberté aux partenaires sociaux en leur laissant le soin d'adapter librement leur BDES. Cette particularité est présente ailleurs dans le Code du travail, par exemple s'agissant des représentants de proximité où le législateur prévoit que « *les représentants de proximité sont membres du comité social et économique ou désignés par lui pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité* »⁵⁰². Dès lors, « *la liberté des négociateurs trouve une première limite dans les quelques maigres prescriptions légales concernant les représentants de proximité. Même si ces dernières ne sont pas estampillées « ordre public », elles paraissent bien se présenter comme des règles s'imposant aux partenaires sociaux. C'est ainsi, par exemple, que les représentants de proximité « sont membres du comité social et économique ou désignés par lui »* »⁵⁰³. À titre de second exemple, s'agissant des réunions du comité social et économique, il est prévu au sein du Code du travail qu'un accord peut définir « *le nombre de réunions annuelles du comité, qui ne peut être inférieur à six* »⁵⁰⁴. De nouveau, alors que cet article précédemment cité s'incorpore au sein d'une partie sur le « *champ de la négociation* », des dispositions contraignantes sont insérées, limitant la marge de manœuvre des négociateurs et s'apparentant à de l'ordre public⁵⁰⁵ : « *l'ordre public se dissimule parfois au sein [du champ de la négociation collective], ce qui traduit une porosité entre les strates du triptyque* »⁵⁰⁶. Cela confirme la mainmise du législateur au sein du champ de la négociation⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ C. trav., art. L. 2312-21.

⁵⁰² C. trav., art. L. 2313-7.

⁵⁰³ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60 ; V. également : Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 81.

⁵⁰⁴ C. trav., art. L. 2312-19.

⁵⁰⁵ N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 ; V. également sur « *la difficulté dans l'articulation des dispositions impératives et supplétives* » s'agissant du lien entre le nombre de réunions, le rythme et la taille de l'entreprise : Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 110.

⁵⁰⁶ F. CANUT, Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif, Dr. ouvr. 2017, p. 342.

⁵⁰⁷ A. FABRE, Les dynamiques de l'accord collectif de travail, Dr. soc. 2020, p. 630 : « *à cela, s'ajoute la confusion inverse : on pourrait penser que les dispositions délimitant le champ de la négociation collective ne sont pas d'ordre public de sorte que les partenaires sociaux auraient toute latitude dès lors qu'ils respectent les dispositions d'ordre public. C'est évidemment faux. Les énoncés ouvrant des possibilités d'aménagement par accord collectif sont truffés de règles impératives, qu'il s'agisse d'imposer la stipulation de clauses dites obligatoires, ou de fixer des normes planchers ou plafonds* ».

105. Conclusion. Les partenaires sociaux se retrouvent bridés par l’emprise étatique présente⁵⁰⁸, tant sur l’ordre public qu’il convient de dévoiler, que sur la négociation collective qui relève plus de la « *négociation administrée* » que de l’autonomie conventionnelle des parties⁵⁰⁹. La recherche de la localisation du négociable demeure une vraie étape préalable, loin de la simplicité voulue par la mise en place du triptyque. Si l’ordre public et le champ de la négociation sont concernés par ces difficultés, les dispositions supplétives sont, elles aussi, confrontées à quelques difficultés d’analyse ; c’est finalement tout le triptyque qui se doit d’être appréhendé.

§2. L’objet des dispositions supplétives confronté à la négociation

106. Difficultés théoriques. Chaque pan du triptyque interroge. Rares sont les créations d’une clarté innée : toute nouveauté crée des difficultés, encore plus lorsqu’il s’agit d’appréhender les articulations entre plusieurs éléments qui communiquent ensemble⁵¹⁰. Les dispositions supplétives communiquent implicitement avec l’ordre public et le champ de la négociation⁵¹¹. L’appréhension de tout le triptyque devient nécessaire et doit conduire à maîtriser la partie législative de la négociation. Quel est le rôle réel des dispositions supplétives ? Il est nécessaire de s’interroger sur leur portée. Ces dernières peuvent simplement servir l’absence de négociation, auquel cas, elles s’effacent en cas de négociation sur le sujet : le supplétif serait alors par objet facultatif (I.). Des difficultés liées aux limites pourront néanmoins surgir. Soit il convient de négocier expressément sur les

⁵⁰⁸ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D’HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l’entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000, spéc. n° 24 : « *dans un océan d’ordre public, le législateur a aménagé quelques îlots ouverts à une négociation collective qu’il a fortement bridée* ».

⁵⁰⁹ A. FABRE, Les dynamiques de l’accord collectif de travail, Dr. soc. 2020, p. 630 : « *la formule [« les effets du négocié »] ne doit pas perturber outre mesure : l’on désigne par là les effets que les normes négociées peuvent produire sur les autres normes, notamment légiférées, étant précisé que, dans le système qui est le nôtre, c’est bien évidemment l’ordre juridique étatique qui décide de ces effets, même quand ceux-ci conduisent à un affaiblissement de ses propres normes* ».

⁵¹⁰ V. en ce sens, B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. XII : « *il est loin d’être avéré que les dispositions gouvernant le comité social et économique soient à l’abri de tout reproche, avec la circonstance atténuante qu’il est toujours difficile de bâtir un nouvel - et vaste - édifice* ».

⁵¹¹ J.-Y. KERBOURC’H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313 spéc. n° 53.

dispositions supplétives, n'écartant qu'exclusivement celles qui auront été visées préalablement : le supplétif serait par objet obligatoire (II.). Ces deux approches ne sont pas que théoriques, elles doivent guider la pratique face aux risques.

I. Le supplétif par objet facultatif

107. Exclusion implicite de dispositions supplétives à la signature d'un accord. Cette première doctrine vise à considérer que la seule conclusion d'un accord collectif suffit à écarter l'application d'une ou plusieurs dispositions supplétives⁵¹². Dès lors que la matière est abordée, toutes les dispositions supplétives en lien avec celle-ci s'éteignent ; il est donc possible d'exclure implicitement certains points des dispositions supplétives⁵¹³. L'application de cette première méthodologie est cohérente pour certains thèmes. Par exemple, si la négociation porte sur les informations communiquées aux représentants du personnel avant l'une des consultations périodiques obligatoires⁵¹⁴, il paraît cohérent de considérer que la liste des informations prévues par l'accord exclue automatiquement les informations non mentionnées et pourtant inscrites dans les dispositions supplétives⁵¹⁵. Il ne s'agit pas de reprendre le code en mentionnant dans l'accord la non-application de toutes les dispositions supplétives portant sur l'information des élus.

108. Cohérence limitée. En revanche, d'autres dispositions tranchent avec la cohérence initialement relevée. Par exemple s'agissant des réunions du CSE, un article placé sous le sigle « *dispositions supplétives* » prévoit à son dernier alinéa que « *le comité peut tenir une seconde réunion à la demande de la majorité de ses membres* »⁵¹⁶. Que se passe-t-il si l'accord négocié par les partenaires sociaux ne prévoit que la périodicité des réunions (par

⁵¹² A contrario, « *l'absence d'accord collectif dans le second cas ouvrira la voie à la loi supplétive* » (F. FAVENNEC-HERY, L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126).

⁵¹³ Pour démontrer la complexité d'appréciation : « *les dispositions supplétives ne constituent pas un minimum légal. Elles s'appliquent seulement en l'absence d'accord. Il ne faut donc pas croire qu'en omettant un point particulier dans une négociation l'article supplétif le concernant s'appliquera automatiquement* » (M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 75).

⁵¹⁴ C. trav., art. L. 2312-19.

⁵¹⁵ C. trav., art. L. 2312-22 et s.

⁵¹⁶ C. trav., art. L. 2315-28.

exemple une réunion par mois) ? Doit-il être considéré que cela met fin à la disposition supplétive précitée, ou que la disposition demeure à défaut de précision expresse ? Certains auteurs considèrent qu'un accord portant sur les réunions éteint implicitement cette disposition supplétive : la rédaction de l'accord est capitale⁵¹⁷.

109. Apport du droit du transfert d'entreprise. Le droit du transfert d'entreprise recueille de nombreux exemples pratiques assimilables aux questions exposées pour les dispositions supplétives légales. En cas de restructuration, des accords de substitution peuvent être signés avec les partenaires sociaux pour régir les conséquences sur le statut social⁵¹⁸. L'objectif est d'instituer des règles se substituant aux accords et usages en vigueur précédemment, principalement dans l'entreprise transférée⁵¹⁹. Les questions pratiques qui se sont posées sont les mêmes que celles qui se posent pour les dispositions supplétives : quid des accords ou usages qui n'auront pas été spécifiquement visés par l'accord de substitution ? Quid de la matière qui n'est pas réellement régie par l'accord de substitution ? La Cour de cassation a, par exemple, été confrontée à la situation suivante : un accord de substitution est conclu en 2006 prévoyant qu'il se « *substitue intégralement à tous les accords collectifs ainsi qu'aux usages en vigueur au sein de la société* ». Des salariés

⁵¹⁷ Cet exemple permet de démontrer que le supplétif est par objet facultatif : « *prenons l'exemple d'un accord sur les réunions du comité, portant notamment sur la périodicité, la présence des suppléants, etc... Si cet accord omet de mentionner que les élus peuvent déclencher des réunions extraordinaires à la demande de la majorité de ses membres (nouvel article L. 2315-28 du Code du travail), l'employeur pourrait faire valoir au besoin devant un tribunal qu'ils ont renoncé à cette possibilité car celle-ci figure désormais dans les dispositions supplétives. L'intitulé de cet accord devra donc être très précis « réunions ordinaires du CSE » et non pas « réunions du CSE ». De plus, pour éviter tout litige ultérieur, il est conseillé de systématiquement proposer la clause suivante dans les accords : « les signataires précisent que les dispositions du présent accord s'exercent sans préjudice des dispositions supplétives du Code du travail, sauf si ces dernières sont expressément contraires à l'une de ses clauses » » (M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76). Ces quelques lignes témoignent de l'importance de circonscrire la matière au préalable. Le supplétif étant par objet facultatif, s'il n'est pas expressément mentionné au sein d'un accord, il risque d'être emporté par un accord censé traiter de la matière. D'où l'importance capitale de, soit circonscrire l'accord dans sa dénomination en précisant bien les matières traitées (sur l'exemple des réunions, bien mentionner qu'il s'agit de régir simplement les réunions ordinaires et non toutes les réunions, ce qui inclurait de *facto* les réunions extraordinaires), soit de mentionner la clause prévue par l'ouvrage ci-dessus, encore qu'il convienne plutôt d'adapter cette clause à chaque cas spécifique, ou bien de reprendre au sein de l'accord les dispositions supplétives non modifiées. Cela aurait par ailleurs comme intérêt de régir l'ensemble du droit applicable à une matière au sein de l'accord, ce qui permettrait de gagner en lisibilité.*

⁵¹⁸ C. trav., art. L. 2261-14.

⁵¹⁹ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, p. 238 et s.

souhaitent l'application d'un accord intéressement de 1993 puisque des règles plus favorables pour eux y sont inscrites. Les juges accèdent à leur demande au motif suivant : « *l'accord de substitution conclu le 4 juillet 2006 traitait essentiellement du processus de rapprochement des deux sociétés Azur et MMA sans mentionner l'accord d'intéressement du 6 avril 1993 applicable au sein de la première société, le conseil de prud'hommes a exactement décidé qu'en l'absence de stipulation de fond relative à l'intéressement, l'accord de substitution ne mettait pas fin à l'usage en vigueur dans la société Azur ; que par ce seul motif, il a légalement justifié sa décision* »⁵²⁰. Cet arrêt encadre strictement le pouvoir des négociateurs sur les règles préexistantes issues d'accords d'entreprise ou d'usages. L'accord ne traitant pas du thème de l'intéressement, les juges ont estimé qu'aucune substitution n'avait pu être effectuée⁵²¹. À l'inverse, lorsque l'accord mentionne l'objet concerné, celui-ci est régi par les stipulations de l'accord de substitution⁵²². Ce raisonnement « par objet » s'applique également au lien entre dispositions supplétives et accord. Lorsque ce dernier traite d'un « objet » spécifique, l'ensemble des dispositions s'y rapportant disparaissent⁵²³. Cette approche du supplétif par objet facultatif, qui pourrait être généralisée à l'ensemble des thèmes du droit du travail, conduit à donner un réel pouvoir à l'accord collectif au sein des dispositions supplétives. La négociation serait présumée régir l'ensemble de la matière abordée en réunion de négociation⁵²⁴. Elle s'effectue dans une dimension pratique où les suites données à cet accord sont pensées. Il devient cohérent de considérer que le supplétif

⁵²⁰ Cass. Soc., 4 mai 2011, n° 09-43.196, 09-43.197, 09-43.198.

⁵²¹ « *Cet accord collectif ne peut valablement se substituer à ces usages et engagements unilatéraux patronaux que s'il le prévoit expressément ou, dans le cas contraire, que s'il contient des dispositions de même objet que ces sources de droits non conventionnelles. Cette condition est essentielle pour obtenir l'effet de substitution recherché* » (Y. AUBREE, Transferts d'entreprise : aspects collectifs Trav. – Incidences sur le statut collectif, Répertoire de droit du travail oct. 2015, n° 180).

⁵²² Ce raisonnement peut être assimilé aux cas où un accord collectif se substitue à un usage ayant le même objet. V. en ce sens : G. LACHAISE, Fondement de la substitution d'un accord collectif à un usage antérieur ayant le même objet, JCP E 1997, 938.

⁵²³ Une autre assimilation pourrait être effectuée aux cas où deux normes juridiques prévoient des dispositions sur le même objet : dans ce cas, un principe de non-cumul est souvent invoqué devant les juges. Ce principe implique d'appliquer le contenu de l'une ou de l'autre norme juridique portant sur le même objet (V. en ce sens : M. D'ALLENDE, M. BUSO, Les avantages prévus par un usage d'entreprise et les dispositions conventionnelles qui ont le même objet ne se cumulent pas, JCP S 2016, 1014). Cette réflexion peut être transposée au lien entre dispositions supplétives et accord collectif. S'ils portent sur le même objet, aucun cumul n'est possible. L'accord collectif bénéficie (du fait des prescriptions légales) d'une prédominance sur la norme supplétive, celle-ci disparaît donc pour l'ensemble des articles se rapportant au même objet.

⁵²⁴ N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410.

est par objet facultatif, et qu'il ne naît que par l'absence d'accord collectif portant sur sa matière⁵²⁵. L'effectivité de la disposition supplétive n'est pas innée ; elle est la conséquence de l'absence d'accord collectif⁵²⁶.

110. Appréciation du triptyque : chronologie d'application. Une réflexion chronologique dans l'organisation du triptyque peut être adoptée : l'ordre public s'impose et précède la négociation collective intervenant dans un second temps⁵²⁷. C'est seulement en l'absence d'accord que le relai est pris par les dispositions supplétives⁵²⁸. Adopter cette réflexion conduit à écarter implicitement l'ensemble des matières concernées par l'accord⁵²⁹. Par exemple, si les parties concluent un accord portant sur les modalités d'accès à la BDES⁵³⁰, l'ensemble des dispositions supplétives concernant les modalités d'accès sont écartées⁵³¹. Dans le même sens, si l'accord porte sur les modalités d'intervention de l'expert, il convient d'écarter l'ensemble des dispositions supplétives portant sur ce sujet, quand bien même les parties n'ont pas explicitement évoqué tous les sujets prévus par les dispositions supplétives⁵³² : l'accord peut parfaitement vivre et être cohérent.

111. Approche constructive mais exigeante pour les parties. Cette approche est beaucoup plus conventionnelle et laisse une place importante aux parties⁵³³ : elle leur donne

⁵²⁵ F. CANUT, F. GEA, *Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie)*, Dr. soc. 2017, p. 47 : « à ce titre, l'on peut notamment observer que les dispositions légales supplétives du triptyque institué (ou programmé) par la loi El Khomri, quelle que soit leur teneur, accèderont bien à l'obligatorité en cas de défaillance des conventions et accords mentionnés dans le « champ de la négociation collective » ».

⁵²⁶ P.-Y. VERKINDT, *L'ordre public, clé de la refondation du Code du travail ?*, JCP S 2017, 1137.

⁵²⁷ Il s'agit d' « un basculement de l'ordre public dérogeable vers la supplétivité de la règle étatique. Il est en effet différent d'édicter une règle étatique qui supporte la dérogation par voie d'accord collectif et de prévoir qu'une règle étatique ne s'appliquera qu'à défaut d'accord collectif » (F. CANUT, *Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique*, Dr. soc. 2010, p. 379).

⁵²⁸ M. MORAND, *La conventionnalisation du droit de la durée du travail*, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 63 : « c'est l'accord collectif qui fixe la règle, à défaut de quoi la loi s'applique et non plus la loi à laquelle il est possible de déroger par accord collectif ».

⁵²⁹ F. CANUT, *Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif*, Dr. ouvr. 2017, p. 342.

⁵³⁰ C. trav., art. L. 2312-21.

⁵³¹ C. trav., art. L. 2312-36.

⁵³² C. trav., art. L. 2315-78.

⁵³³ Elle les « responsabilise » en tant qu'acteur (F. CANUT, F. GEA, *Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie)*, Dr. soc. 2017, p. 47).

la main sur la composition de leur accord et exige d'eux une importante confiance⁵³⁴. Certains auteurs parlent d'une vision « *mécaniciste* »⁵³⁵. Cela étant, elle n'est pas sans risque puisqu'en cas d'imprécisions, elles peuvent ne pas bénéficier du soutien des dispositions supplétives pour parer à une éventuelle difficulté. Même si, dans le silence de l'accord, il se pourrait, lorsque l'action nécessite une réponse, que le juge se rapporte aux dispositions supplétives⁵³⁶. En revanche, lorsque le manque ne nécessite pas une action positive et peut dès lors se vivre à part entière, les parties ne pourraient réclamer le bénéfice d'une disposition supplétive porteuse d'un droit particulier⁵³⁷. Les juges considéreraient que les parties ont décidé de supprimer implicitement cette disposition. Cette première approche, du supplétif par objet facultatif, oblige les parties à effectuer un travail précis sur les dispositions du Code du travail, tant dans la partie législative que réglementaire, afin d'éviter de faire disparaître implicitement des dispositions qu'elles estiment importantes. La rédaction demeure primordiale pour éviter ces conséquences néfastes⁵³⁸. Les parties doivent inscrire au sein de l'accord les dispositions supplétives qu'elles entendent conserver et non celles qu'elles souhaitent exclure. Cela permet d'éviter tout risque juridique et de disposer d'un accord régissant l'ensemble d'une matière : la compréhension de l'accord est facilitée par les parties.

⁵³⁴ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2.

⁵³⁵ F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47 : « *la première correspond à une vision « mécaniciste », reposant sur l'idée qu'à partir du moment où la norme en position de primer sur une autre norme se saisit, même mal, de celui-ci, le « jeu » de la norme subsidiaire s'en trouve neutralisé. Le présumé est alors celui de l'autonomie des normes en présence - ou des sources dont elles émanent* ».

⁵³⁶ En effet, la règle supplétive peut réapparaître « *dans le cadre de l'interprétation des dispositions ou stipulations conduisant à la mise à l'écart apparente de règles supplétives (sous forme, en l'occurrence, de contraintes interprétatives dont la force est susceptible de degrés variables)*. ». Aussi, « *La norme dite supplétive est-elle susceptible de pallier les failles, insuffisances ou défaillances de la norme qui se voit reconnaître (par le législateur) une primauté par rapport à la première ? La supplétivité signifie-t-elle, en effet, que la norme bénéficiant d'une prévalence doit, dès lors qu'elle existe, priver la norme subsidiaire, non seulement de sa force obligatoire, mais aussi de toute aptitude à produire effet, fût-ce pour « sauver » un dispositif ?* » (F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47).

⁵³⁷ N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : « *[les dispositions supplétives] ne colmatent pas les brèches de l'accord. Tant que celui-ci respecte à la fois les dispositions d'ordre public et le champ de la négociation, il n'y a rien à redire* ».

⁵³⁸ P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647 : « *un oubli, une mauvaise rédaction peut avoir des conséquences irrémédiables. Les dispositions supplétives ne s'appliquent qu'à défaut d'accord. Par exemple, si l'accord ne prévoit pas de commission logement, le CSE ne pourra pas se prévaloir des dispositions supplétives pour remédier à son absence. Les négociateurs sont présumés avoir renoncé à cette commission* ».

II. Le supplétif par objet obligatoire

112. Exclure explicitement : rôle de l'accord amoindri. Une autre doctrine, opposée, est de considérer que le supplétif est par objet obligatoire : le supplétif s'applique à défaut d'exclusion expresse par l'accord collectif. Cela revient à inverser la chronologie ci-avant exposée. L'ordre public primerait ; les dispositions supplétives s'appliqueraient dans un second temps. La négociation arriverait en dernière et pourrait déroger aux dispositions supplétives. Le cas est alors différent. Dans la première situation, l'analyse était fondée sur l'ordre public et l'accord conclu par les parties, les dispositions supplétives ne se manifestaient qu'en dernier lieu, pour combler les « vides » laissés vacant dans des matières non traitées par l'accord⁵³⁹. Dans la seconde situation, les dispositions supplétives s'imposent de plein droit, c'est à l'accord de déroger à ces dispositions. Si l'accord ne mentionne pas certains sujets, même au sein d'une même matière, les dispositions supplétives continuent de s'appliquer⁵⁴⁰. Le poids des dispositions supplétives est renforcé ; l'impact de l'accord collectif est diminué⁵⁴¹. Certains auteurs invoquent une conception « herméneutique »⁵⁴². Se distinguent la « dérogation », où les dispositions supplétives sont

⁵³⁹ V. en ce sens, F. FAVENNEC-HERY, Nouvelle articulation des normes : la durée du travail comme terrain d'expérimentation, JCP S 2016, 1293 : « *la loi supplétive comble le vide* » ; B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292 : « *l'absence d'ouverture de négociations ou leur échec ne sauraient être exclus, sont édictées des dispositions supplétives appelées à combler le vide laissé par l'absence de contrat collectif* ».

⁵⁴⁰ Cette hypothèse est notamment développée par les professeurs Canut et Géa : « *lorsqu'un acte normateur se révèle lacunaire et ne répond pas aux exigences légales sur un sujet où il bénéficie d'une primauté, deux conceptions alternatives s'affrontent. À une approche fondée sur l'exclusivité de cet acte normateur s'oppose une analyse admettant une forme de complémentarité des normes en présence* » (F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47).

⁵⁴¹ Certains syndicats exposent une position en ce sens : « *de plus, pour éviter tout litige ultérieur, il est conseillé de systématiquement prévoir la clause 3 suivante dans les accords signés : « le présent accord s'exerce sans préjudice des dispositions supplétives du Code du travail, sauf si elles sont expressément contraires audit accord »* » (Force Ouvrière, Disposition supplétive ou minimum légal, Ordonnances Macron : <https://www.fnasfo.fr/wp-content/uploads/2018/10/ordonnances-disposition-suppletive-ou-minimum-legal.pdf>).

⁵⁴² F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47 : « *la seconde conception, quant à elle, s'adosse à une conception « herméneutique », inspirée de l'idée qu'il n'est d'autonomie que relative entre les normes juridiques et que les dispositions subsidiaires ouvrent sur des normes applicables dès le moment où un espace apparaît vacant. Ce qui fait qu'elles sont susceptibles de ressurgir dans l'hypothèse où les dispositions, censées bénéficier d'une primauté, s'avèrent insuffisantes, y compris au regard des exigences substantielles qu'elles devraient comporter. L'indépendance cède alors la place à l'interaction* ».

par objet obligatoires, et la « *supplétivité* » où ces dispositions sont par objet facultatives⁵⁴³. Cette situation du supplétif par objet obligatoire ne semble pas être la plus satisfaisante, elle risque de dévaloriser les accords conclus et de contraindre les parties à réfuter expressément les dispositions supplétives qu'elles ne veulent pas appliquer⁵⁴⁴.

113. Exemple - commissions. Un exemple permet de saisir la difficulté : les commissions peuvent être librement négociées par les partenaires sociaux ; certaines d'entre elles sont toutefois prévues au sein des dispositions supplétives⁵⁴⁵. Elles sont au nombre de quatre⁵⁴⁶. Que se passe-t-il si une seule commission est prévue, les commissions supplétives disparaissent-elles de ce seul fait ?⁵⁴⁷ Si le supplétif est par objet obligatoire, à défaut de mention expresse de non mise en place, les commissions supplétives devraient être créées. À l'inverse, si le supplétif est par objet facultatif, l'accord traitant de la « matière » des commissions, l'ensemble des commissions supplétives disparaissent au profit des éléments prévus par l'accord. De nouveau, les dispositions supplétives deviennent intégralement facultatives sur la même matière⁵⁴⁸. La position qui semble devoir être retenue est celle du

⁵⁴³ F. CANUT, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, Dr. soc. 2010, p. 379 ; F. CANUT, Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif, Dr. ouvr. 2017, p. 342.

⁵⁴⁴ V. *contra* : F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47.

⁵⁴⁵ C. trav., art. L. 2315-45 et s.

⁵⁴⁶ Il s'agit de : la commission économique (C. trav., art. L. 2315-45 et s.), la commission de la formation (C. trav., art. L. 2315-49), la commission d'information et d'aide au logement (C. trav., art. L. 2315-50 et s.), la commission de l'égalité professionnelle (C. trav., art. L. 2315-56).

⁵⁴⁷ L'articulation légale des normes applicables aux commissions du CSE témoigne des difficultés d'appréhension du triptyque : « *c'est ensuite au titre des « dispositions supplétives » que les articles L. 2315-46 et suivants du Code du travail imposent la mise en place de diverses commissions. Leur constitution n'est donc obligatoire qu'en l'absence de l'accord précité. Mais il n'est pas évident de déterminer le champ ouvert à celui-ci. Peut-il simplement régler le fonctionnement et la composition de ces commissions ? Lui est-il possible de n'en instituer que certaines ?* » (G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit du travail, Dalloz, 32^{ème} éd. 2019, p. 1464) ; Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408.

⁵⁴⁸ Par exemple, l'article L. 2315-53 du code du travail, inséré au sein des dispositions supplétives sur la commission logement prévoit : « *la commission d'information et d'aide au logement peut s'adjoindre, avec l'accord de l'employeur, à titre consultatif, un ou plusieurs conseillers délégués par des organisations professionnelles, juridiques ou techniques* » Quid si l'accord ne mentionne rien s'agissant de ces conseillers ? Il convient de considérer que cette disposition supplétive disparaît et qu'elle ne peut être revendiquée ensuite par l'une des parties à défaut de mention expresse dans l'accord. La commission pourra, au demeurant, parfaitement fonctionner : il n'y a donc pas difficulté pratique. Cela nécessite d'avoir bien appréhendé l'ensemble des dispositions supplétives et d'inclure ou d'exclure le plus précisément possible les dispositions applicables pour éviter tout risque de contentieux ensuite...

supplétif par objet facultatif⁵⁴⁹. C'est d'ailleurs ainsi qu'est analysée la situation s'agissant des commissions : « les termes « en l'absence d'accord... » pour que les dispositions supplétives puissent être invoquées et que les commissions soient mises en place, signifient « en l'absence totale d'accord ». En effet, si l'accord met seulement en place certaines commissions, il ne peut en être déduit l'application des dispositions supplétives pour la ou les commissions dont le texte ne parle pas. Ces dispositions ne constituent pas un minimum. Par exemple, si un accord met en place, dans une entreprise d'au moins 300 salariés, une commission égalité professionnelle et une commission formation, les dispositions supplétives sur la commission logement ne peuvent être invoquées et la commission n'est pas mise en place »⁵⁵⁰.

114. Appréciation des juges. Les juges devront articuler le rapport entre dispositions supplétives et négociation collective ; les parties seront contraintes de régir le plus précisément possible les matières qu'elles entendent négocier pour se prémunir du risque contentieux⁵⁵¹. La réponse à ces interrogations est capitale puisque la négociation se doit d'être bornée et structurée. Les conséquences d'un accord partiel sur un thème donné ne sont pour le moment pas clairement définies⁵⁵². Selon l'approche retenue, l'analyse préalable de l'intérêt à négocier et la rédaction des accords risquent pourtant d'être impactées. L'approche des dispositions supplétives par objet facultatives semble néanmoins être le concept le plus approprié à l'autonomie conventionnelle des acteurs. Elle permet de confier aux partenaires sociaux une plus grande autonomie dans les règles applicables et d'éviter les effets néfastes du supplétif par objet obligatoire qui impose de traiter (pour modifier ou exclure) chaque point des thèmes supplétifs négociés.

⁵⁴⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 823 ; N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 122-123.

⁵⁵⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 651.

⁵⁵¹ J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313 spéc. n° 53.

⁵⁵² F. CANUT, F. GEA, Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47.

115. Conclusion. Les différents éléments qui composent le triptyque interrogent sur leurs conséquences s'agissant du champ de la négociation de l'accord institutionnel. Les interférences qu'ils causent conduisent aujourd'hui les praticiens à constater de nombreuses ombres sur les opportunités offertes par la négociation. L'ordre public est multiple et parfois rédigé en des termes trop généraux. Le champ de la négociation collective demeure administré par le législateur et surprend par certaines dispositions impératives en son sein. Les dispositions supplétives soulèvent des difficultés quant à elles sur l'étendue de leur applicabilité en présence d'un accord institutionnel. Cette étude permet de préciser les contours du négociable qui ne se limite pas à la lecture du champ de la négociation. Elle soulève également certaines interrogations associées à des propositions de réponse pour appréhender les difficultés soulevées par cette articulation. Le champ du négociable étant localisé, il convient désormais d'appréhender l'outil de la négociation porteur d'intérêts mais également de dangers.

Section 2. La négociation, un outil à appréhender

116. Maitriser l'outil, ses avantages et ses inconvénients. Une dernière étape est nécessaire pour conclure l'analyse de l'intérêt à négocier : elle concerne l'outil de négociation. Outre la connaissance essentielle des dispositions législatives et réglementaires, ainsi que leur articulation et les voies ouvertes par la négociation, les parties doivent « *maitriser* »⁵⁵³ l'outil entre leurs mains. Il peut paraître puissant, capable d'adapter la norme applicable au sein de l'entreprise⁵⁵⁴. S'il dispose, il est vrai, de nombreux avantages (§1.), l'outil demeure à risque en cas de mauvaise utilisation, pouvant conduire à désorganiser et à déstructurer la représentation du personnel (§2.).

⁵⁵³ S. BEAL, C. TERRENOIRE, La mise en œuvre de la négociation obligatoire dans l'entreprise après la loi Travail, JCP E 2016, 1579.

⁵⁵⁴ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2 : « *il n'est pas exagéré de dire que, grâce au principe de primauté de l'accord d'entreprise, les entreprises ont désormais la possibilité de construire leur droit du travail « maison ». [...] la négociation d'entreprise est un immense espace de liberté* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631.

§1. Les intérêts de l'outil de négociation

117. Intérêts de la norme conventionnelle. La négociation peut être un outil bénéfique pour les partenaires sociaux permettant de réaliser des « *accords intelligents* »⁵⁵⁵. Côté employeur, la volonté est de disposer d'un levier pour adapter la norme sociale au sein de son entreprise⁵⁵⁶ ; côté salarié, la négociation peut permettre des améliorations, notamment par le jeu des contreparties⁵⁵⁷. Les pouvoirs publics désireux de développer la négociation, ont particulièrement mis en avant l'outil⁵⁵⁸. Le discours est angéliste et la négociation paraît permettre une maîtrise interne des règles⁵⁵⁹. Il est vrai que la négociation dispose d'atouts importants incitant les partenaires sociaux à se saisir de cette faculté afin de régir leurs normes internes⁵⁶⁰. C'est ainsi que « *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*

⁵⁵⁵ Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 6.

⁵⁵⁶ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570.

⁵⁵⁷ V. néanmoins : J.-C. SCIBERRAS, Un mystère français : la résistance des syndicats au renforcement de leur pouvoir de négocier dans l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 65.

⁵⁵⁸ Y. STRUILLOU, « Une dynamique est à l'œuvre », Semaine Sociale Lamy nov. 2018, n° 1835, p. 3 ; J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *la motivation profonde de la loi était qu'elle fixait un cadre minimal et que les chefs d'entreprise étaient en charge de l'adapter aux besoins spécifiques de chaque entreprise* ».

⁵⁵⁹ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « *le gouvernement enjoint de « croire » au dialogue social... en entreprise. L'affirmation n'est pas nouvelle mais le processus consistant à conférer à l'accord d'entreprise le pouvoir de s'ériger en source principale du droit applicable à l'entreprise est pratiquement achevé* ».

⁵⁶⁰ V. par exemple, N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH 2018, p. 2 : « *la négociation collective présente une première vertu essentielle : vos salariés, vos syndicats, les pouvoirs publics, le juge... tous font en principe davantage confiance à une norme issue d'une négociation plutôt qu'à une décision unilatérale. Car tous ont conscience que vous avez tenu compte (en principe !) des perceptions, intérêts et revendications de chaque partie en présence. La négociation est le fruit d'un compromis et traduit une reconnaissance entre vous et vos organisations syndicales* » ; J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *si l'entreprise n'adapte pas la loi à son cas particulier, elle aura perdu l'opportunité de mieux fonctionner* ».

traitement inadéquat ou insuffisant »⁵⁶¹. La négociation est donc pleine d'intérêts. Elle permet principalement d'adapter la norme conventionnelle aux réalités de l'entreprise (I.) et d'aboutir à la signature d'un accord partagé par tous, réceptacle d'une acceptation collective du fonctionnement de la représentation du personnel (II.).

I. Une adaptation aux réalités opérationnelles de l'entreprise

118. Signification des réalités de l'entreprise. « *Il est aussi question d'adapter chaque CSE aux besoins, à la dimension et au profil économique des entreprises* »⁵⁶². La doctrine est convaincue : la négociation permettrait d'adapter la représentation du personnel aux besoins de l'entreprise et à ses réalités pratiques⁵⁶³. Cet intérêt rencontre la définition de la « *conventionnalisation* » du Professeur Antonmattei : « *la conventionnalisation est une acceptation de la différence normative fondée sur la nécessité d'une règle adaptée à des situations économiques et sociales de plus en plus diverses* »⁵⁶⁴. Les pouvoirs publics

⁵⁶¹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

⁵⁶² F. PETIT, Introduction au dossier « Négociation et CSE », Dr. soc. 2019, p. 372 ; V. également S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « *pour conclure, la négociation sur l'information-consultation du CSE est susceptible d'engendrer une profusion de configurations de l'instance représentative en fonction du contexte particulier de chaque entreprise. Il en résulte l'émergence d'un droit composite de la représentation élue du personnel. Ce sur-mesure est de nature à améliorer le dialogue social. Encore faut-il que les adaptations opérées soient effectivement dictées par les réalités propres à chaque entreprise et qu'elles ne se restreignent pas à retranscrire un modèle-type* » ; C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4.

⁵⁶³ J.-L. SCÉMAMA, Le CSE, mode d'emploi, Gualino, 2019, p. 113 : « *la loi étant faite pour toutes les entreprises, elle va difficilement correspondre aux besoins de chaque CSE* » ; Y. GUENZOU, Le vide conventionnel, Petites affiches janv. 2016, n° 16, p. 6 : « *la démocratie sociale qui assoit la promotion de l'acte conventionnel se justifie par une proximité des acteurs sociaux avec les réalités de l'entreprise, réalités qu'un législateur ne saurait pleinement connaître* » ; F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 ; V. également, J. BARTHELEMY, La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise, JCP E 1987, 16837 : « *la technique de dérogation permet de même d'écarter licitement des contraintes réglementaires ou conventionnelles au profit de normes contractuelles adaptées à la taille, à la structure, à l'activité de l'entreprise* » ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

⁵⁶⁴ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39.

défendent également ces intérêts⁵⁶⁵. Cette analyse est cependant limitée à une généralité sans que ne soient réellement approfondis ces leviers permettant de s'adapter aux réalités opérationnelles de l'entreprise⁵⁶⁶. S'agit-il simplement d'un poncif, usé et répété car bien accepté par la pratique⁵⁶⁷, ou est-ce une réalité permettant aux entreprises d'adapter leur pratique conventionnelle ?⁵⁶⁸

119. Une structure de l'entreprise reflet de la structure de l'instance. L'approche de la représentation du personnel est différente au sein de chaque entreprise puisque les personnes, les exigences et les missions diffèrent⁵⁶⁹. Tout d'abord la structure de l'entreprise influe sur le fonctionnement et les attributions de l'instance⁵⁷⁰. Le CSE d'une entreprise de 51 salariés n'est pas le même que celui d'une entreprise de 900 salariés⁵⁷¹. Pourtant, les

⁵⁶⁵ Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 7.

⁵⁶⁶ V. pour des développements sur l'intérêt de l'entreprise : E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 30 et s.

⁵⁶⁷ C. LECOEUR, La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail, thèse dactyl., Aix-Marseille, 2013, p. 1 : « *« Intérêt de l'entreprise » : l'expression appartient à ces notions qui nous paraissent à la fois incontournables et paradoxalement insaisissables. La notion d'intérêt de l'entreprise rassure autant qu'elle ne dérange* ».

⁵⁶⁸ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « *on a adopté une vision utilitariste du dialogue social. Le dialogue social en entreprise est utile il sert mécaniquement l'intérêt de l'entreprise et toutes les autres caractéristiques positives comme l'efficacité, l'effectivité, l'équité, la loyauté, la bonne foi, dès lors que les conditions qui président à la conclusion d'un accord sont remplies* ».

⁵⁶⁹ C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4 : « *à ce titre, les négociations qui interviennent depuis maintenant plus d'un an, en vue de l'élaboration des accords de fonctionnement des CSE, mettent en évidence le fait que les outils varient nécessairement en fonction de toute une série de paramètres : taille des entreprises, structure donnée à l'organisation des instances représentatives du personnel, sans oublier les traditions existant en matière de relations sociales* » ; Les premiers accords démontrent d'ailleurs ces différences liées à l'importance économique et sociale de l'entreprise : « *s'il n'y a pas de différence notable selon les secteurs d'activité, il faut constater que l'importance économique et sociale de l'entreprise influence la densité du tissu conventionnel : les thèmes traités y sont plus nombreux, les clauses conventionnelles juridiquement plus consistantes* » (Étudiants du Master 2 DPRT de Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49).

⁵⁷⁰ Cette approche était déjà relevée au siècle dernier, V. J. BARTHELEMY, La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise, JCP E 1987, 16837 : « *un accord d'entreprise peut être l'outil qui permet d'écarter une clause gênante eu égard à l'activité de l'entreprise, à son organisation de travail spécifique ou encore à la structure de ses effectifs* ».

⁵⁷¹ V. sur l'impact concernant les moyens : « *quoi qu'il en soit, il apparaît, sans surprise, que le renforcement des moyens est corrélé à la taille de l'entreprise* » (I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 421).

dispositions applicables sont globalement identiques⁵⁷². Les sujets sont distincts entre deux sociétés de dimension différente⁵⁷³, les strates conduisent par ailleurs à une diversité d'interlocuteurs. La qualité du président de l'instance joue un rôle important⁵⁷⁴. S'il s'agit d'un directeur opérationnel, les questions et sujets seront plus techniques ; l'aspect politique sociale sera en revanche moins abouti⁵⁷⁵. À l'inverse, lorsqu'un représentant des ressources humaines dirige le CSE, les compétences techniques et opérationnelles sont généralement plus faibles, ce qui conduit l'instance à s'orienter vers une voie différente⁵⁷⁶. Cette répartition est propre à chaque entreprise et marque une première spécificité⁵⁷⁷.

120. Nature de l'activité principale de l'entreprise. La nature des activités, au sein même d'une entreprise, peut également entraîner une diversité de mise en pratique⁵⁷⁸. Le traitement d'un CSE sur chantier sera différent de la gestion d'un CSE de siège. Tout d'abord sur les sujets traités, où, par exemple, s'agissant des populations de chantiers, les questions de santé, sécurité et conditions de travail seront davantage traitées tout comme les questions

⁵⁷² Quelques contraintes supplémentaires apparaissent néanmoins au seuil des 300 salariés : informations supplémentaires (C. trav., art. L. 2312-28), réunions mensuelles (C. trav., art. L. 2315-28), commissions supplétives (C. trav., art. L. 2315-49 et s.), mise en place obligatoire d'une CSSCT (C. trav., art. L. 2315-36)... ; V. notamment : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633.

⁵⁷³ Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18.

⁵⁷⁴ C. trav., art. L. 2315-23.

⁵⁷⁵ « Lorsqu'un projet de rénovation de l'atelier de maintenance a été prévu, les représentants du personnel ont signalé leurs difficultés à comprendre les plans transmis par l'employeur. Celui-ci a convié le responsable de l'atelier en charge du projet pour apporter des explications qui ont permis aux représentants de réagir sur les évolutions à venir sur le travail des salariés » (Témoignage *in* Le CSE en pratique, ANACT, 2019, p. 28,

https://www.anact.fr/sites/anact/files/partie_1_complete_guide_cse.pdf).

⁵⁷⁶ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 167 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 311.

⁵⁷⁷ V. LE BOULANGER, « le CSE incarnera la quintessence du dialogue social », Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 7 : « nous avons mis en place un plan d'action-formation en trois temps. Avant l'été, après la signature de l'accord, nous avons expliqué le futur CSE à la fois vis-à-vis de la filière RH, des comités de direction et du management, des préventeurs et de la filière santé au travail. Nous envisageons ensuite un temps plus opérationnel : il s'agit de préparer les futurs présidents d'instance pour qu'ils maîtrisent le CSE sous l'angle technique, stratégique et politique ».

⁵⁷⁸ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2 : « adapter le CSE à l'organisation et à l'activité de l'entreprise » ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

opérationnelles techniques⁵⁷⁹. Les revendications porteront plutôt sur les primes et sujétions particulières ainsi que sur le temps de travail. À l'inverse, dans une population de siège, les questions porteront plutôt sur la stratégie générale et sur quelques mesures sociales (égalité femmes/hommes, QVT...)⁵⁸⁰.

121. Leviers de négociation selon l'entreprise. Divers leviers sont accessibles pour adapter la structure de l'instance à l'entreprise⁵⁸¹. Le levier de la négociation sur les attributions peut être actionné⁵⁸² : les consultations peuvent être adaptées au niveau de leur périodicité, des points abordés et des informations données⁵⁸³. Une société qui évolue rapidement pourrait prévoir de rédiger des orientations stratégiques annuellement ; à l'inverse, pour des sociétés plus stables compte-tenu notamment de leur secteur d'activité, les orientations stratégiques pourraient être présentées tous les deux ou trois ans⁵⁸⁴. Le même

⁵⁷⁹ « Depuis qu'il connaît mieux le cadre lié au CSE, ce chef d'entreprise du secteur de la construction aborde régulièrement les questions de conditions de travail au sein de l'instance ; il indique que ce travail réalisé avec l'instance a un impact sur la prévention « on en parle ensemble, je suis alerté sur des points que je n'aurais pas identifiés a priori ; avec les élus, ça n'est pas de la co-gestion, je reste le patron mais on progresse mieux ensemble » (Témoignage in Le CSE en pratique, ANACT, 2019, p. 17, https://www.anact.fr/sites/anact/files/partie_1_complete_guide_cse.pdf).

⁵⁸⁰ « La direction de cette entreprise de conseil étant confrontée à une accélération des départs de salariés et des tensions récurrentes au sein des équipes a souhaité engager un travail sur la qualité de vie au travail avec la possibilité d'aboutir à un accord d'entreprise. Les travaux ont débuté par une sensibilisation commune, direction et représentants des salariés, sur la notion de qualité de vie au travail » (Témoignage in Le CSE en pratique, ANACT, 2019, p. 32, https://www.anact.fr/sites/anact/files/partie_1_complete_guide_cse.pdf).

⁵⁸¹ P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

⁵⁸² G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise : Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « la pratique pourrait cependant montrer que certaines de ces règles [supplétives] ne présentent pas d'intérêt dans l'entreprise et que le processus de consultation du comité social et économique doit être modernisé » ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « ce changement de paradigme repose sur une démarche pragmatique. Il s'agit de renforcer l'autonomie des entreprises en leur permettant d'aménager l'exercice des attributions consultatives du CSE en considération de leur situation propre ».

⁵⁸³ C. trav., art. L. 2312-19 pour les consultations récurrentes ; C. trav., art. L. 2312-55 pour les consultations ponctuelles.

⁵⁸⁴ V. par exemple : « l'accord conclu par le groupe Airbus le 12 octobre 2018 stipule que la consultation sur les orientations stratégiques interviendra tous les 3 ans, au cours du premier trimestre, mais impose une information annuelle du comité de groupe sur lesdites orientations ainsi qu'une information annuelle des comités sociaux et économiques centraux, d'entreprise et d'établissement sur les conséquences de ces orientations pour chacune des entités composant le groupe » (G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000) ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 421.

raisonnement vaut pour la BDES : celle-ci peut être adaptée au niveau de son contenu en préservant les seules informations utiles aux élus⁵⁸⁵. Elle sera adaptée aux réalités de l'entreprise⁵⁸⁶. S'agissant de la mise en place des commissions : les besoins et réalités de l'entreprise guideront les parties dans la détermination des commissions mises en place⁵⁸⁷. À ce titre, les entreprises du BTP conseillent généralement la mise en place d'une CSSCT au sein de chaque CSE, conscientes des risques plus importants sur la santé et la sécurité du personnel de chantier⁵⁸⁸.

122. Créer un « accord structurant ». Sylvain Niel a évoqué une vingtaine de mesures nécessaires à l'adaptation du CSE aux besoins de l'entreprise. Celles-ci s'exprimeraient au sein d'un « *accord structurant* » : « *dans le cadre d'une évolution négociée de la représentation du personnel, l'ordonnance du 22 septembre invite les partenaires sociaux à s'accorder sur le fonctionnement du comité social et économique, afin d'en faire une instance influente et efficace. Cet accord conclu dans les conditions de droit commun peut prévoir au moins vingt mesures de nature à parfaitement adapter le CSE à l'organisation et à l'activité de l'entreprise. Il faut arriver à classer les vingt thèmes de négociation selon une certaine chronologie et en fonction de leur pertinence, mais aussi de leur importance. On dit dès lors qu'il s'agit d'un « accord structurant »* »⁵⁸⁹. Parmi ces mesures, qui reprennent le champ de la négociation, peut être citée l'adaptation du nombre de réunions annuelles⁵⁹⁰. Si les partenaires sociaux d'une grande entreprise ont négocié la mise en place d'un établissement unique et que cette même entreprise est, dans les faits, dispersée dans une multitude de localisations, il se peut qu'il soit plus simple de réunir le comité qu'une fois tous les deux mois, au cours d'une réunion chargée, plutôt que de faire déplacer les élus, de

⁵⁸⁵ C. trav., art. L. 2312-21.

⁵⁸⁶ Les contreparties permettront d'aboutir potentiellement à ces adaptations : « *en contrepartie de certaines concessions sur la mise en place et les moyens, ces entreprises peuvent vraiment adapter le fonctionnement du CSE à leurs besoins et réalités* » (F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225).

⁵⁸⁷ C. trav., art. L. 2315-45.

⁵⁸⁸ Ce conseil est également donné par l'OPPBTBTP (l'Organisme Professionnel de Prévention du Bâtiment et des Travaux Publics) sur son site internet : « *l'OPPBTBTP recommande la mise en place de ces commissions également dans les établissements de moins de 300 salariés* » (<https://www.preventionbtp.fr/ressources/questions/le-cse-comite-social-et-economique-remplace-t-il-le-chsct-comite-d-hygiene-de-securite-des-conditions-de-travail-et-comment-fonctionne-t-il>).

⁵⁸⁹ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

⁵⁹⁰ C. trav., art. L. 2312-19.

toute la France, chaque mois⁵⁹¹. L'exemple de la détermination des établissements distincts est également cité⁵⁹². La libre détermination permet aux partenaires sociaux d'implanter et de regrouper la représentation du personnel par activité, par division ou encore par géographie afin de permettre au CSE d'acquiescer une véritable efficacité car constitué autour des centres de décisions et des prises de position communes⁵⁹³. Ces mesures permettront « *d'adapter graduellement la délégation du personnel au business de l'entreprise* »⁵⁹⁴. Enfin, ces évolutions « *permettent aussi à chaque système d'ouvrir les négociations qui s'imposent pour dessiner les contours d'une représentation qui lui ressemble et qui répondent aux besoins collectifs* »⁵⁹⁵. Effectivement, au-delà de l'adaptation à l'activité de l'entreprise, certaines réalités ou pratiques de la représentation du personnel peuvent être formalisées ou être instaurées grâce à l'accord institutionnel⁵⁹⁶. Par exemple, si les heures de délégation semblent poser problème au sein de l'entreprise, les accords peuvent instaurer la mise en place de bons de délégation en échange, éventuellement, d'une contrepartie⁵⁹⁷. Cette adaptation aux réalités de l'entreprise va au-delà des préoccupations économiques de la société ; elle permet également de correspondre aux besoins de la représentation du personnel⁵⁹⁸.

123. L'efficacité comme guide de rédaction. La logique d'efficacité doit guider la mise en place et la négociation des accords institutionnels : « *le risque majeur serait en effet de*

⁵⁹¹ V. sur les termes des accords portant sur le nombre de réunions : L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045, spéc. n° 37.

⁵⁹² C. trav., art. L. 2313-2.

⁵⁹³ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 32 ; J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224.

⁵⁹⁴ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

⁵⁹⁵ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18.

⁵⁹⁶ Cette possibilité permet de contrer l'impossibilité législative de régir l'ensemble des situations : « *ce que la loi ne peut régir faute d'aptitude à connaître de la diversité extrême, les entreprises par contrat avec leurs salariés pourraient s'y livrer ensemble utilement. La voie de la négociation, fixée au niveau de l'entreprise, bénéficie pleinement ici de la présomption d'efficacité et d'effectivité* » (E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41).

⁵⁹⁷ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 : « *pour faciliter leur gestion et garantir le bon fonctionnement du service et de l'entreprise, les accords instituent parfois des bons de gestion des heures de délégation* ».

⁵⁹⁸ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18 : « *c'est une formidable occasion pour les partenaires sociaux de faire un bilan des pratiques de l'entreprise, afin de négocier la mise en place de d'une institution représentative du personnel qui corresponde aux besoins de l'entreprise* ».

voir le fonctionnement du CSE, gêné par une organisation de travail qui n'aura pas été, ou mal, anticipée, conduisant sans doute alors l'instance plénière du CSE à devenir le réceptacle de tous les sujets, au détriment de la qualité d'un travail attentif et de l'efficacité de l'instance. Les suggestions ci-après visent à nourrir la réflexion des négociateurs d'un accord de fonctionnement du CSE, dans la recherche d'une organisation des prérogatives du CSE adaptée à leur entreprise »⁵⁹⁹. Les parties doivent utiliser cet argument comme un réel intérêt à user de la négociation⁶⁰⁰. L'approche efficiente doit revenir au cœur des préoccupations et des sujets mis sur la table lors des échanges entre partenaires sociaux⁶⁰¹. C'est, semble-t-il, cette voie qui a été empruntée par de nombreuses entreprises : « *il est aussi, à l'opposé, nombre d'accords qui témoignent d'un réel effort d'adaptation de l'instance organisée aux spécificités de l'entreprise, jusqu'à aller parfois aux confins des terres abandonnées à l'autonomie de la volonté* »⁶⁰². La notion d'adaptation aux réalités de l'entreprise semble donc bel et bien justifiée, elle permet d'encourager la conclusion d'un accord institutionnel, témoin d'une acceptation collective du fonctionnement de la représentation du personnel.

II. L'acceptation collective du fonctionnement de la représentation du personnel

124. Approbation collective. Le processus de négociation résulte de discussions portées par toutes les parties prenantes ; la signature d'un accord marque l'acceptation collective de

⁵⁹⁹ C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4.

⁶⁰⁰ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « *le mouvement instauré par ces ordonnances relatives à la valorisation du dialogue social au sein de l'entreprise est principalement destiné à augmenter l'efficacité, l'effectivité des actions en vue de participer à la compétition économique* ».

⁶⁰¹ « L'accord sur le dialogue social a été négocié pour plus « de proximité, d'agilité et d'efficience » selon le RRS de Renault » in LSQ - L'actualité 26 juill. 2018, n° 17620, p. 2.

⁶⁰² L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045. Cet article est par ailleurs intéressant puisqu'il met en avant les adaptations déjà réalisées par les accords pour s'adapter aux réalités de l'entreprise et de la représentation du personnel. Par exemple : la société Arc Fused Alumina a attribué un plus grand nombre d'heures de délégation « *en raison du fort investissement que représente la gestion des œuvres sociales* ».

règles déterminées pour la durée dudit accord⁶⁰³. Les parties s'accordent sur la réglementation à suivre ; les risques de contentieux et de revendications diminuent fortement⁶⁰⁴.

125. Éteindre les revendications et le contentieux. Il apparaît difficile pour les organisations syndicales signataires – ou pour les élus signataires – de revendiquer, tout au long de l'exécution de l'accord, des éléments qui iraient à l'encontre de ce qu'ils ont accepté et signé⁶⁰⁵. Si des concessions ont eu lieu, la contrepartie obtenue de la part de l'employeur doit éteindre la revendication en l'absence de processus de renégociation⁶⁰⁶. Cette approche permet la mise en place d'un dialogue social constructif et adapté tout au long de la représentation du personnel⁶⁰⁷. Seule la renégociation doit ouvrir la voie à de nouvelles discussions. Outre l'avantage en termes de dialogue social, parvenir à un accord permet de prévenir le risque de contentieux⁶⁰⁸. En rédigeant et régissant le droit applicable à l'instance,

⁶⁰³ L. MERLIN, Le droit du travail peut-il échapper à la complexité ?, Cah. DRH févr. 2002, p. 2 : « en toute logique, l'accord collectif constitue, au sein de l'entreprise, un guide de référence sur lequel chacun doit pouvoir s'appuyer et trouver les réponses aux questions qu'il se pose. Il serait certainement nécessaire de consacrer à la rédaction de ces textes toute l'attention et toute la patience requise pour qu'ils soient à la fois simples et complets » ; N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 : « la négociation est le fruit d'un compromis et traduit une reconnaissance entre [l'employeur] et [les] organisations syndicales ».

⁶⁰⁴ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39 : « réussir le pari de la négociation collective c'est aussi mieux valoriser les accords conclus dans l'entreprise par une communication sociale partagée ».

⁶⁰⁵ J. BARTHELEMY, La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise, JCP E 1987, 16837 : « on aura sans doute noté qu'en outre l'accord collectif a l'immense mérite, étant en fait une transaction qui concilie aspirations sociales et contraintes économiques, d'éviter le conflit ».

⁶⁰⁶ V. sur les liens entre négociation et revendication : I. MEFTAH, La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication, Dr. ouvr. 2020, p. 640.

⁶⁰⁷ J. BARTHELEMY, G. CETTE, L'accord d'entreprise pris en sandwich entre la branche et le contrat de travail (Deuxième partie), Cah. DRH janv. 2019, n° 260, p. 34.

⁶⁰⁸ V. s'agissant de la « déjudiciarisation » résultant de la conclusion d'un accord collectif : F. DUQUESNE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033 ; V. également par exemple s'agissant des informations confiées lors des consultations de l'instance : « face à ces incertitudes, la conclusion en amont d'un ou plusieurs accords collectifs relatifs au contenu des informations à délivrer et au calendrier à suivre constitue à notre avis le seul moyen de sécuriser les parties dans la défense de leurs intérêts respectifs » (D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Le délai préfix de consultation du CE : sécurité ou insécurité ?, Cah. Lamy du CE févr. 2018, n° 178, p. 19).

les parties sécurisent leurs relations⁶⁰⁹ et envisagent sereinement la vie de l'instance⁶¹⁰. Le risque de contestation est amoindri : les parties contesteraient sinon les stipulations qu'elles ont signées⁶¹¹.

126. Exigence d'une rédaction claire. Une exigence est toutefois requise : les clauses conventionnelles doivent être rédigées de manière claire et précise⁶¹². En cas de doutes rédactionnels, les juges vont rechercher l'intention des parties⁶¹³ ; même si celle-ci peut s'avérer délicate à appréhender : *« l'adaptation de ces règles aux conventions collectives est particulièrement délicate dans la mesure où plus encore que le contrat individuel, le texte conventionnel est ici le produit non seulement d'un certain rapport des forces au sein du champ de la négociation, mais aussi le résultat d'un travail long de compromis. La recherche de la commune intention des parties a dès lors quelque chose de "divinatoire", surtout lorsque le caractère imprécis des dispositions conventionnelles résulte d'un choix des négociateurs »*⁶¹⁴. En réalité, rares seront les cas de contestations, par les parties, de leur propre écrit⁶¹⁵. Cette sécurisation fait écho à un autre avantage de l'acceptation collective des règles : l'existence d'un recueil approuvé prévoyant les règles applicables à la représentation du personnel.

⁶⁰⁹ F. SEBE, Essai sur l'effectivité du droit de la représentation du personnel, Th. dactyl., Paris 2, 2013, p. 307 ; N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 : *« accord collectif rime ainsi de plus en plus avec sécurité juridique »*.

⁶¹⁰ V. par exemple s'agissant des délais dont dispose l'instance pour rendre un avis : *« dès lors que le décret fixe des délais applicables en l'absence d'accord, quel intérêt les parties peuvent-elles trouver à la négociation ? La conclusion d'un accord avec le comité présente un intérêt significatif pour l'employeur quant à la sécurisation de la procédure d'information/consultation »* (P. LAGESSE, V. ARMILLEI, À propos des délais de consultation du CSE (2e partie), Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1792, p. 6).

⁶¹¹ V. en ce sens P.-H. ANTONMATTEI, Les conventions et accords collectifs de travail, Dalloz, 1996, p. 2 : *« outre qu'ils favorisent la paix sociale, les conventions et accords collectifs de travail contribuent à responsabiliser les partenaires sociaux autorisés à déterminer très largement les règles applicables aux relations de travail »*.

⁶¹² J.-C. DEBANDE, Piloter les relations sociales en entreprise, Vuibert, 2016, p. 185 : *« il faut pourtant aborder [...] l'étape rédactionnelle avec le plus grand soin : de la qualité apportée au texte dans sa formulation finale dépendra en effet sa compréhension claire et univoque par tous »*.

⁶¹³ C. civ., art. 1188 : *« le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »*.

⁶¹⁴ G. VACHET, L'interprétation des conventions collectives, JCP E 1992, n° 45, p. 186.

⁶¹⁵ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. XII : *« dès lors qu'il y a accord, l'expérience démontre que le « risque contentieux » est faible »*.

127. Une utilité pratique : un recueil des règles applicables. Disposer d'un accord structuré et composé selon la volonté des parties offre de nombreux avantages. En effet, les principales difficultés devraient être réglées par la consultation de l'accord⁶¹⁶. La négociation aboutissant à un accord permet de confectionner un document complet et accessible, relu, revu et approuvé par chaque acteur, qui contient tout ou partie⁶¹⁷ des règles applicables à la représentation du personnel au sein de l'entreprise⁶¹⁸. Un tel document fait office de « Bible de la représentation du personnel »⁶¹⁹ s'il reprend les dispositions négociées et celles relevant de l'ordre public⁶²⁰. La très grande majorité des règles, situations et conflits éventuels peuvent trouver une réponse au sein du document⁶²¹. La signature marque d'un sceau l'engagement des partenaires sociaux à respecter les dispositions négociées. Un double avantage en résulte : les règles qui seront appliquées lors de la mandature sont connues et reconnues collectivement et le contentieux devrait demeurer inexistant.

128. Limites – les non-signataires et la succession des cycles électoraux. Cette acceptation collective peut toutefois connaître une limite : la contestation des syndicats – ou élus – non-signataires de l'accord⁶²². L'accord institutionnel n'est pas obligatoirement signé

⁶¹⁶ V. sur « l'objectif d'améliorer la prévisibilité de la règle » par accord collectif : F. DUQUESNE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033.

⁶¹⁷ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

⁶¹⁸ V. sur le même intérêt en l'absence de réelle négociation : I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 421 : « souvent, les clauses relatives aux moyens du CSE se contentent de rappeler les moyens prévus par la loi. L'accord n'est alors qu'un support pédagogique destiné à s'approprier le régime législatif du CSE ».

⁶¹⁹ En réalité, une telle organisation permet « aux représentants du personnel de disposer d'une organisation lisible, offrant une capacité de traitement fluide des différents sujets relevant de leurs prérogatives » (C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4).

⁶²⁰ J. BARTHELEMY, Maîtriser les risques juridiques par la négociation collective, Cah. DRH sept. 2006, n° 124, p. 12 : « ceux qui ont la pratique de la négociation collective savent l'intérêt pédagogique du texte d'une convention collective. Le juriste peut être surpris du rappel des dispositions légales dans une convention collective, de surcroît sous une présentation différente, quelquefois délayée, ce qui peut être facteur d'insécurité juridique. Les acteurs sociaux tiennent pourtant à de tels rappels parce que c'est dans le tissu conventionnel que l'on va chercher le plus souvent les informations nécessaires à l'identification du « statut » du travailleur ».

⁶²¹ Avec la possibilité d'aller au-delà du cadre légal : « l'intérêt d'une telle négociation peut aussi être de contribuer à une relative pacification des relations sociales en comblant les lacunes de la loi » (J.-C. DEBANDE, Piloter les relations sociales en entreprise, Vuibert, 2016, p. 153).

⁶²² V. *infra* n° 405 et s. sur la contestation de l'accord institutionnel.

unanimement ; les non-signataires peuvent être dans un rôle contestataire et remettre en cause certaines dispositions de l'accord. Par exemple, il est possible que certains accords contiennent des dispositions *contra legem* mais unanimement acceptées par les signataires⁶²³. Dans ce cas, les partenaires sociaux ne sont pas à l'abri d'une éventuelle contestation portée par les non-signataires. Le risque de contentieux demeure donc présent ; les non-signataires pourraient se considérer comme dévolus d'une mission de contestation pour contrebalancer l'accord qui a pu intervenir avec les majoritaires⁶²⁴. La difficulté peut également survenir lorsque l'accord institutionnel sera appliqué sur plusieurs cycles électoraux. Les signataires de l'accord peuvent ne plus être présents : les intérêts liés à l'interprétation et aux règles acceptées collectivement disparaissent⁶²⁵. Dans cette configuration, les risques de revendications et de contentieux sont plus importants⁶²⁶. Il conviendra, si cela est possible, de négocier et conclure un nouvel accord avec les acteurs en présence de la représentation du personnel.

129. Conclusion. L'ensemble de ces éléments témoignent de la nécessité de disposer d'un accord collectif portant sur la représentation du personnel afin de bénéficier d'un acte juridique cohérent, accepté et proche des intérêts de l'entreprises mais également des préoccupations des élus. Il s'agira de contrarier les intérêts divergents pour aboutir à un équilibre « *accepté par tous* »⁶²⁷. Cette vision est communément admise par la pratique, qui a pu déjà constater de l'intérêt de l'outil de la négociation pour parvenir à des accords co-construits et fiables pour l'instance de représentation du personnel⁶²⁸. Ces quelques éléments étaient déjà évoqués par le Professeur Bernard Teyssié qui a pu, en 2017, démontrer les intérêts de la norme négociée : « *des contrats collectifs façonnés par les partenaires sociaux, adaptés à la situation de l'entité dans le périmètre de laquelle ils sont conclus, permettant de créer, d'innover sans susciter de drames, sans emporter une kyrielle de contentieux. N'est-*

⁶²³ « *L'ivresse du contrat* » peut amener les acteurs à signer des accords contenant des « *clauses transgressives* » : « *tant que nul ne s'en émeut, le pacte déploie ses effets...* » (B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. XI).

⁶²⁴ Le délai de contestation est de 2 mois (C. trav., art. L. 2262-14).

⁶²⁵ V. *supra* n° 124.

⁶²⁶ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. XI.

⁶²⁷ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 86.

⁶²⁸ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

ce point là la voie à suivre ? Ne faut-il, dans le champ clos français, donner à semblables accords plus d'espace avec l'espoir de normes mieux adaptées aux situations qu'elles ont vocation à gouverner et, accessoirement, celui d'une raréfaction du contentieux ? Le contrat clé de la réussite économique, de la paix sociale et du repos des juges ? N'est-ce point la voie que les pouvoirs publics français ont décidé d'emprunter lorsqu'ils ont commencé à promouvoir l'accord collectif, notamment celui conclu dans le périmètre de l'entreprise ? »⁶²⁹. Pour conclure, doivent être cités les propos d'Yves Chalaron sur la négociation en entreprise : « l'on s'accorde, en général, pour reconnaître que le niveau de l'entreprise répond particulièrement bien aux fonctions de toute négociation collective : il favorise l'aspiration à l'autonomie ainsi que la responsabilisation des partenaires, il est sans doute le niveau le plus adéquat à la fonction d'apaisement des conflits ; enfin, il est, à l'évidence, le cadre le plus approprié pour l'adaptation des règles du travail à la réalité des relations qu'elles régissent, sans exclure une aptitude particulière à l'innovation et à l'expérimentation »⁶³⁰. La négociation est un levier important pour les entreprises, permettant d'adapter les pratiques et de permettre une amélioration de la qualité du dialogue social. Cela étant, la négociation présente quelques dangers⁶³¹.

§2. Déterminer les dangers de l'outil

130. Des dangers. Signer un accord, soit illégal, soit déséquilibré, met en risque l'employeur, ou le contraint, pour une durée parfois longue, notamment si l'accord est à durée déterminée⁶³². Cet outil nécessite d'être correctement appréhendé, il faut identifier les

⁶²⁹ B. TEYSSIE, De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail, JCP S 2017, 1179.

⁶³⁰ Y. CHALARON, Négociations et accords collectifs d'entreprise (sous la direction de B. TEYSSIE), Litec, 1990, p. 3.

⁶³¹ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 : « elle présente en réalité des avantages de divers ordres. En miroir, plusieurs inconvénients ou risques doivent être connus avant de s'y lancer ».

⁶³² B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 1028.

dangers d'un tel outil⁶³³. Ceux-ci peuvent se révéler à travers deux obstacles : l'absence de maîtrise juridique (I.) et celle d'équilibre juridique (II.).

I. L'absence de maîtrise juridique

131. Anticiper pour contrôler. Maîtriser juridiquement la négociation et ses enjeux est capital⁶³⁴. Des erreurs peuvent aboutir à une mauvaise application du droit ou à un déséquilibre de l'accord⁶³⁵. La complexité technique du triptyque, ainsi que des éléments de négociation⁶³⁶, ne doit pas donner des craintes inappropriées aux négociateurs : l'objectif n'est pas de brider la négociation. Cela nécessite en revanche de préparer la négociation en sollicitant, le cas échéant, une expertise interne ou externe sur le sujet⁶³⁷. À défaut, les conséquences de l'absence de maîtrise juridique peuvent être importantes.

132. La négociation irrégulière. L'absence de maîtrise peut tout d'abord résulter de l'irrégularité de la négociation. L'appréhension du triptyque s'avère délicate : la maîtrise des dispositions d'ordre public, tant explicites qu'implicites, les délimitations exactes du champ de la négociation et la portée exacte des dispositions supplétives sont des prérequis essentiels pour éviter l'irrégularité d'un accord⁶³⁸. Le travail s'effectue d'abord par la maîtrise des règles générales du droit du travail, d'articulation, mais également des préceptes juridiques tels que l'ordre public. Les conséquences peuvent être importantes : cela peut conduire l'entreprise à appliquer un accord illégal (ou du moins certaines dispositions le seraient) avec

⁶³³ « Négocier les accords d'entreprise », sous la direction de K. BOULLIER, Éditions Liaisons, 1996, p. 8 : « néanmoins, cet outil de gestion que constitue la négociation d'entreprise est un outil complexe. Il est indispensable de connaître, pour mener au mieux cette négociation, les règles de droit qui l'encadrent, les règles du jeu qui la gouvernent ».

⁶³⁴ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

⁶³⁵ J.-C. DEBANDE, Piloter les relations sociales en entreprise, Vuibert, 2016, p. 157 : « comme en tout domaine, une activité non pilotée est une activité, la plupart du temps, subie. Il en est de même pour le dialogue social ».

⁶³⁶ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « le constat : la négociation n'est pas un exercice facile ».

⁶³⁷ F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « il peut être fait appel aux compétences de spécialistes extérieurs » ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647 : « les meilleurs accords restent ceux où les parties sont les mieux formées et les mieux accompagnées ».

⁶³⁸ V. *supra* n° 90 et s.

le risque d'une annulation judiciaire⁶³⁹. L'équilibre de l'accord et le dialogue social pourraient être mis en difficulté. Les non-signataires s'empresseraient de faire constater par le juge l'inapplicabilité de certaines dispositions, ce qui serait vu, par ces syndicats non-signataires, comme une victoire. La crédibilité de l'employeur serait alors atteinte et la disposition initialement négociée et signée serait rendue inapplicable⁶⁴⁰. S'il s'agit par exemple des éléments concernant la BDES, le risque est d'être contraint de revenir sur la BDES « légale », lourde et complexe⁶⁴¹. Idem, si la périodicité est, à tort, fixée à 4 ans pour la consultation sur les orientations stratégiques par exemple, l'irrégularité va contraindre l'entreprise à repasser sur la périodicité d'un an⁶⁴². Les contraintes sont donc renforcées ; à côté, les contreparties initiales risquent d'être maintenues⁶⁴³. Il convient donc de bien saisir, dès le début, la réglementation applicable⁶⁴⁴. Cette maîtrise apporte une sérénité présente et à venir s'agissant des négociations.

133. La négociation impréparée. La préparation de la négociation est également capitale et s'effectue à travers l'analyse préalable et l'état des lieux de la situation actuelle⁶⁴⁵. Une négociation ne peut être fructueuse si elle est confuse, impersonnelle et incohérente⁶⁴⁶. Il

⁶³⁹ C. trav., art. L. 2262-14.

⁶⁴⁰ V. sur la « *maitrise insuffisante des règles* » et le constat suivant : « *combien d'accords ont été annulés par les juges en s'appuyant sur l'existence de dispositifs illicites et au constat d'une indivisibilité tirée d'une rédaction manquant de rigueur ?* » (J. BARTHELEMY, *Maîtriser les risques juridiques par la négociation collective*, Cah. DRH sept. 2006, n° 124, p. 12).

⁶⁴¹ V. sur la « *complexité de la BDES supplétive* » : S. SERENO, *Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique*, Dr. soc. 2019, p. 402.

⁶⁴² C. trav., art. L. 2312-22.

⁶⁴³ V. sur les annulations partielles : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 475.

⁶⁴⁴ « *Les représentants du personnel sont tous syndiqués et moi aussi. Je pense que cela contribue largement à mieux faire fonctionner notre CSE. Nous sommes tous formés par notre organisation syndicale et, en cas de question, nous pouvons toujours nous appuyer sur nos ressources respectives. Aucune possibilité de partir sur de mauvaises bases quand nous démarrons une négociation car les repères de départ sont les mêmes* » (Témoignage d'un dirigeant d'une entreprise métallurgique in *Le CSE en pratique*, ANACT, 2019, p. 10, https://www.anact.fr/sites/anact/files/partie_1_complete_guide_cse.pdf).

⁶⁴⁵ F. MERCIER, L. MERLIN, *Les atouts pour bien négocier*, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « *chaque partie négocie avec les autres, ce qui nécessite une concertation et une préparation préalable* » ; A. REYMANN, J.-E. GRESY, *Gérer les ingérables*, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60 : « *la préparation n'est jamais du temps perdu. C'est au contraire du temps gagné sur la négociation elle-même. Arriver bien préparé, c'est avoir fait plus de la moitié du chemin* ».

⁶⁴⁶ F. BERGERON-CANUT, *Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise*, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46 : « *à cela s'ajoutait le constat de faiblesse de la pratique d'un diagnostic effectué en amont sur le fonctionnement d'ensemble du dialogue social et de la négociation dans l'entreprise* ».

convient d'avoir préparé en amont les opportunités ouvertes par la négociation, les souhaits du côté employeur mais également les attentes des syndicats ou des élus⁶⁴⁷. L'objectif est d'être en parfaite maîtrise tout au long du processus de négociation⁶⁴⁸. Concrètement, il convient d'être en mesure de répondre à toutes les interrogations des parties et à orienter la négociation vers les points souhaités par l'employeur. Les organisations syndicales ou les élus doivent de leur côté effectuer la même analyse⁶⁴⁹. Si celle-ci est bien faite, ils arriveront en négociation en connaissant l'ensemble des portes qu'ils peuvent ouvrir, le champ de la négociation leur sera totalement connu⁶⁵⁰. Le risque est d'être confronté alors à des partenaires sociaux souhaitant explorer et tirer parti de l'ensemble des points négociables⁶⁵¹. L'autre risque pour l'employeur, cette fois lié à l'impréparation, est de se laisser emmener par des syndicats ou des élus sur des points de droit non ouverts à la négociation. Les dispositions d'ordre public ont parfois vocation à protéger tant les élus que l'employeur. Si lors d'une réunion de négociation, deux syndicats sont présents, dont l'un exige de négocier sur tous les sujets ouverts par le Code du travail et l'autre exige de négocier sur des points de droit non ouverts par le champ de la négociation, le risque est d'être, en tant

⁶⁴⁷ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *mais quand je parle de bien se préparer, il faut que les élus des CE ou CHSCT, comme les RH, soient formés pour cela. Il existe deux niveaux dans la formation : la connaissance de la loi, obligatoire. Et puis, la connaissance de ce qui se fait ailleurs* ».

⁶⁴⁸ F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « *cerner autant que possible le comportement et les attentes de toutes les parties intéressées à la conclusion de l'accord, qu'il s'agisse des syndicats ou des salariés. Quels sont les objectifs de la négociation ? Les points qui peuvent faire l'objet de concessions ? Les stratégies de rechange ? Autant de questions auxquelles l'employeur doit être en mesure de répondre avant de s'engager dans les discussions* ».

⁶⁴⁹ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *être un professionnel, cela signifie être compétent. Nous vivons dans un pays de droit écrit ; il faut que les élus comprennent. Cela nécessite de prendre le temps adéquat. Les employeurs, les DRH ont souvent une formation de base en économie, en droit, en finance et en gestion, mais pour un cariste ou un chauffeur, ce n'est pas toujours évident. Une jeune femme caissière, élue au CSE d'un groupe dans la grande distribution, devra comprendre des sujets plutôt complexes comme la stratégie de son entreprise, de son groupe, ses résultats et projets* ».

⁶⁵⁰ N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : « *il est à espérer que les organisations syndicales sauront établir leurs priorités à l'approche de chaque négociation* » ; F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « *toute négociation nécessite une préparation minutieuse. Cela implique de maîtriser parfaitement le cadre de la négociation* ».

⁶⁵¹ D'où les craintes patronales d'ouvrir la « *boîte de Pandore* » (E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41).

qu'employeur, totalement perdu face aux demandes et attentes des syndicats⁶⁵². La préparation est donc capitale ; l'absence de celle-ci peut conduire les parties à rendre dangereux un outil pourtant bienfaisant à l'origine⁶⁵³.

134. La négociation conflictuelle. Enfin, l'absence de maîtrise dans la négociation peut conduire à créer ou exacerber des relations conflictuelles⁶⁵⁴. Ne pas maîtriser sa négociation c'est risquer de voir les autres parties user des faiblesses du négociateur pour en tirer un avantage⁶⁵⁵. Or, comment dire non en l'absence de maîtrise juridique des dispositions légales ? Le risque, lorsque la partie employeur ne maîtrise pas son sujet, est de se laisser emporter par les autres parties et de ne pas être en mesure de justifier juridiquement son refus⁶⁵⁶. En effet, si ce dernier est formalisé à travers une base juridique solide et maîtrisée, les partenaires sociaux seront moins en mesure de contester la décision de ne pas inclure certains éléments dans la négociation. À l'inverse, en cas d'hésitation, l'autorité légitime de l'employeur ou son représentant disparaît au profit des autres négociateurs, susceptibles d'user de cette position dominante en demandant de nombreuses avancées⁶⁵⁷. La situation s'avère conflictuelle et difficile à désamorcer sans fondement juridique, les échanges s'enveniment et le dialogue social prend un tournant. Cet accord fonde la structure de la représentation du personnel pour plusieurs années. Le risque est de pénétrer dans une forme de revendication permanente, ou de rengaine incessante, mettant à mal le dialogue social sur du temps long, tant sur la structure de la représentation du personnel mais également sur

⁶⁵² F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « *les positions syndicales peuvent être tellement dispersées que l'entreprise a bien du mal à percevoir les concessions qu'il conviendrait d'apporter* ».

⁶⁵³ La « *complexité* » de la nouvelle négociation doit être maîtrisée pour « *permettre de trouver le moins mauvais compromis* » (Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 9).

⁶⁵⁴ E. PASTOR, Essai sur le dialogue social conflictuel, Th. dactyl., Aix Marseille, 2017, p. 271.

⁶⁵⁵ V. s'agissant de la négociation comme un « *moyen de pression* » : N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2.

⁶⁵⁶ A. REYMANN, J.-E. GRESY, Gérer les ingérables, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60 : « *la survenance de réactions en miroir va entretenir une descente parfois vertigineuse* ».

⁶⁵⁷ D'où la nécessité de « *repérer et nommer la tactique* » des partenaires sociaux (notamment en connaissant les règles applicables et leurs éventuelles demandes) afin « *d'éviter de se laisser déstabiliser* » (A. REYMANN, J.-E. GRESY, Gérer les ingérables, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60).

l'ensemble des thèmes de négociation en droit social⁶⁵⁸. De nouveau, maîtrise et rigueur juridique sont de mises pour permettre d'anticiper les demandes ainsi que pour savoir stopper et limiter le risque conflictuel inhérent à la négociation.

II. L'absence d'équilibre juridique

135. Le déséquilibre - côté employeur ou côté salarié. Un autre danger existe, propre à la négociation collective. Il s'agit du risque de conclure des accords collectifs déséquilibrés juridiquement⁶⁵⁹. En principe, un tel risque existe plutôt du côté salarié⁶⁶⁰. En effet, les représentants ne se trouvent pas réellement dans une situation comparable vis-à-vis de l'employeur, ce dernier continue d'exercer un lien hiérarchique à leur égard, ce qui peut conduire un représentant à préférer satisfaire les attentes et exigences de la direction⁶⁶¹. Le syndicalisme fort n'existe pas dans toutes les entreprises. Ce risque existe également du côté employeur qui peut se laisser convaincre par des élus, notamment en raison de l'absence de maîtrise juridique sur la représentation du personnel⁶⁶². La méconnaissance des intérêts, risques et enjeux de la structuration de la représentation du personnel peut conduire

⁶⁵⁸ J.-F. CHANTARAUD, F. VELOT, Rénover le dialogue social, Cah. DRH mai 2000, n° 16, p. 2.

⁶⁵⁹ P. LOKIEC, Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance, Dr. ouvr. 2018, p. 142 : « même si, à première vue, il n'est pas meilleure règle que celle définie, au plus près du terrain, par ceux-là même à qui elle a vocation à s'appliquer ou par leurs représentants, les limites de la négociation d'entreprise sont connues. Le déséquilibre des négociations, tout d'abord, est plus important qu'au niveau de la branche ».

⁶⁶⁰ E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41.

⁶⁶¹ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « les dirigeants d'entreprise, comme le président, le DAF ou le DRH sont des sachant : certains pourraient être tentés de passer assez vite sur certains points, même si la loi impose une information précise, suivie d'une consultation, partant du principe que c'est trop complexe et peu important » ; E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « restreindre le champ de la loi qui protège au profit de la contractualisation du droit, même parée de garanties, n'est pas sans risque en l'état actuel de notre représentation du monde du travail. Le résultat de la négociation peut-il être « bénéfique » pour la partie réputée faible au contrat, s'il n'y a plus de « freins », par opposition à la « liberté » conférée aux parties ? Les avis sont tranchés. On est pour ou contre le dialogue social libéré en raison d'arguments recevables de chaque côté ».

⁶⁶² Ou de difficultés à peser dans les négociations : « enfin, bien souvent, [le négociateur « doux »] ne peut concevoir de ne pas parvenir à un accord et, pour y arriver, accepte des concessions unilatérales, même s'il se sent lésé. Or, quelle que soit la nature des échanges, pour être équilibrés, ces derniers doivent être réciproques » (A. REYMANN, J.-E. GRESY, Gérer les ingérables, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60).

l'employeur à se détourner des contraintes imposées par la négociation au point de rendre cet outil dangereux à son égard⁶⁶³.

136. Faire prévaloir une contrepartie spécifique. Que ce soit pour la partie salarié ou employeur, le principal risque est de se faire imposer des contreparties très ou trop contraignantes dans le seul but d'obtenir une compensation particulière⁶⁶⁴. En effet, chaque partie arrive en négociation avec une idée précise de ses attentes, sans penser, parfois, aux contreparties qu'elle sera susceptible d'accepter⁶⁶⁵. Il peut s'agir de l'employeur souhaitant diminuer ses obligations liées à la BDES⁶⁶⁶, ou encore désirant augmenter la périodicité des consultations récurrentes⁶⁶⁷. À l'inverse, les syndicats ou élus peuvent souhaiter une hausse des heures de délégation⁶⁶⁸ ou la présence des suppléants en réunion⁶⁶⁹. Lorsque l'ensemble des points de négociation n'auront pas été suffisamment analysés en amont, des contraintes importantes pourraient être imposées à une partie dans le seul but d'obtenir une compensation spécifique.

137. Conclusion. L'outil peut, dans cette configuration, s'apparenter à un véritable danger dans l'objectif d'aboutir à une structure plus ou moins équilibrée de la représentation du personnel. La partie défavorisée risque d'être liée à l'accord durant plusieurs années, notamment si celui-ci est conclu à durée déterminée. L'intérêt à négocier vise à mesurer ces risques, à définir les intérêts et à en tirer les conséquences dans la perspective de la négociation. Une fois que le choix d'opter pour la négociation est clairement intégré, et dès

⁶⁶³ Cela pourrait faire ressurgir l'ancienne critique à l'égard de la négociation collective : « *mais le temps est encore à convaincre certains chefs d'entreprise de gommer [une vision passéiste] de la négociation d'entreprise [...] selon laquelle la négociation collective est une perte de pouvoir pour l'employeur* » (P.-H. ANTONMATTEI, Les conventions et accords collectifs de travail, Dalloz, 1996, p. 6). En réalité, mal gérée, la négociation risque réellement d'entraîner une perte de pouvoir pour l'employeur... La vision passéiste risque alors de demeurer si les employeurs ne parviennent pas à s'impliquer totalement dans les diverses négociations.

⁶⁶⁴ V. par exemple sur la volonté des élus d'obtenir plus de moyens au détriment des attributions : I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

⁶⁶⁵ A. REYMANN, J.-E. GRESY, Gérer les ingérables, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60 : « *à cet exercice, quel que soit le type de profil, l'important réside dans la qualité du travail préparatoire. Le négociateur efficace est celui qui, idéalement, s'identifie à autrui au point de tout connaître de lui* ».

⁶⁶⁶ C. trav., art. L. 2312-21.

⁶⁶⁷ C. trav., art. L. 2312-19.

⁶⁶⁸ C. trav., art. L. 2314-7.

⁶⁶⁹ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

lors que les attraits de la négociation ont été mesurés, il convient de s'attarder sur la méthodologie de ces négociations.

TITRE 2. LA METHODE DE LA NEGOCIATION

138. Négocier pour conclure. Après avoir étudié la recherche de l'intérêt à négocier, vient le temps de l'étude des négociations effectives. Chacune des parties formulera, suivant ses intérêts, diverses propositions qui s'exposeront au jeu des concessions réciproques pour tenter de parvenir à la signature d'un accord⁶⁷⁰. Ce dernier pourra être obtenu après avoir suivi une méthodologie de négociation⁶⁷¹ qui se distingue en deux branches.

139. Maitriser le formalisme et le fond des négociations. Dans un premier temps, il conviendra d'appréhender le déroulé juridique et social des discussions afin de déterminer les parties à la négociation, le rythme et les modalités de la négociation⁶⁷². L'étude devra ainsi porter sur le formalisme des négociations (Chapitre 1.). Dans un second temps, sera étudié le fond des négociations (Chapitre 2.). Cette étude permettra de comprendre quels sont les points de négociations qui pourront ou devront être abordés par les parties. La question primordiale concernera les leviers de négociation⁶⁷³ et l'analyse des concessions

⁶⁷⁰ L'instance fera « l'objet de tractations au terme desquelles chacun voudra y trouver avantage » (G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632) ; « nous espérons obtenir un accord unanime mais, malgré les concessions faites par ce syndicat, les contreparties demandées n'étaient pas recevables à notre niveau » (Fusion des IRP du PMU : B. Frankiel, DRH, souligne le rôle « crucial » du secrétaire du CSE in LSQ - L'actualité 27 avr. 2018, N° 17561, p. 1).

⁶⁷¹ La structuration de la représentation du personnel nécessite « de faire preuve de volontarisme, de méthodologie et de clairvoyance. [...] Lorsque [la représentation du personnel] fera l'objet de négociation, il conviendra de déterminer une méthodologie de travail et d'identifier les points de vigilance » (Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 9).

⁶⁷² Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, Préparer la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40 : « une négociation réussie passe d'abord par la détermination de la manière de négocier. L'objet et l'étendue de la négociation, son cadre, son calendrier, sont autant de points qui doivent être envisagés de manière pratique et pragmatique avant de se lancer dans la négociation d'une thématique particulière ».

⁶⁷³ Certains considèrent toutefois que ceux-ci n'existent pas, ou peu, pour la partie salariale. V. notamment : M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 ; V. également A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « 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 ».

réciproques⁶⁷⁴. Le cœur des négociations repose sur ce schéma spécifique et nécessite d’appréhender en amont ces éléments afin de hiérarchiser les priorités et de se fixer les limites de l’acceptable⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ J. BARTHELEMY, Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30.

⁶⁷⁵ M. HAUTEFORT, Négociation d’entreprise : passer de la défiance à l’envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2.

Chapitre 1. La forme des négociations

140. Formalisme des négociations. En droit du travail, la négociation est relativement formelle⁶⁷⁶. Les marges de manœuvre confiées aux partenaires sociaux sont ici moins importantes. Si le déroulé et la périodicité des négociations peuvent faire l'objet de certains aménagements par les partenaires sociaux, les partenaires à la négociation sont, quant à eux, imposés par le législateur⁶⁷⁷. Ce dernier désigne les personnes pouvant participer aux négociations.

141. Légitimité du formalisme. L'encadrement législatif et jurisprudentiel est légitime : il représente la condition des évolutions législatives récentes ayant augmenté la part du négociable⁶⁷⁸. Les acteurs de la négociation doivent être circonscrits et bénéficier d'une légitimité dans leur action⁶⁷⁹. Le déroulé des négociations doit garantir les droits de chaque partie⁶⁸⁰. Plus ces acteurs sont nombreux, plus l'expansion du négociable pourra trouver une concrétisation. Moins les contraintes sont fortes, plus la négociation se développera⁶⁸¹. Or, la volonté des gouvernements a été de renforcer la part du négociable⁶⁸² ; ce mouvement a

⁶⁷⁶ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 317-318.

⁶⁷⁷ G. CHASTAGNOL, A. CHARBONNEL, *Périmètres, interlocuteurs et méthode*, Cah. DRH févr. 2017, n° 239-240, p. 2.

⁶⁷⁸ V. sur la condition « *sine qua non* » : F. GEA, *Un renouveau de la négociation collective ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 109.

⁶⁷⁹ F. GEA, *Un renouveau de la négociation collective ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 109 : « *les réformes [...] ont posé les préalables d'un changement, en s'attachant à conférer une légitimité renforcée aux acteurs de la négociation collective, et ce, à chacun des niveaux (de négociation) concernés* ».

⁶⁸⁰ Il y a la « *nécessité d'ordonner les conditions de déroulement de la négociation collective autour de normes de comportement affectant ses acteurs* » (G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 317).

⁶⁸¹ V. notamment s'agissant du développement de la négociation dérogatoire, J. BENETEAU, *Comment négocier un accord d'entreprise ?*, Cah. DRH févr. 2018, n° 250-251, p. 19 : « *l'ordonnance n° 2017-1385 a libéré la négociation collective de la contrainte de disposer d'un délégué syndical (DS)* ».

⁶⁸² Y. PAGNERRE, K. PAGANI, *Le vade-mecum des Ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 73 : « *la négociation d'entreprise a été libéralisée* ».

été accompagné pour certaines entreprises de l'assouplissement des contraintes liées au formalisme des négociations⁶⁸³.

142. Encadrement novateur. La réforme portant sur le CSE est novatrice ; l'instance de représentation du personnel accueille le changement de paradigme du législateur tant sur le fond que sur la forme des négociations⁶⁸⁴. Sur le fond, les évolutions ont déjà été étudiées : la conventionalité de l'instance est sans précédent⁶⁸⁵. Sur la forme, les voies de la négociation se sont ouvertes pour permettre à l'ensemble des entreprises de pouvoir mener des négociations sur la structuration de la représentation du personnel⁶⁸⁶. Pour cela, les partenaires à la négociation ont été augmentés pour pallier certaines absences (Section 1). Des interrogations résistent néanmoins sur la légitimité et la capacité de chacun de ces acteurs à mener les négociations sur le CSE. Ces acteurs participeront au déroulé des négociations qui demeure lui-aussi à encadrer (Section 2). En effet, les négociations devront s'inscrire dans un cadre à déterminer.

⁶⁸³ Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 19-20 : « *facilitation des modalités de conclusion d'un accord, des conditions de recours à la consultation des salariés pour valider un accord, et modification du calendrier et des modalités de généralisation de l'accord majoritaire : encourager les acteurs de terrain à définir les normes garantissant la performance sociale et économique suppose de leur donner les leviers pour négocier et conclure des accords selon des règles simples et claires pour tous ; accélérer la généralisation de la règle de l'accord majoritaire et faciliter le recours à la consultation des salariés pour valider un accord* ».

⁶⁸⁴ B. KRIEF, Les moyens du CSE, Bull. Joly Travail févr. 2020, n° 2, p. 153 ; F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 98.

⁶⁸⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631 ; F. LARONZE, Introduction générale au colloque « Représentation et négociation collective à la lumière des Ordonnances Macron », Dr. ouvr. 2019, p. 409 : « *la représentation du personnel n'est plus uniquement à l'origine de nouvelles formes de négociation mais est objet de négociation collective* ».

⁶⁸⁶ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 22 : « *complétées tant bien que mal par d'autres agents au niveau de l'entreprise afin d'y rendre la négociation collective possible coûte que coûte* » ; N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : « *tout est fait pour pallier l'absence de syndicats représentatifs dans l'entreprise* ».

Section 1. Les partenaires à la négociation

143. Les qualités des parties comme guide de négociation. Lancer des négociations appelle le souhait de conclure celles-ci par un accord. La recherche de l'agrément d'autrui est conditionnée, bien souvent, par la qualité de la partie adverse. Cette qualité se constate à travers différents facteurs : maîtrise juridique⁶⁸⁷, hostilité des intervenants⁶⁸⁸, prédisposition à la négociation⁶⁸⁹, poids électoral⁶⁹⁰... Cette approche est, avant tout, personnelle ; elle dépend de la personnalité de chaque négociateur, de ses envies réelles, de l'optique dans laquelle il se trouve vis-à-vis de la négociation⁶⁹¹. La préparation de la négociation doit prendre en compte la qualité de la partie adverse⁶⁹² : pour des négociateurs peu connaisseurs des règles juridiques, il conviendra d'accentuer la pédagogie et les explications⁶⁹³, pour des négociateurs très contestataires il faudra prendre du recul pour parvenir à la signature d'un

⁶⁸⁷ Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, Préparer la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40 : « la formation des organisations syndicales est un élément essentiel pour que la négociation se passe dans les meilleures conditions. Il n'y a rien de pire que de tenir une réunion que les négociateurs n'ont pas préparé ou dont ils n'ont aucune connaissance du thème qui en fait l'objet ».

⁶⁸⁸ A. REYMANN, J.-E. GRESY, Gérer les ingérables, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60.

⁶⁸⁹ P.-H. ANTONMATTEI, Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 39 : « dans de nombreuses entreprises encore, il y a du chemin à parcourir de part et d'autre de la table de la négociation car trop nombreux sont encore les témoignages de situations marquées par des postures, des dogmes, des suspicions et des ignorances. Le dialogue social n'est ni un combat ni une compromission. Il requiert du respect, de la confiance et une volonté réelle et sérieuse de parvenir à un compromis sans exclure des phases de tensions ».

⁶⁹⁰ Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, Préparer la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40 : « vous devez connaître parfaitement le niveau de représentativité de chaque organisation syndicale, afin de mesurer le rapport de force existant entre elles, et de pouvoir trouver les compromis permettant d'atteindre l'accord majoritaire ».

⁶⁹¹ A. REYMANN, J.-E. GRESY, Gérer les ingérables, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60 : « ne jamais oublier qu'il faut obtenir un maximum d'informations sur la personnalité et les besoins de ses interlocuteurs ».

⁶⁹² F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « la négociation est cependant un acte particulièrement difficile, notamment en raison de son caractère collectif. Chaque partie négocie avec les autres, ce qui nécessite une concertation et une préparation préalable. L'entreprise, tout comme les syndicats, est traversée de contradictions et de conflits d'intérêts qu'elle doit résoudre, mais qui peuvent rejaillir dans la négociation. Tout cela rend complexe le jeu des relations entre les différents acteurs ».

⁶⁹³ F. CHAREF, F. CHEMALY, N. LAITHIER, Accord BHV : Être l'architecte de son propre dialogue social, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 10.

accord. La préparation s'effectue en amont pour être en mesure de s'adapter à son interlocuteur⁶⁹⁴ ; encore faut-il parvenir à identifier celui-ci⁶⁹⁵.

144. Diversité d'acteurs. Bien que les délégués syndicaux restent les principaux interlocuteurs, de nouveaux acteurs ont pu participer à la négociation d'accords au sein de l'entreprise⁶⁹⁶. Si la négociation dérogatoire a connu une forte évolution dans les années 2010, la mise en place du CSE a créé un nouveau cas de dérogation, innovant dans son régime : la possibilité de conclure un accord entre l'employeur et le CSE⁶⁹⁷. Cet élargissement vise à offrir aux entreprises plus petites, voire moins structurées, c'est-à-dire sans délégués syndicaux⁶⁹⁸, la possibilité de rédiger et de conclure un accord institutionnel, avec des conditions de validité propres au cas spécifique du CSE⁶⁹⁹. Une question opérationnelle demeure néanmoins : la qualité de la partie adverse (délégués syndicaux ou CSE) a-t-elle des conséquences sur la manière de négocier et d'appréhender la négociation ? Quelques éléments devront être relevés ; certains facteurs pourraient justifier une différence d'approche selon la partie négociante. La négociation avec le CSE n'interviendra,

⁶⁹⁴ F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « toute négociation nécessite une préparation minutieuse. Cela implique de maîtriser parfaitement le cadre de la négociation et de cerner autant que possible le comportement et les attentes de toutes les parties intéressées à la conclusion de l'accord, qu'il s'agisse des syndicats ou des salariés ».

⁶⁹⁵ M.-C. POTTECHER, L. BENSOUSSAN, Identifier les acteurs à la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 32.

⁶⁹⁶ V. pour un exposé des raisons préjudiciables de l'impossibilité de négocier en l'absence de délégués syndicaux : C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 15 et s.

⁶⁹⁷ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : « l'accord est conclu avec le comité social et économique et non, comme en matière de négociation dérogatoire, avec ses membres » ; Cette possibilité offerte au CSE n'est pas totalement novatrice, les dispositifs d'épargne salariale pouvaient déjà être conclus via un « accord conclu au sein du CSE » (C. trav., L. 3312-5 pour l'intéressement, C. trav., L. 3322-6 pour la participation). V. à ce sujet : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 21 ; F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 ; V. également G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « si le Code du travail admet de longue date que le comité d'entreprise puisse être partie à un accord conclu avec l'employeur, cette situation a longtemps été limitée à la mise en place d'un dispositif d'intéressement ou de participation. Désormais, c'est un nombre bien plus conséquent d'accords qui peuvent lier l'employeur et le comité social et économique ».

⁶⁹⁸ V. pour des éléments statistiques : C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 21.

⁶⁹⁹ Le CSE agit alors « dans l'ombre » des délégués syndicaux (Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446).

généralement⁷⁰⁰, qu'en l'absence de délégués syndicaux, créant une hiérarchie dans les acteurs de la négociation (§1.). Cette multitude d'acteurs devra être analysée : elle est au service de la négociation (§2.). Il s'agira de déterminer précisément les intervenants et de s'interroger sur les avantages et inconvénients que ceux-ci peuvent apporter.

§1. Une hiérarchie dans les acteurs de la négociation

145. Recours exclusif des délégués syndicaux. Le législateur a décidé d'établir une « hiérarchie » entre les différentes modalités de conclusion⁷⁰¹. L'ascendance des délégués syndicaux n'a pas été remise en cause⁷⁰² : ils demeurent les négociateurs exclusifs lorsqu'ils sont présents (I.). C'est le cas dans 66% des entreprises de 50 salariés à 300 salariés ; ce chiffre monte à 90% dans les entreprises de plus de 300 salariés⁷⁰³. Cette compétence hiérarchique prioritaire est conditionnée à leur existence. Le législateur a souhaité leur conférer une priorité exclusive et non une priorité temporelle⁷⁰⁴. Dans ce dernier cas, il aurait pu être imaginé qu'à défaut d'accord, un mode subsidiaire de conclusion soit admis⁷⁰⁵. Cette configuration interrogerait néanmoins quant à l'effectivité et à l'exclusivité du rôle des délégués syndicaux : disposer d'une compétence exclusive à la négociation permet d'approuver ou de refuser des accords⁷⁰⁶. En cas de refus, le rôle de ces délégués serait

⁷⁰⁰ V. sur les rares exception *infra* n° 373 ; V. également : F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

⁷⁰¹ V. par exemple s'agissant de la détermination des établissements distincts : M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2.

⁷⁰² V. *infra* n° 147 et s. sur la justification.

⁷⁰³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

⁷⁰⁴ N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410.

⁷⁰⁵ Parmi les rares exceptions à la priorité exclusive, l'article L. 2313-6 du Code du travail, relatif aux modalités consacrant la perte de la qualité d'établissement distinct, prévoit l'intervention du CSE non pas « en l'absence de délégué syndical » mais « à défaut d'accord d'entreprise ». Le Professeur Géa souligne à juste titre que « le texte se réfère seulement à l'absence d'accord majoritaire, ce qui n'a pas la même signification » (F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50).

⁷⁰⁶ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 246, n° 416.

considérablement affaibli si d'autres acteurs pouvaient signer un accord⁷⁰⁷. C'est seulement en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise que le CSE peut prendre le relai pour négocier un accord institutionnel⁷⁰⁸. L'instance se trouve désormais dotée d'un pouvoir particulier de négociation ; elle est l'interlocutrice alternative principale en l'absence de délégué syndical (II.). L'étude portera sur ces acteurs, sur leurs caractéristiques et leurs qualités ; les règles de conclusion seront étudiées, quant à elles, dans le cadre de l'analyse du régime juridique de l'accord institutionnel⁷⁰⁹.

I. Le délégué syndical, compétence exclusive de négociation

146. Plan. Le délégué syndical se voit confier, par le Code du travail, la mission de structurer la représentation du personnel au sein de l'entreprise grâce à la négociation⁷¹⁰. S'il est l'interlocuteur exclusif lorsqu'il est présent (A.), il est également, pour certains, un interlocuteur controversé (B.).

A. Un interlocuteur exclusif

147. Interrogations. Les délégués syndicaux, dont les modalités de désignation sont prévues par le code du travail, disposent de certaines prérogatives : quelles sont-elles ?

⁷⁰⁷ V. sur l'atteinte d'un éventuel partage du pouvoir de négocier entre syndicats et élus : C. MARIANO, *La négociation substitutive d'entreprise*, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 197 : « *tout type de transfert du pouvoir de négocier, qu'il écarte, en droit ou en fait, les organisations syndicales représentatives de la négociation collective d'entreprise ou qu'il permette l'entrée en scène de nouveaux négociateurs œuvrant sur un pied d'égalité avec celles-ci, violerait leur vocation naturelle et constitutionnelle à négocier les accords collectifs d'entreprise, laquelle s'oppose à tout appauvrissement, même partiel, de leurs prérogatives conventionnelles et de leur maîtrise exclusive sur la définition conventionnelle de l'intérêt des salariés* ».

⁷⁰⁸ G. AUZERO, R. CHISS, *L'expression du comité social et économique*, RJS 04/2021, p. 271 : « *il faut donc comprendre que la présence d'un délégué syndical exclut toute négociation avec le comité social et économique, alors même que la négociation avec le premier nommé aurait échoué ou qu'il n'aurait pas même souhaité négocier* » ; F. GEA, *L'accord sur le comité social et économique*, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50 ; N. MOIZARD, *La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise*, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : « *lorsque des syndicats représentatifs existent dans l'entreprise, ils bloquent la négociation avec les élus* ».

⁷⁰⁹ V. *infra* n° 362 et s.

⁷¹⁰ P.-H. ANTONMATTEI, D. CHENU, G. FRANÇOIS, M. MORAND, C. NEAU-LEDUC, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, *Réformer du code du travail : le comité social et économique*, RJS 4/2018, p. 263.

Quelles sont leur influence sur la négociation d'un accord institutionnel ? Cette exclusivité interroge sur le fondement de ce principe, mais également sur les articulations avec les modes de conclusion dérogatoire, comme peut l'être l'accord conclu entre l'employeur et le CSE.

148. Prérogatives légales. S'agissant d'abord du cadre légal, les délégués syndicaux ont « *la primeur de la négociation* »⁷¹¹. Le droit commun de la négociation collective prévoit les modalités de négociation et de conclusion dans les « *entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux* ». L'article L. 2232-12 du Code du travail dispose, en son premier alinéa, que « *la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* »⁷¹². Les organisations syndicales représentatives, c'est-à-dire celles qui ont obtenu au moins 10% des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections⁷¹³, sont représentées par les délégués syndicaux⁷¹⁴ qu'elles désignent⁷¹⁵. Ces derniers reçoivent un mandat de la part de leur syndicat pour négocier et signer les accords collectifs au sein de

⁷¹¹ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204.

⁷¹² C. trav., art. L. 2232-12.

⁷¹³ Les critères de représentativité vont en réalité au-delà du seul critère de l'audience, V. F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, Droit du travail, LGDJ, 7^{ème} éd. 2020, p. 113.

⁷¹⁴ Ce pouvoir provient donc bel et bien directement des salariés : « *en ce sens, la chambre sociale a précisé que sous l'empire de la loi de 2008, le vote permettait aux salariés de « participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives » et, s'agissant du délégué syndical, d'assurer « la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte »* » (I. ODOUL-ASOREY, La négociation collective, confortée par le principe de participation ?, Dr. soc. 2015, p. 987 & Not. Soc., 1er déc. 2010, n° 10-60.117, NP).

⁷¹⁵ Les délégués syndicaux seront désignés par l'organisation syndicale représentative en priorité parmi « *les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité social et économique* » (C. trav., art. L. 2143-3). Des règles substitutives sont prévues au second alinéa mais ce dernier a toutefois été considérablement remis en cause par une décision *contra legem* de la Cour de Cassation (Cass. Soc., 8 juill. 2020, n° 19-14.605). Il existe donc une relation entre la candidature à l'instance de représentation du personnel et la désignation en qualité de délégué syndical. La légitimité est doublement respectée, au-delà de la prise en compte des votes au 1er tour des élections professionnelles pour déterminer la représentativité.

l'entreprise⁷¹⁶. Il s'agit de la mission centrale de ces représentants. Ils ont principalement vocation à négocier et signer des accords collectifs, le tout dans une démarche porteuse de revendications⁷¹⁷.

149. Principe constitutionnel de droit du travail. Le choix opéré par le législateur, dans le cadre de la négociation sur le CSE, est juridiquement cohérent : ce pouvoir de négociation demeure un des points centraux de la représentation syndicale en entreprise et, au-delà, du droit du travail⁷¹⁸. Cette compétence est un des piliers historiques du droit du travail d'après-guerre, et ne pourra probablement être annihilée dans les années à venir⁷¹⁹. Il s'agit d'un principe socle de l'équilibre des pouvoirs entre employeur et syndicats⁷²⁰. Dans les années 80, cette caractéristique était rapportée dans des termes proches : « *la présence obligatoire du délégué syndical de chaque syndicat partie à la négociation et même de deux délégués syndicaux, en cas de pluralité de délégués (article L. 132-20, al. 1) est la principale de leurs attributions propres et l'un des meilleurs fondements de leur présence dans l'entreprise* »⁷²¹. Ce droit est la résonance du principe constitutionnel de participation visé à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 : « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »⁷²². Pour le Conseil Constitutionnel, cet alinéa « *recouvre en réalité deux droits distincts : le droit à la négociation collective et le droit de participer à la gestion des*

⁷¹⁶ « *Le délégué syndical est membre de droit de la délégation de négociation. L'organisation syndicale à laquelle il appartient ne peut le révoquer des négociations qu'à la suite d'un mandat exprès communiqué en temps à l'employeur et à la délégation de négociation. L'une de ses fonctions essentielles est donc la négociation des accords collectifs dans l'entreprise* » (« Délégué syndical » in Fiche d'orientation Dalloz, sept. 2019).

⁷¹⁷ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 729.

⁷¹⁸ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 168 et s.

⁷¹⁹ J.-E. RAY, La place de la négociation collective en droit constitutionnel, Nouv. Cah. Cons. const. 2014, n° 45, p. 21.

⁷²⁰ J. BARTHELEMY, Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30.

⁷²¹ Y. CHALARON, La conduite de la négociation, Dr. soc. 1990, p. 584.

⁷²² Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 8.

entreprises »⁷²³. La négociation collective peut alors être assurée par les délégués syndicaux, dont la désignation repose sur le choix – indirect – des salariés de l'entreprise⁷²⁴.

150. Exclusivité absolue ? Des débats ont eu lieu s'agissant de l'exclusivité confiée aux délégués syndicaux pour négocier⁷²⁵. D'autres acteurs pouvaient-ils disposer du pouvoir de négocier ? Les principes précédemment exposés sont-ils remis en cause par la possibilité pour le CSE de négocier un accord institutionnel ?⁷²⁶ L'alinéa 8 relatif au droit à participation s'articule avec l'alinéa 6 s'agissant du droit syndical : *« tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. »*⁷²⁷. Dès lors, *« se trouve aussi mis en cause le principe de la liberté syndicale et du droit syndical contenu dans les dispositions de l'alinéa 6 du même préambule, et auxquels se rattache - mais avec quel lien ? - le monopole syndical de la négociation collective formelle institué par les dispositions du Code du travail, et dont la question est de savoir s'il constitue une composante du principe constitutionnel du droit syndical »*⁷²⁸. Le Conseil Constitutionnel a été amené à se prononcer sur la possibilité de hiérarchiser les modes de conclusion des accords : les délégués syndicaux ont-ils un monopole exclusif ? Si tel est le cas, il peut sembler surprenant d'ouvrir à d'autres acteurs la possibilité de négocier. Les juges de la Rue de Montpensier ont estimé que le 6ème et le 8ème alinéa du préambule de la Constitution de 1946 *« confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par*

⁷²³ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les normes constitutionnelles en matière sociale, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel 2010/3, p. 193 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 45.

⁷²⁴ I. ODOUL-ASOREY, La négociation collective, confortée par le principe de participation ?, Dr. soc. 2015, p. 987 : *« la motivation ainsi retenue dévoile un jugement de constitutionnalité en termes de conformité. La référence alors faite à l'effectivité du principe de participation est, de ce point de vue, remarquable. Elle souligne que la soumission de l'accès à la représentativité syndicale au vote des salariés favorise, voire permet, la concrétisation de leur participation lorsque la négociation collective est menée par des organisations syndicales. En ce sens, la chambre sociale a précisé que sous l'empire de la loi de 2008, le vote permettait aux salariés de « participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives » et, s'agissant du délégué syndical, d'assurer « la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte ».*

⁷²⁵ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 188.

⁷²⁶ P.-H. ANTONMATTEI, Négociation collective et CE : vivement demain !, Cah. Lamy du CE oct. 2002, n° 9, p. 16.

⁷²⁷ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 6.

⁷²⁸ J.-M. VERDIER, Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?, Dr. soc. 1997, p. 1040.

la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives »⁷²⁹. Autrement dit, le monopole des délégués syndicaux suppose leur présence au sein de l'entreprise⁷³⁰. En leur absence, d'autres représentants légitimes peuvent agir et négocier⁷³¹. La solution semble logique et évite de neutraliser la négociation collective pour de nombreuses entreprises⁷³². Ainsi, « il en ressort que le monopole syndical de négociation collective, principe légal, ne constitue pas un principe constitutionnel et n'est pas un élément composant du principe de participation mais seulement une forme d'application de celui-ci. En revanche est bien une exigence constitutionnelle la possibilité d'une intervention des syndicats dans la négociation collective »⁷³³. D'autres auteurs ont estimé que « par la solution ainsi dégagée, le Conseil constitutionnel a entériné au niveau constitutionnel le droit à la négociation collective, comme un droit des travailleurs dont les organisations syndicales ne sont que les agents d'exercice »⁷³⁴. Le CSE se trouve désormais être, également, un agent d'exercice du droit constitutionnel à la négociation collective détenu

⁷²⁹ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC.

⁷³⁰ M.-L. MORIN, Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective, Dr. soc. 1997, p. 31 ; P.-H. ANTONMATTEI, À propos du développement de la négociation collective, Dr. soc. 1997, p. 164 : « il faut d'abord admettre que c'est seulement à titre subsidiaire, c'est-à-dire en l'absence de délégués syndicaux ou de délégués du personnel faisant fonction de délégués syndicaux, qu'une négociation d'entreprise sans organisations syndicales doit être autorisée » ; Certains auteurs se sont interrogés sur le lien entre principe de participation et absence de possibilité substitutive de négociation : « ne peut-on soutenir que le monopole de la négociation conféré aux délégués syndicaux porte atteinte à ce droit en empêchant qu'il s'exerce en leur absence ? » (J. BARTHELEMY, L'innovation sociale par plus de contrats. Réflexion à propos du « contrat collectif d'entreprise », JCP E 1996, 521).

⁷³¹ P.-H. ANTONMATTEI, À propos du développement de la négociation collective, Dr. soc. 1997, p. 164 : « l'exigence de représentativité des acteurs de la négociation impose ensuite de réserver de telles formules aux élus ou aux salariés investis d'un mandat d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ».

⁷³² B. MATHIEU, Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective, D. 1997, p. 152 ; V. pour plus de précisions sur la relation entre Constitution et pouvoir substitutif de négociation : C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 57 et s.

⁷³³ J.-M. VERDIER, Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?, Dr. soc. 1997, p. 1040.

⁷³⁴ I. ODOUL-ASOREY, La négociation collective, confortée par le principe de participation ?, Dr. soc. 2015, p. 987.

par les salariés⁷³⁵. Cette décision du Conseil Constitutionnel s'inscrit dans le cadre des conventions de l'OIT⁷³⁶. Ces dernières ouvrent la négociation aux élus légitimes présents dans l'entreprise, c'est-à-dire aux représentants élus en l'absence de délégué syndical⁷³⁷.

151. Principe appliqué dans le cadre de l'accord institutionnel. Les délégués syndicaux disposent d'un monopole dans la négociation collective. La législation relative au CSE a maintenu ce principe. La négociation de l'accord institutionnel est une exclusivité détenue par les délégués syndicaux lorsqu'ils existent⁷³⁸. Le législateur n'a pas souhaité modifier les dispositions légales à ce sujet, ni prendre le risque d'une inconstitutionnalité en offrant à d'autres instances la possibilité de conclure un accord institutionnel alors qu'étaient présents des délégués syndicaux au sein de l'entreprise⁷³⁹. L'interlocuteur principal, pour

⁷³⁵ Le CSE n'est pas « titulaire d'un droit à la négociation collective » mais se voit simplement « confier le rôle d'agent d'exercice du droit à la négociation collective des salariés » (Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595).

⁷³⁶ Conv. concernant les représentants des travailleurs n° 135, OIT, 1971, art. 3 & Conv. sur la négociation collective n° 154, OIT, 1981, art. 3 ; V. à ce sujet : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 20.

⁷³⁷ J.-M. VERDIER, Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?, Dr. soc. 1997, p. 1040 : « on observera en passant le parallélisme parfait de la position du Conseil constitutionnel français avec celle qui se dégage des dispositions des conventions internationales du travail de l'OIT. D'une part le droit reconnu aux syndicats par l'article 3 de la convention 87 sur la liberté syndicale « d'organiser leurs activités », les autorités publiques devant s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal, d'autre part l'obligation faite aux États par l'article 4 de la convention 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de prendre des mesures appropriées aux conditions nationales pour « encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociations collectives entre les employeurs... et les organisations des travailleurs », portent reconnaissance d'un droit des syndicats à la négociation collective, mais sans poser d'exclusive à leur profit. Et l'article 3 de la convention 154 concernant la promotion de la négociation collective envisage la possibilité que celle-ci soit menée avec des représentants des travailleurs existant, en vertu des législations nationales, dans les entreprises, en particulier des représentants élus. Le droit positif français se trouve ainsi en parfaite symbiose avec le droit international du travail » ; V. également V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 7, n° 5.

⁷³⁸ A quelques rares exceptions près, V. F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50.

⁷³⁹ V. sur l'articulation des prérogatives des délégués syndicaux et du CSE : G. BORENFREUND, La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017, p. 608 ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 22 : « au niveau des entreprises même, la préférence du législateur demeure fondée, non seulement, sur les engagements internationaux qui s'imposent à lui, mais surtout sur la nécessaire indépendance des « délégués » à l'égard des employeurs, que seuls des groupements de travailleurs dont ils ne contrôlent ni la création, ni le fonctionnement sont à même de garantir ».

l'entreprise, se trouve ainsi être le délégué syndical qui, en grande majorité, demeure la tête de liste des organisations syndicales représentatives⁷⁴⁰.

B. Un interlocuteur controversé

152. Controverse. Le délégué syndical est également un interlocuteur controversé. S'il est sujet à certains griefs notamment vis-à-vis de l'articulation de son pouvoir avec l'instance, il dispose également de certains attributs dans le cadre des négociations.

153. Expérience des délégués syndicaux. Rares seront les délégués syndicaux se présentant aux réunions de négociation de l'accord institutionnel sans jamais avoir négocié auparavant dans l'entreprise. Les délégués syndicaux ont vocation à être familiers avec les processus de négociation, qu'ils répètent généralement, a minima, tous les ans dans le cadre des « NAO »⁷⁴¹. Ils sont, pour la plupart, connaisseurs de l'exercice de la négociation d'entreprise, ce qui est positif pour le déroulé de celle-ci ; ils maîtrisent ainsi généralement les tenants et les aboutissants tant du processus de négociation que du fond de celle-ci. Disposer d'interlocuteurs (salariés et patronaux) qui maîtrisent les fondements de la négociation et son contenu permet d'amoindrir les dangers de la négociation précédemment relevés⁷⁴². Cette connaissance réciproque doit être mise au service de la négociation. Bien connaître les délégués syndicaux permet d'anticiper leurs envies, leurs prises de position ou encore leurs réactions par rapport aux demandes formulées par la direction⁷⁴³. En présence de plusieurs délégués syndicaux, chacun disposera d'un « poids à la signature » différent. La majorité étant requise, il pourra être décidé d'accentuer la négociation avec les syndicats

⁷⁴⁰ S. NIEL, Quelle stratégie pour les élections du CSE ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 17.

⁷⁴¹ « Négociations annuelles obligatoires », V. C. trav., art. L. 2242-1 et s. ; V. B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 953.

⁷⁴² Cela permet également de capitaliser sur l'expérience passée : « *l'analyse des négociations passées est souvent riche d'enseignements* » (F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2).

⁷⁴³ F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « *bien connaître ses interlocuteurs permet de déjouer les pièges et de contrecarrer des arguments connus d'avance* ».

permettant le franchissement du seuil de 50% afin de signer l'accord institutionnel⁷⁴⁴. Ces stratégies de négociation ne peuvent fonctionner qu'en cas de bonnes connaissances des interlocuteurs car elles nécessitent, souvent, une anticipation des comportements et des demandes de chacun⁷⁴⁵.

154. Compétence des délégués syndicaux. Négocier avec les délégués syndicaux peut aussi être facteur de facilitation grâce à leur compétence sur les sujets traités⁷⁴⁶. Ces délégués sont généralement élus sous l'étiquette des grandes organisations syndicales : ils disposent d'un support, au niveau de leur fédération, pour les aider, les accompagner et les éclairer sur les points de droit des différentes négociations⁷⁴⁷. Certaines formations et communications leur permettent également de disposer de nombreuses connaissances⁷⁴⁸. La négociation de l'accord se déroulera alors avec des représentants compétents sur le sujet, aptes à négocier et à saisir les particularités.

155. Des attributs aux controverses. Ces quelques éléments mettent en lumière les intérêts de la négociation avec les délégués syndicaux au sein de l'entreprise. Cette négociation étant hiérarchiquement obligatoire, il convient de s'inspirer des points positifs

⁷⁴⁴ Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, Préparer la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40 : « *vous devez connaître parfaitement le niveau de représentativité de chaque organisation syndicale, afin de mesurer le rapport de force existant entre elles, et de pouvoir trouver les compromis permettant d'atteindre l'accord majoritaire* ».

⁷⁴⁵ S. NIEL, Rénover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24.

⁷⁴⁶ V. sur les supports syndicaux à la négociation : L. DAUXERRE, La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIE, PUAM, 2005, p. 176, n° 243.

⁷⁴⁷ F. BARBE, Les syndicats en France : comment ça marche ?, Cah. Lamy du CSE, févr. 2021, n° 211, p. 22 : « *[le rôle des fédérations nationales] en matière d'appui (technique, juridique, communication interne et externe etc.) apporté aux délégués syndicaux est très important* » ; I. MEFTAH, La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication, Dr. ouvr. 2020, p. 640 : « *en dehors de l'entreprise, le délégué syndical bénéficie de solides appuis intellectuels et matériels au sein des unions syndicales locales ou départementales, voire des fédérations ou confédérations* ».

⁷⁴⁸ De nombreux accords d'entreprise prévoient d'ailleurs des formations spécifiques à destination des délégués syndicaux. Sur le contenu des accords de méthode, Sylvain Niel évoque cette possibilité : « *la négociation d'un tel accord porte sur : [...] les modalités de la formation préalable des négociateurs destinée à leur assurer une meilleure maîtrise des sujets, que cette dernière se déroule, en ligne, avant la première réunion, ou après la mise en place d'un « campus des négociateurs* » » (S. NIEL, Rénover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24) ; E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 258.

pour tenter d'aboutir à une négociation réussie par la signature d'un accord institutionnel. Celle avec les délégués syndicaux est controversée, notamment du fait de la qualité des parties à la négociation.

156. Une légitimité sur l'instance contestable. L'accord institutionnel est un accord collectif particulier⁷⁴⁹. Il est à mi-chemin entre un accord à destination de l'ensemble des salariés de l'entreprise⁷⁵⁰ et un accord ne faisant que régir l'instance⁷⁵¹. Il se situe, dans sa philosophie, entre un accord d'entreprise classique et un règlement intérieur de CSE⁷⁵². La particularité de l'accord invite à s'interroger sur les parties les plus compétentes pour négocier et signer celui-ci. L'accord institutionnel a vocation à régir les attributions et le fonctionnement d'une instance, propre aux élus, sans que les délégués syndicaux ne soient réellement concernés en tant qu'institution⁷⁵³. Il est possible, dans ce cas, de s'interroger sur la nécessité et la légitimité de confier ce pouvoir de négociation aux délégués syndicaux⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359.

⁷⁵⁰ V. sur l'accord institutionnel conclu « dans l'intérêt de la collectivité du personnel » : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 447 ; N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410.

⁷⁵¹ V. sur l'objectif de « configurer » l'instance : F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 229 ; F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 : « le recours à la légitimité institutionnelle convient sans doute s'agissant des accords de configuration du CSE. Tournés vers le fonctionnement de l'institution, de tels actes doivent se recommander de la volonté interne qui s'y dégage » ; I. MEFTAH, La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication, Dr. ouvr. 2020, p. 640.

⁷⁵² G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359 ; Q. MLAPA, D. FONTENEAU, Le règlement intérieur du CSE : seconde bataille ou simple escarmouche ?, Cah. Lamy du CSE mars 2020, n° 201, p. 19 : « entre domaines réservés à l'accord collectif majoritaire, et nouveau champ d'application du règlement intérieur, des interactions entre ces deux textes peuvent créer des zones d'ombre ».

⁷⁵³ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « évoquer la représentation du personnel comme objet de la négociation collective, c'est admettre qu'un accord collectif puisse, par exemple, fixer la procédure présidant au fonctionnement interne d'un groupement doté de la personnalité juridique tel que le comité social et économique (CSE), où se cotoient de manière permanente représentants des salariés et de l'employeur ».

⁷⁵⁴ G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « on peut toutefois considérer que la prééminence ainsi conférée aux syndicats n'avait pas nécessairement sa place ici. En effet, la plupart des accords envisagés ont moins pour objet les droits et intérêts des travailleurs que le fonctionnement interne du comité social et économique et, de ce fait, ses prérogatives propres ».

Ces derniers sont en effet potentiellement déconnectés de l'instance⁷⁵⁵ : ils cumulent la plupart du temps leur mandat de délégué syndical et leur mission d' élu au CSE⁷⁵⁶ ; il se peut cependant qu'en l'absence de quorum obtenu au 1er tour, le délégué syndical ne soit même pas élu au sein de l'instance⁷⁵⁷. Au-delà de ces situations, l'ensemble des élus du second tour ne disposent pas de la maîtrise de la négociation et de la structuration de leur propre instance. Ils sont dépendants des organisations syndicales pour structurer le CSE. Il existe, dans cette situation, un vrai déséquilibre qui n'est pas justifié⁷⁵⁸. L'étiquette syndicale prévaut néanmoins, en raison des principes fondamentaux préalablement exposés⁷⁵⁹, sur la réalité des missions exercées et sur la portée réelle de l'accord institutionnel.

157. Incohérences fonctionnelles. Cette controverse est également relevée par une partie de la doctrine qui pointe ces quelques incohérences fonctionnelles de l'instance : « *il peut apparaître surprenant que les organisations syndicales se voient reconnaître une priorité pour déterminer les modalités de fonctionnement d'une autre instance, en contrariété avec les principes d'indépendance et d'autonomie de chaque instance* »⁷⁶⁰. Il est de nouveau fait écho ici à la particularité de l'accord institutionnel qui vise à établir les modalités de fonctionnement d'une instance déterminée. Il est difficilement envisageable de voir le CSE définir les modalités de fonctionnement des délégués syndicaux ou du comité de groupe par exemple. Cette non-étanchéité entre les acteurs du dialogue social peut paraître surprenante. Il serait plus cohérent de confier directement au CSE, et donc à ses acteurs, le soin de

⁷⁵⁵ V. le risque conflictuel si le CSE n'est pas « le « *reflet* » de l'organisation syndicale qui a négocié l'accord » (L. PEUGNY, Mise en place et fonctionnement du CSE : après le « Questions/ Réponses » encore beaucoup de questions, Cah. Lamy du CSE oct. 2018, n° 185, p. 29).

⁷⁵⁶ T. MORGENROTH, J.-P. TRICOIT, Les relations entre l'institution représentative du personnel et les organisations syndicales, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 ; V. toutefois sur le non-cumul entre membre élu au CSE et représentant syndical au CSE (rôle attribué de droit aux délégués syndicaux dans les entreprises de moins de 300 salariés) : D.-J. PARTURLE, Membre élu du CSE ou représentant syndical au CSE : il faut choisir !, JSL mars 2020, n° 493, p. 17.

⁷⁵⁷ C. trav., art. L. 2314-29.

⁷⁵⁸ V. sur la possibilité d'inviter le secrétaire du CSE aux négociations pour contrer ces difficultés : Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 17.

⁷⁵⁹ V. *supra* n° 149.

⁷⁶⁰ H. TISSANDIER, Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?, Dr. soc. 2015, p. 889.

moduler l'instance selon leurs souhaits, tant sur les attributions que sur le fonctionnement⁷⁶¹. Cependant, cette cohérence est délaissée pour respecter la compétence exclusive des délégués syndicaux en matière de négociation⁷⁶² ; le législateur n'a pas souhaité revenir sur ce principe à l'occasion de la création du comité social et économique⁷⁶³. Il aurait pourtant été permis aux acteurs directs de structurer l'instance selon leurs besoins ; les représentants du personnel sont les plus aptes à définir les règles applicables⁷⁶⁴. L'aspect démocratique l'aurait remporté : un vote à la majorité des membres du CSE, pour approuver l'accord, aurait été plus légitime qu'une signature de délégués syndicaux qui représentent, potentiellement, beaucoup moins les salariés que les autres élus⁷⁶⁵. Par ailleurs, cette approche aurait extrait les débats syndicaux de ces négociations ; cela aurait permis de constater de nombreuses conséquences positives : libre arbitre des parties pour proposer, négocier et signer, pas de « guerre » syndicale visant à se nuire réciproquement, absence de possible contentieux préexistant traitant d'autres aspects du droit syndical... Pourtant, il convient de ne pas faire abstraction d'un point essentiel : l'objet de l'accord institutionnel. Ce dernier contient-il des droits pour les salariés ? Si tel est le cas, il s'agit de la compétence

⁷⁶¹ V. également sur le risque de dissonance entre délégués syndicaux et élus, G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « *il n'est d'ailleurs pas à exclure que les membres du comité social et économique ne partagent pas les choix faits par les délégués syndicaux ; ce qui peut faire naître des litiges sur l'application des stipulations conventionnelles* ».

⁷⁶² G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « *sans doute peut-il être rétorqué que tout cela est à relier au principe constitutionnel de participation et, par voie de conséquence, à la défense des droits et des intérêts des travailleurs* ».

⁷⁶³ J. BENETEAU, Comment négocier un accord d'entreprise ?, Cah. DRH févr. 2018, n° 250, p. 19 : « *les nouvelles règles de négociation collective en entreprise n'ont pas pour objet de restreindre la capacité de négociation exclusive du délégué syndical, lorsqu'il existe* ».

⁷⁶⁴ G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « *il nous semble que le législateur aurait tout aussi bien pu, si ce n'est réserver la négociation de ces accords au comité social et économique, à tout le moins ne pas en faire une négociation subsidiaire. Le comité n'est-il pas le mieux à même, entre autres choses, de déterminer les délais nécessaires à la formulation de ses avis, le contenu, la périodicité et les modalités des consultations* ».

⁷⁶⁵ P.-H. ANTONMATTEI, À propos du développement de la négociation collective, Dr. soc. 1997, p. 164 : « *quel système mieux que l'élection témoigne d'une représentativité réelle ?* » ; N. ANDRE, Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences, Revue Lamy droit des affaires nov. 2019, n° 153, p. 25.

des délégués syndicaux qui ne peut être transférée en leur présence⁷⁶⁶. Or, le contenu de l'accord institutionnel régit des droits pour les salariés : périmètre de la représentation⁷⁶⁷, périodicité de consultation⁷⁶⁸, transmission d'informations aux élus⁷⁶⁹, réalisation d'expertise⁷⁷⁰... Ce droit à la représentation du personnel est un « *droit individuel à exercice collectif* »⁷⁷¹. La logique du législateur peut alors se comprendre : l'accord institutionnel n'a pas exclusivement vocation à régir de manière interne l'instance (le règlement intérieur du CSE suffirait)⁷⁷² ; l'objet même de l'instance est d'être un lieu de transmission entre l'employeur et les salariés, par le biais des représentants⁷⁷³. Les droits des salariés doivent être garantis, c'est le rôle des délégués syndicaux : « *le délégué syndical assure la défense et la protection des intérêts matériels et moraux des travailleurs (et pas seulement les adhérents du syndicat). C'est la raison pour laquelle il est commun d'insister sur les aspects revendicatifs de sa mission qui le distinguerait ainsi de celle du membre élu du comité social et économique* »⁷⁷⁴. Confier au CSE le soin de structurer sa propre instance tout en prenant

⁷⁶⁶ V. notamment s'agissant du pouvoir de revendication « *tendant à l'amélioration de la situation juridique des salariés* » (F. BERGERON-CANUT, F. GAUDU, Droit du travail 2021, Dalloz, 7^{ème} éd. 2021, p. 452) ; V. sur les liens entre négociation et revendication : « *la détermination des négociateurs salariés est au contraire très étroitement réglementée. Cet encadrement légal vise, à l'évidence, à composer une délégation de négociateurs qui, tout en représentant en droit les organisations syndicales, seront en même temps authentiquement représentatifs de la collectivité du personnel ; à tout le moins qu'ils ne lui soient pas étrangers et qu'ils sachent en exprimer les réelles revendications* » (Y. CHALARON, La conduite de la négociation, Dr. soc. 1990, p. 584) ; V. également Y. PAGNERRE, Périmètre de désignation d'un délégué syndical et d'un représentant de section syndicale, JCP S 2016, 1280 : « *la mission exclusive des représentants syndicaux dans l'entreprise est de présenter des revendications* ».

⁷⁶⁷ C. trav., art. L. 2313-2.

⁷⁶⁸ C. trav., art. L. 2312-19.

⁷⁶⁹ V. par exemple C. trav., art. L. 2312-21.

⁷⁷⁰ C. trav., art. L. 2315-78 et s.

⁷⁷¹ I. ODOUL-ASOREY, Principe de participation des travailleurs et droit du travail, Dr. soc. 2014, p. 356.

⁷⁷² J.-P. JACQUIER, La représentation des salariés dans l'entreprise : une réforme nécessaire, Semaine Sociale Lamy mai 2011, n° 1492, p. 8 : « *ces différents entassements ont facilité le développement de ce que l'on qualifie d'institutionnalisation des représentants : des représentants absorbés, volontairement ou non, par le fonctionnement des institutions, au détriment de la nécessité d'impliquer les salariés* ».

⁷⁷³ C. trav., art. L. 2312-8 : « *le comité social et économique a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* » ; V. toutefois sur les difficultés de transmission réelle aux salariés : « *l'élément perfectible reste l'information et la communication du CSE vis-à-vis des salariés. Le lien du CSE avec les salariés reste donc à construire ou à reconstruire* » (O. LAVIOLETTE, La crise du Covid-19 a ouvert une parenthèse qualitative pour le dialogue social, Semaine Sociale Lamy 5 avr. 2021, n° 1948, p. 8).

⁷⁷⁴ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, Droit du travail, LGDJ, 7^{ème} éd. 2020, p. 142.

en considération les droits des salariés est parfaitement cohérent ; cependant, il apparaît difficile de faire abstraction du rôle de revendication et de négociation des délégués syndicaux.

158. Période de négociation inadaptée. Un dernier point délicat concerne le calendrier des négociations. Certaines négociations doivent avoir lieu avant l'engagement des nouvelles élections, notamment s'agissant de la détermination du périmètre des établissements distincts⁷⁷⁵. Dans ce cadre, les représentants en fin de mandat sont amenés à déterminer ces périmètres pour les quatre années à venir⁷⁷⁶, sans être sûr d'être de nouveau représentatif deux mois après⁷⁷⁷. Ce phénomène amplifie la controverse. Les délégués syndicaux peuvent ne plus être légitimes quelques semaines après avoir signé l'accord déterminant le nombre d'établissements dans l'entreprise⁷⁷⁸. Dans ce cas de figure, l'affiliation naturelle entre instance et membres élus est considérablement mise en difficulté⁷⁷⁹. Les délégués syndicaux demeurent malgré tout les interlocuteurs privilégiés pour conclure un accord institutionnel.

⁷⁷⁵ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 34.

⁷⁷⁶ Une réduction jusqu'à deux ans est possible : C. trav., art. L. 2314-34.

⁷⁷⁷ Cela étant, il est vrai que ce sujet « essentiel » requiert une importance particulière. Il est difficilement envisageable de contourner les difficultés de périodicité : « l'ordonnance préfère réserver aux corps intermédiaires que sont les organisations syndicales représentatives la mission de négocier sur des sujets jugés importants, sinon essentiels. S'agissant de la définition du périmètre des institutions et de la définition des établissements distincts, ce privilège laissé aux délégués syndicaux se conçoit d'autant plus qu'il n'est plus nécessaire de se référer aux critères habituels, d'origine jurisprudentielle » (B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204).

⁷⁷⁸ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30 : « dans un premier temps, un accord définit le niveau d'implantation du CSE (périmètre unique ou sur plusieurs établissements). Cet accord est conclu à la majorité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, quel que soit leur résultat lors des futures élections ».

⁷⁷⁹ S. NIEL, Premiers accords relatifs au fonctionnement du CSE, Cah. DRH juill. 2019, n° 266, p. 2 : « après des élections parfois mouvementées avec des représentativités syndicales bouleversées et certains syndicats exclus de la négociation collective, le calme revient dans les entreprises ».

II. L'interlocuteur alternatif en l'absence de délégué syndical : le CSE

159. Légitimité des acteurs subsidiaires. Si les délégués syndicaux gardent la compétence exclusive de la négociation lorsqu'ils sont présents, le législateur a souhaité créer des solutions alternatives en l'absence de tout délégué syndical dans l'entreprise⁷⁸⁰. Il est possible de conférer à un autre acteur le soin de négocier des accords collectifs, le Conseil Constitutionnel ayant reconnu cette faculté⁷⁸¹. Aussi, nul doute que tout acteur ne peut être en mesure de négocier et conclure un accord d'entreprise. La question de la légitimité sera dominante : seuls des acteurs suffisamment légitimes pourront être en mesure de conclure des accords s'imposant à l'ensemble de l'entreprise. Le législateur l'a bien compris : aujourd'hui toute procédure de négociation dérogatoire respecte cette exigence⁷⁸². La légitimité se base sur deux critères alternatifs. Soit il est fait référence aux résultats des élections professionnelles, à l'issue desquelles l'ensemble des salariés électeurs de l'entreprise ont pu déterminer leurs représentants⁷⁸³. Dans ce cas, la légitimité provient du vote des salariés⁷⁸⁴. Soit il est fait application d'une démocratie plus directe en demandant aux salariés d'approuver ou non un accord : il s'agit du référendum d'entreprise⁷⁸⁵. Dans cette situation, la légitimité semble la plus importante puisque les salariés sont appelés à se

⁷⁸⁰ F. BERGERON-CANUT, Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46 : « *la voie est largement ouverte à l'accord d'entreprise, non seulement en raison de l'élargissement du champ du négociable, on vient de le voir, mais également en raison de l'assouplissement des modalités de conclusion des accords en l'absence de délégué syndical et de conseil d'entreprise* ».

⁷⁸¹ Cons. Const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC.

⁷⁸² V. sur la « *légitimité des acteurs substitutifs* » : G. FRANCOIS, Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 1066.

⁷⁸³ N. ANDRE, Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences, Revue Lamy droit des affaires nov. 2019, n° 153, p. 25 : « *les délégués syndicaux, désignés par les syndicats déclarés représentatifs en entreprise suite au vote des salariés, représentent le syndicat en entreprise et défendent les intérêts des salariés devant l'employeur, notamment lors des négociations collectives* ».

⁷⁸⁴ F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction De F. GEA), Dalloz, 2020, p. 112 : « *la logique a consisté à admettre que l'audience obtenue par ces élus suffit à leur conférer la légitimité pour conclure un accord collectif* » ; P.-H. ANTONMATTEI, Négociation collective et CE : vivement demain !, Cah. Lamy du CE oct. 2002, n° 9, p. 16 : « *la crise de la représentativité syndicale favorise aussi les élus. Lorsque la légitimité tend à supplanter la représentativité, l'élection prime naturellement sur la désignation ou sur les effectifs syndicaux et responsabilise plus fortement les acteurs* ».

⁷⁸⁵ V. le dossier « Le référendum dans l'entreprise : nouveau mode de dialogue social ? » in Dr. soc. 2018, p. 404 et s. ; B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ?, Dr. soc. 1998, p. 338.

prononcer directement, sans passer par l'intermédiaire de leurs représentants⁷⁸⁶. Cependant, certains reprochent à ce mode de validation de laisser des salariés choisir tout en demeurant sous la pression de leur employeur⁷⁸⁷. Les représentants du personnel présentent cette particularité d'être protégés et donc plus libres d'orienter leurs propos et leurs combats, même frontalement à l'encontre de l'employeur⁷⁸⁸. Le référendum d'entreprise ne sera utilisé, dans le cadre de l'accord institutionnel, que dans des cas infinitésimaux⁷⁸⁹ : c'est le CSE qui dispose principalement de la possibilité de négocier et de conclure directement les accords institutionnels en l'absence de délégué syndical⁷⁹⁰. Sa légitimité, tirée du vote des salariés, est bien présente ; au-delà c'est sa légitimité liée au thème de l'accord institutionnel qui est consacrée (A.). Les carences du législateur demeurent importantes, notamment s'agissant du déroulé des négociations avec l'instance (B.).

A. La légitimité du recours au CSE

160. Rejet de la négociation dérogatoire de droit commun. Dans l'ordre classique des modalités de négociation alors en vigueur en 2017, la négociation dérogatoire de droit commun aurait pu trouver sa place en l'absence de délégué syndical. Contrairement à ce qui aurait pu être imaginé, le législateur n'a pas choisi de se référer à l'existant⁷⁹¹ : « *désormais, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, l'aménagement conventionnel est*

⁷⁸⁶ Il s'agit d'une « *démocratie directe* » (N. ANDRE, Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences, Revue Lamy droit des affaires nov. 2019, n° 153, p. 25).

⁷⁸⁷ B. DABOSVILLE, Le referendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale, Dr. ouvr. 2019, p. 432.

⁷⁸⁸ Même si pour certains c'est le syndicalisme, et non l'élection, qui permet au mieux de garantir l'indépendance. V. à ce sujet : N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 ; E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 258.

⁷⁸⁹ V. *infra* n° 370.

⁷⁹⁰ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 04/2019, p. 235 ; V. sur les interrogations de la mention expresse de « *l'absence de délégué syndical* » dans la loi : N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410.

⁷⁹¹ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *remarquons aussi que, s'agissant du CSE, la loi fait référence aux accords collectifs majoritaires au sens de l'article L. 2232-12, alinéa 1 du Code du travail (et donc exclusion faite de l'accord référendaire) et, en l'absence d'accord et de délégué syndical, à l'accord collectif conclu entre l'employeur et le CSE adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité (C. trav., art. L. 2313-3). Les voies alternatives semblent écartées* ».

possible par la conclusion de l'accord avec le CSE »⁷⁹². Il s'agit d'une des nouveautés importantes issues des ordonnances Macron : la création d'une nouvelle modalité dérogatoire pour conclure des accords en l'absence de délégués syndicaux⁷⁹³. Ce choix peut paraître surprenant : le mécanisme de la négociation dérogatoire était en vigueur depuis quelques années et avait subi diverses modifications législatives afin de le rendre plus ouvert aux entreprises⁷⁹⁴. Pourquoi le législateur a-t-il fait abstraction de cette faculté ? Une des réponses peut se trouver dans la complexité de la négociation dérogatoire. Celle-ci est lourde à mettre en œuvre⁷⁹⁵ : obligation de respecter une subsidiarité dans les modalités applicables⁷⁹⁶ (supprimée toutefois dans les entreprises de moins de 50 salariés⁷⁹⁷), nombre important d'acteurs en jeu (jusque 3 acteurs peuvent être mobilisés pour une même négociation : un mandataire, un négociateur et un « approbateur »)⁷⁹⁸ et limitations des thèmes de négociation accessibles⁷⁹⁹ (aujourd'hui toutefois cette condition a quasiment disparu de la négociation dérogatoire⁸⁰⁰). La logique du législateur est différente s'agissant du CSE : la négociation entre l'employeur et le CSE est simple, rapide et efficace⁸⁰¹.

⁷⁹² S. BEAL, M. MARGUERITE, Relations collectives de travail, Le comité social et économique : attributions, JCP E 2017, 1587.

⁷⁹³ En effet, désormais le CSE peut intervenir dans les négociations sous le cadre de « 3 sous-catégories » : « *l'accord conclu avec le CSE est une catégorie qui se subdivise en trois sous-catégories* » (B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204).

⁷⁹⁴ V. *infra* n° 169.

⁷⁹⁵ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235 : « *le législateur a pensé les faciliter en prévoyant une négociation subsidiaire avec le CSE (et non les élus), plus commode que les modes de négociation dérogatoire applicables dans le cadre du « droit commun » de la négociation collective* ».

⁷⁹⁶ B. TEYSSIE, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112.

⁷⁹⁷ Ord. n° 2017-1718, 20 déc. 2017, art. 1, JO n° 297, 21 déc. 2017 ; C. trav., art. L. 2232-23-1.

⁷⁹⁸ V. sur la difficulté pour les entreprises de « *déterminer l'interlocuteur compétent en leur sein* » (E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 197).

⁷⁹⁹ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 197.

⁸⁰⁰ Excepté à l'article L. 2232-25 du Code du travail pour la négociation avec des élus non-mandatés dans les entreprises de plus de 50 salariés : « *cette négociation ne porte que sur les accords collectifs de travail relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs mentionnés à l'article L. 1233-21* » (C. trav., art. L. 2232-25).

⁸⁰¹ Ce fut l'un des enjeux mentionnés dans l'exposé des motifs des Ordonnances « Macron » de 2017 : « *simplifier et renforcer le dialogue économique et social et ses acteurs, notamment au travers d'une refonte du paysage des institutions représentatives du personnel, plus en phase avec la réalité des entreprises et les enjeux de transformation dont elles ont à débattre* » (Exposé des motifs, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social n° 2017-1340 du 15 septembre 2017).

161. Cohérence pratique. Par ailleurs, qui de plus concerné que le CSE lui-même pour administrer et structurer sa propre instance ?⁸⁰² Le législateur a opté pour un choix de cohérence pratique, il a adapté la norme afin de permettre aux acteurs directement concernés d’agir dans le cadre d’une négociation dérogatoire innovante en l’absence de délégué syndical⁸⁰³. Il aurait été difficilement compréhensible de voir un salarié non-élu mandaté négocier un accord institutionnel pour ensuite le soumettre à référendum. Le CSE a donc été choisi pour négocier sur le fonctionnement et les attributions de sa propre instance⁸⁰⁴. Ce choix cohérent ne peut qu’être approuvé, même si les délégués syndicaux demeurent prioritaires.

B. Les difficultés pratiques de négociation

162. Difficultés pratiques - les négociateurs. Le CSE sera directement, en tant qu’instance, partie à l’accord institutionnel⁸⁰⁵. L’application de ce nouveau dispositif soulève toutefois quelques difficultés⁸⁰⁶. Les textes ne prévoient pas les personnes amenées à participer aux négociations, seules sont prévues les modalités de conclusion des accords : « *en l’absence de délégué syndical, un accord entre l’employeur et le comité social et économique, [peut être] adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité* »⁸⁰⁷. Il est ainsi difficile de déterminer les acteurs de la négociation ; cette information est pourtant essentielle à l’appréhension et à la maîtrise du processus

⁸⁰² G. AUZERO, R. CHISS, L’expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « *le comité n’est-il pas le mieux à même, entre autres choses, de déterminer les délais nécessaires à la formulation de ses avis, le contenu, la périodicité et les modalités des consultations ?* ».

⁸⁰³ P.-H. ANTONMATTEI, D. CHENU, G. FRANÇOIS, M. MORAND, C. NEAU-LEDUC, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT, Réformer du code du travail : le comité social et économique, RJS 4/2018, p. 263.

⁸⁰⁴ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 447 : « *le CSE devient à la fois l’une des parties à l’accord et son objet ou son bénéficiaire* ».

⁸⁰⁵ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235 : « *la partie à l’accord est le CSE et non ses membres (à la différence de la négociation dérogatoire)* » ; F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 ; D’où la recherche de « *l’expression d’une volonté propre à l’institution* » (G. AUZERO, R. CHISS, L’expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271).

⁸⁰⁶ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235 : « *on reste aussi quelque peu circonspect sur les modalités de la négociation* ».

⁸⁰⁷ V. par exemple sur la négociation sur les consultations récurrentes : C. trav., art. L. 2312-19.

d'accord institutionnel⁸⁰⁸. Dès lors, qui participe aux négociations : le CSE dans son ensemble ? Lors de sessions exceptionnelles ou des réunions ordinaires ? Simplement certains élus ? Comment les identifier ?⁸⁰⁹ Un CSE peut être composé d'un nombre important d'élus : la négociation en séance pourrait s'avérer très délicate. Chacun pourrait souhaiter participer aux débats, au risque de rendre impossible toute négociation. La crainte est affichée ; elle doit toutefois être combattue par divers arguments pratiques.

163. Nombre limité d'élus. Tout d'abord, peu nombreuses seront les instances composées de nombreux élus où aucun délégué syndical n'aura été désigné. Plus le nombre d'élus est important, plus la probabilité est forte de voir des organisations syndicales implantées dans l'entreprise⁸¹⁰. Il se peut que l'entreprise, une grande PME sans organisation syndicale implantée, dispose d'élus non étiquetés ; les cas seront plus rares : ils demeurent possibles.

164. Délégations dédiées à la négociation - opportunités et accord. La seconde possibilité, à laquelle il sera vraisemblablement recouru, consiste à définir des délégations susceptibles de participer aux réunions de négociation⁸¹¹. Là encore, l'absence de précision du législateur crée des difficultés puisqu'aucune règle n'a été établie à ce sujet. Il semble pertinent d'obtenir un accord avec le CSE pour définir les élus composant les délégations. L'accord peut être écrit, à travers un accord de méthode par exemple⁸¹². Cependant, en l'absence de délégué syndical, il paraît difficile d'obtenir la signature d'un tel accord avant

⁸⁰⁸ D. CHENU, M. MORAND, CSE : observations et suggestions sur les 100 questions-réponses, Semaine Sociale Lamy mai 2018, n° 1816, p. 2 : « *les conditions dans lesquelles ces accords peuvent être conclus interrogent, notamment quant à l'identité des parties à la négociation* ».

⁸⁰⁹ G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271.

⁸¹⁰ Le nombre d'élus étant proportionné au nombre de salariés présents dans l'entreprise, il convient de reprendre les chiffres précédemment énoncés sur la présence de délégués syndicaux selon la taille de l'entreprise pour constater que cette situation sera rare (V. *supra* n° 145).

⁸¹¹ G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « *dans la mesure où l'accord doit être adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique, il est exclu que ces mêmes membres donnent délégation de pouvoir à l'un d'entre eux pour consentir à l'accord. En revanche, il nous semble qu'un délégué de pouvoir pourrait être désigné aux fins de négocier l'accord* ».

⁸¹² V. pour une définition, A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80 : « *un accord de méthode de négociation est un accord sur les règles de conduite de la négociation se présentant comme le moyen d'accroître les chances de conclure efficacement, c'est-à-dire de mener un dialogue réel et constructif et de parvenir à un résultat satisfaisant toutes les parties à la négociation* ».

même la première négociation se déroulant sous ce format. Les accords de méthode nécessitent un dialogue social mature et reposent souvent sur l'expérience des parties⁸¹³. Il devrait donc être plutôt rare de rédiger un accord de méthode avec les élus du CSE, sauf à imaginer que confrontées à cette difficulté, anticipée en amont, les parties acceptent de régir les règles applicables au sein d'un accord de méthode⁸¹⁴. Une autre possibilité « d'accord » écrit est envisageable : le règlement intérieur du CSE⁸¹⁵. Il pourrait être cadré, dès le départ, les modalités exactes du processus de négociation au sein du règlement intérieur. Si ce n'est pas vraiment son objet - bien qu'il régit les règles de fonctionnement interne du comité⁸¹⁶ - il permet d'obtenir une approbation collective pour la mise en place d'une délégation d'élus. Le règlement intérieur du CSE est généralement adopté lors de la première ou de la deuxième réunion : l'articulation avec d'éventuelles négociations postérieures sur l'instance ne devrait pas poser de difficultés⁸¹⁷. Enfin, l'accord peut également être oral. Il conviendrait alors de s'accorder, avec les élus, sur la manière de procéder s'agissant de la conduite des négociations de l'accord institutionnel⁸¹⁸. Certes, « *la plume est servie et la parole est libre* » mais l'oral peut permettre de débloquer certaines situations ou bien d'appliquer des principes respectés par tous. L'essentiel repose sur la qualité du dialogue social et sur la confiance réciproque des parties⁸¹⁹.

165. Détermination pratique de la délégation d'élus. Une question sous-jacente se pose : quel principe retenir pour l'établissement des délégations d'élus amenés à négocier ? La

⁸¹³ J. BARTHELEMY, L'accord de méthode de la négociation collective, Cah. DRH juil 2001, n° 40, p. 20 ; S. NIEL, Renouer le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24.

⁸¹⁴ Singulariser ses relations est une idée « innovante » : « *par la négociation d'un accord de méthode, portant sur les règles de conduite de la négociation, l'entreprise peut singulariser non seulement le processus de négociation mais aussi le contenu des négociations. Singulariser, par rapport au schéma légal, c'est déjà innover. Et si quelques difficultés au stade de leur mise en œuvre peuvent être relevées, elles ne doivent pas constituer un frein à la conclusion de tels accords, incontestablement vecteurs d'innovations* » (A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80).

⁸¹⁵ C. trav., art. L. 2315-24.

⁸¹⁶ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 793.

⁸¹⁷ C. ARANDA, V. CORREIA, Tenir la première réunion, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 52.

⁸¹⁸ V. s'agissant des « accords de méthode », G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 323 : « *il pouvait s'agir d'un accord informel* ».

⁸¹⁹ A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80.

règle d'une répartition proportionnelle ou plurielle par organisation syndicale aurait pu sembler cohérente. Rares seront les situations dans lesquelles des organisations syndicales seront présentes (puisque l'absence de délégué syndical est requise)⁸²⁰. Dès lors, comment organiser concrètement ces réunions de négociation en présence de plusieurs élus du second tour ?⁸²¹ Deux hypothèses se présentent. Si les candidats se sont regroupés sur quelques listes, la solution la plus simple est de permettre à ces dernières de présenter certains de leurs élus proportionnellement au nombre de voix. Cela permettra de limiter le nombre de participants et de respecter le poids de chacun. En revanche, si l'instance est composée de candidatures uniques, il est délicat, pour le dialogue social, d'exclure des « petits élus » du processus de négociation. Les juges risquent de considérer que la négociation, loyale, doit se tenir avec l'instance partie à l'accord⁸²². Il s'agit d'un accord conclu avec le CSE ; si toute l'instance n'est pas aux négociations (hors présence d'un accord écrit ou oral portant sur les délégations) alors les juges devraient estimer que l'exclusion de certains membres élus est de nature à rendre illicite l'accord institutionnel⁸²³.

166. Possibilité de soumettre à adoption un projet réalisé unilatéralement par l'employeur ? La question se pose malgré tout de l'obligation ou non de procéder à une phase de négociation⁸²⁴. Si les juges peuvent s'alerter d'une sélection unilatérale des négociateurs, qu'en serait-il si l'employeur propose un projet unilatéral au CSE pour validation et donc « signature » de l'accord ? La question se pose à la lecture du texte du

⁸²⁰ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 244, n° 413.

⁸²¹ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : « l'absence de délégué syndical nous renvoie à l'hypothèse d'un CSE composé d'élus du second tour, issus de candidatures libres » ; M. POIRIER, Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 relatif à la politique contractuelle, Dr. ouvr. 1996, p. 311 : « les représentants élus dans les PME le sont souvent au second tour » ; C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 280.

⁸²² A. DUPAY & alii, Le Lamy Social, Établissements distincts - Comment négocier avec le CSE ?, 2020, n°4326 : « bien que le texte ne le dise pas expressément, il est logique de penser que la négociation a lieu en séance plénière, selon les règles normales de fonctionnement du CSE ».

⁸²³ V. par exemple s'agissant de la nullité prononcée à l'encontre d'un accord conclu en présence de délégués syndicaux où l'ensemble des organisations syndicales représentatives n'ont pas été conviées : Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : D. 2008. 442, obs. G. BORENFREUND, F. GUIOMARD, O. LECLERC, E. PESKINE, C. WOLMARK, A. FABRE et J. PORTA ; Dr. soc. 2008. 182, chron. P.-H. ANTONMATTEI ; RDT 2008. 188, obs. M.-A. SOURIAU.

⁸²⁴ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « or, admettre dans le cadre du CSE, qu'un accord puisse être négocié soulève des questions redoutables sur les frontières du négocié et du délibéré ».

Code du travail : « *un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité* »⁸²⁵. Il est question d'adoption, ce qui peut être la suite de l'établissement d'un document unilatéral ; cela pourrait annihiler les interrogations liées au négociateur⁸²⁶. Toutefois, s'agissant des délégués syndicaux, la Cour de Cassation refuse une telle pratique⁸²⁷. La notion d'accord, présente dans le texte, semble rendre implicite l'existence de négociations préalables⁸²⁸. Il semble donc risqué, si un contentieux en annulation est susceptible de se déclencher, de procéder ainsi, sauf à permettre, durant la réunion, à chacun de s'exprimer et de pouvoir modifier l'accord soumis unilatéralement à signature⁸²⁹.

167. Conclusion. La complexité des situations doit donc être analysée en amont afin de trouver la solution la plus efficace pour garantir la sérénité du dialogue social et le déroulé

⁸²⁵ V. par exemple : C. trav., art. L. 2312-19.

⁸²⁶ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50 : « *telle est la modalité subsidiaire de conclusion – mais l'on pourrait tout aussi bien dire d'adoption – de l'accord* » ; C'est le risque pour certains auteurs des négociations en l'absence de délégué syndical, V. A. SUPIOT, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. soc. 1989, p. 195 : « *le risque d'une négociation en trompe-l'œil, qui donne seulement une formation conventionnelle à des règles élaborées unilatéralement par l'employeur* ».

⁸²⁷ Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080 : l'analyse de cet arrêt effectué par certains auteurs démontre l'importance de la loyauté dans la négociation, ce qui implique, a minima, la tenue d'une vraie négociation et, implicitement, pas une simple proposition de signature. Ainsi, « *on comprend en tout état de cause l'importance de la convocation systématique de l'ensemble des parties à toute réunion mais aussi à tout échange informel, à tout le moins lorsqu'il est susceptible d'avoir une influence directe sur l'issue des négociations (par exemple, des échanges bilatéraux au cours d'une réunion de signature). [...] La nullité de l'accord est encourue si les parties n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature* ». La négociation par la discussion et la possibilité d'agir sur l'accord proposé doivent donc être des composantes essentielles de la réunion, sans quoi les juges seraient en mesure de déclarer la nullité de l'accord collectif signé par les parties (S. BEAL, C. TERRENOIRE, Du respect des prérogatives de négociation des partenaires sociaux, JCP S 2017, 1183).

⁸²⁸ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 04/2019, p. 235 : « *les réunions de négociation (nécessaires sans que l'on sache si elles s'imputent sur les heures de délégation ou pas)* » ; J.-P. TRICOIT, La négociation collective et la représentation du personnel, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782.

⁸²⁹ G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271 : « *il y a même lieu de penser que le vote doit être précédé sinon d'une phase de négociation avec l'ensemble des élus titulaires, à tout le moins d'un temps de discussion collective au cours d'une réunion dédiée* ».

des négociations. L'opportunité d'établir des délégations, comme le prévoient les textes pour les délégués syndicaux⁸³⁰, semble être la solution la plus acceptable pour tous⁸³¹.

§2. Une multitude d'acteurs au service de la négociation

168. Développement de la négociation pour toutes les entreprises. Les partenaires à la négociation sont multiples⁸³². Cette évolution est contemporaine ; elle puise son origine dans le développement de la négociation dérogatoire durant les années 2000⁸³³. La volonté du législateur repose sur divers fondements ; il s'agit principalement d'offrir à toutes les entreprises la possibilité de négocier⁸³⁴. Cet objectif a gagné en importance au fil des années, jusqu'à s'insérer aujourd'hui au sein du droit de la représentation du personnel⁸³⁵. Il s'agit d'un choix de politique gouvernementale et législative⁸³⁶. Les entreprises se sont-elles

⁸³⁰ Par exemple via la désignation de coordonnateurs syndicaux de groupe, dans le cadre des accords de groupes. Ces derniers sont choisis parmi les délégués syndicaux des entreprises composant ce groupe : « pour la négociation en cause, les organisations syndicales de salariés représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de cet accord peuvent désigner un ou des coordonnateurs syndicaux de groupe choisis parmi les délégués syndicaux du groupe et habilités à négocier et signer la convention ou l'accord de groupe » (C. trav., art. L. 2232-32, al. 2).

⁸³¹ V. sur l'intérêt de ces clauses portant sur les délégations : « pour finir, l'accord de méthode général peut comporter des clauses relatives aux délégations de négociation. Elles sont à la fois au service de l'équilibre et de la loyauté des négociations » (A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80).

⁸³² V. *supra* n° 144.

⁸³³ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 400 et s.

⁸³⁴ C'était l'un des enjeux de la « Position commune » de 2008. V. à ce sujet M. MORAND, L'évolution du droit de la négociation collective depuis la loi du 20 août 2008, Cahiers de droit de l'entreprise janv. 2011, n° 1, doss. n° 2 : « il fallait donc faire autrement pour combler toutes les interstices possibles de la négociation d'entreprise, permettre à toutes les entreprises, quelles que soient leurs tailles et l'organisation de la représentation du personnel, de négocier. Ainsi, la loi de 2008 reprenant en cela presque intégralement la Position commune d'avril 2008 crée un véritable droit à la négociation en l'absence de délégués syndicaux dont la finalité et les modalités varient selon la configuration de la représentation du personnel dans l'entreprise » ; V. également sur la volonté d'éviter un « vide conventionnel » : Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 200 ; V. également « Les interlocuteurs de la négociation » in Cah. DRH déc. 2000, NS22, p. 33 : « les organisations syndicales ayant le monopole de la négociation, cette situation a pour conséquence l'impossibilité de toute négociation au niveau de l'entreprise. D'où l'idée de permettre d'autres modalités de négociation pour ces entreprises ».

⁸³⁵ G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24.

⁸³⁶ V. sur l'analyse de cette « philosophie » politique : F. GEA, Introduction au dossier « Négocier » in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 19.

saisies, lors de la dernière décennie, des opportunités de négociation dérogatoire sur le fondement de droit commun ? Quelles conséquences peuvent avoir ces premières constatations sur l'accueil réservé par les entreprises à l'accord conclu « *entre l'employeur et le CSE* »⁸³⁷ ? La réglementation étant quelque peu différente s'agissant de cette négociation, il conviendra de s'interroger sur l'impact de cette « *émancipation* »⁸³⁸ ; les entreprises seront-elles plus disposées à user de la méthodologie dérogatoire⁸³⁹ ? Si le constat est positif et semble garantir à tous une opportunité d'adapter la norme conventionnelle (I.), cette multitude demeure toutefois soumise à quelques limites, notamment d'ordre juridique et personnel (II.). Il conviendra de s'interroger sur cette situation : offre-t-elle un niveau de garanties suffisantes s'agissant du sérieux de ces négociations et de leur réussite opérationnelle et juridique ?

I. La négociation ouverte à toutes les entreprises

169. Ouverture universelle. Le législateur souhaite permettre à l'ensemble des entreprises contraintes de mettre en place une représentation du personnel de pouvoir adapter la norme conventionnelle⁸⁴⁰. Structurer le CSE permet de l'adapter aux réalités, besoins et souhaits exprimés par les partenaires sociaux⁸⁴¹. Cette volonté du législateur n'est pas nouvelle. Déjà en 2016, le législateur avait insisté sur l'isolement des PME et des TPE⁸⁴² dans le champ de la négociation collective⁸⁴³ : « *de nombreuses petites et moyennes*

⁸³⁷ Accord conclu par exemple pour aménager la périodicité des consultations récurrentes : C. trav., art. L. 2312-19.

⁸³⁸ T. MORGENROTH, J.-P. TRICOIT, Les relations entre l'institution représentative du personnel et les organisations syndicales, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782.

⁸³⁹ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235 : « *le législateur a pensé les faciliter en prévoyant une négociation subsidiaire avec le CSE (et non les élus), plus commode que les modes de négociation dérogatoire applicables dans le cadre du « droit commun » de la négociation collective* ».

⁸⁴⁰ Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 19-20.

⁸⁴¹ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH 2018, p. 2.

⁸⁴² V. D. n° 2008-1354, 18 déc. 2008 : les TPE (« microentreprises ») sont composées d'un effectif inférieur à 10 personnes avec un chiffre d'affaires ou un bilan annuel n'excédant pas 2 millions d'euros ; une PME dispose d'un effectif inférieur à 250 personnes et le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou le total de bilan n'excède pas 43 millions d'euros.

⁸⁴³ F. CANUT, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, Dr. soc. 2017, p. 1035.

entreprises (PME) et très petites entreprises (TPE) n'ont pas de délégué syndical pour conclure des accords. La loi leur donne dans ce cas la possibilité de négocier avec des salariés mandatés, mais restreint aujourd'hui le champ de cette négociation aux seuls dispositifs dont la loi a subordonné la mise en œuvre à un accord collectif. Autrement dit, il n'est pas possible de négocier avec un salarié mandaté sur tous les sujets du code du travail. Cette règle n'est pas adaptée à la situation de nombreuses PME et TPE qui souhaitent bénéficier des souplesses ouvertes par la négociation significativement renforcées par cette loi. Dans un contexte où le droit va renvoyer de plus en plus à la négociation collective, il est essentiel qu'elles puissent y recourir beaucoup plus largement »⁸⁴⁴. Ce constat avait conduit le législateur à élargir les modalités de la négociation dérogatoire⁸⁴⁵. Deux orientations avaient justifié ces évolutions : l'évolution de la hiérarchie des normes et la progression requise du champ du négociable⁸⁴⁶. Ces orientations et leurs justifications trouvent également à s'appliquer dans le cadre du CSE⁸⁴⁷.

170. L'évolution de la hiérarchie des normes fondée sur l'adaptabilité de la norme.

Le milieu des années 2010 a été marqué par le développement important de la place de la négociation d'entreprise au sein de la hiérarchie des normes ; le législateur a souhaité offrir aux entreprises la faculté d'adapter la norme conventionnelle aux réalités de l'entreprise⁸⁴⁸. Cette politique a été menée afin de redonner du pouvoir et des facultés à celles-ci dans l'optique de parvenir à renforcer leur compétitivité et leur attractivité, notamment aux fins

⁸⁴⁴ Étude d'impact, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 112.

⁸⁴⁵ L. n° 2016-1088 du 8 août 2016.

⁸⁴⁶ M. CHAPRON, P. UMBACH-BASCONE, La loi du 8 août 2016 et la place prépondérante de l'accord d'entreprise : du mythe à la réalité, JCP S 2016, 1368 ; F. FAVENNEC-HERY, L'articulation de la loi avec les accords collectifs, JCP S 2016, 1148.

⁸⁴⁷ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631 : « *l'adaptabilité des normes par accord collectif est dans la veine du droit contemporaine. Le CSE n'échappe pas à cette tendance de fond* » ; G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70.

⁸⁴⁸ H. TISSANDIER, Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs, RDT 2016, p. 794 ; F. GEA, Un nouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 21 et s.

de favoriser la productivité et l'emploi des salariés⁸⁴⁹. La négociation sur le CSE n'emporte pas réellement de conséquences sur la productivité de l'entreprise ; en revanche, l'adaptation de l'instance aux réalités de l'entreprise dispose de certains atouts⁸⁵⁰. Celle-ci suit la philosophie initiée précédemment par la loi « Travail » de 2016, la norme d'entreprise prévaut et est la plus pertinente pour développer le statut collectif et la structure de l'instance⁸⁵¹. Cette réforme a particulièrement bien été accueillie par les entreprises ; ce qui a justifié le déploiement de la « conventionalité du CSE » en 2017⁸⁵². Au-delà, ce sont les modalités de négociation au sein des entreprises qui se sont développées : le « *serpent de mer* »⁸⁵³ de la négociation dérogatoire a enfin trouvé un régime adapté⁸⁵⁴.

171. Cohérence évolutive. En effet, cette ouverture à la norme conventionnelle était conditionnée par l'ouverture plus globale de la négociation d'entreprise⁸⁵⁵. Donner un poids

⁸⁴⁹ V. s'agissant des limites de l'accord de branche, Étude d'impact, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 24 : « *toutefois, s'appuyer sur l'accord de branche qui fixe les mêmes règles pour toutes les entreprises de la branche quelle que soit leur taille ne permet pas à ces TPE et à ces PME d'adapter les normes qui leur sont applicables au plus près des réalités du terrain. En effet, les normes fixées par la branche sont dans certains cas peu adaptées au fonctionnement d'une petite entreprise. Il est donc nécessaire, pour répondre aux besoins des petites entreprises, de favoriser le développement du mandatement, qui leur ouvre la possibilité de négocier des accords d'entreprise ; de leur permettre de s'appuyer sur des accords types conclus au niveau de la branche comprenant des dispositions spécifiques pour les petites entreprises et, enfin, de leur permettre de moduler plus facilement le temps de travail* ». V. également sur l'adaptation aux réalités de toutes les entreprises, p. 27 : « *afin de donner aux entreprises les moyens de s'adapter rapidement aux contraintes de leur environnement, le but du projet de loi est d'assurer une plus grande proximité entre la norme et ceux qui la définissent, et de prévoir la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, dans le respect de l'ordre public* ».

⁸⁵⁰ V. *supra* n° 117 et s.

⁸⁵¹ J.-P. TRICOIT, La négociation collective et la représentation du personnel, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 : « *il a pu être question d'une inversion de la hiérarchie des normes en droit du travail. En réalité, c'est à une inversion de la place et des rôles tenus par les acteurs du monde du travail à laquelle les ordonnances « Macron » ont procédé. La négociation collective, si elle n'est pas à l'origine du CSE, assure néanmoins une modulation de son fonctionnement et de son champ d'action* ».

⁸⁵² J.-P. TRICOIT, Rapport de synthèse, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 : « *les ordonnances « Macron » sont une réforme en profondeur des institutions du droit du travail [...] elles parachèvent le rôle central de la négociation collective dans les relations de travail* ».

⁸⁵³ J.-E. RAY, Trois rapports, pour quelle refondation ?, Dr. soc. 2016, p. 410.

⁸⁵⁴ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 128 : « *l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective pose les derniers éléments de cette construction* ».

⁸⁵⁵ F. FAVENNEC-HERY, Les PME dans les ordonnances Macron, Dr. soc. 2018, p. 46 : « *à l'heure où priorité est donnée à la source conventionnelle, au moment où une prévalence est accordée à l'accord d'entreprise, les PME pouvaient-elles rester orphelines ? Il fallait passer de la régulation empirique existant dans de nombreuses petites entreprises à un type de négociation ou d'accord dérogatoire* ».

plus important à l'accord d'entreprise sans ouvrir le champ de la négociation au-delà des entreprises bénéficiant de délégués syndicaux aurait favorisé les plus grandes entreprises ; seules celles-ci auraient bénéficié de la faculté d'adapter les normes au sein de l'entreprise⁸⁵⁶. Cette conséquence n'était pas admissible pour les pouvoirs publics puisque les PME et les TPE, déjà confrontées à la concurrence des plus grandes entreprises, auraient subi une situation de « concurrence déloyale » en ne disposant pas de la faculté d'adapter la norme conventionnelle au sein de leur entreprise⁸⁵⁷. Les PME et TPE sont parmi les entreprises les plus désireuses d'adapter la norme applicable notamment en raison d'une productivité plus limitée et d'une plus forte exposition aux variations économiques⁸⁵⁸ : « *la situation n'est pas la même dans un grand groupe ou dans une PME* »⁸⁵⁹. L'ouverture de la négociation, comme en témoigne l'étude d'impact de 2016, leur était donc principalement destinée⁸⁶⁰ ; cette volonté s'est vue concrétisée par le développement de la négociation dérogatoire⁸⁶¹. Cette politique a suivi des objectifs similaires dans le cadre des ordonnances

⁸⁵⁶ L'absence de délégué syndical dans l'entreprise n'est pas de la responsabilité de l'employeur. V. toutefois les développements de ces auteurs sur l'absence de syndicalisation dans les PME : J. BARTHELEMY, G. CETTE, Réformer le droit social, Dr. soc. 2016, p. 400.

⁸⁵⁷ M. MORAND, P.-Y. VERKINDT, La négociation d'un accord d'entreprise avec des élus, JSL mars 2009, n° 251, p. 4 : « *tant que le droit conventionnel n'était qu'un droit d'« appoint », il était encore possible de se satisfaire de l'existence d'un socle légal ou réglementaire pour définir les droits et les obligations des parties à la relation de travail et de considérer que l'essentiel étant acquis, les avantages conventionnels pourraient varier fortement d'une branche à l'autre, et à l'intérieur d'une même branche d'une entreprise à l'autre. Mais dès l'instant où une redistribution des sources du droit du travail était opérée en faveur de la source conventionnelle et spécialement en faveur de la négociation d'entreprise, il devenait plus difficile d'accepter une situation où les entreprises disposant d'une délégation syndicale pouvaient engager une négociation (parfois condition d'accès à des exonérations de charges sociales) tandis que d'autres (notamment celles dont l'effectif n'atteignait pas cinquante salariés) devaient se contenter de l'application des normes légales* ».

⁸⁵⁸ J.-C. JAVILLIER, Faut-il déréglementer les relations de travail ?, D. 1995, p. 344 ; J. BARTHELEMY, Plaidoyer pour la convention collective d'entreprise, Cah. DRH avr. 2017, n° 241, p. 43.

⁸⁵⁹ J. BARTHELEMY, G. CETTE, Réformer le droit social, Dr. soc. 2016, p. 400.

⁸⁶⁰ V. sur les mesures en faveur des PME aujourd'hui : B. BOSSU, Un droit du travail adapté aux PME/TPE ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 485.

⁸⁶¹ P. ADAM, La négociation collective sans délégué syndical in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 119 : « *il est dans les discours politiques de notre temps sur le travail (et son marché) deux priorités : promouvoir la négociation collective (singulièrement celle d'entreprise) et soutenir l'activité, le développement, la compétitivité, des TPE-PME. Ces deux axes d'action, qui innervent la réforme par ordonnances du droit du travail engagée au premier jour de l'automne 2017 entretiennent des rapports étroits* ».

« Macron » de 2017⁸⁶² ; en effet, les PME sont directement concernées par ces évolutions⁸⁶³. Elles disposent pour la majorité d'une représentation du personnel soumise aux prérogatives d'attribution et de fonctionnement « renforcées »⁸⁶⁴ ; elles sont donc directement concernées par les besoins d'adaptation de l'instance. De plus petites tailles que les grandes entreprises, elles disposent de moins de moyens et recherchent une plus grande adaptabilité de leurs obligations, notamment liées à la représentation du personnel⁸⁶⁵. Ces propos poursuivent l'objectif recherché par le législateur : offrir à ces entreprises la possibilité de négocier, peu important la présence de délégué syndical. Ainsi, l'importante place accordée à l'accord institutionnel par les Ordonnances « Macron » de 2017⁸⁶⁶ pour permettre aux entreprises d'adapter la structure de leur représentation du personnel a contraint le législateur à prévoir des modalités de négociation dérogatoires en l'absence de délégués syndicaux : est né l'« accord conclu entre l'employeur et le CSE »⁸⁶⁷.

172. Analyse chiffrée. La nécessité d'ouvrir les modalités de négociation pour les PME se traduit dans les chiffres : « *le problème majeur de la négociation collective en France est celui de l'absence d'interlocuteurs syndicaux dans les PME. Alors que les PME emploient 50% des salariés, elles ne possèdent que 4% des délégués syndicaux. De façon plus précise, seules 4% des entreprises entre 1 et 50 salariés ont un délégué syndical pour négocier un accord collectif. C'est le cas des deux tiers des entreprises entre 50 et 300 salariés et de*

⁸⁶² Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JO 23 sept. 2017, n° 223 : « *ce droit à la négociation des petites et moyennes entreprises sera universel : il portera sur tous les sujets ouverts à la négociation. Avec cette réforme, toutes les entreprises de notre pays, quel que soit le nombre de leurs salariés, auront donc un accès direct et simple à la négociation, qui est au cœur de ce projet* » ; B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11ème éd. 2018, p. 920.

⁸⁶³ F. FAVENNEC-HERY, Les PME dans les ordonnances Macron, Dr. soc. 2018, p. 46.

⁸⁶⁴ C. trav., art. L. 2312-8 et s.

⁸⁶⁵ Ce manque de moyens se transforme en coût pour maîtriser la norme sociale : « *le volume et la complexité du droit du travail réglementaire impliquent des difficultés et un coût de gestion, en particulier pour les PME, qui pénalisent l'efficacité économique* » (J. BARTHELEMY, G. CETTE, Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel, Dr. soc. 2006, p. 24) ; V. également F. FAVENNEC-HERY, Les PME dans les ordonnances Macron, Dr. soc. 2018, p. 46 : « *la remarque est souvent faite : les PME ne sont généralement pas dotées de services leur permettant d'accéder à la connaissance du droit social ; la difficulté devrait être accrue par l'importance que va acquérir le droit conventionnel, souvent moins accessible au plaideur* ».

⁸⁶⁶ Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 5.

⁸⁶⁷ Celui-ci est distinct de l'accord conclu avec un ou plusieurs élus du CSE dans le cadre de la négociation dérogatoire de droit commun : V. *supra* n° 160, 369, 442.

90% des entreprises de plus de 300 salariés »⁸⁶⁸. Plus de 30% des entreprises composées de 50 à 300 salariés n'ont pas de délégués syndicaux⁸⁶⁹. Elles sont pourtant contraintes de mettre en place une représentation du personnel avec des attributions et un fonctionnement renforcés par rapport aux entreprises de 11 à 50 salariés⁸⁷⁰. En l'absence d'acteur pour négocier, ces entreprises auraient été contraintes de mettre en place la représentation du personnel supplétive, composée du diptyque ordre public et dispositions supplétives⁸⁷¹. Cela aurait été un frein à l'adaptation de ces CSE alors que l'entreprise n'est aucunement responsable de l'absence d'implantation syndicale dans l'entreprise⁸⁷².

173. Appropriation de la négociation dérogatoire. Une question demeure néanmoins : les entreprises se sont-elles emparées de la négociation dérogatoire de droit commun ces dernières années ?⁸⁷³ Ce premier constat est intéressant puisqu'il pourra permettre d'anticiper l'importance du recours à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ; tout en précisant dès à présent que ce recours est plus facile que le recours à la négociation dérogatoire : il pourrait ainsi permettre mécaniquement une meilleure approbation des acteurs⁸⁷⁴. S'agissant de la négociation dérogatoire, la DGT a publié fin 2020 le « Bilan de la négociation collective » au titre de l'année 2019. L'enseignement majeur repose sur « *la négociation d'entreprise [qui] connaît une progression significative, notamment au sein des plus petites d'entre elles* »⁸⁷⁵. En effet, l'un des faits marquants repose sur « *la pleine prise en main par les acteurs de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires*

⁸⁶⁸ Ministère du travail, DGT & DARES, La négociation collective en 2018, bilan & rapports, 2019, p. 486, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc_2018.pdf.

⁸⁶⁹ Ce constat était déjà effectué à l'époque ; V. M. POIRIER, Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 relatif à la politique contractuelle, Dr. ouvr. 1996, p. 311 : « *c'est dans [les PME] que l'implantation syndicale est la plus difficile* ».

⁸⁷⁰ C. trav., art. L. 2312-8 et s.

⁸⁷¹ V. *supra* n° 50 et s.

⁸⁷² « Les interlocuteurs de la négociation » in Cah. DRH déc. 2000, NS22, p. 33 : « *cette exigence se heurtant à la réalité sociale des entreprises dans lesquelles la présence des syndicats ne cesse de reculer, il est apparu nécessaire d'ouvrir cette négociation à de nouveaux interlocuteurs* ».

⁸⁷³ V. sur cette problématique : F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 86 ; V. également la table ronde organisée sur ce sujet : « Quelle appropriation par les acteurs ? » in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 161.

⁸⁷⁴ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235.

⁸⁷⁵ Ministère du travail, DGT & DARES, La négociation collective en 2019, bilan & rapports, oct. 2020, p. 11 : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019_web.pdf.

introduites par les dernières réformes en matière de négociation collective »⁸⁷⁶. En 2019, environ 15% des accords ont été conclus avec des membres élus⁸⁷⁷. Les acteurs du dialogue social semblent bien appréhender la négociation dérogatoire⁸⁷⁸, d'autres études le démontrent⁸⁷⁹. Ce constat incite à l'optimisme sur l'appropriation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE par les entreprises dépourvues de délégué syndical : l'objectif d'adaptabilité de la norme portée par la réforme⁸⁸⁰ pourrait être atteint grâce à l'ouverture de la négociation pour tous⁸⁸¹.

174. Entreprises sans représentation élue en place. Si le législateur a souhaité offrir à l'ensemble des entreprises la faculté d'adapter leur instance de représentation du personnel, toutes les entreprises concernées par la mise en place du CSE, notamment certaines de plus de 50 salariés, n'auront toutefois pas la faculté d'adapter la norme légale. Les entreprises disposant d'une instance déjà en place peuvent négocier sur tous les sujets (mise en place, attributions et fonctionnement), peu important la présence ou non d'un délégué syndical au vu des règles de subsidiarité⁸⁸² ; en revanche, cela ne sera pas le cas pour une partie des entreprises et sur une partie des thèmes visés. Les entreprises ne disposant pas d'instance

⁸⁷⁶ Ministère du travail, DGT & DARES, La négociation collective en 2019, bilan & rapports, oct. 2020, p. 11 : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019_web.pdf.

⁸⁷⁷ Ministère du travail, DGT & DARES, Synthèse de la négociation collective en 2019, oct. 2020, p. 6 : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019_4_pages.pdf.

⁸⁷⁸ V. sur l'analyse de ces chiffres : F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 83 et s.

⁸⁷⁹ « Les acteurs du dialogue social noyés dans les ordonnances » *in* Semaine Sociale Lamy 16 juill. 2018, n° 1824, p. 2 : « *les acteurs du dialogue social se sont appropriés de certaines mesures plus que d'autres : celles sur la rupture du contrat de travail (barémisation des indemnités en cas de licenciement injustifié, procédure de licenciement, rupture conventionnelle collective), la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, ou encore la mise en place du comité social et économique (CSE) par exemple* ».

⁸⁸⁰ Ministère du travail, DGT & DARES, Synthèse de la négociation collective en 2019, oct. 2020, p. 1 : « *les acteurs des entreprises de toute taille commencent à se saisir des possibilités qui leur sont offertes pour adapter au plus près des besoins et des réalités du terrain les normes légales ou conventionnelles* » (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019_4_pages.pdf).

⁸⁸¹ Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JO 23 sept. 2017, n° 223.

⁸⁸² La négociation de l'instance repose sur une « *figure duale* » : F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

élue ne pourront conclure un accord de mise en place⁸⁸³. Elles ne pourront pas, de ce seul fait, adapter les dispositions légales sur ce sujet : elles seront contraintes de déterminer les établissements distincts par décision unilatérale sur la base de critères légaux imposés⁸⁸⁴. Les acteurs risquent de subir l'absence d'adaptation de la structure de l'instance aux réalités de l'entreprise⁸⁸⁵ ; un possible précédent pourrait s'installer rendant difficile une évolution des établissements quatre ans plus tard. Ce cas de figure reste limité à la mise en place ; le comité social et économique pourra négocier, en l'absence de délégué syndical, sur les attributions et le fonctionnement du comité en cours de mandature, limitant ainsi les contraintes de configuration⁸⁸⁶.

175. Conclusion. Les évolutions législatives s'agissant de l'augmentation du rôle de la négociation d'entreprise et du développement des modalités de négociation se sont diffusées au sein de la représentation du personnel⁸⁸⁷. Suivant les mêmes intérêts, le développement de la négociation sur l'instance en l'absence de délégué syndical rend l'adaptation de tous les CSE possible. Cette ouverture de la négociation à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE devra être intégrée par les partenaires sociaux ; les chiffres relatifs à la négociation dérogatoire demeurent encourageants. Cette évolution structurelle des pratiques s'accompagne toutefois de quelques limites.

⁸⁸³ C. trav., art. L. 2313-3 ; B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 11ème éd. 2018, p. 257 : « la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts peut être opérée par voie d'accord passé par l'employeur avec le comité social et économique, ce qui suppose qu'une telle instance ait déjà été mise en place ».

⁸⁸⁴ S. GUEDES DA COSTA, *Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?*, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

⁸⁸⁵ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, *L'implantation du comité social et économique*, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 34 ; B. TEYSSIE et *alii*, *Droit et pratique du comité social et économique*, LexisNexis, 2019, p. 32 et s.

⁸⁸⁶ G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, *Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?*, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24.

⁸⁸⁷ F. FAVENNEC-HERY, *Le comité social et économique : une instance à construire*, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 : « la clé du nouveau dispositif est dans le développement de la négociation collective sur ce sujet. Suivant une orientation déjà précédemment amorcée, un vaste champ est laissé au droit négocié ».

II. Des limites à la large ouverture de la négociation

176. Les bienfaits de cette multiplicité d'acteurs créent, en parallèle, quelques difficultés pratiques. Deux limites doivent être évoquées ; l'une se rapporte à la technique juridique, l'autre aux acteurs de la négociation.

177. Des limites techniques - comprendre l'agencement hiérarchique. La multiplicité d'interlocuteurs connaît tout d'abord des difficultés d'ordre technique. Les directions d'entreprise peuvent être confrontées à quelques complications pour parvenir à identifier les acteurs compétents pour la négociation⁸⁸⁸. L'exclusivité des délégués syndicaux pour la négociation n'est pas intuitive ; il est concevable d'imaginer que l'employeur ou son représentant ne comprenne pas pourquoi son instance de représentation du personnel ne pourrait pas négocier elle-même les propres règles applicables à son organisation et à ses attributions⁸⁸⁹. Cette intuition peut également être relevée de la part des élus : eux aussi pourraient percevoir difficilement la raison de leur mise à l'écart au profit des délégués syndicaux. Les multiples accords pouvant être conclus au sein de l'instance⁸⁹⁰ conduisent à multiplier les acteurs éligibles allant au-delà de la seule alternative entre négociation avec les délégués syndicaux et négociation avec le CSE⁸⁹¹. Si ce schéma permet de définir

⁸⁸⁸ J.-P. TRICOIT, Rapport de synthèse, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 : « *d'une part, il convient d'apprivoiser les mécaniques et les dispositifs nouveaux. Tout d'abord, en ce qui concerne la négociation collective, il faudra garder à l'esprit le balancement omniprésent entre ce qui se négocie et ce qui ne se négocie pas, étant entendu que la majorité des règles sont négociables. Pareillement, la balance s'opère entre qui négocie et qui ne négocie pas parmi les acteurs du monde du travail* » ; M.-C. POTTECHER, L. BENSOUSSAN, Identifier les acteurs à la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 32 ; V. s'agissant de ces difficultés déjà relevées précédemment liées à « *l'identification complexe* » et à la « *recherche de l'interlocuteur* » : E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 192 et 197.

⁸⁸⁹ À ce titre, « *certaines chefs d'entreprise* » sont « *eux-mêmes dépassés par les réformes successives* » (V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11).

⁸⁹⁰ V. *infra* n° 366 et s.

⁸⁹¹ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570 ; B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : « *la mise en place du comité social et économique fait appel à une typologie d'accords riche de sa complexité* » ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

l'architecture principale de l'instance, quelques acteurs subsidiaires peuvent intervenir sur certains sujets précis : la « *complexité* »⁸⁹² n'est que renforcée⁸⁹³.

178. Des limites techniques - l'articulation des normes. Cette multiplicité d'interlocuteurs exige de l'entreprise une plus grande rigueur juridique⁸⁹⁴. Certaines entreprises seront concernées par l'alternance entre présence et absence d'un délégué syndical d'un cycle électoral à l'autre⁸⁹⁵. La technique juridique requiert alors une attention particulière dans l'articulation entre un accord conclu par l'un des deux modes principaux de conclusion et les souhaits de révision ou de dénonciation par l'autre mode de conclusion⁸⁹⁶. La question juridique sera étudiée par la suite s'agissant du régime juridique de l'accord institutionnel⁸⁹⁷. En revanche, il convient dès à présent de souligner le fait que cette multiplicité risque de créer des confusions chez les partenaires sociaux⁸⁹⁸. Les praticiens devront maîtriser les distinctions importantes avec le régime « classique » de l'accord collectif : le référendum n'est pas admis pour l'accord conclu avec les délégués syndicaux⁸⁹⁹, les modalités de signature du CSE sont différentes de celles prévues pour la

⁸⁹² G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 10.

⁸⁹³ G. FRANCOIS, *La conventionnalisation de la représentation du personnel*, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 : « *la diversité des accords pouvant être conclus pour configurer le comité social et économique a de quoi surprendre* ».

⁸⁹⁴ À ce titre, la relation entre ces différents acteurs « *devra être maîtrisée* » (J.-P. TRICOIT, Rapport de synthèse, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782).

⁸⁹⁵ V. par exemple pour un tel exemple s'agissant de l'accord de mise en place : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 492.

⁸⁹⁶ V. sur ce sujet ayant déjà été débattu s'agissant du droit commun de la négociation collective : J. ICARD, *Négociation collective et petite entreprise*, Cah. soc. juill. 2018, n° 309, p. 363 ; E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, *La négociation dérogatoire*, JCP S 2009, 1572 ; S. BEAL, M. MARGUERITE, *Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical*, JCP S 2017, 1398.

⁸⁹⁷ V. *infra* n° 429 et s.

⁸⁹⁸ V. sur les nombreuses interrogations liées à l'articulation : G. FRANCOIS, *La conventionnalisation de la représentation du personnel*, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 : « *quels principes appliquer, néanmoins, pour les accords conclus entre l'employeur et le comité social et économique ? [...] Que décider, néanmoins, si depuis sa conclusion un délégué syndical a été désigné dans l'entreprise et qu'une modification de l'accord conclu avec le comité social et économique est envisagée ? Faut-il dans ce cas maintenir la position civiliste qui impose un accord des seules parties qui l'ont signé ou faut-il considérer qu'en utilisant l'expression « en l'absence de délégué syndical », le législateur a entendu donner une compétence de principe aux organisations syndicales, y compris pour modifier un accord de configuration de l'instance conclu avec le comité social et économique ?* » ; F. ROSA, *La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE*, Dr. ouvr. 2020, p. 63.

⁸⁹⁹ B. GAURIAU, *L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique*, JCP S 2018, 1204.

négociation dérogatoire⁹⁰⁰, l'articulation entre l'accord conclu avec le CSE et l'accord conclu avec les délégués syndicaux est encore « *incertaine* »⁹⁰¹.

179. Des limites relatives aux acteurs - situation conflictuelle. L'autre catégorie de limites à la multiplication des modalités de négociation repose sur les acteurs. La diversité d'interlocuteurs risque de créer certaines mésententes entre les organes⁹⁰². Ce risque est particulièrement renforcé du fait de l'incompréhension de certains élus de l'instance de devoir laisser la négociation aux mains des délégués syndicaux⁹⁰³. Voilà un accord institutionnel signé avec l'instance avant les élections, des délégués syndicaux sont nommés à la suite des élections : ces derniers disposent alors du monopole de la négociation, avec la possibilité de revenir sur les choix réalisés par l'instance, possiblement composée - en grande partie - des mêmes acteurs d'une élection à l'autre⁹⁰⁴. Le risque est de conflictualiser la représentation du personnel ; les nouveaux acteurs peuvent souhaiter apposer leur signature sur les accords institutionnels en vigueur. Un « jeu » politique pourra être mis en place, favorisant le conflit entre les acteurs⁹⁰⁵ ; cette hypothèse est plus vraisemblable pour les PME

⁹⁰⁰ V. *infra* n° 442 ; V. à ce propos : P. LAGESSE, V. ARMILLEI, Actualités sur les délais de consultation du CSE : attention à l'accord tacite !, Semaine Sociale Lamy oct. 2020, n° 1924, p. 8.

⁹⁰¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632 ; G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70.

⁹⁰² J.-P. TRICOIT, Rapport de synthèse, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 : « *tout d'abord, organisations syndicales et membres du comité social et économique devront apprendre à se connaître pour se répartir leurs rôles respectifs en respectant leurs champs d'action respectifs et sans tomber dans une concurrence mortifère et stérile* ».

⁹⁰³ T. MORGENROTH, J.-P. TRICOIT, Les relations entre l'institution représentative du personnel et les organisations syndicales, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 : « *le CSE ne peut pas empiéter sur le terrain des organisations syndicales* ».

⁹⁰⁴ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 251, n° 426.

⁹⁰⁵ V. pour un exemple s'agissant d'un accord de mise en place conclu par les délégués syndicaux prévoyant les modalités de la CSSCT : « *« l'accord n° 1 » (lequel est négocié en priorité avec les organisations syndicales représentatives) peut-il réellement fixer les missions dévolues à la CSSCT sans que le CSE n'ait son mot à dire ? La question est loin d'être théorique et il ne peut être totalement exclu qu'un CSE refuse de se voir opposer sur ce point les dispositions de l'accord conclu avec les délégués syndicaux préalablement à sa mise en place (surtout si ce CSE n'est pas le « reflet » de l'organisation syndicale qui a négocié l'accord)* » (L. PEUGNY, Mise en place et fonctionnement du CSE : après le « Questions/ Réponses » encore beaucoup de questions, Cah. Lamy du CSE oct. 2018, n° 185, p. 29).

pour lesquelles la présence d'un délégué syndical peut varier d'un mandat à l'autre selon la capacité des syndicats à présenter des candidats dans des entreprises peu syndiquées⁹⁰⁶.

180. Des limites relatives aux acteurs - compétence juridique des élus. La plupart des délégués syndicaux sont représentants syndicaux par choix ; existe un réel intérêt pour la matière juridique et un suivi attentif des dernières évolutions législatives et jurisprudentielles⁹⁰⁷. Une grande majorité de délégués syndicaux connaissent et maîtrisent la réglementation applicable⁹⁰⁸. Cela est d'autant plus vrai qu'ils disposent d'une centrale syndicale pour les conseiller⁹⁰⁹. Ils sont, pour la plupart, des porte-voix des syndicats ; ces derniers n'hésitent pas à leur offrir de nombreux outils et formations pour leur permettre d'exercer leur mandat en toute connaissance de cause⁹¹⁰. À l'inverse, ces éléments interrogent pour les membres du CSE⁹¹¹. Ces derniers sont parfois engagés dans la vie collective des salariés, mais ne sont pas nécessairement prédisposés à maîtriser les subtilités juridiques de l'institution, notamment les typologies d'accord institutionnel et leur

⁹⁰⁶ V. sur l'implantation syndicale dans les PME : J. ICARD, Négociation collective et petite entreprise, Cah. soc. juill. 2018, n° 309, p. 363.

⁹⁰⁷ V. également sur le lien capital entre doctrine de l'organisation syndicale et délégué syndical : Observations sous Cass. Soc. 28 septembre 2011 in RJS 12/11, n° 997.

⁹⁰⁸ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *négocier avec une instance n'équivaut pas à négocier avec des délégués syndicaux qui représentent leurs organisations syndicales. [...] 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, chacun susceptible d'avoir un avis différent* ».

⁹⁰⁹ Bien qu'ils ne disposent pas de la possibilité de faire intervenir un intervenant syndicaliste extérieur de l'entreprise : V. Y. CHALARON, Négociations et accords collectifs d'entreprise, Litec, 1990, n° 57, p. 50 et Y. FERKANE, Syndicats et négociation collective, Dr. soc. 2020, p. 119.

⁹¹⁰ V. sur le rôle des syndicats pour « renforcer les liens des négociateurs » dans l'entreprise en « assurant leur formation et leur information » : A. SUPIOT, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. soc. 1989, p. 195 ; V. sur l'accompagnement des syndicats et des délégués syndicaux : I. TARAUD, Négociation collective d'entreprise : reprendre la dynamique de conquête des droits, Dr. ouvr. 2017, p. 248 ; I. MEFTAH, La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication, Dr. ouvr. 2020, p. 640.

⁹¹¹ V. dans le cadre de la négociation entre un employeur et un élu la possibilité d'un « déséquilibre de savoir » dû « aux sujets de négociation » qui sont « souvent d'une grande complexité » : P. ADAM, La négociation collective sans délégué syndical in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 131 ; V. sur la « présomption de moindre compétence » des élus du CSE : C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 269 et s.

contenu⁹¹². La négociation avec les membres du CSE suit souvent deux voies distinctes selon les acteurs : celle de la simplicité lorsque les élus accordent une grande confiance à l'entreprise ou celle de la difficulté en l'absence de maîtrise juridique sur les possibilités ouvertes par la négociation et de défiance à l'égard de l'employeur⁹¹³. Cette dernière hypothèse peut conduire les élus à effectuer certaines demandes impossibles juridiquement, car contraire à l'ordre public par exemple⁹¹⁴. L'abus inverse demeure également possible : la partie employeur pourrait user de la méconnaissance et de la souplesse des élus pour conclure des accords au désavantage des représentants du personnel⁹¹⁵. Ces derniers, manquant de connaissances et de maîtrise juridique, pourraient se laisser emporter dans des considérations déséquilibrées, vidant partiellement ou totalement de sa substance l'organe de représentation du personnel⁹¹⁶. La formation de l'ensemble des acteurs de la

⁹¹² « *Le bilan des activités des commissions paritaires de branche de validation des accords négociés avec des élus avait montré les carences dans la maîtrise des sujets négociés et la fragilité du contenu des accords conclus. Depuis 2008, les résultats portés par ce type de négociation confinent à une grande vigilance. La CFE-CGC, déjà réservée en 2008 sur la négociation avec des élus, estime que le mandatement syndical d'un salarié ou d'un élu doit être préféré, le canal syndical pour la négociation collective étant préservé* » (CFE-CGC, Fiche N°9 La négociation sans délégué syndical, Loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, <http://www.cfecgc-santetravail.fr/wp-content/uploads/2015/11/CFECGC-Rebsamen-Fiche-9-La-n%C3%A9gociation-sans-d%C3%A9l%C3%A9gu%C3%A9-syndical.pdf>).

⁹¹³ D'où le fait que pour certains auteurs : « *la « négociation » avec les représentants élus du personnel sera un faux-semblant* » (M. POIRIER, Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 relatif à la politique contractuelle, Dr. ouvr. 1996, p. 311) ; V. également : J. SAVATIER, Usage et accord d'entreprise, RJS 04/95, p. 231.

⁹¹⁴ V. sur le risque « *d'entraver le pouvoir des chefs d'entreprise* » avec une ouverture trop importante des modes de négociation : A. SUPIOT, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. soc. 1989, p. 195 ; V. également sur l'utilisation du règlement intérieur pour des dispositions ne devant y être insérées : V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 : « *compte tenu du manque d'expertise de certains représentants du personnel fraîchement élus, difficile d'y voir là une forme d'opportunisme ou de mauvaise foi* ».

⁹¹⁵ V. sur la notion de négociation arrimée aux revendications de l'employeur : I. MEFTAH, La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication, Dr. ouvr. 2020, p. 640 ; V. sur les leviers pour empêcher une telle finalité, G. FRANCOIS, Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 1066 : « *il est absolument indispensable que les négociateurs disposent de certaines informations avant toute négociation (sur l'objectif que l'employeur poursuit, le calendrier des négociations, etc.), pour qu'elle puisse s'accomplir dans des conditions de loyauté et qu'elle ait des chances d'aboutir à un texte équilibré* ».

⁹¹⁶ M. POIRIER, Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 relatif à la politique contractuelle, Dr. ouvr. 1996, p. 311 : « *plus habitués à dialoguer ou à être consultés, qu'à négocier des conventions ou des accords collectifs de travail, sans contact avec l'environnement de l'entreprise - qu'il soit juridique, économique ou syndical - ces salariés n'auront manifestement pas tous les atouts en main pour défendre, face à l'employeur, les intérêts des salariés qu'ils représenteront et engageront, néanmoins* ».

représentation du personnel semble essentielle⁹¹⁷ ; même si certains considèrent qu'il ne faut pas « *sous-estimer* » les représentants élus⁹¹⁸.

181. Des limites relatives aux acteurs - une réelle liberté d'action ? L'équilibre des pouvoirs entre membres élus du CSE et employeur est également particulièrement remis en cause⁹¹⁹ : « *la phase de négociation est objet de toutes les craintes, c'est que beaucoup la redoutent pleine de déséquilibres* »⁹²⁰. Là où les représentants syndicaux disposeraient d'une plus forte indépendance portée par leur mandat syndical, les élus seraient des salariés plus facilement « contrôlés » par l'employeur, ne garantissant pas l'équilibre attendu des négociations⁹²¹. Ces questions sont présentes encore aujourd'hui. Beaucoup de contestations ont été prononcées à l'encontre du référendum d'entreprise⁹²² ou des accords de performance collective⁹²³. Certains estiment que l'employeur peut faire pression sur ses salariés ; ou agiter

⁹¹⁷ V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 : « *l'innovation du dialogue social ne pourra se faire sans l'amélioration de la formation de l'ensemble de ses acteurs* ».

⁹¹⁸ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11ème éd. 2018, p. 919 : « *des représentants du personnel, l'expérience et l'aptitude à négocier et à convaincre ne doivent pas être sous-estimées. L'élection est souvent une excellente occasion de former à l'art du débat* » ; V. également en ce sens : C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 286-287.

⁹¹⁹ G. BORENFREUND, note sous Cass. Soc. 25 janv. 1995, Charre, Dr. ouvr. 1995, p. 276 : « *en l'absence de délégués syndicaux dans une entreprise, la faculté de recourir à des syndicalistes étrangers pour négocier et conclure un accord d'entreprise permettrait de mieux garantir l'équilibre des pouvoirs dans la négociation* » ; A. SUPIOT, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. soc. 1989, p. 195 ; G. LYON-CAEN, Critique de la négociation collective, Dr. soc. 1979, p. 350.

⁹²⁰ P. ADAM, La négociation collective sans délégué syndical *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 131.

⁹²¹ M. POIRIER, Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 relatif à la politique contractuelle, Dr. ouvr. 1996, p. 311 : « *il ne faut pas négliger que la faible taille de l'entreprise est, de fait, un obstacle à une négociation équilibrée, voire un obstacle à de véritables négociations* » ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 415 ; N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : « *les conditions imposées par le code du travail sur la négociation avec les élus du CSE, en termes d'indépendance, d'élaboration conjointe de l'accord, de concertation avec les salariés et de possibilité de prendre l'attache des organisations syndicales de la branche font pâle figure par rapport à la liberté syndicale. Le syndicalisme permet, par la désignation, d'assurer au mieux [l'indépendance des agents de la négociation à l'égard de l'employeur]* » ; Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595.

⁹²² Y. FERKANE, Syndicats et négociation collective, Dr. soc. 2020, p. 119 ; B. DABOSVILLE, Le referendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale, Dr. ouvr. 2019, p. 432 ; B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ?, Dr. soc. 1998, p. 338.

⁹²³ Y. TARASEWIZ, H. CAVAT, Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ?, RDT 2020, p. 584.

un spectre, plus ou moins réaliste, notamment sur l'emploi, ne laissant pas d'autres choix aux salariés que d'accepter les accords⁹²⁴. Le rôle et la pression de l'employeur font souvent l'objet des craintes des opposants⁹²⁵. Cependant, et compte tenu des règles de protection des élus, il est difficile aujourd'hui de suivre un tel raisonnement⁹²⁶. Les membres de l'instance bénéficient de la même indépendance qu'un délégué syndical⁹²⁷, il n'est donc question que de relations humaines et de volonté personnelle d'approuver ou de contester les positions de l'employeur : la protection juridique des acteurs est bel et bien présente.

182. Conclusion. La multitude d'acteurs apte à négocier un accord institutionnel est donc mise au service d'une plus grande conventionnalité de l'instance et, de manière générale, du droit du travail. Cette approche est nécessitée par l'adaptation de la norme conventionnelle au plus près de l'entreprise ; les PME sont particulièrement concernées par ces évolutions compte tenu de leurs obligations applicables et du taux plus faible de délégué syndical présent dans les entreprises⁹²⁸. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE constitue une modalité alternative intéressante. Quelques limites peuvent être relevées face à cette multiplication d'acteurs ; elles peuvent être combattues et ne doivent pas constituer un frein au développement de la négociation collective.

⁹²⁴ V. en ce sens sur le « déséquilibre organisé » du dialogue social : P. MASSON, Exit le droit du travail... place à la loi de l'entreprise !, Dr. ouvr. 2017, p. 640 ; V. également sur le « spectre du chantage à l'emploi » et le « déséquilibre des négociations » : P. LOKIEC, Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance, Dr. ouvr. 2018, p. 142.

⁹²⁵ Y. VERRIER, Référendum : les salariés exposés aux pressions de l'employeur, 2016, <https://www.force-ouvriere.fr/referendum-les-salaries-exposes-aux-pressions-de-l-employeur> : « les salariés seraient ainsi directement exposés aux pressions de l'employeur, en particulier au chantage à l'emploi, et contraints d'accepter des modifications de leurs conditions de travail que les organisations syndicales auraient pu bloquer ».

⁹²⁶ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 1391 et s.

⁹²⁷ C. trav., art. L. 2411-1 et s.

⁹²⁸ G. FRANCOIS, Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 1066.

Section 2. Le déroulé des négociations

183. Une recherche d'efficacité. Il convient de s'intéresser au formalisme de la négociation à travers son déroulé. Si l'exécution de la négociation repose sur certains principes légaux qu'il conviendra d'évoquer, l'organisation des négociations demeure de la responsabilité de l'employeur⁹²⁹. Certains principes devront guider le déroulé des négociations. L'objectif est de parvenir à des négociations efficaces, qui permettent à chacun de discuter dans le but d'aboutir à la signature d'un accord. Sans une préparation préalable, les négociations risquent de subir diverses contraintes : temporelles, conflictuelles et matérielles⁹³⁰. Le formalisme est le début d'une exigence qui doit guider la négociation tout au long de son processus⁹³¹ ; il est le témoin de la confiance réciproque des parties, élément essentiel au bon déroulé des négociations⁹³². Ce déroulé doit néanmoins bien être cadré : quand négocier ? comment appréhender les multiples négociations sur l'instance ? quels principes fondamentaux respecter pendant la négociation ? comment cadrer le déroulé juridique et opérationnel de la négociation ? Ces questions se rapportent à l'étude tant du moment des négociations (§1.) que des exigences juridiques sur le déroulé de celles-ci (§2.).

⁹²⁹ J.-D. COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 54 : « *c'est à l'employeur de faire le premier pas pour créer les conditions favorables à cette confiance et à cette loyauté ; la qualité, la pertinence et la confidentialité des données qu'il fournit aux négociateurs sont déterminantes* ».

⁹³⁰ La conduite des pourparlers in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 222 : « *dès lors, sont essentielles les règles de conduite de la négociation destinées à favoriser le succès de cette négociation* ».

⁹³¹ M. MORAND, Dialogue social : réflexions autour de la loi du 4 mai 2004, Semaine sociale Lamy janv. 2005, n° 1197, p. 6 : « *les règles de forme qui sont susceptibles de s'appliquer au droit de la négociation collective deviennent aussi essentielles que les résultats mêmes de cette négociation* ».

⁹³² J.-D. COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 51 et s.

§1. Le moment des négociations

184. Temporalité. Le législateur a été assez discret s'agissant d'éventuelles contraintes temporelles et juridiques propres aux négociations institutionnelles⁹³³. S'il prévoit le champ des négociations et les modalités de conclusion, peu d'indications émergent des textes s'agissant de la temporalité des négociations⁹³⁴. Celle-ci est contrainte par certains thèmes de négociation⁹³⁵, les sujets relatifs à la mise en place de l'instance nécessiteront une phase de négociation en amont des élections (I.). Une autre phase de négociation pourra se dérouler durant le mandat des représentants (II.).

I. Une phase en amont des élections

185. Accord de mise en place - antériorité aux élections. La structuration de la représentation du personnel, et sa négociation, se préparent en amont des élections⁹³⁶. C'est la voie souhaitée par le législateur lors des ordonnances « Macron » de septembre 2017⁹³⁷. Ce principe est implicite et ressort de l'analyse des différents textes : le législateur ne fixe pas directement la date de la négociation sur l'accord de mise en place⁹³⁸. Il est cependant possible, par déduction, de considérer que les discussions sur un tel accord doivent avoir lieu en amont des élections⁹³⁹. En effet, si l'accord de mise en place peut contenir des stipulations relatives aux commissions santé, sécurité et conditions de travail⁹⁴⁰ et aux représentants de proximité⁹⁴¹, il a surtout vocation à déterminer le périmètre des différents établissements

⁹³³ De manière plus générale, c'est tout le champ des accords collectifs qui est concerné : « *le législateur s'est peu préoccupé d'encadrer les conditions dans lesquelles la négociation d'entreprise doit se tenir* » (E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 243).

⁹³⁴ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2.

⁹³⁵ Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18 : « *les négociations sur le CSE s'effectueront avant les élections dans certains cas et après dans d'autres* ».

⁹³⁶ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9 : « *le DRH doit mener une réflexion sur la configuration du CSE ou éventuellement du comité central et de ceux mis en place dans les établissements* ».

⁹³⁷ A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

⁹³⁸ J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385.

⁹³⁹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11ème éd. 2018, p. 257.

⁹⁴⁰ C. trav., art. L. 2315-41.

⁹⁴¹ C. trav., art. L. 2313-7.

distincts⁹⁴². La détermination de ces établissements conditionne le déroulé des élections professionnelles en déterminant notamment les électeurs de chaque établissement⁹⁴³ ou encore le nombre de salariés à élire⁹⁴⁴. Cette négociation préalable à l'élection est particulièrement logique et cohérente et ne semble pas avoir causé de difficultés particulières en pratique ; dans le silence des textes, il convient malgré tout de le préciser. Les difficultés pourraient apparaître lors des renouvellements de l'instance⁹⁴⁵.

186. Accord de mise en place - antériorité au PAP. Une seconde interrogation a émergé à la lecture des textes relatifs au CSE. L'accord de mise en place n'est pas le seul acte juridique devant être réalisé en amont des élections⁹⁴⁶ : le protocole d'accord préélectoral a été maintenu suite aux ordonnances « Macron » de 2017⁹⁴⁷, son contenu diffère de l'accord de mise en place⁹⁴⁸. Néanmoins, se posent deux questions relatives aux liens entre l'accord de mise en place et le protocole d'accord préélectoral : quelle articulation régit ces deux actes s'agissant de leur conclusion ? et s'agissant de leur négociation ?⁹⁴⁹ Tout d'abord s'agissant de leur conclusion, il convient de se référer au contenu du protocole d'accord préélectoral : celui-ci a vocation notamment à déterminer le nombre de sièges à pourvoir au sein des différents établissements⁹⁵⁰. Il est donc indispensable d'avoir conclu l'accord de mise en

⁹⁴² D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « trois thèmes de négociation relèvent de la mise en place du CSE : la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts pour la mise en place des CSE d'établissement, la création des représentants de proximité, et les modalités de la mise en place de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) ».

⁹⁴³ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 197.

⁹⁴⁴ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 163.

⁹⁴⁵ V. sur ces questions *infra* n° 541 et s.

⁹⁴⁶ E. JEANSEN, Le protocole d'accord préélectoral organisant l'élection des membres du comité social et économique, JCP S 2017, 1366.

⁹⁴⁷ C. trav., art. L. 2314-5.

⁹⁴⁸ D. JULIEN-PATURLE, Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12 : « le protocole préélectoral ne régit que les élections stricto sensu. Il ne couvre donc pas tout ce qui concerne la mise en place du CSE ».

⁹⁴⁹ J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385 : « l'apparition d'une négociation collective relative à la mise en place du CSE distincte de la négociation préélectorale oblige à une nécessaire coordination de ces deux processus de négociation. Ont-ils lieu successivement ? Ou simultanément ? La loi ne le précise pas » ; Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408 : « faut-il mener de concert ou de manière séparée ces négociations ? ».

⁹⁵⁰ C. trav., art. L. 2314-7.

place⁹⁵¹ (ou d'être passé par la voie de la décision unilatérale⁹⁵²) avant de signer le protocole d'accord préélectoral⁹⁵³. Si les textes ne l'indiquent pas expressément, l'analyse du contenu de ces accords conduit à appliquer une telle solution. S'agissant de la négociation, la question posée en pratique relève de la concomitance ou non des deux négociations⁹⁵⁴. Deux doctrines ont pu s'opposer sur ce sujet. Une première approche conduit à distinguer les deux négociations. La négociation de l'accord de mise en place aurait alors lieu « *en amont* »⁹⁵⁵ de la négociation sur le PAP⁹⁵⁶. L'objectif est double. Le premier porte sur le contenu de l'accord de mise en place : celui-ci va au-delà de la seule détermination des établissements distincts et peut aboutir à un accord global sur le CSE régissant la mise en place, le fonctionnement et les attributions⁹⁵⁷. Cette approche nécessite de laisser le temps aux négociateurs de traiter de l'ensemble des sujets sereinement : la négociation doit être focalisée sur cet objet et démarrer quelques semaines ou mois en amont du PAP. Aucune contrainte temporelle n'est imposée par le Code du travail. Le second objectif est de permettre de démarrer la négociation sur le protocole d'accord préélectoral en connaissant

⁹⁵¹ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30 : « *le nouveau régime des instances de représentation du personnel invite à déconnecter définitivement la cartographie sociale de l'organisation des opérations électorales* ».

⁹⁵² M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 193.

⁹⁵³ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 491 : « *l'accord collectif [de mise en place] doit précéder les protocoles préélectoraux* » ; D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « *par ailleurs, dans la mesure où la détermination du périmètre des établissements distincts devra, en toute logique, précéder la tenue des opérations électorales, l'accord de mise en place du CSE devra intervenir préalablement, ou au plus tard concomitamment, à la signature du protocole d'accord préélectoral* » ; D. BOULMIER, La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 201.

⁹⁵⁴ V. au sujet de cette articulation F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « *le système ourlé par les textes légiférés apparaît, de ce point de vue, ouvert, en même temps que complexe* ».

⁹⁵⁵ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 14.

⁹⁵⁶ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 ; L. PEUGNY, Mise en place et fonctionnement du CSE : après le « Questions/ Réponses » encore beaucoup de questions, Cah. Lamy du CSE oct. 2018, n° 185, p. 29 : « *préalable obligatoire à toute négociation du protocole d'accord préélectoral, le nombre et le périmètre des établissements distincts doivent être fixés par un accord d'entreprise majoritaire* ».

⁹⁵⁷ D. JULIEN-PATURLE, Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12 : « *beaucoup de thèmes peuvent se négocier, et l'accord de mise en place du CSE offre une réelle opportunité à cet égard. Il faut alors étudier en amont les besoins des représentants du personnel afin de construire l'accord* ».

les établissements distincts⁹⁵⁸ ; cela prévient toute confusion entre ces deux accords n'étant pas négociés par les mêmes acteurs⁹⁵⁹. Est évité également le risque de voir la négociation de mise en place s'éterniser, retardant la signature sur le PAP alors même que le calendrier électoral est restreint pour les entreprises, notamment en cas de recours au vote par correspondance⁹⁶⁰. À l'opposé de cette approche, certaines entreprises préfèrent négocier l'accord de mise en place en parallèle du PAP⁹⁶¹ : cette démarche leur semble plus cohérente et permet de concentrer les négociations préélectorales⁹⁶². Les risques d'une telle approche ont été mentionnés précédemment : délais serrés, risque de confusion des négociations⁹⁶³... L'accord de mise en place doit être négocié quelques semaines avant le protocole d'accord préélectoral⁹⁶⁴. Il faut prévoir la tenue d'au moins 2 réunions et se préparer à une éventuelle

⁹⁵⁸ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « *la réflexion visant à déterminer la géographie des lieux ne constitue-t-elle pas, en effet, le préalable de toutes les négociations, donc le premier espace méritant d'être investi ?* ».

⁹⁵⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 491 ; D. CHATARD, L. PAOLI, Le protocole d'accord préélectoral, JCP S 2018, 1066 ; F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « *ces négociations ne pouvant être menées simultanément, ne serait-ce que parce qu'elles n'impliquent pas toujours les mêmes interlocuteurs, il conviendra, au besoin, d'en penser, cas par cas, la temporalité – par exemple, en choisissant de mener la négociation prévue par l'article L. 2313-2 (détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts...) avant celle mentionnée à l'article L. 2314-6 (protocole d'accord préélectoral...), pour des raisons de cohérence* » ; F. ROSA, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 ; Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408.

⁹⁶⁰ V. pour un exemple de difficulté temporelle liée au vote par correspondance : M. HAUTEFORT, Le juge peut prendre toutes les mesures nécessaires au bon déroulement du scrutin, JSL févr. 2019, n° 470, p. 22.

⁹⁶¹ J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385 : « *certaines entreprises ont ainsi préféré conclure un accord « 2 en 1 »* » ; Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408 ; V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 240.

⁹⁶² V. pour un exemple d'accord de mise en place et de protocole d'accord préélectoral conclus le même jour : J. DANIEL, Le rayonnement conventionnel sur les établissements distincts, JCP S 2021, 1102.

⁹⁶³ V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 : « *plusieurs chefs d'entreprise ont manifesté leur volonté de proposer, dès la négociation du protocole d'accord préélectoral (PAP), la mise en place de commissions de la santé et de la sécurité du travail ou de RP, en méconnaissance même du périmètre de négociation du PAP* ».

⁹⁶⁴ Cette position est notamment tenue par le Ministère du travail : 117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 27, p. 18, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf ; V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 240.

prise de décision unilatérale en cas d'échec des négociations⁹⁶⁵. La question des dispositions applicables à défaut d'accord doit, par définition, être réfléchie et anticipée avant le début d'éventuelles négociations.

187. Anticipation. Ces négociations exigent que les entreprises et les partenaires sociaux réfléchissent à la structuration de la représentation du personnel en amont des élections : généralement plusieurs mois avant⁹⁶⁶. Cela concerne tant les premières mises en place de CSE que leur renouvellement⁹⁶⁷. L'anticipation est une pièce maîtresse de la réussite des négociations : elle permet de ne pas tomber dans les méfaits de la précipitation ou de manquer aux différentes obligations légales⁹⁶⁸. La réflexion préalable permettra de penser la construction de l'instance dans sa globalité : si la détermination des établissements distincts est un acte important, l'ensemble de la structure de l'instance peut être imaginé dès ce stade pour donner une cohérence et une efficacité à l'organisation de la représentation du personnel⁹⁶⁹. Cette négociation préalable marque la première pierre à la mise en place du CSE, ou à une refondation de l'instance déjà en place. Elle va guider les négociations présentes et à venir. Au-delà du contenu, cette négociation doit faire ressortir une relation de confiance entre les partenaires sociaux ; l'objectif est de parvenir à un accord. L'existence de tensions dès la première négociation sur l'instance risque de développer un ressenti négatif pour les négociations futures alors qu'un climat de confiance est indispensable pour parvenir à mener les négociations⁹⁷⁰. Enfin, la maîtrise juridique des éléments de négociation

965 Par ailleurs, d'éventuels contentieux pourraient considérablement retarder la procédure, V. D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30 : « le premier résultat d'un allongement potentiel du temps de mise en place des CSE. Le déroulement d'une négociation qui vise à déterminer les établissements et qui donne lieu à un désaccord, la décision unilatérale de l'entreprise et la contestation devant la Direccte puis le tribunal d'Instance peuvent allonger la discussion de nombreux mois. S'en suit alors la négociation du protocole d'accord préélectoral et un éventuel nouveau désaccord avec les interventions administratives et judiciaires. Les rétroplannings tendent ainsi à s'allonger et à ralentir la mise en place effective des CSE ».

966 V. sur la nécessité d' « anticiper la période des élections » : D. JULIEN-PATURLE, Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12.

967 G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069.

968 Ces principes sont souvent rappelés dans le cadre de la négociation préalable à une restructuration : A. VIVANT, J.-L. DENIER, Anticiper... pour ne pas subir !, Cah. DRH 2002, n° 68-69, p. 2.

969 A. CORMIER LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3.

970 Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, Préparer la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40.

doit s'apprécier dès l'accord de mise en place puisqu'il conditionne l'enveloppe de la structure de la représentation du personnel⁹⁷¹. Cette enveloppe est un préalable aux négociations futures ; le contenant induit le contenu.

II. Une phase durant le mandat des représentants

188. Absence de temporalité. La négociation institutionnelle sur la structuration de la représentation du personnel ne se limite pas temporellement en amont des élections professionnelles⁹⁷². La spécificité du nouveau système, plus ouvert à cette négociation, est de permettre, à tout moment, aux partenaires sociaux de négocier sur le fonctionnement et les attributions de l'instance⁹⁷³. La mise en place de l'instance pourrait, au demeurant, également être négociée à tout moment, pour une application lors des prochaines élections : rien ne l'interdit dans les textes⁹⁷⁴. Dès lors, le législateur n'a pas souhaité cadrer dans le temps la périodicité des négociations, ni contraindre celles-ci à un laps de temps prédéfini⁹⁷⁵. Les partenaires sociaux auraient pu être obligés de négocier sur l'organisation de l'instance en amont de celle-ci, ou lors de son commencement (pour être plus cohérent avec la représentativité des élus)⁹⁷⁶. Cette négociation aurait pu être vue comme un règlement intérieur du CSE amélioré, conclu lors des premières semaines afin d'organiser, pour toute la durée des mandats l'instance et se prémunir des difficultés juridiques à venir, notamment

⁹⁷¹ F. ROSA, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11.

⁹⁷² G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « *ce temps est aussi un temps de rodage en ayant à l'esprit que les règles ne sont pas figées pour la durée du cycle électoral et qu'il est toujours possible de procéder, le cas échéant, à des ajustements conventionnels si les règles de départ se révèlent, dans les faits, inadaptées pour assurer le bon fonctionnement de la représentation élue du personnel. Qu'un accord ait été ou non conclu lors de l'installation de celle-ci, il demeure ouvert à la négociation de faire évoluer certains éléments de l'ensemble sans attendre le renouvellement de l'instance. C'est l'avantage de la méthode de conception du CSE, tendant la main aux partenaires sociaux pour formater l'entité légalement imposée selon les besoins à pourvoir* ».

⁹⁷³ V. sur les accords pouvant être conclus « après les élections » : S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9.

⁹⁷⁴ V. sur le déploiement des effets de l'accord et les règles relatives à la durée de ces accords : J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224.

⁹⁷⁵ V. sur la possibilité de négocier de nombreux thèmes dans « une séance de négociation post-électorale » : Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18 ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

⁹⁷⁶ V. *infra* n° 314.

liées au cycle électoral⁹⁷⁷. Ce n'est pas le choix retenu par le législateur, cette approche est d'ailleurs légitime ; elle offre une plus grande flexibilité aux acteurs du dialogue social⁹⁷⁸.

189. Flexibilité. En effet, plutôt que d'imposer sécurité et rigidité, le législateur a fait le choix d'une plus grande flexibilité et liberté conférée aux partenaires sociaux⁹⁷⁹ ; ces derniers ont la possibilité de négocier sur l'instance à tout moment. Les intérêts sont nombreux : répondre aux nécessités d'une organisation plus structurée⁹⁸⁰, moduler des éléments peu adaptés, revenir sur certains principes posés⁹⁸¹. Le CSE est perçu comme une structure active et mouvante, en mesure de s'adapter aux souhaits des parties⁹⁸². Cette approche nécessite d'entretenir des discussions régulières et d'avoir la capacité de mesurer les intérêts ou les difficultés causées par les dispositions en vigueur⁹⁸³. Les parties doivent se saisir de cette faculté pour gagner en efficacité et s'adapter rapidement aux défauts

⁹⁷⁷ V. sur les difficultés d'articulation entre accord institutionnel et règlement intérieur : Q. MLAPA, D. FONTENEAU, Le règlement intérieur du CSE : seconde bataille ou simple escarmouche ?, Cah. Lamy du CSE mars 2020, n° 201, p. 19.

⁹⁷⁸ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 9.

⁹⁷⁹ N. ANDRE, Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences, Revue Lamy droit des affaires nov. 2019, n° 153, p. 25 : « *l'outil privilégié pour accorder une telle flexibilité a dès lors été la négociation collective : qui de mieux que les partenaires sociaux pour trouver une conciliation entre les objectifs économiques de l'employeur et la sécurité des salariés ?* ».

⁹⁸⁰ F. PETIT, Introduction au dossier « Négociation et CSE », Dr. soc. 2019, p. 372.

⁹⁸¹ J.-L. SCÉMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *certaines entreprises font également le choix de trouver un accord, non définitif, en s'assurant d'une évaluation après une ou deux années, afin de voir s'il fonctionne, restant ouvertes à des modifications* ».

⁹⁸² Certains accords disposent d'une clause de revoyure intégrée à l'accord : « *à ce titre, certains accords de fonctionnement ont prévu une clause de revoyure à mi-mandat pour faire un point intermédiaire des pratiques mises en œuvre : les premiers états des lieux se tiendront fin 2020 et seront l'occasion de faire un premier bilan* » (M.-L. BOULANGER, Le président du CSE, triathlète du dialogue social, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 1) ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

⁹⁸³ V. par exemple A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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 ?* ».

relevés : la maturité du dialogue social semble néanmoins être une condition préalable indispensable⁹⁸⁴.

190. Deux phases distinctes peuvent être identifiées implicitement à la lecture des textes : l'une en amont des élections, l'autre durant les mandats de représentation. Cette distinction s'intègre au sein d'un déroulé opérationnel identique selon le moment de conclusion, qui permettra d'aborder les négociations avec une plus grande diligence.

§2. Les exigences juridiques sur le déroulé des négociations

191. Croiser négociation et loyauté. Lors des négociations, les partenaires sociaux vont devoir concéder pour parvenir à conclure un accord⁹⁸⁵. La responsabilité de l'employeur dans la réussite de cette négociation est importante : le formalisme et le contenu des négociations doivent garantir aux partenaires syndicaux ou aux élus le respect des principes gouvernant toute négociation⁹⁸⁶. Parmi ces droits, peuvent être citées notamment la loyauté et la confiance⁹⁸⁷. C'est ainsi que « *négociation, dialogue social... c'est dans l'air du temps. Loyauté, confiance mutuelle... c'est dans l'air du temps aussi. Quand négociation et loyauté se croisent, c'est encore mieux !* »⁹⁸⁸. Pour éviter de fragiliser les négociations, les parties

⁹⁸⁴ Le secrétaire général de la CFDT, Laurent Berger, prône le développement des clauses de revoyure : L. BERGER, *Qu'en pensent les partenaires sociaux ?*, Dr. soc. 2020, p. 487 : « *au-delà du préambule et de la commission de suivi, il nous paraît important que les accords contiennent une clause de revoyure* ».

⁹⁸⁵ Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, *Préparer la négociation*, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40.

⁹⁸⁶ Il convient de s'assurer de la « *volonté des parties d'aboutir à la signature d'un accord en s'assurant que chaque partie à la négociation adoptera un comportement loyal, la règle de conduite que se fixeront les parties à la négociation étant une condition préalable indispensable au succès de la future négociation* » (L'intérêt de fixer des règles de conduite *in* Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2021, n° 246).

⁹⁸⁷ C'est les termes visés à l'article L. 2222-3-1 du Code du travail relatif aux accords de méthode ; V. également : P. ADAM, *Une négociation (collective) plus souple et plus loyale ?*, Semaine Sociale Lamy 31 oct. 2016, n° 1742, p. 7 ; Il s'agit donc autant de droits pour les parties, que de « *devoirs* » à respecter (E. DEVAUX, *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 243).

⁹⁸⁸ A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, *Accord de méthode de négociation général et spécifique*, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80.

doivent se garantir un respect mutuel et une authenticité dans les négociations menées⁹⁸⁹. L'enjeu préalable est de garantir la sérénité des négociations. Pour répondre à cette exigence, il est désormais fortement recommandé pour les entreprises de régir la méthodologie de négociation afin de garantir le déroulé opérationnel de celle-ci ; l'accord de méthode est aujourd'hui plébiscité (I.). Il a vu son utilisation se multiplier au sein des entreprises, sous l'impulsion notamment du législateur⁹⁹⁰. Outil « *à la mode* »⁹⁹¹, la question de son utilisation pour conclure un accord institutionnel se pose. Outre le fondement contractuel, le déroulé opérationnel peut reposer également sur un fondement relationnel (II.). Ce dernier se traduit par l'absence d'accord de méthode, mais prône un déroulé se fondant sur le respect des garanties essentielles à toute négociation⁹⁹².

I. Le fondement conventionnel, le recours à l'accord de méthode

192. Accord de méthode - définition légale. Les partenaires sociaux peuvent avoir recours au fondement conventionnel pour déterminer les règles régissant la négociation collective. Peut alors être conclu un accord de méthode qui est : « *un accord sur les règles de conduite de la négociation se présentant comme le moyen d'accroître les chances de conclure efficacement, c'est-à-dire de mener un dialogue réel et constructif et de parvenir à*

⁹⁸⁹ Le pari de la négociation d'entreprise in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2021, n° 1 : « *quant à la méthode de négociation, trop nombreux sont encore les témoignages de négociations marquées par des postures, des dogmes, des suspicions et des ignorances. La négociation n'est ni un combat ni une compromission. Elle requiert le respect de l'autre et une volonté réelle et sérieuse de parvenir à un accord* ».

⁹⁹⁰ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 322 et s.

⁹⁹¹ A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80 : « *et quand il s'agit d'innover, de moderniser par le biais des accords collectifs, on ne peut pas être plus à la mode, en tout cas dans le monde de l'entreprise et des relations de travail. Mais ce qui est à la mode n'est pas forcément ni éphémère ni à rejeter, et il est vrai que les accords de méthode se présentent comme de véritables outils de pacification et d'efficacité du dialogue social* ».

⁹⁹² A ce titre, certains considèrent que la mise en avant de l'accord de méthode est la résultante de l'incapacité des parties à mettre en place des négociations répondant aux principes généraux, V. « Règles de conduite de la négociation » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 218 : « *à cet égard, est un signe de l'absence de maturité des organisations tant patronales que syndicales de salariés le fait que le législateur ait dû intervenir pour imposer que soient discutées les règles de conduite de la négociation, tant celles-ci sont fondamentales, dans la construction de tout contrat, pour optimiser les chances de conclure et pour améliorer la qualité du contenu de l'acte* ».

un résultat satisfaisant toutes les parties à la négociation »⁹⁹³. Ces accords se sont considérablement développés ces dernières années, portés par le courant de contractualisation du droit du travail⁹⁹⁴. La loi « travail » de 2016 a permis la dernière avancée majeure du système afin de : « *favoriser le recours à l'accord de méthode pour l'ensemble des niveaux de négociation. Quel que soit le niveau retenu de négociation, le recours à l'accord de méthode reste une possibilité et non une obligation* »⁹⁹⁵. L'article L. 2222-3-1 du Code du travail régit aujourd'hui ces dispositions : « *une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* »⁹⁹⁶.

193. Accord de méthode - contenu de l'accord. Les fondements de l'accord de méthode sont les suivants : permettre la loyauté⁹⁹⁷ et la confiance dans les négociations⁹⁹⁸. Ces éléments sont essentiels pour le déroulé des négociations ; le législateur a donc précisé les orientations des accords de méthode⁹⁹⁹. Il a fixé son contenu : « *cette convention ou cet accord précise la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au*

⁹⁹³ A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80.

⁹⁹⁴ V. s'agissant du « *développement de la culture de la négociation collective* » : « Le pari de la négociation d'entreprise » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 1.

⁹⁹⁵ Exposé des motifs, Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁹⁹⁶ C. trav., art. L. 2222-3-1 al. 1.

⁹⁹⁷ Il s'agit d'une « *exigence essentielle dans le contexte d'un accroissement de la place de l'accord collectif comme source normative* » (G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 15) ; V. s'agissant de la notion de loyauté, « Respecter l'obligation de loyauté » in Le Lamy Négociation d'entreprise (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 244 : « *faute de définition légale, l'on pourrait retenir que le principe de loyauté vise à protéger la confiance légitime qu'un sujet de droit génère chez son partenaire par ses actes, déclarations, comportements ou omissions et que plus généralement la loyauté contractuelle relève d'une qualité morale à savoir l'honnêteté ; ainsi il ne fait pas de doute qu'accepter de participer à une négociation sans aucune intention de conclure relève d'un comportement déloyal de nature à fausser le dialogue social* ».

⁹⁹⁸ S. NIEL, Renover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24 ; V. l'intervention de J. BARTHELEMY sur la table ronde intitulée « quelle appropriation par les acteurs ? » in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 119 ; E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 244.

⁹⁹⁹ L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, Données économiques : l'obligation de diffuser, JCP S 2020, 2027 : « *faut-il rappeler que la loi du 8 août 2016 a institué des accords de méthode relatifs à la négociation collective : la loyauté et la confiance inscrites comme leitmotiv* » ; Cette évolution législative a particulièrement été inspirée du Rapport de Jean-Denis Combrexelle : J.-D. COMBREXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 56 et s.

niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données définie à l'article L. 2323-8. Cette convention ou cet accord définit les principales étapes du déroulement des négociations et peut prévoir des moyens supplémentaires ou spécifiques, notamment s'agissant du volume de crédits d'heures des représentants syndicaux ou des modalités de recours à l'expertise, afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs des négociations prévues »¹⁰⁰⁰. Bien que le législateur ait indiqué certaines pistes de réflexion, le contenu de l'accord reste aux mains des partenaires sociaux, il dépend « largement de leur créativité »¹⁰⁰¹. Cette capacité s'expose, comme souvent, au piège du désaccord et à l'approximation des rédactions, laissant apparaître l'effet inverse de celui recherché au préalable¹⁰⁰². Il conviendra de veiller à l'accord de tous, tant sur l'application des principes généraux (loyauté, bonne foi, confiance, etc.)¹⁰⁰³ que sur l'application de règles plus spécifiques (informations communiquées, délais, organisation des réunions, etc.)¹⁰⁰⁴.

194. Accord de méthode - intérêts. Plusieurs motivations peuvent inciter, tant l'employeur que les syndicats ou élus, à signer un accord de méthode. Deux éléments peuvent être mentionnés. Tout d'abord, pour les syndicats et élus, la signature d'un tel accord permet de « corriger le déséquilibre entre l'employeur et les organisations syndicales, c'est-à-dire entre la partie forte et la partie faible »¹⁰⁰⁵. L'accord diminue le pouvoir de l'employeur pour le soumettre aux contraintes de la norme conventionnelle ; c'est l'une des raisons qui poussent les parties syndicales et élues à ne pas rejeter la négociation de tels

¹⁰⁰⁰ C. trav., art. L. 2222-3-1 al. 1.

¹⁰⁰¹ J. BARTHELEMY, Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30.

¹⁰⁰² V. sur les « difficultés de mise en œuvre » de l'accord de méthode : A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80 ; M. CARON, I. KAPPOPOULOS, La réforme de la négociation collective, Dr. ouvr. 2017, p. 73.

¹⁰⁰³ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 281 et s.

¹⁰⁰⁴ V. sur le contenu de l'accord de méthode : A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80 ; V. également Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 17-18.

¹⁰⁰⁵ J. BARTHELEMY, Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30.

accords¹⁰⁰⁶. Du côté de l'employeur, un intérêt existe également. En effet, « *fixer ces règles optimise les chances de conclure. Ce qui contribue à l'intérêt général. [...] La conclusion d'accords améliore, d'autre part, le climat social qui est un ratio économique* »¹⁰⁰⁷. Cette idée est celle principalement relevée par la doctrine pour inciter à la conclusion d'accords de méthode. Ainsi, « *les chances de conclure un accord mais également la qualité de son contenu dépendent grandement des conditions de sa négociation. L'équilibre des parties et la loyauté de la négociation ont un réel impact sur l'issue et le fruit de la négociation. D'où l'importance, notamment, de la transmission d'informations, de la réalité de la discussion, de l'ouverture d'esprit et de l'interdiction de négociations séparées comme des décisions unilatérales pendant la négociation. On voit déjà là combien l'accord de méthode n'est pas que procédural. Il est en lui-même un accord substantiel, qui détermine aussi la substance des négociations et des accords qui en résultent* »¹⁰⁰⁸. Les parties disposent à la suite de la signature d'un accord de méthode, d'une ligne de conduite acceptée par tous, sur laquelle repose la confiance réciproque des parties : s'y tenir est déjà un pas vers la coopération et l'écoute de l'autre permettant d'aboutir à la signature d'un accord¹⁰⁰⁹.

195. Principe adapté aux accords institutionnels ? L'accord de méthode est-il adapté aux négociations sur l'accord institutionnel ? Tout d'abord, les accords de méthode sont souvent en vigueur pour l'ensemble des négociations menées au sein de l'entreprise ; l'accord de méthode s'appliquera alors pour les négociations sur le CSE¹⁰¹⁰. Dans cette

¹⁰⁰⁶ « Le pari de la négociation d'entreprise » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2021, n° 246 : « *dans cette perspective, les règles de conduite de la négociation auront pour objectif la recherche de l'équilibre des pouvoirs entre les parties et l'exigence de loyauté au constat que la relation entre l'employeur et les salariés est par nature déséquilibrée, dans le cadre de la négociation collective, l'accord de méthode contribuant à rétablir ce déséquilibre* ».

¹⁰⁰⁷ J. BARTHELEMY, Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30.

¹⁰⁰⁸ A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80.

¹⁰⁰⁹ « Règles de conduite de la négociation » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 218 : « *l'accord de méthode accroît les chances de conclure et favorise un consentement éclairé des parties* ».

¹⁰¹⁰ « Accords de méthode de négociation » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 306 : « *chaque négociation peut donner lieu à la conclusion d'un accord de méthode spécifique. On peut aussi concevoir, un accord-cadre de méthode qui comportera des modalités communes à toute négociation* » ; S. NIEL, Renover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24 : « *l'accord de méthode peut être spécifiquement associé à une négociation particulière, ou bien constituer un accord s'appliquant à toutes les négociations collectives* ».

configuration, l'objet de l'accord de méthode et ses effets doivent s'appliquer lors du déroulé des négociations institutionnelles¹⁰¹¹. Lorsque l'entreprise n'est pas dotée d'un accord de méthode, les accords institutionnels peuvent être l'occasion de proposer la rédaction d'un tel accord, en amont des premières négociations¹⁰¹². Cette proposition peut s'avérer utile pour cadrer les négociations, qu'ils s'agissent de celles propres au CSE ou des autres négociations d'accord collectif¹⁰¹³. Un tel accord est à recommander pour poser les pierres d'un nouveau dialogue social, constructif et loyal, fondé sur la confiance¹⁰¹⁴. Des éléments de méthode peuvent également être inclus au sein d'un accord institutionnel ; l'objectif est d'appliquer ces mesures aux prochaines négociations portant sur l'instance.

II. Le fondement relationnel, les principes directeurs des négociations

196. Discuter. La question du relationnel est capitale pour instaurer une relation de confiance et de reconnaissance entre chacune des parties : comprendre et accepter de partager, au préalable, des positions différentes est essentiel¹⁰¹⁵. Vient ensuite le temps des discussions. Ce fondement relationnel peut résulter des stipulations mentionnées dans

¹⁰¹¹ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 324 : « *il résulte des débats parlementaires qu'un tel accord peut être conclu pour une négociation donnée mais aussi pour revêtir un caractère pérenne et avoir vocation à s'appliquer à différentes négociations qui vont être menées* ».

¹⁰¹² A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, *Accord de méthode de négociation général et spécifique*, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80 : « *au-delà de l'accord de méthode général, peuvent être conclus des accords de méthode spécifiques. Spécifiques pourquoi ? Parce qu'ils permettent de prévoir et encadrer la négociation d'accords relatifs à des thèmes spécifiques, relevant spécialement, mais pas exclusivement, des négociations obligatoires* ».

¹⁰¹³ V. s'agissant d'un accord de méthode conclu préalablement à la négociation d'un accord institutionnel, M. FLEURY, *Accord Renault* : « *Un dialogue social efficient, agile et proche* », Semaine sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 12 : « *nous avons ainsi pu élaborer un diagnostic partagé de la situation chez Renault, de la réforme et de ce que nous pouvions en faire. Cette étape nous a menés à la négociation et à la signature d'un accord de méthode le 7 mai 2018 définissant les sujets qui seraient abordés lors de la négociation, le calendrier et l'enchaînement des thématiques de négociation* ».

¹⁰¹⁴ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18 : « *Arnaud Jouanne précise que dans l'une des entreprises qu'il conseille en matière de stratégie sociale, la première étape a consisté à réunir les organisations syndicales et à leur proposer non pas de mettre en place le CSE, ce qui aurait consisté à agiter un chiffon rouge, mais bien d'élaborer, ensemble, le nouveau socle du dialogue social, dans l'esprit décrit précédemment. la négociation d'un accord de méthode s'imposait donc* ».

¹⁰¹⁵ M. CORREIA, *Mener la négociation d'un accord d'entreprise, points clés*, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 10 : « *si les deux parties sont persuadées d'être dans le vrai, aucune négociation n'est possible* ».

l'accord de méthode¹⁰¹⁶. En l'absence d'accord, le déroulé opérationnel doit toutefois être organisé par l'employeur en prenant en considération les principes directeurs souvent insérés dans les accords de méthode¹⁰¹⁷.

197. Principes directeurs. Premièrement, cela concerne l'application d'éléments précités, qui doivent guider la mise en œuvre et l'exécution des négociations : la loyauté, la confiance, le respect, la communication, la transmission d'informations¹⁰¹⁸... Autant de principes qui permettront à une négociation de se dérouler sereinement¹⁰¹⁹. Au-delà de la déclaration générale, les applications sont multiples : quel délai de transmission des éléments ? Quelle place pour les parties dans la détermination de l'ordre du jour ?¹⁰²⁰ Quelles informations transmettre ? Quel délai entre les réunions ? Comment déterminer les dates de réunion ? Quelles sont les parties présentes ? L'ensemble de ces questions ne doivent pas

¹⁰¹⁶ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 324, spéc. n° 274.

¹⁰¹⁷ V. sur les accords de méthode « *informels* » : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 323 ; Jacques Barthélémy reconnaît d'ailleurs l'intérêt légitime d'une telle démarche : « *une chose est de respecter des exigences de comportement et même de promouvoir une meilleure qualité du contenu de l'accord collectif. Une autre chose est d'élaborer un texte à cet effet. Au demeurant, et au vu des responsabilités incombant à l'employeur en raison de sa qualité de partie forte, on peut aisément soutenir qu'il a l'obligation de mettre en place une procédure, peu important que ce soit de manière unilatérale. Pour le justifier, on peut s'appuyer sur le fait que promouvoir le dialogue social est une exigence au nom de l'intérêt de l'entreprise. [...] La fixation des règles de conduite de la négociation par décision unilatérale de l'employeur doit être une solution supplétive à défaut d'accord collectif* » (J. BARTHELEMY, *Règles de conduite de la négociation*, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30) ; E. DEVAUX, *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 244 : « *le respect du principe de bonne foi et de sa déclinaison, le devoir de loyauté, est une exigence permanente* ». Autrement dit, le respect de ces principes n'est pas limité à la conclusion d'un accord.

¹⁰¹⁸ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 317 et s.

¹⁰¹⁹ M. CORREIA, *Mener la négociation d'un accord d'entreprise, points clés*, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 10.

¹⁰²⁰ J. BARTHELEMY, *Règles de conduite de la négociation*, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30 : « *la prise en compte, dans la négociation de l'accord, des demandes des organisations syndicales de salariés relatives aux thèmes de négociation abordés s'inscrit évidemment dans l'exigence de loyauté, mais aussi dans le souci d'équilibre des pouvoirs entre les parties. D'où l'importance de fixer, dans l'accord de méthode, les modalités de cette prise en compte. Ceci induit aussi bien l'acceptation de la mise à l'ordre du jour de tel thème que les conditions formulées. Par exemple : chaque partie doit pouvoir informer ou préciser sa démarche et la liaison de celle-ci avec les thèmes de la négociation* ».

être laissées au doute¹⁰²¹ ; il convient de déterminer ces éléments en amont des négociations¹⁰²².

198. Comprendre et anticiper. Secondement, le déroulé opérationnel incite les parties à comprendre les volontés d'autrui¹⁰²³. Pour les délégués syndicaux ou élus, il s'agit de comprendre les volontés de l'employeur¹⁰²⁴. À l'inverse, l'employeur doit appréhender les souhaits des syndicats et des élus ; à ce titre, cette démarche de loyauté « *est indispensable, elle doit par ailleurs s'accompagner d'une modification des comportements des dirigeants tout au long des pourparlers* »¹⁰²⁵. Cette dialectique doit conduire à la synthèse finale¹⁰²⁶. Mais sans compréhension et maîtrise des thèses et antithèses, il ne peut y avoir de synthèse convenable¹⁰²⁷. C'est en ce sens que la conduite des négociations peut permettre de parvenir à un accord, en combinant divers éléments¹⁰²⁸.

¹⁰²¹ V. s'agissant de nombreuses clauses à intégrer : A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE, Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80.

¹⁰²² V. sur « *l'instauration d'une procédure de négociation* » : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 330 ; « La conduite des pourparlers » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 222.

¹⁰²³ Les souhaits des parties seront antagonistes, d'où la nécessité d'accepter ce préalable : « Règles de conduite de la négociation » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 218 : « *cela implique notamment un comportement des négociateurs qui favorise les chances de conclure, d'autant plus indispensable que, par définition, dans les rapports de travail, les objectifs propres à chaque partie sont antagonistes* ».

¹⁰²⁴ La négociation est une conciliation des intérêts de chaque partie : « *[la négociation] doit être utilisée comme outil de gestion avec, comme objectif, de concilier efficacement, dans la satisfaction de l'intérêt général (celui de l'entreprise), les intérêts des détenteurs du capital et ceux du personnel, qui sont catégoriels* » (« La conduite des pourparlers » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 222).

¹⁰²⁵ S. NIEL, Rénover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24.

¹⁰²⁶ V. sur « *l'équilibre nécessaire* » à obtenir malgré des intérêts distincts : G. LOISEAU, Les attributions du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 296.

¹⁰²⁷ M. CORREIA, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, points clés, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 10 : « *il faut, pour obtenir un accord « satisfaisant pour les deux parties », concevoir la négociation comme un processus de concessions réciproques* ».

¹⁰²⁸ « Le processus de la négociation collective » in Cah. DRH déc. 2000, ns° 22, p. 57.

199. Sanction : nullité de l'accord. Si ces différents principes directeurs ne sont pas respectés, les juges pourront prononcer la nullité de l'accord signé¹⁰²⁹. Cette sanction paraît la plus appropriée, la négociation nécessite de « *donner un sens* » à son concept¹⁰³⁰. Si l'employeur ne permet à celle-ci de se dérouler normalement, elle ne peut être réputée avoir existé : l'accord n'a donc pas d'existence juridique¹⁰³¹. Aussi, l'accord collectif a pour objet d'instaurer un « *effet impératif et réglementaire* », les conséquences de la signature d'un tel accord sont telles, qu'il est nécessaire de s'assurer en amont du respect des exigences de conclusion¹⁰³².

200. Conclusion. Les négociations doivent se dérouler selon un rythme à déterminer. Deux phases de négociations ont été relevées. Celles-ci doivent répondre à certaines exigences de déroulé pour permettre la tenue de discussion en mesure d'aboutir à un accord. Un accord méthode peut permettre d'accéder à cette nécessité ; l'application factuelle de règles générales guidant toute négociation peut également permettre d'arriver à la conclusion d'un accord. Si ces éléments formels sont importants dans le mécanisme de la négociation, à peine de nullité, les éléments de fond contribuent au succès des négociations : ils doivent être étudiés.

¹⁰²⁹ L. PECAUT-RIVOLIER, Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif, Dr. soc. 2020, p. 507 ; V. par exemple : Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : D. 2008. 442, obs. G. BORENFREUND, F. GUIOMARD, O. LECLERC, E. PESKINE, C. WOLMARK, A. FABRE et J. PORTA ; Dr. soc. 2008. 182, chron. P.-H. ANTONMATTEI ; RDT 2008. 188, obs. M.-A. SOURIAU.

¹⁰³⁰ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 332.

¹⁰³¹ À ce titre, même si un accord de méthode existe, les juges pourraient vérifier si la mise en œuvre de son contenu respecte les principes d'une négociation loyale, V. S. BEAL, C. TERRENOIRE, Du respect des prérogatives de négociation des partenaires sociaux, JCP S 2017, 1183 : « *en tout état de cause, il convient d'être prudent lors de la définition de la méthode des négociations, soit à l'occasion de chaque négociation, soit dans un accord collectif conclu par exemple sur le fondement de l'article L. 2222-3-1 du Code du travail : l'accord des parties ne pourra mettre en échec la loyauté et la bonne foi dans la conduite des négociations. En effet, l'article 1104 du Code civil érige le principe de bonne foi en règle d'ordre public. Une insuffisance d'information ou un calendrier trop court – éléments qui ne peuvent être appréciés indépendamment de l'objet ou de la technicité des négociations – pourrait être invoqué pour démontrer la nullité d'une négociation et d'un accord collectif en dépit du contenu d'un accord préalable des parties sur ces deux points* ».

¹⁰³² G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 332.

Chapitre 2. Le fond des négociations

201. De nombreux thèmes de négociation, des intérêts distincts. L'étude du processus de la négociation conduit à s'intéresser aux éléments de fond d'un accord institutionnel. Dans ce domaine, « *la marge de manœuvre est large, très large* »¹⁰³³. Les parties ont à leur disposition d'importants leviers pour adapter la représentation du personnel¹⁰³⁴ : elles vont devoir s'emparer des « *espaces de liberté* »¹⁰³⁵ pour négocier et conclure un accord institutionnel¹⁰³⁶. Les volontés sont toutefois différentes entre la partie employeur et la partie salariale : les intérêts divergent (Section 1). Les deux parties vont localiser des éléments de négociation sur lesquels elles portent un intérêt particulier, généralement non partagé¹⁰³⁷. Ces intérêts sont multiples compte tenu du nombre de thèmes négociables¹⁰³⁸. Ainsi, « *l'incitation à construire un CSE « sur mesure » est forte tant les thèmes négociables sont nombreux* »¹⁰³⁹. Les premières instances du CSE ont été mises en place aujourd'hui¹⁰⁴⁰ ; sur le fondement des recommandations syndicales et des premiers accords institutionnels, il est possible d'analyser les mesures qui ont été voulues par les partenaires sociaux et celles qui sont le plus souvent intégrées au sein des accords institutionnels. Si les intérêts sont principalement antagonistes¹⁰⁴¹, les parties se rejoignent toutefois plus facilement sur

¹⁰³³ F. BERGERON-CANUT, Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46.

¹⁰³⁴ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570 : « *tout ou presque du CSE peut être aménagé par accord : la mise en place, la composition, le fonctionnement, le financement et les attributions du CSE* ».

¹⁰³⁵ F. BERGERON-CANUT, Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46.

¹⁰³⁶ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

¹⁰³⁷ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5.

¹⁰³⁸ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 73.

¹⁰³⁹ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹⁰⁴⁰ Comité d'évaluation des Ordonnances « Macron », Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juill. 2020, p. 19 et s.

¹⁰⁴¹ J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151.

certaines thèmes¹⁰⁴². Ces points seront à analyser et l'étude des accords conclus pourra révéler ces idées communes.

202. S'entendre sur des intérêts divergents : les concessions. Après avoir analysé les souhaits des différents protagonistes, il conviendra de s'interroger sur le sujet des concessions (Section 2). Elles permettront généralement d'obtenir la signature d'un accord institutionnel¹⁰⁴³. Les partenaires sociaux vont « offrir » à l'autre partie certaines contreparties pour pouvoir obtenir des avancées sur leurs propres souhaits¹⁰⁴⁴. Cela signifie que la volonté des parties doit être gradée selon l'importance du sujet. Ces concessions réciproques peuvent se découvrir à travers un travail de cohérence ; les lignes directrices de la négociation peuvent être fixées en amont par les partenaires sociaux, conscients de la nécessité d'apporter, à travers la négociation, du sens à l'instance¹⁰⁴⁵. Ces lignes directrices, si elles sont partagées par toutes les parties, doivent permettre de favoriser le dialogue social et la prise en compte d'intérêts réciproques ; elles permettront de répondre aux orientations préalablement définies communément pour garantir le bon fonctionnement de l'instance de représentation du personnel¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴² D'où les nombreux accords, plus ou moins formels, sur l'instance : « *dans la plupart des entreprises étudiées par l'étude Orseu-Amnyos, il y a eu une négociation plus ou moins formelle entre direction et représentants des salariés sur ce sujet. Dans les grandes entreprises, cela se traduit par un accord, dans les autres plutôt par une formalisation dans le protocole d'accord électoral. La réflexion sur le rôle du CSE peut aussi se faire après l'élection de l'instance, notamment dans le cadre de la négociation sur le règlement intérieur* » (Comité d'évaluation des Ordonnances « Macron », Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juill. 2020, p. 28).

¹⁰⁴³ F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH mars 2000, n° 21, p. 2.

¹⁰⁴⁴ V. sur la « *logique des concessions réciproques qui sous-tend par nature la négociation* » : A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹⁰⁴⁵ V. sur la méthodologie de la « *négociation raisonnée* » qui permet d'arriver à cet objectif à travers des lignes directrices et des critères objectifs acceptés par avance par les parties : D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2 ; G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5.

¹⁰⁴⁶ Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 9.

Section 1. Les intérêts des parties

203. Typologie : baisse des attributions, hausse des moyens. Les parties disposent chacune de leurs propres intérêts¹⁰⁴⁷. Une typologie spécifique peut être relevée entre la partie employeur et la partie salariale : les premiers seraient plus disposés à voir les attributions de l'instance diminuer, que ce soit sur les consultations, les informations ou sur les périodicités, tandis que les seconds portent un intérêt plus important aux moyens dont ils disposent (heures de délégation, nombre d'élus, rôle des suppléants...) ¹⁰⁴⁸. Pourtant, les intérêts de chacun rencontrent souvent le désintérêt et la réticence d'autrui. Les accords conclus permettent de constater les intérêts qui semblent se répéter au sein des accords institutionnels, mais également de constater la capacité créatrice de la pratique pour la mise en place de mesures spécifiques. Pour cela seront étudiés les intérêts de négociation pour l'employeur (§1.), avant d'évoquer ceux de la partie salariale (§2.).

§1. Les intérêts de négociation pour l'employeur

204. Des employeurs en position de force ? À la suite des ordonnances « Macron » de 2017, des auteurs et des praticiens ont estimé que celles-ci avaient vocation à réduire considérablement les acquis des partenaires sociaux¹⁰⁴⁹ ; la négociation permettrait, au mieux, de réhabiliter certaines dispositions applicables au temps des comités

¹⁰⁴⁷ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632 : « *la norme conventionnelle fait de l'instance élue l'objet de tractations au terme desquelles chacun voudra y trouver avantage* ».

¹⁰⁴⁸ F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 259 ; Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 32 et s. ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

¹⁰⁴⁹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 ; J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151 ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 73.

d'entreprise¹⁰⁵⁰. Aussi, la perception de la réforme, par l'employeur, a également été analysée ; il a souvent été dit qu'un « employeur [...] perçoit la réforme essentiellement comme un moyen de réduire ses contraintes et de faire des économies »¹⁰⁵¹. Ces observations peuvent s'entendre, mais est-ce réellement la vision de la représentation du personnel dans les entreprises ? Ce constat délaie de nombreuses entreprises. Dans celles-ci, les relations sociales sont un objet de gouvernance¹⁰⁵². Il est important, lorsqu'un projet d'entreprise est mis en place, d'informer tous les protagonistes, et donc les salariés, de ses enjeux, de sa mise en place et de son déploiement¹⁰⁵³. La vie d'une entreprise est guidée par un objectif commun, qui se doit d'être partagé par tous ; les salariés participent à la création de la valeur¹⁰⁵⁴. Pour ces employeurs, le rôle du comité social et économique est important, il

¹⁰⁵⁰ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *le supplétif a été fixé à un niveau extrêmement moins favorable aux élus que le droit antérieur [...] 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* » ; F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 259 ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

¹⁰⁵¹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204. Cette vision est partagée par d'autres auteurs : « *il y a aussi, malheureusement, une vision négative, celle d'une chance gâchée. Le CSE est en effet perçu par les directions comme l'opportunité d'optimiser les coûts et de mettre en place une représentation du personnel moins contraignante. Par conséquent, toute négociation commence en général avec des directions qui proposent le minimum légal, c'est-à-dire l'ordre public* » (M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9). Cette approche est, au demeurant, contestable. Toutes les parties engagent les négociations avec le socle des dispositions d'ordre public indérogable. Il s'agit des fondements intangibles de la structure de la représentation du personnel. Ce n'est pas un choix ou une conséquence de la direction, mais bien un principe applicable à l'ensemble des partenaires sociaux. Libres à eux, ensuite, d'ajuster les dispositions supplétives grâce au champ de la négociation pour parvenir à conclure un accord. V. également Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 9 : « *certaines seront tentées de profiter de cette réforme pour mettre en place une représentation du personnel au rabais* ».

¹⁰⁵² S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 226.

¹⁰⁵³ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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* ».

¹⁰⁵⁴ V. notamment l'objectif de « *partager les options stratégiques de l'entreprise pour initier les discussions sur la création et la répartition de valeur dans l'entreprise* » prévu au sein de l'ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

convient de partager les pratiques et de diffuser l'orientation générale¹⁰⁵⁵ ; l'entreprise et ses salariées doivent parler d'une même voix¹⁰⁵⁶. De nombreux employeurs savent qu'une décision détaillée, expliquée et discutée sera plus facilement mise en œuvre qu'une décision prise unilatéralement sans information des élus et des salariés¹⁰⁵⁷. Le pouvoir reste, certes, vertical, mais sa diffusion est globale¹⁰⁵⁸.

205. Redonner de l'efficacité à l'instance. Pour ces employeurs, l'adaptation de la représentation du personnel passe par une recherche d'efficacité¹⁰⁵⁹. L'instance est adaptée au rythme décisionnel de l'entreprise¹⁰⁶⁰. À titre d'exemple, la périodicité des orientations stratégiques peut être augmentée d'un à trois ans¹⁰⁶¹. Un tel choix n'est pas seulement une diminution des contraintes ; peu d'entreprises changent de stratégie tous les ans¹⁰⁶². Quelle est alors l'efficacité de la discussion annuelle sur les orientations stratégiques lorsque le

¹⁰⁵⁵ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *j'ai souvent constaté que les entreprises qui réussissent le mieux sont celles où les employés se sentent le mieux, où ils sont motivés, se sentent écoutés, ont été consultés. Certains voient le dialogue social comme un coût ; à l'instar de la formation, ce n'est pas un coût, mais un investissement* ».

¹⁰⁵⁶ F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 258.

¹⁰⁵⁷ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *quand on voit des grandes entreprises qui font quelquefois des annonces de plans sociaux du jour au lendemain, où règne une ambiance de panique à bord, il y a de quoi être inquiet pour le dialogue social. À l'inverse, certaines entreprises ont, heureusement, des dirigeants qui privilégient le dialogue pour trouver des solutions partagées, humaines et concrètes et dans l'anticipation* ».

¹⁰⁵⁸ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *l'amélioration du dialogue social est une opportunité pour l'entreprise. Il contribue à améliorer le bien-être en son sein, et par conséquent, la productivité et la rentabilité* ».

¹⁰⁵⁹ La philosophie est identique pour certains élus, V. « L'accord sur le dialogue social a été négocié pour plus « de proximité, d'agilité et d'efficacité » selon le RRS de Renault » in LSQ - L'actualité 26 juill. 2018, n° 17620, p. 2.

¹⁰⁶⁰ S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 224 : « *il est temps que l'on passe du « toujours plus » au « toujours mieux » !* ».

¹⁰⁶¹ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁰⁶² J. HARTEMANN, La consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques et leurs conséquences sociales : aspects juridiques et pratiques, JCP S 2014, 1467 : « *la périodicité de cette consultation pose question, notamment au regard de son caractère potentiellement trop répétitif. Sauf bouleversement économique, il est rare que les entreprises modifient chaque année leur stratégie, notamment chez les plus petites d'entre elles* ».

document informatif support n'aura pas, ou peu, évolué ?¹⁰⁶³ La périodicité peut être adaptée pour maintenir l'intérêt de cette consultation importante¹⁰⁶⁴. Cette analyse est partagée par une partie de la doctrine : *« la réforme leur donne une opportunité de n'avoir qu'un interlocuteur unique, aux missions clairement identifiées, mais aussi (et surtout) de s'interroger (à nouveau) sur le sens à donner au dialogue social : un meilleur échange sur la stratégie de l'entreprise et la prise en compte de ses enjeux économiques, une politique plus réaliste de GPEC, une implication plus grande des acteurs pour l'amélioration des conditions de travail. Les entreprises doivent ainsi prendre conscience qu'elles ont un intérêt majeur à aménager les missions du CSE pour valoriser le dialogue social »*¹⁰⁶⁵.

206. Économies et contreparties. Un autre reproche est souvent invoqué à l'égard des employeurs : la réforme de 2017 serait une opportunité de réaliser des économies sur la représentation du personnel¹⁰⁶⁶. Il est vrai que le nombre d'élus, et donc d'heures de

¹⁰⁶³ J. HARTEMANN, La consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques et leurs conséquences sociales : aspects juridiques et pratiques, JCP S 2014, 1467 : *« il est donc à craindre que, fréquemment, l'objet de cette consultation soit limité à la « consolidation » de la stratégie développée par l'entreprise. On peut ainsi se demander si une périodicité plus longue, par exemple triennale, n'aurait pas été plus justifiée, tout en prévoyant l'obligation de consulter le comité au cours de cette période en cas de modification de la stratégie »* ; Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 71, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf> : *« chez Méthyl, le DRH envisage de proposer au CSE de prolonger la périodicité de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise à 3 ans au lieu d'un an aujourd'hui : « la stratégie de l'entreprise ne change pas chaque année. L'expérience le montre clairement. Chaque année on leur présente la même chose que l'on modifie à la marge. Je n'y vois pas l'intérêt. Je sais qu'ils vont refuser. Ils aiment bien être consultés »* » ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 206.

¹⁰⁶⁴ F. GIAVARINI, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 : *« l'innovation réside d'abord dans le fonctionnement de l'instance car nous avons négocié la mise en place, pour la première fois dans nos enseignes, d'un agenda social du CSE adapté à nos réalités opérationnelles et stratégiques. Ainsi, nous avons prévu de consulter le CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise tous les trois ans, contre tous les ans auparavant, tout en prévoyant une information annuelle sur l'avancée de la mise en œuvre de la stratégie »*.

¹⁰⁶⁵ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁰⁶⁶ O. MERIAUX, Le paritarisme a-t-il encore un avenir ?, Semaine Sociale Lamy 4 mars 2019, n° 1851, p. 4 : *« selon les premiers éléments de remontée d'informations dont nous disposons, la pente naturelle des entreprises est d'être assez opportuniste, c'est-à-dire de rationaliser, de faire des économies sur le fonctionnement des instances plutôt que d'avoir une réflexion plus stratégique sur le fonctionnement du CSE en proposant par exemple des représentants de proximité comme capteurs d'information sur des signaux faibles »*.

délégation attribuées a diminué¹⁰⁶⁷. Cette réforme fait baisser les coûts de la représentation du personnel pour les employeurs¹⁰⁶⁸. À ce titre, des concessions seront souvent effectuées sur ces sujets pour obtenir des avancées sur d'autres thèmes¹⁰⁶⁹. Certains employeurs souhaitent effectivement réaliser des économies financières et de temps, c'est ainsi que certains intérêts patronaux demeurent dans des considérations économiques¹⁰⁷⁰. Ces éléments témoignent de « *l'opposition* » entre une « *approche quantitative* » et une « *approche qualitative* » de l'instance¹⁰⁷¹. Le nombre d'entités de représentation du personnel, leur fonctionnement, le nombre d'élus et leurs heures de délégation sont autant de problématiques pour un employeur que la négociation est en mesure d'atténuer¹⁰⁷². Que ce soit pour des raisons d'efficience ou d'économie, les employeurs souhaitant utiliser l'outil de la négociation disposent de nombreux intérêts : quels sont-ils ? Il s'agit, principalement,

¹⁰⁶⁷ Premier bilan des ordonnances in Semaine Sociale Lamy 24 sept. 2018, n° 1829, p. 2 : « *s'agissant du CSE également, la critique adressée à la fusion des instances représentatives du personnel (IRP) relative à l'affaiblissement du dialogue social et à la réduction des mandats (de 36 000 à 24 000) est récurrente* » ; P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570 : « *le constat général est que l'instauration du CSE en lieu et place des instances préexistantes conduit à une réduction du nombre de mandats d'élus en entreprise* » ; Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 93 ; Y. LEROY, La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 212.

¹⁰⁶⁸ A ce titre la question des heures de délégation « *témoignent de la tension entre impératifs économiques et sociaux dans l'entreprise* » : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 328 ; Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 6 : la réforme s'inscrit « *dans un politique de réduction des coûts des entreprises : moins d'élus, de moyen... et donc moins de temps* » ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 ; G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5 : « *pour beaucoup d'entreprises, le CSE est l'occasion de réduire la charge (au sens coût...), l'impact de la représentation du personnel sur le fonctionnement de l'entreprise. Les négociations se font donc globalement au rabais* ».

¹⁰⁶⁹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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 ?* » ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

¹⁰⁷⁰ V. sur la nécessité de ne pas centraliser la question du coût pour une meilleure efficience de l'instance : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 73.

¹⁰⁷¹ F. GEA, introduction au dossier « Fusionner » in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 184.

¹⁰⁷² G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24.

d'intérêts relatifs aux attributions et au fonctionnement de l'instance¹⁰⁷³ (I.). Il s'agira d'étudier ensuite les accords institutionnels conclus pour constater lesquels de ces intérêts y sont particulièrement présents (II.).

I. Des intérêts à négocier, principalement sur les attributions et le fonctionnement de l'instance

207. Intérêts multiples. Les intérêts à négocier, pour l'employeur, sont multiples. Un objectif principal doit guider les arbitrages : faire du CSE « *une instance influente et efficace* » ; pour cela l'accord institutionnel doit « *parfaitement adapter le CSE à l'organisation et à l'activité de l'entreprise* »¹⁰⁷⁴. Un auteur conseille aux entreprises de dresser une liste des mesures nécessaires à un tel accord, afin d'en faire un réel « *accord structurant* »¹⁰⁷⁵. Ces mesures peuvent être divisées en 2 catégories, celles se rapportant aux attributions et au fonctionnement du comité (A.) et celles portant sur les moyens du comité (B.).

A. Les attributions et le fonctionnement du comité, un intérêt particulier pour l'employeur

208. Intérêts spécifiques. Les attributions et le fonctionnement du comité font l'objet de nombreux thèmes de négociation ouverts par le législateur¹⁰⁷⁶. Ils présentent, notamment s'agissant des attributions, un intérêt particulier pour l'employeur¹⁰⁷⁷. Quels sont ces thèmes et quels intérêts peuvent être relevés par celui-ci ?

¹⁰⁷³ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *à la différence des négociations sur la mise en place du CSE, il est évident que la négociation sur les missions du CSE se présente dans des conditions défavorables pour les entreprises. Et ceci en raison des dispositions supplétives très contraignantes sur : le nombre de réunions et la périodicité des consultations, la délimitation des missions par règlement intérieur du CSE (au sein duquel l'employeur est dilué)* ».

¹⁰⁷⁴ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

¹⁰⁷⁵ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

¹⁰⁷⁶ Mise en place, fonctionnement et attributions du CSE : quels accords possibles ? in FRS nov. 2019, 23/19, p. 17.

¹⁰⁷⁷ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

209. Informations et consultations récurrentes - *propos généraux.* S'agissant des attributions, le sujet des informations et des consultations récurrentes est important. Pour rappel, sont considérées comme des consultations récurrentes : la consultation sur la politique sociale¹⁰⁷⁸, celle sur la situation économique et financière¹⁰⁷⁹ et celle sur les orientations stratégiques¹⁰⁸⁰. Le contenu exact de ces consultations est prévu par les textes qui prévoient également « *que l'avis du comité social et économique doit être, en principe chaque année, sollicité* »¹⁰⁸¹ sur ces sujets¹⁰⁸². Pour cela, un certain nombre d'informations sont prévues par le législateur pour permettre aux élus de rendre un avis éclairé¹⁰⁸³. Face à ces contraintes légales, en partie négociables¹⁰⁸⁴, les employeurs souhaitent prioritairement réorganiser la méthodologie et la récurrence de telles consultations¹⁰⁸⁵. Cette approche traduit la volonté affichée de rendre la représentation du personnel plus proche de la réalité de l'entreprise, en orientant les informations et les consultations sur le cœur opérationnel de la société¹⁰⁸⁶. C'est ainsi que le Code du travail ouvre la voie de la négociation¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁷⁸ C. trav., art. L. 2312-26 et s.

¹⁰⁷⁹ C. trav., art. L. 2312-25.

¹⁰⁸⁰ C. trav., art. L. 2312-24.

¹⁰⁸¹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 506.

¹⁰⁸² M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 732 et s.

¹⁰⁸³ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 713 et s.

¹⁰⁸⁴ D. JULIEN-PATURLE, La consultation du CSE : ce qui est imposé et ce qui est négociable, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 8.

¹⁰⁸⁵ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *l'aménagement des consultations peut prendre plusieurs formes : – les espacer, surtout pour la consultation périodique sur les orientations stratégiques dont la périodicité annuelle n'est pas adaptée et prévoir, éventuellement, un avis unique sur la situation économique et financière et la politique sociale ; – préciser les thèmes de consultation périodique* » ; S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

¹⁰⁸⁶ Pour des exemples concrets sur le « véritable travail « sur mesure » » à mener « pour adapter les instances à la réalité et à l'organisation de l'entreprise », notamment s'agissant des attributions : N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2.

¹⁰⁸⁷ C. trav., art. L. 2312-19 : « *un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 ou, en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité, peut définir : 1° Le contenu, la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du comité social et économique mentionnées à l'article L. 2312-17 ainsi que la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations ; [...]. Il peut également prévoir la possibilité pour le comité social et économique d'émettre un avis unique portant sur tout ou partie des thèmes de consultation prévus à l'article L. 2312-17. La périodicité des consultations prévue par l'accord ne peut être supérieure à trois ans* ».

210. Informations et consultations récurrentes - contenu aménageable. Le contenu de ces consultations récurrentes peut avoir vocation à évoluer¹⁰⁸⁸. L'objectif est de réorienter ce contenu vers la réalité opérationnelle de l'entreprise¹⁰⁸⁹. Par exemple, s'agissant des orientations stratégiques, le texte dispose que « *le comité social et économique est consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages. Cette consultation porte, en outre, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur les orientations de la formation professionnelle et sur le plan de développement des compétences* »¹⁰⁹⁰. Parmi cette liste exhaustive, l'accord institutionnel permet de ne traiter que les aspects utiles à l'activité de l'entreprise¹⁰⁹¹. Pour cela, les thèmes précités portant sur des sujets qui n'ont pas vocation à évoluer (organisation du travail, évolution des métiers et des compétences...) peuvent être aménagés¹⁰⁹². Certains thèmes peuvent ne pas concerner l'entreprise : absence de recours à la sous-traitance, pas ou peu de contrats précaires... En parallèle, le contenu peut être enrichi d'autres sujets adaptés à l'entreprise ; il peut s'agir d'une contrepartie octroyée aux élus¹⁰⁹³. Une analyse similaire pourra être effectuée pour la

¹⁰⁸⁸ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000.

¹⁰⁸⁹ V. LE BOULANGER, « Le CSE incarnera la quintessence du dialogue social », Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 7 : « nous avons réfléchi à plusieurs hypothèses, pour essayer de construire une architecture sociale en lien avec la réalité opérationnelle de notre organisation, et permettant, dans le respect des ordonnances, de mettre en place un dialogue social favorisant les échanges efficaces, constructifs et responsables ».

¹⁰⁹⁰ C. trav., art. L. 2312-24.

¹⁰⁹¹ V. également sur la similitude de certains thèmes entre la consultation sur les organisations stratégiques et celle sur la politique sociale, F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « l'accord peut notamment résoudre cette difficulté, figurant dans les dispositions supplétives, et qui est que les consultations sur les orientations stratégiques et sur la politique sociale traitent chacune de l'emploi (conséquences des orientations sur l'emploi pour la première, évolution de l'emploi pour la deuxième). La question de l'emploi doit pouvoir être réservée à la consultation sur la politique sociale ».

¹⁰⁹² V. également sur la prise en compte de la « sensibilité des thèmes » : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632.

¹⁰⁹³ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

consultation sur la situation économique¹⁰⁹⁴ et celle sur la politique sociale¹⁰⁹⁵ ; certains éléments pourront ne pas être adaptés en raison de l'absence d'évolution au sein de l'entreprise ou du sujet peu approprié à la structure de l'entreprise¹⁰⁹⁶.

211. Informations et consultations récurrentes - informations communiquées : trier et simplifier. Les informations que l'employeur devra communiquer à l'instance, dans le cadre des consultations, seront également au cœur des négociations¹⁰⁹⁷. Une liste importante d'informations¹⁰⁹⁸ à transmettre est fournie par les dispositions supplétives du Code du travail, et plus particulièrement pour la consultation sur la situation économique¹⁰⁹⁹ et celle sur la politique sociale¹¹⁰⁰. L'employeur a un réel travail d'analyse à effectuer sur le fondement de ces textes. Il convient de recenser l'ensemble des informations exigées et de les confronter à deux critères : la simplicité de leur diffusion et l'opportunité de les diffuser compte tenu du contenu de la consultation et des enjeux de l'entreprise¹¹⁰¹. De nombreuses informations ne présentent que peu d'intérêts ; au demeurant, certains représentants élus préfèrent recevoir un nombre d'informations plus restreint et plus à propos¹¹⁰². Il faut donc établir une liste d'informations pertinentes, faciles d'accès, afin de gagner tant en efficience

¹⁰⁹⁴ C. trav., art. L. 2312-25.

¹⁰⁹⁵ C. trav., art. L. 2312-26.

¹⁰⁹⁶ V. toutefois les doutes de ces auteurs sur « la portée de la supplétivité » : Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 128 ; N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2.

¹⁰⁹⁷ G. LOISEAU, Le comité social et économique, Dr. soc. 2017, p. 1044.

¹⁰⁹⁸ Ces informations sont « d'une densité et d'une précision qui étouffent toute volonté de négociation » (B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 433).

¹⁰⁹⁹ C. trav., art. L. 2312-25, R. 2312-16 et R. 2312-17.

¹¹⁰⁰ C. trav., art. L. 2312-26 et s. et R. 2312-18 et s.

¹¹⁰¹ En ce sens, il convient d'adapter l'information au regard des enjeux de l'entreprise : « il ne saurait y avoir de véritable consultation sans une connaissance approfondie de l'entreprise et de son environnement, le législateur a développé, au fil des années, tout un dispositif tendant à assurer l'information du comité » (G. AUZERO, Comité social et économique : attributions économiques et recours à des experts, Etudes Joly Sociétés, oct. 2019).

¹¹⁰² B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 434 : « les représentants du personnel et les directions d'entreprise ont une tradition du dialogue social propre à leur entreprise, privilégiant certaines données au détriment d'autres. Si les orientations stratégiques et les principales données sociales (effectifs, temps de travail, rémunération) sont souvent reconnues comme essentielles, les données financières peuvent parfois être délaissées, notamment lorsque la situation financière de l'entreprise est saine, florissante ou que l'expert-comptable du CSE, systématiquement désigné chaque année, se contente d'un certain nombre d'informations ».

qu'en temps¹¹⁰³. Une telle concession des partenaires sociaux pourra s'obtenir avec une contrepartie, mais il est nécessaire, en amont, d'avoir préparé les éléments jugés indispensables et d'être en mesure d'expliquer l'opportunité d'une réduction d'informations¹¹⁰⁴. Pour cela, plutôt que de retrancher les informations qui ne seront, finalement, pas communiquées, il convient d'adopter une démarche positive et cohérente¹¹⁰⁵. Il peut être utile de ne pas partir des dispositions supplétives, mais d'évoquer la consultation, son objet et ses modalités¹¹⁰⁶. À partir de ce constat, les parties peuvent convenir des informations qui semblent pertinentes pour aboutir à l'objectif de la consultation¹¹⁰⁷. Cette approche permet d'éviter de figer les positions par rapport au supplétif en apportant de la cohérence et de l'efficacité au texte¹¹⁰⁸ ; les négociations doivent être facilitées, d'autant

¹¹⁰³ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « la liste (et le contenu) des informations nécessaires pour que le CSE rende un avis peut être adaptée pour la rendre plus pertinente, compte tenu du statut de l'entreprise et de son mode de gestion » ; L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 : « l'énumération des dispositions supplétives de l'article L. 2312-26 du Code du travail relatives à la politique sociale de l'entreprise, aux conditions de travail et à l'emploi, peut inciter à adopter un contenu consultatif plus léger » ; J. DANIEL, L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité, JCP S 2015, 1165.

¹¹⁰⁴ D'où la nécessité « d'une certaine maturité du dialogue social, consistant à partager et afficher que toutes les informations visées par le Code du travail ne sont pas nécessaires dans l'entreprise » (B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 434).

¹¹⁰⁵ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2 : « la direction peut partir de la liste des informations prévues par les dispositions supplétives, et sélectionner de concert avec les organisations syndicales celles qui s'avèrent indispensables. Dans une autre approche, il peut être prévu de faire précéder cette négociation d'une réunion entre plusieurs élus du comité, l'expert-comptable de l'entreprise et l'expert habituel du CSE. Il s'agit de prévoir les informations utiles, c'est-à-dire celles qui soutiennent le choix d'un projet par la direction et celles qui conduisent à la décision. Enfin, un groupe de travail constitué d'élus du comité, des délégués syndicaux et des directions financières et des RH peut lister les informations nécessaires » ; V. sur la possibilité d'envisager une « négociation ad hoc » : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 433.

¹¹⁰⁶ V. sur certaines « créations artificielles » des BDES sur ce fondement : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 435.

¹¹⁰⁷ V. en ce sens s'agissant des informations relatives à la politique sociale, N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 : « vous pouvez également prévoir par accord que les informations nécessaires pour la consultation sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi se limiteront à l'évolution des emplois et des qualifications, au taux d'absentéisme et à l'égalité professionnelle, en mettant ainsi de côté les nombreux autres thèmes, comme les conditions d'accueil en stage, les congés et l'aménagement du temps de travail, etc. » ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 437.

¹¹⁰⁸ G. LOISEAU, Les attributions du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 293.

que les textes mentionnant les informations à communiquer sont éparés, et font l'objet de renvois multiples, rendant délicate l'appréhension par tous¹¹⁰⁹.

212. Informations et consultations récurrentes - *périodicité à adapter au rythme de l'entreprise.* Si les questions de contenu et d'informations à communiquer sont importantes, les entreprises ont surtout fait part de leur volonté de réaménager la périodicité de ces consultations¹¹¹⁰. Elles doivent aujourd'hui se dérouler chaque année mais peuvent voir leur périodicité augmentée, par accord, dans la limite de 3 ans¹¹¹¹. L'objectif recherché par les entreprises est d'espacer les consultations et d'adapter la périodicité à l'objet de la consultation¹¹¹². Certains auteurs ont proposé une nouvelle répartition : « *cette périodicité peut être calée sur les époques auxquelles l'organe dirigeant de la société ou de l'établissement se réunit pour statuer sur chacun desdits trois thèmes. Cela peut être une fois tous les trois ans pour la stratégie, tous les deux ans pour la politique sociale et tous les ans pour la situation économique et financière. Il ne s'agit pas de retenir une consultation selon une périodicité imposée, mais de rapprocher celle-ci du moment où la décision est réellement prise* »¹¹¹³. Cette approche, rationnelle, doit être mise en œuvre par les entreprises ; elle permet de répondre aux besoins d'efficience de l'institution de représentation du personnel¹¹¹⁴. Le sujet doit être discuté lors des négociations par l'employeur et fait figure de priorité dans le cadre des concessions réciproques à obtenir.

¹¹⁰⁹ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

¹¹¹⁰ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

¹¹¹¹ C. trav., art. L. 2312-19.

¹¹¹² F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *l'aménagement des consultations peut prendre plusieurs formes : – les espacer, surtout pour la consultation périodique sur les orientations stratégiques dont la périodicité annuelle n'est pas adaptée* ».

¹¹¹³ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

¹¹¹⁴ J. HARTEMANN, La consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques et leurs conséquences sociales : aspects juridiques et pratiques, JCP S 2014, 1467 ; V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 : « *l'enjeu est de trouver le fonctionnement adéquat pour répondre aux besoins tant au niveau local - par exemple par la mise en place de RP - que central - par l'adaptation par exemple de la périodicité et/ou des modalités des consultations récurrentes au fonctionnement de la structure* ».

213. Informations et consultations ponctuelles : voies de négociation. Ces éléments de négociation, à l'exception de ceux relatifs aux périodicités, doivent être repris pour les informations et consultations ponctuelles¹¹¹⁵. En effet, outre les consultations récurrentes, certains « contextes » nécessitent de recueillir l'avis du CSE¹¹¹⁶. Sur celles ponctuelles, le Code du travail offre également la possibilité de négocier sur le contenu des consultations, les informations transmises¹¹¹⁷ et le nombre de réunions¹¹¹⁸. Ces informations et consultations, aux multiples déclinaisons¹¹¹⁹, manquent parfois de structure. Si certaines consultations sont cadrées par le législateur¹¹²⁰ (notamment s'agissant des licenciements économiques)¹¹²¹, il convient, pour les autres, de définir en amont les règles applicables aux consultations revenant avec récurrence au fil de l'évolution de l'instance¹¹²².

214. Autres thématiques. Ces procédures « d'informations / consultations », qu'elles soient récurrentes ou ponctuelles, peuvent être traitées par les négociateurs pour augmenter l'efficacité de l'instance. Ce ne sont pas les seuls thèmes relatifs aux attributions et au fonctionnement négociables ; la BDES, les expertises et les modalités relatives aux avis peuvent également être adaptées grâce à l'accord institutionnel¹¹²³.

¹¹¹⁵ G. LOISEAU, Les attributions du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 293.

¹¹¹⁶ V. pour un exposé des situations ponctuelles nécessitant de recueillir l'avis du CSE : B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 504-505 ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 823 et s.

¹¹¹⁷ C. trav., art. L. 2312-55, al. 2.

¹¹¹⁸ C. trav., art. L. 2312-55, al. 3.

¹¹¹⁹ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 130.

¹¹²⁰ C. trav., art. L. 2312-37 et s.

¹¹²¹ J.-Y. KERBOURC'H, CSE et licenciement économique : de la consultation à la cogestion, JCP S 2019, 1046.

¹¹²² Il semble toutefois assez délicat de prévoir par avance la survenance de consultations ponctuelles, ce qui n'incite pas les parties à négocier sur ce sujet. V. en ce sens : B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 454 ; G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 208 : « *il est malaisé, voir impossible, de prévoir à quel moment la consultation aura lieu* ».

¹¹²³ Pour la BDES, les modalités d'aménagement sont définies à l'article L. 2312-21 du Code du travail, pour l'expertise les articles L. 2315-78 et s. sont concernés et pour les avis, il s'agit des articles L. 2312-19 et L. 2312-55 du Code du travail.

215. BDES : un aménagement nécessaire. Aménager la BDES est une priorité pour des entreprises¹¹²⁴. Des difficultés sont aujourd'hui relevées par la pratique dans la gestion de la BDES : absence de mise en place, suivi inadapté face à la quantité très importante de documents demandés¹¹²⁵, absence de BDES à jour¹¹²⁶. Les élus peuvent également être désorientés face aux multiples informations présentées au sein de la base¹¹²⁷. Les obligations liées à la prévision des données¹¹²⁸ mettent également l'entreprise dans des difficultés, d'autant que ces sujets sont souvent délégués aux tâches administratives¹¹²⁹, n'ayant pas le pouvoir de s'impliquer dans des projections. La BDES devra être adaptée, tout d'abord, en tenant compte des évolutions prévues par les négociations sur les consultations récurrentes et ponctuelles ; les informations communiquées peuvent en effet avoir fait l'objet d'aménagements¹¹³⁰. L'objectif des discussions, pour l'employeur, sera également d'adapter ses obligations aux capacités de l'entreprise à fournir régulièrement des informations

¹¹²⁴ V. sur la « complexité de la BDES supplétive » : S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

¹¹²⁵ En raison d'une BDES « excessivement lourde » : F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 ; J.-J. JARRY, Négociier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28 : « la liste des informations à renseigner se décomposent, dans ce cas, en neuf thèmes, et selon que l'entreprise emploie ou non au moins 300 salariés, entre 17 et 28 rubriques qui contiennent entre 100 et plus de 250 indicateurs ».

¹¹²⁶ Créant également un risque de contestation important, notamment en vertu de la récente jurisprudence de la Cour de Cassation. V. Cass. Soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081 ; D. 2018. 729 ; RDT 2018. 465, obs. I. ODOUL-ASOREY.

¹¹²⁷ V. en ce sens : J. SPORTES, C. VERGNOLLE, À quand la transformation de la BDES en véritable outil d'un dialogue social de qualité et constructif ?, Cah. Lamy du CE janv. 2018, n° 177, p. 29 ; Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 93, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf> : « bien que la BDES soit mise en place, les élus ne l'ont jamais consultée selon [la DRH de « Formasup »] ».

¹¹²⁸ C. trav., art. R. 2312-10 : les données doivent être prévues sur 3 ans.

¹¹²⁹ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 434 : « pour la direction, la production d'une information complète et de qualité a un coût important, nécessitant la mobilisation tout au long de l'année de différentes directions (direction générale et financière, DRH, SIRH) ».

¹¹³⁰ S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD, La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JCP S 2018, 1170 : « l'ouverture du champ conventionnel des consultations récurrentes a pour corollaire une marge de négociation accrue sur la BDES. L'un ne peut se concevoir sans l'autre puisque les consultations récurrentes s'appuient sur la BDES, disposition impérative reconduite » ; J.-J. JARRY, Négociier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28 ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 206.

« *efficentes* »¹¹³¹, à jour et qualitatives¹¹³². Pour cela, la projection de 3 ans pourrait être aménagée¹¹³³. L'intégralité des informations devra être revue pour s'adapter aux réalités de l'entreprise, à son secteur d'activité, à son organisation sociale et à ses capacités à fournir les données¹¹³⁴. Cette adaptation peut, pour augmenter les chances de conclure l'accord, faire l'objet d'une étude préalable avec les partenaires sociaux¹¹³⁵. Toutefois, tout n'est pas possible et l'ordre public vient encadrer l'effet utile de la BDES : « *si le contenu de la BDES dépend en pratique de son rôle et de sa place voulus par les partenaires sociaux par rapport aux réalités de l'entreprise, sa consistance devra être appréhendée à la lumière de l'objectif recherché : permettre au CSE d'exercer utilement ses compétences. Telle est la deuxième ligne directrice énoncée par l'article L. 2312-21 consacré à la forme négociée de la BDES. Ce n'est d'ailleurs pas seulement son contenu qui est intéressé ici mais également, ses autres caractéristiques : l'organisation, l'architecture, les modalités de fonctionnement, le droit d'accès, le niveau de mise en place, le support ainsi que les modalités de consultation et d'utilisation doivent être tels qu'ils permettent à l'instance d'exercer utilement ses*

¹¹³¹ J.-J. JARRY, Négocier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28.

¹¹³² F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *l'amélioration voire l'allègement de la BDES telle qu'envisagée par l'article L. 2312-36 du Code du travail est une forte incitation à négocier* ».

¹¹³³ S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD, La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JCP S 2018, 1170 : « *dotée d'un caractère prospectif, la BDES devait jusqu'ici présenter les données sur les trois années à venir (C. trav., art. L. 2323-8, ancien). Cette projection pouvait se révéler assez difficile pour nombre d'entreprises* » ; F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *l'un des objectifs des accords est de mieux délimiter les informations pour se concentrer sur les informations utiles et les indicateurs essentiels. Les catégories réglementaires de la BDES ne sont pas très claires et certains souhaitent simplifier en distinguant la partie sociale et la partie économique. L'un des enjeux est aussi de communiquer des informations réalistes, notamment pour les données prospectives (à défaut d'accord : données sur les 3 années à venir). Il est donc très important de négocier sur la BDES ; à défaut, c'est un outil très lourd et peu adapté* ».

¹¹³⁴ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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)* ».

¹¹³⁵ J.-J. JARRY, Négocier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28 : « *ces aménagements conventionnels permettent de mettre en place une véritable ingénierie du dialogue social dans l'entreprise. Cela est d'autant plus évident qu'ils concernent des thématiques centrales dans les relations collectives de travail. La pertinence des dispositions conventionnelles dépendra de la capacité des partenaires sociaux à élaborer une norme claire fixant une liste d'informations précises permettant aux membres du CSE d'exercer efficacement leurs compétences* ».

compétences »¹¹³⁶. Sous cette contrainte¹¹³⁷, la BDES demeure un outil pouvant être adapté par les partenaires sociaux.

216. Expertise : une thématique sensible. La question des expertises est également un sujet pour les entreprises¹¹³⁸. Les procédures où les élus ont recours à un expert peuvent parfois être longues et coûteuses et ne garantissent pas toujours, de la vision de l'employeur, la présentation d'un rapport pertinent¹¹³⁹. Le Code du travail prévoit quelques possibilités d'aménagement en faveur des employeurs, comme la possibilité de déterminer « *le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes sur une ou plusieurs années* »¹¹⁴⁰ ou le « *délai maximal dans lequel l'expert remet son rapport* »¹¹⁴¹. Les Ordonnances Macron ont en effet souhaité « *réguler* » les expertises, « *sans porter atteinte au droit à expertise* »¹¹⁴². Ces éléments seront mis en avant par l'employeur, s'agissant notamment des délais encadrant l'expertise¹¹⁴³. Ils ne constitueront toutefois pas le cœur des revendications patronales. En revanche, d'éventuelles négociations sur l'expertise feront ressurgir la question du coût. Ainsi, pour obtenir une réduction des délais ou du nombre d'expertises,

¹¹³⁶ S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD, La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JCP S 2018, 1170 ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76 ; V. *infra* n° 331 et s. sur les limites relatives au contenu de l'accord.

¹¹³⁷ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 135-136.

¹¹³⁸ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 407.

¹¹³⁹ O. THIBAUD, T. DUBE, Faire face aux demandes d'expertise du CSE, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 65 : « *le recours par le CSE à un expert constitue une décision impactante pour l'entreprise, non seulement au regard des contraintes induites par cette procédure (en termes de communication de documents, de délais de consultation, etc.), mais aussi de son coût important* » ; G. LOISEAU, Le comité social et économique, Dr. soc. 2017, p. 1044 : « *l'expertise est depuis longtemps le poil à gratter des instances de représentation du personnel et, parmi elles, le CHSCT est fréquemment pointé du doigt. Il y a eu, il faut le reconnaître, des abus dans le recours à l'expertise, parfois dupliquée en autant de CHSCT que d'établissements concernés par le projet de l'employeur, le tout aux frais de ce dernier* ».

¹¹⁴⁰ C. trav., art. L. 2315-79. ; Attention toutefois dans ce cas de figure : « *aucune limite spécifique n'est posée par le texte, même s'il conviendra en toutes hypothèses de veiller à ce que le contenu de cet accord soit coordonné avec le contenu de l'accord relatif aux consultations récurrentes* » (S. BEAL, M. MARGUERITE, Le comité social et économique : attributions, JCP E 2017, 1587).

¹¹⁴¹ C. trav., art. L. 2315-85.

¹¹⁴² Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à l'organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JO 23 sept. 2017.

¹¹⁴³ Une limite toutefois devrait être soulevée du côté de la partie salariale : « *prévoir des délais d'expertise trop contraints ferait nécessairement obstacle aux investigations approfondies du spécialiste désigné, entravant la qualité et l'utilité de sa mission* » (S. MRAOUAHI, L'expert du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 617).

l'employeur devra souvent s'engager, en contrepartie, à financer intégralement l'ensemble des expertises¹¹⁴⁴ ; ce qui n'est désormais plus le cas¹¹⁴⁵.

217. Délai pour exprimer l'avis : combiner étude suffisante et fluidité de la vie de l'entreprise. La question du délai octroyé au CSE pour rendre son avis est également source de négociation¹¹⁴⁶. Les principes légaux, fixés pour de nombreuses consultations récurrentes et périodiques, prévoient des délais de consultation variables¹¹⁴⁷. Avant les ordonnances « Macron » de 2017, aucun accord ne pouvait diminuer le délai laissé aux élus pour rendre un avis en-deçà de 15 jours¹¹⁴⁸. Ce minimum n'existe plus¹¹⁴⁹. Les partenaires sociaux pourraient dès lors s'accorder sur un délai réduit, inférieur à 15 jours¹¹⁵⁰, ce qui ne semble

¹¹⁴⁴ L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226 : « il ne fait pas de doute que le nombre d'expertises pourrait être un réel sujet de négociation, surtout si l'on met en regard ce thème avec celui du financement des expertises ; l'on perçoit d'emblée les tractations : moins d'expertises mais mieux financées » ; O. THIBAUD, T. DUBE, Faire face aux demandes d'expertise du CSE, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 65 : « il est également possible, par accord collectif (de branche, de groupe ou d'entreprise) ou usage, de prévoir un financement intégral par l'employeur du coût de toutes les expertises votées par le CSE. Cette possibilité d'aménagement du financement peut être mise en parallèle avec celle permettant de contrôler le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes du CSE ».

¹¹⁴⁵ C. trav., art. L. 2315-80 ; Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 152.

¹¹⁴⁶ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « cet espace offert à la négociation pourrait être intéressant, tant la question du délai d'expression des avis est importante dans le fonctionnement de l'entreprise et celle de leur détermination souvent source d'incertitude selon la nature de la consultation ».

¹¹⁴⁷ C. trav., art. R. 2312-6 : « [pour l'ensemble des consultations mentionnées au présent code pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai spécifique], à défaut d'accord, le comité social et économique est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date prévue à cet article. En cas d'intervention d'un expert, le délai mentionné au premier alinéa est porté à deux mois. Ce délai est porté à trois mois en cas d'intervention d'une ou plusieurs expertises dans le cadre de consultation se déroulant à la fois au niveau du comité social et économique central et d'un ou plusieurs comités sociaux économiques d'établissement ».

¹¹⁴⁸ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 13^{ème} éd. 2017, p. 671 ; C. trav., art. L. 2323-3 (abr.).

¹¹⁴⁹ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 125.

¹¹⁵⁰ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « d'ailleurs, l'ancien délai minimal de quinze jours a été supprimé de sorte qu'une durée inférieure pourrait être retenue ». V. toutefois infra n° 331 et s.

toutefois pas être le cas en pratique¹¹⁵¹. Aussi, en faisant courir le délai dès la remise des informations¹¹⁵², et en remettant celles-ci avant la réunion, peut être créée une récurrence logique entre délai d'information, réunion et délai de consultation¹¹⁵³. Les employeurs sont souvent contrariés par les délais de consultation ; ces derniers retardent, selon eux sans fondement, les projets en cours de mise en place¹¹⁵⁴. L'aménagement conventionnel peut dès lors devenir un réel argument pour permettre de mieux rythmer la mise en place, le déploiement ou la rédaction de divers projets au sein de l'entreprise¹¹⁵⁵.

218. Établissement unique : une des priorités de la direction. Enfin, un dernier sujet concerne tant les attributions, le fonctionnement et les moyens (qui seront développés par la suite) : il s'agit du périmètre des instances¹¹⁵⁶. La volonté des employeurs est généralement de réduire le nombre d'établissements distincts¹¹⁵⁷. Plusieurs raisons justifient ce choix : tout d'abord cela diminue les moyens conférés à l'instance du CSE en réduisant le nombre d'élus

¹¹⁵¹ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 462 ; V. toutefois : FIDAL, Accord relatif à la mise en place, au fonctionnement et à l'organisation de l'information et de la consultation du comité social et économique, 5 sept. 2018 (« *le CSE dispose d'un délai maximal de dix jours calendaires pour rendre un avis dans le cadre d'une consultation récurrente ou ponctuelle* ») in S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

¹¹⁵² Ce qui est le cas pour la majorité des entreprises, V. B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 462.

¹¹⁵³ Attention toutefois en cas de délai inférieur à 15 jours : « *désormais, il est donc possible de prévoir des délais de consultation plus courts même si ces derniers doivent, en toutes hypothèses, être suffisants pour permettre aux représentants d'avoir un avis éclairé* » (S. BEAL, M. MARGUERITE, Le comité social et économique : attributions, JCP E 2017, 1587) ; V. également *infra* n° 331 et s.

¹¹⁵⁴ D'où l'accord sur des « *consultations de fonctionnement* » qui seraient encadrées par des délais plus courts : F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 ; B. BOSSU, Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence..., JCP S 2015, 1175 : « *mais l'exigence d'un délai suffisant ne doit pas devenir un moyen permettant de retarder la mise en œuvre d'un projet indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise. En d'autres termes, la procédure ne doit pas être instrumentalisée pour tenter de retarder une décision nécessaire* ».

¹¹⁵⁵ V. sur la « *voie à privilégier* » de la négociation des délais : P. LAGESSE, V. ARMILLEI, À propos des délais de consultation du CSE (2e partie), Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1792, p. 6.

¹¹⁵⁶ A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

¹¹⁵⁷ V. sur cette logique de « *centralisation* » de l'instance : F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 242 ; A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 ; Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 6 : « *de nombreux comités d'établissement disparaissent au profit d'un unique CSE* ».

et d'heures de délégation¹¹⁵⁸. De plus, cela facilite l'organisation de l'instance : un CSE unique permet d'éviter la mise en place de CSE d'établissement et d'un CSE central qui conduisent à augmenter les contraintes et les moyens¹¹⁵⁹. Cette recherche d'optimisation de la structure géographique de l'instance est l'un des sujets principaux invoqués par les employeurs¹¹⁶⁰. Ces derniers n'hésiteront pas à compenser sur certains points pour obtenir ce schéma plus favorable. Au demeurant, tous les élus ne sont pas réfractaires à un recentrage du périmètre de l'instance. Dans certaines entreprises, il est difficile pour l'organisation syndicale de trouver des candidats pour concourir aux élections professionnelles¹¹⁶¹ ; plus il y a de membres à élire, plus le risque est important que les syndicats ne parviennent pas à disposer d'une liste complète et que des candidats libres puissent être élus au second tour¹¹⁶². Dans ce cas de figure, les syndicats préfèrent un nombre d'élus moindre leur permettant de disposer d'une plus grande proportionnalité dans les sièges attribués¹¹⁶³. Une telle stratégie

¹¹⁵⁸ En effet, un établissement dispose d'autant d'élus qu'un CSE unique (C. trav., art. L. 2316-24). Or, le minimum légal d'élus (C. trav., art. R. 2314-1) n'est pas absolument proportionnel au nombre de salariés. Ainsi, une entreprise de 75 salariés élirait, en cas d'établissement unique, 10 élus (5 titulaires et 5 suppléants). Si l'entreprise dispose de deux établissements distincts, un de 50 salariés et un de 25 salariés, il faudra élire 12 élus (6 titulaires et 6 suppléants). Plus le nombre de salariés est important, plus ces écarts augmentent.

¹¹⁵⁹ C. trav., art. L. 2316-1 et s.

¹¹⁶⁰ Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 4, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf> : « une priorité des Directions : revoir les périmètres d'établissements pour concentrer les instances ».

¹¹⁶¹ S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 224 : « il est difficile de trouver des candidats [...]. C'est une réalité » ; V. également cette étude où dans 38% des établissements dotés d'une représentation du personnel, il est affirmé qu'il n'y a pas suffisamment de candidats pour occuper les fonctions d'élu (DARES, enquête réponse de 2010, Analyses nov. 2014, n° 084) ; F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 257 ; V. également sur les raisons de ces difficultés : B. BOSSU, À la recherche des acteurs du dialogue social, Dr. soc. 2015, p. 896.

¹¹⁶² V. sur cette possibilité : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 599.

¹¹⁶³ Un autre argument est désormais soulevé : avec l'obligation d'établir des listes équilibrées entre les hommes et les femmes (C. trav., art. L. 2314-30 et s.), beaucoup de syndicats ont du mal à parvenir à établir des listes complètes. V. S. NIEL, Quelle stratégie pour les élections du CSE ?, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 17 : « il faut donc partir des freins perçus par les organisations syndicales et ils ne manquent pas, même s'ils l'admettent du bout des lèvres. La baisse en nombre des élus n'est pas le seul problème de fond. Derrière cette crainte avouée, se cache d'abord le désarroi des syndicats face à l'intransigeance de la règle de la mixité des sexes pour les listes de candidats. Dès lors, il est facile de comprendre qu'il ne s'agit pas seulement d'augmenter le nombre d'élus, sous peine d'aggraver les conséquences préjudiciables pour eux de l'obligation de mixité ».

se constate notamment dans les PME avec une implantation syndicale faible¹¹⁶⁴. Cette approche contrevient avec la vision opportuniste de l'employeur qui est souvent citée : « *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* »¹¹⁶⁵. En réalité, l'instance ne fonctionnera pas obligatoirement moins bien : elle peut au contraire être plus efficace en évitant les couches successives, ralentissant le processus et amplifiant certains désaccords¹¹⁶⁶. Aussi, des alternatives existent pour maintenir le niveau d'efficacité¹¹⁶⁷ (mise en place de représentants de proximité¹¹⁶⁸, suppléants membres de la commission santé et sécurité¹¹⁶⁹...). La question des établissements distincts, régie par l'accord de mise en place, est donc directement porteuse d'intérêt pour l'employeur.

219. Hiérarchisation. Les sujets négociables, et présentant un intérêt pour l'employeur, sont nombreux s'agissant des attributions et du fonctionnement du CSE. Ils sont le témoin de la « *conventionnalisation de la représentation du personnel* »¹¹⁷⁰. Ces différents thèmes devront être classés selon un ordre de priorité ; la hiérarchisation permet de maîtriser la

¹¹⁶⁴ V. sur cette implantation syndicale faible : J. ICARD, Négociation collective et petite entreprise, Cah. soc. juill. 2018, p. 363 : « *l'absence d'implantation syndicale est le second obstacle. Les organisations syndicales ne sont pas bien implantées dans les petites entreprises* ».

¹¹⁶⁵ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹¹⁶⁶ S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 224.

¹¹⁶⁷ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *le niveau centralisé du CSE d'entreprise voire du CSE d'établissement est-il opérant ? Ne peut-on craindre une moindre connaissance des problèmes, une moins bonne remontée de l'information, par exemple en matière de harcèlement, de conditions de travail, de difficultés de management ?* ». La mise en place de représentants de proximité permet de répondre à ces inquiétudes.

¹¹⁶⁸ C. trav., art. L. 2313-7 ; B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 191 ; Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 6 ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 125.

¹¹⁶⁹ C. trav., L. 2315-41 ; S. NIEL, Quelle stratégie pour les élections du CSE ?, Semaine Sociale Lamy 4 fév. 2019, n° 1847, p. 17 : « *pour la commission santé, sécurité et conditions de travail, la désignation de ses membres se fait souvent parmi les suppléants* ».

¹¹⁷⁰ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70.

négociation et de connaître les points indispensables de négociation¹¹⁷¹. Certaines concessions peuvent être plus facilement admises que d'autres ; la négociation sur les moyens de l'instance pourrait s'avérer intéressante à ce titre.

B. Les moyens de l'instance, une volonté patronale plus mesurée

220. Nombre d'élus et heures de délégation : objet de compromis. S'agissant des moyens du comité, les employeurs expriment moins de besoins dans le cadre des négociations ; il s'agira essentiellement d'absorber les demandes des élus sur ce sujet¹¹⁷². Certains points demeurent souvent sollicités par les employeurs ; tout d'abord sur le nombre d'élus¹¹⁷³. La diminution du nombre d'élus passe principalement par l'unicité de périmètre de l'instance¹¹⁷⁴. La négociation sur les établissements distincts, intégrée à l'accord de mise en place, permet de diminuer le nombre de membres du CSE¹¹⁷⁵. En revanche, la question « directe » du nombre d'élus et des heures de délégation n'est pas intégrée au sein de l'accord de mise en place mais est de la compétence du PAP¹¹⁷⁶ : « *le protocole préélectoral peut modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise* »¹¹⁷⁷. Cette disposition contraint les entreprises : en cas de diminution du nombre d'élus, les heures de délégations doivent être augmentées. Or, certains employeurs souhaitent réduire le nombre d'élus afin de diminuer le volume d'heures de délégation et le nombre de salariés

¹¹⁷¹ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2 : « *il faut arriver à classer les vingt thèmes de négociation selon une certaine chronologie et en fonction de leur pertinence, mais aussi de leur importance* ».

¹¹⁷² I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

¹¹⁷³ Y. LEROY, La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 212 ; « Comment voyez-vous votre futur CSE ? » in Cah. DRH oct. 2018, p. 53 ; S. NIEL, Quelle stratégie pour les élections du CSE ?, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 17.

¹¹⁷⁴ V. *supra* n° 218.

¹¹⁷⁵ C. trav., art. L. 2313-2.

¹¹⁷⁶ V. sur les difficultés pour les entreprises à saisir cette distinction : B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 329.

¹¹⁷⁷ C. trav., art. L. 2314-7 ; Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 93.

protégés¹¹⁷⁸. Cette volonté n'est toutefois pas unanime ; beaucoup d'employeurs sont conscients de la nécessité et de l'utilité de disposer d'élus¹¹⁷⁹. La difficulté réside souvent dans la perception du « juste milieu » entre fonctionnement efficace de l'instance et abus dans l'utilisation des heures de délégation¹¹⁸⁰. Ce sont parfois les managers des élus concernés qui s'interrogent sur le volume d'heures de délégation¹¹⁸¹. La question du nombre d'élus et des heures de délégations n'est donc pas aussi délicate pour l'employeur¹¹⁸². En réalité, outre la réduction du nombre d'établissements par accord, il est rare de voir le nombre d'élus diminuer par rapport aux exigences légales¹¹⁸³ ; lorsque cela est le cas, c'est parfois à la demande des organisations syndicales en raison du nombre de candidats en mesure d'être mobilisés par le syndicat.

221. Rôle des suppléants : éviter leur présence en réunion. En revanche, un point s'avère capital pour les employeurs : maintenir la non-participation des suppléants aux réunions¹¹⁸⁴. Cette disposition est désormais prévue par le Code du travail¹¹⁸⁵. Il s'agit, à l'opposé, de l'une des demandes principales formulées par les organisations syndicales¹¹⁸⁶ ; l'employeur peut être obligé de concéder sur cette disposition en autorisant un nombre limité

¹¹⁷⁸ V. sur les avantages relevés au temps de la DUP applicables aujourd'hui pour le CSE, J.-B. COTTIN, Les habits neufs de la DUP, Cah. DRH avr. 2016, p. 2 : « la baisse du nombre de salariés protégés et du nombre d'heures de délégation entraîne une baisse du nombre de salariés absents de leur poste de travail à l'occasion des réunions ou de l'exercice des fonctions de représentation ».

¹¹⁷⁹ V. sur les nombreux accords « silencieux ou reprenant les dispositions supplétives » au sujet des heures de délégation : P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 573.

¹¹⁸⁰ S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 226.

¹¹⁸¹ Ils voient les heures de délégation comme « un temps passé à ne pas travailler au service de l'entreprise et plus précisément au poste de travail pour lequel la personne a été recrutée et pour lequel elle est rémunérée » : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 328 ; S. NIEL, Les bons de délégation sont-ils utiles ?, Cah. DRH mars 2006, p. 22 : « coût, imprévisibilité et fréquence des absences sont pointées du doigt par les managers qui exigent des DRH des outils pour une meilleure maîtrise des heures de délégation ».

¹¹⁸² V. sur les intérêts des heures de délégation : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 328.

¹¹⁸³ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 117.

¹¹⁸⁴ I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

¹¹⁸⁵ C. trav., art. L. 2314-1 ; « la délégation du personnel comporte un nombre égal de titulaires et de suppléants. Le suppléant assiste aux réunions en l'absence du titulaire » ; Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 96 ; P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 549.

¹¹⁸⁶ F. GEA, A. ROUYER, Les configuration du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 263-264 ; J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151.

de suppléants aux réunions¹¹⁸⁷. La volonté des employeurs de limiter le nombre de suppléants en séance est forte car une telle situation présente le risque de rendre inaudibles et interminables les réunions du CSE¹¹⁸⁸. À titre d'exemple, dans les entreprises de plus de 200 salariés, plus de 20 salariés sont présents en réunion¹¹⁸⁹. S'exprime parfois le souhait patronal de limiter le nombre d'élus en séance.

222. Représentants de proximité : un intérêt distinct selon les périmètres retenus.

Selon des logiques similaires, les employeurs ont tendance à limiter le recours aux représentants de proximité¹¹⁹⁰. Bien que ceux-ci puissent constituer une contrepartie à une instance unique¹¹⁹¹, la volonté de restreindre au maximum les salariés protégés¹¹⁹² conduit les employeurs à être assez peu flexibles sur la mise en place de tels représentants. Une nuance s'applique pour les représentants de proximité qui peuvent être membres du CSE¹¹⁹³ ; une telle mise en place augmente les contraintes pour l'employeur¹¹⁹⁴ mais n'augmente pas le nombre de salariés protégés.

¹¹⁸⁷ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « 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 ».

¹¹⁸⁸ V. sur la question du temps et du coût de la présence des suppléants en réunion J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « certaines d'entre elles sont guidées par la volonté de réduction du temps consacré au dialogue social. Le fait que les suppléants n'y participent pas, signifie, par exemple, qu'elles n'auront pas ce coût à supporter ».

¹¹⁸⁹ C. trav., art. R. 2314-1.

¹¹⁹⁰ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 : « dans les entreprises dans lesquelles on avait un seul CE et plusieurs établissements distincts DP et CHSCT par exemple, les élus essaient d'imposer plusieurs CSE, surtout quand la direction refuse de mettre en place des représentants de proximité avec de réels pouvoirs et moyens ».

¹¹⁹¹ Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 6 ; A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 191.

¹¹⁹² C. trav., art. L. 2411-1 ; E. JEANSEN, Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner, JCP S 2018, 1084.

¹¹⁹³ C. trav., art. L. 2313-7.

¹¹⁹⁴ Encore qu'une organisation bien structurée, avec un ou plusieurs représentants de proximité, peut permettre de faciliter la gestion de certains dossiers « sensibles » (harcèlement notamment) ; V. à ce propos : F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 125-126.

223. Budgets : les encadrer. Un autre point requiert l'attention des employeurs : la détermination et le montant des différents budgets¹¹⁹⁵. Si le montant de la subvention de fonctionnement est fixé par la loi¹¹⁹⁶, bien que dérogeable à la hausse, le montant du budget dédié aux activités sociales et culturelles est prévu par accord collectif : le montant est librement fixé par les parties¹¹⁹⁷. À défaut d'accord, la loi prévoit les modalités de détermination du budget¹¹⁹⁸. Dans ce cas, l'employeur peut être tenté de limiter le montant du budget des ASC ; à défaut d'accord, pour le futur, « *le rapport de [la] contribution à la masse salariale brute ne peut être inférieur au même rapport existant pour l'année précédente* ». Les employeurs ne font toutefois pas de cette négociation une priorité, d'autant qu'elle porte un avantage pratique dans les faits : plus le montant des ASC est élevé, et bien redistribué par les élus du CSE, plus les collaborateurs de l'entreprise sont satisfaits¹¹⁹⁹. Le niveau et la qualité du CSE, notamment s'agissant des ASC, sont des arguments dans le cadre d'un recrutement éventuel d'un collaborateur, et l'entreprise n'hésite pas à le mentionner lorsqu'il est question de « vendre » l'entreprise à un éventuel candidat¹²⁰⁰.

224. Conclusion. La négociation sur les moyens du CSE est donc moins capitale pour l'employeur que celle sur les attributions. Cependant, une maîtrise de celle-ci est importante pour être en mesure de mobiliser certaines concessions réciproques dans le champ des moyens : il convient de connaître les intérêts de l'autre partie et de déterminer par avance les différents points pour lesquels l'entreprise refusera d'effectuer des concessions. L'objectif n'est pas de satisfaire les intérêts de l'employeur pour, en parallèle, perdre davantage en raison des contreparties fournies¹²⁰¹. La négociation est un jeu d'équilibre et

¹¹⁹⁵ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 369 et s.

¹¹⁹⁶ C. trav., art. L. 2315-61.

¹¹⁹⁷ C. trav., art. L. 2312-81.

¹¹⁹⁸ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 877 et s.

¹¹⁹⁹ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 558 et s ; Z. DENDEN, « Nous allons assister à un tournant dans la gestion des activités sociales et culturelles » in actuEL CE, 17 janv. 2019, <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/-nous-allons-assister-a-un-tournant-dans-la-gestion-des-activites-sociales-et-culturelles->.

¹²⁰⁰ « Avantages aux salariés : pourquoi et comment ? » in Site internet Codexa (<https://www.codexa.fr/infos-irp/avantages-salaries-ce-cse/>).

¹²⁰¹ V. *supra* n° 135.

l'employeur devra, tout comme les syndicats, veiller à le préserver pour aboutir à un accord équilibré et satisfaisant pour l'ensemble des parties.

II. Anthologie des intérêts relevés par la pratique

225. Des thèmes prioritaires retenus. Il convient de s'interroger : quels sont les intérêts de l'employeur les plus souvent insérés au sein des accords institutionnels ? De nombreux accords ont en commun de s'entendre sur certains intérêts de l'employeur¹²⁰². Il est possible de constater dès lors les points qui semblent prioritaires pour les employeurs ; ces éléments indiquent, au demeurant, que les employeurs ont réussi à obtenir des contreparties sur ces sujets.

226. Consultations récurrentes - *sujet traité par les accords.* Un des premiers thèmes de négociation prioritaire porte sur la périodicité et le contenu des consultations récurrentes¹²⁰³. Selon une étude réalisée par les étudiants du Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail de Montpellier, portant sur 450 accords, près d'un tiers de ceux-ci aménagent la périodicité ou le contenu des consultations récurrentes¹²⁰⁴.

227. Consultations récurrentes - *périodicité aménagée à la hausse.* S'agissant des périodicités retenues : « *lorsque des durées distinctes sont prévues par l'accord, il est fréquent que la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise ne soit effectuée que tous les deux ou trois ans, alors qu'une consultation annuelle est plus souvent retenue*

¹²⁰² De nombreux articles et ouvrages ont procédé à l'analyse de divers accords institutionnels : Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49 ; L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019 ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 ; S. NIEL, Premiers accords relatifs au fonctionnement du CSE, Cah. DRH juill. 2019, p. 2 ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 ; Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019 ; Comité d'évaluation des Ordonnances « Macron », Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juill. 2020.

¹²⁰³ C. trav., art. L. 2312-19.

¹²⁰⁴ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

pour la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise et celle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi »¹²⁰⁵. Cette analyse n'est pas étonnante. Comme cela a pu être constaté précédemment, les employeurs ont, à la lecture des ordonnances « Macron » de 2017, saisi cette opportunité pour mieux rythmer les consultations et gagner en cohérence¹²⁰⁶. L'entreprise « Total » compte parmi les entreprises ayant mis en place cette récurrence. Leur accord institutionnel formalise l'organisation de ces consultations au niveau central : *« l'accord précise que le CSEC est consulté tous les ans sur la situation économique et financière, tous les deux ans sur la politique sociale et tous les trois ans sur les orientations stratégiques »*¹²⁰⁷. Au sein de l'enseigne de cosmétique Sephora, la récurrence est également modifiée : *« le CSE sera ainsi consulté tous les trois ans sur les orientations stratégiques et tous les deux ans sur la situation économique et financière ainsi que sur la politique sociale. Un point d'information sera effectué chaque année sur ces trois sujets »*¹²⁰⁸. Deux nuances doivent être soulignées : contrairement à ce qui peut être relevé habituellement, la consultation sur la situation économique et financière est réalisée tous les 2 ans¹²⁰⁹ ; par ailleurs, il est prévu qu'un point d'information sera effectué chaque année sur l'objet des consultations récurrentes : cette mesure résulte vraisemblablement d'une contrepartie accordée aux organisations syndicales. Enfin, et pour démontrer que chaque entreprise adapte la périodicité selon ses propres intérêts, l'accord au sein de Synergie prévoit que : *« le CSE sera consulté tous les deux ans sur les orientations stratégiques et tous les ans sur la situation économique et financière ainsi que sur la*

¹²⁰⁵ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49 ; V. en ce sens également : I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

¹²⁰⁶ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 : *« dans beaucoup d'accords, on constate une réduction des périodicités des consultations annuelles, en particulier la consultation sur les orientations stratégiques »* ; Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 71, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf> : *« l'idée sous-jacente est une nouvelle fois d'adapter le dialogue social à la réalité des entreprises »*.

¹²⁰⁷ *« Total met en place le CSE dans le cadre d'un accord global sur le dialogue social » in LSQ - L'actualité. 20 juill. 2018, n° 17616, p. 1 (Accord du 13 juillet 2018 relatif au dialogue social et économique chez Total).*

¹²⁰⁸ *« Sephora mettra en place un CSE unique, six CSSCT et des représentants de proximité » in LSQ - L'actualité 4 févr. 2019, n° 17747, p. 1 (Accord du 30 janvier 2018 relatif au dialogue social au sein de Sephora SAS).*

¹²⁰⁹ V. s'agissant des *« pratiques [qui] varient considérablement selon les entreprises »* : S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

politique sociale »¹²¹⁰. Les entreprises font de l'adaptation de la récurrence des consultations habituelles de l'instance une nécessité¹²¹¹.

228. Consultations récurrentes - contenu : une moindre adaptation. Quant au contenu des consultations récurrentes, une part plus fine des entreprises adaptent les sujets¹²¹². L'analyse précédemment évoquée démontre qu'un tiers des entreprises ayant négocié sur la périodicité des consultations ont également aménagé le contenu de ces consultations¹²¹³. Par exemple, l'entreprise PIGEON TRANSPORTS SERVICES prévoit à l'article 11.1.3 de son accord institutionnel que « *le CSE est informé et consulté sur le rapport annuel, l'évolution de l'emploi, les congés et l'aménagement du temps de travail, la durée du travail, le bilan des actions de formation, la participation de l'entreprise à l'effort de construction, l'apprentissage et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* »¹²¹⁴. Cette énonciation déroge, sans le mentionner expressément, aux dispositions supplétives¹²¹⁵. Disparaissent par exemple la consultation sur les conditions d'accueil en stage, les actions de prévention en matière de santé et de sécurité ou encore sur les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés. L'objectif est de se recentrer sur le cœur de l'activité de l'entreprise. Parmi les trois consultations récurrentes, c'est le contenu de la consultation sur

¹²¹⁰ « Synergie organise son nouveau mode de représentation du personnel » in LSQ - L'actualité 8 févr. 2019, n° 17751, p. 4 (accord du 2 juillet 2018 relatif à la mise en place du comité social et économique chez Synergie).

¹²¹¹ Cette position est partagée par les DRH, certains défendent la mise en place de consultations triennales pour les 3 thèmes : « *sur ce point, il est conseillé de revenir sur une organisation triennale des trois consultations récurrentes (orientations stratégiques, politique sociale et politique économique), quitte à ce que ces réunions soient plus conséquentes les intervenants s'accordent à dire que la périodicité annuelle pour ces trois sujets n'avait parfois pas de sens* » (Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18).

¹²¹² S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « *sous réserve de respecter ces trois blocs, le contenu de la consultation peut être défini par voie négociée. La mise en perspective des stipulations des accords avec les dispositions supplétives atteste d'une appropriation variable de cette capacité d'adaptation. Plusieurs accords se restreignent à faire un renvoi aux dispositions supplétives. Certains détaillent précisément l'objet de la consultation. D'autres encore retiennent une formulation lapidaire dont on peine à saisir la portée* ».

¹²¹³ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49 : « *52 accords sur 147 (35,4 %) aménagent le contenu des consultations récurrentes* ».

¹²¹⁴ Accord relatif, aux modalités de fonctionnement et aux attributions du comité social et économique dans la société PIGEON TRANSPORTS SERVICES, 25 juillet 2019 (Base de données Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/V-IEN2ER9RFKXjMR-0Zyg150xOjKazWVs9vyOfcRMsXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>).

¹²¹⁵ C. trav., art. L. 2312-26.

la politique sociale qui est le plus souvent aménagé¹²¹⁶. À titre de second exemple, l'accord de la Régie Régionale des Transports de l'Aisne prévoit à son article 7.2 que « *le CSE est consulté tous les deux ans sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi. Cette consultation porte sur les éléments suivants :*

- *Informations relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail (bilan de la situation et des actions menées au cours de l'année). Le CSE s'appuie sur l'analyse réalisée en amont par la CSSCT*
- *Informations relatives à la rémunération, au temps de travail et à l'emploi.*
- *Informations relatives à la formation professionnelle »*¹²¹⁷.

Si le contenu des consultations récurrentes semble moins discuté par les partenaires sociaux¹²¹⁸, certains accords se saisissent de cette opportunité pour réduire le contenu - parfois conséquent¹²¹⁹ - des sous-thèmes de consultation¹²²⁰.

229. Consultations ponctuelles : une négociation rare. Les consultations ponctuelles font quant à elle peu l'objet de négociation¹²²¹. Ainsi, « *les consultations ponctuelles sont*

¹²¹⁶ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 : « *l'énumération des dispositions supplétives de l'article L. 2312-26 du Code du travail relatives à la politique sociale de l'entreprise, aux conditions de travail et à l'emploi, peut inciter à adopter un contenu consultatif plus léger* » ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 208.

¹²¹⁷ Accord collectif relatif à l'organisation, au fonctionnement et aux attributions des instances représentatives du personnel au sein de la REGIE REGIONALE DES TRANSPORT DE L' AISNE, 9 mai 2019 (Base de données Légifrance, https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/wtQg7DsMQME2CNCO6b9verr6_a8agxJiADudT4uc_gXjVkeCOP3owtXFu7fz3cA).

¹²¹⁸ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 : « *reste néanmoins que les accords jusqu'à présent conclus pour la mise en place de comités sociaux et économiques ne manifestent que fort peu le souhait de s'engager dans cette voie* ».

¹²¹⁹ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « *de manière générale, le champ ouvert à des aménagements conventionnels paraît très large eu égard au nombre de dispositions à caractère supplétif régissant ces consultations (onze articles au total) dont le contenu très détaillé est précisé aux articles L. 2312-24 à L. 2312-34 du Code du travail* ».

¹²²⁰ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « *la pratique pourrait cependant montrer que certaines de ces règles ne présentent pas d'intérêt dans l'entreprise et que le processus de consultation du comité social et économique doit être modernisé. Sans doute faut-il un peu de temps pour que l'espace laissé à la négociation soit réellement occupé* ».

¹²²¹ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000.

moins traitées (93 accords sur 450 soit 20,7 %) et 9 accords sur 10 se contentent de reproduire les dispositions supplétives du Code du travail »¹²²². Ce constat est assez globalement partagé : « s'agissant des consultations ponctuelles, l'énumération des hypothèses de consultation du CSE constitue une déclinaison de l'article L. 2312-8 du Code du travail à laquelle il faut ajouter 6 thématiques particulières, simple reprise des dispositions naguère en vigueur auxquelles ont été agrégées quelques règles anciennes jusqu'alors éparpillées. La liste en est suffisante pour que les parties aux accords constitutifs de CSE n'aient guère éprouvé le besoin d'aller au-delà »¹²²³. L'absence de prévisibilité de ces consultations rend toute négociation moins intéressante.

230. Délai pour rendre l'avis : un aménagement réalisé. Les délais dans lesquels le CSE doit rendre son avis constituent l'autre sujet fréquemment évoqué par les accords institutionnels¹²²⁴. Selon l'étude du Master 2 DPRT de Montpellier : « 103 accords sur 450 accords (22 %) traitent du délai laissé au CSE pour rendre un avis simple avec une préférence pour un délai de 15 jours »¹²²⁵. À titre d'exemple, l'accord de l'UES AERFAST – SOFRAGRAF prévoit en son article 12 les délais de consultation : « pour l'ensemble des consultations pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai spécifique, le CSE disposera d'un délai maximal de 15 jours pour rendre son avis à compter de la communication des informations relatives à l'objet de la consultation ou de leur mise à disposition dans la Base de données économiques et sociales. En l'absence d'avis exprès dans ce délai, le CSE sera réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif à l'expiration de ce délai »¹²²⁶. Le

¹²²² Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹²²³ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

¹²²⁴ P. LAGESSE, V. ARMILLEI, À propos des délais de consultation du CSE (2e partie), Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1792, p. 6.

¹²²⁵ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹²²⁶ Accord collectif relatif au fonctionnement et aux attributions du comité social et économique, UES AERFAST – SOFRAGRAF, 15 mai 2019 (Base de données Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/JgUGqCUx5BOtpDz2kXhVkpvue4bGopzGJnjbhn2V0WwXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>).

délai de 15 jours est souvent celui retenu par les partenaires sociaux¹²²⁷. Il permet de laisser le temps aux élus d'exercer utilement leurs compétences¹²²⁸. Les élus préfèrent au demeurant effectuer des concessions sur ces sujets : certains perçoivent qu'un délai d'un mois n'est pas nécessairement pertinent pour rendre l'avis. Si dans l'accord précité, le délai est aménagé s'agissant de l'avis rendu en cas d'expertise (6 semaines)¹²²⁹, le plus souvent le délai est maintenu à 2 mois¹²³⁰, conformément aux dispositions légales¹²³¹ : « 72 accords prévoient un délai en cas d'expertise qui est le plus souvent de 2 mois. Quelques accords prévoient un délai de 3 mois en cas de pluralité d'expertises »¹²³².

231. BDES : un besoin de lisibilité traduit par accord. Un autre enjeu important repose sur la BDES. Beaucoup d'employeurs se sont déclarés favorables à la simplifier et à la réorganiser pour permettre de la rendre plus facile d'accès et plus adaptée aux besoins réels¹²³³. C'est ainsi que parmi les accords analysés par les étudiants du M2 DPRT de Montpellier : « 145 accords sur 450 traitent de la base de données économiques et sociales (BDES) dont 95 dans des entreprises de plus de 300 salariés »¹²³⁴. Pour autant, la doctrine

¹²²⁷ V. par exemple les accords cités dans l'ouvrage de B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 455 et s. : Accord Colas Centre Ouest, 27 août 2018 ; Accord GSF Athena, 21 février 2019 ; V. toutefois sur la variabilité de ce délai, S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « en pratique, selon les entreprises et les thèmes d'information-consultation, le délai de consultation va varier. Il est tantôt réduit tantôt allongé ».

¹²²⁸ V. sur la prise en compte de cette notion au sein de plusieurs accords : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 418.

¹²²⁹ Accord collectif relatif au fonctionnement et aux attributions du comité social et économique, UES AERFAST – SOFRAGRAF, 15 mai 2019 (Base de données Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/JgUGqCUx5BOtpDz2kXhVkpvue4bGopzGJnjbhn2V0WwXjVkeCOP3owtXfu7fz3cA>) : « en cas d'intervention d'un expert, le CSE disposera d'un délai maximal de six semaines pour rendre son avis à compter de la communication des informations relatives à l'objet de la consultation ou de leur mise à disposition dans la Base de données économiques et sociales. L'expert devra remettre son rapport au plus tard quinze jours avant l'expiration de ce délai. Ainsi, dans le cadre d'un recours à l'expertise, en l'absence d'avis exprès dans ce délai, le CSE sera réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif à l'expiration de ce délai ».

¹²³⁰ V. toutefois des exemples contraires à la hausse comme à la baisse : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 418.

¹²³¹ C. trav., art. R. 2312-6.

¹²³² Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹²³³ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « on comprend que la BDES soit perçue comme un carcan difficile à établir pour les employeurs mais également difficile à exploiter par les représentants du personnel. L'objectif affiché n'a pas été atteint ».

¹²³⁴ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

n'a pas le même avis sur l'appropriation de cette faculté par les employeurs : « *pour le surplus, au-delà d'un « noyau dur de dispositions d'ordre public », s'il revient aux partenaires sociaux d'encadrer la base de données, peu ont emprunté cette voie, préférant soit organiser comme chez Renault, un « chantier paritaire » renvoyant à plus tard toute réflexion sur la BDES, soit se référer aux dispositions légales, le plus souvent de façon succincte et approximative comme dans l'accord Xerox Technology Services* »¹²³⁵. Malgré tout, certains accords portent exclusivement sur la BDES, traitant ainsi du contenu et des modalités d'accès¹²³⁶. Par exemple, l'UES MALO prévoit dans son accord sur la BDES une redéfinition de l'architecture selon les consultations récurrentes du CSE : « *afin que les informations qui y sont intégrées restent lisibles pour les représentants du personnel y ayant accès, les parties estiment nécessaire de redéfinir l'organisation, l'architecture et le contenu de la Base de Données. À ce titre, il a été décidé d'organiser les thèmes de la BDES au sein de quatre catégories :*

- *Orientations stratégiques ;*
- *Situation économique et financière ;*
- *Politique sociale ;*
- *Informations trimestrielles ».*

Le reste de l'accord (articles et annexes) détaille le contenu. À ce titre, il est expressément stipulé pour les thèmes sur la situation économique et la politique sociale que « *les parties conviennent que les informations figurant dans les thèmes II et III de la BDES portent sur l'année en cours ainsi que sur les deux années précédentes* ». Il est donc fait abstraction des projections sur les 3 années à venir¹²³⁷. Toutefois, celles-ci pourraient y être insérées par exception : « *les perspectives sur trois années ne seront intégrées que lorsque la donnée est disponible et pertinente et que les orientations stratégiques ne permettent pas d'obtenir une*

¹²³⁵ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; V. également B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 432 : « *les accords ont pourtant peu appréhendé l'opportunité offerte par les textes de constituer une BDES à l'image de l'entreprise* » ; V. également la déception de la CFDT sur le fait que « *très peu d'accords de mise en place du CSE traitent de la BDES et des informations utiles qu'elle devrait contenir (moins d'un tiers)* » (Comité d'évaluation des Ordonnances « Macron », Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juill. 2020, p. 28).

¹²³⁶ L. MILET, L'accès à l'information des représentants du personnel, Dr. ouvr. 2020, p. 437.

¹²³⁷ Il s'agit « *d'un point névralgique* » de la négociation : L. MILET, L'accès à l'information des représentants du personnel, Dr. ouvr. 2020, p. 437.

tendance suffisamment précise sur le thème en question »¹²³⁸. Les différents accords BDES ont la particularité d'adapter ce cycle d'information¹²³⁹ : « pour les thèmes de la rubrique relatives aux orientations stratégiques de l'entreprise, les données portent sur l'année en cours et les deux années civiles suivantes. Pour les thèmes investissements matériels et immatériels, égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, rémunérations des salariés et des dirigeants, représentants du personnel et activités sociales et culturelles, flux financiers à destination de l'entreprise et partenariats, les données portent sur les deux années précédentes, l'année en cours et une année prospective »¹²⁴⁰. L'objectif est d'offrir une source d'information plus fiable.

232. Articulation CSE d'établissements et centraux : supprimer les doublons. Enfin, le sujet de l'articulation entre les CSE d'établissements et les CSE centraux est très souvent envisagé pour éviter les doublons imposés par la loi¹²⁴¹. L'accord Colas prévoit notamment que : « les parties ont convenu de mener les consultations récurrentes suivantes au niveau [du] CSE central : la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise ; la consultation sur la situation économique et financière ; la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi »¹²⁴². Les CSE d'établissement ne sont qu'informés¹²⁴³.

¹²³⁸ Accord relatif à la Base de Données Economiques et Sociales (BDES) au sein de l'UES MALO, 13 novembre 2019 (Base de données Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/ov2RKIavp-crgfLCNf88tr4Iyss9LgHyA0gMRqAP7RQXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>).

¹²³⁹ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 435 : « nombreux sont les accords décidant de limiter l'information au passé et au présent ».

¹²⁴⁰ Accord de mise en place de la BDES - NACTIM, 29 août 2019, art. 2.3 (Base de données Légifrance, https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/j1JFEAogUVvd1oD7hstl_mhOoB2eYKbGbQmb_xo983UXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA).

¹²⁴¹ C. trav., art. L. 2312-22 : « la consultation prévue au 3° [politique sociale] est conduite à la fois au niveau central et au niveau des établissements lorsque sont prévues des mesures d'adaptation spécifiques à ces établissements » ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 469 et s. ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 212 et s.

¹²⁴² Accord Colas, 27 août 2018 in L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

¹²⁴³ C'est le cas dans d'autres entreprises, même si encore une fois les accords ne disposent pas du même contenu, V. S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « certains accords instaurent une compétence exclusive du comité central, parfois en consacrant une information postérieure des comités d'établissement. D'autres prévoient une consultation combinée des CSE d'établissement et du CSE central ».

233. Expertise : un champ de compétence sacralisé. Par opposition, il peut être utile de constater que les règles propres à l'expertise sont assez peu aménagées¹²⁴⁴, hormis pour la question du délai dont dispose le CSE pour rendre son avis en cas de recours à une expertise¹²⁴⁵. Ainsi : « *les accords conclus jusqu'à présent se réfèrent au mieux aux dispositions légales tout en étant ambigus et imprécis. L'accord Atlantique Automatismes Incendie stipule qu' « une seule expertise sera possible pour l'ensemble des trois consultations récurrentes obligatoires ».* L'accord Areas Services définit quatre consultations récurrentes obligatoires du comité, fixe leur périodicité et un calendrier propre à chacune mais n'aborde pas la question de l'expertise. Quant aux frais d'expertise, référence est souvent faite à l'article L. 2315-80 du Code du travail ; toutefois, certains accords stipulent que ceux afférents à la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise sont pris en charge par l'employeur non pas à hauteur de 80 % mais en totalité »¹²⁴⁶. Les entreprises privilégient la négociation sur les règles de fond s'agissant des consultations récurrentes et des informations à communiquer aux élus ; les règles relatives à l'expertise échappent à la négociation.

234. Établissement unique : une analyse difficile. Enfin, le sujet de la détermination des établissements doit être évoqué. Il est difficile d'interpréter les chiffres communiqués. L'étude menée par les étudiants montpelliérains relève que « *c'est un CSE unique qui a été le plus souvent mis en place (70,5 % des 367 accords) singulièrement dans les entreprises dont l'effectif se situe entre 50 et 299 salariés. Près de 60 % de ces 259 accords ne justifient pas ce choix de l'unicité. Parmi ceux qui le font, 28,2 % mentionnent l'absence d'autonomie de gestion d'implantations géographiques distinctes, alors que 12,4 % retiennent plusieurs critères tels que la cohérence dans la prise de décision, la tradition historique de l'entreprise, la recherche d'une stabilité dans le temps, l'organisation et direction centralisée et la centralisation du pouvoir de direction* »¹²⁴⁷. Il est impossible d'identifier,

¹²⁴⁴ S. NIEL, Premiers accords relatifs au fonctionnement du CSE, Cah. DRH juill. 2019, p. 2 : « *financement des expertises : peu d'accords abordent ce sujet* » ; V. toutefois : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 397 et s.

¹²⁴⁵ S. MRAOUAHI, L'expert du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 617.

¹²⁴⁶ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹²⁴⁷ Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

parmi ces entreprises, lesquelles ont dérogé au critère supplétif de l'autonomie de gestion¹²⁴⁸. Il faudrait connaître, pour chacune de ces entreprises, l'obligation supplétive de créer un ou plusieurs établissements distincts. Auquel cas, il s'avèrerait utile de constater le nombre d'entreprises ayant dérogé à ce principe pour adopter un CSE unique. À l'heure actuelle, nous ne disposons pas d'éléments significatifs sur ce sujet même si certains rapports témoignent de l'intérêt marqué par les employeurs pour centraliser les périmètres¹²⁴⁹.

235. Conclusion. Il convient de constater que les employeurs ont obtenu en majorité la possibilité d'aménager les consultations récurrentes et la BDES, c'est-à-dire des prérogatives liées aux attributions. Il s'agissait d'éléments essentiels dans les intérêts à négocier relevés par la pratique. Pour obtenir ces avancées, des contreparties ont dû être réalisées, conformément aux intérêts de la partie salariale.

§2. Les intérêts de négociation pour la partie salariale

236. Intérêts propres. Les salariés, et notamment les syndicats¹²⁵⁰, disposent également d'intérêts spécifiques à la négociation. Les revendications sont nombreuses mais portent sur des sujets distincts de ceux de l'employeur¹²⁵¹. Parmi ces volontés, certaines font office de

¹²⁴⁸ F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 237 et s.

¹²⁴⁹ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 29 : « cette possibilité de revoir les périmètres de la représentation du personnel a été fortement mobilisée par les directions des entreprises enquêtées. Celle-ci a consisté à réduire plus ou moins fortement le nombre d'établissements distincts, correspondant auparavant à des comités d'entreprises distincts. Certains cas sont marqués par une volonté de centraliser fortement les relations sociales, pour diverses raisons ».

¹²⁵⁰ La négociation sera principalement effectuée avec les délégués syndicaux. Les organisations syndicales ont communiqué, à ce titre, sur les intérêts présents dans la négociation. Mais, en l'absence de délégué syndical, les membres du CSE peuvent négocier avec l'employeur (V. *supra* n° 144). Pour cette raison, les négociateurs syndicaux ou élus du CSE seront regroupés sous la dénomination : « partie salariale ».

¹²⁵¹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

priorités pour la partie salariale, d'autres sont plus accessibles pour l'employeur et serviront de support aux concessions¹²⁵².

237. Un intérêt principal : augmenter les moyens. Dans le cadre des négociations, la volonté principale des négociateurs salariaux est, souvent, d'augmenter les moyens qui leur sont attribués, que ce soit dans le cadre des conditions de mise en place ou des moyens matériels, humains et financiers¹²⁵³. L'objectif est de disposer du temps et des outils pour effectuer les missions dévolues aux membres élus de manière efficiente¹²⁵⁴. Pour autant, l'affaiblissement des missions servira souvent de contrepartie à la hausse des moyens¹²⁵⁵. Ainsi, « *il semblerait que les syndicats soient majoritairement favorables à une négociation unique. Ils voient là la possibilité de « contrebalancer » certaines concessions sur les missions du CSE (contenu et périodicité des consultations, expertises, etc.) en contrepartie d'un assouplissement des conditions de mise en place (nombre d'élus, mise en place des commissions et des représentants de proximité, etc.)* »¹²⁵⁶. Ce constat interroge sur la volonté des parties de l'instance et notamment sur le rôle du CSE : les intérêts antagonistes sur les

¹²⁵² À titre d'exemple : « *il s'agira alors [pour l'employeur] de lâcher du lest sur [les moyens] pour négocier des modalités d'information-consultation regroupées et plus rapides* » (N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410).

¹²⁵³ V. sur la « *domination de la question des moyens* » : Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 32-39.

¹²⁵⁴ Y. LEROY, La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 214 : « *n'est-il pas paradoxal d'augmenter le champ de compétence de chaque représentant du personnel tout en diminuant le temps dont il peut disposer pour mener à bien ses missions ? Comment pourra-t-il faire plus (et bien) en moins de temps ? Mystère...* ».

¹²⁵⁵ P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647 : « *la pratique voit naître de nombreux accords donnant-donnant (exemple : les élus ont des moyens supplémentaires, mais ils renoncent à une consultation annuelle sur les orientations stratégiques)* ».

¹²⁵⁶ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

missions et les moyens ne semblent pas être compatibles pour garantir l'efficacité de l'instance¹²⁵⁷. Il reste que les moyens sont l'une des principales demandes salariales¹²⁵⁸.

238. Une volonté relevée : conserver les acquis. Pour certains auteurs, la négociation institutionnelle à la suite des ordonnances « Macron » de 2017 permet aux partenaires sociaux de tenter de retrouver un niveau de droits semblables à ceux existant avant la réforme mettant en place le CSE¹²⁵⁹. Ainsi « *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* »¹²⁶⁰ ; cette analyse est confirmée par d'autres auteurs : « *les représentants du personnel ont parfois fait preuve d'un certain conservatisme en souhaitant exclusivement conserver leurs acquis* »¹²⁶¹. Le droit de la représentation du personnel est effectivement entré dans un nouveau paradigme en 2017, avec de nouveaux organes, de nouveaux droits et une nouvelle

¹²⁵⁷ G. LOISEAU, Les attributions du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 296 : « *les partenaires sociaux doivent s'entendre au mieux des intérêts de l'instance quand ils seront plutôt enclins à défendre leurs intérêts qui peuvent être, pour les organisations syndicales, de multiplier les représentants de proximité et pour l'employeur de réduire le volume des consultations. C'est dès lors d'un équilibre délicat à trouver que dépend en partie la réussite de l'instance* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632 ; V. sur ces positions qui « *arrangent et satisfont tout le monde* » : S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 226 ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

¹²⁵⁸ Comité d'évaluation des Ordonnances « Macron », Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juill. 2020, p. 29 : « *les discussions semblent d'abord s'être concentrées sur les moyens mis à disposition des élus, où les enjeux peuvent être importants, en particulier dans les grandes entreprises où l'on fusionne plusieurs instances en une seule. Dans ce premier temps, cette dimension a pu éclipser les réflexions sur le fonctionnement du dialogue social et l'usage de ces moyens* ».

¹²⁵⁹ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 43 : « *rester en terrain connu : une forte tendance au rapprochement avec l'existant* » ; F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 259 : « *les syndicats se sentent manifestement - par l'effet des dispositions supplétives qui, malgré tout et forcément, jouent le rôle d'un référentiel - acculés à adopter une approche défensive dans la conduite de la négociation sur ces sujets* » ; N. MOIZARD, La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410 : « *pour le CSE, beaucoup d'employeurs savent que le premier réflexe de ces organisations [syndicales] serait de maintenir, autant que possible, les moyens en termes d'élus et d'heures de délégations, attribués avant les ordonnances* » ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

¹²⁶⁰ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹²⁶¹ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9.

organisation¹²⁶². À ce titre, des marges de manœuvre s'agissant des consultations¹²⁶³ et des informations communiquées¹²⁶⁴ ont été ouvertes¹²⁶⁵. Cela a également été le cas s'agissant, par exemple, des règles relatives au financement des expertises¹²⁶⁶. En outre, les moyens ont subi quelques atteintes (baisse globale du nombre d'élus¹²⁶⁷, les suppléants ne sont plus conviés systématiquement aux réunions¹²⁶⁸...). Sur ces sujets, les dispositions supplétives ont été revues à la baisse lors de la création du CSE¹²⁶⁹ : seule la négociation permettra de réhabiliter les anciennes règles¹²⁷⁰. Les volontés principales de la partie salariale relèvent donc des moyens¹²⁷¹ ; certains permettant une plus grande efficacité de l'institution, d'autres disposant moins d'un intérêt réel pour l'instance. Pour connaître précisément les intérêts, il conviendra d'analyser, dans un premier temps, les recommandations syndicales (I.), avant de s'intéresser au contenu des accords signés, pour connaître les mesures étant les plus généralement présentes dans les accords institutionnels (II.).

¹²⁶² Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 74 et s.

¹²⁶³ S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 205 et s.

¹²⁶⁴ G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000.

¹²⁶⁵ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

¹²⁶⁶ L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226.

¹²⁶⁷ D. JULIEN-PATURLE, Déjà en CSE : comment bien s'organiser ?, Cah. Lamy du CSE déc. 2019, n° 198, p. 2 : « *des moyens de fonctionnement réduits. Les élus du CSE sont moins nombreux que l'addition CE + DP + CHSCT* » ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 76.

¹²⁶⁸ C. trav., art. L. 2314-1.

¹²⁶⁹ I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 : « *sous couvert de modernisation, d'adaptation ou bien encore de réorganisation, le régime du comité social et économique (CSE) jette les bases d'un appauvrissement de la représentation du personnel. Le constat est frappant si l'on observe les moyens que la loi garantit au CSE* ».

¹²⁷⁰ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9.

¹²⁷¹ « La majorité des CSE n'est pas mis en place par accord collectif » in Semaine Sociale Lamy 21 oct. 2019, n° 1879, p. 3.

I. Les recommandations syndicales, concentrées sur l'exercice des compétences

239. Des intérêts plus faibles sur les attributions. Il convient de se fonder notamment sur les écrits syndicaux pour percevoir les voies de négociation privilégiées. En préambule, peut être exclue une étude spécifique sur les attributions : la négociation sur les attributions fait moins l'objet de demandes spécifiques des organisations syndicales ou des membres du CSE¹²⁷² ; elles servent de contreparties pour obtenir des concessions sur les moyens de l'instance¹²⁷³. Sur le fond, les représentants des salariés souhaitent toutefois conserver une annualisation des consultations récurrentes et une mise à disposition d'informations conséquentes¹²⁷⁴ (même si certains ne sont pas réellement opposés à une périodicité plus cohérente et à une réduction du nombre d'informations communiquées pour se limiter aux éléments essentiels pour rendre les avis¹²⁷⁵). C'est également le cas pour les délais dans lesquels l'instance doit rendre son avis ; beaucoup d'élus ne sont pas opposés à une réduction des délais, considérant qu'ils disposent, même avec un délai réduit, du temps nécessaire à l'étude des documents et à la formulation d'un avis pertinent¹²⁷⁶. Cette approche justifie la

¹²⁷² V. s'agissant de quelques demandes possibles des élus sur les attributions : M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 74.

¹²⁷³ M. KLEIN, Une chance gâchée, *Semaine Sociale Lamy* 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 : « *dans beaucoup d'accords, on constate une réduction des périodicités des consultations annuelles, en particulier la consultation sur les orientations stratégiques. Idem pour les expertises. Les contreparties demandées par les directions au maintien ou à l'augmentation des moyens des représentants du personnel portent essentiellement sur les attributions économiques* ».

¹²⁷⁴ J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151.

¹²⁷⁵ CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 20, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « *la BDES a pour vocation d'apporter l'information utile et nécessaire, avec des données qui peuvent être analysées au sein de la section syndicale. Il ne faut donc pas céder à la tentation de vouloir tout avoir. Là encore, c'est la notion d'utilité qui doit primer. Au niveau de la section syndicale, il sera primordial de faire un état des lieux, un diagnostic des informations utiles en fonction des priorités syndicales et en fonction des réalités de l'entreprise* » ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

¹²⁷⁶ A ce titre, la CFDT recommande de négocier sur les délais « *en fonction des réalités de l'entreprise* ». Cette indication sous-entend que beaucoup de partenaires sociaux peuvent être, a minima, satisfait des délais légaux (CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 17, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf>).

légère mise à l'écart des demandes syndicales portant sur les attributions¹²⁷⁷. Ces questions font l'objet d'une hiérarchisation des intérêts : les attributions ne sont pas au sommet de celle-ci¹²⁷⁸ ; elles ne seront pas plus amplement développées.

240. Intérêts principaux : la structure de l'instance et les moyens des membres. Il conviendra constater que les demandes salariales, inspirées des recommandations syndicales, se divisent en deux grands thèmes. Tout d'abord, certaines demandes sont relatives à la structure de l'instance (de son périmètre aux commissions mises en place) (A.), tandis que d'autres portent sur les moyens réservés aux élus de l'instance (B.).

A. La structure, objectif d'une présence importante et adaptée de représentants

241. La structure. Tout d'abord, les demandes concernent la structure de l'instance. Sont au cœur des revendications : les établissements distincts, les commissions, les représentants de proximité et le rôle des suppléants.

242. Établissements distincts : un souhait de multiplication. Sur les établissements distincts¹²⁷⁹, il est souvent demandé aux négociateurs, par les organisations syndicales, de

¹²⁷⁷ Elle reste présente dans les documents diffusés par certaines centrales : « dans le cadre de ces négociations le but sera évidemment de prévoir notamment : [...] - maintenir une périodicité courte en ce qui concerne les consultations récurrentes ; - prévoir un délai au moins égal à 15 jours pour que le CSE rende son avis... » (CGT FNS Construction Bois Ameublement, Le comité social et économique, p. 13, <http://fnsca.com/wp-content/uploads/2018/09/CSE.pdf>) ; D'autres centrales se saisissent néanmoins de cette opportunité : « en fonction des réalités de l'entreprise, il pourra être pertinent de négocier un accord d'entreprise tel que prévu par l'article L. 2312-19. Celui-ci permettra, en premier lieu, de mettre en place un agenda social adapté en agissant notamment sur le cycle des consultations. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'accord pourra permettre aux équipes de négocier, si c'est pertinent, une périodicité de consultation allant de 1 à 3 ans. Cette opportunité pourra notamment permettre aux élus et mandatés de mieux se préparer en amont de chaque consultation (en disposant de plus de temps de préparation et d'analyse entre chaque consultation) » (CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 23, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf>).

¹²⁷⁸ I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 : « sans compter avec l'espace de négociation par ailleurs ouvert sur les champs et les modalités d'exercice des attributions du CSE, dont l'allègement peut également constituer une variable d'ajustement des moyens ».

¹²⁷⁹ C. trav., art. L. 2313-2.

créer « *le plus d'établissements distincts possible* »¹²⁸⁰, particulièrement au niveau des anciens délégués du personnel¹²⁸¹. L'objectif est de disposer d'instances au plus près des salariés pour maintenir une base active de représentation du personnel¹²⁸² ; il permet aux syndicats de militer pour les problèmes internes à des établissements, ce qui est plus difficile lorsqu'il existe un CSE unique¹²⁸³. La « *centralisation* »¹²⁸⁴ de l'instance est combattue par la détermination de plusieurs établissements distincts¹²⁸⁵. L'un des effets de la multitude

¹²⁸⁰ CGT, Guide négociation de la mise en place, de l'élection et du fonctionnement du comité social et économique, oct. 2018, p. 14 (https://www.cgt.fr/sites/default/files/2018-11/20181009_MalettreMacro_MAJV1_Livret_SR.pdf) ; V. aussi, CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 4, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « *la définition retenue par l'ordonnance pour l'établissement distinct est plus restrictive concernant la mise en place de CSE qu'elle ne l'était concernant les délégués du personnel ou les délégués syndicaux. Ceci risque d'induire un éloignement de l'instance des travailleurs qu'elle a vocation à représenter. [...] Les équipes syndicales ont tout intérêt, grâce à la négociation d'un accord, à définir un périmètre au plus proche des intérêts des salariés (article L.2313-2 du Code du travail) et à prévoir une représentation de tous les établissements distincts au sein du CSE central (article R. 2316-1 du Code du travail)* ».

¹²⁸¹ CGT, Guide négociation de la mise en place, de l'élection et du fonctionnement du comité social et économique, oct. 2018, p. 14 (https://www.cgt.fr/sites/default/files/2018-11/20181009_MalettreMacro_MAJV1_Livret_SR.pdf) : « *nous devons garder également la notion d'établissement au sens des DP, par exemple lorsqu'il y a un éclatement géographique des sites, en instaurant des CSE ou des représentants de proximité dès lors qu'un établissement au sens DP est caractérisé* » ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 73 : « *c'est pourquoi nous pensons que lors des négociations présidant à l'élection de leur futur comité social et économique, les directions d'entreprise devraient ne pas simplement raisonner selon une logique d'économie d'heures de délégation et de réunions permise par la nouvelle législation et admettre la nécessité d'une délégation du personnel suffisamment décentralisée* » ; M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 : « *dans les entreprises dans lesquelles on avait un seul CE et plusieurs établissements distincts DP et CHSCT par exemple, les élus essaient d'imposer plusieurs CSE* » ; V. également sur « *la vue partielle de l'entreprise* » des élus en raison d'une approche centralisée : C. BAUMGARTEN, G. ETIEVANT, A. GHENIM, L. MILET, F. SIGNORETTO, Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises, Dr. ouvr. 2017, p. 529 ; V. sur les distinctions entre périmètre des anciens délégués du personnel et périmètre « légal » d'un CSE d'établissement : C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 533.

¹²⁸² Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 76.

¹²⁸³ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 72.

¹²⁸⁴ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71 ; C. VIGNEAU, La notion d'établissement au cœur des logiques de centralisation et de décentralisation de la représentation du personnel, Dr. ouvr. 2020, p. 413.

¹²⁸⁵ F. LARONZE, Introduction générale au colloque « Représentation et négociation collectives à la lumière des ordonnances Macron », Dr. ouvr. 2019, p. 409 : « *produisant des effets contre-intuitifs, la mise en place du récent CSE conduit à une restauration des organes de représentation centralisés au niveau de l'entreprise au détriment d'une représentation forte au niveau des établissements* ».

d'établissements distincts est d'augmenter le nombre d'élus¹²⁸⁶. Cet aspect positif pour les syndicats, plébiscité par les centrales, ne reçoit pourtant pas toujours un avis positif de la part des élus, certains rencontrant quelques difficultés à constituer des listes syndicales avec autant de candidats qu'il n'y a de places d'élus¹²⁸⁷. Dans ce cas de figure, ces représentants préfèrent diminuer le nombre d'élus mais préserver la part d'élus de son propre syndicat parmi tous les élus¹²⁸⁸.

243. CSSCT : une présence dans chaque entreprise. S'agissant des commissions, il convient de s'intéresser dans un premier temps aux commissions santé sécurité et conditions de travail (CSSCT)¹²⁸⁹ dont le rôle diffère des CHSCT¹²⁹⁰. Les attributions liées à la santé ont été confiées au CSE¹²⁹¹, le CSSCT n'est qu'une « *émulation* »¹²⁹² de celui-ci. Le recours à un expert et la formulation d'avis demeurent, dans tous les cas, de la compétence du CSE¹²⁹³. Les CSSCT doivent être mises en place obligatoirement dans les entreprises et

¹²⁸⁶ F. DUQUESNE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033 : « *du point de vue syndical, une telle négociation peut favoriser la reconnaissance d'un espace de représentation et/ou de moyens supplémentaires dédiés à l'accomplissement de la mission* ». V. *supra* n° 218 sur le décompte de l'augmentation du nombre d'élus.

¹²⁸⁷ S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 224 ; F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 257.

¹²⁸⁸ V. *supra* n° 218.

¹²⁸⁹ C. trav., art. L. 2315-36 et s.

¹²⁹⁰ G. LOISEAU, Les attributions du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 287 : « *la CSSCT n'est pas l'ayant droit du CHSCT* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 658 ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 ; J. MORIN, CSE et protection de la santé des travailleurs, Dr. ouvr. 2020, p. 424.

¹²⁹¹ B. TEYSSIE, Santé et sécurité dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1001 : « *né de la fusion, opérée par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, le comité social et économique est l'héritier des bribes de compétence des premiers et des blocs de compétence du dernier en matière de santé et de sécurité* ».

¹²⁹² H. LANOUZIERE, I. ODOUL-ASOREY, F. COCHET, La fusion des institutions représentatives du personnel porte-t-elle atteinte à leur capacité d'intervention en matière de santé et de sécurité au travail ?, RDT 2017, p. 691 ; B. KRIEF, Les moyens du CSE, Bull. Joly Travail févr. 2020, n° 2, p. 53 ; 117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 101, p. 60, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf.

¹²⁹³ C. trav., art. L. 2315-38 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 535.

établissements distincts de plus de 300 salariés¹²⁹⁴. Les organisations syndicales souhaitent toutefois la mise en place de CSSCT dans toutes les entreprises, même si elles ne remplissent pas la condition légale de 300 salariés¹²⁹⁵. Cette volonté s'inscrit dans le souhait de recréer une forme de CHSCT, mais également de donner une plus grande dimension au CSE doté d'un organe pilote en matière de santé et sécurité¹²⁹⁶. À ce titre, les centrales syndicales ont demandé à leurs adhérents de négocier pour une attribution de compétences et de moyens proches de ceux confiés aux ex-CHSCT¹²⁹⁷. Comme le craignent certains auteurs, la négociation de l'accord institutionnel ne sert, au mieux, qu'à tenter, pour les partenaires sociaux, de retrouver les attributions et moyens d'antan¹²⁹⁸.

244. Autres commissions : des créations adaptées aux besoins de l'instance et de l'entreprise. S'agissant des autres commissions, les élus souhaitent créer des commissions supplémentaires¹²⁹⁹. Il peut s'agir d'une (ou plusieurs) commissions prévues dans les dispositions supplétives ou d'une (ou plusieurs) commissions ad-hoc adaptées à des thématiques spécifiques¹³⁰⁰. Les commissions sont généralement très variées¹³⁰¹ et

¹²⁹⁴ C. trav., art. L. 2315-16. Ce texte indique également qu'une CSSCT est mise en place obligatoirement sur demande de l'inspecteur du travail et dans les entreprises disposant d'une « installation nucléaire ou une installation classée dite SEVESO 2 » (E. JEANSEN, *Le CHSCT est mort, vive la CSSCT !*, JCP S 2018, 1122).

¹²⁹⁵ CGT, Guide négociation de la mise en place, de l'élection et du fonctionnement du comité social et économique, oct. 2018, p. 14 (https://www.cgt.fr/sites/default/files/2018-11/20181009_MaîtreMacro_MAJV1_Livret_SR.pdf) : « l'enjeu est d'imposer des commissions SSCT y compris dans les entreprises et établissements de moins de 300 salariés ».

¹²⁹⁶ Toutefois, la CSSCT n'est pas un « clone du CHSCT et c'est une erreur de croire que l'on pourra, par ce moyen, maintenir les choses en l'état » (G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 631).

¹²⁹⁷ Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 34, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf : « FO regrette que tout ce qui concerne les moyens soit entièrement renvoyé à la négociation, sans qu'aucun minimum ne soit fixé par les textes. Il est dès lors essentiel que soient négociés pour la CSSCT des moyens à la hauteur de ses attributions » ; CGT FNS Construction Bois Ameublement, *Le comité social et économique*, p. 12, <http://fnscba.com/wp-content/uploads/2018/09/CSE.pdf> : « il faudra faire en sorte que cette commission soit dotée de moyens pour fonctionner même si elle ne pourra jamais en faire autant qu'un réel CHSCT ».

¹²⁹⁸ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, *De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier*, Dr. soc. 2019, p. 204 ; Pour d'autres auteurs, la CSSCT « permet de pallier en partie la disparition du CHSCT » (G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 657).

¹²⁹⁹ Le code du travail ouvre à la négociation la possibilité de créer toute commission (C. trav., art. L. 2315-45). Certaines commissions supplétives sont mises en place, sous certaines conditions, en l'absence d'accord (C. trav., art. L. 2315-46 et s.).

¹³⁰⁰ P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2019, p. 571.

¹³⁰¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 662.

dépendent des besoins et réalités de l'entreprise¹³⁰². Il n'est pas rare que l'employeur ne soit pas fermé à ce type de commission lui permettant d'obtenir des contreparties¹³⁰³. Nombre de commissions facultatives s'inscrivent d'ailleurs dans le cadre d'orientations « RH » permettant ainsi d'inclure les représentants du personnel à ces politiques (handicap¹³⁰⁴, égalité¹³⁰⁵, logement¹³⁰⁶...) ¹³⁰⁷.

245. Représentants de proximité : une contrepartie à l'éloignement des établissements ? Un autre organe peut s'intégrer au sein du CSE : les représentants de proximité¹³⁰⁸. Les organisations syndicales sollicitent la mise en place de ces représentants¹³⁰⁹. En regroupant les délégués du personnel et les élus du comité d'entreprise, le CSE a laissé un vide chez les « *représentants du terrain* »¹³¹⁰ qui n'est pas compensé par

¹³⁰² CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 12, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> « *c'est en prenant en considération la réalité de l'entreprise (réalité des conditions de travail, facteurs de risques professionnels encourus, existence d'accords santé au travail ou EP-QVT...) que nos équipes porteront des attributions adaptées de cette commission, et un nombre plus important de représentants du personnel pour y siéger* » ; F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 280 ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *l'habilitation [est] faite aux négociateurs de créer des commissions spécialisées afin d'examiner certains problèmes propres à l'entreprise* ».

¹³⁰³ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹³⁰⁴ V. par exemple l'accord du 30 avril 2018 sur le CSE de la MAIF qui instaure une « *commission information et aide au logement, aide sociale et handicap* » in G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 662.

¹³⁰⁵ V. par exemple l'accord conclu au sein de l'UES ETAM le 6 avril 2018 qui prévoit une « *commission formation et égalité professionnelle* » in G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 662 ; V. également sur des commissions du CSE en faveur des politiques d'inclusion de tous les collaborateurs : S. NIEL, Prévenir les atteintes anti-LGBT et favoriser l'inclusion, Cah. DRH sept. 2019, n° 267, p. 19.

¹³⁰⁶ V. par exemple l'accord du 27 mars 2018 sur le CSE de Bouygues Télécom qui met en place une « *commission logement* » in G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 662.

¹³⁰⁷ V. également sur la mise en place de commissions « *environnement* » ou « *développement durable* » pour accentuer la politique RSE de l'entreprise : K. DE OLIVEIRA, E. DOUTRIAUX, Environnement et dialogue social, Semaine Sociale Lamy 26 avr. 2021, n° 1951-1952, p. 6.

¹³⁰⁸ C. trav., art. L. 2313-7.

¹³⁰⁹ CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 4, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « *la désignation de représentants de proximité, lorsque cela s'avère utile, peut également permettre de lutter contre l'éloignement* » ; CGT FNS Construction Bois Ameublement, Le comité social et économique, p. 12, <http://fnscba.com/wp-content/uploads/2018/09/CSE.pdf>.

¹³¹⁰ J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151.

des périmètres d'établissements distincts restreints¹³¹¹. Pour cette raison, et pour que les salariés ne se retrouvent pas « éloignés »¹³¹² de leurs élus, il est possible par accord de prévoir la mise en place de représentants de proximité¹³¹³. Ces derniers ne sont pas obligatoirement membres de la délégation du personnel¹³¹⁴. En pratique, les représentants de proximité servent de contrepartie aux employeurs¹³¹⁵ pour réduire le nombre d'établissements distincts¹³¹⁶ ; à défaut d'obtenir une représentation à travers un CSE d'établissement, les élus négocient la mise en place de représentants de proximité pour pallier l'absence de représentants sur un site donné¹³¹⁷. Les organes syndicaux souhaitent

¹³¹¹ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 43 : « la nouvelle architecture des IRP prévoit des représentants de proximité, qui sont « missionnés » pour assurer un lien de proximité, parfois explicitement pour compenser les inconvénients d'une organisation désormais très centralisée. Cette configuration repose alors sur une vision et une stratégie de la direction de l'entreprise concernant le maintien d'un dialogue et d'une régulation sociales de proximité ».

¹³¹² B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 191.

¹³¹³ F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 242 : « c'est justement pour compenser ou, du moins, atténuer le risque d'une centralisation excessive qu'a été instaurée la possibilité, pour les négociateurs au niveau de l'entreprise, d'introduire dans le système de représentation du personnel [...] des représentants de proximité. [...] Ces derniers visent à préserver ou maintenir des représentants proches des salariés, c'est-à-dire ancrés à un échelon local, en prise directe avec les préoccupations ou attentes exprimées par les intéressés, sur le terrain pourrait-on dire » ; G. LOISEAU, Les attributions du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 287.

¹³¹⁴ CGT FNS Construction Bois Ameublement, Le comité social et économique, p. 12, <http://fnscba.com/wp-content/uploads/2018/09/CSE.pdf>.

¹³¹⁵ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « il est difficile de croire que la mise en place gracieuse de représentants de proximité se fera toujours sans exigence d'une contrepartie de l'employeur ».

¹³¹⁶ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 44 : « une troisième configuration peut être identifiée, lorsque la mise en place de Représentants de proximité est une concession patronale dans le déroulement des négociations, ou ne procède pas d'une réelle vision des enjeux de proximité ou du rôle que peuvent jouer les représentants de proximité. Dans ce cas de figure la logique qui prime est surtout celle de la compensation, plus ou moins grande, de la baisse du nombre de mandats ou d'heures ».

¹³¹⁷ D'où le lien entre ces deux négociations dans le Code du travail : ces deux sujets doivent être discutés au sein du même accord (C. trav., art. L. 2313-2 et L. 2313-7). V. sur le fait que « ces deux sujets invitent à une réflexion globale de l'organisation de la représentation du personnel » : F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 244 ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 191 ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 74.

leur conférer d'importants moyens¹³¹⁸, à l'opposé des envies patronales¹³¹⁹. Aussi, ce souhait est renforcé par l'absence de régime supplétif dédié à ces représentants¹³²⁰ : « aucune autre précision n'est apportée par la loi. Tout devra être négocié : leur nombre, leurs attributions, les modalités de leur désignation et de leur fonctionnement (en particulier leurs heures de délégation), etc. Faute de dispositions supplétives dans la loi, il faudra que les accords soient particulièrement précis et complets... »¹³²¹. La question des moyens de ces représentants jouera dans les négociations¹³²², notamment à la baisse pour compenser leur création¹³²³. Il est difficile pour les élus d'obtenir la mise en place de représentants de proximité et d'importants moyens pour ces derniers¹³²⁴.

246. Rôle des suppléants : obtenir leur présence en réunion pour plus d'efficacité.

Un dernier sujet concerne la structure de l'instance, il s'agit de la présence des suppléants en réunion¹³²⁵. Cette évolution de 2017 a été mal accueillie par les organisations

¹³¹⁸ CGT FNS Construction Bois Ameublement, Le comité social et économique, p. 12, <http://fnscba.com/wp-content/uploads/2018/09/CSE.pdf> : « il faudra doter ces représentants de proximité de moyens (crédits d'heures...) » ; CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 5, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf>.

¹³¹⁹ D. SIMONNEAU, Les représentants de proximité : substituts ou compléments ?, Dr. ouvr. 2020, p. 432.

¹³²⁰ D. BOULMIER, La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 203.

¹³²¹ Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 22, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf.

¹³²² Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 82 : « l'ampleur des moyens ne sera que le produit de l'autonomie conventionnelle ».

¹³²³ V. à ce propos sur la « timidité » des attributions et des moyens confiés : F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 250 et s. ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹³²⁴ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 : « la direction refuse de mettre en place des représentants de proximité avec de réels pouvoirs et moyens » ; V. également sur la difficulté de cette négociation qui « dépend avant tout du bon vouloir de l'employeur » : D. BOULMIER, La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 203.

¹³²⁵ C. trav., art. L. 2314-1.

syndicales¹³²⁶. Elles ont fermement contesté cette mesure, contrairement aux employeurs qui ont plébiscité une telle évolution¹³²⁷. Dans les faits, la présence des suppléants est souvent vue du côté des organisations syndicales comme une faculté de les impliquer dans la gestion de l'instance, de les nommer au sein des différentes commissions et de les faire monter en compétence pour les prochaines échéances électorales en vue de remplacer des titulaires ne reconduisant pas leur candidature¹³²⁸. Par ailleurs, lorsqu'un suppléant remplace un titulaire absent, il sera plus efficace s'il a déjà suivi les réunions précédentes¹³²⁹ ; l'efficacité de l'instance est alors évoquée¹³³⁰. C'est pour ces raisons que les organisations syndicales encouragent leurs représentants à négocier le retour des suppléants en réunion¹³³¹. De nombreuses demandes sont réalisées s'agissant de la structure de l'instance.

¹³²⁶ CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 6, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « pour la CFDT le fait que les suppléants ne puissent plus assister aux réunions en présence du titulaire va à l'encontre de la qualité du dialogue social. En effet, le jour où le suppléant devra remplacer le titulaire, il risquera de ne pas avoir une connaissance suffisante des dossiers en cours. [...] Il faudra également tenter de négocier le fait que les suppléants puissent effectivement participer aux réunions ».

¹³²⁷ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 : « la question de la présence des suppléants aux réunions est un point de blocage total, y compris pour des raisons pratiques ».

¹³²⁸ V. sur l'importance pour le dialogue social de la présence des suppléants : F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 259 et p. 263-264 ; Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 96 ; J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151 ; Comité d'évaluation des Ordonnances « Macron », Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juill. 2020, p. 34.

¹³²⁹ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 74 : « les suppléants ne participent aux réunions qu'en l'absence du ou des titulaires, ce qui ne va pas favoriser le suivi des dossiers notamment en cas de projets à étapes » ; J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

¹³³⁰ CGT FNS Construction Bois Ameublement, Le comité social et économique, p. 13, <http://fnsoba.com/wp-content/uploads/2018/09/CSE.pdf> : « cette nouvelle règle est inadmissible d'autant plus que le nombre de mandats diminue et que les représentants doivent cumuler les casquettes. Les suppléants ne pourront donc plus assister aux réunions. Il leur sera donc plus difficile de remplacer le titulaire en son absence par manque d'informations ».

¹³³¹ Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 20, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf : « comment envisager que l'institution fonctionne correctement si les suppléants ne sont associés aux discussions qu'épisodiquement ? Nous vous conseillons de négocier la présence d'au moins un suppléant par organisation syndicale représentative ».

B. Les moyens propres aux élus

247. Augmenter les moyens : une priorité. Les demandes syndicales et salariales vont principalement concerner les moyens attribués aux élus. Ces derniers souhaitent augmenter leurs moyens pour mieux couvrir et exercer leurs missions, d'autant plus que l'instance unifiée a augmenté leurs attributions¹³³². Ces moyens ayant été légèrement diminués par les Ordonnances « Macron » de 2017¹³³³ ; les parties salariales insistent, lors des négociations, pour obtenir *a minima* le même niveau de moyens que ceux conférés auparavant¹³³⁴.

248. Nombre de membres : plus d'élus pour plus d'efficience. S'agissant du nombre de membres, des études démontrent que le nombre d'élus diminue au sein des entreprises, du fait principalement de la fusion des différentes instances de représentation du personnel¹³³⁵. Il est souvent demandé à l'employeur de garantir un nombre d'élus au moins équivalent à ce qui existait par le passé¹³³⁶. Les syndicats considèrent que la garantie d'un nombre conséquent d'élus permet d'offrir une plus grande efficience à l'instance, destinée à permettre de traiter de tous les sujets, notamment grâce à la spécialisation de certains¹³³⁷.

¹³³² Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 23, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf : « les chiffres parlent d'eux même ! Le décret fait apparaître un net recul des moyens en termes de représentants, en particulier par rapport à un fonctionnement en instances séparées, alors qu'une polyvalence accrue sera imposée aux élus » ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 74 : « l'élargissement des missions de chaque élu ne pourra, faute de temps, qu'affaiblir la compétence spécialisée qu'ils détiennent aujourd'hui. Le processus d'information-consultation en sera appauvri ».

¹³³³ Y. LEROY, La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 213.

¹³³⁴ J. DECHOZ, De l'alibi au simulacre, Dr. ouvr. 2019, p. 286 : « ainsi, afin de remplir comme naguère ces missions, les organisations syndicales se voient-elles dans l'obligation d'aller mendier auprès de l'employeur les moyens qui, jusqu'alors, étaient dus aux instances représentatives du personnel ».

¹³³⁵ Premier bilan des ordonnances in Semaine Sociale Lamy 24 sept. 2018, n° 1829, p. 2 : « s'agissant du CSE également, la critique adressée à la fusion des instances représentatives du personnel (IRP) relative à l'affaiblissement du dialogue social et à la réduction des mandats (de 36 000 à 24 000) est récurrente » ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 76.

¹³³⁶ Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 23, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf.

¹³³⁷ Y. LEROY, La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 212 ; C. BAUMGARTEN, G. ETIEVANT, A. GHENIM, L. MILET, F. SIGNORETTO, Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises, Dr. ouvr. 2017, p. 529.

Cette négociation sur le nombre d'élus dispose d'une particularité : ce thème n'est pas intégré à l'accord institutionnel¹³³⁸. Le nombre de sièges à pourvoir relève de la compétence du protocole d'accord préélectoral qui : « *peut modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise* »¹³³⁹. L'accord institutionnel ne dispose pas d'un des champs importants de la structuration de la représentation du personnel¹³⁴⁰. Cela signifie que la hausse du nombre de membres ne peut être demandée que par les syndicats appelés à la négociation du PAP¹³⁴¹ : la double majorité sera exigée¹³⁴². Autre conséquence : contrairement à l'accord institutionnel, aucune modalité dérogatoire ne sera admise¹³⁴³. Cela signifie qu'en l'absence de délégués syndicaux, le CSE ne pourra, de lui-même, inclure dans un accord une hausse du nombre de membres de l'instance (qui vaudrait alors pour la prochaine mandature)¹³⁴⁴.

249. Heures de délégation : plus de temps pour l'exercice des missions. Un autre sujet cristallise les demandes : les heures de délégation¹³⁴⁵. Celles-ci ont été diminuées à la suite des ordonnances « Macron » de 2017¹³⁴⁶. Il s'agit d'une revendication régulière des élus pour disposer du temps nécessaire à l'exercice de leurs missions : lecture des informations,

¹³³⁸ V. *infra* n° 381 et n° 620 sur la légitimité d'une telle décision ; V. également L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385.

¹³³⁹ C. trav., art. L. 2314-7.

¹³⁴⁰ CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 6, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « *il y a un enjeu à saisir sur la composition du CSE, les négociateurs CFDT devront négocier un accord dans les conditions propres aux protocoles d'accords préélectorales* ».

¹³⁴¹ C. trav., art. L. 2314-5.

¹³⁴² C. trav., art. L. 2314-6.

¹³⁴³ C. trav., art. L. 2314-6.

¹³⁴⁴ Le nombre de membres élus ne peut faire l'objet d'un accord à part : il est de la compétence exclusive du protocole d'accord préélectoral, qui détermine les règles relatives à l'élection dont le nombre de candidats. V. notamment G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 500.

¹³⁴⁵ C. trav., art. L. 2315-7 et s. ; C. trav., art. R. 2315-3 et s.

¹³⁴⁶ Y. LEROY, La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 213.

préparation des argumentaires, enquêtes auprès des salariés...¹³⁴⁷ Les employeurs sont généralement réticents face à ces heures de délégations : ils craignent les abus¹³⁴⁸. Le contrôle restreint des juges sur l'utilisation de ces heures corrobore les craintes¹³⁴⁹. Beaucoup d'élus utilisent leur crédit d'heures à bon escient, pour mieux travailler les missions inhérentes à leur rôle d'élus¹³⁵⁰. Certains n'en prennent d'ailleurs qu'une petite partie¹³⁵¹, trop occupés par leur emploi professionnel¹³⁵², d'autres peuvent parfois en abuser. De nouveau, c'est le protocole d'accord préélectoral qui conditionne la détermination du volume d'heures de délégation¹³⁵³. Cependant, dans le cadre d'un accord collectif plus favorable aux élus, il est possible d'inclure un nombre d'heures de délégation supérieur à celui prévu soit par le protocole d'accord préélectoral, soit par application des dispositions légales et réglementaires¹³⁵⁴. S'agissant d'une disposition plus favorable, les juges sont amenés à valider sans réserve un tel accord¹³⁵⁵. L'intérêt de l'employeur est important : la contrepartie

¹³⁴⁷ CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 8, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « les négociateurs CFDT devront notamment intégrer à la négociation de ces dispositions leurs revendications en matière de volume d'heures de délégation et de modalités d'utilisation (réunions internes, préparatoires éventuelles...) ».

¹³⁴⁸ S. NIEL, Les bons de délégation sont-ils utiles ?, Cah. DRH mars 2006, n° 119, p. 22 : « coût, imprévisibilité et fréquence des absences sont pointées du doigt par les managers qui exigent des DRH des outils pour une meilleure maîtrise des heures de délégation ».

¹³⁴⁹ A. PIOT, Immunité relative des représentants du personnel, Cah. DRH oct. 2014, n° 213, p. 36.

¹³⁵⁰ V. sur l'objet des heures de délégation : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 908.

¹³⁵¹ S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 224 : « observons enfin qu'il ressort d'une étude de la DARES que [...] les représentants du personnel déclarent [dans 41% des entreprises] que le temps effectivement consacré à leurs mandats est inférieur [...] au crédit dont ils disposent ».

¹³⁵² V. pour un exemple d'un élu d'une société de 12 salariés : « l'élu unique bénéficie normalement d'heures de délégation mais elles ne sont jamais consommées. Ses prédécesseurs n'y recouraient pas non plus. Il utilise son temps de travail. Aucun bon de délégation n'a jamais été sollicité. Il considère que le volume d'heures qu'on lui attribue est "énorme" » (Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 26).

¹³⁵³ C. trav., art. L. 2314-7.

¹³⁵⁴ D. CHAPPELLON-LIEDHART, M. PERILLI, Qu'en est-il des heures de délégation après les ordonnances Macron ?, Cah. DRH sept. 2019, n° 267, p. 28 : « ce crédit d'heures légal peut être augmenté par accord collectif ou par usage ».

¹³⁵⁵ Y. PAGNERRE, Augmentation du nombre d'heures de délégation : usage ou accord collectif, JCP S 2015, 1081.

d'une hausse du nombre d'heures de délégation lui permet de disposer d'atouts pour obtenir certaines concessions¹³⁵⁶.

250. Budgets : une priorité sur la hausse du montant des activités sociales et culturelles. Les élus sont aussi attentifs aux budgets alloués à l'instance. S'agissant de la subvention de fonctionnement (dont le montant est fixé à 0,20 % de la masse salariale brute dans les entreprises de cinquante à moins de deux mille salariés et 0,22 % de la masse salariale brute dans les entreprises d'au moins deux mille salariés¹³⁵⁷) peu de demandes émanent des organisations syndicales pour faire évoluer ce chiffre à la hausse¹³⁵⁸. Conscient de la négociation restreinte sur un tel sujet, le législateur n'a pas souhaité explicitement mentionner la possibilité de négocier sur ce budget¹³⁵⁹. Une négociation à la hausse est possible¹³⁶⁰. En revanche, s'agissant des activités sociales et culturelles (ASC), le législateur a souhaité offrir, en priorité, aux partenaires sociaux le choix du montant¹³⁶¹. Le Code du travail prévoit que : « *la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du comité social et économique est fixée par accord d'entreprise. À défaut d'accord, le rapport de cette contribution à la masse salariale brute ne peut être inférieur au même rapport existant pour l'année précédente* »¹³⁶². Les élus vont saisir cette

¹³⁵⁶ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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 ?* » ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420.

¹³⁵⁷ C. trav., art. L. 2315-61.

¹³⁵⁸ V. néanmoins les demandes de la CGT : « *finalement le budget de fonctionnement n'est pas augmenté, alors que le CSE intègre le CHSCT, dont toutes les dépenses étaient entièrement prises en charge par l'employeur ! Cet argument devra être utilisé dans les négociations pour obtenir une augmentation du budget de fonctionnement* » (CGT, Guide négociation de la mise en place, de l'élection et du fonctionnement du comité social et économique, oct. 2018, p. 19 (https://www.cgt.fr/sites/default/files/2018-11/20181009_MalettreMacro_MAJV1_Livret_SR.pdf)).

¹³⁵⁹ V. ROCHE, Le budget du comité social et économique, JCP S 2018, 1159.

¹³⁶⁰ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 879 ; V. ROCHE, Le budget du comité social et économique, JCP S 2018, 1159 : « *contrairement au budget des activités sociales et culturelles, les règles de calcul du budget de fonctionnement fixées par accord doivent être au moins aussi favorables que celles issues des dispositions légales (C. trav., art. L. 2315-61). La marge de manœuvre laissée à l'employeur et aux partenaires sociaux est donc moins importante. Cette différence de régime entre les deux budgets peine à être comprise* » ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 164.

¹³⁶¹ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 1192 et s.

¹³⁶² C. trav., art. L. 2312-81.

opportunité pour proposer à l'employeur un budget supérieur au rapport existant pour l'année précédente¹³⁶³. Les arguments sont plutôt convaincants : le budget ASC est redistribué, en grande partie, vers les salariés¹³⁶⁴. L'employeur peut être sensible à cet argument : les salariés sont souvent demandeurs de prestations relatives aux ASC et ce versement à un haut niveau induit une valorisation de la marque employeur. Les intérêts peuvent donc être partagés¹³⁶⁵. Cependant, la difficulté résulte dans l'articulation légale d'un tel dispositif. À défaut d'accord, l'employeur est tenu par le rapport de l'année précédente¹³⁶⁶. L'engagement de l'employeur devient quasi perpétuel, ce qui contraint certains à ne pas s'engager en l'absence de perspective pour les années futures¹³⁶⁷. Les demandes salariales existent mais peuvent se trouver rejetées par l'employeur sur ce motif.

251. Financement des expertises : une prise en charge intégrale par l'employeur. Le financement des expertises est également un enjeu pour les élus¹³⁶⁸. La subvention de fonctionnement du CSE est mise à contribution pour financer certaines des expertises prévues par le Code du travail¹³⁶⁹. Les élus et syndicats sont particulièrement opposés à une

¹³⁶³ CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 14, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « les équipes CFDT pourront permettre une juste affectation et une juste répartition du niveau de ressources des CSE pour financer les ASC et son bon fonctionnement ».

¹³⁶⁴ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 1135 et s.

¹³⁶⁵ V. *supra* n° 223.

¹³⁶⁶ C. trav., art. L. 2312-81.

¹³⁶⁷ Si la négociation semble à favoriser, il est possible de lutter contre ces limites : « le nouvel article L. 2312-81 du Code du travail laisse une entière liberté à l'accord d'entreprise pour fixer le montant versé au titre des activités sociales et culturelles. L'employeur et les partenaires sociaux doivent être encouragés à se saisir de cette opportunité de négociation, notamment pour éviter le recours aux règles de calcul fixées par les textes à titre supplétif, lesquelles continuent de générer des incertitudes. À titre d'exemple, les négociateurs pourront, sur le modèle de la subvention de fonctionnement, préférer la fixation d'un taux unique appliqué à la masse salariale de l'entreprise, aux effectifs, etc. Les modalités de calcul prévues par l'accord pourront être plus ou moins favorables que celles fixées par les dispositions légales » (V. ROCHE, Le budget du comité social et économique, JCP S 2018, 1159).

¹³⁶⁸ J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151.

¹³⁶⁹ C. trav., art. L. 2315-80 ; Parmi la liste se trouve notamment la consultation sur les orientations stratégiques et la plupart des consultations ponctuelles. V. pour plus de développements : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 949-950.

telle mesure¹³⁷⁰, notamment pour les expertises en rapport avec la santé et la sécurité¹³⁷¹. Pour cette raison, ils tentent d'inclure, au sein de l'accord institutionnel, la prise en charge intégrale par l'employeur de toutes les expertises¹³⁷². Cette prise en charge contribue à renforcer les moyens des élus : le recours à l'expertise est demandé par les membres de la délégation du personnel pour mieux appréhender les informations communiquées¹³⁷³. À l'inverse, les employeurs sont souvent opposés à ces expertises, considérant qu'elles retardent le processus de prise de décision¹³⁷⁴. Un terrain d'entente est souvent trouvé au sein des accords : moins d'expertises, mais intégralement financées par l'employeur¹³⁷⁵.

¹³⁷⁰ Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 56, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf : « le budget de fonctionnement va être davantage sollicité, notamment en raison de l'extension de la liste des expertises qui seront désormais cofinancées entre le CSE (20%) et l'employeur (80%) et, plus généralement, avec l'exercice de certaines des attributions qui incombent au CHSCT » ; J.-V. KOSTER, Le co-financement de l'expertise : une entrave aux instances élues ?, Dr. ouvr. 2018, p. 157.

¹³⁷¹ Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 56, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf : « FO a toujours considéré que les questions de santé et de sécurité des travailleurs sont de la responsabilité de l'employeur et, qu'à ce titre, il devrait prendre en charge la totalité du coût de l'expertise ».

¹³⁷² V. par exemple, CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 4, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « par le biais d'un accord d'entreprise portant notamment sur l'expertise (tel que prévu par l'article L.2 315-79), les équipes pourront notamment revendiquer la prise en charge à 100 % des expertises suivantes : expertise technique BDES, consultation sur les orientations stratégiques, OPA/OPE (achat/échange), expertise dans le cadre des nouveaux accords unifiés (accords de « compétitivité » : ex accords de maintien dans l'emploi...). Les équipes doivent continuer d'être vigilantes sur les coûts. L'objectif est bien de garder la capacité de financement de leur quote-part de financement d'expertise afin de garder la main sur le choix de l'expert ».

¹³⁷³ Force ouvrière, CSE Mise en place et fonctionnement, nov. 2019, p. 56, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf : « ce " ticket modérateur " de 20 % risque fort d'avoir un effet dissuasif sur le recours à l'expertise, alors même qu'il est un outil essentiel pour réduire l'asymétrie des connaissances entre la direction et les représentants du personnel ».

¹³⁷⁴ C. trav., art. L. 2312-14 : « les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité social et économique ». Tant que la consultation ne s'est pas déroulée, l'employeur ne peut prendre une décision définitive sur le projet (C. METZGER, M. KHELIF, Informer et consulter le comité social et économique, Cah. DRH déc. 2020, n° 281, p. 9). Or avec l'expertise, sauf accord, le délai maximal pour rendre l'avis est repoussé d'un mois (C. trav., art. R. 2312-6).

¹³⁷⁵ S. MRAOUAHI, L'expert du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 617 : « d'autres textes conventionnels, encore, portent la marque des concessions réciproques des signataires. L'extension de la règle légale du cofinancement a, sur ce point, constitué un levier important de négociation. Ainsi, dans le cas où le nombre d'expertises a été limité ou dans les cas où des expertises communes sont prévues, il est parfois précisé qu'en contrepartie, l'entreprise s'engage à assumer la totalité des frais, y compris pour les expertises normalement partiellement prises en charge par le CSE ».

252. Transition. De nombreux intérêts peuvent donc être relevés s'agissant de la structure de l'instance et des moyens attribués aux élus. Tous ne sont pas présents dans les accords institutionnels, mais certains reviennent souvent à la lecture des accords.

II. Anthologie des demandes relevées par la pratique

253. Les moyens : revendication principalement obtenue. L'analyse des accords institutionnels déjà conclus permet de constater que certains sujets font l'objet d'avancées pour la partie salariale. La hausse des moyens est le principal sujet contenu au sein de l'accord.

254. Heures de délégations : une hausse pour répondre aux missions. S'agissant des heures de délégation, la demande salariale est forte et beaucoup d'accords institutionnels contiennent des mesures sur ce thème¹³⁷⁶. Ainsi, les employeurs sont parfois sensibles aux souhaits des élus, notamment en raison du contexte de l'entreprise : « *il n'est pas rare [que les heures de délégation] excèdent les prévisions légales, comme chez Arc Fused Alumina en raison du fort investissement que représente la gestion des œuvres sociales* »¹³⁷⁷. Les employeurs adoptent généralement une démarche rationnelle : ces demandes peuvent être légitimes notamment si les attributions sont plus développées que le droit commun (commissions supplémentaires, périodicités supplémentaires...) ¹³⁷⁸, si la gestion des activités sociales et culturelles demande une importante contribution des élus ou encore si le nombre global d'élus est en baisse¹³⁷⁹. Dans d'autres cas, des membres spécifiques se voient

¹³⁷⁶ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 328 : « *les négociateurs ont globalement traité ce moyen essentiel au CSE* » ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 : « *le rapport statistique recense deux thèmes dominants sur les moyens, celui des membres titulaires au CSE et celui des heures de délégation* ».

¹³⁷⁷ Accord sur le CSE, Arc Fused Alumina, 5 sept. 2018, art. 2 in L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

¹³⁷⁸ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 64 : « *dans d'autres cas, des accords précisent davantage les modalités des missions dont le CSSCT a la charge. C'est par exemple le cas des modalités d'une enquête accident de travail ou d'un constat d'alerte par exemple. Ces précisions permettent d'ajuster les moyens laissés aux membres comme des heures de délégations supplémentaires, la prise en charge de déplacements, etc* ».

¹³⁷⁹ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 330 et s.

conférer des heures de délégation en raison de leur statut : c'est le cas pour certains secrétaires et trésoriers¹³⁸⁰. Des règles de modulation existent s'agissant des heures de délégation ; celles-ci sont reportables et peuvent être transmises à certains membres¹³⁸¹. Certains accords adoptent un régime plus favorable pour les membres : « *si, en principe, leur modulation ne peut pas conduire le représentant du personnel à bénéficier de plus d'une fois et demie son crédit d'heures normal, l'accord Caisse d'épargne Île-de-France porte cette limite à deux fois son crédit* »¹³⁸². Une étude relative aux premiers accords institutionnels nous indique que, parmi les accords analysés : « *un accord sur deux s'en tient aux dispositions supplétives du Code du travail pour le nombre de titulaires et les heures de délégation. 79 accords modifient toutefois le nombre de membres et le nombre d'heures de délégations, une majorité d'entre eux de manière plus favorable. Certaines entreprises accordent des heures de délégation aux trésoriers, secrétaires ou suppléants. 42 % des accords comportent des stipulations sur la mutualisation et le cumul des heures de délégation avec une application très forte des dispositions légales en matière de durée du report, du délai de prévenance et des bénéficiaires* »¹³⁸³. Les heures de délégations font donc l'objet de quelques ajustements, essentiellement sur le nombre d'heures attribuées et sur le régime applicable.

255. Commissions : nombreuses et diverses. Les commissions mises en place sont également au cours des négociations. S'agissant des CSSCT, rares sont les employeurs

¹³⁸⁰ Accord sur le CSE, Carrefour Hypermarchés SAS, 3 août 2018, titre 3, art. 1.3 in L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; Dans d'autres entreprises, les élus ont obtenu des heures de délégation pour les suppléants : « *l'on citera pour exemple l'accord de mise en place du le CSE de Canon qui accorde aux membres suppléants du CSE 4 heures de délégation par mois (Accord relatif au dialogue social, Canon France, 30 avr. 2018)* » (M.-C. TUAL, Suppléants, bureau du comité et réunions préparatoires : ce que prévoient les accords de mise en place du CSE, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 25) ; B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 333 ; P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 573.

¹³⁸¹ C. trav., art. R. 2315-3 et s. ; B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 330 et s.

¹³⁸² L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 336 et s.

¹³⁸³ Étudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

récalcitrants à leur mise en place¹³⁸⁴, d'autant plus lorsque les métiers exigent une importante attention portée à la santé et à la sécurité¹³⁸⁵ (au demeurant, aujourd'hui, même les populations qui semblent les moins exposées, à savoir le personnel de bureau, sont concernées par des problématiques comme celle du harcèlement)¹³⁸⁶. En revanche, concernant les missions et les attributions de ces instances : « *le bilan, il faut en convenir, s'avère relativement décevant* »¹³⁸⁷. La création d'une telle commission est compensée par des moyens réduits¹³⁸⁸, symbole de contreparties parfois antagonistes¹³⁸⁹. S'agissant des autres commissions, l'accord institutionnel est libre de les déterminer¹³⁹⁰. Les partenaires sociaux se saisissent de cette faculté pour mettre en place diverses commissions. Elles sont souvent dans la continuité des commissions qui existaient ; la vocation des partenaires sociaux n'a pas été de repartir intégralement d'une feuille blanche avec la mise en place du

¹³⁸⁴ I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 : « *les clauses d'amélioration sont surtout celles relatives aux représentants de proximité et aux commissions du CSE, dont la commission santé et sécurité* » ; M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9 : « *il y a aussi parfois une vraie réflexion sur les commissions SSCT avec, on l'a dit, dans un certain nombre d'accords, plusieurs par CSE, ce qui nous semble positif* ».

¹³⁸⁵ V. par exemple la justification de la mise en place de CSSCT dans chaque établissement chez PSA, B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 282 : « *une démarche similaire a été adoptée chez PSA " compte-tenu des principes de la politique santé et sécurité au travail du groupe applicable à tous les établissements PSA "* » ; P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 573 : « *" consciente de l'impact positif que peut avoir une commission dédiée à la santé, la sécurité et aux conditions de travail, notamment sur la prévention des accidents de travail et des maladies professionnelles [...] l'entreprise met en place une commission santé, sécurité et conditions de travail conventionnelle "* peut-on lire dans un accord sur le CSE (société Medline Assembly France) ».

¹³⁸⁶ I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 : « *le constat suggère que l'employeur a intérêt à la mise en place de dispositifs et de moyens en lien avec la représentation du personnel, en matière de santé et de sécurité. Serait-ce parce qu'en ce domaine, l'obligation patronale de sécurité participe également des enjeux d'une négociation sur les moyens du CSE* » ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

¹³⁸⁷ F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 257.

¹³⁸⁸ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 58 : « *dans certains cas, les CSSCT ont été créées de façon minimaliste pour être en conformité avec le droit. Dans ces accords a minima, les moyens de la commission sont rarement précisés et il y a peu ou pas de propositions extra-légales* ».

¹³⁸⁹ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 286 : « *si les parties entendent confier un rôle significatif à la commission, il semble préférable de prévoir l'attribution d'un crédit d'heures* ».

¹³⁹⁰ C. trav., art. L. 2315-45.

CSE¹³⁹¹. Ces commissions sont souvent en lien avec les activités opérationnelles de la société, qui nécessitent parfois des attentions plus particulières des élus sur certains thèmes¹³⁹². Plusieurs articles relèvent quelques exemples de ces commissions facultatives : « *“réclamations individuelles et collectives” au sein de l'AFP ; “ diversité et compétences ” chez Bouygues Telecom ; “ expatriation ”, “ suivi des accords ”, “ activités loisirs et cultures ” chez Bouygues Bâtiment International ; “ mission handicap ” chez Carrefour Hypermarchés SAS ; “ vacances enfants/familles ” à la Société Générale ; “ frais de santé ” chez Euromaster ; “ gestion immobilière ” au sein du GIE PMU »¹³⁹³. La diversité du contenu de ces commissions est particulièrement mise en évidence par cette liste¹³⁹⁴. Environ un quart des accords étudiés par le Master 2 DPRT de Montpellier prévoient des commissions supplémentaires : « *les commissions activités sociales et culturelles sont les plus nombreuses (42,6 %)* »¹³⁹⁵. Les partenaires sociaux se sont particulièrement saisis de la question.*

256. Représentants de proximité : une mise en place de compensation. S'agissant des représentants de proximité, leur présence se remarque dans environ un quart des accords¹³⁹⁶. S'il s'agit d'une demande souvent formulée par les organisations syndicales, les employeurs sont réticents à ces représentants (salariés protégés supplémentaires¹³⁹⁷, contraintes supplémentaires...)¹³⁹⁸. Deux objectifs semblent poursuivis : permettre de disposer d'une

¹³⁹¹ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 38 : « *“ on a plutôt fait en sorte qu'il y ait une continuité : les futures commissions du CSE vont bien ressembler à ce qui existe aujourd'hui comme les DP et le CHSCT. On a essayé de placer le CSE sur le modèle actuel ” (DSC CFDT Financia)* ».

¹³⁹² P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 571.

¹³⁹³ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

¹³⁹⁴ V. pour d'autres exemples : B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 259-260.

¹³⁹⁵ Étudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹³⁹⁶ Étudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹³⁹⁷ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 60 ; E. JEANSEN, Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner, JCP S 2018, 1084.

¹³⁹⁸ V. CPME, FIDAL, Fiche CSE n°9, Les représentants de proximité : http://cpmeparisiledefrance.fr/wp-content/uploads/2018/12/FicheCPME_CSE_9.pdf.

représentation du personnel sur des sites sans représentants¹³⁹⁹ et compenser la mise en place d'un périmètre large du CSE¹⁴⁰⁰. C'est l'une des raisons du chiffre honorable de représentants de proximité mis en place lors de la première mandature du CSE¹⁴⁰¹, d'autant plus qu'il est possible de déterminer le régime applicable et d'y insérer certains verrous¹⁴⁰². Pour cette raison, certains accords imposent à un membre du CSE d'être désigné représentants de proximité¹⁴⁰³. Cela évite le recours à tout salarié, permet de maîtriser le nombre de salariés protégés¹⁴⁰⁴ et permet à ces membres « *de découvrir de l'intérieur cette nouvelle figure de représentation du personnel, son utilité et ses contraintes* »¹⁴⁰⁵. À ce titre, selon l'étude précitée, « *pour les personnes désignées, trois modalités se détachent : 30,1 % des accords permettent à tout salarié d'être représentant de proximité ; 20,3 % réservent la désignation aux membres du CSE (titulaires et suppléants) et 18,7 % imposent des*

¹³⁹⁹ V. s'agissant du périmètre de mise en place, F. GEA, A. ROUYER, Les configuration du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 247-248 : « *le choix du périmètre de mise en place des représentants de proximité procède dans certaines entreprises du soucis de combler l'absence de représentation du personnel là où les élus font défaut* » ; Accord relatif à la mise en place et au fonctionnement du CSE, Association Mémoires et Perspectives, 8 avr. 2019 : « *dans l'hypothèse où un établissement n'aurait aucun élu au CSE, il serait procédé à l'élection d'un représentant de proximité parmi les salariés de cet établissement, sans condition d'ancienneté* » (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/dRAE-7QuKfRfGEw2QszxAm6wtopY1Sdi22Zx8qVAcZUXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>) ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 192.

¹⁴⁰⁰ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 43-44 ; F. GEA, A. ROUYER, Les configuration du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 246 et s. ; Accord relatif à la mise en place du comité social et économique, 22 nov. 2018, Novacarb : « *compte-tenu de l'effectif et du périmètre du comité social et économique, et pour garantir la représentation de l'ensemble du personnel, les parties conviennent de mettre en place des représentants de proximité* » (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/ETXCFny7NkAxAhAsS3R6kKljiSTSPI6uOeNsekqy9AbcXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>).

¹⁴⁰¹ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 41 et s.

¹⁴⁰² V. par exemple sur la possibilité de ne pas donner d'heures de délégation supplémentaires pour des représentants de proximité également élus au CSE ou encore sur l'absence de réunions spécifiques : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 198-199.

¹⁴⁰³ V. par exemple l'accord Carrefour Hypermarché qui limite aux suppléants la possibilité d'être désigné représentants de proximité : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 181-182 et p. 195.

¹⁴⁰⁴ V. en ce sens les volontés de la CGT : « *il faut mettre en place des représentants de proximité distincts des membres de la délégation au CSE. Cela permettra de protéger les camarades représentants de proximité et d'augmenter le nombre de mandats* » (CGT FNS Construction Bois Ameublement, Le comité social et économique, p. 12, <http://fnscca.com/wp-content/uploads/2018/09/CSE.pdf>).

¹⁴⁰⁵ B. DABOSVILLE, Les outils de coordination entre le CSE et ses satellites (commissions, représentants de proximité), Dr. ouvr. 2020, p. 600.

conditions de désignation »¹⁴⁰⁶. Les représentants de proximité font donc bien l'objet de négociation dans de nombreuses entreprises¹⁴⁰⁷.

257. Rôle des suppléants : une présence limitée. La question des suppléants est souvent relevée par les parties syndicales et salariales. Plusieurs accords mentionnent la faculté d'inviter les suppléants aux réunions : « *les suppléants seront invités aux réunions du Comité Social et Economique, y compris en présence des titulaires* »¹⁴⁰⁸ ou encore « *un membre suppléant élu, par organisation syndicale ou liste électorale ayant obtenu au moins un élu titulaire et suppléant au CSE, [peut] assister aux réunions du CSE en sa qualité de suppléant. La nomination est à adresser à la Direction du Développement Humain et au secrétaire du CSE* »¹⁴⁰⁹. Ces accords témoignent des deux voies choisies par les partenaires sociaux¹⁴¹⁰ : soit permettre la présence de tous les suppléants, comme au temps du comité d'entreprise, soit permettre la présence de certains suppléants selon des modalités déterminées par l'accord¹⁴¹¹. Un quart des accords étudiés prévoient ces dispositions selon l'un ou l'autre forme : « *si 258 accords (57,3 %) comportent des clauses relatives à la participation des suppléants aux réunions du CSE, 62 % se contentent de réitérer la règle légale qui n'autorise cette participation qu'en l'absence du titulaire surtout dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 50 et 299 salariés. Dans 99 accords, des dérogations diverses sont toutefois prévues : fixation d'un nombre de suppléants (le plus souvent entre 2 et 4) autorisés à assister aux réunions (21 accords sur 80), détermination*

¹⁴⁰⁶ Étudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹⁴⁰⁷ V. pour des exemples de contenu : S. RIOCHE, CSE et représentants de proximité : un kaléidoscope conventionnel, JCP S 2018, 1343.

¹⁴⁰⁸ Accord relatif à la mise en place du CSE, SMI Informatique Automatismes, 28 juin 2018 in Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹⁴⁰⁹ Accord relatif au CSE, Crédit Agricole consumer finance, 19 juin 2018 in Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹⁴¹⁰ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 237-238.

¹⁴¹¹ F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 262 ; Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 77 et s. ; V. par exemple pour la participation des suppléants aux seules consultations récurrentes : B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 237.

d'un nombre de suppléants choisis par organisation syndicale représentative (8 accords), participation limitée à certaines réunions (9 accords) »¹⁴¹². Les élus obtiennent donc la possibilité de disposer de suppléants en négociation et les employeurs limitent ce nombre. Cela permet à chacun d'être gagnant, pour les premiers par rapport aux dispositions supplétives, pour les seconds par rapport à l'ancien droit. Il semble donc cohérent de voir « de nombreux accords »¹⁴¹³ traiter de la question.

258. Budgets : une analyse difficile. S'agissant des budgets, les accords portent peu sur la subvention de fonctionnement¹⁴¹⁴. Pour les activités sociales et culturelles, la lecture des accords permet difficilement de connaître la dérogation, ou non, au minimal supplétif ; les accords ne peuvent être interprétés. Tout au plus il convient de constater qu'est le plus souvent retenu « *un calcul reposant sur un pourcentage de la masse salariale de l'entreprise* »¹⁴¹⁵. Certaines spécificités sont toutefois présentes dans certains accords, par exemple l'accord Régie Parcs Azur intègre, dans l'assiette de calcul des deux budgets du CSE « *les sommes versées en application d'un accord d'intéressement ou en compensation de celui-ci* »¹⁴¹⁶. Cette stipulation est plus favorable que les dispositions légales ; rares sont les entreprises à avoir opté pour des règles analogues¹⁴¹⁷.

259. Financement des expertises : des difficultés à obtenir des avancées. Pour le financement des expertises, les élus souhaitent la prise en charge en totalité des frais d'expertise par l'employeur pour certaines consultations¹⁴¹⁸. Certains accords vont en ce sens : « *quant aux frais d'expertise, référence est souvent faite à l'article L. 2315-80 du Code du travail ; toutefois, certains accords stipulent que ceux afférents à la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise sont pris en charge par l'employeur non pas à*

¹⁴¹² Étudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49.

¹⁴¹³ F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 262.

¹⁴¹⁴ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 383.

¹⁴¹⁵ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 383.

¹⁴¹⁶ Accord sur le CSE, Régie Parcs d'Azur, 9 oct. 2018, art. 4 *in* L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

¹⁴¹⁷ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 384.

¹⁴¹⁸ V. *supra* n° 251.

hauteur de 80 % mais en totalité »¹⁴¹⁹. Dans ce cas, c'est à la faveur de contreparties que les élus obtiennent la prise en charge intégrale, par exemple par « *une périodicité des expertises davantage contrainte* »¹⁴²⁰. Ce n'est toutefois pas la majorité des accords et les employeurs demeurent très réservés à l'idée d'octroyer une contrepartie sur ce fondement.

260. Autres mesures : des formations dédiées. Enfin, des mesures, moins impactantes, sont incluses dans les accords institutionnels à destination des élus. Des formations supra-légales sont parfois envisagées.¹⁴²¹ Au-delà des formations santé, sécurité et conditions de travail ainsi que des formations économiques prévues par Code du travail, certaines entreprises vont plus loin et prévoient d'autres formations spécifiques à destination des élus¹⁴²². Ces éléments sur la formation s'intègrent plus globalement sur les différents outils permettant de valoriser les compétences des représentants¹⁴²³. D'autres dispositions, plus

¹⁴¹⁹ Il est ici fait mention de l'accord d'Alcatel-Lucent International du 21 septembre 2018 (titre 4, art. 1.1.) in L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

¹⁴²⁰ V à propos de l'accord relatif à la reconnaissance d'établissements distincts et à la mise en place des comités sociaux et économiques au sein de Hendrickson France SAS : B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 415-416 ; V. sur la prise en charge à 100% par l'employeur de la consultation sur les orientations stratégiques mais seulement une année sur deux : Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 72.

¹⁴²¹ Malgré un niveau de négociation à cet égard jugé « *décevant* » : F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 266 ; V. sur la volonté de la CFDT d'inciter à conclure des accords sur ce sujet : « *par ailleurs, via la négociation de l'accord de dialogue social d'entreprise, les élus doivent tenter d'intégrer un droit à la formation complémentaire (article L.2 315-41 du Code du travail) adapté à leur réalité d'entreprise, pour que les suppléants puissent avoir accès à la formation économique et que celle-ci soit également prévue lors du renouvellement des mandats* » (CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 9, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf>).

¹⁴²² V. pour quelques exemples : L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; V. également B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 367-368.

¹⁴²³ Étudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49 : « *75 % des accords intègrent des outils de valorisation des compétences du représentant du personnel (validation des acquis de l'expérience, formations, utilisation du CPF dans le cycle de compétence et bilan de compétences)* ».

spécifiques, peuvent concerner les locaux¹⁴²⁴, l’affichage et le déplacement des élus¹⁴²⁵. Ces moyens supplémentaires sont souvent à la marge et offrent peu de contraintes pour l’employeur¹⁴²⁶.

261. Conclusion. Les moyens des élus et de l’instance composent les principales revendications de la partie salariale. À ce titre, l’analyse des premiers accords institutionnels permet de constater l’existence de stipulations plus favorables que les dispositions légales dans ces accords. Une raison peut être avancée : la hausse des moyens sert les intérêts de l’employeur à travers le jeu des concessions réciproques.

Section 2. La recherche de concessions réciproques par les parties

262. Les concessions, un levier de conclusion. La question des concessions réciproques est évoquée depuis le début de ces développements ; elles sont l’un des leviers importants pour permettre la signature d’un accord institutionnel¹⁴²⁷. Divers moyens peuvent permettre d’aboutir à l’accord des parties. Tout d’abord, une méthodologie spécifique peut être mise en place par les partenaires sociaux, permettant de co-construire l’instance à travers la prise en compte d’intérêts réciproques (§1.). Cette construction commune repose sur divers principes qu’il conviendra d’étudier. Cette approche doit néanmoins contenir, également,

¹⁴²⁴ CFDT, Les ordonnances commentées par la CFDT, Ordonnance 2, févr. 2018, p. 9, <http://cfdt-carbone-savoie.e-monsite.com/medias/files/16-ordonnances-2-du-03-2018.pdf> : « la mise à disposition d’un local dans les établissements devra être intégrée à la négociation de l’accord sur le dialogue social dans l’entreprise. Il s’agit d’un moyen important, tant pour les équipes syndicales que pour l’accueil des salariés dans de bonnes conditions ».

¹⁴²⁵ Pour des exemples V. L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; V. également pour les libertés de circulation et de déplacement : B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 343 et s.

¹⁴²⁶ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 328 : « les négociateurs ont globalement traité [les heures de négociation], moyen essentiel au CSE, contrairement à d’autres moyens que sont les libertés de circulation et de déplacement dans l’entreprise ou hors de celle-ci ».

¹⁴²⁷ J. BARTHELEMY, Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30 ; La conduite des pourparlers in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 222 ; M. CORREIA, Mener la négociation d’un accord d’entreprise, points clés, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 10.

certaines lignes directrices propres à la négociation institutionnelle (§2.). En effet, des auteurs relèvent certaines équivoques dans les accords signés aujourd'hui : « *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 ?* »¹⁴²⁸. Derrière cette interrogation se pose la question du sens de la négociation institutionnelle¹⁴²⁹ et, plus généralement, de l'objet même de l'instance de représentation du personnel¹⁴³⁰. Il convient de ne pas exclure le versant qualitatif de ces négociations pour permettre d'obtenir un accord institutionnel pertinent pour l'ensemble des acteurs : employeur, élus et salariés¹⁴³¹.

§1. La prise en compte des intérêts réciproques

263. Plan. Comment se créent les intérêts réciproques en cours de négociation ? D'un point de vue général, deux possibilités peuvent exister. D'abord des intérêts réciproques immédiats pourraient être relevés, favorisant la conclusion d'un accord institutionnel (I.) ; à l'inverse, l'absence d'intérêts réciproques immédiats doit conduire les parties à co-construire leurs intérêts, pour aboutir à la conclusion d'un accord (II.).

I. Les intérêts réciproques immédiats, une pratique oubliée du législateur

264. Des intérêts communs pour les parties ? Des intérêts réciproques immédiats existent si certains thèmes négociables conduisent les deux parties à être favorables à la même stipulation conventionnelle. Dans cette situation, les partenaires sociaux ont le même

¹⁴²⁸ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹⁴²⁹ Ainsi, « *le passage en CSE oblige à repenser [...] la raison d'être de la représentation du personnel* » (Cabinet ATLANTES Avocats in *Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel*, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 17).

¹⁴³⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 90 et s.

¹⁴³¹ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

intérêt ; il n'est alors pas question de concession puisque l'objet trouve un accord immédiat des deux parties¹⁴³². Existe-t-il au sein du corpus négociable sur le CSE des thématiques permettant l'accord immédiat des parties ?

265. Une absence d'intérêts réciproques immédiats. La lecture des dispositions légales et de l'anthologie du contenu des accords¹⁴³³ conduit à un constat : il n'existe pas de stipulations génériques pouvant être incluses dans tous les accords institutionnels car favorables tant à l'employeur qu'à la partie salariale. Les accords conclus aujourd'hui répondent à la philosophie générale de négociation : les partenaires sociaux s'accordent sur les thèmes favorables aux employeurs et sur les thèmes souhaités pour les salariés¹⁴³⁴. C'est le fondement du jeu des négociations¹⁴³⁵. Aussi, en étudiant la structure supplétive de l'instance, il est difficile de constater des éléments qui seraient, d'emblée, défavorables tant

¹⁴³² Certains peuvent, à ce titre, considérer que les accords d'intéressements résultent d'intérêts réciproques immédiats puisqu'il permet à l'employeur de donner, et au salarié de recevoir, des sommes exonérées socialement et fiscalement (sous certaines conditions). C'est le cas également des accords temps de travail, où la mise en place de modulation aboutit souvent sur la signature d'un accord : les salariés ne sont pas contre des variations de leur temps de travail compte-tenu des contreparties financières. V. notamment sur ces deux sujets : P.-E. BERTHIER, Les incitations légales, Semaine Sociale Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 36.

¹⁴³³ V. *supra* n° 225 et s. & n° 253 et s.

¹⁴³⁴ P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

¹⁴³⁵ Comme rappelé précédemment, l'équilibre se situera souvent sur une juste-mesure entre les moyens et les attributions du comité : « *il semblerait que les syndicats soient majoritairement favorables à une négociation unique. Ils voient là la possibilité de « contrebalancer » certaines concessions sur les missions du CSE (contenu et périodicité des consultations, expertises, etc.) en contrepartie d'un assouplissement des conditions de mise en place (nombre d'élus, mise en place des commissions et des représentants de proximité, etc.). Certaines entreprises peuvent, en miroir, faire la même analyse* » (F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225).

à l'employeur qu'aux élus¹⁴³⁶. La littérature post-ordonnance le démontre également : il n'existe aucune stipulation commune à l'ensemble des accords examinés par la doctrine¹⁴³⁷.

266. Inciter à la négociation - des méthodes utilisées. Cette constatation interroge. Le législateur a développé la négociation collective en entreprise de manière générale¹⁴³⁸ puis, dans un second temps, a permis aux entreprises de négocier spécifiquement sur leur représentation du personnel¹⁴³⁹. Or, le souhait affiché de développer la négociation collective, et donc les accords¹⁴⁴⁰, peut être facilité par l'autonomie des acteurs¹⁴⁴¹, mais peut

¹⁴³⁶ Les textes « *suscitent l'intérêt à négocier* » de l'employeur ou des représentants des salariés, sur des thèmes distincts (F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 82).

¹⁴³⁷ De nombreux articles et ouvrages ont procédé à l'analyse de divers accords institutionnels : Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49 ; L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 ; B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019 ; I. ODOUL-ASOREY, Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 420 ; S. NIEL, Premiers accords relatifs au fonctionnement du CSE, Cah. DRH juill. 2019, p. 2 ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 ; Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019 ; Comité d'évaluation des Ordonnances « Macron », Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juill. 2020.

¹⁴³⁸ H. TISSANDIER, Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs, RDT 2016, p. 794 ; F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 21 et s.

¹⁴³⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 666 : « *la réforme entreprise par les cinq ordonnances du 22 septembre 2017, l'ordonnance du 20 décembre 2017 et la loi de ratification du 29 mars 2018 manifeste très clairement l'irruption de la négociation collective comme modalité d'organisation de la représentation élue du personnel* » ; Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à l'organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, JO 23 sept., n° 30 ; P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570 ; F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71.

¹⁴⁴⁰ Étude d'impact, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 27 : « *afin de donner aux entreprises les moyens de s'adapter rapidement aux contraintes de leur environnement, le but du projet de loi est d'assurer une plus grande proximité entre la norme et ceux qui la définissent, et de prévoir la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, dans le respect de l'ordre public* ».

¹⁴⁴¹ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/2019, p. 235 ; V. sur la distinction entre la réelle autonomie des acteurs et les mécanismes incitatifs étatiques : A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232.

également être favorisé à travers certains outils¹⁴⁴². L'obligation faite aux parties d'engager des négociations en est un premier¹⁴⁴³. Un autre outil peut résulter de la mise en place de mesures supplétives contraignantes, incitant fortement la partie concernée à engager des négociations¹⁴⁴⁴. Ces possibilités ont inspiré le législateur dans l'élaboration des règles propres à la négociation sur le CSE¹⁴⁴⁵.

267. Inciter à la négociation - une méthode novatrice. D'autres possibilités existent pour inciter les parties à négocier. Cette faculté concerne l'existence d'intérêts réciproques immédiats. Afin de favoriser la négociation, le législateur peut faire peser une contrainte identique sur les élus et sur l'employeur au sein des dispositions supplétives afin de rendre évidente une négociation sur ce sujet¹⁴⁴⁶. La négociation est alors encouragée et peut aboutir

¹⁴⁴² F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 86 : « *parce qu'il entend encourager et promouvoir un droit (du travail) plus négocié, l'Etat - à travers la figure du législateur et, partant, de la loi - se révèle omniprésent. En impulsant. En orchestrant. En mettant en scène. A cette fin, le législateur use de deux stratégies : la première procède d'obligations de négocier, tandis que la seconde se traduit par ce que l'on désignera, par contraste, comme des incitations à négocier* ».

¹⁴⁴³ F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 78 ; P.-E. BERTHIER, Les incitations légales, Semaine Sociale Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 36 ; C. NICOD, Négociation collective et management : des rencontres inédites ?, Semaine Sociale Lamy 18 mars 2013, n° 1576, p. 93 : « *le législateur français intervient régulièrement pour inciter et contraindre à négocier* ».

¹⁴⁴⁴ A.-L. MAZAUD, Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232 ; A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹⁴⁴⁵ V. en ce sens A. FABRE, Les dynamiques de l'accord collectif de travail, Dr. soc. 2020, p. 630 : « *à chaque fois, l'idée est la même : l'ordre juridique étatique délègue aux partenaires sociaux le pouvoir de créer des normes complétant les siennes. Or c'est là, selon nous, que réside le paradoxe. Loin de libérer la négociation collective, de l'autonomiser, ces délégations de pouvoirs (surtout les dernières) la corsètent, l'instrumentalisent. Cela devrait faire réfléchir les chantres de la négociation collective : plus le législateur prétend la développer, plus celle-ci devient, en vérité, une modalité de mise en œuvre de la législation sociale* ».

¹⁴⁴⁶ Par exemple, le législateur peut soumettre à accord collectif la possibilité de rassembler la subvention de fonctionnement et le budget des activités sociales et culturelles au sein d'un même budget. L'employeur n'y verrait aucun inconvénient et les élus pourraient utiliser leur masse financière avec une plus grande liberté. Autre exemple, voilà le législateur qui contraint, à défaut d'accord, d'effectuer les réunions de l'instance hors temps de travail. Il est possible d'imaginer que ni l'employeur (et son représentant), ni les élus, ne soient satisfaits de la règle supplétive et engagent donc des négociations. V. notamment : F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 80-81 ; L'incitation revêt ici la forme d'une « *facilitation* » puisqu'elle évite des contraintes pour les deux parties (V. N. BOBBIO, Essais de théorie du droit (préf. R. GUASTINI), LGDJ, 1998, p. 179 et s.).

à un consensus sur d'autres thèmes¹⁴⁴⁷. Cette faculté ouverte au législateur peut être nommée à travers un thème marketing, aujourd'hui de plus en plus présent dans la vie courante : les « *nudges* »¹⁴⁴⁸. Ce terme « *signifie une petite intervention dans notre environnement qui modifie les mécanismes du choix, c'est-à-dire le comportement des gens, pour les influencer dans un sens qui correspondrait mieux à leur propre intérêt ou à l'intérêt général* »¹⁴⁴⁹. Le droit peut s'emparer de ce concept¹⁴⁵⁰ pour paraître parfois moins rigide, moins strict, mais également pour faire tomber les postures de certains syndicats ou employeurs, en les incitant à s'ouvrir à la négociation et à l'intérêt général¹⁴⁵¹. Un nudge juridique pourrait ainsi passer par l'existence d'intérêts réciproques immédiats, incitant les parties à entrer dans le jeu de la négociation : il permettrait d'offrir à chacun la possibilité de s'exprimer sur ses souhaits, ses envies, ses concessions potentielles sur l'ensemble des thèmes négociables. L'intérêt général et, surtout, l'intérêt des salariés peuvent revenir au centre de la négociation en laissant de côté les positions préétablies¹⁴⁵². Ce n'est toutefois pas la voie retenue par le législateur s'agissant de la négociation sur l'accord institutionnel ; les concessions réciproques devront être co-construites...

¹⁴⁴⁷ F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? in *Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 81 : « *le législateur chercher à convaincre plutôt qu'à contraindre. L'incitation passe par la mise en valeur de ce que peut la négociation* ».

¹⁴⁴⁸ B. DONDERO, Nudge. - Une notion plurielle pour inciter les acteurs de la société à prendre une décision, JCP G 2020, 1269.

¹⁴⁴⁹ A.-L. CHOUIN, Hashtag : connaissez-vous le nudge ?, France Culture, oct. 2018, <https://www.franceculture.fr/emissions/hashtag/connaissez-vous-le-nudge>.

¹⁴⁵⁰ A. ALEMANNI, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY, Brève introduction à l'analyse comportementale du droit, D. 2016, p. 911.

¹⁴⁵¹ P.-E. BERTHIER, Les incitations légales, *Semaine Sociale Lamy* 8 juin 2015, n° 1680, p. 36 : « *dès lors, si l'on tente une définition de l'incitation légale, opératoire dans le cadre de cette étude, celle-ci peut s'entendre d'une disposition qui laisse aux acteurs le choix d'adopter telle ou telle conduite, mais qui a pour vocation de rendre avantageuse celle qui est attendue d'eux* ».

¹⁴⁵² V. s'agissant du rôle de la négociation pour tenter de dépasser les intérêts individuels pour des intérêts communs : E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 31 ; V. s'agissant de la nécessité pour la représentation du personnel et la négociation collective de « *représenter la collectivité de travail, de la rendre présente* » (P.-Y. VERKINDT, Entre la représentation et la négociation, les droits de la collectivité des salariés, Dr. ouvr. 2019, p. 418) ; E. BARBARA, La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, *Gaz. Palais* mai 2018, HS n° 2, p. 41 : « *les négociateurs sociaux investis sur délégation de la loi de la défense des droits et intérêts des salariés, sont habilités à le faire grâce aux salariés qui les désignent par leur vote* ».

II. Les concessions réciproques co-construites

268. Une co-construction : une volonté partagée par les parties. La « *co-construction* »¹⁴⁵³ des concessions réciproques peut être considérée comme la condition essentielle à la signature d'un accord institutionnel¹⁴⁵⁴. Elle nécessite une volonté partagée pour parvenir à un accord¹⁴⁵⁵. Les partenaires sociaux doivent être en mesure de se rapprocher et de discuter sereinement sur les différents intérêts qu'ils souhaitent exprimer¹⁴⁵⁶.

269. Un préalable indispensable - rappel. Le préalable indispensable, exposé précédemment, repose sur la maîtrise et la connaissance des dispositions légales et de l'articulation juridique¹⁴⁵⁷. Chaque partie doit disposer d'un niveau de connaissance équivalent lors des réunions de négociation¹⁴⁵⁸. Ensuite, chacune doit recenser ses intérêts, principaux et secondaires, pour être en mesure de les exposer et d'obtenir certaines contreparties¹⁴⁵⁹. La logique de la négociation repose sur la co-construction des

¹⁴⁵³ F. GEA, A. ROUYER, Les configuration du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 229 : « *les salariés et les employeurs n'ont ni le même rôle ni les mêmes moyens, mais nous croyons que le dialogue social permettra de rétablir un équilibre de « coconstruction » et de faire converger performance économiques et sociales au sein de l'entreprise* ».

¹⁴⁵⁴ La conduite des pourparlers *in* Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, n° 222.

¹⁴⁵⁵ « *Accord : rencontre de deux volontés* » (G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 13^{ème} éd. 2020, p. 13).

¹⁴⁵⁶ La « *qualité d'une négociation doit être évaluée* » notamment sur sa « *capacité à favoriser l'obtention d'un accord satisfaisant pour toutes les parties en présence* » (D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2).

¹⁴⁵⁷ F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 ; V. *supra* n° 87.

¹⁴⁵⁸ J.-L. SCÉMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

¹⁴⁵⁹ F. MERCIER, L. MERLIN, Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2 : « *cerner autant que possible le comportement et les attentes de toutes les parties intéressées à la conclusion de l'accord, qu'il s'agisse des syndicats ou des salariés. Quels sont les objectifs de la négociation ? Les points qui peuvent faire l'objet de concessions ? Les stratégies de rechange ? Autant de questions auxquelles l'employeur doit être en mesure de répondre avant de s'engager dans les discussions* » ; J.-L. SCÉMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3.

concessions¹⁴⁶⁰. Elle sera facilitée par l'existence d'une négociation globale sur l'ensemble des thèmes de négociation¹⁴⁶¹. Le compromis passe par la « globalité »¹⁴⁶² : « *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* »¹⁴⁶³. La co-construction peut suivre deux voies : aboutir grâce soit à un travail commun des parties, soit à la reconnaissance de concessions réciproques.

270. Un travail en commun : une coopération raisonnée. Premièrement, un travail en commun peut être mené par les partenaires sociaux sur certaines thématiques de la représentation du personnel¹⁴⁶⁴. Elles concernent essentiellement les informations fournies. Celles-ci, communiquées lors des consultations ou mises à disposition au sein de la BDES, peuvent être aménagées par accord collectif¹⁴⁶⁵. Sur le principe, l'employeur souhaite une diminution du nombre d'informations communiquées ; les salariés n'ont pas un intérêt immédiat à une telle démarche¹⁴⁶⁶. Une réflexion commune cohérente peut permettre aux

¹⁴⁶⁰ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 259 : « *le bon déroulement de la négociation d'une convention ou d'un accord collectif suppose à la fois une préparation suffisante en amont afin la cristallisation des débats sur des points qui, in fine, ne pourront pas être insérés dans l'accord, et une prise de conscience collective de l'importance de faire des concessions réciproques afin de parvenir à la détermination d'un dispositif conforme à l'intérêt de l'entreprise* » ; J. BARTHELEMY, Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30.

¹⁴⁶¹ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2 : « *lorsque la loi n'y fait pas obstacle, c'est-à-dire dans la plupart des cas, l'intégration de plusieurs thèmes de négociation dans un même accord ou, au contraire, leur séparation, peut être dictée par les concessions réciproques* » ; F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 ; F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 82.

¹⁴⁶² D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2.

¹⁴⁶³ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹⁴⁶⁴ Le « *mode de construction des solutions envisagées* » repose alors sur une « *coproduction de solutions* » (D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2).

¹⁴⁶⁵ C. trav., art. L. 2312-19 et L. 2312-21.

¹⁴⁶⁶ V. *supra* n° 239.

deux parties de s'accorder sur le thème des informations transmises¹⁴⁶⁷. Ainsi, sans qu'il n'y ait forcément d'autres concessions, la partie salariale peut accepter une négociation sur ces informations¹⁴⁶⁸. L'objectif est d'élaborer les besoins d'information des élus ; il convient d'éviter la multiplication de documents non-lus pour se recentrer sur les informations utiles et exploitées¹⁴⁶⁹. Cette démarche invite les partenaires sociaux à coopérer¹⁴⁷⁰, à réfléchir, à viser un but commun¹⁴⁷¹ ; elle rejette une démarche nourrie d'intérêts contradictoires qui peut conduire à des négociations tendues¹⁴⁷². Cette négociation sur les éléments d'informations communiqués aux élus a notamment été relevée par certains auteurs : « *la direction peut partir de la liste des informations prévues par les dispositions supplétives, et sélectionner de concert avec les organisations syndicales celles qui s'avèrent indispensables* »¹⁴⁷³. D'autres entreprises ont mis en place des séances de « *brainstorming* »¹⁴⁷⁴. La

¹⁴⁶⁷ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 434 : « *les représentants du personnel et les directions d'entreprise ont une tradition du dialogue social propre à leur entreprise, privilégiant certaines données au détriment d'autres. Si les orientations stratégiques et les principales données sociales (effectifs, temps de travail, rémunération) sont souvent reconnues comme essentielles, les données financières peuvent parfois être délaissées, notamment lorsque la situation financière de l'entreprise est saine, florissante ou que l'expert-comptable du CSE, systématiquement désigné chaque année, se contente d'un certain nombre d'informations* ».

¹⁴⁶⁸ J.-J. JARRY, Négocier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28 : « *ces aménagements conventionnels permettent de mettre en place une véritable ingénierie du dialogue social dans l'entreprise. Cela est d'autant plus évident qu'ils concernent des thématiques centrales dans les relations collectives de travail. La pertinence des dispositions conventionnelles dépendra de la capacité des partenaires sociaux à élaborer une norme claire fixant une liste d'informations précises permettant aux membres du CSE d'exercer efficacement leurs compétences* ».

¹⁴⁶⁹ Cela nécessite toutefois « *une certaine maturité du dialogue social, consistant à partager et afficher que toutes les informations visées par le Code du travail ne sont pas nécessaires dans l'entreprise* » (B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 434).

¹⁴⁷⁰ F. GEA, Introduction au dossier « Fusionner » in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 184.

¹⁴⁷¹ Cette pratique de « *coopération* » est aujourd'hui « *plus présente dans la culture d'autres pays de l'Union européenne qu'en France* » (G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6ème éd. 2018, p. 318).

¹⁴⁷² Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 34 : « *au sein de l'importante entreprise de la métallurgie Engin, la négociation a été "polluée par les questions de coût du dialogue social. Telle commission c'est tant d'heures, etc. Ils avaient un objectif de réduire et de coller au format des ordonnances Macron" (DSC CFDT Engin). Pour la direction, la négociation a connu "beaucoup d'achoppements sur les moyens" (DRH)* » ; D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2.

¹⁴⁷³ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

¹⁴⁷⁴ Valérie Le Boulanger, DRH du groupe Orange : « *Le CSE incarne la quintessence du dialogue social* » in Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 7 : « *au cours de ce séminaire, une première séquence a été consacrée à la lecture partagée des ordonnances et une seconde à un brainstorming sur le fonctionnement du dialogue social chez Orange* ».

démarche de co-construction est ici bien présente et semble, selon les premiers retours, favoriser la conclusion d'accords institutionnels.

271. Des concessions réciproques : une co-construction à part égale. Le second aspect de la co-construction porte sur la reconnaissance de concessions réciproques¹⁴⁷⁵. C'est le point principal mis en avant par la doctrine et les praticiens du droit ; l'objectif pour les différentes parties est de parvenir, non pas à s'accorder seulement sur un sujet spécifique, mais à concéder divers éléments au sein de l'accord institutionnel pour parvenir à signer¹⁴⁷⁶. Il convient d'être en mesure pour les partenaires sociaux de mettre en avant leurs propositions et d'être force de discussion pour négocier l'accord¹⁴⁷⁷. Pour cela, dans certaines entreprises, les organisations syndicales présentent directement leur projet d'accord, conformément aux développements précédant où il était recommandé, pour chaque acteur, d'avoir identifié ses propres intérêts mais également les possibilités de concessions admissibles. Ce fut le cas au sein du BHV : *« une fois clarifiées en amont les idées reçues, la négociation sur le comité social et économique a été rapide. Au total, trois réunions d'échange ont été organisées, plus une réunion de signature de l'accord. C'est un sujet sur lequel nos organisations syndicales étaient très bien préparées. La moitié d'entre elles est d'ailleurs venue avec un projet d'accord alors que pour les autres négociations elles attendent généralement que nous leur transmettions un projet de texte pour faire des propositions »*¹⁴⁷⁸. Cette idée de co-construction ressort également chez Renault : *« pour autant je ne peux pas dire qu'il y ait eu dans cette négociation de sujets de tension forte. Je*

¹⁴⁷⁵ Le « mode de construction des solutions envisagées » repose alors non pas sur une « coproduction de solutions » mais sur un « équilibre successifs de concessions bilatérales » (D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2) ; E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 250 : « [la négociation] implique un devoir général de coopération qui suppose, entre autres, de savoir consentir à des concessions pour qu'elle progresse de manière positive ».

¹⁴⁷⁶ M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2

¹⁴⁷⁷ D'où l'exigence de préparation et de maîtrise préalable, V. J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « mais quand je parle de bien se préparer, il faut que les élus des CE ou CHSCT, comme les RH, soient formés pour cela. Il existe deux niveaux dans la formation : la connaissance de la loi, obligatoire. Et puis, la connaissance de ce qui se fait ailleurs ».

¹⁴⁷⁸ Accord BHV : Être l'architecte de son propre dialogue social in Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 10.

pense que cela est dû notamment au fait que nous nous sommes complètement inscrits dans la logique de la réforme de construire par le dialogue social notre propre dispositif de dialogue social »¹⁴⁷⁹. La pratique démontre que la co-construction permet la signature d'accords institutionnels. Pour certains praticiens, cette idée de co-construction est déséquilibrée et ne pourra donc être totale : « *le rapport de force est globalement favorable aux entreprises puisque de nombreux sujets sont conditionnés par l'existence d'un accord (représentants de proximité, présence des suppléants, CSSCT dans les moins de 300 salariés...).* Il n'y a donc pas d'autres choix que de tenter de convaincre les directions en étayant ces demandes ! »¹⁴⁸⁰.

272. Une co-construction : méthodologie. Concrètement, comment formaliser la co-construction de l'accord institutionnel ? Pour que ce système d' « horlogerie »¹⁴⁸¹ se mette en place, plusieurs éléments semblent nécessaires pour garantir la réussite des négociations : absence de posture, formation et valeurs communes¹⁴⁸².

273. Une absence de posture préalable. Les postures, que certains partenaires sociaux invoquent (employeur comme syndicat) doivent être neutralisées¹⁴⁸³. Une négociation ne

¹⁴⁷⁹ Accord Renault : « Un dialogue social efficient, agile et proche » in *Semaine Sociale Lamy* 4 févr. 2019, n° 1847, p. 12.

¹⁴⁸⁰ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, *Semaine Sociale Lamy* 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5 ; « *Il est indispensable de dresser le bilan du premier CSE* » avant son renouvellement (Luc Bérard de Malavas, Secafi) in *LSQ - L'actualité*, 7 juill. 2021, n° 18342, p. 1.

¹⁴⁸¹ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, *JCP S* 2018, 1225 : « *la négociation n'est pas facile : une mécanique d'horlogerie se fera sur des réglages fins équilibrant (ou tentant d'équilibrer) les intérêts des parties prenantes* ».

¹⁴⁸² Les ordonnances « Macron » de 2017 doivent permettre pour certains « *une sorte d'aspiration par le haut du dialogue social* » (« Le CSE pourrait engendrer une « aspiration par le haut du dialogue social », estime Éric Ferrères (E and P) » in *LSQ - L'actualité* 3 nov. 2017, n° 17439, p. 2).

¹⁴⁸³ C'est d'ailleurs l'un des freins au dialogue social relevé par le rapport Combrexelle (J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport, sept. 2015, p. 8) ; Du moins, malgré leur présence, les partenaires sociaux sont incités à aller « *au-delà* » : « *il n'est pas anormal qu'il y ait des postures, cela fait partie de toute négociation, mais il faudrait que les partenaires sociaux aillent au-delà* » (F. REBSAMEN, ex-ministre du travail, *Les Echos* in « Code du travail : danger de « complexifier en voulant simplifier », *LSQ - L'actualité*, 7 juill. 2014, n° 16625, p. 6) ; F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in *Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 254.

peut aboutir si chaque partie refuse de faire un pas vers le dialogue commun¹⁴⁸⁴. L'intérêt des ordonnances « Macron » de 2017, pour de nombreuses entreprises, a été de profiter de ces évolutions pour tenter de repartir sur de nouvelles bases de dialogue social¹⁴⁸⁵. Il s'agit d'un élément déterminant à la réussite d'un travail en commun préalable¹⁴⁸⁶ : celui-ci ne peut aboutir favorablement si les parties refusent de se débarrasser des postures initiales¹⁴⁸⁷.

274. Des formations communes pour parler le même langage. Par ailleurs, beaucoup d'entreprises ont impliqué leurs élus en les formant aux dispositions des ordonnances

¹⁴⁸⁴ H. LANOUZIERE, Une montée en compétence réciproque et symétrique des partenaires sociaux, Semaine Sociale Lamy 13 mars 2017, n° 1760, p. 4 : « *les partenaires sociaux, côté employeur comme salariés, doivent apprendre les techniques d'écoute active, de médiation préventive, de négociation à froid, qui permettent d'éviter de se retrouver dans des postures d'opposition et comprendre le point de vue des autres* » ; Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 27 : « *dans le cas d'Agriform (140 salariés, enseignement privé agricole), a contrario, la difficulté n'est pas d'ordre technique car la DUP préfigurait déjà le CSE, mais de nature plus substantielle, liée à la pauvre qualité du dialogue social marqué par des tensions interindividuelles fortes entre le responsable du syndicat unique et le directeur. [...] "Pour négocier un accord il faut être deux. Je n'ai pas envie de les squeezer en faisant un référendum, mais je n'occulte pas la possibilité de le faire notamment sur les 35 h. J'attends leur succession. On a des accords un peu datés. J'attends qu'il y ait des vrais partenaires sociaux qui travaillent dans l'intérêt des salariés, et qui n'ont pas une vision opposée à l'employeur sur tout ce qu'il propose"* (DRH). Cet exemple souligne bien qu'une transformation uniquement d'ordre technique des instances ne peut en soi corriger des trajectoires de dialogue social appauvri ».

¹⁴⁸⁵ Valérie Le Boulanger, DRH du groupe Orange : « Le CSE incarne la quintessence du dialogue social » in Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 7 : « *nous avons travaillé avec les organisations syndicales à partir de début 2018 en essayant de partir d'une « page blanche » pour réfléchir au dialogue social dont nous avons besoin par rapport à nos enjeux d'entreprise* » ; Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 36 : « *ces ateliers avaient vocation à favoriser la créativité "mais pour être honnête ça a été limité. Il y a une phase d'appropriation, de digestion, de peur... ils [les représentants syndicaux] étaient dans une posture "comment on pourrait retrouver l'existant" ". Les partenaires sociaux n'ont pas réussi à s'emparer cette logique de la " page blanche " qui a parfois été avancée pour commenter le passage au CSE* ».

¹⁴⁸⁶ Détaillant la « négociation raisonnée » qui est une « méthodologie de recherche du compromis », ces auteurs mentionnent la nécessité de faire tomber les postures : « *le fondement de la négociation raisonnée est de chercher à dissocier les positions affichées par les négociateurs des intérêts profonds qui sous-tendent leur volonté de négocier. Ce processus de négociation doit faire émerger les intérêts réels, en évitant d'afficher de manière prématurée des demandes quantifiées et fermées* » (D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2).

¹⁴⁸⁷ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 107 : « *la volonté des acteurs à créer une architecture favorable à un dialogue social de qualité est souvent réelle, mais elle est, elle aussi, contrainte par le défi des jeux de posture* » ; Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, Rapport intermédiaire du comité d'évaluation, France Stratégie, juill. 2020, p. 109.

« Macron » de 2017 lors de la mise en place du CSE¹⁴⁸⁸. Des « formations communes »¹⁴⁸⁹ ont été organisées avec la direction et les élus pour que chacun soit en mesure de parler le même langage¹⁴⁹⁰, condition indispensable à la réussite des négociations¹⁴⁹¹. Cette pratique peut être reconduite régulièrement, notamment avant chaque nouvelle négociation de l'accord institutionnel pour les entreprises en ressentant le besoin : mauvaise compréhension des règles applicables, élection de nouveaux élus...¹⁴⁹²

275. Des valeurs partagées sur la tenue des négociations. Enfin, les valeurs essentielles devront être respectées par tous : l'écoute des idées et des propositions de chacun, le partage et la discussion dans des conditions propices à l'échange¹⁴⁹³. La relation conflictuelle amène généralement à un conflit de fond : elle en est un accélérateur¹⁴⁹⁴. L'objectif est de comprendre la position de l'autre, de l'assimiler et d'être en mesure d'y répondre favorablement ou défavorablement mais toujours avec des arguments pertinents et toujours

¹⁴⁸⁸ J.-L. SCEMAMA, *Le CSE, mode d'emploi*, Gualino, 1^{ère} éd. 2019, p. 213 : « il va donc être nécessaire aux différents IRP de se former correctement et d'anticiper au mieux afin que la mise en place de ce nouveau pilier du dialogue social au sein des entreprises soit faite de la meilleure façon possible ».

¹⁴⁸⁹ N. MOIZARD, *La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise*, Dr. ouvr. 2019, p. 410.

¹⁴⁹⁰ Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, *Préparer la négociation*, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40 : « les salariés et les employeurs ou leurs représentants peuvent bénéficier de formations communes visant à améliorer les pratiques du dialogue social dans les entreprises. Il s'agit de développer une culture commune de la négociation » ; Rapport Orseu/Amnyos, *Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail*, 23 sept. 2019, p. 36 : « un groupe de travail a ainsi porté sur les ordonnances, de façon à en partager la lecture et la compréhension ».

¹⁴⁹¹ Accord Renault : « Un dialogue social efficient, agile et proche » in *Semaine Sociale Lamy* 4 févr. 2019, n° 1847, p. 12 : « notre première étape a été de partager la réforme avec les organisations syndicales avec qui nous allons négocier afin de nous assurer d'une compréhension commune et homogène de la réforme » ; J.-L. SCEMAMA, *Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation*, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 ; Z. BAKHTIARI, M. CLAPAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT, *Préparer la négociation*, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40 : « la formation des organisations syndicales est un élément essentiel pour que la négociation se passe dans les meilleures conditions. Il n'y a rien de pire que de tenir une réunion que les négociateurs n'ont pas préparé ou dont ils n'ont aucune connaissance du thème qui en fait l'objet » ; F. GEA, A. ROUYER, *Les configurations du comitè social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 264 et s.

¹⁴⁹² V. à ce titre : P. DULMET, E. ANDREO, *Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées*, Dr. ouvr. 2020, p. 647 : « les meilleurs accords restent ceux où les parties sont les mieux formées et les mieux accompagnées ».

¹⁴⁹³ V. *supra* n° 268.

¹⁴⁹⁴ A. REYMANN, J.-E. GRESY, *Gérer les ingérables*, Cah. DRH juill. 2010, n° 167, p. 60.

dans l'objectif de suivre des lignes directrices tracées d'avance¹⁴⁹⁵. Partager un même objectif permettra d'appliquer au mieux, sereinement, les règles d'une négociation réussie...

276. Thèmes principaux concédés. Ces différents éléments témoignent de la méthodologie applicable permettant d'aboutir à une co-construction et donc à la signature d'un accord institutionnel. Sur le fond, les concessions réciproques sont le résultat des intérêts relevés par chaque partie : chaque accord est unique¹⁴⁹⁶. Les thèmes les plus souvent insérés dans les accords institutionnels ont été précédemment exposés¹⁴⁹⁷, ce qui conduit à une analyse conclusive : *« les directions arrivent le plus souvent avec un socle minimal qui correspond au pire à l'ordre public, au mieux au supplétif. Elles font ensuite des concessions sur les moyens en échange de réduction sur les attributions des représentants du personnel, notamment sur la fréquence des réunions et des consultations et le nombre des expertises. Dans beaucoup d'accords, on constate une réduction des périodicités des consultations annuelles, en particulier la consultation sur les orientations stratégiques. Idem pour les expertises. Les contreparties demandées par les directions au maintien ou à l'augmentation des moyens des représentants du personnel portent essentiellement sur les attributions économiques. [...] Les concessions des directions sur les moyens portent la plupart du temps sur le nombre de sièges et les heures de délégation »*¹⁴⁹⁸. Les concessions ont souvent lieu selon le même schéma : une baisse des attributions pour l'employeur et une hausse des moyens pour la partie salariale, d'où l'intérêt de prévoir un accord institutionnel global¹⁴⁹⁹. Ces accords ne témoignent pas tous d'un même équilibre ; l'apport de lignes directrices guidant la négociation semble indispensable pour, au-delà de la signature d'un accord, aboutir à des règles cohérentes et pertinentes pour la représentation du personnel.

¹⁴⁹⁵ D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2.

¹⁴⁹⁶ C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4.

¹⁴⁹⁷ V. *supra* n° 225 et s. & n° 253 et s.

¹⁴⁹⁸ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9.

¹⁴⁹⁹ Certaines prônent même l'existence de concessions au-delà des thèmes de l'institution : *« un troisième levier est le principe du donnant-donnant : lorsque l'employeur a impérativement besoin d'un accord collectif (accord PSE, rupture conventionnelle collective, accord temps de travail), il peut être opportun de lui soumettre en parallèle la négociation d'un accord audacieux en matière de fonctionnement du CSE »* (P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647).

§2. Les lignes directrices des négociations

277. S'accorder au préalable. Les partenaires sociaux, dans le cadre d'un dialogue social mature, doivent, au préalable de la négociation, s'accorder sur les lignes directrices de celles-ci¹⁵⁰⁰ : quels sont les objectifs de la négociation ? Comment aboutir à la signature d'un accord ?¹⁵⁰¹

278. Déterminer les objectifs de la négociation. Ces lignes directrices peuvent concerner le formalisme et la méthodologie des négociations selon des principes directeurs déjà évoqués en amont : écoute, dialogue, loyauté...¹⁵⁰² Elles doivent porter sur le fond de la négociation¹⁵⁰³. Les parties doivent s'accorder sur l'objectif de la négociation et sur son

¹⁵⁰⁰ Malheureusement, les premiers accords semblent ne pas se fonder « *sur un diagnostic partagé (notamment sur la conception du dialogue social à instaurer)* » (F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 259).

¹⁵⁰¹ V. par exemple l'accord relatif au dialogue social et économique conclu dans l'entreprise TOTAL le 13 juillet 2018 (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/-TSSn6qJOycXagvXMZ2weQ3-JscE39rMBnxXSpM8jvcXjVkeCOP3owtXFu7fz3cA>). Le préambule de l'accord prévoit les lignes directrices suivies par l'accord : « *le présent accord s'attache à adapter l'organisation et les conditions d'exercice du dialogue social à la dite réforme et aux réalités de notre entreprise autour des lignes directrices ci-dessous* ». A titre d'exemple la première ligne directrice est la suivante : « *accorder une place de première importance au dialogue social sur les thèmes relatifs à la sécurité, à la santé et aux conditions de travail en attribuant aux instances de représentation du personnel et aux organisations syndicales des moyens qui consolident très largement les dispositions de la convention collective de l'industrie du pétrole* » ; J. BARTHELEMY, Coconstruire des règles favorisant à la fois le business et le progrès social, Cah. DRH mai 2019, n° 264, p. 26 : « *tout l'art consiste donc à concilier les concessions que l'on fait pour arriver à conclure avec l'objectif fondamental que l'on poursuit* ».

¹⁵⁰² D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2 : « *appliquer à la négociation sociale la méthode de la négociation raisonnée suppose que soit laissée une large part à la compréhension des intérêts réciproques. Cela suppose un processus d'écoute partagée, d'information et de communication* ».

¹⁵⁰³ V. pour des exemples « *d'objectifs* » : M. HAUTEFORT, Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2.

intérêt¹⁵⁰⁴. Cette approche permet de confronter les propositions invoquées par les parties et les lignes directrices retenues en amont par les partenaires sociaux¹⁵⁰⁵. Il s'agit d'objectiver une discussion par nature subjective¹⁵⁰⁶. Nul besoin de rédiger un quelconque accord de méthode sur ce sujet : la démarche en serait alourdie. Les lignes directrices peuvent être approuvées par tous à l'oral, après quelques échanges ; elles pourront figurer également dans le préambule de l'accord¹⁵⁰⁷. Le but est d'encadrer et de diriger les négociations sur des éléments en mesure de donner du sens à la représentation du personnel¹⁵⁰⁸. Pour cela, deux fondamentaux reviennent fréquemment dans les propos des partenaires sociaux. D'abord un premier objectif commun doit être partagé¹⁵⁰⁹ : rendre la représentation du personnel efficiente (I). Le second objectif est de se fonder sur l'historique de la représentation du

¹⁵⁰⁴ Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 9 : « [la négociation] suppose a minima de s'accorder sur l'adéquation entre les objectifs poursuivis et les moyens nécessaires pour l'atteindre » ; M. CORREIA, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, points clés, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 10 ; D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2 : « outre le principe consistant "à se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions", Fisher et Ury énoncent trois axiomes fondamentaux pour la conduite d'une négociation "sur le fond" : 1. rechercher des "critères objectifs", c'est-à-dire des critères choisis et acceptés par les deux parties en présence, permettant d'étalonner conjointement les solutions de compromis qui seront produites ». Il s'agit de la recherche de lignes directrices communes. Fisher et Ury sont les auteurs de « Getting to Yes » paru en 1981 et fondé des travaux du Harvard Negotiation Project.

¹⁵⁰⁵ La négociation passe alors d'une « dominante distributive » (« chaque partie vise prioritairement la défense de ses intérêts et l'optimisation de ses propres gains. La recherche de collaboration avec l'autre partie est minimale ») à une « dominante intégrative » (« chaque partie s'efforce, tout en défendant d'abord ses propres intérêts, d'équilibrer les gains mutuels de la négociation en s'attachant à ce que l'autre partie puisse considérer comme positive son issue ») (D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2).

¹⁵⁰⁶ D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2 : « l'orientation d'une négociation donnée apparaît donc conditionnée par une politique générale qui donne sa cohérence à l'ensemble des négociations ».

¹⁵⁰⁷ J. BARTHELEMY, Coconstruire des règles favorisant à la fois le business et le progrès social, Cah. DRH mai 2019, n° 264, p. 26 : « rappelons ici encore toute l'importance du préambule, pour autant que son contenu ne soit pas purement formel. Car c'est dans celui-ci qu'apparaîtront l'objectif poursuivi et le contexte dans lequel on construit une loi commune. La qualité des informations fournies, leur nécessité sont tout aussi indispensables que la clarté des positions prises... ».

¹⁵⁰⁸ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2 ; D. LIVIO, Quelles sont les priorités pour mieux concilier l'économique et le social ?, Semaine Sociale Lamy 2 oct. 2000, n° 997, p. 22.

¹⁵⁰⁹ L. COMBALBERT, ancien négociateur du RAID, Négociation et intérêt général, Emission « Philosophie », ARTE, 2019 : « dans toute négociation, quelle qu'elle soit, sociale, commerciale ou négociation de crise, il y a un « objectif commun partagé ». Dès lors qu'il est verbalisé et accepté par la personne qui est en face, elle devient un partenaire de négociation ».

personnel dans l'entreprise pour en tirer toutes les conclusions propices à la signature d'un accord (II).

I. Rendre la représentation du personnel efficiente

279. Des intérêts personnels face aux intérêts de l'instance. Cette première ligne directrice est indispensable. La négociation sur la représentation du personnel est trop souvent source de revendications personnelles¹⁵¹⁰ ; les demandes des partenaires sociaux peuvent viser à assouvir leurs propres intérêts, au-delà de toute considération pour l'instance¹⁵¹¹. Cette personnification de l'instance est présente des deux côtés des négociations¹⁵¹². Du côté des salariés, les élus vont parfois tenter d'obtenir une plus grande protection pour leur statut et une plus grande souplesse dans l'organisation et la durée de leurs missions¹⁵¹³. Cela concerne essentiellement des demandes prônant une augmentation du nombre d'élus, des heures de délégations, des heures assimilées aux heures de délégation, des budgets, une meilleure prise en considération des déplacements...¹⁵¹⁴ S'agissant de l'employeur, il est possible de penser que l'effet inverse est recherché : diminuer le nombre d'élus et donc de salariés protégés, diminuer et encadrer les heures de délégation, réduire les contraintes temporelles et matérielles de l'instance, notamment s'agissant des

¹⁵¹⁰ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 35.

¹⁵¹¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632 : « la faveur de la norme conventionnelle, si elle est de son temps, fait de l'instance élue, lors de sa mise en place et le cas échéant de son renouvellement, l'objet de tractations au terme desquelles chacun voudra y trouver avantage. Et en cas d'échec, c'est l'instance elle-même, tiers aux négociations, qui a le plus à perdre ».

¹⁵¹² V. sur l'approche quantitative des négociations qui « arrange et satisfait tout le monde » (employeurs et élus) : S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 226.

¹⁵¹³ J.-D. SIMONPOLI, La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 3 : « les syndicats ont, quant à eux, peur de perdre des mandats et des heures de délégation et abordent les négociations avec beaucoup de réticences. Nous avons donc le sentiment que les accords conclus sont peu innovants. Les ordonnances offrent pourtant l'opportunité de faire un système de relations sociales à la carte. Mais peu d'employeurs et de syndicats ont pris la mesure de cette possibilité ».

¹⁵¹⁴ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « 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 ».

consultations¹⁵¹⁵. Quel que soit le partenaire à la négociation, chacun peut oublier l'intérêt de l'instance pour ses intérêts propres¹⁵¹⁶. Cela ne signifie pas un échec systématique des négociations, celles-ci peuvent se dérouler en se fondant sur un échange de concessions propres : mais que reste-t-il pour l'efficacité de l'instance ?¹⁵¹⁷ Quelle prise en considération des salariés ?¹⁵¹⁸ L'objectif est de s'élever des positions figées et habituelles pour guider la négociation, d'un commun accord, en fonction d'un objectif partagé¹⁵¹⁹.

280. L'efficacité de l'instance comme guide de négociation. Il semble donc nécessaire de recentrer la négociation sur une première ligne directrice commune : rendre la

¹⁵¹⁵ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 654 : « *c'est pourquoi nous pensons que lors des négociations président à l'élection de leur futur comité social et économique, les directions d'entreprise devraient ne pas simplement raisonner selon une logique d'économie d'heures de délégation et de réunions permise par la nouvelle législation et admettre la nécessité d'une délégation du personnel suffisamment décentralisée* » ; J.-L. SCEMAMA, *Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation*, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *certaines [entreprises] sont guidées par la volonté de réduction du temps consacré au dialogue social. Le fait que les suppléants n'y participent pas, signifie, par exemple, qu'elles n'auront pas ce coût à supporter. Mais attention, tout ce qui brille n'est pas or. Ce n'est pas parce qu'elles réduiront leurs charges, avec moins de réunions, que cela va bien ou mieux fonctionner en interne. Il faut, en revanche, que les réunions soient structurées et organisées. Quand un thème est complexe, il pourrait se discuter sur plusieurs réunions* » ; G. MEYER, *Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?*, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5.

¹⁵¹⁶ « *La focalisation sur les moyens de ces nouvelles instances* » qui se traduit notamment par « *la diminution du nombre d'élus ou d'heures de délégation* » est l'un des obstacles relevés par le comité d'évaluation des ordonnances (Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail, Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation, France Stratégie, déc. 2018, p. 12).

¹⁵¹⁷ Rapport Orseu/Amnyos, *Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail*, 23 sept. 2019, p. 35 : « *si le nombre d'heures est farouchement discuté, en revanche les usages et les finalités de ces heures le sont très rarement. Pourquoi avoir des représentants du personnel ? A quoi servent-ils ?* ».

¹⁵¹⁸ Valérie Le Boulanger, DRH du groupe Orange : « *Le CSE incarne la quintessence du dialogue social* » in *Semaine Sociale Lamy* 16 sept. 2019, n° 1874, p. 7 : « *le dialogue social n'est pas le terrain réservé des seuls praticiens du dialogue social. C'est une pratique irriguée de la direction générale jusqu'au corpus managérial et l'ensemble des salariés* ».

¹⁵¹⁹ F. SEBE, *Le droit de la représentation collective dans l'entreprise*, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2014, p. 226 : « *l'aspect purement matériel des moyens des instances de représentation du personnel doit être dépassé. [...] la négociation d'entreprise n'est pas seulement un lieu de confrontation d'intérêts divergents ; elle doit aussi conduire au développement de l'entreprise* » ; C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, *À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE*, *Semaine Sociale Lamy* mai 2019, n° 1863, p. 4 : « *le fait que le législateur n'ait pas déterminé - de manière claire - ce que doivent être les modalités de fonctionnement d'un CSE, offre une opportunité pour les négociateurs d'un accord organisant cette instance nouvelle. C'est en effet l'occasion de doter les partenaires sociaux de prérogatives visant à rechercher un mode efficace de traitement des sujets, au profit de l'optimisation du fonctionnement de l'instance* ».

représentation du personnel efficiente¹⁵²⁰. La négociation doit être concentrée sur l'objet même de l'instance¹⁵²¹. Elle ne porte plus sur les individus ou les organisations mais sur l'instance¹⁵²². La raison de l'élection des élus est, en priorité, de permettre aux salariés d'être informés des évolutions de leur entreprise à travers leurs représentants¹⁵²³ et de bénéficier des activités sociales et culturelles¹⁵²⁴. Le nombre de salariés protégés, les heures attribuées, le régime des déplacements ne concernent pas directement les salariés¹⁵²⁵. Trop souvent, on peut craindre que ces sujets occupent la quasi-totalité des discussions¹⁵²⁶.

281. Définition de l'efficience. Encore faut-il parvenir à définir la notion d'efficience. Pour le dictionnaire Larousse, l'efficience est la : « *capacité d'un individu ou d'un système de travail d'obtenir de bonnes performances dans un type de tâche donné ; efficacité* »¹⁵²⁷. Le système reprend sa place primordiale. L'objectif est que l'instance de représentation du personnel soit efficace, qu'elle soit performante dans le traitement des tâches qui lui sont

¹⁵²⁰ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *le fait de ne pas anticiper l'arrivée du CSE va créer des frustrations, notamment sur la baisse du nombre d'élus ou d'heures qui en découleront. Mais pour moi, le problème n'est pas qu'il y ait moins d'élus ou moins d'heures, mais de trouver le fonctionnement optimal du dialogue social* ».

¹⁵²¹ Elle doit être « *gouvernée par la recherche de l'efficacité* » (C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4).

¹⁵²² Or l'instance doit permettre « *l'expression des droits et intérêts des travailleurs et, ce faisant, favoriser leur prise en compte* » (I. ODOUL-ASOREY, La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants, Dr. ouvr. 2019, p. 461).

¹⁵²³ P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647 : « *le processus de consultation reste l'attribution première du CSE* » ; Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 6.

¹⁵²⁴ C. trav., art. L. 2312-78.

¹⁵²⁵ V. sur la « *démarche autocentrée* » de certains représentants du personnel : S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 226.

¹⁵²⁶ Le quantitatif remplace alors le qualitatif : « *cette approche comptable réduit le sujet à une vision inflationniste qui consiste à réclamer et à obtenir toujours plus de mandats, d'heures de délégation... Cette logique quantitative occulte depuis des années les véritables difficultés qui existent au sein des entreprises : la mauvaise qualité des échanges et des relations entre les représentants du personnel et la direction* » (S. BEAL, Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 225).

¹⁵²⁷ Dictionnaire Larousse :

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/efficience/27930#:~:text=efficience%20n.f.,l'analyse%20aristot%C3%A9licienne%20des%20causes.>

confiées¹⁵²⁸. Or, indirectement, les salariés confient aux élus le soin de traiter avec efficacité les missions du comité social et économique¹⁵²⁹.

282. Déterminer le rôle de l'instance. Pour le CSE, cela signifie répondre à deux enjeux capitaux : le traitement et le partage des informations¹⁵³⁰ et la proximité de l'instance avec les salariés¹⁵³¹. Celle-ci ne doit pas être court-circuitée, elle doit répondre au rôle auquel elle est dévolue avec universalité et proximité¹⁵³². Cela signifie concrètement qu'elle doit être pensée comme une structure ayant vocation à représenter le personnel de l'entreprise tout en étant le réceptacle des données indispensables à la rédaction d'un avis¹⁵³³. Ce fondement,

¹⁵²⁸ C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4 : « *en recherchant les solutions d'un traitement efficace de ces questions, les négociateurs à un accord de fonctionnement du CSE ont ainsi l'opportunité de se pencher, de manière plus générale, sur les conditions dans lesquelles les autres prérogatives du CSE peuvent être exercées, avec le souci de permettre aux représentants du personnel de disposer d'une organisation lisible, offrant une capacité de traitement fluide des différents sujets relevant de leurs prérogatives. Le risque majeur serait en effet de voir le fonctionnement du CSE, gêné par une organisation de travail qui n'aura pas été, ou mal, anticipée, conduisant sans doute alors l'instance plénière du CSE à devenir le réceptacle de tous les sujets, au détriment de la qualité d'un travail attentif et de l'efficacité de l'instance* ».

¹⁵²⁹ En effet, le CSE est « *l'acteur principal pour représenter les salariés, l'acteur principal pour porter leur voix à hauteur de celle de la direction* » (J.-L. SCEMAMA, *Le CSE, mode d'emploi*, Gualino, 1^{ère} éd. 2019, p. 213).

¹⁵³⁰ Les partenaires sociaux doivent, par exemple, « *engager des négociations pour mettre en place une BDES efficace* » (J.-J. JARRY, *Négocier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE*, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28).

¹⁵³¹ V. s'agissant du périmètre, F. ROSA, *Quatre questions/réponses autour du comité économique et social*, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 : « *les opérations de mise en place du CSE donnent assurément l'occasion de repenser et de rationaliser les cadres de représentation. La liberté qu'offre la loi aux partenaires sociaux pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts risque cependant d'achopper sur certaines exigences fondamentales : assurer la représentation effective des intérêts collectifs, délimiter un cadre adéquat et pertinent de mesure de l'audience électorale* » ; V. s'agissant de la justification de la mise en place de représentants de proximité sur ce fondement au sein des accords : F. GEA, A. ROUYER, *Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ?* (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 246-247.

¹⁵³² S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, *Les représentants de proximité*, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 60 : « *en attendant, tout l'art des négociateurs consistera à définir des agencements pertinents et efficaces sans créer des difficultés insurmontables issues de chevauchements ou de concurrences que l'ordonnance avait précisément pour objet d'éviter* » ; L. DAUXERRE, *L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique*, JCP S 2018, 1102.

¹⁵³³ C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4 : « *aussi, pourrait-on imaginer que le critère premier permettant de réfléchir à l'organisation efficace du CSE concerne les conditions dans lesquelles les sujets peuvent être étudiés et réglés* ».

unanimentement reconnu, a vocation à guider les parties dans leur négociation¹⁵³⁴. À chaque sujet évoqué, il convient, objectivement, de mesurer les propositions à l'objectif recherché¹⁵³⁵. Par exemple : en quoi l'augmentation des heures de délégation permettrait aux élus de mieux exercer leur mandat ? Les heures légales ne sont-elles pas, objectivement, suffisantes aux fonctions de ce mandat ?¹⁵³⁶ *A contrario*, plutôt que des heures de délégation, n'est-ce pas plutôt des heures de formation qui sont nécessaires aux élus, pour leur permettre d'appréhender les sujets, parfois complexes, et maîtriser les informations qu'ils reçoivent pour être en mesure de les analyser et de rendre un avis éclairé ?¹⁵³⁷ C'est l'avis notamment de Sylvain Niel : « *il ne suffit pas de rénover le rôle des représentants du personnel pour rendre plus attractif leur mandat, encore faut-il leur donner les moyens d'acquérir les compétences indispensables pour l'exercer pleinement* »¹⁵³⁸. Cette idée d'efficacité est de

¹⁵³⁴ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5 : « *il s'agit de faire comprendre à la direction que son intérêt est aussi de prévoir un échelon local de régulation du dialogue social au risque notamment d'une saturation du CSE ; de manière pragmatique, il est possible de démontrer que certaines questions seront mieux identifiées et traitées plus efficacement et rapidement localement qu'au niveau central* ».

¹⁵³⁵ Valérie Le Boulanger, DRH du groupe Orange : « Le CSE incarne la quintessence du dialogue social » in Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 7 : « *nous avons réfléchi à plusieurs hypothèses, pour essayer de construire une architecture sociale en lien avec la réalité opérationnelle de notre organisation, et permettant, dans le respect des ordonnances, de mettre en place un dialogue social favorisant les échanges efficaces, constructifs et responsables* ».

¹⁵³⁶ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 35 : « *la méthode a dans ce cas comme bien d'autres été avant tout descendante et encadrée par une logique quantitative – comment appliquer un nouveau cadre prévoyant moins de moyens – plutôt qu'ascendante et davantage inductive – de quoi avons nous besoin dans notre entreprise ? Dans le cas présent, la question serait : que faut-il pour assurer une logique de dialogue social subsidiaire, de proximité ?* » ; V. également les développements p. 68 et s. relatifs à l'adaptation nécessaire entre les moyens et les attributions.

¹⁵³⁷ V. pour d'autres interrogations, J.-D. SIMONPOLI, La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 3 : « *une fois le CSE mis en place, nous accompagnons ses premiers pas. Il s'agit de définir avec les directions et les élus la meilleure façon de la faire travailler. Par exemple une mission santé sécurité doit-elle être aussi importante dans le secteur des services que dans l'industrie ? Je ne pense pas. Que fait-on faire aux représentants de proximité ? Doivent-ils exercer les mêmes missions partout dans l'entreprise ? Chaque entreprise travaille sur ses propres réalités* ».

¹⁵³⁸ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

plus en plus mise en avant¹⁵³⁹. Ainsi, Aurélie Cormier Le Goff, expose : *« en réalité, la conclusion d'un accord portant notamment sur l'organisation de l'instance s'avère utile pour en assurer un fonctionnement plus efficace, tenant compte du fait que celle-ci exerce désormais seule l'ensemble des missions autrefois dévolues au comité d'entreprise, au CHSCT et aux délégués du personnel. Cet impératif d'organisation efficiente de l'instance est d'autant plus net dans les entreprises dont les effectifs sont importants, et plus encore si la localisation de leurs salariés est dispersée géographiquement ou s'ils relèvent d'activités différente »*¹⁵⁴⁰. L'efficacité est un impératif dans l'organisation, c'est le rôle confié à l'accord institutionnel¹⁵⁴¹.

283. Application de cette ligne directrice par la pratique. Certaines entreprises ont assimilé cette nécessité ; les retours des premiers accords institutionnels le démontrent. Ainsi, chez Renault, l'efficacité a été au cœur de l'objectif reconnu à l'accord institutionnel : *« notre démarche sur Cap 2020, à savoir prendre des sujets nationaux ou locaux et regarder avec tous nos partenaires comment les faire vivre, a inspiré la conception de l'accord de 2018. Dans un triple objectif : faire un dialogue social efficace, agile et proche. Efficace afin que tout ce que contient l'accord ait une utilité. C'est-à-dire que tous les organes représentatifs du personnel aient une fonction précise et que les ressources qui leur sont consacrées soient créatrices de valeur. Agile afin que notre dispositif puisse accompagner la transformation de l'entreprise sans la freiner, voire même qu'il permette de l'anticiper au niveau national, des établissements et au niveau infra-établissements. Et proche afin de*

¹⁵³⁹ V. par exemple cet article qui apporte des réponses sur la manière d'organiser et de répartir les tâches dévolues à l'instance de manière efficace : *« le fait que le législateur n'ait pas déterminé - de manière claire - ce que doivent être les modalités de fonctionnement d'un CSE, offre une opportunité pour les négociateurs d'un accord organisant cette instance nouvelle. C'est en effet l'occasion de doter les partenaires sociaux de prérogatives visant à rechercher un mode efficace de traitement des sujets, au profit de l'optimisation du fonctionnement de l'instance. La suggestion présentée ici s'inspire des préceptes qui régissaient antérieurement le traitement des réclamations mais aussi de ceux qui encadrent l'élaboration de l'ordre du jour des séances plénières de l'instance »* (C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4).

¹⁵⁴⁰ A. LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 3.

¹⁵⁴¹ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : *« chaque entreprise peut configurer son CSE à ses besoins pour rendre son action plus lisible, adapter ses attributions au niveau le plus pertinent, permettre une maîtrise du calendrier social, pour que cette instance soit plus efficace. Mais cela passe impérativement par la négociation »*.

garder un lien de proximité dans le dialogue social en mettant en place un troisième niveau de dialogue, les commissions de proximité. Notre accord est donc un mélange de circonstances extérieures - les ordonnances - et de continuité de notre modèle de dialogue social tout en recherchant la proximité à l'activité et au métier »¹⁵⁴². Chez la Matmut, l'efficacité a guidé le choix des commissions mises en place : « pour mener de façon pertinente et efficace les missions du CSE, six commissions spécialisées sont créées : santé, sécurité, conditions de travail et qualité de vie au travail (CSSCT-QVT) ; stratégie et économie ; prospective métiers et compétences numériques ; considération professionnelle et reconnaissance sociale ; marchés ; activités sociales et culturelles (ACS) »¹⁵⁴³. L'intérêt est ici en rapport avec la notion d'efficacité. Les partenaires sociaux se sont interrogés sur les réalités de l'entreprise et les besoins exprimés par les salariés et les élus. C'est pour cette raison que des commissions, peu développées, sont présentes au sein de cette instance (prospective métiers et compétences numériques, considération professionnelle et reconnaissance sociale, marchés). Certaines entreprises ont donc accepté, par la voix de leurs partenaires sociaux, de fonder la nouvelle instance du personnel sur des bases d'efficacité et de sécurité¹⁵⁴⁴. Au-delà de l'intérêt organisationnel d'une telle démarche, cette approche apporte une forme de sérénité dans le dialogue social, dans lequel la confiance réciproque prend le dessus sur des formes de contestation stérile¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴² Accord Renault : « Un dialogue social efficace, agile et proche » in Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 12.

¹⁵⁴³ Accord relatif à la mise en place du comité social et économique au sein de l'UES Matmut, du 11 octobre 2019 (La Matmut instaure un CSE, six commissions et 70 représentants de proximité in LSQ - L'actualité 6 nov. 2019, n° 17933, p. 1).

¹⁵⁴⁴ V. également l'approche du groupe FNAC-DARTY lors des négociations sur « le bon fonctionnement de l'instance » : V. MARTY, C. PAYS, Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11 ; V. à ce propos l'accord du 12 septembre 2018 portant sur la représentation du personnel au sein de l'enseigne Fnac, qui prévoit s'agissant des établissements distincts : « néanmoins, les Parties ont pris en compte la spécificité géographique de la Société RELAIS FNAC pour un dialogue social plus efficace ». L'efficacité est au cœur de la négociation. (https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/WodFAj-SQ3bd9rv4R55oaKZji1ck_D4xM07-0E6JK-QXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA, p. 10).

¹⁵⁴⁵ D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER, La négociation collective en entreprise, première partie, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2 : « le compromis est un aboutissement mais, plus encore, c'est une rencontre entre personnes qui sont convaincues de pouvoir raisonnablement faire affaire entre elles. Cette rencontre est le produit d'une confiance gagnée et entretenue ».

II. La réalisation préalable d'un audit de la représentation du personnel

284. L'existant au service du futur. La seconde ligne directrice dans ce schéma repose sur la nécessité de se fonder sur les forces et faiblesses du dialogue social existant¹⁵⁴⁶. Cette analyse est trop souvent rejetée par les parties, refusant d'étudier, en toute objectivité, les atouts et les manques de leur organisation actuelle¹⁵⁴⁷. Le CSE n'a pas révolutionné la mise en œuvre du dialogue social dans l'entreprise¹⁵⁴⁸. Les parties ne peuvent ignorer le passé ; les conflits non-refermés risquent de resurgir lors des nouvelles mandatures¹⁵⁴⁹.

285. Audit commun : élus et employeur. L'instance appelée à être renouvelée disposait vraisemblablement d'atouts et d'inconvénients. Ce constat, souvent partagé par les élus, doit toutefois être démontré à travers un état des lieux réalisé par les protagonistes¹⁵⁵⁰. Cet « *audit préalable* »¹⁵⁵¹ doit être mené entre les représentants du personnel de l'entreprise et

¹⁵⁴⁶ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5 : « *[la négociation] suppose au préalable un état des lieux de l'existant* ».

¹⁵⁴⁷ Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 35 : « *bien que nombre de cabinets conseils aient suggéré de réaliser des diagnostics partagés du dialogue social comme première étape des négociations, le plus souvent celles-ci se sont basées sur des analyses informelles, peu cadrées et rarement partagées* ».

¹⁵⁴⁸ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 73 ; V. *supra* n° 79 et s.

¹⁵⁴⁹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *bien que la loi fasse table rase des dispositions conventionnelles antérieures en prévoyant leur caducité, 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* ».

¹⁵⁵⁰ Les conseils des salariés et des employeurs prônent souvent la réalisation de cet état des lieux : « *nous avons proposé aux équipes syndicales « sortantes » de passer par une phase d'état des lieux du dialogue social afin d'identifier les points importants à préserver et construire leurs revendications. Les directions ont généralement réalisé ce travail de leur côté, souvent seules, parfois avec les représentants du personnel. C'est une étape essentielle si on veut ne pas subir les règles du CSE pendant les quatre ans du mandat à venir... L'enjeu pour les organisations syndicales est de faire le point sur les périmètres, le nombre de réunions, leur durée, la périodicité des consultations et leur pertinence, l'utilisation des heures de délégations, le nombre de réunions préparatoires, la périodicité pertinente des consultations...* » (J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3).

¹⁵⁵¹ La négociation préalable à la mise en place du CSE, l'éclairage de David Guillouet, avocat in LSQ - L'actualité 9 juill. 2018, n° 17607, p. 1 : « *en premier lieu, il convient de faire un « audit » préalable des instances existantes. Ont-elles bien rempli leur rôle ?* » ; (« Etat des lieux préalable » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2021, n° 463.

l'employeur¹⁵⁵². Il peut avoir lieu en amont du renouvellement des instances¹⁵⁵³ ou à la suite des élections professionnelles. Il est probable que certains des anciens élus ne soient pas réélus ; les nouveaux élus seront en mesure d'apporter une vision neuve et de prendre le recul nécessaire face aux analyses réciproques des parties. Ces discussions devront être saines, réfléchies et à l'écoute de l'autre partie¹⁵⁵⁴.

286. Objet de l'audit : le dialogue social et le contenu de l'institution. L'objet des discussions doit permettre de parvenir à conclure un accord institutionnel équilibré pour l'ensemble des parties : l'historique doit être traité en ce sens, en analysant les éléments qui ont fonctionné¹⁵⁵⁵. Cette approche va au-delà du simple dialogue social et de la forme des négociations ; il s'agit également de se fonder sur l'historique relatif au contenu de l'accord institutionnel¹⁵⁵⁶ : les délais de consultation sont-ils adaptés ? Les heures de délégations sont-elles suffisantes ? Quelles informations n'ont jamais été utiles ? Le découpage actuel

¹⁵⁵² La structuration de l'instance « demeure également tributaire d'un diagnostic et d'une analyse partagés par les acteurs concernés » (F. GEA, A. ROUYER, Les configuration du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 254).

¹⁵⁵³ C'est le cas par exemple dans le Groupe Renault où un accord de méthode a été conclu au préalable à la négociation de l'accord institutionnel : « nous avons ainsi pu élaborer un diagnostic partagé de la situation chez Renault, de la réforme et de ce que nous pouvions en faire. Cette étape nous a menés à la négociation et à la signature d'un accord de méthode le 7 mai 2018 définissant les sujets qui seraient abordés lors de la négociation, le calendrier et l'enchaînement des thématiques de négociation » (Accord Renault : « Un dialogue social efficient, agile et proche » in Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 12).

¹⁵⁵⁴ V. par exemple la CFDT qui recommande fortement ces états des lieux : « de nombreuses propositions des équipes CFDT visaient à systématiser un état des lieux du fonctionnement du dialogue économique et social de l'entreprise avant toute négociation d'accord de mise en place du CSE » (Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, Rapport intermédiaire du comité d'évaluation, France Stratégie, juill. 2020, p. 169).

¹⁵⁵⁵ C'est d'ailleurs la démarche à mener pour les négociations en règle générale : « en amont de la négociation, il est recommandé de dresser un état des lieux pour savoir quelles sont les pratiques qu'il convient de rectifier ou de faire cesser ou encore, d'encourager. Il est d'ailleurs conseillé d'associer les organisations syndicales à cette enquête » (« Etat des lieux préalable » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2021, n° 463) ; D. JULIEN-PATURLE, Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12.

¹⁵⁵⁶ Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18 : « un état des lieux du fonctionnement et des prérogatives de chaque instance s'avérera dès lors nécessaire ».

est-il cohérent ?¹⁵⁵⁷ La réponse à ces interrogations, par l'analyse objective de chacune des parties, permet de signer un accord institutionnel efficient¹⁵⁵⁸.

287. L'historique au service de l'efficience. L'étude de l'historique agit comme l'un des fils directeurs de la négociation. La combinaison entre la recherche d'efficience et la prise en compte de l'histoire permettra d'engager les négociations sur des bases sereines¹⁵⁵⁹, si toutes les parties s'impliquent, de manière objective, dans la conclusion d'un accord fondée sur le respect de ces lignes directrices¹⁵⁶⁰. Cette analyse de l'historique est l'occasion également d'inclure dans l'accord des clauses de suivi ou de rendez-vous¹⁵⁶¹, pour, s'agissant particulièrement des nouveautés mises en place, analyser l'efficience de ces

¹⁵⁵⁷ La tradition historique de l'entreprise et la recherche d'une stabilité dans le temps ont été prises en compte pour maintenir un découpage de l'entreprise en divers établissements distincts : « *c'est un CSE unique qui a été le plus souvent mis en place (70,5 % des 367 accords) singulièrement dans les entreprises dont l'effectif se situe entre 50 et 299 salariés. Près de 60 % de ces 259 accords ne justifient pas ce choix de l'unicité. Parmi ceux qui le font, 28,2 % mentionnent l'absence d'autonomie de gestion d'implantations géographiques distinctes, alors que 12,4 % retiennent plusieurs critères tels que la cohérence dans la prise de décision, la tradition historique de l'entreprise, la recherche d'une stabilité dans le temps, l'organisation et direction centralisée et la centralisation du pouvoir de direction* » (Etudiants du M2 DPRT, Univ. Montpellier, Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49) ; Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019, p. 36 : « *“ J'ai insisté sur l'idée de faire un état des lieux du dialogue social aujourd'hui : regarder le nombre d'instances, les choses sur les territoires, ce qui fonctionne ou pas. On a fait un état des lieux, on a vu qu'il n'y avait pas de suivi des heures, qu'il y avait des choses très variées, par exemple à tel endroit des réunions DP d'une heure et ailleurs d'une journée... ” (DRS AgrO)* ».

¹⁵⁵⁸ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5.

¹⁵⁵⁹ « *A l'approche des renouvellements des CSE, il est indispensable de dresser le bilan du premier mandat de CSE dans chaque entreprise. Et ce, en vue de (re)négocier utilement un accord de dialogue social. C'est d'autant plus essentiel que, lors de la mise en place des CSE avant la crise, les négociations d'accord de dialogue social ont souvent été réalisées a minima et sous un angle très théorique. Partager aujourd'hui un diagnostic sur cette mise en place et sur les impacts de la crise peut aider à une (re)négociation utile* » (« Il est indispensable de dresser le bilan du premier CSE » avant son renouvellement (Luc Bérard de Malavas, Secafi) in LSQ – L'actualité, 7 juill. 2021, n° 18342, p. 1).

¹⁵⁶⁰ « *Etat des lieux préalable* » in Le Lamy Négociation Collective (sous la direction de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2021, n° 463.

¹⁵⁶¹ G. DE RAINCOURT, Rédiger l'accord, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 48 : « *il est incontournable de prévoir (ses conditions de suivi et une clause de rendez-vous)* » ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

dispositions¹⁵⁶². Il convient de prévoir une rencontre entre les partenaires sociaux un ou deux ans après la mise en œuvre de certaines clauses et de vérifier leur efficacité, notamment à la lecture d'une grille d'analyse qui a été incorporée initialement¹⁵⁶³. Elle permet d'apprécier si la stipulation de l'accord a eu les effets escomptés initialement par l'ensemble des parties¹⁵⁶⁴.

288. Conclusion. L'instance de représentation du personnel doit être au centre de l'intérêt des négociations. Employeurs comme élus doivent s'accorder sur des lignes directrices préalables pour analyser leurs demandes à la lumière des objectifs communs retenus. Ces derniers doivent permettre de garantir l'efficacité de l'instance, pour qu'elle puisse répondre à ses missions principales, notamment vis-à-vis des salariés. L'étude de l'historique de l'instance peut également permettre aux parties de disposer d'un regard objectif sur les clauses à insérer ou non au sein de l'accord institutionnel.

Conclusion partie 1

289. La négociation, un outil efficace. Structurer la représentation du personnel est désormais possible. La négociation se présente comme un outil efficace pour parvenir à adapter le CSE aux réalités de l'entreprise.

¹⁵⁶² J.-L. SCÉMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *ce temps de la réflexion, notamment sur les forces et faiblesses du dialogue social avant le passage en CSE, est essentiel et, s'il ne permet pas d'obtenir tout de la négociation, il permet néanmoins de faire un état des lieux sur le fonctionnement du dialogue social et de comprendre quels points sont à renforcer. Certaines entreprises font également le choix de trouver un accord, non définitif, en s'assurant d'une évaluation après une ou deux années, afin de voir s'il fonctionne, restant ouvertes à des modifications* ».

¹⁵⁶³ G. MEYER, Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 5 : « *les entreprises construisent des accords pour quatre ans dans un cadre juridique totalement nouveau. Il n'est évidemment pas possible de tout prévoir : les acteurs du dialogue social peuvent s'apercevoir au fil de l'eau que certaines idées ne fonctionnent pas, qu'il manque des éléments ou au contraire que l'architecture de la représentation du personnel est trop complexe. J'ai essayé de généraliser dans les accords une clause de rendez-vous (au bout de 12 à 15 mois), ainsi que des critères d'évaluation de la mise en œuvre de l'accord. Il peut s'agir par exemple d'indicateurs comme la durée des réunions, leur nombre, le nombre de points non traités et renvoyés à la réunion suivante... Cela peut aider à évaluer l'efficacité de l'accord* ».

¹⁵⁶⁴ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2.

290. Un préalable : un intérêt à négocier à rechercher. Les entreprises doivent toutefois, au préalable, rechercher leur intérêt de négocier. Si le législateur a développé cet outil, il n'oblige pas les parties à négocier sur chaque aspect de l'instance. Pour cette raison, chaque entreprise doit effectuer une analyse de la représentation du personnel supplétive, afin de connaître les règles applicables à défaut d'accord. Des entreprises peuvent se satisfaire d'un tel schéma : certaines d'entre elles n'ont pas souhaité recourir à la négociation. Pour les autres, à partir des dispositions supplétives, les opportunités ouvertes par la négociation doivent être analysées à travers les dispositions d'ordre public et celles du champ de la négociation. La localisation de ces éléments n'est pas aisée. Il convient de mesurer les opportunités ouvertes par chaque disposition. La négociation doit également être appréhendée. L'outil peut être dangereux ; l'absence de maîtrise juridique et les risques de conflits peuvent conduire à un échec des négociations, voire à un déséquilibre de l'accord signé.

291. Une exigence : une maîtrise technique et juridique. Il convient d'être en mesure d'appréhender la méthodologie de négociation lorsque les parties font le choix de celle-ci. Dans un premier temps, il convient de se préoccuper des partenaires à la négociation, pour connaître les parties appelées à se présenter, ainsi que leurs forces et faiblesses. Dans un second temps, la maîtrise devra être juridique pour appréhender l'ensemble des questions et propositions qui seront émises lors des réunions de négociation.

292. Une nécessité : des concessions réciproques. Enfin, les négociations devront être menées en prenant en compte les différents intérêts des parties. La recherche de concessions constituera l'enjeu principal de ces négociations. Plusieurs lignes directrices pourront être suivies pour parvenir à cet accord.

293. Une étude : un régime juridique à définir. Toutefois, l'accord institutionnel signé n'est pas dénué d'interrogations concernant son régime juridique. L'accord institutionnel est une innovation, mise en place à l'occasion des Ordonnances « Macron » de 2017. De nombreuses questions demeurent, tant sur la réalisation de l'accord que sur la vie juridique

de l'accord. Ces quelques observations pourront donner lieu à une étude prospective du régime de l'accord institutionnel.

PARTIE 2. L'ACCORD INSTITUTIONNEL NEGOCIE

294. Introduction. La nouveauté de l'accord institutionnel et ses imprécisions textuelles suscitent des interrogations concernant son régime juridique¹⁵⁶⁵. Celui-ci sera étudié (Titre 1). Seront ensuite exposées différentes propositions visant à adapter le cadre législatif pour accroître la pertinence du régime juridique de l'accord institutionnel (Titre 2).

¹⁵⁶⁵ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 555.

TITRE 1. APPROCHE DE DROIT POSITIF

295. Accord institutionnel : la notion. Le lancement d'un processus de négociation peut aboutir à la conclusion d'un accord¹⁵⁶⁶. Celui-ci entérine différentes discussions portées sur une thématique particulière par les parties¹⁵⁶⁷ ; il témoigne de la volonté des négociateurs de conforter leurs points d'accord au sein d'un acte juridique¹⁵⁶⁸. Ce dernier sera dénommé accord institutionnel lorsqu'il régit la représentation du personnel au sein de l'entreprise¹⁵⁶⁹. Il peut porter sur la structure de l'instance, sur le niveau de sa mise en place, sur son fonctionnement mais également sur ses attributions¹⁵⁷⁰. Le champ de la négociation demeure limité aux thématiques admises par le législateur¹⁵⁷¹. Les thèmes de négociation étant encadrés, le contenu de l'accord doit s'adapter ; rien n'interdit cependant aux parties de reprendre les dispositions d'ordre public pour les inclure au sein d'un accord qui aurait alors fonction de « manuel » de la représentation du personnel au sein de l'entreprise¹⁵⁷². Cette démarche permet d'identifier l'ensemble des normes applicables à l'instance, objet de l'accord. Elle évite les discussions et les zones d'ombre sur les normes en vigueur¹⁵⁷³.

296. Accord(s) institutionnel(s) : singulier ou pluriel ? La notion d'accord institutionnel doit-elle s'entendre au singulier ou au pluriel ? Des précisions doivent être

¹⁵⁶⁶ A. JALLADAUD, S. RIOCHE, G. de RAINCOURT, Conclure les négociations, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 55.

¹⁵⁶⁷ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, Essai sur une communauté de travail au service de l'intérêt de l'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 1, n° 1 et 2.

¹⁵⁶⁸ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, LGDJ, 11^{ème} éd. 2020, p. 263.

¹⁵⁶⁹ V. sur la notion d'accord institutionnel : G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359 ; L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226, spéc. n° 7.

¹⁵⁷⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 75 : « *mise en place, attributions et fonctionnement soumis à négociation* » ; V. par exemple pour de multiples exemples de clauses sur le fonctionnement de l'instance : S. NIEL, Premiers accords relatifs au fonctionnement du CSE, Cah. DRH juill. 2019, n° 266, p. 2.

¹⁵⁷¹ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570.

¹⁵⁷² L'expression de « *socle conventionnel* » est aussi utilisée : N. CHENEVOY, V. ROCHE, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, enjeux, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2.

¹⁵⁷³ V. à ce propos, M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76 : « *les dispositions d'ordre public sont parfois porteuses de principes forts. Il est souhaitable de les mettre en avant lors des négociations* ».

apportées sur deux aspects : à propos du contenu de cet accord mais également de sa conclusion. Sur le contenu, aucune disposition légale n'impose la conclusion d'un accord institutionnel unique et général portant sur l'ensemble de l'institution de représentation du personnel¹⁵⁷⁴. La notion « d'accord institutionnel » n'est jamais évoquée par le législateur. Plusieurs thématiques sont mentionnées supposant qu'une multitude d'accords puissent être conclus. À titre d'exemple, l'entreprise peut conclure un accord sur la mise en place¹⁵⁷⁵, un deuxième sur les attributions¹⁵⁷⁶, un suivant sur la BDES¹⁵⁷⁷... L'ensemble de ces accords portent sur l'instance de représentation du personnel : ils peuvent être pluriels¹⁵⁷⁸. Ce constat s'accompagne d'une seconde observation : la diversité des accords appelle une multiplicité des modes de conclusion¹⁵⁷⁹. Les accords institutionnels ne répondent pas tous aux mêmes modalités de conclusion¹⁵⁸⁰. Cette pluralité d'accords institutionnels conduit nécessairement à s'interroger sur leur régime juridique. La question d'un régime juridique commun à l'ensemble de ces accords est intuitive¹⁵⁸¹. Le pluriel devrait, à première vue, l'emporter sur le singulier : les accords institutionnels sont multiples s'agissant de leur contenu et de leur mode de conclusion¹⁵⁸². La réalisation de l'accord institutionnel implique une étude

¹⁵⁷⁴ D'où les interrogations sur son régime juridique. V. en ce sens : F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

¹⁵⁷⁵ C. trav., art. L. 2313-2.

¹⁵⁷⁶ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁵⁷⁷ C. trav., art. L. 2312-21.

¹⁵⁷⁸ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 571.

¹⁵⁷⁹ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 : « *il faut bien avouer que cette diversité des accords pour configurer le comité social et économique est une réelle source de difficulté pour les acteurs sociaux, sachant qu'ils obéissent à des conditions de validité différentes* » ; V. *infra* n° 366 et s. pour les développements sur les modes de conclusions.

¹⁵⁸⁰ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204.

¹⁵⁸¹ Cette question avait déjà été soulevée en 2015 : « *construite au gré des idées, la stratification des accords institutionnels laisse apparaître un désordre de régime. [...] Existe-t-il un droit commun des accords institutionnels ? Il reste à construire* » (G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359) ; V. également, G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 : « *la conventionnalisation de la représentation du personnel, facteur d'adaptabilité, aurait sans doute gagné en lisibilité si des solutions plus homogènes avaient été dégagées quant à la nature des accords pouvant être mobilisés par les acteurs sociaux. Le régime de ces accords, une fois conclus, est-il tout autant source de complexité ?* ».

¹⁵⁸² F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « *à cette fin, une place majeure, considérable même, a été laissée à la négociation – et à l'accord. Aux accords, faudrait-il dire, car il en est plusieurs. À tel point que la cartographie des liens pourrait s'en trouver brouillée* ».

approfondie de ces deux thématiques (Chapitre 1.) à l'instar des règles d'évolution et de fin de ces accords (Chapitre 2.).

Chapitre 1. La réalisation de l'accord institutionnel

297. Contenu et conclusion. Le contenu des accords institutionnels doit être évoqué (Section 1.). Les parties sont amenées à élaborer les accords selon les possibilités ouvertes par la négociation. L'objet des accords peut varier d'une entreprise à l'autre, tout comme l'appréciation des opportunités offertes par le législateur. Des interrogations sur la technique juridique à utiliser et l'appréciation de certaines dispositions par les juges sont à relever¹⁵⁸³. Par ailleurs, les modalités de conclusion des accords institutionnels ne sont pas « *uniformes* »¹⁵⁸⁴. Certaines demeurent novatrices : c'est pourquoi, les règles applicables à la conclusion de ces accords obligent à s'interroger (Section 2.).

Section 1. Le contenu de l'accord

298. Une modulation de l'accord. L'accord institutionnel peut prendre différentes formes¹⁵⁸⁵. Son contenu peut être modulé par les parties en intégrant les éléments de leur choix dans un ou plusieurs accords. L'accord peut être global et régir tous les sujets de la représentation du personnel¹⁵⁸⁶. Il peut être multiple et n'évoquer que certains thèmes. Cette faculté emporte de nombreuses conséquences, tant sur le contenu initial de l'accord, que sur la vie juridique de ce dernier. Le contenu variable de l'accord amène l'employeur à s'interroger : quels sont les avantages et les inconvénients de cette faculté de modulation ? Cette approche nécessite d'appréhender les enjeux et les risques de la modulation des accords (§1.).

¹⁵⁸³ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹⁵⁸⁴ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76.

¹⁵⁸⁵ Mise en place, fonctionnement et attributions du CSE : quels accords possibles ?, FRS nov. 2019, 23/19, p. 17.

¹⁵⁸⁶ Ce terme d'accord global est évoqué par Maximilien Fleury, responsable relations sociales et réglementation France au Groupe Renault *in* « Accord Renault : “Un dialogue social efficient, agile et proche” », Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 12.

299. La légalité des normes négociées. La légalité des éléments négociés dans l'accord doit également être étudiée. L'ordre public et la limitation du champ de la négociation permettent d'encadrer le contenu des accords¹⁵⁸⁷. Malgré ces contraintes, des zones d'ombres sont constatées : certains accords vont remettre en cause des principes importants du droit de la représentation du personnel sans pour autant enfreindre textuellement les dispositions applicables¹⁵⁸⁸. Cette démarche sera-t-elle censurée par le juge ? L'accord sera-t-il placé au-dessus de concepts fondateurs ? Les juges seront-ils contraints, à l'aide de normes hiérarchiquement supérieures (Constitution, conventions internationales...), de revenir sur des accords conclus légitimement et dans le cadre des dispositions légales en vigueur ? Certaines limites implicites pourraient encadrer le contenu de ces accords institutionnels (§2.).

§1. Un accord modulable

300. Accords multiples. Le Code du travail offre la possibilité aux partenaires sociaux de démultiplier leurs accords. Les textes ne prévoient aucune obligation de regrouper les accords portant sur le CSE ; les parties sont libres de conclure une multitude d'accords¹⁵⁸⁹. Seul l'accord de mise en place peut faire exception : la détermination des établissements distincts, des commissions santé, sécurité et conditions de travail et des représentants de proximité doit être traitée au sein d'un même accord¹⁵⁹⁰. À titre d'exemple, peuvent coexister un accord sur la mise en place du CSE¹⁵⁹¹, un accord sur l'expertise¹⁵⁹², un accord sur les commissions¹⁵⁹³, un accord sur les attributions récurrentes¹⁵⁹⁴, un accord sur la BDES¹⁵⁹⁵ ... Au-delà, des accords peuvent traiter de sujets qui ne sont pas expressément ouverts par le

¹⁵⁸⁷ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

¹⁵⁸⁸ E. BLEDNIAK *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 7.

¹⁵⁸⁹ D. JULIEN-PATURLE, Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12.

¹⁵⁹⁰ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224.

¹⁵⁹¹ C. trav., art. L. 2313-2.

¹⁵⁹² C. trav., art. L. 2315-79.

¹⁵⁹³ C. trav., art. L. 2315-45.

¹⁵⁹⁴ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 2312-21.

Code du travail à la négociation. Il peut s'agir de stipulations plus favorables (formations des élus, déplacements...) ou de précisions spécifiques (bon de délégations pour les élus...) ¹⁵⁹⁶.

301. Enjeux pour l'entreprise. La conclusion d'une multitude d'accords risque de diviser ¹⁵⁹⁷ : nombre important de réunions, de négociations et d'accords ¹⁵⁹⁸, regroupement pourtant aisé des thèmes de négociation au sein d'un même accord en raison de conditions de validité assez similaires ¹⁵⁹⁹, manque de lisibilité des règles en vigueur ¹⁶⁰⁰, réduction des opportunités d'obtenir des concessions ¹⁶⁰¹... Toutefois, des arguments inverses peuvent être invoqués. Certaines sociétés préfèrent cibler les thèmes négociables : elles peuvent conclure un accord, par exemple, exclusivement dédié aux commissions ¹⁶⁰² ou aux expertises ¹⁶⁰³, sans inscrire ces questions dans un accord plus global. Par ailleurs, l'application des règles de dénonciation s'avère plus complexe en cas d'accord unique. L'accord devrait être intégralement dénoncé, dans l'impossibilité de le réviser, quand bien même la divergence ne

¹⁵⁹⁶ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, enjeux, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 : « *le champ des possibles devient donc extrêmement varié* » ; S. NIEL, Négociier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9.

¹⁵⁹⁷ V. *contra* Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18 : « *il ne sera donc pas surprenant de disposer, dans certaines structures, de plusieurs accords : un accord sur les moyens et règles de fonctionnement, un accord sur les attributions et un accord relatif au dialogue social* ».

¹⁵⁹⁸ J.-D. COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 59.

¹⁵⁹⁹ À ce titre certains thèmes ne sont pas régis par les mêmes conditions de validité : la question sera étudiée dans les développements ultérieurs. V. *infra* n° 316 et s.

¹⁶⁰⁰ Un seul accord permet de regrouper l'ensemble des règles applicables à l'instance.

¹⁶⁰¹ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁶⁰² V. par exemple : Accord relatif à la mise en place des commissions du Comité Social et Economique, Société Enseigne Leader Price, 2019,

<https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/JsubIQ-wQOiVgcKli4BI3NurNWcxRA8ga8gWqx9z3jEXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>

¹⁶⁰³ V. par exemple : Accord de méthode portant sur le délai de consultation du comité social et économique et les modalités de déroulement de l'expertise ; IPG France Holdings, 15 nov. 2019, https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/23rO_0uBcws80HwM35pAOTipy_Se1kd3GRE2TUh5BEgXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA

porte que sur un seul point spécifique¹⁶⁰⁴. Les acteurs perdent une faculté d'adaptation importante.

302. Double accords ou accord global. La pratique semble partagée sur le choix de conclure, ou non, un accord unique. Dans certaines entreprises, deux accords institutionnels distincts sont conclus. Le premier porte sur la mise en place du CSE tandis que le second est relatif aux attributions et au fonctionnement de cette instance¹⁶⁰⁵. Cependant, l'hypothèse de l'accord global, regroupant la mise en place, le fonctionnement et les attributions, inspire également d'autres entreprises¹⁶⁰⁶. Les avantages et inconvénients de ces deux positions sont réels. Il sera question de s'attacher aux conséquences de la réalisation d'un accord global (I.) ainsi qu'à celles d'accords multiples (II.).

I. La réalisation d'un accord global

303. Contenu et conclusion. La faculté de réaliser un accord global est aujourd'hui reconnue¹⁶⁰⁷. La notion d'accord global devra néanmoins être précisée tant au niveau de son contenu que de sa temporalité (A.). Une difficulté devra être relevée : le contenu de cet accord peut répondre à des modalités de conclusion différentes. Comment articuler des conditions de majorité distinctes ? Il conviendra d'étudier les opportunités juridiques (B.).

¹⁶⁰⁴ La dénonciation partielle des accords collectifs répond à des conditions restrictives, V. en ce sens, B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 1030 : « la dénonciation ne peut, en principe, qu'être totale. [...] Une dénonciation partielle ne peut être admise que si elle est formellement prévue par le contrat collectif, et uniquement dans les limites tracées par celui-ci » ; V. également : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 584.

¹⁶⁰⁵ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in *Cah. Lamy du CSE* juill. 2018, n° 183, p. 18 : « un accord n°1 qui pose un cadre de mise en place du CSE. [...] Un accord n°2 relatif aux moyens et au fonctionnement du CSE ainsi qu'à ses attributions » ; V. également : S. NIEL, *Négocier la mutation des IRP*, *Cah. DRH* avr. 2018, n° 252, p. 9.

¹⁶⁰⁶ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, *Les missions du comité social et économique*, *JCP S* 2018, 1225 : « il semblerait que les syndicats soient majoritairement favorables à une négociation unique » ; V. également Cabinet ATLANTES Avocats in *Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation*, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18 : « d'autres seront portés à intégrer [la question de la mise en place] dans un accord plus global relatif au dialogue social dans l'entreprise ».

¹⁶⁰⁷ F. GEA, *L'accord sur le comité social et économique*, *Bull. Joly Travail* sept. 2018, n°1, p. 50.

A. Le socle de l'instance de représentation du personnel

304. Socle de l'instance. Cet accord a vocation à servir de « *socle* »¹⁶⁰⁸ pour l'instance de représentation du personnel. Le contenu de cet accord n'est néanmoins pas exhaustif malgré sa globalité (1.). Les différents intérêts de cette démarche doivent être relevés (2.).

1. Le contenu de l'accord global

305. Une double analyse. L'étude du contenu de l'accord appelle une double analyse. Il s'agira de définir la notion d'accord global avant d'approfondir son contenu au travers des marges de manœuvre offertes par cet accord.

306. Définition : unicité et contenu. Pour définir l'accord global, deux critères cumulatifs doivent être réunis : un accord unique doit exister et le contenu de celui-ci doit porter sur l'ensemble de la représentation du personnel. Sur le premier point, l'accord institutionnel peut être qualifié de global et général lorsqu'il est unique¹⁶⁰⁹. Cette hypothèse se traduit par l'existence d'un seul accord applicable au sein de la représentation du personnel¹⁶¹⁰. Ce critère n'est néanmoins pas suffisant : si l'entreprise décide de s'en tenir à la seule conclusion d'un accord de mise en place et de laisser, pour la suite, les dispositions légales supplétives s'appliquer, peut-on réellement parler d'accord institutionnel global et général ? Une réponse négative doit être apportée. Ce critère d'unicité doit être cumulé avec une analyse du contenu de l'accord. Sur ce second point, l'accord global devra régir l'ensemble des règles de la représentation du personnel ; cela signifie qu'il devra tant porter

¹⁶⁰⁸ L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226 ; N. CHENEVOY, V. ROCHE, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, enjeux, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2.

¹⁶⁰⁹ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁶¹⁰ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « *en revanche, il n'est pas interdit de négocier un accord majoritaire unique cadre régissant le dialogue social au sein de l'entreprise et portant à la fois sur la mise en place et sur le fonctionnement du CSE* ».

sur les règles de mise en place du CSE que sur son fonctionnement et ses attributions¹⁶¹¹. Il s'agit du « trio » des thèmes généralement évoqués par la pratique pour distinguer les voies de négociation admises au sein de la représentation du personnel¹⁶¹². Cette définition permet de dégager l'esprit général de cet accord : régler au sein d'un unique acte juridique tout ou partie des règles applicables à l'instance¹⁶¹³. Cet accord global peut ne pas être pleinement exhaustif : certains points peuvent ne pas être évoqués¹⁶¹⁴.

307. Extension aux dispositions d'ordre public et supplétives. Au-delà des éléments négociables, les partenaires sociaux peuvent enrichir ces accords pour les rendre exhaustifs en régissant intégralement la représentation du personnel. Pour cela, il conviendrait d'inclure les dispositions d'ordre public au sein de l'accord global afin d'en faire un accord fonctionnel et non pas un simple accord d'adaptation traitant des points de négociation choisis. La lecture de cet accord permettrait de faire ressortir l'ensemble des règles applicables au sein de l'institution¹⁶¹⁵. Il conviendrait également de mentionner les dispositions supplétives pour

¹⁶¹¹ A. CORMIER LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3 : « [la négociation menée sur la mise en place] est généralement couplée avec celle menée sur les moyens accordés aux élus (heures de délégation, participation des suppléants aux réunions) et les modalités d'exercice des attributions (notamment l'articulation des compétences entre le CSE central et les CSE d'établissements) ».

¹⁶¹² M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 75 : « mise en place, attributions et fonctionnement soumis à négociation » ; V. également, D. CHENU, Détermination des établissements distincts du CSE : la Cour de cassation fait primer la négociation, JCP G 2019, 1347 : « on peut en effet relever que l'accord conclu dans les conditions de l'article L. 2232-12, par renvoi de l'article L. 2313-2, ou dans les conditions de l'article L. 2313-4 peut par ailleurs porter sur de nombreux sujets concernant le fonctionnement, les attributions ou les moyens du CSE, voire être conclu en dehors du processus électoral » ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹⁶¹³ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « la pratique pourrait conduire à la naissance d'un véritable « accord cadre » du CSE, adaptant le CSE et le dialogue social dans l'entreprise sous toutes ses facettes ».

¹⁶¹⁴ Par exemple l'accord peut décider de ne pas traiter du sujet des commissions et de s'en tenir aux dispositions supplétives. Ce constat n'a pas pour objet de rendre caduque la qualification d'accord global si cet accord contient de nombreuses règles sur la représentation du personnel.

¹⁶¹⁵ L'applicabilité et la compréhension de l'accord seraient renforcées : « au moment de l'élaboration du texte de l'accord, il faut bien garder présent à l'esprit qu'un tel document est destiné à être lu et appliqué. Aussi, avant d'utiliser un terme, songez à sa compréhension par l'ensemble des salariés (et, le cas échéant, par un juge), et avant d'exposer une procédure, assurez-vous de son applicabilité et gardez-vous des problèmes qu'elle serait susceptible d'entraîner » (G. DE RAINCOURT, Rédiger l'accord, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 51).

les sujets sur lesquels aucun accord n'a été trouvé. La mention des dispositions supplétives apporterait de la clarté aux règles applicables¹⁶¹⁶.

308. Extension à des thèmes non définis par le législateur. Les acteurs peuvent également aller au-delà du « champ de la négociation » ouvert par le Code du travail. Rien n'interdit aux parties d'être plus favorables sur certains thèmes traités par le Code mais non ouverts à la négociation¹⁶¹⁷. Elles peuvent également insérer des règles non prévues par le Code du travail. Ces thèmes porteront généralement sur la formation des élus¹⁶¹⁸, sur le parcours syndical¹⁶¹⁹, sur le traitement des déplacements¹⁶²⁰ ou sur le régime des heures de délégation (mise en place de bons de délégations par exemple)¹⁶²¹. L'intérêt sera de nouveau de permettre un meilleur encadrement des règles applicables à la représentation du personnel.

309. Transition. Ces différentes hypothèses ont précisé la notion d'accord global. Cet accord doit être unique et contenir une part importante des éléments négociables sur l'instance. Une telle approche n'est pas sans intérêt.

¹⁶¹⁶ V. *supra* n° 106 et s. ; Sauf à prévoir une clause spécifique comme souhaité par le syndicat Force Ouvrière : « *de plus, pour éviter tout litige ultérieur, il est conseillé de systématiquement prévoir la clause suivante dans les accords signés : " le présent accord s'exerce sans préjudice des dispositions supplétives du Code du travail, sauf si elles sont expressément contraires audit accord "* » Force Ouvrière action sociale, Dispositions supplétives ou minimum légal Ordonnances Macron, <https://www.fnasfo.fr/wp-content/uploads/2018/10/ordonnances-disposition-suppletive-ou-minimum-legal.pdf>).

¹⁶¹⁷ S. NIEL, Négociation la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9.

¹⁶¹⁸ L. DAUXERRE, La formation des membres du CSE, JCP S 2020, 2081 : « *certaines accords, allant au-delà de la prévision de la loi permettent aux suppléants de bénéficier d'une formation économique* » ; V. également B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 376 et s.

¹⁶¹⁹ S. RIOCHE, La carrière des représentants du personnel - Modèle de clause conventionnelle, JCP S 2020, 3036.

¹⁶²⁰ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

¹⁶²¹ D. CHAPPELLON-LIEDHART, M. PERILLI, Qu'en est-il des heures de délégation après les ordonnances Macron ?, Cah. DRH sept. 2019, n° 267, p. 28.

2. *L'intérêt de l'accord global*

310. Plan. Si divers avantages de l'accord global sont mis en exergue par les partenaires sociaux (a.), des limites doivent néanmoins être relevées (b.).

a. Les avantages de l'accord global

311. Structurer. Plusieurs avantages méritent d'être relevés. Le gain de temps et d'efficacité insufflé par l'accord institutionnel unique en est un éminent exemple. Si les négociations initiales risquent d'être plus lourdes compte tenu du nombre plus important de sujets à traiter, l'accord global permet d'économiser de multiples réunions futures tenant à la négociation d'autres accords institutionnels¹⁶²². Le second intérêt résulte de l'existence d'un document juridique conventionnel unique régissant la majorité des règles applicables au CSE. Cet accord conclu avec les partenaires sociaux permet de disposer d'un document accepté et partagé détenant une grande légitimité¹⁶²³. Ce consensus devrait anticiper et limiter de nombreux conflits lors du fonctionnement de l'instance¹⁶²⁴. Cette démarche est similaire à celle initiée avec les accords de méthode portant notamment sur le dialogue social et la négociation collective. Ceux-ci ont souvent comme conséquence de réduire le contentieux et d'aboutir à un dialogue social plus serein et plus qualitatif¹⁶²⁵.

312. Concéder. Enfin, cet accord global offre la possibilité aux parties d'invoquer un nombre plus important de concessions réciproques. En brassant les différents thèmes, les parties peuvent obtenir une meilleure prise en compte des revendications de chacun¹⁶²⁶. Par

¹⁶²² J.-D. COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 59 : « *la négociation absorbe en règle générale beaucoup trop de temps et d'énergie* ».

¹⁶²³ G. AUZERO, La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire, Dr. soc. 2018, p. 154.

¹⁶²⁴ J. BARTHELEMY, Plaidoyer pour la convention collective d'entreprise, Cah. DRH avr. 2017, n° 241, p. 43.

¹⁶²⁵ H. ROUILLEAULT, Inciter à négocier ? Légitimité de principe et difficultés pratiques, Dr. soc. 2011, p. 563.

¹⁶²⁶ F. DUSQUENE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033 : « *l'élargissement du champ de la discussion favorise, en l'occurrence, une négociation de promotion des droits au cours de laquelle chacune des parties puisera des raisons de conclure un accord* » ; V. également : A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

exemple, les entreprises souhaitent régulièrement réduire le nombre d'établissements distincts : les dispositions légales sont sur ce sujet plus favorables aux syndicats¹⁶²⁷. Dans ce cas, il peut être utile pour l'employeur, afin d'arriver à cet objectif, de faire certaines concessions relatives au fonctionnement du CSE¹⁶²⁸. À la différence de la négociation sur la mise en place du CSE, la négociation sur les attributions est plus défavorable aux entreprises. Afin d'y faire face : « *un correctif peut être apporté consistant à mener ensemble la négociation sur les missions et celle sur la mise en place du CSE* »¹⁶²⁹. Rassembler pour mieux concéder et mieux structurer. Ces passerelles entre les différents thèmes de négociation sont utiles et constituent un des arguments principaux en faveur de la conclusion d'un accord global.

313. Accord global : œuvre de compromis. Cette approche globale semble convaincre tant les entreprises que les syndicats. En effet, « *il semblerait que les syndicats soient majoritairement favorables à une négociation unique. Ils voient la possibilité de "contrebalancer" certaines concessions sur les missions du CSE en contrepartie d'un assouplissement des conditions de mise en place* »¹⁶³⁰. Les entreprises et les syndicats partagent le même raisonnement : l'accord global est une voie propice aux concessions réciproques permettant d'obtenir, en contrepartie de certaines stipulations, des avancées sur des sujets considérés comme importants par les parties¹⁶³¹.

¹⁶²⁷ Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 4, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf> : « *une priorité des Directions : revoir les périmètres d'établissements pour concentrer les instances* ».

¹⁶²⁸ Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 5, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf> : « *c'est dans ce contexte que des négociations asymétriques se sont tenues dans lesquelles la stratégie défensive des syndicats a été de limiter la coupe des moyens. Un des buts est notamment de contrecarrer cette centralisation par le maintien de moyens afin, pour les élus, de rester au contact du terrain* ».

¹⁶²⁹ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁶³⁰ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁶³¹ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *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* ».

b. Les limites de l'accord global

314. La temporalité. La problématique principale repose sur le temps. La conclusion sur l'ensemble des thèmes est enfermée dans des délais restreints. L'accord de mise en place doit être conclu avant l'organisation des élections¹⁶³². La contrainte temporelle crée également un risque d'empressement pour conclure l'accord ; le temps nécessaire de la réflexion n'est pas toujours respecté¹⁶³³. Pour contrer ces limites, la négociation peut être ouverte plusieurs semaines ou mois en amont du protocole d'accord préélectoral, les parties devront alors faire preuve d'« *anticipation* »¹⁶³⁴. Une autre difficulté temporelle peut être relevée. La réglementation conventionnelle est décidée avant le renouvellement de l'instance par des délégués syndicaux qui peuvent perdre leur représentativité au prochain cycle et sans prendre en compte les demandes et les attentes des futurs élus¹⁶³⁵. Un accord accepté de tous, légitime, aura plus de chance de satisfaire les personnes concernées par celui-ci. Or les règles relatives aux attributions et au fonctionnement auront été prévues en amont de l'instance (avant la première mise en place de celle-ci, mais également avant son renouvellement ultérieur). Le risque lié à ce décalage est de perdre l'intérêt d'un tel accord : disposer d'un texte légitime de la représentation du personnel et accepté par tous¹⁶³⁶. Même si les intérêts convergent entre les élus, et qu'il est probable que l'accord soit accepté au fil des mandatures, une opposition des nouveaux élus n'est pas exclue ; une révision de l'accord pourrait s'imposer. Naît l'intérêt de s'interroger en amont sur ce risque potentiel.

315. La maturité. Par ailleurs, une telle approche nécessite de disposer d'un réel dialogue social. Les partenaires sociaux doivent être en mesure d'appréhender tous les enjeux et

¹⁶³² F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225 : « *la difficulté peut venir des temporalités différentes de ces deux négociations. La date de mise en place du CSE est imminente et la négociation des missions du CSE pourrait supposer plus de temps* ».

¹⁶³³ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2.

¹⁶³⁴ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8.

¹⁶³⁵ D'autant plus que cette période pré-électorale peut entraîner de fortes divergences entre syndicats, N. CHENEVOY, V. ROCHE, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, enjeux, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 : « *la proximité des échéances électorales doit aussi être prise en compte, car elle peut entraîner une guerre de position entre syndicats* ».

¹⁶³⁶ F. PETIT, La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 141.

thèmes d'une telle négociation, ainsi que ses contraintes temporelles. Un dialogue social « mature » est recommandé¹⁶³⁷ ; d'où l'approche « ambitieuse »¹⁶³⁸ de l'accord global. Les points de friction sont tels sur certains sujets qu'un dialogue social conflictuel rendra délicate la conclusion d'un accord ; le risque est par ailleurs de voir apparaître des revendications et contentieux perpétuels, tout au long de l'instance¹⁶³⁹. Là encore, nulle possibilité d'établir une marge de manœuvre générale pour l'ensemble des entreprises. C'est à ces dernières, au cas par cas, d'appréhender leurs capacités pour mener raisonnablement de telles négociations et ainsi parvenir à un accord global sur ces questions¹⁶⁴⁰.

B. L'articulation de différentes méthodes de conclusion

316. Multiplicité des modes de conclusion. Le législateur n'a pas unifié le régime juridique propre à l'accord institutionnel : les modalités de conclusion de ces accords diffèrent selon leur contenu¹⁶⁴¹. Par exemple¹⁶⁴², en présence de délégués syndicaux dans

¹⁶³⁷ Un dialogue social mature suggère la présence de partenaires sociaux constructifs (c'est-à-dire en mesure d'identifier les intérêts réciproques des parties et de parvenir à fixer une ligne directrice des négociations) mais aussi connaisseurs (c'est-à-dire qui maîtrisent la réglementation juridique et l'organisation des instances).

¹⁶³⁸ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁶³⁹ L'échec des négociations peut aboutir à un « *un risque renforcé d'enlisement* » (N. CHENEVOY, V. ROCHE, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, enjeux, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2) ; En effet, si un nombre important de sujets est soulevé sans avoir trouvé satisfaction des parties, le risque est de voir celles-ci revendiquer tout au long de l'instance pour l'incorporation de ces mesures au sein de l'accord institutionnel.

¹⁶⁴⁰ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Mener la négociation d'un accord d'entreprise, enjeux, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 2 : « *l'ouverture de négociations sensibles doit être ainsi réfléchie stratégiquement pour prendre en compte ce risque de blocage sous peine de se retrouver dans une position de négociation particulièrement difficile à tenir* ».

¹⁶⁴¹ P. LOKIEC, Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social, Semaine Sociale Lamy févr. 2020, n° 1893, p. 15 : « *avec la multiplication des modes de conclusion des accords (accords avec le CSE, accords majoritaires avec référendum, accords majoritaires sans possibilité de référendum, accord (protocole préélectoral) à la double majorité, etc.), on risque de rencontrer de plus en plus d'accords mixtes quant à leurs règles de conclusion* » ; Ces questions se posaient déjà en 2015 (le droit commun de conclusion des accords collectifs était différent) : « *quelle majorité ? Si l'unanimité est parfois requise, l'accord institutionnel est subordonné d'autres fois aux règles des 30 %, des 50 % (en faveur des organisations représentatives), ou de la « double majorité »* » (G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359).

¹⁶⁴² Sont présentées ici rapidement les différentes distinctions existantes relatives aux modalités de conclusion de l'accord institutionnel ; une étude développée sera effectuée ultérieurement : V. *infra* n° 366.

l'entreprise, l'accord peut être conclu selon les règles classiques de l'accord collectif¹⁶⁴³ (sur les expertises¹⁶⁴⁴, sur le financement du CSE¹⁶⁴⁵...) ou selon le seul premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail, c'est-à-dire sans possibilité de recourir au référendum (sur les consultations récurrentes¹⁶⁴⁶, sur les consultations ponctuelles¹⁶⁴⁷, sur la détermination des établissements¹⁶⁴⁸...) ¹⁶⁴⁹. Ces interrogations concernent également l'accord conclu « *entre l'employeur et le CSE* »¹⁶⁵⁰. Celui-ci peut généralement être signé en l'absence de délégué syndical. Pourtant, cette nécessaire absence de délégué syndical n'a pas été requise par le législateur sur certains thèmes. Ainsi, sur les expertises, le législateur semble accepter que le CSE puisse conclure un accord malgré la présence de délégués syndicaux¹⁶⁵¹. Par ailleurs, lorsque les dispositions requièrent un simple accord d'entreprise (par exemple pour le budget des activités sociales et culturelles¹⁶⁵²), la négociation dérogatoire devrait, selon le droit commun, être admise¹⁶⁵³. Les hypothèses de négociation et, *a fortiori*, les modalités de conclusion sont multiples : ce manque d'unicité est

¹⁶⁴³ Accord signé par des organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique. Si ce pourcentage n'atteint que 30%, alors un référendum peut être organisé pour valider l'accord. (C. trav., art. L. 2232-12).

¹⁶⁴⁴ C. trav., art. L. 2315-79 et L. 2315-85.

¹⁶⁴⁵ C. trav., art. L. 2312-81 (activités sociales et culturelles).

¹⁶⁴⁶ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁶⁴⁷ C. trav., art. L. 2312-55.

¹⁶⁴⁸ C. trav., art. L. 2313-2.

¹⁶⁴⁹ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « *le Code du travail ajoute à la liste précédente d'autres thèmes de négociation ayant trait au fonctionnement du CSE, mais dont les conditions de validité sont moins strictes que celles d'un accord exclusivement majoritaire* » ; V. *infra* n° 366 et s.

¹⁶⁵⁰ Il s'agit « *d'un accord conclu entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel* ». V. par exemple : C. trav., art. L. 2313-3 ; V. *infra* n° 392 et s.

¹⁶⁵¹ C. trav., art. L. 2315-79 : « *un accord d'entreprise, ou à défaut un accord conclu entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel* ».

¹⁶⁵² C. trav., art. L. 2312-81 : « *la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du comité social et économique est fixée par accord d'entreprise* ».

¹⁶⁵³ V. en ce sens : V. ROCHE, Le budget du comité social et économique, JCP S 2018, 1159.

critiquable¹⁶⁵⁴. Dès lors, quelle majorité retenir pour conclure un accord global dont les modalités de conclusion diffèrent ?¹⁶⁵⁵

317. Application des règles les plus contraignantes. La conclusion d'un accord global nécessite de s'en tenir aux règles de conclusion les plus contraignantes¹⁶⁵⁶. Rien ne peut justifier aujourd'hui dans les textes et la jurisprudence de déroger à des conditions plus strictes de validité des accords en raison de thèmes intégrés à l'accord répondant à des conditions plus souples¹⁶⁵⁷. Voilà un accord global portant tant sur le financement des activités sociales et culturelles du CSE (cas dans lequel le référendum est admis¹⁶⁵⁸) que sur la périodicité des consultations récurrentes (cas dans lequel le référendum n'est pas admis¹⁶⁵⁹). Si les syndicats signataires représentent 45% des salariés, le recours au référendum est-il possible ? Une réponse négative semble pouvoir être apportée puisqu'en appliquant la règle la plus contraignante (absence de référendum pour modifier la périodicité des consultations), l'accord devra obligatoirement être conclu par les délégués syndicaux représentant, *via* leur organisation syndicale, plus de 50% des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives aux dernières élections.

318. Application partielle ? Une question annexe mérite toutefois d'être posée : l'accord peut-il malgré tout être validé par référendum, créant dès lors un panachage d'applicabilité au sein des stipulations de l'accord ? Il pourrait être soutenu que l'accord n'est pas un tout

¹⁶⁵⁴ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76 : « [les conditions de validité] sont différentes en fonction du type d'accord, des thèmes de négociation et des acteurs de la négociation, ce qui ne va pas simplifier la tâche des organisations syndicales et des élus du personnel ».

¹⁶⁵⁵ F. MARRON, *CSE : une instance sur mesure*, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « les thèmes ainsi listés comme relevant de la négociation d'un accord d'entreprise pourraient-ils être intégrés dans l'accord majoritaire de fonctionnement ? ».

¹⁶⁵⁶ P. LOKIEC, *Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social*, Semaine Sociale Lamy févr. 2020, n° 1893, p. 15.

¹⁶⁵⁷ Les conditions de validité d'un accord collectif sont « d'ordre public » (Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-35.333) ; V. également sur « l'indisponibilité des conditions de validité » : E. DEVAUX, *La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise*, Essai sur une communauté de travail au service de l'intérêt de l'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 267, n° 682 ; V. également, F. MARRON, *CSE : une instance sur mesure*, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « il faut appliquer ici la règle de bon sens « qui peut le plus peut le moins ». Le fait que le législateur ait prévu que les questions listées ci-dessus relèvent d'un accord d'entreprise de droit commun n'empêche pas de les intégrer dans l'accord majoritaire de fonctionnement ».

¹⁶⁵⁸ C. trav., art. L. 2312-81.

¹⁶⁵⁹ C. trav., art. L. 2312-19.

indivisible et que s'il était soumis à référendum, seules s'appliqueraient les stipulations éligibles à référendum. Ce serait faire abstraction du nécessaire équilibre requis par les accords collectifs. Il y a de forts risques pour que les parties refusent de présenter un tel accord à validation référendaire pour cette raison : l'accord représente l'équilibre de l'ensemble des thèmes, qu'ils puissent ou non être soumis à référendum. Par ailleurs, le TGI de Brest a refusé ce panachage conventionnel : « *l'organisation d'une consultation des salariés sur un projet d'accord dont une partie des dispositions ne peut être validée par cette voie constitue un trouble manifestement illicite* »¹⁶⁶⁰. Cette solution est logique puisque juger l'inverse aurait permis aux acteurs de contourner l'impossibilité de recourir au référendum pour certains thèmes institutionnels. Une solution alternative consisterait, pour les parties, à réécrire l'accord : celui-ci ne comprendrait plus que les thèmes ouverts à référendum et permettrait, le cas échéant, de le réadapter pour tenir compte de l'équilibre requis¹⁶⁶¹.

319. Transition. L'accord global permet d'inclure une très grande majorité des thèmes ouverts à la négociation sur l'instance ; il est unique. S'il offre certains intérêts, notamment s'agissant des concessions réciproques, il s'expose à certaines limites temporelles. Aussi, l'agrégation de modalités de conclusion différentes est également problématique. Il conviendra d'user des modalités les plus strictes pour valider l'ensemble de l'accord.

¹⁶⁶⁰ TGI Brest, ord. réf., 6 sept. 2019, n° 19/00304 ; V. à ce sujet M. CARO, Le référendum ne peut sauver un accord minoritaire sur le CSE, Semaine Sociale Lamy févr. 2020, n° 1894, p. 49 : « *il suffit qu'un thème abordé dans un projet d'accord ne puisse pas être soumis au vote des salariés pour que la consultation sur l'ensemble du projet soit exclue. Le projet d'accord doit remplir les conditions de validité prévues pour chacun de ses thèmes* ».

¹⁶⁶¹ Cette position est partagée par Frédéric Marron : « *le seul risque résiderait dans le fait de ne pas recueillir la signature de syndicats majoritaires. Il faudrait alors renoncer à tous les aménagements conditionnés par l'obtention de la majorité, pour signer un nouvel accord moins ambitieux, et le faire valider par un référendum* » (F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2).

II. La réalisation d'accords multiples

320. Plan. Les partenaires sociaux disposent également de la possibilité de conclure de multiples accords portant sur les divers thèmes de structuration du CSE¹⁶⁶². Le Code du travail permet les négociations institutionnelles pour divers sujets. Ces opportunités sont ouvertes dans la partie législative mais également dans celle réglementaire¹⁶⁶³. La conclusion d'accords multiples peut permettre d'offrir aux partenaires sociaux une plus grande souplesse dans la négociation de l'instance (A.). La restriction des contreparties pouvant être accordées demeure néanmoins un réel inconvénient (B.).

A. Une souplesse renforcée

321. Temporalité adéquate. La contrainte temporelle ne sera plus un frein à la négociation des accords. Alors que l'accord global doit être conclu dans un bref délai, avant la conclusion du protocole d'accord préélectoral, négocier de multiples accords permet de prendre le temps de la réflexion et ne pas précipiter la conclusion d'un accord¹⁶⁶⁴.

322. Thème strictement délimité. Cette démarche permet d'encadrer le thème de la négociation et d'éviter la multiplication des domaines abordés. Elle nécessite toutefois un dialogue social constructif puisque rien n'empêche la partie salariale de formuler des demandes adjacentes ou de conditionner sa signature à certains points particuliers portant sur d'autres thèmes. La mission du négociateur d'entreprise est ici de parvenir à délimiter le

¹⁶⁶² V. par exemple s'agissant des différents thèmes de mise en place, D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « trois thèmes de négociation relèvent de la mise en place du CSE, par le renvoi qui est fait à l'article L. 2313-2 du Code du travail (sans pour autant devoir être considérées comme devant obligatoirement être négociées dans un accord unique) » ; V. également F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « rien n'interdit cependant de négocier plusieurs accords majoritaires « non référendables » selon les thèmes de négociation ».

¹⁶⁶³ Par exemple, l'article R. 2315-47 du Code du travail permet, par accord, de déterminer certains délais d'expertise.

¹⁶⁶⁴ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « nous recommandons cependant de procéder en trois temps. Ceci permet d'abord de porter la réflexion sur la configuration que l'on souhaite donner à la nouvelle instance, pour s'interroger ensuite sur sa composition et le volume d'heures de délégation, pour finir par s'attarder sur le fonctionnement du CSE, et plus particulièrement les modalités de sa consultation ».

thème de négociation et à ne faire porter les discussions que sur ces points¹⁶⁶⁵. Par ailleurs, les accords multiples ont pour avantage de faciliter leur évolution et leur adaptation. Il sera plus aisé, durant la vie de l'instance, d'adapter les stipulations qui ne semblent pas ou plus satisfaisantes¹⁶⁶⁶. La révision d'un accord global appelle le risque de renégociation sur des points adjacents. Ce danger est amoindri lorsque les thèmes sont multipliés : la négociation est, par défaut, encadrée.

323. Légitimité accrue. Enfin, la conclusion d'accords multiples s'effectuera généralement après le processus électoral (mise à part pour l'accord de mise en place). Dans ce cas, et à l'inverse de l'accord global, les personnes amenées à négocier et conclure les accords bénéficieront de toute la représentativité nécessaire au moment de signer et ce pour toute la durée du cycle électoral¹⁶⁶⁷. Cette approche permet de négocier avec des membres de l'instance sur des sujets qui les concernent directement. Cela autorise à négocier au fil de l'eau, dès lors que ces membres auront été amenés à soulever des points sensibles.

324. Modulation des accords. Cependant, la rédaction d'accords multiples ne doit pas être comprise comme la conclusion d'un très grand nombre d'accords collectifs. Réaliser des accords multiples peut se traduire par la signature de 2, 3 ou 4 accords portants sur le CSE¹⁶⁶⁸. La division la plus communément admise porte sur la distinction effectuée entre « l'accord de mise en place » et « l'accord sur le fonctionnement et les attributions »¹⁶⁶⁹. Le premier est réalisé, par nature, avant le processus électoral tandis que le second est, quant à lui, réalisé postérieurement à ce même processus. Rien n'interdit cependant d'imaginer un

¹⁶⁶⁵ M. CORREIA, Points clés de la négociation collective, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 10.

¹⁶⁶⁶ À ce sujet, V. *supra* n° 301 sur les difficultés d'une dénonciation partielle.

¹⁶⁶⁷ F. PETIT, La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 141.

¹⁶⁶⁸ Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18 : « *il ne sera donc pas surprenant de disposer dans certaines structures, de plusieurs accords : un accord sur les moyens et les règles de fonctionnement, un accord sur les attributions et un accord relatif au dialogue social* ».

¹⁶⁶⁹ Par exemple au sein de la société IFP Energies Nouvelles qui disposent d'un accord relatif à la mise en place du CSE conclu le 28 octobre 2019 (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/F--jBOlcVFBX5ovmc5AqZfugWzABZcb3vDXHA-6EiuoXjVkeCOP3owtXFu7fz3cA>) et un accord relatif aux attributions et au fonctionnement du CSE conclu le 4 décembre 2019 (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/Y6zF4tWtIAW5in8oZ6kMqfugWzABZcb3vDXHA-6EiuoXjVkeCOP3owtXFu7fz3cA>).

accord sur le fonctionnement et un accord sur les attributions, portant ainsi à 3 le nombre d'accords signés¹⁶⁷⁰. Certains pourraient également être tentés de négocier et signer un accord sur le dialogue social, portant notamment sur les parcours syndicaux (un tel accord mêlerait alors dispositions sur la négociation collective et dispositions sur la représentation du personnel)¹⁶⁷¹.

325. Approche à adopter. Existe ainsi la possibilité, pour les entreprises, de bénéficier d'une certaine souplesse dans le cadre d'accords multiples. Rien n'oblige aujourd'hui celles-ci à passer par cette voie plutôt que par la voie de l'accord global pour structurer la représentation du personnel. Chaque entreprise doit prendre en compte les avantages et les inconvénients de ce type d'approche. Aucune voie universelle n'existe sur ces sujets, chaque entreprise doit définir son choix en fonction de l'analyse qu'elle aura menée sur sa situation actuelle et ses intérêts ; chaque acteur disposera de sa stratégie de négociation¹⁶⁷².

B. Des contreparties plus restrictives

326. Compensations limitées. Le principal défaut de la réalisation d'accords multiples résulte dans la difficulté d'obtenir des concessions réciproques de la part des parties. À l'inverse, l'obtention de concessions est facilitée dans le cadre de l'accord global car celui-ci mélange l'ensemble des thèmes de négociation. Cela a pour effet de compenser, le cas échéant, des stipulations sur la mise en place avec, par exemple, certaines sur le fonctionnement¹⁶⁷³. Cette faculté est anéantie par les accords multiples. Les contreparties n'existeront qu'au sein d'un même thème de négociation ; le champ des possibilités est considérablement réduit par rapport à l'accord global.

¹⁶⁷⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 75.

¹⁶⁷¹ G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24 : « *au nom des équilibres généraux ayant pu présider à la conclusion des accords « dialogue social », la négociation sur le CSE peut aussi permettre de discuter de la représentation syndicale (ex : gestion des carrières syndicales)* ».

¹⁶⁷² L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226 : « *l'accord CSE entre très clairement dans la ronde des stratégies de négociation* ».

¹⁶⁷³ A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204.

327. Des typologies d'accords déséquilibrés. Cette limite est d'autant plus à prendre en compte que certains accords sont plus « favorables » à l'une ou l'autre des parties. S'agissant des attributions du CSE, elles sont généralement plus désavantageuses pour les employeurs. En effet, les normes imposées par les dispositions supplétives sont contraignantes : l'employeur ne pourra pas utiliser de contreparties sur ce thème. C'est pour cela que la négociation s'avère « *nécessaire car les dispositions supplétives sont, ici, très contraignantes (substantiellement plus contraignantes que celles relatives à la mise en place du CSE)* »¹⁶⁷⁴. En revanche, les employeurs pourraient concéder certaines contreparties issues des accords de mise en place du CSE (création de commissions santé, sécurité et conditions de travail, de représentants de proximité...) pour compenser les règles portant sur les attributions du CSE (augmentation des délais portant sur les consultations récurrentes, diminution de la BDES...). Certains soulignent également que les directions « *font des concessions sur les moyens en échange de réduction sur les attributions des représentants du personnel, notamment sur la fréquence des réunions et des consultations et le nombre des expertises* »¹⁶⁷⁵. À l'inverse, les règles supplétives sur le fonctionnement ne satisfont pas les délégations salariées qui souhaitent généralement obtenir davantage concernant leur nombre d'heures de délégation, sur les moyens qui leur sont conférés, sur le montant des budgets de fonctionnement et d'ASC...¹⁶⁷⁶ C'est d'ailleurs ce que relève le professeur Grégoire Loiseau : « *l'objectif du législateur est de favoriser, de façon générale, la norme conventionnelle pour organiser le CSE, en ce compris ses moyens de fonctionnement. Les règles légales sont dans ces conditions conçues pour faire office de minimum : elles posent le strict nécessaire pour pourvoir à l'action des élus. Du coup, le satisfaisant relève du négocié* »¹⁶⁷⁷. La loi ne pose ici que le minimum, ce qui contraint les élus à négocier sur leurs moyens.

¹⁶⁷⁴ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁶⁷⁵ M. KLEIN, Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 9.

¹⁶⁷⁶ Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 5 (<https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf>).

¹⁶⁷⁷ G. LOISEAU, Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie, Dr. soc. 2018, p. 713.

328. Contrainte contournable. L'inadéquation des concessions réciproques mobilisables selon le thème de négociation ne favorise pas le recours aux accords multiples. Pour remédier à cette difficulté, un compromis pourrait être réalisé entre accord global et accord multiple. Certains accords pourraient être regroupés, par exemple en rédigeant un accord portant sur le fonctionnement et les attributions du CSE¹⁶⁷⁸. Dans cette hypothèse, les difficultés s'amenuisent. L'autre possibilité est de négocier des concessions de manière globale et générale tout en signant des accords multiples et séparés. Pour remédier aux difficultés de l'oral¹⁶⁷⁹ et de la confiance requise entre les parties si les accords sont espacés dans le temps, les partenaires sociaux pourront s'accorder sur diverses concessions en rédigeant directement les accords séparés ; cela clarifie les éléments et permet de réviser plus simplement certains points de l'accord.

329. Concessions au-delà de la représentation du personnel. Certains auteurs vont même au-delà et imaginent que d'autres négociations, sans rapport direct avec la représentation du personnel, pourront impacter la recherche de concessions sur la structuration de celle-ci. Cette approche se situe en plein cœur des relations sociales et pointe du doigt le défaut parfois relevé par la pratique : les intérêts des élus sur certains points passent avant une analyse globale et focalisée sur le sujet concerné. Ainsi, « *l'accord collectif dépasse très largement le seul domaine du droit et rejoint l'univers des relations sociales : l'on entend déjà quelques représentants syndicaux subordonner la négociation sur tel ou tel sujet (rémunération, travail de nuit...) à la condition de négocier, par exemple, sur le nombre d'heures de délégation ou sur les moyens accordés aux représentants de proximité* »¹⁶⁸⁰. Rien n'empêche cependant, pour un point bloquant mais pourtant indispensable aux yeux d'une partie, de prévoir une concession sur un thème extérieur au CSE. Une telle approche paradoxale nécessite de disposer d'une grande confiance

¹⁶⁷⁸ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18 : « un accord no 2, lui aussi majoritaire, serait relatif à la négociation des moyens et du fonctionnement du CSE ainsi qu'à ses attributions (heures de délégation, modalités et nombre des réunions...) ».

¹⁶⁷⁹ « *verba volant, scripta manent* » (« Les paroles s'envolent mais les écrits restent »).

¹⁶⁸⁰ L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226.

réciproque entre les parties puisqu'il sera courant que les deux négociations ne soient pas portées concomitamment.

330. Conclusion. Les parties demeurent libres d'orienter leur volonté entre l'accord global et les accords multiples. Chacun dispose d'atouts mais aussi d'obstacles qu'il conviendra d'évaluer selon la réalité de l'entreprise et l'état de son dialogue social.

§2. Le contrôle du contenu de l'accord institutionnel

331. Conformité du contenu aux dispositions d'ordre public. Après avoir évoqué le contenu des accords selon leur structure (accord global ou accords multiples), doivent être évoquées les limites applicables au contenu de ces accords. L'accord institutionnel doit respecter les opportunités ouvertes par la loi pour négocier sur les différents thèmes ; à défaut, ces accords sont ouverts à contestation¹⁶⁸¹. Divers fondements peuvent être retenus : non-respect des règles de conclusion, absence de loyauté, violation des dispositions d'ordre public mentionnées dans le Code du travail¹⁶⁸²... Pour cette seconde hypothèse, les juges devraient annuler les parties de l'accord enfreignant ces dispositions¹⁶⁸³.

332. Au-delà de l'ordre public explicite. Une autre hypothèse doit être abordée. Voilà un accord institutionnel qui respecte les dispositions légales prévues au sein du Code du travail ; pourrait-il être contesté sur des fondements extérieurs à ces dispositions légales ? Un accord institutionnel peut, par exemple, être conclu et porter sur les délais dont dispose un expert pour rendre son rapport. Les textes légaux n'imposent aucun minimum¹⁶⁸⁴. Quid si les parties fixent un délai extrêmement court ? Les juges disposent-ils dans cette situation du pouvoir d'annuler cette stipulation ? Dans ce cas, sur quel fondement ? À l'inverse, le

¹⁶⁸¹ V. *infra* n° 405 et s.

¹⁶⁸² B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 1053 et s. ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 470.

¹⁶⁸³ R. CHISS, *L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs*, JCP S 2017, 1132.

¹⁶⁸⁴ C. trav., art. L. 2315-85 et C. trav., art. R. 2315-47 ; V. s'agissant de l'avis du CSE, J. MORIN, *Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales*, Dr. ouvr. 2018, p. 457 : « *il est donc théoriquement possible de convenir que le CSE ou le CSE central rendra son avis dans un délai inférieur à 15 jours* ».

respect des obligations légales et la signature des parties suffisent-ils à rendre l'accord conforme ? Ces hypothèses sont en réalité multiples : quid de l'entreprise aux très nombreux sites qui met en place, par accord institutionnel, un CSE unique ?¹⁶⁸⁵ Quid de l'entreprise qui décide, par accord, de fournir peu d'informations aux élus dans le cadre des consultations¹⁶⁸⁶ ou de la BDES¹⁶⁸⁷ ? Malgré la conformité de ces stipulations aux dispositions issues du Code du travail, les juges peuvent-ils invoquer des normes permettant de garantir l'exercice utile des compétences du CSE ?

333. Mise en application pratique. De nombreuses entreprises souhaitent obtenir des avancées significatives sur certains des thèmes évoqués précédemment¹⁶⁸⁸. Les représentants des salariés, afin d'obtenir des compensations sur les moyens du CSE, sont incités à concéder sur les attributions de l'instance¹⁶⁸⁹. Certains élus pourraient se focaliser sur leurs moyens et non sur les missions de l'instance ; c'est le risque d'une « négociabilité » renforcée de l'instance¹⁶⁹⁰. À l'inverse, les entreprises redoutent les dispositions relatives aux attributions du CSE¹⁶⁹¹.

334. Double liberté. Ces difficultés d'appréhension peuvent se présenter devant un juge, notamment lorsqu'un élu ou un syndicat minoritaire voudra contester l'accord institutionnel. Les juges risquent d'être confrontés à une articulation délicate entre la force conférée aux

¹⁶⁸⁵ C. trav., art. L. 2313-2.

¹⁶⁸⁶ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁶⁸⁷ C. trav., art. L. 2312-21.

¹⁶⁸⁸ Par exemple sur la mise en place d'un établissement unique, V. Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 4, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf> : « une priorité des Directions : revoir les périmètres d'établissements pour concentrer les instances ».

¹⁶⁸⁹ Rapport Orseu-Amnyos pour le comité d'évaluation des ordonnances, 23 sept. 2019, p. 5, <https://www.orseu.com/wp-content/uploads/2019/11/Livret-ordonnances-ORSEU-AMNYOS.pdf>.

¹⁶⁹⁰ C'est d'ailleurs ce qu'a relevé la note d'étape de 2018 sur l'évaluation des Ordonnances Macron : « différents points d'attention soulignés [dont] la focalisation sur les moyens de ces nouvelles instances » (Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail, Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation, France Stratégie, déc. 2018, p. 10, <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-rapport-ordonnances-travail-final-web-14122018.pdf>) ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632 : « c'est l'instance elle-même, tiers aux négociations, qui a le plus à perdre ».

¹⁶⁹¹ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

accords collectifs ces dernières années, notamment en raison de leur légitimité¹⁶⁹², et la nécessité de garantir le bon fonctionnement des instances de représentation du personnel¹⁶⁹³. Deux approches sont possibles : un ordre public de la représentation du personnel peut être invoqué par les juges, créant un ordre public implicite¹⁶⁹⁴ à dévoiler (I.). À l'inverse, la légitimité conférée aux accords collectifs peut leur offrir une plus grande liberté dans leur contenu, sous réserve de respecter les dispositions légales en vigueur (II.). Cette double approche concurrente est aujourd'hui évoquée s'agissant de nombreux thèmes (détermination des établissements distincts, délais, contenu des informations...).

I. Un ordre public de la représentation du personnel

335. Objet. Nombre de praticiens estiment que les règles en vigueur se résument aux dispositions insérées dans le Code du travail. S'agissant du CSE, l'ensemble des dispositions applicables ont été insérées en 2017¹⁶⁹⁵ et 2018¹⁶⁹⁶. Les dispositions d'ordre public explicites¹⁶⁹⁷ encadrent le champ de la négociation, celui-ci n'est pas sans « bornes »¹⁶⁹⁸. Cependant, certaines dispositions d'ordre public explicites, bien qu'identifiées, peuvent être difficilement saisissables ou ouvertes à interprétation¹⁶⁹⁹. Elles peuvent constituer une première difficulté pour les partenaires sociaux dans l'analyse de leurs opportunités¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹² V. *infra* n° 349.

¹⁶⁹³ J.-P. TRICOIT, La négociation collective et la représentation du personnel, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782.

¹⁶⁹⁴ Nous qualifierons d'ordre public implicite, les dispositions d'ordre public applicable à l'instance qui ne figurent pas expressément au sein du code du travail. Certains auteurs parlent d'ordre public « innommé » : B. GAURIAU, L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs, JCP S 2017, 1131.

¹⁶⁹⁵ Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, JO n° 223, 23 sept. 2017.

¹⁶⁹⁶ L. n° 2018-217, 29 mars 2018, JO n° 76, 31 mars 2018.

¹⁶⁹⁷ Nous qualifierons d'ordre public explicite les dispositions assimilées à l'ordre public clairement exprimées au sein du code du travail : ces dispositions sont explicites car facilement identifiables par les parties. Certains auteurs parlent d'ordre public « nommé » : B. GAURIAU, L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs, JCP S 2017, 1131.

¹⁶⁹⁸ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « *c'est ici au « champ du négociable » qu'il convient de prêter attention car, contrairement aux apparences, il n'est pas dit que celui-ci soit sans bornes* ».

¹⁶⁹⁹ E. JEANSEN, La détermination de l'ordre public, une (vaine) tentative législative ?, in Mélanges B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 827 et s.

¹⁷⁰⁰ B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292 : « *les dispositions légales composant la rubrique « ordre public » sont parfois riches de termes susceptibles d'interprétations multiples, dont certaines de nature à conduire à un élargissement important du domaine de l'impératif* ».

Outre les limites explicites posées par les dispositions d'ordre public, la question des limites implicites doit être abordée¹⁷⁰¹. Existe-t-il des bornes imposées par les juges qui ne sont pas prévues explicitement par le législateur ? Autrement dit, existe-t-il un ordre public de la représentation du personnel, composé de différentes sources (normes légales, normes constitutionnelles, normes internationales, positions jurisprudentielles) qui auraient pour effet de contraindre les acteurs ?¹⁷⁰² Il conviendra de tenter de définir la notion d'ordre public de la représentation du personnel (A.) avant d'évoquer son application éventuelle au CSE (B.).

A. Notion d'ordre public de la représentation du personnel

336. Définition de l'ordre public. En préambule, il convient de rappeler que l'ordre public « *est la marque de certaines règles légales ou réglementaires qui tirent leur suprématie de leur objet et auxquelles législateur et juge reconnaissent une supériorité : elles visent la défense d'un intérêt général devant lequel doivent s'incliner les intérêts particuliers et les conventions qui les expriment* »¹⁷⁰³. Comment cet ordre public se diffuse-t-il au sein de la représentation du personnel ? Ce dernier doit d'abord être recherché à travers plusieurs sources juridiques¹⁷⁰⁴.

337. L'ordre public explicite inséré au sein du Code du travail. L'ordre public explicite trouve sa source au sein du Code du travail ; il peut être facilement localisé au sein des dispositions apparentées « ordre public »¹⁷⁰⁵. Cette facilité n'est toutefois pas uniforme,

¹⁷⁰¹ Cabinet ATLANTES Avocats *in* Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 7 : « *autre observation de terrain après quelques mois : tout est négociable, et négocié, au point d'en oublier que certaines dispositions d'ordre public excluent toute négociation, au point d'en oublier que d'autres articles et dispositions ont valeur de loi et sont donc impératifs* ».

¹⁷⁰² J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457 : « *l'un des effets incidents de chacun des réordonnements du droit du travail est ainsi de faire émerger dans son sillage des normes supra-légales, lesquelles forment comme autant d'ombres des règles nouvellement instituées par le pouvoir étatique* » ; V. également C. GUYON, L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016.

¹⁷⁰³ F. FAVENNEC-HERY, L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126.

¹⁷⁰⁴ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 04/2019, p. 235.

¹⁷⁰⁵ F. BERGERON-CANUT, L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ?, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 51.

plusieurs dispositions laissent une marge importante à l'interprétation¹⁷⁰⁶. S'agissant de l'information des membres élus, le Code du travail précise que le CSE « *dispose d'un délai d'examen suffisant et d'informations précises et écrites transmises ou mises à disposition par l'employeur* »¹⁷⁰⁷. Cet article ne relève pas du triptyque et n'est donc pas assimilé à l'« ordre public ». Il fait partie des dispositions « sans étiquette »¹⁷⁰⁸. Pourtant, cet article est d'ordre public ; il évoque une limite générale et indérogeable¹⁷⁰⁹ à laquelle les négociateurs ne peuvent se soustraire¹⁷¹⁰. Les partenaires sociaux peuvent, malgré cette limite, négocier sur ce thème. Le législateur a précisé que la négociation portait sur « *la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations* »¹⁷¹¹. La notion de « nécessaire » semble contraindre les partenaires sociaux à définir un socle d'informations indispensables à l'exercice de la consultation¹⁷¹². Cet article démontre bien l'enjeu des développements à venir : qui est maître de la définition d'« informations nécessaires » ? Le juge à travers son pouvoir d'appréciation des dispositions d'ordre public ou bien les parties en raison de la conclusion d'un accord collectif ?¹⁷¹³ Un tel débat trouve également écho s'agissant de la BDES. Le législateur, qui ouvre de manière importante le champ du négociable sur ce thème,

¹⁷⁰⁶ B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292.

¹⁷⁰⁷ C. trav., art. L. 2312-15, al. 2.

¹⁷⁰⁸ C'est-à-dire qui ne sont pas apparentées à l'ordre public, au champ de la négociation ou aux dispositions supplétives ; V. en ce sens E. JEANSEN, La détermination de l'ordre public, une (vaine) tentative législative ?, in Mélanges B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 827 et s. : « *l'ensemble du code du travail n'est pas organisé sous la forme du diptyque. De nombreux articles du code énoncent, plus classiquement, des règles sans afficher leur caractère d'ordre public. Celui-ci peut toutefois en résulter* ».

¹⁷⁰⁹ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁷¹⁰ C. WOLMARCK, Répertoire de droit du travail, Comité social et économique : attributions générales en matière économique, Dalloz, 2019, n° 269 : « *cette disposition générale ne manque pas d'interroger. En effet, les délais prévus par le code du travail ou par l'accord sont-ils nécessairement suffisants, notamment dans le cadre de projet de grande ampleur ? Autrement dit, le CSE pourrait-il demander et obtenir un délai d'examen plus long que celui prévu par la loi ou l'accord s'il s'avère que cela est nécessaire pour rendre son avis ? [...] si ces délais ne permettent pas d'atteindre l'effet utile recherché, il devrait pouvoir être allongé* ».

¹⁷¹¹ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁷¹² S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 206 : « *le respect [du principe selon lequel l'instance doit disposer d'informations précises et écrites] impose aux parties de déterminer les informations dont la présence, eu égard aux caractéristiques de l'entreprise, est indispensable à l'organisation de chaque consultation* ».

¹⁷¹³ J.-J. JARRY, Négocier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28 : « *il n'existe aucune disposition d'ordre public ou conventionnelle qui encadre, ou limite, ces informations. Dès lors, nous pourrions penser que les stipulations d'un tel accord suffisent à les délimiter* ».

précise que « *l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données sont tels qu'ils permettent au comité social et économique et, le cas échéant, aux délégués syndicaux d'exercer utilement leurs compétences* »¹⁷¹⁴. Le législateur semble avoir incorporé certains « *gardes fous* »¹⁷¹⁵ : l'information confiée aux élus est capitale puisqu'elle structure les missions de l'instance¹⁷¹⁶. La marge de manœuvre offerte aux négociateurs s'avère réduite. Il est difficile d'appréhender le contrôle opéré par les juridictions sur ces dispositions légales ; celles-ci demeurent abstraites¹⁷¹⁷ : quelles informations sont « nécessaires » ?¹⁷¹⁸ Quelles informations permettent « l'exercice utile des compétences » ?¹⁷¹⁹ Face à ces contraintes, l'accord collectif dispose-t-il de certains atouts pour atténuer le degré de contrôle des juridictions ? Ces interrogations, présentes pour l'ordre public explicite, seront également posées s'agissant de l'ordre public implicite, qui n'émane pas du Code du travail mais repose sur d'autres sources juridiques¹⁷²⁰.

338. Source constitutionnelle. La première repose sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce dernier prévoit que : « *tout travailleur participe, par*

¹⁷¹⁴ C. trav., art. L. 2312-21.

¹⁷¹⁵ S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402 : « *si les possibilités d'adaptation conventionnelles sont diversifiées, elles connaissent des limites. Plusieurs garde-fous ont été instaurés afin de préserver les attributions du CSE et ainsi éviter que ces dernières soient vidées de leur substance* » ; L. MILET, L'accès à l'information des membres du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 439.

¹⁷¹⁶ S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD, La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JCP S 2018, 1170 : « *si le contenu de la BDES dépend en pratique de son rôle et de sa place voulus par les partenaires sociaux par rapport aux réalités de l'entreprise, sa consistance devra être appréhendée à la lumière de l'objectif recherché : permettre au CSE d'exercer utilement ses compétences* ».

¹⁷¹⁷ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18 : « *les parties à la négociation ont une grande marge de manœuvre en la matière [...] sous réserve que le CSE puisse exercer utilement sa compétence* ».

¹⁷¹⁸ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76 : « *comment ce principe peut être respecté si certaines rubriques sont écartées par l'accord ?* ».

¹⁷¹⁹ V. par exemple la saisine du Conseil Constitutionnel suite à la mise en place du CSE visant à faire constater que les élus ne disposaient plus des moyens utiles à l'exercice de leur compétence : G. LOISEAU, Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie, Dr. soc. 2018, p. 713.

¹⁷²⁰ V. à ce sujet les questionnements de Joseph Morin sur « *l'affaiblissement des standards de protection offerts par le droit légiféré* », le législateur ne légiférerait plus pour donner une « *assise concrète par la loi* » aux normes supra-légales mais viendrait légiférer « *malgré elles* » (J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457). V. également : R. CHISS, L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs, JCP S 2017, 1132.

l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Cet article garantit aujourd'hui le droit de participation des salariés¹⁷²¹. Il pourrait être invoqué pour garantir aux salariés une représentation adéquate par exemple lors de la détermination des établissements distincts¹⁷²² ou s'agissant de l'information-consultation des élus¹⁷²³. Il pourrait également être revendiqué lorsque le contenu de l'accord collectif conduit à empêcher les représentants d'exercer utilement leurs compétences¹⁷²⁴. Pour autant, cet article pourrait être pris *a contrario* en considérant que l'accord permet la participation des salariés à travers leurs délégués légitimes¹⁷²⁵. L'accord se rapporte au droit de participation des salariés à travers les délégués syndicaux¹⁷²⁶. N'est-ce pas justement un fondement pour justifier le contrôle restreint des juges face aux accords collectifs ?¹⁷²⁷ Quelle que soit la position retenue, l'argument constitutionnel demeure

¹⁷²¹ Y. FERKANE, De quelques usages du principe de participation, RDT 2018, p. 67 ; I. ODOUL-ASOREY, Principe de participation des travailleurs et droit du travail, Dr. soc. 2014, p. 356 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 44.

¹⁷²² V. *infra* n° 343 ; V. en ce sens : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358.

¹⁷²³ L. BEZIZ, Délai de consultation du CSE : le point de départ en question, Semaine Sociale Lamy oct. 2018, n° 1831, p. 60 : « *la consultation du comité social et économique est une affaire sérieuse. Elle est l'une des modalités d'exercice du droit constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises énoncé au huitième alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946* » ; G. AUZERO, Comité social et économique : attributions économiques et recours à des experts, Etudes Joly Sociétés oct. 2019 : « *ce « pouvoir consultatif » constitue, avec toutes les limites qu'il implique, l'expression majeure du principe constitutionnel de participation tel qu'il figure dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ».

¹⁷²⁴ En effet pour le Professeur Pagnerre : « *la détermination de la liberté conventionnelle laissée aux partenaires sociaux doit, en tout état de cause, être lue à la lumière du principe constitutionnel de participation, garanti par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui innerve cette matière ; ce principe reste un guide d'interprétation indispensable lorsqu'apparaît « le silence », « l'obscurité » ou « l'insuffisance de la loi »* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 04/2019, p. 235).

¹⁷²⁵ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 541 (note de bas de page n° 64).

¹⁷²⁶ V. à ce sujet, H. VIART, Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526, Dr. ouvr. 2019, p. 93 : « *sans l'écrire, c'est très certainement un équilibre entre le principe de participation et l'autonomie collective qu'a tenté de rechercher le TGI. La balance penche toutefois en faveur de l'autonomie collective, cette dernière étant, en réalité, une illustration du principe de participation* ».

¹⁷²⁷ « *La convention collective a acquis au fil du temps une valeur normative particulière. En raison de la reconnaissance constitutionnelle du principe de participation inscrit dans le préambule de 1946, l'État n'a pas, n'a plus, le monopole de la production normative* » (F. FAVENNEC-HERY, L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126).

invocable en cas de contentieux¹⁷²⁸. Le législateur doit respecter le droit constitutionnel de participation dans les règles qu'il met en place, l'accord collectif et ses marges de manœuvre devraient permettre de garantir effectivement ce principe¹⁷²⁹. Toutefois, l'appréciation du principe de participation demeure largement ouverte à interprétation, les juges seront amenés à déterminer la mise en œuvre d'un tel principe s'agissant des dispositions propres au CSE¹⁷³⁰.

339. Droit de l'Union européenne. Le droit de l'Union Européenne a également un rôle à jouer dans la détermination d'un ordre public de la représentation du personnel¹⁷³¹. La Directive 2002/14 fixe certaines obligations à l'égard des États¹⁷³². L'objet de la directive est « *d'établir un cadre général fixant des exigences minimales pour le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises ou les établissements situés dans la Communauté* »¹⁷³³. Cette dernière prévoit notamment à son article 4 que : « *l'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, susceptibles notamment*

¹⁷²⁸ Il a d'ailleurs été invoqué durant la crise du COVID-19 où un décret a réduit les délais d'information-consultation et d'expertise du CSE. Certains syndicats ont saisi le Conseil d'État. Ces délais trop brefs porteraient atteinte au principe constitutionnel de participation. Le Conseil d'État n'a pas accédé à la demande des requérants (Conseil d'État, Juge des référés, Ordonnance n° 441032 du 30 juin 2020).

¹⁷²⁹ C. WOLMARCK, Répertoire de droit du travail, Comité social et économique : attributions générales en matière économique, Dalloz, 2019, n° 21 : « *le législateur dispose d'une latitude importante pour déterminer les modalités de l'information-consultation de la représentation élue du personnel, mais l'existence d'une information et d'une consultation des travailleurs constitue un socle que le législateur ne saurait supprimer, d'autant que le droit de l'Union européenne protège également ces modalités de participation des salariés à la gestion des entreprises* ».

¹⁷³⁰ J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457.

¹⁷³¹ G. AUZERO, Comité social et économique : attributions économiques et recours à des experts, Etudes Joly Sociétés oct. 2019 : « *mais, le droit à l'information et à la consultation du CSE ne découle pas uniquement des exigences de nos normes internes. Il convient, en effet, de ne pas oublier que, en application de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales* ». Ce droit fondamental se trouve concrétisé par la directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne » ; V. également : M. SCHMITT, Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne, Dr. ouvr. 2019, p. 438.

¹⁷³² F. CHAMPEAUX, La Cour de cassation à l'épreuve du droit de l'Union européenne, Semaine Sociale Lamy 2 déc. 2019, n° 1885, p. 10 : « *la directive 2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne pourrait avoir une influence déterminante. Le juge français n'a plus le choix. Il devra, dans la détermination de sa jurisprudence, se référer aux objectifs de la norme de droit et à sa raison d'être* ».

¹⁷³³ Directive 2002/14/CE, 11 mars 2002, JO n° L 080 23 mars 2002, p. 29.

de permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen adéquat et de préparer, le cas échéant, la consultation ». Cette approche de l'information et de la consultation des représentants du personnel est importante, même si les « modalités sont largement laissées à la détermination des États membres »¹⁷³⁴. Les exigences européennes se confondent avec les opportunités de négociation ouvertes sur le CSE. Le « triptyque »¹⁷³⁵ européen extrait de la directive porte, comme le champ de la négociation nationale sur le moment de l'information, la façon et le contenu¹⁷³⁶. Le droit européen impose une obligation : ces éléments doivent permettre aux représentants de réaliser « un examen adéquat et de préparer la consultation »¹⁷³⁷. Il faut donc que les représentants du personnel puissent utilement exercer leurs compétences¹⁷³⁸ ; peu important d'ailleurs que la loi laisse le soin aux partenaires sociaux de négocier ces sujets¹⁷³⁹. L'accord institutionnel serait donc contraint de se conformer à cette obligation européenne. Il convient cependant de rappeler que cette notion d'exercice utile des compétences est présente dans le Code du travail s'agissant des dispositions relatives à la BDES¹⁷⁴⁰ ; le législateur français a anticipé cette contrainte. Toutefois, les dispositions relatives à la négociation des informations communiquées lors des consultations récurrentes ne mentionnent pas un tel principe¹⁷⁴¹. Les négociateurs pourraient réduire « de manière très significative »¹⁷⁴² le nombre d'informations communiquées. Le principe posé par la directive paraît néanmoins agir comme un minimum incompressible. Ces dispositions semblent être applicables par les juges

¹⁷³⁴ G. AUZERO, Comité social et économique : attributions économiques et recours à des experts, *Etudes Joly Sociétés* oct. 2019 : « si ces textes fixent des exigences de principe tendant à garantir l'effet utile de l'information et de la consultation du CSE, leurs modalités sont largement laissées à la détermination des États membres » ; H. TISSANDIER, Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?, *Dr. soc.* 2015, p. 889.

¹⁷³⁵ C. MARIANO, Délai de consultation du CSE et information insuffisante : les pouvoirs du juge augmentés à la lumière du droit à l'information appropriée, *Bull. Joly Travail* avr. 2020, n° 4, p. 23.

¹⁷³⁶ C. trav., art. L. 2312-19.

¹⁷³⁷ Directive 2002/14/CE, 11 mars 2002, JO n° L 080 23 mars 2002, p. 29, art. 4.

¹⁷³⁸ P. RODIERE, Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise, *Semaine Sociale Lamy* nov. 2002, n° 1098, p. 6.

¹⁷³⁹ V. également sur le rejet de la possibilité d'écarter des thèmes comme la durée du travail ou la formation professionnelle des consultations récurrentes compte tenu de la directive européenne précitée : Y. PAGNERRE, K. PAGANI, *Le vade-mecum des Ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 128.

¹⁷⁴⁰ C. trav., art. L. 2312-21.

¹⁷⁴¹ V. sur le lien entre la BDES et les informations fournies dans le cadre des consultations récurrentes : J.-J. JARRY, Négocier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, *Cah. DRH* oct. 2018, n° 257, p. 28.

¹⁷⁴² G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, *Bull. Joly Travail* déc. 2019, n° 12, p. 70.

qui contrôlèrent, au cas par cas, la possibilité laissée aux élus de donner un avis en pleine connaissance de cause¹⁷⁴³. Si la notion requiert obligatoirement l'interprétation des juges, elle demeure néanmoins suffisamment précise. S'agissant de la mise en place de l'instance, la directive vient encadrer la notion d'établissement. Il s'agit d' « *une unité d'exploitation définie conformément à la législation et aux pratiques nationales, et située sur le territoire d'un État membre, dans laquelle est exercée de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens* »¹⁷⁴⁴. Pour certains auteurs, cette définition serait incompatible avec la possibilité de déterminer les établissements distincts librement par la conclusion d'un accord collectif¹⁷⁴⁵. Le pouvoir de ce dernier face aux règles – à expliciter – d'ordre public est de nouveau contesté. L'ordre public de la représentation du personnel pourrait se fonder sur les dispositions européennes, contraignant les négociateurs dans leur liberté conventionnelle¹⁷⁴⁶.

340. Norme jurisprudentielle. Outre ces textes, le juge pourrait invoquer de manière plus ou moins explicite et autonome un ordre public de la représentation du personnel, comme il a pu le faire pour l'égalité de traitement¹⁷⁴⁷. L'exercice utile des compétences des élus serait

¹⁷⁴³ V. particulièrement : C. MARIANO, Délai de consultation du CSE et information insuffisante : les pouvoirs du juge augmentés à la lumière du droit à l'information appropriée, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 4, p. 23.

¹⁷⁴⁴ Directive 2002/14/CE, 11 mars 2002, JO n° L 080 23 mars 2002, p. 0029, art. 2. Il convient de noter également que l'article 4 § 4 b de la directive précise que la consultation s'effectue « *au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité* ».

¹⁷⁴⁵ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 ; F. SIGNORETTO, Établissements distincts et mise en place d'un CSE : le débat est relancé, RDT 2020, p. 133.

¹⁷⁴⁶ F. CHAMPEAUX, La Cour de cassation à l'épreuve du droit de l'Union européenne, Semaine Sociale Lamy 2 déc. 2019, n° 1885, p. 10 : « *la chambre sociale devrait aussi se poser la question du contrôle du juge du périmètre de l'établissement distinct négocié par les partenaires sociaux dans le cadre de la mise en place du comité social et économique (CSE)* » ; V. également sur les nombreuses normes européennes invocables pour « *riposter* » face aux Ordonnances « Macron » : J. KRIVINE, « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151.

¹⁷⁴⁷ V. *infra* n° 350. À ce titre est-ce le rôle du juge d'invoquer de tels normes ? : « *le juge ne devrait pas créer de droit ; c'est en démocratie le monopole des organes politiques : le peuple et ses représentants. La création du principe d'égalité de traitement est ainsi dénoncée par certains comme illégitime* » (S. VAN DER VLIST, Les fondements juridiques du principe d'égalité de traitement, JCP S 2015, 1055).

le socle fondateur de la notion d'ordre public de la représentation du personnel¹⁷⁴⁸. Elle s'inspirerait des normes constitutionnelles et européennes qui semblent aller en ce sens¹⁷⁴⁹. Au-delà des textes, les juges seraient amenés à veiller au respect de ce principe. Monsieur Joseph-Antoine Morin apporte certaines précisions sur ces règles applicables. Les accords devraient contenir : « *des garanties de nature quantitative (moyens suffisants et temps de réflexion adéquat), mais également qualitatives (informations de qualité sur la décision à venir, possibilité d'influer sur son contenu, obligation pour l'employeur de répondre aux représentants du personnel), indispensables pour que se déroule une discussion où les intérêts des salariés soient effectivement entendus et éventuellement pris en compte* »¹⁷⁵⁰. Les juges doivent toutefois, selon une partie de la doctrine, utiliser ces facultés avec « *parcimonie* », pour éviter une « *réification des droits fondamentaux* » qui conduirait à faire perdre l'autorité et la légitimité de ceux-ci¹⁷⁵¹.

341. Conclusion partielle. De multiples sources peuvent ainsi être évoquées au soutien de l'ordre public de la représentation du personnel. Ces dernières contiennent des obligations qui semblent contraindre la liberté des partenaires sociaux pour garantir l'exercice utile des

¹⁷⁴⁸ V. à propos de l'arrêt Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081 : « *un pas est incontestablement fait dans le sens de l'expression collective des salariés et de l'effet utile de la consultation, et annonce probablement la direction dans laquelle la Cour de cassation entend engager sa jurisprudence* » (F. FEVRIER, P. VIGNAL, L'avis du comité d'entreprise n'est pas un long fleuve tranquille, Semaine Sociale Lamy oct. 2019, n° 1877, p. 75) ; V. également : G. LOISEAU, L'âge d'or du CHSCT : une information suffisante pour un avis utile, JCP S 2013, 1447.

¹⁷⁴⁹ Le droit à la négociation collective est « *légitimé et borné par la Constitution* » (J. DANIEL, Contribution à l'étude de la constitutionnalisation, les principes constitutionnels et le droit du travail, thèse dactyl., université Panthéon-Assas (Paris II), 2000, p. 83).

¹⁷⁵⁰ J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457.

¹⁷⁵¹ P.-Y. VERKINDT, L'appel aux droits fondamentaux en matière sociale, Dr. soc. 2019, p. 503 : « *l'irruption massive de la référence aux droits fondamentaux n'est pas sans effets pervers. Le premier d'entre eux, sur lequel il n'est point besoin de s'étendre longtemps, est celui qui consisterait à s'en servir comme d'une « béquille » intellectuelle pour une pensée molle. L'avantage qu'en retire celui qui les utiliserait de la sorte est indéniable car ce faisant il disqualifie par avance toute contestation. Le deuxième effet aussi vicieux quoique plus subtil est celui d'une réification des droits fondamentaux par une vision excessivement juridico-juridique et d'une fossilisation dans une sorte de catéchisme dont il serait hérétique de discuter le contenu. Là où les droits fondamentaux offrent une ressource pour la mise en cause, parfois nécessaire, de la légitimité du droit positif, ils rejoindraient la grande masse des normes, perdant par là même leur puissance évocatrice et contestatrice. Il est donc heureux que, quoique souvent invoqués, les droits fondamentaux ne semblent être utilisés qu'avec parcimonie par le juge français pour parvenir à une solution* ».

compétences de l'instance¹⁷⁵². Toutefois, leur large faculté d'interprétation ne permet pas d'appréhender la position des juges face à ces normes s'agissant de l'accord institutionnel. C'est l'articulation entre ordre public de la représentation du personnel et légitimité des accords collectifs qui devra être évoquée¹⁷⁵³. Les premières décisions jurisprudentielles viendront éclaircir la portée de ces normes. À ce titre, il convient de mentionner les différents débats liés à cette articulation qui demeurent en question s'agissant du CSE.

B. Application pratique de l'ordre public de la représentation du personnel

342. Double approche. L'aspect novateur du triptyque se confond avec le développement conséquent de la négociation. Cette dernière se déploie tout comme les interrogations liées à ses limites¹⁷⁵⁴. Les dispositions relatives au CSE sont particulièrement concernées par ces interrogations : contenu des informations communiquées, modalités d'expertise, délais appliqués, établissements distincts...¹⁷⁵⁵ La doctrine s'interroge sur ces nombreux thèmes entre dévoilement de l'ordre public et puissance de l'accord collectif¹⁷⁵⁶. L'absence de position jurisprudentielle renforce ces doutes¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵² G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 262 : « *la principale source de limitation de l'autonomie collective réside à présent dans les libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution et par les actes internationaux de valeur supra-légale. [...] De plus en plus souvent la Cour de cassation se fonde sur ces droits et libertés, et vise les instruments qui les consignent, pour censurer des actes contraires, qu'ils émanent d'employeurs agissant unilatéralement ou qu'ils de négociations collectives* ».

¹⁷⁵³ L. DAUXERRE, *L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique*, JCP S 2018, 1102 : « *[les juges] devront s'assurer que les entités identifiées garantissent à l'institution un fonctionnement efficient et lui permettent d'exercer au mieux ses attributions. Ce critère essentiel ne saurait être occulté par les partenaires sociaux* » ; V. également sur la présence et l'autorité « *accrue* » des normes supra-légales : B. TEYSSIE, *Un nouveau droit du travail ?*, JCP S 2015, 1234.

¹⁷⁵⁴ L. GAMET, *L'autonomie collective*, Dr. soc. 2020, p. 448.

¹⁷⁵⁵ B. TEYSSIE, *La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement*, JCP S 2016, 1292 : « *le risque existe par ailleurs que s'engage une autre bataille, judiciaire, les demandeurs faisant notamment valoir que l'accord intervenu excède, en tout ou partie, le champ offert à la négociation collective : il mord sur les terres de l'ordre public dans un sens non favorable aux salariés* ».

¹⁷⁵⁶ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, *Le CSE à droit continu*, JCP S 2020, 1069 : « *la Cour de cassation entend néanmoins conserver un rôle d'encadrement de la liberté conventionnelle et imposer le respect de règles qu'elle juge essentielles, indépendamment de leur signalement par le législateur dans la rubrique « ordre public »* ».

¹⁷⁵⁷ F. BERGERON-CANUT, *Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise*, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46.

343. L'établissement distinct, l'accord et le juge. Parmi ces différents thèmes, le sujet de l'établissement distinct a été particulièrement discuté en doctrine. Deux positions se sont révélées. La première repose sur une application explicite des textes. En effet, le Code du travail dispose qu'un : « *accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts* »¹⁷⁵⁸. Il s'agit d'une modification importante instituée par les Ordonnances « Macron » de 2017¹⁷⁵⁹. Ces dernières ont permis aux partenaires sociaux de déterminer librement les établissements distincts, sans être liés par une définition légale¹⁷⁶⁰. Cet article a vocation à s'appliquer de lui-même, sans limite imposée par un ordre public de la représentation du personnel¹⁷⁶¹ ; c'est la position du gouvernement sur la question¹⁷⁶². Une partie de la doctrine partage également ce point de vue¹⁷⁶³. Les premières décisions de justice confirment également cette position : « *l'article L. 2313-2 ne fixe aucun critère légal d'identification de l'établissement distinct que les partenaires sociaux devraient impérativement prendre en compte* »¹⁷⁶⁴. La Cour d'appel de Paris¹⁷⁶⁵ va également dans ce sens : « *l'établissement distinct constitue une notion relative laissée à l'appréciation des*

¹⁷⁵⁸ C. trav., art. L. 2313-2.

¹⁷⁵⁹ B. TEYSSIE, Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales, JCP S 2017, 1294.

¹⁷⁶⁰ A. CORMIER LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3 : « *sur le fond, si un accord est trouvé sur la définition des établissements distincts, aucun critère de définition de celui-ci ne s'impose de par la loi. [...] Le juge ne devrait donc pas avoir à contrôler l'existence d'un tel critère si un accord collectif est conclu* ».

¹⁷⁶¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 94 ; Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 411 : « *l'interprétation littérale ainsi délivrée semble la plus plausible* ».

¹⁷⁶² « *Lorsque le périmètre des établissements distincts est négocié dans le cadre de l'accord d'entreprise ou dans le cadre de l'accord avec le comité social et économique, la loi n'impose pas la prise en compte de critères spécifiques (art. L. 2313-2 et L. 2313-3). Ces critères peuvent donc être librement déterminés par les partenaires sociaux* » (117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 29, p. 19, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/gr_cse_16_01_2020_ok.pdf).

¹⁷⁶³ V. par exemple J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224 : « *le Code du travail ne prévoit pas de critère particulier lorsque l'identification des établissements est réalisée par voie d'accord* » ; A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « *l'accord peut tout d'abord détourner des comités d'établissement selon des critères librement choisis par les parties, 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 loi* ».

¹⁷⁶⁴ TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526.

¹⁷⁶⁵ CA Paris, pôle 6, ch. 2, 18 févr. 2021, n° 19/14084.

partenaires sociaux. Ces derniers sont les mieux à même de déterminer le périmètre le plus pertinent pour permettre à une instance de représentation du personnel de répondre à l'ensemble de ses attributions »¹⁷⁶⁶.

344. La fraude et l'abus. L'importante liberté confiée aux partenaires sociaux dans la détermination des établissements distincts subit néanmoins une critique admise et acceptée par tous : la fraude et l'abus¹⁷⁶⁷. C'est la limite évoquée par le jugement du TGI de Paris précité¹⁷⁶⁸. Cette situation pourrait être revendiquée lorsque certaines parties signataires (ou toutes) choisissent de déterminer les périmètres afin de porter atteinte à un autre syndicat. Le découpage est alors effectué dans le seul but de favoriser certains syndicats signataires¹⁷⁶⁹. Dans un tel cas de figure, la fraude serait constatée et les juges annuleraient la détermination des périmètres effectuée par accord¹⁷⁷⁰. Encore faudra-t-il démontrer la collusion frauduleuse entre signataires, ce qui peut sembler délicat sans preuve écrite. Aussi, certains avaient pu lire dans l'abus une opportunité plus souple de contrôle. Le TGI de Paris considérait qu'il s'agit d' « *un découpage contraire aux intérêts des salariés, qui ne garantirait pas un fonctionnement efficient des CSE et ne leur permettent pas d'exercer au mieux leurs attributions* »¹⁷⁷¹. Toutefois, la doctrine est plutôt réservée quant à l'étendue

¹⁷⁶⁶ L. DAUXERRE, N. DAUXERRE, CSE : autonomie des partenaires sociaux dans la détermination des établissements distincts, JCP S 2021, 1142.

¹⁷⁶⁷ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224 : « *l'affirmation d'un principe de liberté devrait probablement conduire à ne réserver que la sanction de la fraude et de l'abus* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 94.

¹⁷⁶⁸ A. CORMIER LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3 : « *le jugement réserve toutefois l'hypothèse d'une éventuelle collusion frauduleuse entre les parties signataires à l'accord en vue de favoriser tel syndicat au détriment d'un autre via le découpage des périmètres électoraux, dont il constate cependant qu'elle n'était ni établie ni même alléguée par le syndicat demandeur* » ; H. VIART, Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526, Dr. ouvr. 2019, p. 93.

¹⁷⁶⁹ V. sur les « *éventuelles stratégies électorales* » : L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102 ; Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vademecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 79.

¹⁷⁷⁰ S. RIOCHE, Le comité social et économique dans l'UES, JCP S 2019, 1011 : « *la fraude devrait sanctionner un découpage incohérent* ».

¹⁷⁷¹ TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526.

exacte d'un tel contrôle¹⁷⁷², qui se rapprocherait d'un contrôle sur le fondement d'un ordre public de la représentation du personnel.

345. Position doctrinale contre la liberté de détermination. Une partie de la doctrine pense à l'inverse qu'il n'est pas possible de déterminer librement les établissements distincts¹⁷⁷³. Selon eux, cette notion reste encadrée par un ordre public implicite et donc indérogeable¹⁷⁷⁴. Ce dernier se révèle via l'ordre public de la représentation du personnel énoncé auparavant (en particulier avec l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et la Directive 2002/14 du 11 mars 2002)¹⁷⁷⁵. Les parties seraient libres de déterminer pleinement le périmètre des établissements distincts seulement si « *les stipulations de l'accord ne portent pas atteinte directement ou indirectement à des règles d'ordre public absolu* »¹⁷⁷⁶. D'autres auteurs usent d'une expression synonyme à l'ordre public de la représentation du personnel : l'« *ordre public de configuration* ». Ce dernier, « *a vocation à protéger le cœur même de la mécanique institutionnelle [afin qu'] il ne puisse être porté atteinte, fût-ce par accord d'entreprise unanime, au critère de l'autonomie de gestion de l'établissement. Il ne s'agit aucunement en effet d'une règle porteuse d'un critère supplétif*

¹⁷⁷² H. VIART, Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526, Dr. ouvr. 2019, p. 93 : « *l'on peut d'ailleurs légitimement s'interroger sur l'étendue du contrôle qui sera opéré sur ce fondement, lequel, compte tenu de la priorité absolue donnée à l'autonomie collective, devrait rester très superficiel. L'enthousiasme [...] doit donc être modéré* ».

¹⁷⁷³ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 541 ; S. RIOCHE, Le comité social et économique dans l'UES, JCP S 2019, 1011 : « *la préservation du principe de participation devrait s'opposer à un trop grand éloignement entre les salariés et les centres de décision* ».

¹⁷⁷⁴ L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102 : « *dès lors que le législateur s'est régulièrement déchargé sur les partenaires sociaux, ces derniers ne peuvent pas s'affranchir des principes supérieurs d'ordre public qui gouvernent la législation du travail. Le propos vaut pour la détermination des établissements distincts : les dispositions légales qui les gouvernent sont d'ordre public en ce qu'elles concernent le périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel* ».

¹⁷⁷⁵ À ce sujet, une partie de la doctrine relève l'argument de l'exercice utile des compétences : « *en outre, le critère retenu par l'accord pour définir les établissements distincts doit garantir que la mise en place de chaque CSE d'établissement a été instituée à un niveau pertinent, c'est-à-dire là où une collectivité de travail existe et où les représentants sont en mesure d'exercer utilement leurs compétences* » (J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385) ; Une autre partie de la doctrine met en avant la nécessité de respecter « *un équilibre représentatif de l'intérêt collectif* », en effet « *la réflexion autour du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel est l'occasion pour la chambre sociale, dans cette matière électorale si nécessaire à la démocratie en entreprise et si fragile, d'être attentive à ce principe* » (L. PECAUT-RIVOLIER, Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif, Dr. soc. 2020, p. 507).

¹⁷⁷⁶ M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2.

de laquelle les négociateurs seraient autorisés à s'éloigner afin d'adopter une division de l'entreprise qui, au cas particulier, les séduirait davantage »¹⁷⁷⁷. Là encore, une critique est émise à l'encontre d'une liberté totale des négociateurs¹⁷⁷⁸. Ces visions, juridiquement défendables¹⁷⁷⁹, ne paraissent pas adaptées aux souhaits législatifs invoqués lors des Ordonnances « Macron » de 2017¹⁷⁸⁰. Les juges seront désormais amenés à trancher cette question¹⁷⁸¹ mais il semble délicat qu'une remise en cause des accords soit prononcée, hors cas de fraude ou d'abus, compte tenu de la clarté du texte légal et de la philosophie contemporaine consacrant l'accord collectif¹⁷⁸². Les normes constitutionnelles et européennes sur cette question ne sont pas assez précises pour imposer aux juges un contrôle approfondi des accords de détermination des établissements distincts¹⁷⁸³. C'est en ce sens que les premières décisions de justice ont été rendues¹⁷⁸⁴.

346. Extension du contentieux ? Ce débat concernant l'établissement distinct a vocation à s'étendre à d'autres thèmes qui demeurent susceptibles d'être contrôlés par les juges¹⁷⁸⁵. Voilà un accord institutionnel qui prévoit des délais considérablement réduits (par exemple

¹⁷⁷⁷ A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

¹⁷⁷⁸ Une autre difficulté a pu être relevée : les partenaires sociaux se voient confier le soin de déterminer eux-mêmes le découpage alors que ce même découpage permet de déterminer la représentativité syndicale. Ainsi, « *la collectivité de travail détermine la représentation du personnel ; les représentants du personnel n'en sont que les « serviteurs »* » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358). Toutefois, les notions de fraude et d'abus peuvent être invoquées face à ce risque.

¹⁷⁷⁹ Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 411 : « *le raisonnement est séduisant, mais appelle confirmation* ».

¹⁷⁸⁰ S. MICHEL, La mise en place imposée du comité social et économique, L'obligation d'instituer un CSE, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782.

¹⁷⁸¹ P.-H. ANTONMATTEI, Le regard du juge sur la négociation collective, Bull. information chambre sociale, 15 sept. 2018, p. 39.

¹⁷⁸² Par ailleurs, cette règle de « *représentation adéquate dérivant du principe de participation [...] n'est pas véritablement consacrée* » (C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 541).

¹⁷⁸³ V. à ce sujet F. KHODRI, Les normes sociales fondamentales : des remparts efficaces aux flexibilités du droit du travail ?, Semaine Sociale Lamy juin 2015, n° 1680, p. 90.

¹⁷⁸⁴ V. *supra* n° 343.

¹⁷⁸⁵ À ce titre, il convient de rappeler que quel que soit l'accord conclu, les juges seront présents, en cas de saisine, pour contrôler : « *dérogation à la loi, supplétivité de l'accord de branche, mise à l'écart du principe de faveur entre accords de performance collective – au champ potentiellement très étendu – et contrat de travail, la marge de manœuvre de l'accord d'entreprise est large, très large. Mais, pour autant, l'accord collectif n'évolue pas dans un ordre juridique autonome et le juge ne saurait, au prétexte que la norme est le produit d'une négociation, renoncer à son pouvoir de contrôle et d'appréciation* » (F. BERGERON-CANUT, Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46).

pour rendre son avis ou pour la remise du rapport de l'expert)¹⁷⁸⁶ ou une très faible quantité d'informations communiquées dans le cadre des consultations récurrentes¹⁷⁸⁷. Certains juges ne pourraient-ils pas invalider les consultations s'étant tenues sur la base de ces éléments, pourtant prévus au sein d'un accord institutionnel parfaitement valide ?¹⁷⁸⁸ L'ordre public de la représentation du personnel imposant aux partenaires sociaux de permettre aux élus d'exercer utilement leurs compétences pourrait être évoqué¹⁷⁸⁹. Il serait d'ailleurs plus cohérent d'adopter une telle approche sur ces sujets plutôt que sur les établissements distincts. En effet, l'enjeu du découpage ne porte pas directement sur les compétences des élus qui restent maintenus s'agissant de la marche générale de l'entreprise. Si le découpage demeure important, notamment pour les mesures d'adaptation, il l'est moins que la mise en œuvre effective de la compétence des représentants du personnel¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁶ J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457 : « *il est douteux que les conditions de ce renvoi à la négociation collective soient assorties des garanties légales suffisantes pour assurer le respect du principe de participation. La latitude laissée aux interlocuteurs sociaux pourrait, en effet, priver concrètement le CSE de son droit de consultation s'ils arrêtaient un délai trop bref* ».

¹⁷⁸⁷ J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457.

¹⁷⁸⁸ Le sujet des délais a pu être évoqué par la doctrine : « *sur ce point, le champ du négociable est considérablement étendu, puis, désormais, le délai incompressible de 15 jours sur lequel le CE pouvait compter au minimum pour rendre ses avis a disparu. Autrement dit, un accord pourra désormais prévoir un délai inférieur à 15 jours, ce qui, convenons-en, ferait douter de l'effet utile de la consultation* » (Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446) ; G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT, Les aménagements conventionnels dans l'entreprise Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000 : « *au-delà des seuls blocages pratiques liés à pareille réduction, pèse le risque que des délais plus brefs soient jugés insuffisants dans le cadre d'un éventuel contentieux, avec de lourdes conséquences pour l'entreprise, à commencer par la nécessité de reprendre intégralement le processus de consultation* ».

¹⁷⁸⁹ L. BEZIZ, Délai de consultation du CSE : le point de départ en question, Semaine Sociale Lamy oct. 2018, n° 1831, p. 60 : « *la consultation du comité social et économique est une affaire sérieuse. Elle est l'une des modalités d'exercice du droit constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises énoncé au huitième alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946* ».

¹⁷⁹⁰ A ce titre, une première décision de justice va en ce sens. Voilà un accord institutionnel qui limite la durée des réunions de la CSSCT à 3h30. L'article L. 2315-41 du Code du travail confère aux partenaires sociaux la prérogative de « *définir les modalités de fonctionnement* » de la CSSCT. L'accord institutionnel semble donc répondre aux prérogatives légales. Pourtant, le Tribunal Judiciaire d'Evry considère qu'il est « *manifeste que ces dispositions violent le principe de participation et de détermination collective dévolue à la CSSCT en encadrant excessivement et de manière disproportionnée le temps dévolu à cette commission pour se réunir et traiter les sujets importants relevant de son champ d'étude* ». C'est à notre connaissance la première décision post-ordonnances « Macron » qui utilise le principe de participation pour faire défaut à un accord institutionnel semblant contenir des stipulations conformes aux textes légaux (TJ Evry, 23 juill. 2021, n° 19/02229, https://www.petrel-avocats.com/wp-content/uploads/2021/07/TJ_Evry_23_juillet_2021_41_soci_t_d_avocats_1627466236.pdf).

347. Transition. L'ordre public de la représentation du personnel semble imposer aux parties de respecter l'effet utile des compétences des élus¹⁷⁹¹. Cette notion demeure toutefois sujette à interprétation et, au-delà, à une consécration jurisprudentielle dans le cadre de la mise en œuvre du CSE¹⁷⁹². La puissance accordée à l'accord collectif institutionnel va permettre d'apprécier le degré de contrôle des juges sur celui-ci, particulièrement lorsque l'accord va contenir certaines stipulations contestables sur l'exercice des compétences des élus¹⁷⁹³. Au-delà de la représentation du personnel, cette question porte un intérêt majeur sur le droit social contemporain : la Cour de cassation pourrait conférer un poids particulièrement important aux accords collectifs¹⁷⁹⁴.

II. La force de l'accord institutionnel

348. La légitimité face aux contraintes légales. Face à l'ordre public de la représentation du personnel, qui reste à dévoiler¹⁷⁹⁵, une autre voie consiste à conférer à l'accord institutionnel une puissance particulière en raison de sa légitimité majoritaire¹⁷⁹⁶. Dans la lignée de sa jurisprudence sur l'égalité de traitement, la Cour de cassation pourrait sécuriser l'accord collectif, symbole de l'accord des volontés légitimes (A.). Cette position viendrait

¹⁷⁹¹ H. CIRAY, Délais de consultation du CE/CSE : le difficile équilibre entre sécurité et préservation de l'effet utile de la consultation, Lexbase Hebdo. éd. soc. mars 2020, n° 817.

¹⁷⁹² J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457 : « pour être des forces motrices, ces traits sont aussi leur faiblesse. Du fait de leurs textures ouvertes, l'interprétation des normes supra-légales suppose, en effet, toujours une théorie de ces droits par le juge. Une juridiction ne peut apprécier leur substance ou déterminer leur portée sans une représentation préalable (consciente ou non) de la place qu'il est raisonnable et juste de leur conférer dans l'ordre juridique. Ces normes n'ont dès lors qu'un potentiel de résistance abstrait, dont la positivité dépend des convictions des magistrats qui auront à les connaître ».

¹⁷⁹³ B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292 : « la balle sera alors dans le camp du juge, ce qui promet bien des débats qui ne prendront pas fin tant que la Cour de cassation n'aura pas arrêté une position dont la fermeté aura été démontrée par une suite d'arrêts rendus dans les mêmes termes ».

¹⁷⁹⁴ H. VIART, Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, RG no 18/06526, Syndicat SUD RATP c/RATP, Dr. ouvr. 2019, p. 93 : « sans l'écrire, c'est très certainement un équilibre entre le principe de participation et l'autonomie collective qu'a tenté de rechercher le TGI. La balance penche toutefois en faveur de l'autonomie collective, cette dernière étant, en réalité, une illustration du principe de participation ».

¹⁷⁹⁵ E. JEANSEN, La détermination de l'ordre public, une (vaine) tentative législative ?, in Mélanges B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 827 et s.

¹⁷⁹⁶ J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457 : « la loi pourrait-elle laisser à un accord collectif une autonomie si grande que certaines de ses stipulations interdiraient, en pratique, la réalisation d'une concertation appropriée [entre élus et employeur] ? ».

confirmer l'importance de l'accord collectif au regard d'articulations légales inadaptées, le cas particulier des représentants de proximité sera évoqué (B.).

A. La légitimité de l'accord institutionnel

349. Une légitimité accrue des accords collectifs. L'accord collectif a connu une évolution particulièrement importante ces dernières années : ses modalités de conclusion ont évolué¹⁷⁹⁷, pour gagner en légitimité¹⁷⁹⁸, tout comme son champ de compétence, pour atteindre de nombreuses matières du droit du travail, et notamment la représentation du personnel avec le CSE¹⁷⁹⁹. Désormais, quelles que soient les modalités de validité des accords collectifs, des gages de légitimité ont été mis en place par le législateur pour garantir le bienfondé des effets des accords¹⁸⁰⁰. La loi « Travail » de 2016¹⁸⁰¹ témoigne de ce constat¹⁸⁰². Ainsi, dès lors que les accords répondent aux prescriptions légales, les juges ont-ils la possibilité de revenir sur l'application d'accords collectifs signés par les acteurs majoritaires et légitimes ?¹⁸⁰³ Aussi, pourquoi refuser l'application de dispositions que les parties ont souhaitée ?¹⁸⁰⁴ Les principes civilistes pourraient inspirer les juges travaillistes : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »¹⁸⁰⁵. Ces

¹⁷⁹⁷ V. *supra* n° 28.

¹⁷⁹⁸ A ce sujet V. le rapport de Jean-Denis Combrexelle qui expliquait, en 2015, la nécessité de développer l'accord majoritaire : « *ce dernier présente des avantages dans la mesure où il est de nature à légitimer les accords aux yeux des salariés et à responsabiliser les organisations syndicales* » (J.-D. COMBREXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 61).

¹⁷⁹⁹ N. ANDRE, Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences, Revue Lamy Droit des Affaires nov. 2019, n° 153, p. 25 : « *la réforme de la représentativité syndicale de 2008 ayant octroyé aux syndicats une plus forte légitimité à représenter les salariés, le législateur n'a cessé d'étendre le champ de la négociation collective, jusqu'à la réforme de 2017 avec laquelle le changement de paradigme est fièrement revendiqué* ».

¹⁸⁰⁰ G. AUZERO, La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire, Dr. soc. 2018, p. 154.

¹⁸⁰¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO n° 184, 9 août 2016.

¹⁸⁰² A ce propos, « *la « légitimité » des contrats collectifs sort renforcée* » (B. TEYSSIE, La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292).

¹⁸⁰³ F. GEA, Des accords (collectifs) sans juge ?, Dr. soc. 2017, p. 98 : « *la légitimité renforcée des accords collectifs conduit à cantonner le contrôle judiciaire* ».

¹⁸⁰⁴ À ce sujet v. les interrogations du professeur Frédéric Géa sur un ordre conventionnel autonome, F. GEA, Des accords (collectifs) sans juge ?, Dr. soc. 2017, p. 98 : « *présenter les conventions et les accords collectifs comme des compromis, à distance desquels ce juge devrait se tenir afin de ne point déstabiliser l'équilibre qu'ils concrétisent, revient, en effet, à suggérer que l'ordre conventionnel est susceptible de constituer un foyer autonome (de droit ?)* ».

¹⁸⁰⁵ C. civ., art. 1103.

dispositions civiliste peuvent être reprises s'agissant des accords collectifs ; le droit civil doit inspirer le droit social à défaut de dispositions spécifiques¹⁸⁰⁶. Demeure la contrainte de l'ordre public invocable en droit du travail comme en droit civil : « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* »¹⁸⁰⁷. Cependant, cette contrainte est admise pour les dispositions légales explicites inscrites dans le Code du travail. Qu'en est-il des règles d'ordre public implicite, érigeant de grands principes, mais dont la mise en œuvre s'avère délicate compte tenu de l'interprétation nécessaire ? L'accord collectif dispose-t-il d'atouts, en raison de sa légitimité, pour éclairer ces dispositions d'ordre public implicite à la lumière du souhait des partenaires sociaux ?¹⁸⁰⁸

350. Jurisprudence sur l'égalité de traitement. Si les juges disposent du pouvoir de contrôler le contenu des accords collectifs, au-delà des dispositions légales explicites, l'opportunité d'un tel contrôle peut être contestée¹⁸⁰⁹. En ce sens, les juges ont déjà conféré aux accords collectifs un poids important face à ces normes. Ainsi, sur le terrain de l'égalité de traitement, la Cour de cassation a pu énoncer que : « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* »¹⁸¹⁰. L'année suivante cette solution s'est étendue aux différences de traitement instaurées par accord d'établissement¹⁸¹¹. La Cour de Cassation admet la

¹⁸⁰⁶ G. LOISEAU, Droit civil et droit du travail, une relation instable, Dr. soc. 2019, p. 477.

¹⁸⁰⁷ C. civ., art. 1162.

¹⁸⁰⁸ T. SACHS, Vers un droit du marché du travail, Semaine Sociale Lamy janv. 2013, n° 1569, p. 9 : « *toutefois, de quelle marge d'appréciation dispose un juge chargé d'apprécier un accord, nécessairement majoritaire [...] et, ce faisant, dépositaire de la légitimité dont bénéficient les signataires ? La logique du dispositif ainsi institué repose entièrement sur cette mise en concurrence des légitimités, celle des partenaires sociaux d'un côté, celle des juges de l'autre* ».

¹⁸⁰⁹ B. SERIZAY, Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié, Semaine Sociale Lamy mars 2015, n° 1667, p. 18.

¹⁸¹⁰ Cass. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 ; RDT 2015. 339, obs. PESKINE ; RDT 2015. 472, obs. PIGNARRE ; Dr. soc. 2015. 237, note FABRE.

¹⁸¹¹ Cass. Soc., 3 nov. 2016, n° 15-18.884.

légitimité des accords conclus par les partenaires sociaux par rapport à d'autres principes juridiques¹⁸¹². L'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2019¹⁸¹³ freine le développement des atteintes acceptées sur l'égalité de traitement mais ne remet pas en cause le principe. Ce revirement s'est opéré sur le fond en raison d'une incompatibilité avec le droit européen¹⁸¹⁴ notamment s'agissant du droit de la preuve et du principe de non-discrimination¹⁸¹⁵. Dès lors ce n'est pas tout le principe construit depuis 2015 qui est remis en cause, mais seulement le mécanisme probatoire d'atteinte au principe d'égalité¹⁸¹⁶ ; l'accord institutionnel n'est pas concerné par ces mécanismes¹⁸¹⁷. Ainsi, ces arrêts sur l'égalité de traitement démontrent la légitimité octroyée à l'accord collectif pour déroger à ce principe, pourtant essentiel en droit du travail¹⁸¹⁸. L'exemple de l'égalité de traitement est cependant particulier. Ce principe ne repose pas directement sur un texte de loi¹⁸¹⁹. Il s'agit d'une création prétorienne, résultant notamment de l'arrêt Ponsolle¹⁸²⁰ et de plusieurs arrêts de 2008 rendus au visa de l'égalité

¹⁸¹² À ce titre, le professeur Yannick Pagnerre et Emeric Jeansen évoquent un « *vent de liberté qui souffle en matière de représentation collective et de négociation collective depuis plusieurs années. La Cour de Cassation n'y a pas été insensible* » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358) ; E. PESKINE, La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective, RDT 2015, p. 339 : « *on mesure la puissance conférée à l'accord collectif, porteur d'une légitimité sociale apparaissant supérieure à celle du juge, et prétexte quasiment à un passage de relais de l'organe judiciaire aux négociateurs sociaux* ».

¹⁸¹³ Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : D. 2019. 963, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; Dr. soc. 2019. 447, obs. C. RADE ; RDT 2019. 498, obs. P.-E. BERTHIER ; D. actu. 11 avr. 2019, obs. M. PEYRONNET ; Bulletin Joly Travail 1er juin 2019, p. 30, obs. F. BERGERON-CANUT ; JCP 2019, p. 922, obs. G. VACHET ; D. 2019. 1558, obs. A. DAVID, F. LE MASNE DE CHERMONT, A. PRACHE, F. SALOMON ; Dr. soc. 2019. 559, obs. J.-E. RAY.

¹⁸¹⁴ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, L. MARQUET DE VASSELOT, Présomption de légalité des accords collectifs : une atteinte à la démocratie sociale ?, Semaine Sociale Lamy avr. 2019, n° 1858, p. 8.

¹⁸¹⁵ Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, considérants n° 20, 21 et 22.

¹⁸¹⁶ V. notamment C. RADE, La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire, Dr. soc. 2019, p. 447 : « *la solution retenue ne devrait donc rien changer aux solutions admises depuis 2015 et ce même si elles entrent dans les prévisions de textes communautaires lorsque ces derniers n'ont pas expressément formulé de droit à l'égalité de traitement ou d'interdiction de toute discrimination* ».

¹⁸¹⁷ D'autant que s'agissant de l'accord institutionnel, il convient de s'intéresser à la « force » donnée par les juges à l'accord collectif et de s'interroger pour savoir si cette « force » attribuée dans le cadre de la présomption de l'égalité de traitement peut être donnée également lorsqu'il s'agira d'interpréter des dispositions d'ordre public imprécises mais censées limiter le champ d'action des partenaires sociaux. V. *supra* n° 335 s'agissant de cette confrontation.

¹⁸¹⁸ F. CANUT, Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels, Cah. soc. mars 2015, n° 272, p. 168 : « *c'est le vote des salariés qui, pour la Cour de cassation, justifie ce privilège accordé à la convention collective* ».

¹⁸¹⁹ G. DUCHANGE, Convention collective et égalité de traitement : tu patere legem quam ipse fecisti, Gaz. Palais mars 2015, n° 71, p. 14.

¹⁸²⁰ « *à travail égal, salaire égal* » (Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680 ; Dr. soc. 1996. 1013, note A. LYON-CAEN, D. 1998, somm. 259, obs. M.-T. LANQUETIN).

de traitement¹⁸²¹. Cela étant, le principe était tel qu'il s'apparentait à un principe d'ordre public, censé à ce titre être indérogeable et s'imposer à tous¹⁸²². Le principe demeure toutefois, comme pour certains principes d'ordre public de la représentation du personnel, soumis à interprétation. Ainsi, une similitude peut-elle être opérée avec l'accord institutionnel, lui permettant d'effleurer le respect de dispositions d'ordre public ?

351. Accords collectifs et ordre public. La Cour de cassation semble conférer à l'accord collectif, à la lecture des arrêts précédents, une très grande légitimité¹⁸²³. Ceux-ci sont : *« négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote »*¹⁸²⁴. Le schéma est identique s'agissant de la représentation du personnel. Il peut même aller au-delà puisque souvent les délégués syndicaux disposeront également de la « casquette » de membres au CSE : ils sont donc investis de la défense des droits et intérêts de leur propre fonction¹⁸²⁵. Sur le fondement de ce constat, il convient de s'interroger : des accords collectifs pourraient-ils interpréter un principe d'ordre public ? La Cour de cassation semble avoir répondu à cette question puisqu'elle expose que *« les négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, devaient disposer dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur »*¹⁸²⁶. Autrement dit, l'égalité de traitement reste un principe capital, « d'ordre public », mais les négociateurs disposent d'une marge d'appréciation pour adapter ce sujet¹⁸²⁷.

¹⁸²¹ « Vu le principe d'égalité de traitement » (Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-46.447 ; JCP S 2008. 1274, note CESARO).

¹⁸²² « C'est la technique de l'ordre public, ici dans son intervention classique, visant à compenser la subordination du salarié par la garantie de droits » (M. BONNECHERE, Obs. Cass. soc., 15 déc. 1998, n° 95-43.630, Dr. soc. 1999, p. 187).

¹⁸²³ F. MOREL, En finir avec le principe général d'égalité de traitement, Semaine Sociale Lamy mars 2016, n° 1714, p. 12.

¹⁸²⁴ Cass. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179.

¹⁸²⁵ M. KLEIN, H. SIGNORET, Quel est le rôle des délégués syndicaux ?, Cah. Lamy du CSE févr. 2019, n° 189, p. 15.

¹⁸²⁶ Communiqué de la Cour de Cassation à propos de l'arrêt Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_liés_activité_juridictionnelle_8004/archives_6783/2015_8003/statut_collectif_travail_27.01.15_30958.html.

¹⁸²⁷ P. BAILLY, Que reste-t-il du principe d'égalité de traitement ?, Semaine Sociale Lamy juill. 2018, n° 1822, p. 6.

352. Accords collectifs et légitimité. Cette appréciation pourrait-elle s'étendre aux accords institutionnels ? Les partenaires sociaux disposent-ils du pouvoir légitime pour déterminer les informations « nécessaires », les mesures permettant « l'exercice utile de leur compétence », la notion « d'établissement » ?¹⁸²⁸ Un nouveau dogme se met-il en place sur le principe du « *Qui dit conventionnel dit juste !* »¹⁸²⁹ ? Le Professeur Lokiec relève l'existence d'une double légitimité reconnue à la négociation collective. Existe tout d'abord « une légitimité ascendante » provenant de la représentativité des organisations syndicales signataires et des conditions de majorité pour conclure les accords. Mais existe également, « une légitimité descendante » issue de l'État. La négociation résulte d'un encadrement étatique, les partenaires sociaux agissent par délégation de l'État pour négocier sur certains thèmes prédéfinis¹⁸³⁰. Ainsi, lorsque l'État offre la possibilité aux partenaires sociaux de négocier librement sur le périmètre des établissements distincts, l'accord des partenaires sociaux bénéficie de la légitimité ascendante et descendante¹⁸³¹. L'accord conventionnel est alors « juste ». De plus, les arrêts sur l'égalité de traitement viennent offrir aux négociateurs la possibilité de déterminer les contours de certains grands principes juridiques ; leurs marges de manœuvre semblent considérables¹⁸³². L'accord institutionnel conclu avec les

¹⁸²⁸ La Cour de Cassation a déjà conféré une valeur très importante au protocole d'accord préélectoral : dès lors que celui répond à la condition de double majorité « *il ne peut être contesté devant le juge judiciaire qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral* » (Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035). V. en ce sens : J.-Y. KERBOURC'H, Sanctions d'un protocole d'accord préélectoral irrégulier, JCP S 2012, 1125 ; F. GEA, Des accords (collectifs) sans juge ?, Dr. soc. 2017, p. 98.

¹⁸²⁹ P. LOKIEC, « Qui dit conventionnel dit juste ! », L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, 282.

¹⁸³⁰ « *Les négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, devaient disposer dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur* » (Communiqué de la Cour de Cassation à propos de l'arrêt Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_liés_activité_juridictionnelle_8004/archives_6783/2015_8003/statut_collectif_travail_27.01.15_30958.html).

¹⁸³¹ Cette configuration est similaire à l'arrêt « *Clear Channel France* » (Cass. soc., 14 oct. 2015, n° 14-14.339). Le législateur a ouvert l'opportunité aux partenaires sociaux d'adapter le périmètre d'application des critères déterminant l'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise. Un accord collectif a été conclu en ce sens. Les juges ont validé l'accord sans en apprécier le contenu : « *le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, fixé par un accord collectif, se dérobe à toute appréciation judiciaire* » (F. GEA, Des accords (collectifs) sans juge ?, Dr. soc. 2017, p. 98). Un parallélisme peut être effectué avec la détermination libre des établissements distincts (F. CHAMPEAUX, La Cour de cassation à l'épreuve du droit de l'Union européenne, Semaine Sociale Lamy 2 déc. 2019, n° 1885, p. 10).

¹⁸³² S'appliquerait « *la théorie de l'accord collectif seul juge* » : F. GEA, Le juge et l'accord collectif, quels changements ?, Semaine Sociale Lamy avr. 2016, n° 1717, p. 5 ; A. FABRE, Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité, Dr. soc. 2015, p. 237.

délégués syndicaux dispose des exigences requises pour laisser les partenaires sociaux apprécier l'opportunité de son contenu¹⁸³³. Le contrôle des juges devrait être restreint¹⁸³⁴. Le législateur avait à ce titre envisagé de conférer une présomption de légalité des accords collectifs, sur le fondement de la jurisprudence relative à l'égalité de traitement¹⁸³⁵. Toutefois, cet attrait pour la norme négociée ne devra pas faire oublier la raison d'être des instances de représentation du personnel : permettre à chaque salarié de disposer de représentants dont le rôle principal est d'être informé et qui communiquent leurs avis sur les différentes composantes et évolutions de l'entreprise. Idéologiquement, et au-delà de l'aspect juridique, il semble difficile de se réjouir d'accords visant à faire perdre le sens même de l'existence d'une telle institution.

¹⁸³³ Ce principe devrait, selon nous, être étendu à l'accord conclu avec le CSE. En effet, pour certains auteurs, la solution ci-avant exposée sur l'égalité de traitement devrait être étendue aux autres modes de conclusion : « *la circonstance que ces accords [conclus avec le CSE, un mandaté, ...] puissent se prévaloir, autant que les accords collectifs négociés par les organisations syndicales représentatives, d'un lien avec le principe constitutionnel de participation devrait suffire à les faire bénéficier d'une présomption de justification identique au regard du principe d'égalité. La question ne devrait pas davantage se poser en présence d'accords référendaires, la légitimité des acteurs étant alors d'autant moins contestable que l'accord est le fruit de leur expression directe* » (J. DANIEL, L'égalité, entre liberté et fraternité, JCP S 2019, 1001). Cette analyse doit être pleinement partagée : rien ne justifierait de créer une distinction d'appréciation entre les accords collectifs signés par les organisations syndicales et les accords collectifs signés selon un autre mode de conclusion. Ces derniers ont été expressément mis en place par le législateur et répondent aux exigences de légitimité. V. toutefois *contra* : « *surtout, ce dernier fondement ne joue qu'au profit de l'accord collectif ; il n'est pas certain qu'il puisse être étendu à l'accord conclu avec le comité social et économique* » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358).

¹⁸³⁴ L. PECAUT-RIVOLIER, L'accord collectif et le juge, Dr. soc. 2017, p. 96 ; A. CORMIER LE GOFF, La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3 : « *il faut aussi souhaiter que les juges qui seront saisis des questions juridiques posées par les textes nouveaux, notamment quant à la marge de manœuvre laissée à l'accord collectif par rapport à la loi, favoriseront les accords créatifs et prévoyant des moyens supplémentaires, même au détriment d'une lecture littérale des textes qui pourrait au final aller à l'encontre de la volonté du législateur d'instituer une instance unique fonctionnant plus efficacement et ainsi placée au service de l'intérêt des salariés dont elle assure la représentation* » ; A ce titre, s'agissant de l'arrêt du TGI de Paris du 6 novembre 2018 (précité) : « *le juge a longuement insisté sur l'importance de l'autonomie collective et sur la légitimité des organisations syndicales représentatives, « investies de la défense des droits et intérêts des salariés par leur vote »* » (H. VIART, Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, RG no 18/06526, Syndicat SUD RATP c/RATP, Dr. ouvr. 2019, p. 93).

¹⁸³⁵ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 219 ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 263.

B. L'accord et les articulations légales inadaptées

353. L'accord, la loi et les représentants de proximité. Le sacre de l'accord collectif pourrait trouver à s'appliquer également s'agissant de dispositions légales dont l'articulation semble inadaptée, particulièrement au regard de la dominance actuelle de la norme négociée¹⁸³⁶. Ce constat est particulièrement marquant s'agissant de la mise en place de représentants de proximité. Le Code du travail dispose que « *l'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 peut mettre en place des représentants de proximité* »¹⁸³⁷. Les partenaires sociaux peuvent instaurer des représentants de proximité au sein des sites de l'entreprise selon un régime juridique qu'ils auront déterminé¹⁸³⁸.

354. L'accord défini à l'article L. 2313-2. Ces représentants doivent être mis en place conventionnellement par « *l'accord défini à l'article L. 2313-2* »¹⁸³⁹. Il s'agit de l'accord de mise en place du CSE. Ce dernier se négocie en amont des élections et du PAP et doit contenir les dispositions sur la détermination des établissements distincts et, le cas échéant, certaines dispositions propres aux commissions santé, sécurité et condition de travail mais également aux représentants de proximité¹⁸⁴⁰. De ce constat résulte une réalité juridique : seul l'accord mentionné à l'article L. 2313-2 semble pouvoir être en mesure de mettre en place ces représentants. C'est d'ailleurs la position prise par une partie de la doctrine : « *il s'agit nécessairement de l'accord défini à l'article L. 2313-2 du Code du travail pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts* »¹⁸⁴¹. Une première interrogation se présente : quid en présence d'un désaccord entre les parties sur les établissements distincts ? L'accord prévu à l'article L. 2313-2 ne peut être conclu¹⁸⁴². Est-il

¹⁸³⁶ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 632.

¹⁸³⁷ C. trav., art. L. 2313-7.

¹⁸³⁸ Pour plus de précisions sur le contenu de l'accord, V. G. FRANCOIS, *La conventionnalisation de la représentation du personnel*, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70.

¹⁸³⁹ « *Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts* » (C. trav., art. L. 2313-2).

¹⁸⁴⁰ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, *Les négociations préalables à la mise en place du CSE*, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8.

¹⁸⁴¹ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, *Les représentants de proximité*, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 60.

¹⁸⁴² Dans ce cas, l'employeur est amené à prendre une décision unilatérale (C. trav., art. L. 2313-4).

possible, même si l'employeur prend une décision unilatérale sur les établissements, de conclure un accord sur les représentants de proximité sur le fondement de cet article qui serait alors privé de son contenu principal ?¹⁸⁴³ Il est difficilement concevable, à notre sens, que la Cour de cassation rejette cet argument. En effet, les articles L. 2313-2 et L. 2313-7 du Code du travail ont pour vocation de lier la négociation de la structure de la représentation du personnel¹⁸⁴⁴. Le législateur souhaite que les établissements distincts, les commissions santé, sécurité et conditions de travail ainsi que les représentants de proximité soient négociés au même moment afin de bâtir les fondations de la représentation du personnel¹⁸⁴⁵. Il semble toutefois difficilement envisageable que les juges rejettent un accord conclu exclusivement sur les représentants de proximité dans le cadre des négociations sur la mise en place de l'instance¹⁸⁴⁶. Il trouve sa source dans les négociations préélectorales sur la détermination des établissements et est signé légitimement par les organisations syndicales¹⁸⁴⁷. Le texte ne contraint pas les parties à conclure sur le sujet des établissements.

¹⁸⁴³ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 60 : « il reviendra à la Cour de cassation de décider si l'absence d'accord des partenaires sociaux sur les établissements ou, le cas échéant, sur l'existence d'un seul établissement leur laisse tout de même la possibilité de conclure un accord sur les représentants de proximité. Pour dire les choses autrement, il lui faudra répondre à la question de savoir s'il suffit d'avoir engagé une négociation sur les établissements pour pouvoir, lorsqu'elle est infructueuse, limiter l'accord aux seuls représentants de proximité ».

¹⁸⁴⁴ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8 : « ce même accord de mise en place est également appelé à aborder les contours de la ou des CSSCT - obligatoire(s) à partir d'un certain seuil - ainsi que des éventuels représentants de proximité » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632 : « les questions [de l'établissement distinct et des représentants de proximité] sont fatalement liées dans la négociation ».

¹⁸⁴⁵ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 60 : « pourquoi avoir fait de l'accord collectif relatif aux établissements distincts la matrice des représentants de proximité ainsi que l'acte traitant, en principe, de la ou des CSSCT ? On peut voir dans ce souci de concentration au sein d'un même accord la volonté des auteurs de l'ordonnance du 22 septembre 2017 de favoriser un règlement d'ensemble des éléments de structure œuvrant à la configuration du CSE ».

¹⁸⁴⁶ E. JEANSEN, Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner, JCP S 2018, 1084.

¹⁸⁴⁷ V. en ce sens G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24 : « toutefois, un accord qui porterait uniquement sur la mise en place de représentants de proximité, sans évoquer les établissements distincts ou les commissions santé, serait à notre sens licite dès lors qu'il respecte les conditions de conclusion de l'accord relatif aux établissements distincts ».

355. Accord conclu entre l'employeur et le CSE et représentants de proximité. Seul un accord collectif peut être conclu pour mettre en place les représentants de proximité¹⁸⁴⁸ ; l'accord liant l'employeur et le CSE semble donc exclu de cette hypothèse¹⁸⁴⁹. Une telle décision semble incohérente et difficilement justifiable¹⁸⁵⁰. Pourquoi empêcher, en l'absence de délégué syndical, le CSE de négocier sur cette question alors que cette instance dispose des pouvoirs de négociation sur de nombreux autres sujets (établissements distincts, CSSCT, attributions...) ? Cette question se pose également pour la mise en place des commissions, autre que la CSSCT, au sein du CSE¹⁸⁵¹. En réalité, les plus petites entreprises, sans délégués syndicaux, peuvent tout autant « avoir une organisation – territoriale ou économique – susceptible de justifier la désignation de représentants de proximité »¹⁸⁵². Pour ces raisons, il conviendrait de permettre au Comité social et économique de conclure un accord de mise en place de représentants de proximité en l'absence de délégué syndical.

356. L'accord postérieur à L. 2313-2. Une autre problématique doit être soulevée et risque de se présenter en pratique. En effet, « si les partenaires sociaux « ratent le coche », c'est-à-dire oublient d'envisager les représentants de proximité dans l'accord de découpage, peuvent-ils se rattraper en concluant ultérieurement un accord majoritaire spécifique sur ce point ? »¹⁸⁵³. Les partenaires sociaux peuvent souhaiter mettre en place des

¹⁸⁴⁸ A. GARDIN, Santé et sécurité au travail et fusion des IRP : quelles adaptations par la négociation ?, RJS 06/2018, p. 467 : « seules les entreprises où est présente une représentation syndicale peuvent l'envisager puisque l'accord d'entreprise ici visé est l'accord majoritaire de l'article L 2232-12, al. 1er ».

¹⁸⁴⁹ S. NIEL, Mettre en place les représentants de proximité, Cah. DRH déc. 2017, n° 248, p. 26 : « à la lettre des textes visés, aucune autre option de négociation ou de validation de cet accord n'est possible » ; E. JEANSEN, Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner, JCP S 2018, 1084.

¹⁸⁵⁰ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595 : « l'article L. 2313-7 du Code du travail prévoit ainsi que la mise en place des représentants de proximité s'opère par voie d'accord collectif majoritaire, autrement dit négocié et conclu par des organisations syndicales représentatives. Pourtant cette instance, le représentant de proximité, a été pensée comme une émanation et non comme une instance concurrente du CSE. Il est surprenant dès lors que de tels représentants ne puissent pas faire l'objet d'un accord entre l'employeur et le CSE, même à titre supplétif ».

¹⁸⁵¹ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595 : « l'article L. 2315-45 du Code du travail prévoit que la création de commissions supplémentaires pour l'examen de problèmes particuliers s'opère par l'accord de mise en place du CSE, accord majoritaire ». L'accord conclu entre l'employeur et le CSE est exclu.

¹⁸⁵² B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 555.

¹⁸⁵³ M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2.

représentants de proximité en dehors du cadre de l'accord de mise en place : soit parce qu'elles ne sont pas parvenues à un accord initialement, soit parce qu'elles n'ont pas négocié dessus, soit parce que certaines évolutions postérieures ont incité les parties à recourir à ces représentants¹⁸⁵⁴. Mettre en place les représentants de proximité après les élections est opérationnellement compréhensible. Les entreprises disposeraient d'un levier important pour obtenir des concessions portant sur les attributions ou le fonctionnement de l'instance. La question pourrait d'ailleurs être envisagée avec les nouveaux élus¹⁸⁵⁵. Enfin, cela offre la possibilité de mettre en place des représentants de proximité en cours de cycle après le constat, par les partenaires sociaux, de leur nécessité¹⁸⁵⁶.

357. Conséquences juridiques. Le principal défaut du texte se trouve dans son manque de flexibilité face à l'accord collectif. Ce dernier est pourtant reconnu comme une arme normative et légitime¹⁸⁵⁷. Il est probable que certaines entreprises décident, malgré les difficultés textuelles, de mettre en place des représentants de proximité en cours de cycle

¹⁸⁵⁴ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « le changement de configuration d'une entreprise par l'ouverture, par exemple, de nouveaux sites ou l'arrivée de nouvelles entités dans son périmètre devrait inciter à la souplesse, sans compter le besoin d'adaptation. Cette possibilité est dans l'esprit d'une adaptation continue qui prédispose à toute espèce d'évolution conventionnelle sans attendre le renouvellement de l'instance ».

¹⁸⁵⁵ V. par exemple l'accord d' « ASS READAPTATION ET INTEGRATION » dont la mise en place de représentants de proximité a eu lieu postérieurement aux élections du CSE car « deux établissements n'ont pas de salariés élus au sein du Comité. Toutefois, afin d'assurer une forme de représentation sur ces deux sites, les parties signataires ont décidé de faire application de l'article L 2313-7 du Code du Travail en mettant en place des représentants de proximité pour chacun des établissements » (Mise en place de représentants de proximité, ASS READAPTATION ET INTEGRATION, janv. 2019, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/ZzxI73idsoTOxSdBeAOanEoGNuI2KN9HHkQwIqYi8fgXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>) ; V. également sur le rôle des nouveaux élus : « constatant l'absence de salarié.e élu.e titulaire au sein des établissements de Haxo, Rollin, Nantes, Angoulême, Marseille, Vaux le pénit et le Siège, les syndicats nouvellement désignés et représentatifs et la Direction ont décidé de mettre en place un.e représentant.e de proximité » (Mise en place des représentants de proximité, Agir et vivre l'autisme, févr. 2020, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/9iIVe0Sw7g9feXGN1PgD39qSIrWNnGGOSJtzSYOCohIXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>).

¹⁸⁵⁶ V. par exemple l'accord DOMOFRANCE qui met en place des représentants de proximité de manière autonome à la suite d'une fusion : Accord de mise en place des représentants de proximité, DOMOFRANCE, 24 sept. 2020, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/k21Mm5dv9IiByfMR-BP8ZrxKasm876J0H9Z698II2IXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA>.

¹⁸⁵⁷ A. GARDIN, Santé et sécurité au travail et fusion des IRP : quelles adaptations par la négociation ?, RJS 06/2018, p. 467 : « offrir aux entreprises la possibilité de construire une représentation collective adaptée à son contexte milite pour le choix de l'interprétation favorisant l'accès du plus grand nombre d'entreprises à l'opportunité ».

électoral. Pour certains, une telle approche est « *discutable* »¹⁸⁵⁸ car elle contrevient au texte légal. Sur le plan juridique, les représentants de proximité ont avant tout une existence légale, encadrée par le Code du travail, qui prévoit la manière de les mettre en place. Cependant, quel serait le sort d'un accord autonome conclu durant le cycle électoral et mettant en place ces représentants de proximité ? Qui viendrait contester un accord portant sur les représentants de proximité, c'est-à-dire une mesure de faveur envers la partie salariale ?¹⁸⁵⁹ Il n'est pas impossible, en cas de conflits entre syndicats, qu'un de ceux-ci conteste l'accord. Que déciderait alors la juridiction saisie ? Trois voies sont possibles.

358. Approche légaliste. La première est la voie légaliste. Les juges devraient constater le non-respect des dispositions légales et annuler la mise en place d'un tel accord. Peut-il être soutenu que la mise en place de représentants de proximité est un dispositif plus favorable pour les salariés en se fondant notamment sur l'article L. 2312-4 du Code du travail¹⁸⁶⁰ ? Légalement, la réponse est négative : cet article ne vise que le chapitre portant sur les attributions et ne prévoit pas de régir les dispositifs sur la mise en place. Par ailleurs, et même si des dispositions plus favorables pourraient être admises au-delà des attributions, il semble que la loi ait souhaité déterminer seule les modalités de mise en place des représentants de proximité. Prévoir des modalités différentes contrevient aux dispositions légales, qui relèveraient d'un ordre public implicite ; les juges devraient se lier à la volonté du législateur d'encadrer les modalités de négociation et de conclusion de ces accords¹⁸⁶¹.

359. Approche pragmatique. Les juges, s'ils sont saisis d'une telle question, pourraient également adopter une position plus pragmatique que légaliste¹⁸⁶². En effet, l'accord collectif

¹⁸⁵⁸ M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2.

¹⁸⁵⁹ M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2 : « *mais, d'un autre côté, qui pourra remettre en cause un accord introduisant des représentants de proximité en cours de mandat, dès lors que cet accord répond aux mêmes conditions de validité de l'accord de détermination des établissements distincts* ».

¹⁸⁶⁰ « *Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages* » (C. trav., art. L. 2312-4).

¹⁸⁶¹ Même si pour certains auteurs la rédaction de cet article est « *maladroite* » : A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

¹⁸⁶² A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378 : « *il semble expédient [...] de prendre une certaine distance avec la lecture littérale des textes* ».

est de plus en plus « sanctifié » par les juges¹⁸⁶³. Dans cette situation, les parties s'accordent en respectant les modalités propres aux accords collectifs, créant ainsi un sentiment de légitimité de cet accord. Contrairement aux développements précédents où le contenu de l'accord était défavorable aux salariés, il ne serait ici qu'un moyen supplémentaire en faveur des salariés et des élus. Dans un tel contexte, les juges pourraient dépasser une lecture légaliste de la situation en adoptant une solution pragmatique et autoriser la signature d'un tel accord à tout moment¹⁸⁶⁴. Le Gouvernement adopte partiellement cette position pragmatique au sein de son « Questions / Réponses » sur le CSE en exposant que « *dans le cas où le nombre et le périmètre des établissements distincts seraient établis par décision unilatérale de l'employeur, la mise en place des représentants de proximité pourra être décidée par accord collectif majoritaire en cours de cycle* »¹⁸⁶⁵. Si un accord majoritaire peut être conclu en cours de cycle en présence d'une décision unilatérale de mise en place, la question demeure de la possibilité de mettre en place des représentants de proximité en cours de cycle en présence d'un accord de mise en place n'ayant pas évoqué cette question à l'origine¹⁸⁶⁶. Il paraît difficile de ne pas appliquer une approche pragmatique également dans cette situation pour les raisons déjà évoquées¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶³ V. *supra* n° 349 et s.

¹⁸⁶⁴ A ce propos en cas de négociation en dehors de l'article L. 2313-2 : « *il n'apparaît donc pas évident que la négociation d'un accord ayant pour seul objet la mise en place des représentants de proximité soit illicite. Selon nous, un tel accord devrait emporter ses effets* » (E. JEANSEN, Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner, JCP S 2018, 1084) ; Dans le même sens sur la mise en place de représentants de proximité : « *on devrait considérer, au contraire, que dès lors que les conditions de majorité sont réunies, tout accord d'entreprise peut légalement y procéder* » (P. LAGOUTTE, J.-B. COTTIN, Comment mettre en place des représentants de proximité ?, LSQ - Le dossier pratique juill. 2018) ; S'agissant des commissions santé, sécurité et conditions de travail, certains auteurs adoptent cette même réflexion : « *en principe, l'accord d'entreprise peut être conclu à tout moment. Toutefois, pour la négociation sur la ou les CSSCT, la loi dispose que seul « l'accord d'entreprise défini à l'article L 2313-2 » du Code du travail est mobilisable, c'est-à-dire l'accord portant reconnaissance des établissements distincts. Faut-il en déduire que seul cet accord permet la négociation sur la ou les CSSCT ? Une telle restriction « temporelle » serait dommageable ; liberté devrait être laissée aux partenaires sociaux d'aménager à tout moment la ou les CSSCT de l'entreprise* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 04/2019, p. 235).

¹⁸⁶⁵ 117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 33, p. 21, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf.

¹⁸⁶⁶ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « *cela étant, c'est à notre avis plus généralement qu'il faut ouvrir aux partenaires sociaux la possibilité de mettre en place des représentants de proximité, que ce soit dans les entreprises à mono-établissement ou dans les entreprises à établissements multiples sans que les parties se soient entendues à l'époque sur la présence de ces représentants* ».

¹⁸⁶⁷ L. URBANI-SCHWARTZ, C. CHAUMIER, C. GIGNOUX, Mettre en place et gérer les commissions et les représentants de proximité, Cah. DRH 2020, n° 273-274, p. 19 ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 583.

360. Approche littérale. Un dernier argument tiré de la loi pourrait être invoqué : l'article L. 2313-7 ne prévoirait qu'une obligation de négocier sur les représentants de proximité au même titre que les autres sujets régis par l'accord de mise en place (C. trav., art. L. 2313-3). Le législateur aurait simplement souhaité que la mise en place des représentants de proximité soit négociée dans le cadre de l'accord prévu à l'article L. 2313-3 (qui implique une négociation préalable obligatoire). C'est ainsi que le texte de l'article L. 2313-7 est le suivant : « *l'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 peut mettre en place des représentants de proximité* ». Le « peut » pourrait se comprendre comme une faculté offerte à l'accord de mise en place et non comme une exclusivité¹⁸⁶⁸. Un accord classique pourrait décider de cette mise en place. Par ailleurs, selon une même lecture littérale, certains auteurs considèrent que le renvoi porte sur les conditions de validité de l'accord et non sur la nécessité d'être incorporé au sein de l'accord de mise en place¹⁸⁶⁹. Quoiqu'il en soit, les juges doivent se positionner en faveur de ces accords conclus en dehors de l'article L. 2313-2 du Code du travail.

361. Conclusion. La difficulté à borner le champ de la négociation par les dispositions légales et l'ordre public de la représentation du personnel a conduit la doctrine à s'interroger sur la portée de certaines clauses institutionnelles¹⁸⁷⁰. Les principaux thèmes de l'instance sont concernés : définition des établissements distincts, information des élus, aménagement des consultations... Face à ce constat la réception par les juges de ces différents débats sera essentielle. Les accords institutionnels bénéficient cependant de nombreux arguments liés à

¹⁸⁶⁸ V. toutefois sur la notion du « pouvoir » s'exprimant en tant que règle d'ordre public : E. JEANSEN, La détermination de l'ordre public, une (vaine) tentative législative ?, in Mélanges B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 832.

¹⁸⁶⁹ S. RIOCHE, CSE et représentants de proximité : un kaléidoscope conventionnel, JCP S 2018, 1343 : « en renvoyant à l'accord défini à l'article L. 2313-2 du même code, ce texte semble imposer que la mise en place de représentants de proximité résulte de l'accord collectif relatif à la détermination d'éventuels établissements distincts. La portée de ce renvoi textuel pourrait être limitée aux conditions de conclusion de l'accord » ; V. également, A. GARDIN, Santé et sécurité au travail et fusion des IRP : quelles adaptations par la négociation ?, RJS 06/2018, p. 467 : « il faudrait se détacher de la lettre du texte et considérer, comme vu précédemment, que le renvoi est limité aux conditions de conclusion de ce type d'accord » ; B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 191.

¹⁸⁷⁰ J. MORIN, Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457.

leur légitimité. Les juges pourraient, sur la lignée jurisprudentielle de l'égalité de traitement, s'en tenir aux modalités choisies librement par les élus, tant que ces derniers respectent les dispositions légales explicites en vigueur. Les accords institutionnels disposeraient d'une puissance particulière, offrant aux partenaires sociaux la liberté d'apprécier librement certaines notions générales.

Section 2. La conclusion de l'accord

362. Multiplicité d'accords. Après avoir évoqué les interrogations liées au contenu de l'accord, il convient de détailler les modalités de conclusion de celui-ci. La conclusion de l'accord institutionnel est marquée par certaines spécificités¹⁸⁷¹. Tout d'abord, les modes de conclusion sont multiples¹⁸⁷² ; les partenaires à la négociation sont différents selon les acteurs présents dans l'entreprise ou le thème traité¹⁸⁷³. Cette multiplicité repose en partie sur la « philosophie »¹⁸⁷⁴ contemporaine du législateur : permettre à chaque entreprise de disposer d'interlocuteurs en capacité de négocier et de signer des accords d'entreprise¹⁸⁷⁵. Au sein de ce « vent de liberté qui souffle en matière de représentation collective et de négociation collective depuis plusieurs années »¹⁸⁷⁶, le CSE a permis d'accentuer ce phénomène. Le champ de la négociation sur l'instance ayant considérablement augmenté, le spectre des négociateurs a dû lui aussi s'ouvrir¹⁸⁷⁷. À ce titre, la voie de l'accord conclu entre

¹⁸⁷¹ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

¹⁸⁷² P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570 ; B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : « la mise en place du comité social et économique fait appel à une typologie d'accords riche de sa complexité » ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

¹⁸⁷³ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

¹⁸⁷⁴ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631.

¹⁸⁷⁵ L. DE MONTVALON, Ordonnances Macron : les mutations de la négociation collective, Cah. Lamy du CE nov. 2017, n° 175, p. 7.

¹⁸⁷⁶ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358.

¹⁸⁷⁷ A. SERVOUZE-MERCIER, S. MAYOUX, Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ?, JCP S 2018, 1182.

l'employeur et le CSE, en l'absence de délégué syndical, a été ouverte par le législateur devenant la modalité de conclusion subsidiaire par défaut¹⁸⁷⁸.

363. Légitimité des accords. L'ensemble des modalités de conclusion retenues repose sur une philosophie commune : conférer aux accords signés une légitimité majoritaire¹⁸⁷⁹. Dans les faits, l'exigence de majorité requise n'est toutefois pas uniforme. À titre d'illustration, n'existe-t-il pas une distinction notable entre un syndicat majoritaire ayant acquis sa représentativité sur un taux de participation de 20% au premier tour des dernières élections et un accord approuvé par référendum des salariés ?¹⁸⁸⁰ Ou encore, comment justifier du pouvoir de signature des délégués syndicaux face à un CSE composé de non-syndiqués élus au 2nd tour en raison de la faible participation au 1^{er} tour ?¹⁸⁸¹ Les pouvoirs de négociation et de conclusion des accords sont, dans ce cas, exclusivement confiés aux délégués syndicaux ; en particulier pour conclure des accords institutionnels, vis-à-vis d'une instance à laquelle ils ne sont peut-être pas élus tandis que les élus ont, quant à eux, reçu l'appui réel des salariés¹⁸⁸². C'est le paradoxe qui existe en droit du travail : si la recherche de légitimité est importante ces dernières années et si la hiérarchie des négociateurs est censée garantir des principes constitutionnels, les règles actuelles produisent certains effets négatifs sur la représentativité et la légitimité des accords.

364. Absence d'unité dans le mode de conclusion. Aussi, une autre difficulté doit être évoquée en amont. Il convient de rappeler que l'absence d'unité dans le régime de l'accord institutionnel peut conduire à conclure certains accords contenant des stipulations répondant à différentes conditions de majorité¹⁸⁸³. Il conviendra alors, dans une telle hypothèse, de prendre en compte le mode de conclusion le plus « restrictif », à savoir, généralement, la

¹⁸⁷⁸ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 632.

¹⁸⁷⁹ G. AUZERO, *La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire*, *Dr. soc.* 2018, p. 154.

¹⁸⁸⁰ S. BEAL, *Le référendum : une solution pragmatique, pas une panacée !*, *Semaine Sociale Lamy* mars 2016, n° 1716, p. 5.

¹⁸⁸¹ C. trav., art. L. 2314-29.

¹⁸⁸² C. trav., art. L. 2122-1.

¹⁸⁸³ P. LOKIEC, *Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social*, *Semaine Sociale Lamy* févr. 2020, n° 1893, p. 15.

conclusion par les délégués syndicaux via un accord majoritaire sans possibilité de recourir au référendum¹⁸⁸⁴.

365. Multitude d'accords et contestation. Ces divers modes de conclusion ont fait émerger certains accords jusqu'alors inconnus en droit du travail. C'est le cas par exemple des accords majoritaires sans possibilité de recours au référendum¹⁸⁸⁵ ou encore des accords conclus entre l'employeur et le CSE¹⁸⁸⁶. La diversité des modalités de conclusion doit conduire à les étudier (§1). Une fois conclus, ces accords s'exposent à leur contestation (§2). Les modalités de contestation déterminent – en partie - la philosophie voulue par le législateur au sujet des accords institutionnels¹⁸⁸⁷.

§1. Une multitude de modalités de conclusion

366. Accords classiques, accords nouveaux. La multitude de modalités de conclusion repose sur deux réalités. D'un côté existent les accords « classiques »¹⁸⁸⁸, c'est-à-dire ceux qui sont connus depuis plusieurs années en droit du travail et qui n'ont pas été « créés » à l'occasion de la mise en place du CSE¹⁸⁸⁹. Il conviendra de les recenser et de les analyser (I.). À l'inverse des accords « particuliers » existent : ils sont nouveaux et réservés au droit de la représentation du personnel¹⁸⁹⁰. Ces accords feront l'objet d'une étude pour comprendre tant le sens de leur existence que les modalités exactes de leur régime juridique (II.).

¹⁸⁸⁴ V. *supra* n° 316 et s. pour des développements plus approfondis.

¹⁸⁸⁵ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : « l'accord majoritaire sans référendum fait son apparition en droit du travail ».

¹⁸⁸⁶ J.-B. COTTIN, R. FAVRE, Fiche anthropométrique du comité social et économique (CSE), Cah. DRH oct. 2017, n° 246, p. 23.

¹⁸⁸⁷ F. FAVENNEC-HERY, L. MARQUET DE VASSELOT, Les articulations des contentieux, JCP S 2019, 1163, spéc. n° 40.

¹⁸⁸⁸ F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71.

¹⁸⁸⁹ G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24.

¹⁸⁹⁰ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

I. Des accords aux modalités de conclusion classiques

367. Plan. Les accords « classiques » sont connus et appréhendés par la pratique, malgré l'existence de quelques interrogations pour certains. Ils ont comme particularité d'être adaptés au niveau de conclusion et au thème de négociation¹⁸⁹¹, ils seront présentés successivement (A.). Il conviendra ensuite de s'intéresser spécifiquement au protocole d'accord préélectoral dont la légitimité contemporaine peut être remise en question (B.).

A. Des accords adaptés au niveau de conclusion et au thème de négociation

368. Accord majoritaire conclu avec les délégués syndicaux. Parmi l'ensemble des accords permettant d'aménager l'institution de représentation du personnel, le principal demeure l'accord conclu avec les délégués syndicaux au sein de l'entreprise¹⁸⁹². Le législateur ne bénéficiait pas de marge de manœuvre s'agissant de cette option : les délégués syndicaux disposent au sein de l'entreprise ou de l'établissement d'une compétence exclusive s'agissant de la négociation collective¹⁸⁹³. Par voie de conséquence, le régime juridique qui en découle est aujourd'hui clairement établi ; l'accord conclu avec les délégués syndicaux doit être majoritaire conformément aux dispositions de la loi « Travail » de 2016¹⁸⁹⁴ et des Ordonnances « Macron » de 2017¹⁸⁹⁵. L'accord collectif sera conclu dès lors qu'il aura été signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur de telles organisations au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants¹⁸⁹⁶. Cet accord bénéficie toutefois d'une particularité : le recours au référendum

¹⁸⁹¹ L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226 : « *le caractère pluriel de cette conventionnalisation est frappant tant est grande la variété des types accords, ce en fonction notamment de la situation de l'entreprise et de la nature des dispositions dont l'aménagement est envisagé* ».

¹⁸⁹² Mise en place, fonctionnement et attributions du CSE : quels accords possibles ?, FRS nov. 2019, 23/19, p. 17.

¹⁸⁹³ V. *supra* n° 147 et s.

¹⁸⁹⁴ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO n° 184, 9 août 2016, art. 21.

¹⁸⁹⁵ Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, JO n° 223, 23 sept. 2017, art. 11.

¹⁸⁹⁶ C. trav., art. L. 2232-12 ; L. PECAUT-RIVOLIER, La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation, JCP S 2016, 1300.

admis dans le droit commun lorsque les signataires représentent entre 30% et 50% des suffrages est exclu¹⁸⁹⁷. Cette spécificité sera abordée ultérieurement pour comprendre cette exception¹⁸⁹⁸. Outre l'accord collectif majoritaire de droit commun, porté par les délégués syndicaux, d'autres types d'accords peuvent être conclus dans le cadre des accords institutionnels, particulièrement de manière subsidiaire en l'absence de tels délégués. Ces accords sont pour la plupart déjà connus.

369. Accord conclu entre l'employeur et le CSE. Pourtant, le principal accord subsidiaire est « *l'accord conclu entre l'employeur et le CSE* »¹⁸⁹⁹. S'agissant des négociations sur l'instance de représentation du personnel, il est généralement fait appel, en l'absence de délégués syndicaux, à l'accord avec le CSE¹⁹⁰⁰. De cela ressort une certaine logique, les élus sont légitimes et les principaux concernés par ces mesures¹⁹⁰¹. Malgré tout, cet accord est novateur et jusqu'alors inconnu, en tant que tel, au sein du Code du travail¹⁹⁰². Il ne repose pas sur les mêmes modalités que l'accord conclu avec les membres du CSE lorsqu'il est recouru à la négociation dérogatoire¹⁹⁰³. Cet « *accord conclu entre l'employeur et le CSE* » sera étudié compte tenu de sa nouveauté et des nombreuses questions qu'il pose.

370. Recours à la négociation dérogatoire de droit commun – thèmes limités. En revanche, il convient d'étudier dès maintenant les accords pouvant être conclus sur le fondement de la négociation dérogatoire de droit commun¹⁹⁰⁴. Un tel recours est admis pour les entreprises ne disposant pas de délégués syndicaux et dans des conditions qui diffèrent selon que l'entreprise ait un effectif supérieur ou inférieur à 50 salariés¹⁹⁰⁵. Le recours à la

¹⁸⁹⁷ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2.

¹⁸⁹⁸ V. *infra* n° 387 et s.

¹⁸⁹⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633.

¹⁹⁰⁰ V. par exemple sur la mise en place : C. trav., art. L. 2313-3, sur la BDES : C. trav, art. L. 2312-21, sur les consultations récurrentes : C. trav., art. L. 2312-19 ; F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

¹⁹⁰¹ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595.

¹⁹⁰² G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 634.

¹⁹⁰³ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 ; V. *infra* n° 442.

¹⁹⁰⁴ B. TEYSSIE, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112.

¹⁹⁰⁵ C. trav., art. L. 2232-23 et s.

négociation dérogatoire de droit commun sera toutefois rarement possible dans le cadre de l'accord institutionnel¹⁹⁰⁶. Le législateur a privilégié le recours à « *l'accord conclu entre l'employeur et le CSE* » à défaut de délégué syndical ; la procédure est alors simplifiée : le législateur évite un éventuel blocage dû à la lourdeur de la négociation dérogatoire de droit commun¹⁹⁰⁷. Pour identifier les quelques thèmes ouverts à cette négociation dérogatoire de droit commun, il convient d'appréhender le lexique employé par le législateur. Dès lors qu'il est question d'un « accord d'entreprise » sans plus de précisions, il convient de considérer qu'en l'absence de délégué syndical, la négociation dérogatoire est admise¹⁹⁰⁸. Cela concerne : la fixation de la durée des mandats des élus entre 2 et 4 ans¹⁹⁰⁹, la répartition de la contribution des activités sociales et culturelles entre les comités d'établissement¹⁹¹⁰, la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer les activités sociales et culturelles¹⁹¹¹ ou encore l'assimilation à du temps de travail effectif des heures passées en commission¹⁹¹².¹⁹¹³ Concernant la négociation sur le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes et le délai maximal dans lequel l'expert remet son rapport, le Code du travail requiert : « *un accord d'entreprise, ou à défaut un accord conclu entre l'employeur et le comité social et économique* »¹⁹¹⁴. Il n'est pas possible de recourir à la négociation dérogatoire dans cette hypothèse : le législateur a prévu des modalités de substitution en l'absence d'accord d'entreprise¹⁹¹⁵.

¹⁹⁰⁶ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2.

¹⁹⁰⁷ Il n'a pas été envisagé d'ouvrir et de simplifier les règles dérogatoires pour toutes les entreprises et tous les sujets de droit du travail : seuls les sujets institutionnels bénéficient à ce jour d'une telle particularité. Cette solution peut sembler dommageable ; les entreprises de plus de 50 salariés bénéficient de règles plus contraignantes que les entreprises de moins de 50 salariés pour la même cause : l'absence de délégué syndical. L'employeur et les salariés des entreprises de plus de 50 salariés sont-ils responsables de l'absence d'organisation syndicale ? Cette contrainte pèse sur la flexibilité de celles-ci.

¹⁹⁰⁸ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : « *l'accord collectif ici désigné n'est pas autrement qualifié. Il s'agit d'un accord collectif lato sensu, ce qui signifie que l'ordonnance offre aux intéressés toute la panoplie que nous connaissons, laquelle est fonction de l'effectif de l'entreprise. Il peut s'agir d'un accord collectif de droit commun si des délégués syndicaux sont présents ou d'accords dérogatoires en leur absence* ».

¹⁹⁰⁹ C. trav., art. L. 2316-11.

¹⁹¹⁰ C. trav., art. L. 2312-82.

¹⁹¹¹ C. trav., art. L. 2312-81.

¹⁹¹² C. trav., art. L. 2315-11.

¹⁹¹³ L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226, spéc. n° 13.

¹⁹¹⁴ C. trav., art. L. 2315-79 et L. 2315-85.

¹⁹¹⁵ G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24.

371. Négociation dérogatoire de droit commun – absence d'intérêt pour l'accord institutionnel. L'analyse de ces thèmes rend difficilement concevable le recours à la négociation dérogatoire de droit commun pour de telles situations en raison du peu d'impact qu'aurait un accord sur ces sujets et de la procédure très « *complexe* »¹⁹¹⁶ à mettre en œuvre¹⁹¹⁷. Les employeurs auront peu d'intérêt à user de la négociation dérogatoire de droit commun pour ces thèmes¹⁹¹⁸. Cette dernière est en pratique totalement exclue de l'accord institutionnel, et ce malgré son développement conséquent ces dernières années.

372. Contrer le recours à la négociation dérogatoire de droit commun – souplesse pratique. La pratique peut, par ailleurs, s'affranchir des textes pour développer une lecture plus souple de ceux-ci. En effet, sur les thèmes précédemment relevés ouverts à la négociation dérogatoire (durée des mandats, contribution et répartition des activités sociales et culturelles), il est possible de voir, en pratique, les entreprises négocier directement avec leur CSE sur ces questions en l'absence de délégués syndicaux. Sur la contribution et l'attribution des activités sociales et culturelles, il s'agira d'un accord atypique ayant valeur d'engagement unilatéral de l'employeur ; le recours à ce type d'engagement est admis¹⁹¹⁹. Si les conditions de l'accord sont au moins aussi favorables que la loi ou plus favorables, aucun contentieux ne sera initié. Il est en revanche plus délicat de déroger à la règle des 4 ans pour les mandats en l'absence d'accord d'entreprise¹⁹²⁰. La négociation dérogatoire de droit commun devrait être, dans les faits, totalement exclue des modalités de conclusion de l'accord institutionnel.

¹⁹¹⁶ M. PERILLI, C. DELANNOY, E. LEYNAUD, Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ?, Cah. DRH févr. 2018, n°250-251, p. 121.

¹⁹¹⁷ Particulièrement dans les entreprises de plus de 50 salariés : J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 21.

¹⁹¹⁸ V. ROCHE, Le budget du comité social et économique, JCP S 2018, 1159.

¹⁹¹⁹ I. ODOUL-ASOREY, Comité social et économique : activités sociales et culturelles, Répertoire Droit du travail 2018, n° 186 : « *les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 2312-81 du code du travail s'appliquent à défaut d'accord collectif d'entreprise. Un engagement unilatéral de l'employeur souscrit sous la forme d'un usage, d'un accord atypique ou d'une décision unilatérale doit donc respecter ces dispositions législatives, lesquelles admettent uniquement des mesures unilatérales plus favorables aux travailleurs* ».

¹⁹²⁰ M.-C. TUAL, La durée des mandats des membres du CSE, Cah. Lamy du CSE févr. 2019, n° 189, p. 7.

373. Autres accords spécifiques – Budget de fonctionnement du CSE central, règlement intérieur, nombre et composition des collèges. D'autres accords particuliers sont à recenser bien qu'ils existent depuis de nombreuses années. Le budget de fonctionnement du comité central est déterminé : « *par accord entre le comité central et les comités d'établissement* »¹⁹²¹. Le texte ne permet pas de définir exactement les conditions de conclusion d'un tel accord¹⁹²². Il est toutefois possible de se référer aux circulaires et réponses ministérielles publiées à l'époque du comité d'entreprise. Selon celles-ci, la négociation doit s'engager entre le comité central d'entreprise et les comités d'établissement afin d'apprécier leurs besoins respectifs, l'accord qui en résulte doit être unanime¹⁹²³. Une délibération favorable de tous les CSE d'établissement et du CSE central est requise ; une délibération adoptée à la majorité des présents au sein de chaque comité devrait suffire à déterminer cette répartition¹⁹²⁴. À défaut d'accord, un régime légal supplétif prend le relais¹⁹²⁵. Un autre accord particulier existe : il s'agit du règlement intérieur du CSE¹⁹²⁶. Certains pourraient rejeter la qualification d'accord pour un règlement intérieur du CSE¹⁹²⁷ ; un accord au sein de l'instance est pourtant requis pour l'approuver¹⁹²⁸. Il s'agit d'ailleurs d'un élément important, d'autant plus en l'absence d'accord institutionnel, puisqu'il détermine les principales règles de bonne tenue de l'instance¹⁹²⁹. Son approbation, à la majorité des membres présents, permet à chacun des acteurs d'approuver son contenu et donc certaines modalités d'exécution de l'instance¹⁹³⁰. Cette délibération s'effectue

¹⁹²¹ C. trav., art. L. 2315-62.

¹⁹²² M. DENIAU, Répartir le budget entre le CCE et les comités d'établissement, Cah. Lamy du CE févr. 2006, n° 46, p. 17.

¹⁹²³ Circ. 6-5-1983, 2-2 : BOMT n° 83/23-24 ; Rép. Dhaille : AN 3-3-1986 p. 831 n° 63913.

¹⁹²⁴ S. BEAL, M. MARGUERITE, Le comité social et économique Mise en place et fonctionnement, JCP G 2017, 1578.

¹⁹²⁵ C. trav., art. R. 2315-32.

¹⁹²⁶ C. trav., art. L. 2315-24.

¹⁹²⁷ V. MANIGOT, Règlement intérieur du comité social et économique, JCP S 2019, 1290 : « *contrairement aux accords instaurant les CSE, les règlements intérieurs ne sont pas soumis à une obligation de publicité et les entreprises sont souvent réticentes à les rendre publics* ».

¹⁹²⁸ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

¹⁹²⁹ V. MANIGOT, Règlement intérieur du comité social et économique, JCP S 2019, 1290 : « *les négociateurs des accords ont parfois laissé au règlement intérieur la charge de traiter certaines questions ou, à l'inverse, rappelé que les membres de l'instance ne pouvaient, par le biais de cette norme interne, déroger à certaines de leurs dispositions. D'autres encore ont décidé de faire figurer dans le règlement intérieur du CSE des principes qui ne se trouvent nulle part ailleurs* ».

¹⁹³⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 538.

généralement à la première ou deuxième réunion du CSE¹⁹³¹. Aussi, au sein de ce « *patchwork* »¹⁹³² de modalités de conclusion, résiste la possibilité de modifier le nombre et la composition des collèges électoraux par accord unanime de toutes les organisations syndicales représentatives de l'entreprise¹⁹³³.

374. Accords de groupe – *recours explicitement autorisé*. Viennent ensuite les accords conclus sur des périmètres différents. En premier lieu l'accord de groupe est mentionné dans certains articles du code du travail relatifs au CSE. Tout d'abord concernant les orientations stratégiques : le code prévoit que la consultation récurrente sur les orientations stratégiques peut être effectuée au niveau du comité de groupe sous réserve d'un accord obtenu à ce même niveau¹⁹³⁴. C'est également le cas s'agissant des consultations ponctuelles qui pourraient être effectuées au niveau du comité de groupe¹⁹³⁵. Enfin, l'accord de groupe est évoqué s'agissant de la mise en place du vote électronique¹⁹³⁶, de la dérogation aux mandats de 4 ans¹⁹³⁷, de la mise en place de la BDES au sein du groupe¹⁹³⁸ et des accords pouvant contenir des dispositions plus favorables sur le fonctionnement de l'instance¹⁹³⁹.

375. Accords de groupe – *recours implicitement autorisé* ? L'accord de groupe a connu une évolution ces dernières années visant à lui conférer une plus grande force juridique¹⁹⁴⁰. Depuis la loi « Travail » de 2016¹⁹⁴¹ le Code du travail prévoit que : « *l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations*

¹⁹³¹ C. ARANDA, V. CORREIA, Tenir la première réunion, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 52.

¹⁹³² C. LANDAIS, L. PECAUT-RIVOLIER, D. PIVETEAU, Y. STRUILLOU, Le nouveau protocole préélectoral, Dr. soc. 2012, p. 1048.

¹⁹³³ C. trav., art. L. 2314-12.

¹⁹³⁴ C. trav., art. L. 2312-20 : « *un accord de groupe peut prévoir que la consultation sur les orientations stratégiques est effectuée au niveau du comité de groupe* ».

¹⁹³⁵ C. trav., art. L. 2312-56 : « *un accord de groupe peut prévoir que les consultations et informations ponctuelles mentionnées aux articles L. 2312-8 et L. 2312-37 sont effectuées au niveau du comité de groupe* ».

¹⁹³⁶ C. trav., art. R. 2314-5.

¹⁹³⁷ C. trav., art. L. 2316-11.

¹⁹³⁸ C. trav., art. R. 2312-15.

¹⁹³⁹ C. trav., art. L. 2315-2.

¹⁹⁴⁰ F. MILAN, Y. FERKANE, Faut-il désormais craindre la négociation de groupe ?, RDT 2017, p. 76.

¹⁹⁴¹ L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO n° 184, 9 août 2016, art. 23.

prévues à la présente section »¹⁹⁴². La question se pose néanmoins de la portée exacte de ce texte au niveau des accords institutionnels, le législateur ayant souhaité développer un régime spécifique pour le CSE. Concernant les textes prévoyant un simple « accord d'entreprise » (c'est-à-dire les accords ouverts à la négociation dérogatoire¹⁹⁴³), l'accord de groupe peut être utilisé : il s'agit de faire application du droit commun¹⁹⁴⁴. L'interrogation porte spécifiquement sur les négociations importantes sur le CSE pour lesquelles il est généralement admis qu'un accord d'entreprise majoritaire, sans possibilité de référendum, peut être conclu. Il ne s'agit donc pas d'un accord collectif « classique », les conditions de majorité sont différentes. Cela étant, il est tout à fait possible d'appliquer cette même majorité en interdisant le recours au référendum pour l'accord de groupe¹⁹⁴⁵. C'est d'ailleurs la position de certains auteurs sur ce sujet : *« il serait donc envisageable de conclure un accord de groupe vérifiant les conditions d'un accord majoritaire, sur les thèmes précités. La validité de l'accord conclu au sein de tout ou partie du groupe sera en effet appréciée selon les conditions prévues à l'alinéa 1 de l'article L. 2232-12 du Code du travail, le taux de 50 % étant apprécié à l'échelle de l'ensemble des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de cet accord. La consultation des salariés, pour un seuil d'audience situé dans la fourchette qui va de 30 % à 50 % sera pareillement exclue »*¹⁹⁴⁶. Est-ce réalisable sur le plan tant juridique qu'opérationnel ? Sur le plan juridique, il est en effet possible d'en

¹⁹⁴² C. trav., art. L. 2232-33.

¹⁹⁴³ V. *supra* n° 370.

¹⁹⁴⁴ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : *« il est par ailleurs concevable que l'accord de groupe, non expressément visé dans un certain nombre d'hypothèses, ait toute sa place lorsqu'il est fait référence à un accord collectif non autrement qualifié et ce, par application de l'article L. 2232-33 du Code du travail »*.

¹⁹⁴⁵ F. ROSA in Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cah. de droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier 11 : *« est-ce à dire que l'article L. 2313-2, par renvoi à l'accord collectif d'entreprise majoritaire, autorise les partenaires sociaux à négocier les établissements distincts au niveau du groupe ? Les termes de l'article L. 2232-33 militent en faveur d'une réponse positive : ce sont en effet « l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise » qui peuvent être négociées « au niveau du groupe » sous réserve de quelques adaptations »*.

¹⁹⁴⁶ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204.

discuter¹⁹⁴⁷. Le législateur a souhaité offrir la possibilité de conclure un accord de groupe dès lors qu'un accord d'entreprise de droit commun pouvait être conclu¹⁹⁴⁸. Ici l'interrogation demeure sur l'attribution de la qualité d'accord de droit commun à l'accord institutionnel. En effet, l'impossibilité de recourir au référendum ou encore le rejet du droit commun de la négociation dérogatoire pour y appliquer un droit spécial laissent à penser qu'il existe un droit spécifique applicable à l'accord institutionnel qui empêcherait le droit commun de s'appliquer, parmi lequel la possibilité de conclure un accord de groupe en lieu et place d'un accord d'entreprise¹⁹⁴⁹. Aussi, sur le plan pratique, ce recours au groupe peut être contestable : le groupe est-il le niveau approprié pour définir la notion d'établissement, les commissions associées, les modalités de consultation, les règles de fonctionnement ?¹⁹⁵⁰ La réponse est positive pour certains groupes qui se trouvent être le réceptacle de l'accord institutionnel, comme en témoigne le nombre important d'accords de ce type¹⁹⁵¹. La philosophie du groupe dicte son comportement : est-elle propice à la décentralisation ou au

¹⁹⁴⁷ Certaines organisations syndicales au sein du groupe FNAC ont d'ailleurs saisi la justice contre le recours à l'accord de groupe pour déterminer la mise en place, le fonctionnement et les attributions du CSE. Les juges ont rejeté leur demande : « *les juges de première instance ont suivi à deux reprises notre position, considérant que « le recours à un accord de groupe apparaît être le périmètre de négociation le plus approprié pour décider au niveau du groupe du "nombre et du périmètre des établissements distincts" [...] en concertation avec les organisations syndicales représentatives habilitées à négocier un tel accord avec l'employeur* » » (F. GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty *in* Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cah. de droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier 11).

¹⁹⁴⁸ S. BEAL, Accord de groupe : de la reconnaissance à l'émancipation !, Semaine Sociale Lamy oct. 2016, n° 1742, p. 10.

¹⁹⁴⁹ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

¹⁹⁵⁰ B. DABOSVILLE, Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentants du personnel, RDT 2019, p. 387.

¹⁹⁵¹ Thalès et Total, par exemple, ont décidé de passer par un accord de groupe pour déterminer la mise en œuvre et le fonctionnement de leur CSE (« Unanimité chez Thales pour définir les nouvelles IRP et l'exercice du droit syndical » *in* LSQ 21 janv. 2019, n° 17737, p. 1 ; « Total met en place le CSE dans le cadre d'un accord global sur le dialogue social » *in* LSQ 20 juill. 2018, n° 17616, p. 1) ; L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

contraire à la centralisation ?¹⁹⁵² Les premières décisions juridiques¹⁹⁵³ semblent admettre le recours à l'accord de groupe, par ailleurs utilisé dans de nombreux groupes, pour les principales négociations sur l'instance.

376. Accords de branche. L'accord de branche est également cité s'agissant des accords portant sur l'instance de représentation du personnel. Son utilisation devrait toutefois se situer à l'extrême marge du droit applicable. Son rôle est limité à quelques points précis qui ne sont pas au cœur des préoccupations des branches ; ces dernières ont peu tendance à régir la structuration de l'instance de représentation du personnel. Toutefois cette hypothèse est envisagée pour construire, à défaut d'accord, une BDES conventionnelle dans les entreprises de moins de 300 salariés¹⁹⁵⁴ ; également dans le cadre de la rétrocession du budget de fonctionnement vers le CSE central¹⁹⁵⁵, encore pour mettre en place un Conseil d'entreprise dans les entreprises dépourvues de délégué syndical¹⁹⁵⁶. Pour cette dernière hypothèse, un accord de branche étendu est requis. Enfin, concernant la réduction de la durée des mandats, un tel accord est également mentionné¹⁹⁵⁷. Ces possibilités sont éparpillées et, outre la complexité de voir signer des accords de branche sur ces sujets, il y a lieu de s'interroger sur les intérêts que trouveraient les partenaires sociaux pour signer un tel accord ; à moins

¹⁹⁵² Pour des arguments opérationnels en faveur d'un accord de mise en place de groupe, V. J. DIRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385 : « ainsi, pourrait-on admettre que l'accord de configuration du CSE puisse être un accord de groupe. Conclure un accord à ce niveau aurait pour intérêt de pouvoir harmoniser la structure du CSE dans les différentes sociétés du groupe et de synchroniser les élections, ce qui peut paraître opportun, ne serait-ce que pour ensuite faciliter la mesure de l'audience électorale. Et de manière plus spécifique certaines habilitations légales de négocier évoquent la possibilité d'un accord de groupe, par exemple celles relatives à la durée des mandats ».

¹⁹⁵³ F. GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty in Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cah. de droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier 11.

¹⁹⁵⁴ C. trav., art. L. 2312-21 : « à défaut d'accord prévu à l'alinéa premier, un accord de branche peut définir l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données économiques et sociales dans les entreprises de moins de trois cents salariés ».

¹⁹⁵⁵ C. trav., art. R. 2315-32 : « à défaut d'accord entre le comité central et les comités d'établissement prévu à l'article L. 2315-62 et à défaut de stipulations dans la convention collective de branche, le tribunal d'instance fixe le montant de la subvention de fonctionnement que doit rétrocéder chaque comité d'établissement au comité central en vue de constituer le budget de fonctionnement de ce dernier ».

¹⁹⁵⁶ C. trav., art. L. 2321-2 : « le conseil d'entreprise peut être institué par accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12. Cet accord est à durée indéterminée. Il peut également être constitué par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical ».

¹⁹⁵⁷ C. trav., art. L. 2314-4.

d’imaginer un accord de branche plus global et prévoyant des dispositions toutes plus favorables que la loi en application de l’article L. 2312-4 du Code du travail¹⁹⁵⁸.

377. Schéma simplifié, dualité de conclusion. *« Comment s’y repérer ? Chaque apparition d’une forme d’accord brouille un peu plus la notion d’accord relatif au CSE »*¹⁹⁵⁹. Cette analyse du Professeur Géa se révèle être une bonne conclusion à cette énumération des accords ouverts par le législateur. L’accord institutionnel est délicat à appréhender, il est confronté aux thèmes divers et variés, aux temporalités différentes et aux modalités multiples de conclusion. Il convient de passer outre ces défauts structurels : il est possible de simplifier ce schéma à travers les accords conclus avec les délégués syndicaux et, à défaut (généralement de délégués syndicaux), les accords conclus avec le CSE¹⁹⁶⁰. C’est le cœur du découpage législatif et les moteurs de la structuration de la représentation du personnel. Les autres formes d’accords se situent à la marge, tant sur les thèmes de négociation que sur les lourdes modalités de conclusion¹⁹⁶¹. Il est possible de faire le reproche au législateur d’une structuration défailante, laissant ces formes d’accords perdurer difficilement¹⁹⁶². Mais il est intéressant d’appréhender le sujet, pour différencier et constater la réalité juridique et pratique de ces différentes formes d’accord. C’est l’avis que partage également le Professeur Géa sur le sujet : *« si l’on entend donner une consistance à la notion d’accord sur le CSE, il convient d’insister sur ce qui caractérise la négociation qui la sous-tend, c’est-à-dire sur la fonction qu’elle remplit : une fonction de configuration. En ce qu’elle permet de discerner plus nettement, parmi ces formes d’accords, celles qui apparaissent constitutives du comité, en les différenciant de celles qui jouent un rôle plus secondaire, cette grille d’analyse fait ressortir qu’en dépit des apparences, la notion*

¹⁹⁵⁸ C. trav., art. L. 2312-4 : *« les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d’accords collectifs de travail ou d’usages »*. À ce titre, la convention collective de branche des entreprises de l’industrie et des commerces en gros de viandes a été mise à jour, en 2018, pour incorporer diverses stipulations sur le CSE.

¹⁹⁵⁹ F. GEA, L’accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

¹⁹⁶⁰ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

¹⁹⁶¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 632.

¹⁹⁶² L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226.

d'accord sur le CSE s'ourle bien autour de quelques figures principales. Trois, en fait : l'accord soumis à une double condition de majorité (le protocole d'accord préélectoral), l'accord collectif majoritaire, l'accord entre l'employeur et le CSE. Là résident les trois formes essentielles de l'accord (ou des accords) sur le CSE »¹⁹⁶³. Le protocole d'accord préélectoral reste, selon nous, un accord spécifique qui, bien qu'il dispose de certains pouvoirs d'organisation, semble moins ancré dans le pouvoir de structuration que dans la définition préalable des règles de l'élection. Pour cette raison, il garde à notre sens une spécificité qui permet de l'exclure des deux accords au centre de la structuration : l'accord majoritaire conclu avec les délégués syndicaux et l'accord conclu avec le CSE¹⁹⁶⁴. Toutefois, le PAP doit être étudié : son contenu et ses conditions de validité interrogent sur sa légitimité contemporaine.

B. La légitimité contemporaine du protocole d'accord préélectoral

378. Plan. Le protocole d'accord préélectoral (PAP) est lui aussi un accord connu depuis de nombreuses années en droit du travail. La mise en place des dispositions relatives au CSE ne l'a pas fait disparaître, mais a toutefois diminué son rôle (1.). Cette évolution n'a cependant pas éteint ses défauts, qui conduisent à remettre en cause ses modalités de conclusion (2.).

1. Un accord maintenu au rôle diminué

379. Champ de compétence. Le contenu du PAP a légèrement évolué¹⁹⁶⁵. La détermination des établissements distincts, désormais confiée à l'accord de mise en place, a

¹⁹⁶³ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

¹⁹⁶⁴ Même si ce découpage n'est pas toujours respecté : « *principalement, les syndicats représentatifs sont sollicités pour la conclusion d'accords collectifs d'entreprise voire d'établissement, de groupe ou de branche. Subsidiatement, le CSE est compétent. Ce schéma n'est cependant pas toujours respecté ; parfois, seuls les syndicats représentatifs peuvent « valser », d'autres fois, seul le CSE est invité sur la piste* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 49).

¹⁹⁶⁵ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 34.

été exclue de son champ de compétence¹⁹⁶⁶. Cela signifie que le PAP n'est plus le premier acte juridique lançant le processus électoral ; il devient dépendant de l'accord de mise en place conclu plus tôt¹⁹⁶⁷. Par ailleurs, il peut désormais « *modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise* »¹⁹⁶⁸ ; thème particulièrement discuté par les partenaires sociaux. Un autre sujet doit être abordé par les parties : la répartition des sièges entre les différentes catégories de collèges¹⁹⁶⁹. Enfin, les différentes règles électorales doivent être déterminées sur la base des principes généraux du droit électoral¹⁹⁷⁰.

380. Modalités de conclusion - la double majorité. S'agissant de ses modalités de conclusion, le PAP doit obtenir la signature de « *la majorité des organisations syndicales ayant participé à [la négociation du PAP], dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise* »¹⁹⁷¹. C'est le principe de la « double majorité » qui est souvent remise en cause par les entreprises¹⁹⁷². Il convient donc de réunir deux majorités : celle des organisations syndicales représentatives mais aussi la majorité des organisations syndicales ayant participé à la réunion (organisations syndicales représentatives incluses)¹⁹⁷³.

¹⁹⁶⁶ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11e éd. 2018, p. 256.

¹⁹⁶⁷ Certains auteurs sont partagés sur cette nouveauté : « *par exemple, la division de l'entreprise en établissements distincts relève, non plus de la négociation préélectorale, mais de l'accord de configuration du CSE. Pourtant, on concédera facilement que, procédant au dessin de la carte électorale de l'entreprise, cette question est essentielle pour les syndicats intéressés au scrutin, en particulier pour les syndicats non représentatifs qui aspirent à le devenir* » (J. DIRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385).

¹⁹⁶⁸ C. trav., art. L. 2314-7.

¹⁹⁶⁹ C. trav., art. L. 2314-13.

¹⁹⁷⁰ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 415.

¹⁹⁷¹ C. trav., art. L. 2314-6.

¹⁹⁷² L. PECAUT-RIVOLIER, L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2013, p. 502 : « *le législateur a imaginé le système, considéré comme un casse-tête par tous les praticiens, de la double majorité* ».

¹⁹⁷³ I. ODOUL-ASOREY, Négociation et conclusion du protocole préélectoral, RDT 2018, p. 226.

381. Réceptacle juridique de la détermination du nombre d'élus et d'heures de délégation. Il convient par ailleurs de s'intéresser au champ de compétence du PAP, cette fois au regard de l'accord de mise en place. Si le code du travail précise que le PAP est compétent s'agissant de la détermination du nombre d'élus et de leurs heures de délégations¹⁹⁷⁴, certains accords de mise en place ont tenté de régler la question dans celui-ci ; c'est le cas de l'accord conclu au sein de Carrefour Hypermarchés. Le nombre d'élus et d'heures de délégation a été établi au sein de l'accord de mise en place de la société. Les juges ont rejeté cette possibilité : l'accord « *est rédigé en des termes impératifs, de telle sorte qu'il est susceptible de prêter à confusion quant à sa portée effective dans les négociations des protocoles préélectoraux des établissements* »¹⁹⁷⁵. La société estimait qu'il ne s'agissait que d'un simple référentiel. Il est vrai cependant qu'il n'était pas stipulé que les établissements pouvaient y déroger. L'analyse d'Arnaud Teissier sur ce jugement est éclairante : « *le tribunal propose une lecture, à notre sens, trop rigoureuse des termes de l'accord. L'accord de configuration et de fonctionnement du CSE est un préalable au protocole d'accord préélectoral. Si la loi confie expressément à ce dernier la responsabilité de modifier le nombre et la répartition des sièges de la représentation du personnel, il ne fait pas de doute que cette question peut être envisagée, en amont, dans le cadre de la négociation de l'accord de configuration. En effet, cet accord envisage et organise la structure de représentation du personnel. Ne pas évoquer, parmi d'autres sujets, la question du nombre de membres est de nature à déséquilibrer les approches. Certes, il doit être admis que, dans le cadre de la négociation des PAP, les termes des accords de constitution du CSE sur ces points particuliers, pourront être réévalués. Il semble, en revanche, excessif de considérer qu'un accord de constitution ne peut pas retenir un référentiel qui s'appliquera si les négociateurs du PAP n'entendent pas remettre en cause l'équilibre envisagé* »¹⁹⁷⁶. Cette approche est cohérente ; la détermination du nombre de membres et d'heures de délégation influe les débats et les concessions réciproques dès le stade de l'accord de mise en place (davantage si les parties décident de grouper accord de mise en place et accord de fonctionnement et d'attributions¹⁹⁷⁷). Juridiquement, il est cohérent que les juges refusent

¹⁹⁷⁴ C. trav., art. L. 2314-7.

¹⁹⁷⁵ TGI Évry, 1^{re} ch., sect. A, 15 oct. 2018, n° 18/05636.

¹⁹⁷⁶ A. TEISSIER, Mise en place du CSE et application des règles transitoires, JCP S 2018, 1409.

¹⁹⁷⁷ V. *supra* n° 312.

que l'accord de mise en place détermine de manière contraignante ces stipulations (bien qu'il doive être admis qu'inclure cette négociation dans l'accord de mise en place aurait été plus pertinent de la part du législateur¹⁹⁷⁸). Cependant, rejeter l'idée de référentiel ayant contribué aux équilibres d'un accord ne saurait être admis ; une telle indication n'a juridiquement aucune portée. La Cour de cassation pourrait être amenée à préciser la répartition exacte des compétences entre le PAP et l'accord de mise en place. La mise en concurrence de ces deux actes juridiques témoigne d'un manque de clarté et accentue les critiques à l'égard du PAP¹⁹⁷⁹.

2. Remise en cause du protocole d'accord préélectoral

382. Remise en cause. Le PAP est aujourd'hui exposé à plusieurs difficultés : l'absence de régime supplétif pour certaines dispositions et une double majorité requise qui ne semble plus répondre aux normes de légitimité¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷⁸ À ce propos, la Doctrine a pu exprimer les mêmes réticences : « *la loi attribue compétence aux signataires du PAP pour modifier le nombre de membres et d'heures de délégation réglementairement fixés. Cet agencement méconnaît la logique selon laquelle sont négociés les accords relatifs au CSE. En effet, le nombre de membre et le volume d'heures de délégation sont des thèmes majeurs de négociation. Bien souvent, la création de commissions ou de représentants de proximité est décidée en fonction du nombre de membres du comité et les crédits d'heures sont inclus dans une réflexion générale sur les moyens de l'instance. Il n'est donc guère pertinent de traiter ces questions après avoir conclu l'accord relatif à la mise en place du CSE. Les partenaires sociaux doivent pourtant s'y résoudre* » (L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045). V. également J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385 : « *la même interrogation vaut pour le nombre de représentants à élire, qu'il revient au protocole d'accord préélectoral de définir. Ici n'aurait-il pas été plus opportun que cet objet figure dans l'accord de configuration du CSE ? En effet, la composition exacte du CSE est essentielle pour être en mesure de négocier le nombre et la composition des commissions, qui doivent quant à elles être définies par l'accord de configuration du CSE* ».

¹⁹⁷⁹ J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385 : « *à certains égards, l'on peut s'interroger encore ce qui a justifié le choix du législateur de placer tel ou tel thème de négociation dans le champ du protocole d'accord préélectoral plutôt que dans l'accord de configuration du CSE, et inversement* ».

¹⁹⁸⁰ D'où les « *entrelacs normatifs* » : « *tout ceci fait de la négociation préélectorale une terre encore mouvementée, faite de nombreux entrelacs normatifs* » (J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385) ; J.-Y. KERBOURC'H, Quelle clé de répartition des sièges au sein des collèges électoraux ?, JCP S 2018, 1348.

383. La contestable légitimité du PAP. Les organisations syndicales non-représentatives disposent d'un pouvoir de blocage s'agissant de la signature du PAP¹⁹⁸¹. Comment justifier aujourd'hui qu'une partie de la structuration du CSE soit laissée aux mains d'acteurs qui, souvent, n'appartiennent pas à l'entreprise et ne disposent d'aucune légitimité dans celle-ci ?¹⁹⁸² L'argument des pouvoirs publics est de donner à la négociation collective un rôle plus important en contrepartie d'une légitimité attribuée aux modalités de conclusion¹⁹⁸³. L'intérêt de faire participer des organisations syndicales non-représentatives dans l'entreprise au PAP peut se comprendre s'agissant de la détermination des règles électorales¹⁹⁸⁴. Ces organisations peuvent souhaiter présenter des candidats et doivent contrôler l'absence de fraude ou de déséquilibre. Cependant, dans ce cas, le juge pourrait être saisi aux fins de contrôle. Par ailleurs, ce risque de fraude est aujourd'hui scruté s'agissant de la détermination des établissements distincts aux mains exclusives des organisations syndicales représentatives¹⁹⁸⁵. S'agissant des règles électorales déterminées dans le PAP, elles demeurent simples à mettre en œuvre et doivent suivre les principes généraux du droit électoral : attribuer un pouvoir de blocage aux organisations syndicales non-représentatives ne semble pas judicieux¹⁹⁸⁶. Quant au nombre d'heures de délégation et au nombre d'élus, cette question devrait relever de la compétence des organisations syndicales représentatives de l'entreprise¹⁹⁸⁷ ; il n'y a, semble-t-il, aucun intérêt à faire participer les syndicats non-représentatifs en leur conférant un pouvoir de blocage¹⁹⁸⁸. Dès lors, il est difficile de comprendre le maintien de la double majorité compte tenu des

¹⁹⁸¹ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30.

¹⁹⁸² L. PECAUT-RIVOLIER, L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2013, p. 502 : « *les élections deviennent alors prises en charge par une personne totalement extérieure à leur déroulement* ».

¹⁹⁸³ V. sur les « regrets » du maintien de la double majorité : Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vademecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 85.

¹⁹⁸⁴ V. pour une plus grande justification : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6ème éd. 2018, p. 440.

¹⁹⁸⁵ L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 110.

¹⁹⁸⁶ F. PETIT, L'émergence d'un droit électoral professionnel, Dr. soc. 2013, p. 480.

¹⁹⁸⁷ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « *ce qui conduit à intégrer à ce processus la négociation d'une question relative, cette fois, au fonctionnement du comité* ».

¹⁹⁸⁸ V. *infra* n° 620.

évolutions contemporaines du droit de la négociation collective et des thèmes traités au sein du PAP¹⁹⁸⁹. Une évolution législative serait souhaitable.

384. Absence de support supplétif. Par ailleurs, l'intérêt de négocier trouve son existence dans l'écart qui peut exister entre les dispositions supplétives et les possibilités ouvertes par la négociation. L'absence de dispositions supplétives ne permet pas de disposer d'un socle de référence permettant aux parties de connaître le régime juridique applicable à défaut d'accord. Or, la négociation permet justement d'adapter les souhaits et les concessions en fonction des dispositions supplétives. Ces dernières ont également vocation à prévenir l'échec des négociations¹⁹⁹⁰. Il n'existe aucun vide juridique et les parties peuvent ne pas conclure un accord. Une difficulté apparaît lorsqu'il n'existe pas, comme pour le PAP, de support supplétif au soutien des négociations¹⁹⁹¹. Les débats sur la répartition des sièges au sein des collèges électoraux en témoignent. Aucune base légale n'existe quant aux règles de répartition, l'accord des parties est donc capital¹⁹⁹². Or l'absence de régime supplétif cristallise quelques fois les débats. En effet, certains syndicats disposent d'un plus grand nombre de candidats et d'électeurs dans certains collèges. C'est le cas des syndicats ouvriers ou encore des syndicats catégoriels tels que la CFE-CGC. Or, les premiers vont demander un plus grand nombre de sièges attribués au collège 1, tandis que les seconds vont privilégier le collège 2 (et 3 s'il existe) puisqu'ils ne peuvent présenter des candidats que dans ces collèges. Il existe une pratique courante qui consiste à proratiser les effectifs pour déterminer le nombre de sièges au sein de chaque collège, mais aucune disposition légale ne prévoit

¹⁹⁸⁹ Le législateur a pris conscience de ces difficultés, s'agissant de la détermination des établissements distincts en 2016 : « pour éviter les risques d'incohérence et de blocage [liés au PAP], il est donc souhaitable de prévoir la possibilité pour l'accord majoritaire de procéder également à la délimitation des établissements distincts dans le cadre desquels sera composée l'instance qu'il a pour objet de mettre en place » (Étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs présenté en Conseil des ministres, 24 mars 2016, p. 147).

¹⁹⁹⁰ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 450.

¹⁹⁹¹ E. JEANSEN, *Le protocole d'accord préélectoral organisant l'élection des membres du comité social et économique*, JCP S 2017, 1366 : « l'adoption par voie négociée d'un protocole d'accord préélectoral oblige l'employeur. Il ne peut pas unilatéralement modifier les modalités d'organisation qui y sont arrêtées ».

¹⁹⁹² B. TEYSSIE et alii, *Droit et pratique du comité social et économique*, LexisNexis, 2019, p. 71 : « le législateur n'a prévu aucun critère général de répartition des sièges entre collèges » ; J.-Y. KERBOURC'H, *Quelle clé de répartition des sièges au sein des collèges électoraux ?*, JCP S 2018, 1348 : « aucun secours n'est à trouver dans [les] textes pour trancher le litige dont la Cour de cassation était saisie car ils ne traitent pas de la répartition des sièges entre les collèges électoraux ».

cette méthode¹⁹⁹³. C'est la pratique que semble retenir la DREETS quand elle est saisie de la question à la suite d'un désaccord sur le PAP¹⁹⁹⁴. Dans ce contexte, le risque de contentieux existe en l'absence d'éléments textuels et supplétifs¹⁹⁹⁵. Cette absence de disposition supplétive implique la nécessité de parvenir à un accord ; or les différences de point de vue peuvent conduire à un échec des négociations et à la saisine de la DREETS. La procédure est retardée ; un contentieux émerge en pleine période électorale. Est-ce une approche permettant le bon déroulé du dialogue social ?¹⁹⁹⁶ L'absence de référence textuelle supplétive crée de nombreux désagréments, nuisant au dialogue social. Le triptyque « Ordre public », « Champ de la négociation » et « Dispositions supplétives » a apporté aujourd'hui de la cohérence au sein du Code du travail ; chacun de ces modes a besoin de l'autre pour exister et garantir un dialogue social de qualité. Le législateur encadre les différentes situations, et aucune négociation ne peut être tenue en créant un vide juridique nécessitant les compétences d'une autorité tierce. « *Ne pas prévoir c'est déjà gémir* » disait Léonard De Vinci. Cette expression prend tout son sens concernant l'approche législative du PAP : ne pas prévoir de dispositions supplétives en l'absence d'accord, c'est prendre le risque de négociations tendues et de contentieux¹⁹⁹⁷.

385. Conclusion. Le protocole d'accord préélectoral demeure au sein des nombreux accords mobilisables pour structurer l'instance de représentation du personnel. Cette « *diversité* »¹⁹⁹⁸ repose en majorité sur des formes connues qui ne sont pas pour autant

¹⁹⁹³ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 71 ; J.-Y. KERBOURC'H, Quelle clé de répartition des sièges au sein des collèges électoraux ?, JCP S 2018, 1348.

¹⁹⁹⁴ C. trav., art. L. 2314-13.

¹⁹⁹⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 495.

¹⁹⁹⁶ P.-Y. VERKINDT, Les élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2009, p. 648 : « *on ne peut que regretter que l'occasion de simplifier et de sécuriser sur le plan juridique le protocole préélectoral n'ait pas été saisie par le législateur. Dès l'instant où les élections professionnelles sont appelées à devenir le point d'ancrage des relations collectives dans l'entreprise, faire de ce moment cardinal un « nid à contentieux » ne paraît pas répondre au projet politique d'une modernisation du dialogue social* ».

¹⁹⁹⁷ V. sur la combinaison de l'absence de dispositions supplétives et de la règle de double majorité : « *très lourde, cette double condition risque d'aboutir à la nécessité de saisir très fréquemment l'administration du travail, faute d'accord fixant la répartition du personnel et des sièges entre les collèges* » (L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, RDT 2009, p. 490).

¹⁹⁹⁸ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76.

exclues de toute contestation, principalement s'agissant du PAP. La réforme de l'institution de représentation du personnel a toutefois fait place à certains accords particuliers et novateurs qu'il convient d'étudier.

II. Des accords particuliers

386. Plan. Outre les accords énoncés précédemment, et ancrés dans le paysage juridique depuis de nombreuses années, sont apparues de nouvelles formes d'accords, parfois originales, qui suscitent quelques interrogations. Deux accords composent principalement ce spectre. Il s'agit de l'accord majoritaire sans possibilité de recourir au référendum (A.) et de l'accord « *conclu entre l'employeur et le CSE* » (B.).

A. L'accord majoritaire sans possibilité de recourir au référendum

387. Accord présent uniquement pour la représentation du personnel. Ce type d'accord particulier est apparu avec les Ordonnances « Macron » de septembre 2017¹⁹⁹⁹. S'il concerne exclusivement le droit de la représentation du personnel, il s'est inséré au sein des négociations principales de l'instance²⁰⁰⁰. La plupart du champ de la négociation commence ainsi « *un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12* ». Le premier alinéa fait référence à l'accord majoritaire de droit commun. Ce qui interroge en revanche est l'inapplicabilité des autres alinéas de l'article L. 2232-12 du Code du travail. L'ensemble du régime propre à l'accord majoritaire n'a pas été transposé en droit de la représentation du personnel : la possibilité de recourir au référendum est exclue²⁰⁰¹.

¹⁹⁹⁹ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : « *l'accord majoritaire sans référendum fait son apparition en droit du travail* ».

²⁰⁰⁰ Par exemple sur la mise en place (C. trav., art. L. 2313-2), sur les consultations récurrentes (C. trav., art. L. 2312-19) ou encore sur la BDES (C. trav., art. L. 2312-21).

²⁰⁰¹ C. trav., art. L. 2232-12 al. 2.

388. Absence du recours au référendum. Ce choix est novateur²⁰⁰². C'est la première fois qu'apparaissent de telles conditions de validité²⁰⁰³. Il attise également les interrogations dans le contexte législatif actuel. Après avoir ouvert le champ des modes alternatifs de signature des accords collectifs, et notamment la voie du référendum, le législateur l'écarte en matière de CSE²⁰⁰⁴. Pourtant, en droit du travail, ces dernières années, la politique « des petits pas » est appliquée²⁰⁰⁵. Les lois – quasi annuelles – qui se sont succédé au milieu des années 2010, ont chacune fait avancer différents sujets²⁰⁰⁶. C'est le cas par exemple de la négociation dérogatoire qui a vu son champ se développer, de la délégation unique du personnel (DUP) qui pouvait s'apparenter aux prémices du CSE, ou encore de certaines formes préalables à l'accord de performance collective (accords de maintien de l'emploi (AME), de préservation ou de développement de l'emploi (APDE) et de mobilité interne (AMI))²⁰⁰⁷. Or si le législateur a étendu le champ d'application de ces dispositifs au fil des législations, il n'est jamais réellement revenu en arrière. Est pourtant introduite ici une limite importante au droit commun de la négociation collective. Pourquoi le législateur a-t-il opté pour un tel choix ? Plusieurs éléments de justification peuvent être évoqués.

389. Justification possible - *Lourdeur de la procédure.* Tout d'abord, il convient de constater que la procédure du référendum est généralement lourde. Elle nécessite une durée d'environ 2 mois à compter de la signature de l'accord par une ou plusieurs organisations

²⁰⁰² G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 446.

²⁰⁰³ B. GAURIAU, *L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique*, JCP S 2018, 1204.

²⁰⁰⁴ N. LAFFUE, *Le référendum dans l'entreprise*, Dr. soc. 2018, p. 428.

²⁰⁰⁵ D'ailleurs certains souhaitent que cette politique aboutisse à l'extension de la possibilité de mettre en place un Conseil d'entreprise par référendum (pourquoi pas grâce à l'accord minoritaire dans un premier temps ?) : « *sans doute de prochaines interventions du législateur viendront-elles élargir les possibilités de mise en place d'un conseil d'entreprise (la piste du référendum, remis au goût du jour dans le code du travail depuis quelques années, mérite d'être explorée)* » (M. D'ALLENDE, *Conseil d'entreprise : pari gagnant ?*, Actualitésdudroit.fr, 25 janv. 2018).

²⁰⁰⁶ Par exemple s'agissant de la négociation collective, V. A. FABRE, *Les dynamiques de l'accord collectif de travail*, Dr. soc. 2020, p. 630 : « *au cours de la décennie qui vient de s'écouler, le champ matériel de la négociation collective s'est élargi à mesure que la technique de la dérogation conventionnelle à la loi a gagné de nouveaux territoires. Ces annexions progressives, réalisées par « à coup », rendaient toutefois difficile l'identification de l'espace susceptible d'être couvert par un accord collectif. C'est pourquoi les pouvoirs publics ont pensé utile d'en dresser la carte dans la structuration même du code du travail* ».

²⁰⁰⁷ Y. PAGNERRE, *Les accords de performance collective*, Dr. soc. 2018, p. 694.

syndicales représentatives représentant au moins 30%²⁰⁰⁸. Elle est également compliquée à organiser puisqu'elle implique de mobiliser des moyens humains et financiers²⁰⁰⁹. Dans un contexte électoral, est-il possible de prévoir une telle durée ? L'exemple de l'accord de mise en place est significatif. Généralement les tentatives de négociation d'un tel accord commencent environ 1 mois avant le début du PAP²⁰¹⁰. Dans le cadre du calendrier électoral il semble délicat de recourir au référendum²⁰¹¹. Un motif de suspension automatique du processus électoral aurait dû être créé. Cet argument temporel n'est toutefois pas recevable s'agissant des accords portant sur les attributions et le fonctionnement de l'instance. Le recours au référendum demeure rejeté pour ces négociations.

390. Justification possible - *Légitimité des acteurs*. La justification viendrait-elle plutôt de la légitimité des acteurs ?²⁰¹² Les accords en cause permettent de déterminer la structure de la représentation du personnel. Deux conceptions opposées peuvent être invoquées. Soit il est considéré que l'instance de représentation du personnel vise à représenter les salariés²⁰¹³. Dès lors ces derniers doivent être pleinement investis s'agissant de la mise en place de l'instance, mais également de son fonctionnement. Dans ce cas, rien ne justifierait l'exclusion des modalités référendaires. À l'inverse, il pourrait être soutenu que la question du CSE concerne essentiellement les élus (et les délégués syndicaux qui souvent ne forment qu'un) ; c'est à eux, en tant que principaux acteurs, de déterminer les éléments liés à la mise

²⁰⁰⁸ C. trav., art. D. 2232-2 et s.

²⁰⁰⁹ Trois questions/réponses autour de la négociation collective, Cah. de droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier 10.

²⁰¹⁰ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30.

²⁰¹¹ Par ailleurs, des difficultés se seraient présentées dans la lecture de l'expression « à défaut d'accord ». En effet, pour la détermination des établissements distincts par exemple, donc sur l'accord de mise en place, le défaut d'accord aurait-il été formalisé par l'absence d'accord majoritaire ou par l'absence d'accord minoritaire avec recours possible au référendum ? La question aurait pu se poser et les conséquences auraient été différentes en termes de calendrier. À partir du moment où une OSR (ou plusieurs) pèse plus de 30% et sollicite le référendum, dans le cadre des dispositions légales, peut-on réellement considérer qu'il n'y a pas eu d'accord ? L'employeur pourrait vraisemblablement toujours retirer sa signature mais cela aurait posé d'innombrables questions d'interprétation.

²⁰¹² V. ARMILLEI, La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ?, Dr. soc. 2021, p. 47.

²⁰¹³ C. trav., art. L. 2312-8 : « le comité social et économique a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ».

en place, au fonctionnement et aux attributions²⁰¹⁴. Les acteurs doivent également être réalisateurs²⁰¹⁵. Leur vote majoritaire est primordial²⁰¹⁶. Est-ce l'idée du législateur ?

391. Motifs du législateur inconnus. Il est difficile de déchiffrer la volonté de celui-ci, aucune justification étatique ne ressort des différents dossiers législatifs sur cette question. Seuls quelques auteurs ont tenté d'analyser cette situation. Pour le Professeur Gauriau, « *l'exclusion de toute consultation du personnel n'est pas neutre. La démocratie directe a sans doute ses charmes, elle a aussi ses limites. L'ordonnance préfère réserver aux corps intermédiaires que sont les organisations syndicales représentatives la mission de négocier sur des sujets jugés importants, sinon essentiels* »²⁰¹⁷. L'exclusion du référendum serait liée à l'enjeu des thèmes négociés. Pourtant, sur des sujets tout aussi essentiels (accord de performance collective, rupture conventionnelle collective, temps de travail, ...), le recours au référendum est admis²⁰¹⁸. L'interrogation demeure quant au choix du législateur. Si des hypothèses peuvent être avancées, aucune certitude n'est aujourd'hui prononcée. La politique des « petits pas » va-t-elle conduire le législateur, au cours d'une prochaine réforme, à supprimer cette dérogation ?²⁰¹⁹ Ou s'agit-il de réelles convictions justifiées par le calendrier électoral ou par la nature des thèmes concernés ? Ces interrogations sont liées

²⁰¹⁴ Ces négociations seraient également à fort enjeu puisqu'elles structurent l'instance de représentation du personnel, il faudrait maintenir la légitimité conventionnelle la plus forte : « *cette restriction tenant au mode de passation de l'accord de mise en place [...], outre qu'elle mobilise le degré le plus avancé de légitimité de la norme conventionnelle d'entreprise [...]* » (P.-H. ANTONMATTEI et alii, Guide Pratique Le Lamy négociation d'entreprise, Support conventionnel des représentants de proximité, Wolters Kluwer, 2020, n° 712).

²⁰¹⁵ V. en ce sens : « *si l'on comprend que l'arbitrage final portant sur leurs propres droits soit laissé aux salariés lorsqu'il existe un désaccord entre organisations syndicales sur le sujet, il semble également normal que le dernier mot en matière de mise en place, d'attributions et de fonctionnement des instances représentatives du personnel appartienne aux représentants des organisations syndicales ou, en l'absence de syndicats dans l'entreprise, aux représentants de ces instances elles-mêmes* » (Un accord minoritaire sur le CSE ne peut pas être validé par référendum, FRS 24/19, nov. 2019, p. 15).

²⁰¹⁶ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 450.

²⁰¹⁷ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204.

²⁰¹⁸ À la différence, il est vrai, qu'il s'agit de sujets qui concernent directement les salariés.

²⁰¹⁹ Il convient de constater que les premiers juges ayant eu à trancher un accord validé par référendum malgré l'exclusion légale font une application stricte des règles du Code du travail : l'accord conclu sur le CSE ne peut être validé par référendum. V. M. CARO, Le référendum ne peut sauver un accord minoritaire sur le CSE, Semaine Sociale Lamy févr. 2020, n° 1894, p. 49.

à toute nouveauté, c'est le cas aussi s'agissant de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE.

B. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE

392. Plan. L'accord « *conclu entre l'employeur et le CSE* » est nouveau²⁰²⁰. Il convient dans un premier temps d'évoquer son champ d'application (1.). Cet accord est par ailleurs différent de l'accord conclu avec les membres du CSE dans le cadre de la négociation dérogatoire, il conviendra d'explicitier, dans un second temps, ces distinctions à travers les modalités de conclusion. (2.).

1. Le champ d'application de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

393. Acteur de la négociation - conformité constitutionnelle. Le CSE est un acteur à part entière de la négociation, bien qu'il ne soit pas le recours prioritaire et qu'il demeure un mode substitutif de conclusion pour l'accord institutionnel. D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur la possibilité de donner aux élus un pouvoir de négociation. Ce dernier a rappelé que « *si les dispositions des 6^e et 8^e alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment, par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet, ni pour effet, de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* »²⁰²¹. Cette décision doit être approuvée. Il n'aurait été admis que la négociation collective soit réservée aux délégués syndicaux sur le fondement des deux

²⁰²⁰ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595.

²⁰²¹ Cons. const., décis. n° 96-383 DC du 6 nov. 1996, JO 13 nov., p. 16531 ; D. 1998, Somm. p. 152, obs. J. TREMEAU, et 1997, Chron. p. 152, B. MATHIEU.

alinéas du Préambule de la constitution de 1946 précités²⁰²². Tout d'abord, la notion de « délégué »²⁰²³ doit être entendue dans un sens plus large. En l'absence de délégué syndical, les représentants du personnel, élus de manière légitime et démocratique, endossent le rôle de « délégué » des salariés²⁰²⁴. Il n'y a donc pas d'incompatibilité sur ce fondement²⁰²⁵. Ensuite, dans l'objectif développé depuis deux décennies d'augmenter la place de la négociation collective²⁰²⁶, il n'aurait pas été concevable de réserver la négociation aux seuls délégués syndicaux. En effet de nombreuses entreprises ne disposent pas de tels délégués ; un décalage aurait pu se produire entre les sociétés pouvant recourir à la négociation et adapter ainsi leur statut collectif, parfois pour renforcer leur compétitivité, et celles contraintes d'appliquer les dispositions supplétives, confrontées à l'impossibilité d'adapter leur statut conventionnel aux nécessités de l'entreprise²⁰²⁷. Le rôle conféré aux instances de représentation du personnel depuis plusieurs années en l'absence de délégué syndical est particulièrement légitime et doit être préservé²⁰²⁸. C'est dans ce sens que le législateur, avec les Ordonnances « Macron » de 2017, a fait de l'accord « *conclu entre l'employeur et le CSE* » la seconde modalité principale de conclusion d'un accord institutionnel. Le rôle de l'instance de représentation du personnel dans la négociation collective n'est pas nouveau et

²⁰²² F. CANUT, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr. soc. 2017, p. 1033.

²⁰²³ Constitution (préambule), 27 oct. 1946, al. 8 : « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

²⁰²⁴ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective, Semaine Sociale Lamy juill. 2019, n° 1868, p. 10 : « *le huitième alinéa offre, de ce point de vue, des virtualités importantes dans la mesure où il se réfère non aux délégués syndicaux mais aux délégués des travailleurs, notion plus large qui peut correspondre à celle de délégué syndical mais aussi à celle de délégué élu - les membres du comité d'entreprise ou du CSE - ou de salarié mandaté par une organisation syndicale* ».

²⁰²⁵ Commentaire Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-241, QPC : « *la protection des délégués syndicaux et des membres des institutions représentatives du personnel trouve très vraisemblablement un fondement constitutionnel dans les sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 (liberté syndicale et principe de participation des travailleurs à la gestion des entreprises)* ».

²⁰²⁶ J. BARTHELEMY, G. CETTE, Renforcer l'efficacité économique et le rôle protecteur des droits sociaux supranationaux, Cah. DRH nov. 2019, p. 46.

²⁰²⁷ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective, Semaine Sociale Lamy juill. 2019, n° 1868, p. 10 : « *le problème majeur de la négociation collective en France est celui de l'absence d'interlocuteurs syndicaux dans les PME. Alors que les PME emploient 50 % des salariés, elles ne possèdent que 4 % des délégués syndicaux. De façon plus précise, seules 4 % des entreprises entre 11 et 50 salariés ont un délégué syndical pour négocier un accord collectif* ».

²⁰²⁸ V. sur les principes de légitimité : E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, La négociation dérogatoire, JCP S 2009, 1572.

existait préalablement au CSE. Il convient de bien distinguer l'accord conclu dans le cadre de la négociation dérogatoire avec l'accord « *conclu entre l'employeur et le CSE* » dans le cadre des négociations relatives au CSE. Ces deux accords sont différents²⁰²⁹.

394. Accord conclu entre l'employeur et le CSE - *Thèmes de négociation.* L'accord conclu entre l'employeur et le CSE est prévu expressément par le Code du travail. Il est admis, en l'absence de délégué syndical, s'agissant des thèmes sur la mise en place²⁰³⁰, sur les principaux points de fonctionnement (réunions, ...) ²⁰³¹ ou encore sur les attributions²⁰³². S'agissant du nombre et des délais d'expertise²⁰³³, cet accord est également possible, de manière plus surprenante²⁰³⁴, en présence de délégués syndicaux, mais en l'absence d'accord d'entreprise (ce qui suppose qu'une négociation ait au moins été tentée)²⁰³⁵. Ce schéma est également reproduit s'agissant du maintien des mandats à la suite de la perte de la qualité d'établissement distinct²⁰³⁶. La dualité du régime institutionnel est ici attaquée ; cela porte atteinte à l'établissement d'un régime juridique clair et distinct sur les modalités de conclusion de l'accord institutionnel. À juste titre, le Professeur Géa relève cette « anomalie » : « *de cette forme d'accord, à double détente, l'on aurait pu attendre qu'elle soit généralisée, chaque fois qu'il est question d'un accord collectif, d'une part, et d'un accord entre l'employeur et le CSE, d'autre part. Ce n'est malheureusement pas le cas. Qu'il s'agisse ou non de maladroites rédactionnelles, il faut bien reconnaître que certaines*

²⁰²⁹ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 ; P. LAGESSE, V. ARMILLEI, Actualités sur les délais de consultation du CSE : attention à l'accord tacite !, Semaine Sociale Lamy oct. 2020, n° 1924, p. 8 : « *en l'absence de délégué syndical, un accord sur les délais peut malgré tout intervenir « entre l'employeur et le comité social et économique ».* La référence à « l'absence de délégué syndical » exclut d'emprunter cette deuxième voie en cas d'échec des négociations syndicales. Il ne s'agit pas cependant d'une application des règles de droit commun de la négociation collective figurant aux articles L. 2232-21 et suivants du Code du travail (dite « dérogatoire » ou encore « substitutive ») ».

²⁰³⁰ C. trav., art. L. 2313-3.

²⁰³¹ V. sur les réunions : C. trav., art. L. 2312-19.

²⁰³² V. sur la BDES : C. trav., art. L. 2312-21 ; sur les consultations récurrentes : C. trav., art. L. 2312-19.

²⁰³³ C. trav., art. L. 2312-79 et L. 2312-85.

²⁰³⁴ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 465.

²⁰³⁵ À ce sujet, le Professeur Géa témoigne du peu de clarté du texte : « *mais qu'en est-il s'agissant de l'article L. 2315-85 – sur le délai d'expertise – qui situe les deux types d'accord sur le même plan, sans les articuler ? L'accord entre l'employeur et le CSE ne devrait-il pas nécessairement être subsidiaire, par rapport à l'accord collectif, quelles que soient les modalités de conclusion de celui-ci ?* » (F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50).

²⁰³⁶ C. trav., art. L. 2313-6.

dispositions ne se conforment pas à la figure que nous venons de présenter, même si elles s'en rapprochent »²⁰³⁷. Si les thèmes de négociation sont clairement établis dans le Code du travail, les modalités de conclusion demeurent à approfondir en raison des distinctions opérées avec la négociation dérogatoire.

2. Les modalités de conclusion de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

395. Plan. Pour comprendre la distinction entre les deux modes de conclusion, il convient d'étudier dans un premier temps les modalités de conclusion des accords conclus par la voie de la négociation dérogatoire de droit commun (a.) avant de développer les modalités de conclusion de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE (b.).

a. Les modalités de conclusion dans le cadre de la négociation dérogatoire

396. Négociation dérogatoire de droit commun - accord conclu avec les membres du CSE. La négociation avec les représentants du personnel s'est développée lors de l'extension de la négociation dérogatoire depuis le milieu des années 90²⁰³⁸. À l'heure actuelle, dans les entreprises de moins de 50 salariés l'employeur dispose de la faculté, en l'absence de délégué syndical, de négocier un accord avec un ou plusieurs membres de la délégation du personnel du CSE, qu'ils soient mandatés à cet effet ou non. L'accord devra ensuite être validé via la « signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles »²⁰³⁹. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, en l'absence de délégué syndical et d'élus mandatés, les membres élus du CSE peuvent négocier un accord qui devra être signé « par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du

²⁰³⁷ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²⁰³⁸ Pour un exposé détaillé de l'historique entre 1995 et 2004, V. B. TEYSSIE, La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés, D. 2004, 2383.

²⁰³⁹ C. trav., art. L. 2232-23-1.

comité social et économique lors des dernières élections professionnelles »²⁰⁴⁰. Les conditions sont identiques. Que faut-il entendre par la majorité des suffrages exprimés ? Comment appliquer cette règle lorsque les élus proviennent de deux tours distincts ? Qu'advient-il des ratures ? Quel score est pris en compte pour le suppléant : celui du titulaire qu'il remplace ou le sien personnellement ? De nombreuses questions se posent dans le silence des textes. Selon nous, il semble nécessaire pour calculer le poids de chaque élu d'établir le rapport entre le nombre de suffrages exprimés en faveur de ce membre et le nombre total des suffrages exprimés en faveur des membres du CSE²⁰⁴¹. Cette méthode s'inspire du calcul légitime du « poids » à la signature des organisations syndicales représentatives²⁰⁴². Concernant l'articulation entre élus du 1^{er} tour et élus du 2nd tour, il convient, lorsque la totalité des sièges est dévolue au 1^{er} tour ou au 2nd tour, d'effectuer les calculs sur l'unique tour ayant attribué des sièges²⁰⁴³. En revanche, lorsque des sièges ont été attribués à la fois au 1^{er} tour et au 2nd tour, il est nécessaire de combiner les résultats des deux tours, comme le propose la doctrine²⁰⁴⁴. Cela signifie qu'il sera pris, pour le dénominateur, tous les suffrages exprimés en faveur des membres élus, peu important leur tour d'élection. Cette méthode permet de garantir un calcul proportionné, reflétant le vote des électeurs. Enfin, pour des raisons de légitimité et de cohérence, il nous semble opportun de prendre en compte les ratures et de limiter le vote aux seuls titulaires de la délégation du personnel. Cette lecture plus simple des règles de majorité est l'un des apports essentiels de la loi du 29 mars 2018, puisqu'avant celle-ci, le législateur avait conditionné la majorité à la « *signature par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles* »²⁰⁴⁵. La compréhension du texte était compliquée car il semblait nécessaire

²⁰⁴⁰ C. trav., art. L. 2232-25.

²⁰⁴¹ F. BARBE, Accords d'entreprise : qui négocie avec l'employeur ?, Cah. Lamy du CSE nov. 2020, n° 208, p.1.

²⁰⁴² C. trav., art. L. 2332-12.

²⁰⁴³ B. TEYSSIE, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112.

²⁰⁴⁴ G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24.

²⁰⁴⁵ C. trav., art. L. 2232-15 (abrogé). Désormais, il n'est plus fait mention de « *la majorité des suffrages exprimés* » mais de « *la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique* » (C. trav., art. L. 2232-15).

de combiner tous les suffrages exprimés, même ceux des candidats n'ayant pas été élus²⁰⁴⁶. Ces conditions de majorité, applicables à la négociation dérogatoire, n'ont pourtant pas été reprises au sein de l'accord institutionnel conclu entre l'employeur et le CSE, créant des confusions chez les praticiens.

b. Les modalités de conclusion dans le cadre de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

397. Conclusion de l'accord avec le CSE et non avec ses membres. En préambule, il convient d'indiquer que, contrairement à la négociation dérogatoire de droit commun dans laquelle l'accord est conclu avec les membres du comité puis validé par ceux-ci, l'accord institutionnel est, quant à lui, directement conclu avec le CSE en tant que personne juridique²⁰⁴⁷. La partie signataire à l'accord est donc le CSE et non ses membres, les parties à l'accord sont donc distinctes²⁰⁴⁸.

398. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE - accord conclu avec le CSE et légitimité. S'agissant des modalités de conclusion de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE, le Code du travail est explicite. Il est prévu qu'un tel accord « *est adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité* ». Il s'agit d'une majorité en nombre et non plus en poids électoral, contrairement à ce qui est prévu pour la négociation dérogatoire²⁰⁴⁹. Chaque titulaire dispose d'une voix de même valeur. Cette modalité n'est

²⁰⁴⁶ Aujourd'hui, ces nouvelles règles ont bien été assimilées par l'administration. V. 48 questions-réponses sur la négociation collective : Min. trav., 2020, question-réponse n° 23-24-25, p. 24-25, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/dgt_qr_negociation_collective_juillet_2020.pdf.

²⁰⁴⁷ « *L'accord est conclu avec le comité social et économique et non, comme en matière de négociation dérogatoire, avec ses membres* » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358).

²⁰⁴⁸ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 598 ; F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632.

²⁰⁴⁹ P. LAGESSE, V. ARMILLEI, Actualités sur les délais de consultation du CSE : attention à l'accord tacite !, Semaine Sociale Lamy oct. 2020, n° 1924, p. 8 : « *la validité de l'accord étant assujettie au recueil de « la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel », une règle de majorité déconnectée du résultat des élections professionnelles est instituée. Il s'agit donc bien d'une majorité « par tête » dont l'assiette n'est pas limitée aux membres présents lors de la réunion au cours de laquelle l'accord est mis au vote mais s'étend à l'ensemble des membres titulaires du CSE* ».

pas la plus démocratique et légitime²⁰⁵⁰. Une liste peut être plébiscitée par les électeurs mais disposer d'un nombre de candidats inférieur au nombre de sièges à pourvoir. Les règles de détermination des sièges conduisent à l'absence d'une proportionnalité absolue quant aux sièges pourvus, chaque membre élu vaut pour « un »²⁰⁵¹. Parmi les membres élus, certains peuvent avoir obtenu 6% des suffrages, tandis que d'autres ont obtenu 14%. Pour autant, la personne ayant obtenu 6% des bulletins a une voix de même valeur que la personne ayant obtenu 14% des votes. D'ailleurs, le Professeur Gauriau relève également cette « légèreté » : « *dans ces circonstances, les suffrages obtenus semblent secondaires, –ce qui est discutable – : un homme égale une voix* »²⁰⁵². Cette majorité en nombre est donc confrontée à certaines limites ; la méthode de calcul perd en légitimité.

399. Modalités pratiques de conclusion. Il convient ensuite de déterminer les modalités pratiques de conclusion. L'accord, négocié par les membres du CSE, est-il laissé à la signature des titulaires durant une période donnée ou doit-il être approuvé en séance ? Les acteurs ne seront pas nécessairement identiques. Si un délai est laissé à chacun pour voter, les titulaires pourraient être en mesure de voter librement et, sauf absence prolongée, les suppléants ne devraient avoir aucun rôle à jouer au sein de ce processus. En revanche, si l'approbation s'effectue en séance, il est possible qu'un titulaire soit momentanément absent et donc remplacé par son suppléant agissant en tant que titulaire. C'est cette seconde option qui semble devoir être privilégiée²⁰⁵³. L'accord étant conclu entre l'employeur et le CSE, il semble nécessaire qu'un vote en séance détermine la majorité obtenue²⁰⁵⁴. Dans ce cas de

²⁰⁵⁰ Pour certains auteurs, il ne s'agit dès lors pas d'une « *légitimité électorale* » mais d'une « *légitimité institutionnelle* » ; l'accord doit résulter d'une volonté commune des membres de l'institution : « *quoiqu'il ne l'ait nulle part exprimé dans le Code, le législateur semble rechercher, pour les accords conclus avec le CSE, l'expression d'une volonté propre à l'institution – et une volonté commune résultant d'un vote égalitaire. La majorité de validation est dégagée abstraction faite du poids électoral des membres en cause. L'expression de « légitimité institutionnelle » de l'accord vient alors à l'esprit* » (F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632).

²⁰⁵¹ C. trav., art. L. 2314-29.

²⁰⁵² B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204.

²⁰⁵³ P. LAGESSE, V. ARMILLEI, Actualités sur les délais de consultation du CSE : attention à l'accord tacite !, Semaine Sociale Lamy oct. 2020, n° 1924, p. 8 : « *nul besoin en revanche de formaliser la signature individuelle de chacun des membres ; le constat d'un vote majoritaire au sein du procès-verbal de la réunion devrait suffire à constituer l'accord* ».

²⁰⁵⁴ P. LAGESSE, V. ARMILLEI, À propos des délais de consultation du CSE (2e partie), Semaine sociale Lamy nov. 2017, n° 1792, p. 6.

figure, il convient de souligner que la majorité devra s'apprécier par rapport au nombre de titulaires du CSE et non des seuls titulaires présents²⁰⁵⁵ ; la recherche de légitimité justifie une telle approche²⁰⁵⁶.

400. Rôle des suppléants - détermination du suppléant. Certains auteurs dénie le droit aux suppléants d'approuver l'accord et limitent cette faculté aux titulaires²⁰⁵⁷. Cette position n'est pas cohérente avec le rôle du suppléant : celui-ci agit en qualité de titulaire durant son remplacement²⁰⁵⁸. Cette approche serait d'ailleurs légitime puisque le législateur a modifié en partie le régime propre aux suppléants²⁰⁵⁹. Les règles n'ont pas évolué sur les causes de remplacement : la substitution peut être temporaire pour une absence diverse (RTT, congés...) ou définitive en cas de départ de l'entreprise ou de démission de son mandat²⁰⁶⁰. En revanche, les règles ont été modifiées concernant le choix du suppléant. S'il existait par le passé une distinction entre la suppléance des délégués du personnel et celle des membres du comité d'entreprise, le régime du premier a été repris pour le CSE. Désormais, concernant les règles de suppléance « *la priorité est donnée à l'appartenance syndicale et non à la qualité d'élu* »²⁰⁶¹. Ainsi, en priorité, le suppléant doit être un élu suppléant de la même organisation syndicale et appartenant à la même catégorie professionnelle (à distinguer de la notion de collègue). À défaut, il s'agira d'un élu suppléant du même syndicat mais appartenant au même collège. À défaut, il sera fait appel à un élu suppléant de ce syndicat mais appartenant à un autre collège (un cadre titulaire CFDT peut donc être remplacé par un

²⁰⁵⁵ S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 64.

²⁰⁵⁶ M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2 : « *cette rédaction laisse à penser que c'est bien la majorité de tous les élus titulaires et non pas seulement celle des titulaires présents qui est exigée* ».

²⁰⁵⁷ Pour certains auteurs, la formulation de l'article semble exclure tout vote d'un suppléant, même lorsqu'il remplace un titulaire : « *la signature avec le CSE implique que l'acte soit « adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel », ce qui semble exclure les suppléants même lorsqu'ils remplacent les titulaires (sic)* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 49).

²⁰⁵⁸ C. trav., art. L. 2314-37, al. 5 : « *le suppléant devient titulaire jusqu'au retour de celui qu'il remplace ou jusqu'au renouvellement de l'institution* ».

²⁰⁵⁹ Les règles ont été « *fortement impactées par cette réforme* » (F. BARBE, Remplacement des élus au CSE : casse-tête chinois !, Cah. Lamy du CSE avr. 2019, n° 191, p. 11).

²⁰⁶⁰ C. trav., art. L. 2314-33.

²⁰⁶¹ F. BARBE, Remplacement des élus au CSE : casse-tête chinois !, Cah. Lamy du CSE avr. 2019, n° 191, p. 11.

ouvrier suppléant CFDT)²⁰⁶². En l'absence de suppléant, il sera fait appel à un candidat non élu venant sur la liste syndicale juste après le dernier titulaire élu ou, à défaut, le dernier suppléant élu²⁰⁶³. Ce n'est qu'à défaut de suppléant à ce stade là qu'il sera fait appel à un suppléant d'une liste syndicale différente²⁰⁶⁴.

401. Rôle des suppléants - statut de salarié protégé. Plusieurs analyses doivent être proposées. Tout d'abord, le législateur a privilégié l'appartenance syndicale : un candidat non-élu peut se retrouver « dans la peau » d'un titulaire !²⁰⁶⁵ S'il est compréhensible de donner en priorité le rôle de titulaire au suppléant du même syndicat, il est surprenant de l'attribuer à un candidat non élu et qui, légitimement, ne représente pas les salariés. Certes, il est présent sur une liste qui représente les salariés, mais le choix opéré par les électeurs aurait-il été le même s'il s'était présenté dans une position plus haute sur la liste ? Ce choix est d'autant plus surprenant qu'aucun régime de salarié protégé n'est conféré au titulaire non-élu (hors le régime des candidats aux élections professionnelles²⁰⁶⁶). Quel statut accorder au salarié endossant la casquette de titulaire lors d'une réunion et, par ce seul fait, également amené à approuver un accord d'entreprise ?²⁰⁶⁷ Il est délicat de répondre à cette question tant le vide juridique est important. Soit il est considéré qu'en devenant titulaire, le candidat devient salarié protégé jusqu'à la fin des mandats²⁰⁶⁸. Soit, à l'inverse, n'étant pas élu, aucune protection ne pourra s'appliquer. Une application stricte des textes serait alors réalisée, avec un risque, important, de voir s'installer un débat juridique en cas de

²⁰⁶² C. trav., art. L. 2314-37 al. 1.

²⁰⁶³ C. trav., art. L. 2314-37 al. 2 et 3.

²⁰⁶⁴ C. trav., art. L. 2314-37 al. 4.

²⁰⁶⁵ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 1289.

²⁰⁶⁶ C. trav., art. L. 2411-7.

²⁰⁶⁷ F. LECLERCQ, G. SANCHEZ, *Anticiper l'absence temporaire d'un membre titulaire du CSE*, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 15 : « la loi, à notre connaissance, n'a pour l'heure pas régi la situation d'un candidat non élu appelé à remplacer de manière inopinée un membre titulaire du CSE absent. Quel est son statut ? Quels sont ses droits, ses obligations, celles de l'instance et de son président à son égard ? La jurisprudence non plus, évidemment, n'a pas encore eu le temps de répondre à ces questions. La solution pragmatique passe nécessairement par l'anticipation du traitement de ces questions. Qui doit les anticiper ? Le président du CSE, évidemment ! ».

²⁰⁶⁸ F. LECLERCQ, G. SANCHEZ, *Anticiper l'absence temporaire d'un membre titulaire du CSE*, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 15 : « la protection du candidat non élu : À notre connaissance, la loi n'a rien déterminé et, pour des raisons évidentes, le juge non plus. Il apparaît difficilement concevable qu'un candidat ne soit pas protégé, alors qu'il assiste à une réunion du CSE et contribue de manière active aux travaux et décisions de celui-ci ».

licenciement à la suite d'un remplacement²⁰⁶⁹. Soit, et c'est semble-t-il la meilleure solution à envisager, le salarié candidat non-élu, agissant en tant que titulaire, devrait être protégé dans les 6 mois qui suivent la fin de la période de suppléance en tant que titulaire, comme cela est le cas pour les élus²⁰⁷⁰. Conscient du vide juridique, le gouvernement a tenu à prendre une position sur cette question. La mise à jour du « Questions / Réponses » sur le CSE précise que « *lorsque le titulaire doit être remplacé et qu'il n'existe pas de suppléant élu sur la liste présentée par la même organisation, le candidat non élu appelé à le remplacer est-il un salarié protégé ? Oui. Le statut protecteur bénéficie également au candidat non élu devenu titulaire (article L. 23143-7)* »²⁰⁷¹. Cette solution, logique, n'est toutefois pas satisfaisante, la durée de la protection n'est pas spécifiée, notamment en cas de fin du remplacement. Il convient selon nous d'appliquer la règle des 6 mois énoncée précédemment.

402. Rôle des suppléants - élus non-syndiqués. Une déconnexion existe entre ce qu'a prévu le législateur et la réalité opérationnelle du CSE. Ces règles de suppléance ne semblent concerner que les organisations syndicales ; qu'en est-il pour les élus du 2nd tour qui n'auront pas été portés par un syndicat ?²⁰⁷² La pratique a tendance à considérer qu'il faudra recourir à un suppléant appartenant à la même catégorie ou au même collège²⁰⁷³. Un raisonnement comparable devra s'appliquer. Cette solution est légitime puisque l'accord conclu entre l'employeur et le CSE peut être conclu en l'absence de toute organisation syndicale dans

²⁰⁶⁹ Encore faut-il préciser que le nombre de candidats non-élus endossant la casquette de titulaire devrait être très restreint compte tenu des substitutions préalables.

²⁰⁷⁰ Même si l'article L. 2411-5 du Code du travail prévoyant cela pour les élus limite la protection dans les 6 mois suivants la fin des mandats aux seuls membres désignés depuis 2 ans, ce qui ne sera pas forcément le cas d'un candidat non-élu remplaçant un titulaire ; F. Leclercq et G. Sanchez semblent partager notre analyse mais pas son fondement, ils estiment que la protection devrait être la même qu'un candidat : « *on peut imaginer que lorsqu'un juge sera amené à se prononcer sur cette question il réagisse par analogie avec la protection conférée à un candidat à une élection professionnelle (et qu'il octroie ainsi une protection de six mois)* » (F. LECLERCQ, G. SANCHEZ, Anticiper l'absence temporaire d'un membre titulaire du CSE, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 15). Si la durée de 6 mois nous semble également la plus appropriée, il serait peut-être plus juste de le justifier par mandats avec la fin des mandats d'un élu.

²⁰⁷¹ 117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 58, p. 37, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf.

²⁰⁷² P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647 : « *ces règles sont imparfaites et incomplètes (rien n'est dit, par exemple, pour la suppléance d'un membre titulaire sans étiquette syndicale, élu comme candidat libre)* ».

²⁰⁷³ F. BARBE, Remplacement des élus au CSE : casse-tête chinois !, Cah. Lamy du CSE avr. 2019, n° 191, p. 11.

l'entreprise et donc d'élus syndiqués. Cela sera le plus souvent le cas puisque l'absence de délégués syndicaux résulte principalement de la non-implantation d'organisation syndicale au sein de l'entreprise²⁰⁷⁴.

403. Rôle des suppléants - légitimité. Ce choix opéré par le législateur, de bousculer l'ensemble des principes de suppléance suscite des interrogations. Il semblerait que l'ouverture à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE comme mode supplétif de conclusion d'un accord ait incité le législateur à garantir une plus juste subsidiarité en l'absence d'un titulaire. Cela est à saluer puisque les anciennes règles étaient de nature à créer un déséquilibre entre les organisations syndicales²⁰⁷⁵. Certains syndicats (ou certaines listes) auraient pu se retrouver majoritaires en nombre de titulaires en raison des règles de suppléance alors qu'en présence de l'ensemble des titulaires « de droit » ces syndicats ou ces listes ne le seraient pas²⁰⁷⁶. Cela fausse la légitimité puisque les règles de majorité liées aux accords conclus avec le CSE, que cela concerne la négociation dérogatoire ou l'accord institutionnel conclu entre l'employeur et le CSE, s'apprécient selon les membres titulaires présents, et pourrait donc y inclure des suppléants exerçant en tant que titulaires. Dans l'esprit du législateur, il est plutôt opportun de faire approuver l'accord conclu entre l'employeur et le CSE lors d'une réunion plutôt que de l'ouvrir à approbation sur une durée plus longue²⁰⁷⁷... Il n'est cependant pas certain à l'heure actuelle que l'application de la seconde hypothèse rendrait l'accord dépourvu de toute valeur juridique.

404. Conclusion. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE est donc distinct de l'accord conclu avec les membres du CSE dans le cadre de la négociation dérogatoire de droit commun. Leur objet et les modalités de conclusion diffèrent. Ces dernières demeurent toutefois à éclaircir s'agissant de l'accord conclu sur le CSE. De nouvelles formes d'accords et de conclusion ont émergé avec la mise en place du CSE. Elles se sont cependant ajoutées

²⁰⁷⁴ J.-B. COTTIN, Quand et comment les élus du personnel peuvent-ils négocier un accord ?, Cah. Lamy du CE nov. 2013, n° 131, p. 25 : « *cette absence de délégué syndical peut avoir plusieurs causes : défaut de représentativité de tout syndicat (traduisant une faible implantation syndicale)* ».

²⁰⁷⁵ C. trav., art. L. 2324-28 (abrogé).

²⁰⁷⁶ Cette configuration serait néanmoins particulière : les syndicats auraient acquis leur représentativité au 1^{er} tour des élections professionnelles sans nommer de délégués syndicaux par la suite.

²⁰⁷⁷ P. LAGESSE, V. ARMILLEI, Actualités sur les délais de consultation du CSE : attention à l'accord tacite !, Semaine Sociale Lamy oct. 2020, n° 1924, p. 8.

à des accords déjà présents : les modalités de conclusion des accords institutionnels sont nombreuses et diffèrent selon le sujet et le niveau de négociation. Cette multitude rend plus délicate la détermination d'un régime juridique unifié de l'accord institutionnel²⁰⁷⁸. Une simplification est toutefois envisageable sur la base d'une « *double détente* »²⁰⁷⁹ : conclusion d'un accord majoritaire en présence de délégués syndicaux et, à défaut de délégués syndicaux, conclusion d'un accord entre l'employeur et le CSE. Une fois ces accords conclus, ils demeurent exposés, dans des conditions distinctes, à contestation.

§2. La contestation des accords

405. Indétermination du régime juridique. L'accord institutionnel peut être contesté devant le juge. Bien qu'il soit signé par des organes représentatifs de l'entreprise, il n'acquiert pas de légitimité absolue l'écartant du contrôle judiciaire²⁰⁸⁰. A l'instar du régime juridique de l'accord institutionnel, l'étendue du contrôle du juge sur cet accord reste à dévoiler²⁰⁸¹. Quelques questions émergent notamment quant à la compétence des diverses juridictions²⁰⁸² et à la procédure applicable²⁰⁸³. Le droit spécial compose avec le droit commun ; la délimitation des compétences de chacun s'avère délicate à appréhender²⁰⁸⁴. Il conviendra de distinguer la contestation de droit commun des accords collectifs (I.) et la contestation spéciale issue notamment du contentieux électoral (II.).

²⁰⁷⁸ L. MARQUET DE VASSELLOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226 : « ainsi, le caractère pluriel de la conventionnalisation recherchée est frappant tant est grande la variété des accords. Si la lisibilité du dispositif n'est pas au rendez-vous, l'ambition est certaine : une pluralité d'acteurs pour le plus grand nombre d'accords ».

²⁰⁷⁹ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²⁰⁸⁰ J.-D. COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 72 : « l'accord collectif n'est pas une zone de non-droit et il va de soi que le droit au recours contentieux est ouvert à toute personne ou organisation intéressée ».

²⁰⁸¹ J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy déc. 2017, n° 1796, p. 5.

²⁰⁸² V. sur la « *controverse* » s'agissant de la compétence juridictionnelle : J.-Y. KERBOURC'H, L'obligation de négocier loyalement l'accord de détermination des établissements distincts, JCP S 2019, 1172.

²⁰⁸³ C.-A. CELENICE, La sécurité juridique de la norme négociée à l'aune de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018, JCP S 2018, 1181.

²⁰⁸⁴ F. FAVENNEC-HERY, L. MARQUET DE VASSELLOT, Les articulations des contentieux, JCP S 2019, 1163, spéc. n° 40.

I. La contestation de droit commun de l'accord collectif

406. Plan. À défaut de régime spécifique de contestation de l'accord institutionnel prévu par le législateur, celui-ci devrait répondre au régime de droit commun de la contestation des accords collectifs (A.). La majorité des thèmes de négociation sur le CSE sera concernée. Dans ce cadre, le tribunal judiciaire peut être saisi pour contester la validité d'un accord collectif par diverses parties intéressées (B.).

A. Fondement et procédure juridiques

407. Compétence du tribunal judiciaire et délais de prescription. Depuis le 1^{er} janvier 2020, les tribunaux d'instance et de grande instance ont fusionné au sein du tribunal judiciaire²⁰⁸⁵. Ce dernier est le tribunal de droit commun pour juger de la validité d'un accord collectif²⁰⁸⁶. En outre, depuis les Ordonnances « Macron » de 2017²⁰⁸⁷, le délai de contestation des accords collectifs est considérablement réduit. Aujourd'hui « *toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois* »²⁰⁸⁸. Ce nouveau délai s'inspire du rapport de Jean-Denis Combrexelle rédigé en 2015²⁰⁸⁹ ; ce dernier souhaitait aligner la durée de contestation des accords sur celle applicable aux actes administratifs²⁰⁹⁰. Par ailleurs, conformément aux recommandations de Jean-Denis Combrexelle, la prescription de deux mois n'est pas mobilisable dans le cadre d'une exception d'illégalité invoquée lors

²⁰⁸⁵ L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 95, JO n° 71, 24 mars 2019.

²⁰⁸⁶ COJ, art. L. 211-3 ; Il est également compétent s'agissant de l'interprétation d'un tel accord (Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-15.057).

²⁰⁸⁷ Ord. n°2017-1385, 22 sept. 2017, art. 4, JO n° 223, 23 sept. 2017.

²⁰⁸⁸ C. trav., art. L. 2262-14. Le droit commun fixe ce délai à 5 ans (C. civ., art. 2224).

²⁰⁸⁹ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 474.

²⁰⁹⁰ J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport, sept. 2015, p. 73 : « *dès lors que l'accord collectif est un acte créateur de normes juridiques, à l'instar d'un acte réglementaire pris par les pouvoirs publics, les règles qui lui sont applicables doivent s'inspirer du régime des actes réglementaires notamment en ce qui concerne les règles contentieuses. Le dépôt des accords de branches à la DGT et la déclaration des accords d'entreprise aux Direccte seraient accompagnés d'une procédure de publicité vis-à-vis des tiers. Ces formalités seraient de nature à faire courir un délai de deux mois opposable à l'action directe visant à contester devant le tribunal de grande instance la validité de l'accord* ».

d'un litige particulier²⁰⁹¹. Cette exception ne devrait concerner que les arguments tirés du fond de l'accord et non de sa forme : « *au-delà, l'invalidité de telle ou telle clause de l'accord ne pourrait être invoquée devant le juge que par la voie de l'exception d'illégalité, à l'occasion d'un litige particulier, et à la condition que les moyens ne portent que sur le fond du droit et non sur la forme et la procédure de négociation et de signature* »²⁰⁹².

408. Rares hypothèses d'exception d'illégalité invoquée à l'encontre d'un accord institutionnel. Concernant l'accord institutionnel, la voie de l'exception d'illégalité ne sera que très rarement admise. Il est difficile d'imaginer qu'un litige individuel puisse nécessiter la mobilisation du contenu d'un accord sur l'instance²⁰⁹³. Les hypothèses d'exception d'illégalité invoquées par un salarié seront assez rares²⁰⁹⁴. Un exemple peut toutefois être mentionné : il est possible qu'un accord prévoit l'absence de consultation des membres du CSE sur les postes de reclassement proposés à un salarié inapte²⁰⁹⁵. Dans cette situation, le salarié pourrait contester une telle clause qui devrait être écartée par le juge car contraire à l'ordre public.

409. Conséquences de l'absence de contestation dans les deux mois. Le délai de deux mois conduit les parties intéressées à agir rapidement pour invoquer la nullité partielle ou totale de l'accord collectif²⁰⁹⁶. Cela signifie-t-il qu'au-delà du délai de deux mois, hors exception d'illégalité, les accords sont régularisés même s'ils définissent librement la structuration de la représentation du personnel, contrairement à l'ordre public ? Si la consultation sur les orientations stratégiques est prévue tous les quatre ans, contrairement aux exigences d'ordre public²⁰⁹⁷, et qu'aucune action n'est menée dans un délai de deux mois, est-il possible d'agir a posteriori pour annuler cette clause contraire à l'ordre public ?

²⁰⁹¹ Cons. const., 21 mars 2018, décis. n° 2018-761 DC, spéc. n°36 ; V. également E. PESKINE, C. WOLMARK, Droit du travail, Dalloz, 11^{ème} éd. 2020, p. 599.

²⁰⁹² J.-D. COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 73.

²⁰⁹³ V. *infra* n° 575 où nous envisageons la portée individuelle des normes institutionnelles.

²⁰⁹⁴ Sur la terminologie d'inopposabilité de l'accord plus adaptée : Y. PAGNERRE, K. PAGANI, Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 222.

²⁰⁹⁵ C. trav., art. L. 1226-2.

²⁰⁹⁶ N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2020, n° 259, p. 2.

²⁰⁹⁷ C. trav., art. L. 2312-19 : « *la périodicité des consultations prévue par l'accord ne peut être supérieure à trois ans* ».

Il semble qu'à l'exception d'un contentieux en exception d'illégalité, très peu probable, la disposition devra être appliquée²⁰⁹⁸. Il n'est pas concevable de créer un régime spécifique aux violations des dispositions d'ordre public puisque c'est généralement sur un tel fondement que les accords pourront être annulés dans le délai de deux mois (ou pour des éléments de procédure)²⁰⁹⁹. Ce souhait de sécuriser la négociation collective peut donc avoir de lourdes conséquences sur l'application de dispositions illégales. L'hypothèse du délit d'entrave au fonctionnement du CSE²¹⁰⁰ pourrait être invoquée à l'encontre de l'employeur, signataire d'un accord réduisant, au-delà de l'ordre public, les attributions de l'instance²¹⁰¹.

410. Modulation de l'annulation de l'accord par le juge. En cas de saisine dans un délai de deux mois, le juge aura la possibilité d'annuler tout ou partie des clauses de l'accord²¹⁰². Les Ordonnances « Macron » de 2017 prévoient des règles de modulation dans le temps des effets de l'annulation de l'accord²¹⁰³. Les principes fondamentaux du droit civil imposent que « *ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* »²¹⁰⁴. C'est en ce sens qu'a statué la Cour de Cassation à plusieurs reprises²¹⁰⁵. Cependant, les Ordonnances précitées ont introduit au sein du Code du Travail un tempérament. L'article L. 2262-15 prévoit qu' : « *en cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne*

²⁰⁹⁸ C. TERRENOIRE, La « sécurisation » des conventions et accords collectifs de travail : de quoi s'agit-il ?, JCP E 2017, 808.

²⁰⁹⁹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 1053 et s. ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 470.

²¹⁰⁰ C. trav., art. L. 2317-1.

²¹⁰¹ Le texte légal précité sur le délit d'entrave ne limite pas son application à l'employeur : les autres syndicats signataires pourraient, selon nous, être poursuivis sur le même fondement par des syndicats non-signataires.

²¹⁰² P. LOKIEC, Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?, Semaine sociale Lamy 2017, n° 1781, p. 6.

²¹⁰³ Fiche Pratique « La sécurisation des accords collectifs » in Semaine sociale Lamy 2017, n° 1781, p. 12.

²¹⁰⁴ *Quod nullum est nullum effectum producit.*

²¹⁰⁵ V. par exemple : Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766 : RDT 2015, 269, obs. H. TISSANDIER ; JCP S 2015, 1050, note L. DRAI.

produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement »²¹⁰⁶. Cet article doit être mis en parallèle avec un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 2018. Ce dernier énonce que : « *la nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel n'a pas d'effet rétroactif* »²¹⁰⁷. Le lien entre cet arrêt et le CSE est souligné par la doctrine²¹⁰⁸. Les accords de mise en place du CSE pourraient être concernés par cette absence de rétroactivité. Il sera intéressant d'analyser la manière dont les juges se saisissent de cette question ; si une annulation de l'accord pour le futur sécurise le passé, elle peut interroger quant à sa portée exacte tant elle s'appuie sur des faits d'espèce particuliers²¹⁰⁹.

411. Accords institutionnels concernés par le régime de contestation de droit commun. La majorité des accords sur la structuration de l'instance de représentation du personnel est concernée par l'ensemble de ces dispositions : accords portant sur le fonctionnement, sur les attributions, sur les CSCCT et les représentants de proximité²¹¹⁰. Seul le contentieux électoral fait l'objet d'une compétence spéciale ; une analyse approfondie sera menée relative au juge compétent pour contester les accords portant sur les établissements distincts²¹¹¹.

²¹⁰⁶ C. trav., art. L. 2262-15 ; V. Y. PAGNERRE, K. PAGANI, *Le vade-mecum des Ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 224.

²¹⁰⁷ Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21.068 : RDT 2018. 689, note FERKANE ; RJS 8-9/2018, n° 547 ; Semaine Sociale Lamy 2018. 16, obs. CARO ; JSL 2018, n° 459-4, obs. HAUTEFORT ; JCP S 2018, 1277, obs. FRANÇOIS.

²¹⁰⁸ V. par exemple Y. FERKANE, *L'illégalité d'un accord collectif de travail : causes et conséquences*, RDT 2018, p. 689 : « *toutefois, l'arrêt du 6 juin 2018 résonne avec force au regard de l'importance du champ ouvert à la négociation collective s'agissant de la mise en place, la détermination des modalités de fonctionnement ou bien encore l'exercice des attributions de ce même CSE. En affirmant que la non-rétroactivité de la nullité des accords collectifs de mise en place d'institutions représentatives du personnel, la chambre sociale semble limiter par anticipation les effets de l'annulation des accords collectifs de mise en place du CSE* ».

²¹⁰⁹ « *Les faits à l'origine de l'arrêt rendent la portée de la solution difficile à cerner au-delà du cas d'espèce. [...] Reste à voir comment le principe sera alors reçu concrètement par les tribunaux lorsque les premiers contentieux se présenteront* » (« L'annulation d'un accord collectif de mise en place des IRP n'a pas d'effet rétroactif » in LSQ - L'actualité, 27 juin 2018, n° 17599, p. 1).

²¹¹⁰ Ce sont des accords collectifs de droit commun. V. J.-Y. KERBOURC'H, *L'obligation de négocier loyalement l'accord de détermination des établissements distincts*, JCP S 2019, 1172, spéc. n° 3.

²¹¹¹ V. *infra* n° 423.

412. Régime des accords conclus entre l'employeur et le CSE. Toutefois, si ce régime est aujourd'hui applicable aux accords collectifs « de droit commun », il convient de s'interroger sur le régime propre aux accords conclus entre l'employeur et le CSE²¹¹². La question de l'assimilation d'un tel accord aux accords collectifs sera étudiée par la suite²¹¹³. Néanmoins, l'enjeu d'une telle assimilation porte notamment sur les règles applicables en cas de contestation de ceux-ci. Si l'accord conclu entre l'employeur et le CSE est assimilé aux accords collectifs, le régime précédemment décrit devrait s'appliquer. À l'inverse, certains auteurs n'assimilent pas ces accords aux accords collectifs. Dans ce cas, la prescription de 2 mois ne s'appliquerait pas : « *faute de disposition spéciale, la prescription est de cinq ans pour l'action engagée contre l'accord conclu avec le comité social et économique (C. civ., art. 2224)* »²¹¹⁴. Le Code du travail précise expressément que la prescription de 2 mois n'est applicable qu'aux conventions et accords collectifs²¹¹⁵. La réponse apportée à la qualification juridique des accords conclus entre l'employeur et le CSE permettra de déterminer le régime applicable à la contestation de ceux-ci. Les fondements de la contestation des accords collectifs étant déterminés, il convient de s'intéresser aux parties ayant qualité à agir devant le tribunal judiciaire.

B. Les parties intéressées

413. Philosophie de l'accès à la contestation. La question des parties pouvant saisir le tribunal judiciaire oblige à s'interroger sur la philosophie attachée à la représentation du personnel : est-elle exclusivement aux mains des élus et des organisations syndicales ? Les salariés sont-ils également des parties « intéressées » par ces questions ?²¹¹⁶ À défaut de texte

²¹¹² J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel (ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017), JCP S 2017, 1313 : « *dans le deuxième cas [accord conclu entre l'employeur et le CSE], les incertitudes et les risques nous semblent plus grands car les accords conclus entre l'employeur et le CSE qui ont vocation à se développer (nombre d'entreprises d'au moins 50 salariés n'ont pas de délégué syndical) sont des actes dont le régime juridique reste à construire* ».

²¹¹³ V. *infra* n° 439 et s.

²¹¹⁴ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358.

²¹¹⁵ C. trav., art. L. 2262-14.

²¹¹⁶ C. trav., art. L. 2312-8 : « *le comité social et économique a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* ».

spécifique, l'article 31 du Code de Procédure Civile trouve à s'appliquer. Celui-ci prévoit que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* »²¹¹⁷. Une action en annulation d'un accord d'entreprise ne peut être engagée qu'avec un « *intérêt à agir* »²¹¹⁸ ce qui, en soi, n'a rien d'original par rapport au droit commun.

414. Action admise pour les organisations syndicales. Les organisations syndicales peuvent mener une telle action qu'elles soient signataires de l'accord, non-signataires mais ayant participé aux négociations ou encore adhérentes à une fédération ayant négocié l'accord²¹¹⁹. Leur intérêt à agir est reconnu unanimement : elles pourraient être amenées à contester les accords institutionnels, qu'elles soient ou non partie à celui-ci²¹²⁰.

415. Absence d'intérêt à agir du CSE - critique. S'agissant du CSE, les arrêts rendus au temps des comités d'entreprise permettent de constater qu'un tel organe ne peut pas, en principe, contester la validité d'un accord collectif ou en demander l'exécution²¹²¹. Ces actions relèvent normalement de la compétence des organisations syndicales²¹²². Pour autant, l'accord institutionnel concerne directement les élus et le fonctionnement des instances desquelles ils sont membres²¹²³. La jurisprudence devrait évoluer sur ce sujet en

²¹¹⁷ CPC, art. 31.

²¹¹⁸ La négociation collective d'entreprise, Numéros juridiques n° 7, juill. 2009, Wolters Kluwer, p. 59.

²¹¹⁹ Divers exemples peuvent être cités : lorsqu'un syndicat a signé l'accord (CA Paris, 15 oct. 1986, n° 10.492), lorsqu'un syndicat a participé à une négociation sans signer l'accord (Cass. soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010 : D. 1998. 258, obs. SOURIAC-ROTSCHILD), lorsqu'un syndicat n'est pas partie à l'accord, mais a adhéré à la fédération ayant négocié l'accord (Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756 : Dr. soc. 2004, 845, note VERDIER). Ce dernier arrêt est rendu sur le fondement de l'intérêt collectif de la profession, par extension tous les syndicats pourraient user de cette voie pour contester un accord, même s'ils n'ont pas participé au processus de négociation.

²¹²⁰ Y. FERKANE, Syndicats professionnels : prérogatives et action – Action en justice du syndicat, Répertoire de droit du travail, juin 2020, n° 195.

²¹²¹ Les juges ont refusé de reconnaître au comité d'entreprise la possibilité d'agir, quand bien même l'accord était relatif aux heures de délégation des représentants du personnel (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.547 : Dr. soc. 2011, 877, obs. F. PETIT).

²¹²² V. en ce sens : Cass. soc., 1^{er} juin 1994, n° 92-18.896 : Dr. soc. 1994. 715, obs. A. LYON-CAEN ; C. ABOUT, Action en justice et intérêt à agir du CE, Cah. Lamy du CE mars 2013, n° 124, p. 22.

²¹²³ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 472.

admettant que le CSE, pour les questions le concernant, puisse agir en justice²¹²⁴. Cela est d'autant plus important que les délégués syndicaux peuvent ne pas être en majorité au sein du CSE ; l'instance peut souhaiter contester l'accord signé par les délégués syndicaux qu'elle estime irrégulier. Aussi, si le CSE est partie à l'accord, il disposera d'un droit à agir²¹²⁵. Cette hypothèse, compte tenu des délais de prescription, devrait néanmoins s'avérer rare : comment justifier que le CSE conteste le propre accord qu'il a signé à la majorité moins de deux mois auparavant ?

416. La reconnaissance de l'intérêt à agir des salariés. Les salariés pourraient également être une « *partie intéressée* » par une telle contestation. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de cette action individuelle. Dans un arrêt du 24 septembre 2008, elle a énoncé que « *tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause d'une convention collective qui lui est applicable* »²¹²⁶. Cette solution appelle quelques remarques. L'interrogation concernant le sens à donner à l'accord institutionnel revêt ici tout son intérêt. Un salarié de l'entreprise, qui n'est pas représentant du personnel, a-t-il réellement un intérêt à agir contre l'accord institutionnel ? Ce dernier lui est-il directement applicable ? Une analyse subjective pourrait conduire à ne pas reconnaître son intérêt à agir puisque cet accord vient déterminer la structure de l'instance de représentation

²¹²⁴ Cette volonté d'ouvrir la voie des prétoires au CSE est partagée par le Professeur Pagnerre, qui a d'ailleurs développé un argumentaire convaincant : « *rappelons que, dans un arrêt du 29 mai 2001, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel " les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif qui tendent à améliorer l'exercice du droit syndical dans les entreprises ou les institutions représentatives du personnel sont applicables de plein droit à tous et en particulier aux syndicats représentatifs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention ou l'accord collectif et ceux qui n'ont pas signé la convention ou l'accord ou qui n'y ont pas adhéré "* ». Au profit du CSE, les juges, en se fondant sur le principe de participation, pourraient considérer que l'instance est une « *personne liée par une convention collective ou un accord collectif* » au sens de l'article L 2262-12 du Code du travail pouvant « *intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres personnes ou les organisations [liées] par la convention ou l'accord, qui violeraient à leur égard ces engagements* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 04/2019, p. 235) ; V. également : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 472 ; J. CADOT, Le CE ne peut pas agir en justice pour demander l'application d'un accord collectif... et le CSE ?, Cah. Lamy du CSE oct. 2020, n° 207, p. 30.

²¹²⁵ C. ABOUT, Action en justice et intérêt à agir du CE, Cah. Lamy du CE mars 2013, n° 124, p. 22.

²¹²⁶ Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.179 : D. 2009. 1393, note C. BOILLOT.

à laquelle il n'est pas partie²¹²⁷. Pourtant, au-delà de cette approche stricte, il conviendrait à notre sens d'adopter une approche plus large. En effet, la modélisation de l'instance a pour but de déterminer les règles applicables au CSE. Or, ce dernier est un organe à destination des salariés, censé les informer de manière régulière des enjeux et de la politique de l'entreprise²¹²⁸. C'est à ce titre qu'un intérêt à agir devrait leur être attribué. Si un accord prévoit des modalités de consultation incompatibles avec les dispositions d'ordre public, peut-on réellement méconnaître à un salarié son droit d'agir en justice alors que son intérêt est directement lésé par l'application défailante des normes²¹²⁹ ? Les salariés ne doivent pas être exclus des parties en mesure de contester la validité d'un accord institutionnel ; leur intérêt à agir peut être démontré en analysant la finalité de l'instance de représentation du personnel. Les juges devraient accueillir de telles demandes.

417. Transition. Si un doute subsiste sur les parties en mesure de contester la validité des accords institutionnels, le régime applicable à la contestation de ces derniers semble établi. Le tribunal judiciaire est compétent sur le fondement de la contestation des accords collectifs de droit commun. La question de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE demeure néanmoins en suspens tout comme le sujet de la détermination des établissements distincts en vertu de la compétence spéciale du tribunal judiciaire s'agissant du contentieux des élections professionnelles.

²¹²⁷ V. *infra* n° 575 sur le transfert des « *avantages individuels acquis* » où les dispositions relatives à la représentation du personnel n'intégraient pas un tel dispositif ; V. en ce sens S. NADAL, Répertoire de droit du travail, Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions, Dalloz, 2015 : « *à se placer maintenant sur le terrain de l'objet des avantages, ceux touchant à l'exercice des droits collectifs des salariés – telles les stipulations relatives à la représentation du personnel ou bien aussi à l'exercice du droit syndical – sont dépourvus par hypothèse de toute nature individuelle* ».

²¹²⁸ Par exemple s'agissant des informations contenues dans la BDES, V. A. MARTINON, L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ?, JCP S 2013, 1263, spéc. n° 5 : « *instrument d'informations au profit des salariés et vecteur de diffusion de la stratégie de l'entreprise (en ce sens présentant un risque économique pour l'entreprise), la base de données doit trouver un point d'équilibre auquel contribuent ses modalités* ».

²¹²⁹ V. en ce sens, A. MARTINON, L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ?, JCP S 2013, 1263, spéc. n° 2 : « *la nouvelle consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise visant à rassurer les salariés ou les conduire à anticiper les changements* ».

II. La compétence spéciale du contentieux des élections professionnelles

418. Plan. Malgré la fusion entre les tribunaux d'instance et les tribunaux de grande instance, les compétences spéciales prévues par le législateur demeurent au sein du tribunal judiciaire. Celles-ci ont pour particularité d'établir des règles spéciales qui dérogent aux règles applicables à la contestation de droit commun des accords collectifs. S'agissant de l'accord institutionnel, cette particularité concerne le contentieux relatif aux élections professionnelles. Il convient dès lors d'étudier le fondement et la procédure spécifique de cette compétence spéciale (A.) avant de s'intéresser à l'application de celle-ci s'agissant des accords déterminant les établissements distincts (B.).

A. Fondement et procédure juridiques du contentieux relatif aux élections professionnelles

419. Fondement de la compétence spéciale et délais de contestation. Les règles particulières sont énoncées par l'article L. 2314-32 du Code du travail. Ce dernier prévoit que : « *les contestations relatives à l'électorat, à la composition des listes de candidats en application de l'article L. 2314-30, à la régularité des opérations électorales et à la désignation des représentants syndicaux sont de la compétence du juge judiciaire* »²¹³⁰. Le tribunal judiciaire est compétent²¹³¹. Cette compétence régit principalement le contentieux électoral et s'inscrit notamment dans le cadre de la contestation du PAP²¹³². Les délais de contestation sont inscrits dans le Code du travail et sont propres aux différents cas de contestation envisagés²¹³³.

420. L'accord institutionnel, non-concerné par la compétence spéciale ? Cette compétence spéciale ne concerne pas, *a priori*, le sujet de la structuration de la représentation du personnel ; les compétences dévolues visent le processus électoral, qui ne constitue pas

²¹³⁰ C. trav., art. L. 2314-32.

²¹³¹ C. trav., art. R. 2314-24.

²¹³² N. GARDAIR-REROLLE, Contestation du découpage en établissements distincts : le tribunal d'instance est compétent, JSL avr. 2011, n° 298, p. 24.

²¹³³ C. trav., art. R. 2314-24.

le cœur du sujet de la structuration²¹³⁴. Un réel intérêt pourrait toutefois résulter dans l'application de ces règles particulières à l'accord de mise en place, et notamment au sujet des établissements distincts²¹³⁵.

B. La compétence propre à la détermination de l'établissement distinct

421. Objet de l'étude. L'enjeu de cette étude est important puisqu'il permet de déterminer les règles applicables pour contester la légalité d'un accord de mise en place du CSE²¹³⁶. Deux options sont envisageables : soit cet accord entre dans le champ de la compétence spéciale et il conviendra d'y appliquer les règles définies ; soit, à l'inverse, la compétence de droit commun propre aux accords d'entreprise s'appliquera. Pour cela il convient de s'interroger : l'accord de mise en place entre-t-il dans le champ de la compétence spéciale, c'est-à-dire porte-t-il sur les opérations électorales ?

422. Exclusion des CSSCT et des représentants de proximité. Au-delà, est-ce l'ensemble de l'accord de mise en place qui est concerné par cette question ? S'agissant des commissions santé, sécurité et conditions de travail, ainsi que des représentants de proximité, thèmes présents au sein des accords de mise en place, il convient de répondre à la question posée précédemment par la négative : ils ne permettent pas de déterminer les opérations électorales mais concernent plutôt les modalités de fonctionnement de l'instance de représentation du personnel. À ce titre, le tribunal judiciaire devra se prononcer sur le fondement de la compétence générale²¹³⁷.

²¹³⁴ Les contestations doivent porter sur l'électorat, une décision de l'autorité administrative, la régularité de l'élection ou sur la désignation de représentants syndicaux ; V. M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 1603 et s.

²¹³⁵ C. trav., art. R. 2314-24 al. 4.

²¹³⁶ Y. PAGNERRE, K. PAGANI, *Le vade-mecum des Ordonnances « Macron »*, Gualino, 2018, p. 77 : « la contestation [de l'accord de mise en place] n'est pas spécialement encadrée ; il s'ensuit que tout intéressé peut le contester (reste à déterminer la juridiction compétente, TI ou TGI) ».

²¹³⁷ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, *Les représentants de proximité*, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60.

423. La détermination des établissements distincts et les opérations électorales. En revanche, la question est complexe pour la partie de l'accord de mise en place consacrée à la détermination des établissements distincts²¹³⁸. La doctrine est partagée à ce sujet²¹³⁹. La détermination des établissements distincts suit deux voies différentes : d'un côté, elle est au cœur des opérations électorales puisqu'elle détermine les établissements dans lesquels les candidats pourront présenter leurs listes et les électeurs voter²¹⁴⁰. Mais elle est également au centre de la structure du CSE : ces établissements déterminent le cœur d'exercice des attributions de l'instance et de son fonctionnement²¹⁴¹. La pratique de l'instance de représentation du personnel est distincte selon son unicité ou sa multiplicité. Les thèmes abordés pourront être différents entre un CSE multi-établissements et un CSE unique. Le choix de la détermination des établissements distincts influe donc tant sur les opérations électorales, que sur le fonctionnement et les attributions du comité. Certains auteurs soulèvent, en raison notamment de cette dualité, le difficile choix à opérer concernant le juge compétent²¹⁴² : *« on pourrait être tenté de retenir la compétence du tribunal d'instance en considérant qu'il est le juge naturel de l'élection et en sollicitant le premier alinéa de l'article R. 2313-3 du Code du travail qui, dans le chapitre relatif à la mise en place du comité social et économique, dispose que « le tribunal d'instance est saisi des contestations par voie de déclaration au greffe ». Cette solution présenterait encore l'avantage d'unifier le contentieux électoral. Il faut cependant convenir que ce raisonnement est une spécificité processuelle du droit social qui s'éloigne du droit commun où la compétence du tribunal d'instance suppose une disposition spéciale de sorte qu'il conviendrait de retenir celle du*

²¹³⁸ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 541 : *« l'ordonnance a également omis de régler la question des recours contre les accords mettant en place les établissements distincts ».*

²¹³⁹ *« La contestation de l'accord d'entreprise ou de celui conclu avec le CSE déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts doit-elle être portée devant le tribunal de grande instance qui connaît de la légalité, de l'exécution et de l'interprétation des conventions et accords collectifs, ou devant le tribunal d'instance qui connaît du contentieux électoral ? »* (L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102). Aujourd'hui, le tribunal judiciaire est compétent pour ces deux domaines. La question demeure toutefois pertinente, comme énoncé dans les développements, pour connaître des règles applicables ; V. aussi à ce sujet : M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2.

²¹⁴⁰ C. trav., art. L. 2313-2 et s.

²¹⁴¹ À ce titre, la compétence générale serait revendiquée : C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 533.

²¹⁴² Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : *« la solution est loin d'être évidente ».*

*tribunal de grande instance, juge de droit commun (COJ, art. L. 211-3) »²¹⁴³. Il n'est pas incohérent en effet de considérer que la détermination des établissements distincts porte sur les opérations électorales et qu'il existe donc bel et bien une compétence spéciale sur ce sujet. Certains justifient une telle approche bien qu'il s'agisse selon eux de rajouter « *quelques artifices* »²¹⁴⁴. Pour d'autres auteurs en revanche, l'accord de mise en place relève de la compétence générale²¹⁴⁵. Certaines décisions jurisprudentielles vont en ce sens²¹⁴⁶. En réalité, avant les Ordonnances « Macron » de 2017 et la fusion des tribunaux d'instance et de grande instance, la contestation relative aux établissements distincts (présents au sein du protocole d'accord préélectoral) était confiée au tribunal d'instance²¹⁴⁷. La compétence du tribunal d'instance reposait sur la matière et non sur l'acte (peu important qu'il s'agisse du protocole d'accord préélectoral) ; pourquoi la règle devrait-elle être modifiée désormais ?²¹⁴⁸ C'est à cette conclusion, à laquelle nous adhérons, que parvient Lydie Dauxerre : « *la Cour de cassation admettait que si le tribunal d'instance n'était pas compétent pour procéder au découpage de l'entreprise en établissements distincts, il l'était en revanche pour statuer sur la validité de l'accord procédant à un tel découpage. Cette solution n'est pas remise en cause par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. Partant, la contestation de la division conventionnelle de l'entreprise en établissements relève du contentieux de la**

²¹⁴³ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224.

²¹⁴⁴ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : « *il devrait alors être défendable de continuer à rattacher - même avec quelque artifice - l'action en contestation à la régularité des opérations électorales au sens de l'article L. 2314-32 du Code du travail* ».

²¹⁴⁵ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045 : « *néanmoins, les tribunaux de grande instance pourraient, en leur qualité de juridiction de droit commun, connaître d'une action en annulation d'accords portant détermination d'établissements distincts* » ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 193 : « *si une contestation survient sur la validité de l'accord, notamment sur ses conditions de conclusion, c'est le tribunal de grande instance qui doit être saisi s'agissant d'un accord de droit commun* ».

²¹⁴⁶ TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526 ; « *on aurait pu penser que l'incompétence du TGI aurait été soulevée par les défenseurs. Tel ne semble pas avoir été le cas. L'absence de débat sur la compétence ne nous laisse toutefois pas sans réponse, puisque le TGI aurait pu prononcer d'office son incompétence* » (H. VIART, Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526, Dr. ouvr. 2019, p. 93).

²¹⁴⁷ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-60.483 : « *qu'il en résulte que si le tribunal d'instance n'est pas compétent pour procéder au découpage de l'entreprise en établissements distincts, il l'est pour statuer sur la validité de l'accord procédant à un tel découpage* » (D. 2012. 2622, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; Dr. soc. 2011. 873, obs. F. PETIT ; RDT 2011. 326, obs. I. ODOUL-ASOREY).

²¹⁴⁸ H. VIART, Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526, Dr. ouvr. 2019, p. 93.

régularité des opérations électorales »²¹⁴⁹. Dès lors, il devrait être fait application, par le tribunal judiciaire, des règles de procédure propres à l'ancienne compétence spéciale²¹⁵⁰, particulièrement s'agissant du délai de 15 jours pour contester la validité des opérations électorales²¹⁵¹. Il convient ainsi en pratique de différencier, au sein des accords de mise en place, ce qui relève de la compétence générale et ce qui relève de la compétence spéciale. Par ailleurs, le législateur pourrait venir, lors des prochaines évolutions législatives, unifier le régime applicable à la contestation de l'accord institutionnel en prévoyant, le cas échéant, une procédure unique pour traiter du contentieux propre à la détermination des établissements distincts²¹⁵².

²¹⁴⁹ L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102.

²¹⁵⁰ V. en ce sens : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 871.

²¹⁵¹ « *Lorsque la contestation porte sur la régularité de l'élection ou sur la désignation de représentants syndicaux, la requête n'est recevable que si elle est remise ou adressée dans les quinze jours suivant cette élection ou cette désignation* » (C. trav., art. R. 2314-24).

²¹⁵² C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 541.

Chapitre 2. La vie juridique de l'accord institutionnel

424. Vie d'un accord. La vie d'un accord est rythmée par divers événements. Ceux-ci peuvent venir modifier son contenu (révision) ou anéantir définitivement son existence (dénonciation, durée déterminée, transfert d'entreprise). Il est du devoir de chaque acteur d'être en mesure d'adapter une norme devenue inefficace en raison du temps ou des méconnaissances initiales ; chaque point prévu au sein d'un accord ne peut se traduire par la certitude de son efficacité²¹⁵³.

425. Adaptation d'un accord lors de son existence. De nombreux événements peuvent conduire une ou plusieurs parties à souhaiter adapter l'accord en vigueur. Le premier événement repose sur l'inefficacité constatée, et quelques fois partagée, d'un point spécifique de l'accord ; il est préférable, dans une telle situation, de revenir sur ce qui a pu être déterminé²¹⁵⁴. La seconde hypothèse résulte d'un changement d'acteurs. L'accord peut vivre plusieurs années²¹⁵⁵ ; durant cette période, au sein de l'entreprise, de nouveaux partenaires peuvent avoir émergé, soit par la présence de nouveaux syndicats représentatifs, soit par l'absence de délégué syndical offrant un nouveau pouvoir au CSE²¹⁵⁶. Ces nouveaux acteurs peuvent souhaiter réviser l'accord en vigueur. Plus radicalement, les parties pourraient également être tentées de mettre un terme définitif à cet accord en le dénonçant. De nombreuses questions existent à la lecture des textes sur les conséquences de ces évolutions : tous les acteurs peuvent-ils conclure des accords ayant la même force juridique ? Comment appréhender l'absence de précisions légales sur les modalités de révision et de dénonciation ? Le régime juridique de l'accord institutionnel devra être précisé sur ces points.

²¹⁵³ J.-L. SCEMAMA, Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3 : « *certaines entreprises font également le choix de trouver un accord, non définitif, en s'assurant d'une évaluation après une ou deux années, afin de voir s'il fonctionne, restant ouvertes à des modifications* ».

²¹⁵⁴ D'où l'insertion de clauses de revoyure dans certains accords : V. *supra* n° 189.

²¹⁵⁵ C. trav., art. L. 2222-4.

²¹⁵⁶ V. *supra* n° 314.

426. Transfert d'entreprise. Une autre question sur la vie juridique des accords institutionnels devra être discutée, elle porte sur le transfert d'entreprise²¹⁵⁷. Les conséquences d'une modification de la structure juridique de l'entreprise n'ont, pour le moment, pas été abordées. Pourtant, c'est la structuration de la représentation du personnel qui est ici concernée, généralement par le rapprochement de deux entités. Quel sort pour les accords institutionnels dans cette configuration ? Quid de la précédente structuration de l'instance et quel avenir pour celle-ci ? La question relève d'une particulière importance : les conséquences sont pour l'instant peu évoquées et les risques de vide juridique sont importants.

427. Cycle électoral. La vie de l'accord est également impactée par le sujet spécifique de la représentation du personnel. En effet, le particularisme du sujet résulte notamment dans l'existence du cycle électoral²¹⁵⁸. Le droit commun de l'accord collectif se confrontera au particularisme du cycle électoral, créant parfois des situations juridiques délicates en raison de l'incompatibilité manifeste entre les règles juridiques applicables et la spécificité du cycle électoral. Si des réponses opérationnelles semblent évidentes à la lecture de certaines problématiques, elles contreviennent à une application rigoureuse de la réglementation. Comment, dès lors, justifier juridiquement certaines prises de position ? À l'inverse, certaines questions demeurent inexplorées et très délicates à résoudre. Pourtant, la pratique sera confrontée à certaines de ces interrogations, notamment lors du renouvellement de ces instances.

428. Plan. La vie juridique des accords institutionnels est donc particulière et plusieurs questions doivent être étudiées. Tout d'abord, la question de l'équivalence des accords institutionnels (Section 1.) sera développée. Elle a vocation à étudier les rapports des accords entre eux, notamment concernant leur révision et leur dénonciation. Ensuite, seront étudiés les enjeux liés à l'autonomie des accords (Section 2.). L'objet de cette étude sera d'analyser l'accord institutionnel et son régime juridique (autonome ?) notamment lorsqu'il rentre en confrontation avec des règles relatives au cycle électoral ou au transfert d'entreprise.

²¹⁵⁷ V. *infra* n° 564 pour une définition.

²¹⁵⁸ V. *infra* n° 489 pour une définition.

Section 1. L'équivalence des accords institutionnels

429. Différentes formes de conclusion, différents régimes ? L'étude du régime juridique de l'accord institutionnel nécessite d'examiner la notion d'équivalence entre les accords. Diverses modalités de conclusion existent²¹⁵⁹. Elles posent de nombreuses questions sur le régime juridique de l'accord institutionnel durant son existence. A partir du dualisme précédemment relevé, les deux principales formes d'accord (l'accord conclu avec les délégués syndicaux et l'accord conclu entre l'employeur et le CSE) se distinguent par leurs modalités de conclusion. Cependant, il convient de s'interroger sur l'existence, ou non, d'une distinction qui s'opérerait au niveau du régime juridique²¹⁶⁰. Ces deux accords sont-ils équivalents ?²¹⁶¹ Ont-ils une force juridique égale ? Peuvent-ils se réviser ou se dénoncer entre eux ?

430. Assimilation – Notion et enjeu. Pour répondre à ces questions, la notion d'assimilation sera étudiée. Assimiler²¹⁶² permet notamment de rattacher un objet juridique innommé au régime juridique d'un objet nommé²¹⁶³. L'objet juridique innommé est ici l'accord conclu entre l'employeur et le CSE dont le régime juridique n'est pas établi par le

²¹⁵⁹ V. *supra* n° 366 et s.

²¹⁶⁰ F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 : « le régime des accords conclus avec le CSE est en outre en grande part inachevé. Tôt ou tard, se poseront dès lors des questions qui regardent la vie normale de tout acte à destination collective : quelles règles appliquer pour ce qui a trait à la durée, l'exécution, la révision ou encore la dénonciation de l'accord ? Comment ces accords s'articulent-ils avec les accords collectifs de différents niveaux ? Les conditions d'application et de contrôle par le juge des accords mis à l'étude sont encore en grande partie incertaines ».

²¹⁶¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633 : « l'équivalence fonctionnelle [des deux types d'accord] pose la question d'une éventuelle équivalence de leur régime ».

²¹⁶² « Assimilation » in G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 13^{ème} éd. 2019, p. 90 : « procédé technique consistant, pour le législateur, une convention ou un interprète, à rattacher une situation, un cas ou une notion juridique à une catégorie voisine en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences, afin de soumettre, en tout ou partie, l'élément assimilé au même régime juridique, que la catégorie de rattachement ».

²¹⁶³ Cet « objet juridique innommé » fait écho aux contrats innommés, notion de droit civil. L'article 1105 évoque ces contrats n'ayant pas de « dénomination propre » : « les contrats innommés sont ceux que la loi ne régleme pas sous une dénomination propre, même si parfois la pratique leur donne un nom ». Ils se distinguent des contrats nommés ; ces derniers bénéficient de « règles particulières qui sont établies » : « les contrats nommés sont ceux auxquels la loi donne un nom et surtout dont elle détermine le régime en prévoyant ses conditions et ses effets ». (P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, Droit des obligations, LexisNexis, 14^{ème} éd. 2017, p. 75-76).

législateur. L'assimilation à un accord collectif, objet juridique nommé disposant d'un régime juridique propre, devra être discutée : l'accord conclu entre l'employeur et le CSE répond-il à la définition juridique d'un accord collectif ? En effet, si seul l'accord conclu avec les délégués syndicaux est un accord collectif²¹⁶⁴, l'accord conclu avec le CSE est dépourvu de toute assimilation directe²¹⁶⁵. L'absence d'assimilation directe n'interdit pas au juge d'effectuer cette assimilation. Les enjeux sont importants ; la force juridique de ces accords, et notamment leur hiérarchie, doit être étudiée pour déterminer leur équivalence. Les conséquences pratiques seraient alors différentes.

431. Conséquences distinctes selon la reconnaissance d'une assimilation. En cas d'assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à un accord collectif, les deux types d'accords (conclu avec le CSE et conclu avec les délégués syndicaux) bénéficieraient de la même force juridique au sein de la hiérarchie des normes²¹⁶⁶, le régime juridique de l'accord collectif devra s'appliquer²¹⁶⁷. À l'inverse, en l'absence d'une telle assimilation, l'accord conclu avec le CSE demeurerait une forme contractuelle innommée qui pourrait se rattacher à diverses formes connues en droit du travail (accord atypique, accord de droit

²¹⁶⁴ Les textes sur le CSE opèrent un renvoi aux dispositions de droit commun de l'accord collectif, par exemple : « *un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12* » (C. trav., art. L. 2312-19). La Cour de cassation a confirmé cette analyse, l'accord institutionnel conclu avec les délégués syndicaux est un « accord collectif » : « *l'article L. 2313-2 du code du travail dispose désormais que le nombre et le périmètre des établissements distincts est déterminé par un accord collectif conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du même code, c'est-à-dire selon les conditions de conclusion d'un accord collectif de droit commun* » (Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 ; JCP S 2019, 1172, note Y. KERBOURC'H ; Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11, note J. CREDOZ-ROSIER ; JCP E 2019, 1347, note D. CHENU ; Dr. soc. 2019, p. 574, note M. GADRAT ; Bull. Joly Travail juin 2019, p. 24, note F. BERGERON-CANUT ; Dr. ouvr. 2019, p. 302, note L. MILET ; JCP G 2019, 576 note F. DUQUESNE, J. HEINTZ ; RJS 2019, p. 463).

²¹⁶⁵ Le Code du travail n'assimile pas l'accord conclu avec le CSE à un accord collectif, il n'est fait mention que d'un « *accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité* » (par exemple : C. trav., art. L. 2312-19) ; d'où la question de son régime juridique : J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313, spéc. 54 : « *les accords conclus entre l'employeur et le CSE qui ont vocation à se développer (nombre d'entreprises d'au moins 50 salariés n'ont pas de délégué syndical) sont des actes dont le régime juridique reste à construire* » ; V. également : B. TEYSSIE, Le syndrome de Troie, JCP S 2018, 1229, spéc. 4.

²¹⁶⁶ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 517 et s. V. également : J.-E. RAY, Droit du travail, droit vivant, Wolters Kluwer, 27^{ème} éd. 2018, p. 62.

²¹⁶⁷ V. s'agissant du régime juridique : B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 907 et s.

commun conclu entre l'employeur et le comité personne civile...)²¹⁶⁸. Le régime juridique de l'accord conclu avec le CSE demeurerait alors à explorer²¹⁶⁹ et serait source d'incertitudes à défaut de régime légal ou jurisprudentiel²¹⁷⁰.

432. Régime et conséquences. Cette étude doit permettre de déterminer le régime applicable à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE et d'en tirer les conséquences sur l'articulation avec l'accord conclu avec les délégués syndicaux²¹⁷¹, notamment s'agissant des règles de révision et de dénonciation²¹⁷². Pour déterminer le régime applicable, il conviendra d'étudier la qualification juridique de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE (§1), avant d'évoquer les conséquences de ce régime sur les rapports entre les accords (§2).

§1. La qualification juridique de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

433. Unification du régime juridique souhaitable. Une assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à l'accord collectif permettrait d'unifier le régime juridique de

²¹⁶⁸ F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 : « *diverses qualifications juridiques, d'inégale pertinence, pourraient dès lors être envisagées* ».

²¹⁶⁹ Notamment sur les possibilités de réviser ou dénoncer un accord collectif conclu avec les délégués syndicaux : « *selon quelles modalités, en effet, les membres du CSE pourraient-ils dénoncer cet accord ou initier une procédure de révision ?* » F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50. - V. aussi une problématique similaire au sujet d'une révision d'un accord collectif par un acte référendaire : « *l'on soutiendra, non sans pertinence, qu'il est peu courant d'admettre qu'un contrat signé par deux acteurs puisse être modifié par l'intervention d'un troisième. Une telle situation n'a guère d'équivalent en droit civil* » (D. NOELLE COMMARET, La révision d'un régime de protection sociale complémentaire : parallélisme ou altérité des formes, Dr. soc. 1999, 384).

²¹⁷⁰ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²¹⁷¹ Une qualification d'accord atypique de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE aurait comme conséquence la prédominance de l'accord conclu avec les délégués syndicaux. Concrètement, en cas d'accord en vigueur conclu avec des délégués syndicaux, et peu important l'absence de ceux-ci par la suite, aucun accord conclu avec le CSE ne pourrait être signé. C'est ce que prévoit la Cour de Cassation soumise à la question du rapport entre accord atypique et accord collectif : Cass. soc., 3 juill. 1991, n° 87-45.088, Cah. soc. 1991, A47.

²¹⁷² Ces conséquences porteront également sur l'action en nullité de l'accord : F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 ; V. *supra* n° 412 ; V. également sur les conséquences en termes de fusion et mise en cause : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633.

l'accord institutionnel. Cette position serait préférable pour la pratique juridique tant les distinctions déjà relevées compliquent la réglementation applicable à la représentation du personnel. Si la nécessaire recherche de simplicité doit être privilégiée²¹⁷³, la rigueur juridique ne doit pas être négligée²¹⁷⁴. Un travail de qualification juridique doit être effectué. Certaines qualifications juridiques, distinctes de l'accord collectif, seront difficilement conciliables avec l'accord conclu entre l'employeur et le CSE (I) ; l'assimilation à l'accord collectif devra être retenue (II.).

I. Des qualifications juridiques distinctes de l'accord collectif critiquables

434. Régimes spécifiques. Deux régimes spécifiques pourraient particulièrement être appliqués à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE²¹⁷⁵ : le régime de l'accord atypique (A.) et le régime de l'accord de droit commun²¹⁷⁶ conclu entre l'employeur et le comité personne civile (B.).

A. L'accord atypique : une qualification inadaptée à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

435. Définition de l'accord atypique. L'accord atypique peut être défini comme « *le résultat d'une négociation informelle, soustraite aux règles traditionnelles de négociation et de conclusion des accords collectifs* »²¹⁷⁷. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE répond partiellement à cette définition. S'il échappe aux règles traditionnelles de négociation et de conclusion des accords collectifs, la négociation et les modalités de conclusion ne sont

²¹⁷³ J.-D. COMBEXELLE, La qualité de la norme en droit du travail, Semaine Sociale Lamy Supplément oct. 2011, n° 1508, p. 58 : « *le droit du travail est le droit des gens, celui de millions de salariés et de milliers de chefs de petites ou grandes entreprises il doit donc être simple pour être compris* ».

²¹⁷⁴ D'autant plus qu'une partie importante de la doctrine refuse toute assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à un accord collectif. V. par exemple : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358.

²¹⁷⁵ F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632.

²¹⁷⁶ Au sens civiliste du terme.

²¹⁷⁷ L. DAUXERRE, L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail *in* L'articulation des normes en droit du travail (sous la direction de B. TEYSSIE), Economica, 2011, p. 189. V. aussi : G. VACHET, Les accords atypiques (1), Dr. soc. 1990, p. 620.

pas informelles, car prévues par le législateur²¹⁷⁸ ; l'assimilation ne peut être totale. Par ailleurs, le régime attaché à l'accord atypique est assimilé à un engagement unilatéral de l'employeur²¹⁷⁹. Concrètement, un tel accord est créateur de droits pour les salariés, mais non d'obligations²¹⁸⁰, d'où la notion employée de « *quasi-accords* »²¹⁸¹. Il crée des obligations pour l'employeur²¹⁸². Ainsi, « *l'accord atypique ne peut pas réduire les droits d'un ou plusieurs salariés de l'entreprise, ni les droits des organisations syndicales. Dans ce dernier cas, il leur est inopposable* »²¹⁸³. En étant qualifié d'accord atypique²¹⁸⁴, l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ne pourrait contrevenir aux accords collectifs en vigueur, signés principalement par des délégués syndicaux²¹⁸⁵. Sa portée serait moindre créant une hiérarchie dans ses effets entre les deux principaux modes de conclusion d'accords institutionnels.

436. Régime inconciliable avec l'accord conclu entre l'employeur et le CSE.

Comment concilier ce régime avec les règles applicables pour le CSE ? L'accord institutionnel a vocation à permettre aux partenaires sociaux de négocier sur différents sujets, conférant ainsi – généralement – une faveur pour certains thèmes à la partie employeur, et une faveur pour d'autres à la partie salariale. La notion de faveur s'apprécie par rapport aux

²¹⁷⁸ G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 : « *s'agit-il alors d'un accord atypique ? Une réponse négative semble s'imposer. [...] L'accord atypique vise en effet des hypothèses où l'employeur prend un engagement envers des salariés [...] en dehors du formalisme prévu légalement pour la négociation substitutive* ». V. en ce sens : V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 249, n° 422 : « *à notre sens, l'« accord atypique » vise le contrat conclu en marge de la loi du travail. L'expression doit donc, pour les besoins de la clarté du discours juridique, être bannie pour les accords qui sont prévus par la loi* ».

²¹⁷⁹ Cass. soc., 15 juill. 1998, n° 96-41.118 ; Bull. civ. 1998, V, n° 378 ; TPS 1998, comm. 362 ; RJS 1998, n° 1254. V. aussi : E. JEANSEN, Conditions d'accès à la qualification d'accord collectif, JCP S 2014, 1303.

²¹⁸⁰ E. PESKINE, C. WOLMARK, Droit du travail 2020, Dalloz, 13^{ème} éd. 2019, p. 67.

²¹⁸¹ C. FREYRIA, Les accords d'entreprise atypiques, Dr. soc. 1988, p. 43 : « *l'administration du travail n'ignore rien de l'existence de telles pratiques qu'elle répertorie sous la dénomination de « quasi-accords »*.

²¹⁸² L. TUR, Usage, accord atypique, engagement unilatéral : les autres normes collectives, JA 2011, n° 435, p. 31.

²¹⁸³ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2018, p. 635.

²¹⁸⁴ Certains auteurs considèrent que l'accord conclu entre l'employeur et le CSE est un accord atypique : A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378 ; Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446, spéc. p. 450.

²¹⁸⁵ V. *supra* : Cass. soc., 3 juill. 1991, no 87-45.088 ; Cah. soc. 1991, A47.

dispositions supplétives. Concrètement, une périodicité plus importante sur les consultations récurrentes²¹⁸⁶ pourrait être analysée comme portant atteinte aux droits des salariés ; tout comme une réduction du nombre des informations communiquées dans la BDES²¹⁸⁷. À la lecture du régime juridique d'un accord atypique, l'accord institutionnel conclu avec le CSE verrait son champ d'application considérablement réduit. En effet, seules des dispositions plus favorables pourraient être retenues, rendant sans objet toute négociation²¹⁸⁸ ; il ne s'agit pas ici de la volonté souhaitée par le législateur. Ce dernier n'a pas voulu réduire le champ de la négociation pour les accords conclus avec le CSE ; il l'aurait clairement exprimé. Il a au contraire voulu étendre la possibilité pour les partenaires sociaux de négocier de tels accords en ouvrant plusieurs voies à cette négociation²¹⁸⁹. Il semble donc délicat d'assimiler les accords conclus entre l'employeur et le CSE à des accords atypiques tant en raison de la définition de ces derniers que de leur régime difficilement conciliable avec les objectifs du législateur. Une analogie similaire doit être effectuée avec l'accord civil de droit commun.

B. L'accord de droit commun : une qualification insatisfaisante pour l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

437. Accord de droit commun entre l'employeur et le comité personne civile : définition. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE pourrait être qualifié d'accord de droit commun conclu entre l'employeur et le comité personne civile²¹⁹⁰ ; le cadre du droit du travail laisserait alors place au champ du droit civil. Un tel accord se fonderait sur les

²¹⁸⁶ C. trav., art. L. 2312-19.

²¹⁸⁷ C. trav., art. L. 2312-21.

²¹⁸⁸ Une interprétation différente pourrait néanmoins être proposée. L'accord atypique limite la création d'obligations à destination des parties « salariales » et « syndicales » ; cela étant, négocier et conclure un accord dans le cadre d'une négociation réglementée et encadrée par le législateur est-il réellement créateur d'obligations nouvelles ? La faculté de négocier est ouverte par le législateur aux différentes parties, les thèmes sont encadrés et la négociation est bornée par les dispositions d'ordre public ; il ne s'agit pas d'un accord atypique créant des obligations à destination des salariés ou supprimant certains acquis. Au contraire, la négociation ne fait qu'exprimer un droit ouvert par le législateur ; avec une telle approche, l'accord conclu entre l'employeur et le CSE pourrait être assimilé à un accord atypique.

²¹⁸⁹ Etude d'impact, projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, juin 2017 :

https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b0004_etude-impact#_Toc486337245.

²¹⁹⁰ Voir en ce sens : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14ème éd. 2018, p. 651.

articles 1103²¹⁹¹ et 1104²¹⁹² du Code civil. Il s'agirait d'un accord conclu avec l'instance. Ce type d'accord est utilisé en pratique pour atténuer les lacunes du Code du travail sur certaines questions ; il s'agit généralement de régler les modalités juridiques entre deux personnes morales (utilisation de matériel, de locaux...) ²¹⁹³. Certains auteurs qualifient l'accord conclu entre l'employeur et le CSE d'accord soumis au droit commun des contrats ²¹⁹⁴.

438. Critiques de cette qualification. Les critiques précédemment énoncées quant à l'accord atypique ont vocation à être répétées ; les conséquences attachées à un tel accord sont similaires. Tous deux sont assimilés à des engagements unilatéraux de l'employeur ²¹⁹⁵. L'accord de droit commun « *ne peut réduire les droits que les salariés et le comité lui-même tiennent de la loi ou d'une convention collective* » ²¹⁹⁶. Il serait juridiquement difficile de permettre à un tel contrat de déroger aux règles légales supplétives ²¹⁹⁷. Une telle qualification ne convainc pas pour d'autres raisons. Dire qu'il s'agit d'un contrat de droit commun, conclu entre deux personnes juridiques, conduit à nier la portée du contenu de l'accord : ce sont les droits des salariés qui sont souvent directement concernés par ces accords ²¹⁹⁸. Or, l'effet du contrat en droit civil entre l'employeur et le CSE ne peut conduire

²¹⁹¹ C. civ., art. 1103 : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

²¹⁹² C. civ., art. 1104 : « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

²¹⁹³ Pour des exemples plus complets : M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2018, p. 652.

²¹⁹⁴ G. FRANCOIS, *La conventionnalisation de la représentation du personnel*, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70 : « *dans ces conditions, l'accord conclu avec le comité social et économique pour configurer l'instance doit s'analyser comme un accord soumis au droit commun des contrats* ».

²¹⁹⁵ *Le Lamy Négociation Collective* (Sous la direction scientifique de P.-H. ANTONMATTEI), Wolters Kluwer, 2018, spéc. n° 138.

²¹⁹⁶ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2018, p. 652.

²¹⁹⁷ F. ROSA, *La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE*, Dr. ouvr. 2020, p. 632 : « *doit être également exclue la qualification d'accord contractuel de droit commun [...]. Il faut en effet tenir à l'esprit que les accords conclus avec le CSE se substituent aux règles légales supplétives, ce que ne pourraient justement pas faire un contrat de droit commun ni un engagement unilatéral de l'employeur* ».

²¹⁹⁸ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 447 : « *cela ressemble à un contrat de droit commun entre employeur et CSE. Toutefois, in fine, c'est tout de même dans l'intérêt de la collectivité du personnel que le CSE négocie et conclut l'accord. Peut-être celui-ci conserve-t-il donc la qualité d'accord collectif ?* ».

à porter atteinte aux droits des salariés : ils ne sont pas partie à ce contrat²¹⁹⁹. Un second argument tout aussi convaincant est évoqué par V. Armillei : « *retenir un contrat de droit commun là où les mêmes thèmes de négociation donnent lieu à des accords collectifs dès lors qu'ils sont conclus avec des délégués syndicaux revient à nier la capacité normative du comité social et économique, que le législateur a pourtant conçue comme étant équivalente à celle des délégués syndicaux en l'absence de ces derniers* »²²⁰⁰. Rien ne permet aujourd'hui dans les textes d'y voir une volonté contraire du législateur. Le constat de l'œuvre législative contrevient à la qualification de contrat de droit commun, tout comme elle contrevient à la qualification d'accord atypique. Le législateur semble avoir voulu unifier le régime et les conséquences en ne prévoyant pas de régime distinct exprès. Ces divers arguments conduisent à dénier à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ces qualifications juridiques. Il convient désormais d'analyser juridiquement l'hypothèse d'une assimilation aux accords collectifs.

II. L'assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à l'accord collectif

439. Accord collectif. Une troisième typologie d'accord doit être étudiée et retenue s'agissant de la qualification de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE : il s'agit de l'accord collectif de droit commun²²⁰¹. Pour discuter de cette analogie, il conviendra de développer la notion d'accord collectif (A.) avant d'évoquer l'extension de la notion d'accord collectif (B.).

²¹⁹⁹ Pour justifier les difficultés à qualifier un tel accord de contrat de droit commun, V. ARMILLEI rappelle que « *lorsque le comité négocie un accord sur son fonctionnement, ce sont, in fine, les droits des salariés qu'il adapte par voie conventionnelle* » (V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 249, n° 423). Or, c'est l'accord collectif qui permet de déroger à l'effet relatif des contrats de droit civil et de régir les relations entre salariés et employeur à travers la signature de leurs représentants. V. en ce sens : F. BERGERON-CANUT, F. GAUDU, Droit du travail, Dalloz, 6^{ème} éd. 2018, p. 53.

²²⁰⁰ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 249, n° 423.

²²⁰¹ V. *contra* : F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 ; F. BERGERON-CANUT, Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46.

A. La notion d'accord collectif

440. Définition légale. Il convient dans un premier temps de confronter l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à la définition légale de l'accord collectif. Les accords collectifs sont définis par le Code du travail. Ce dernier contient un livre consacré à « La négociation collective – Les conventions et accords collectifs de travail »²²⁰². Les différents Titres associés décrivent le régime juridique de ces accords, tant sur leur objet²²⁰³, sur leurs modalités de conclusion²²⁰⁴ ou encore – et parmi d'autres – sur les procédures de révision²²⁰⁵ et dénonciation²²⁰⁶. Le Code du travail définit en outre les acteurs ayant capacité à négocier les accords collectifs : « *d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord* » et « *d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* »²²⁰⁷. Cet article limite aux seules organisations syndicales représentatives la possibilité de conclure des accords collectifs²²⁰⁸. Il s'agit de la philosophie générale : les accords collectifs sont en priorité des actes juridiques signés avec les délégués syndicaux représentant les organisations syndicales représentatives²²⁰⁹. Ils disposent d'une compétence exclusive en la matière²²¹⁰. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE ne répond pas à cette exigence.

441. Accord collectif et négociation dérogatoire. Le législateur a cependant souhaité ouvrir largement le champ de la négociation. L'objectif était de permettre aux entreprises dépourvues de toute représentation syndicale de disposer de la possibilité de négocier des

²²⁰² C. trav., art. L. 2211-1 à L. 2283-2.

²²⁰³ C. trav., art. L. 2221-1 à L. 2222-6.

²²⁰⁴ C. trav., art. L. 2231-1 à L. 2234-7.

²²⁰⁵ C. trav., art. L. 2261-7 à L. 2261-8.

²²⁰⁶ C. trav., art. L. 2261-9 à L. 2261-13.

²²⁰⁷ C. trav., art. L. 2231-1.

²²⁰⁸ E. JEANSEN, La négociation dérogatoire entre accord collectif et accord atypique, JCP S 2014, 1312.

²²⁰⁹ La négociation dérogatoire a acquis, au fil du temps, la valeur d'accord collectif. Une condition indérogeable existe néanmoins : il ne doit pas exister de délégués syndicaux dans l'entreprise. V. en ce sens : E. JEANSEN, La négociation dérogatoire entre accord collectif et accord atypique, JCP S 2014, 1312.

²²¹⁰ V. *supra* n° 147 et s.

accords collectifs ayant une telle valeur²²¹¹ ; pour ce faire, la voie de la négociation dérogatoire a été ouverte²²¹². Une sous-section a ainsi été insérée concernant les « *modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise* »²²¹³. Bien que contraire au principe général énoncé dans l'article L. 2231-1 du Code du travail, le législateur a pris le soin d'intégrer les modules de négociation dérogatoire directement au sein du Livre consacré aux accords collectifs ; l'assimilation aux accords collectifs est donc directement l'œuvre du législateur²²¹⁴. Cependant, est-il justifié de parler d'assimilation ? Celle-ci sous-entend un rapprochement entre deux éléments intrinsèquement différents²²¹⁵. Pourquoi dès lors parler d'assimilation à un accord collectif concernant la négociation dérogatoire ? Ne serait-elle pas, par elle-même, et sans nécessité d'effectuer un rapprochement entre deux choses indépendantes, un accord collectif ? Si un doute subsiste s'agissant de l'accord référendaire TPE²²¹⁶, les autres modalités de négociation dérogatoire semblent avoir été directement qualifiées d'accord collectif par le législateur²²¹⁷.

²²¹¹ J. ICARD, Négociation collective et petite entreprise, Cah. soc. juill. 2018, p. 363.

²²¹² V. *supra* n° 25 & n° 169 et s.

²²¹³ C. trav., art. L. 2232-21 à L. 2232-29-2.

²²¹⁴ J.-F. CESARO, Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8-8-2016, JCP S 2016, 1301, spéc. n° 12 ; S. BEAL, M. MARGUERITE, Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2017, 1398, spéc. n° 10 ; C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 626 : « *les modes substitutifs de négociation sont considérés comme étant, avec la même intensité, des modes substitutifs de révision et de dénonciation des accords collectifs sans qu'une quelconque force d'inertie ne soit décelable afin de brider un tel rayon d'action* ».

²²¹⁵ V. *supra* n° 430.

²²¹⁶ Le législateur utilise une terminologie proche de l'assimilation s'agissant de l'accord référendaire pour les TPE en utilisant le terme « considéré » : « *lorsque le projet d'accord ou d'avenant de révision mentionné à l'article L. 2232-21 est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide* » (C. trav., art. L. 2232-22). Certains auteurs emploient le terme d'assimilation : H.-J. LEGRAND, Négociation collective et petites entreprises : le Conseil constitutionnel valide les faux-semblants des ordonnances, Semaine Sociale Lamy avr. 2018, n° 1809, p. 5.

²²¹⁷ Le législateur semble rejeter toute assimilation en imposant, d'emblée, la qualification d'accord d'entreprise. Par exemple pour l'accord conclu avec des membres du CSE dans les entreprises de plus de 50 salariés : « *les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique qui n'ont pas été expressément mandatés par une organisation mentionnée à l'article L. 2232-24 peuvent négocier, conclure, réviser ou dénoncer des accords collectifs de travail* » (C. trav., art. L. 2232-25). La doctrine parle alors de « *valeur d'accord collectif* » : S. BEAL, M. MARGUERITE, Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S déc. 2017, 1398, spéc. n° 1.

442. Distinction entre négociation dérogatoire et « accord conclu entre l’employeur et le CSE ». Le CSE est, au sein de la négociation dérogatoire, reconnu comme acteur de la négociation et de la conclusion d’accord collectif²²¹⁸. Pour autant, l’« accord conclu entre l’employeur et le CSE » (l’accord conclu avec le CSE sur les thématiques de l’instance) n’est pas issu de cette négociation dérogatoire ; cet « accord conclu entre l’employeur et le CSE » diffère de l’accord conclu avec des membres du CSE dans le cadre de la négociation dérogatoire tant sur sa localisation dans le Code du travail, que sur ses modalités de validité²²¹⁹ et la qualité de ses signataires²²²⁰. Il ne peut donc être directement lié à la négociation dérogatoire et bénéficiaire, de ce fait, de la qualification d’accord collectif.

443. Conclusion sur la définition légale – absence d’assimilation. Un corpus légal propre à l’accord collectif est prévu par le Code du travail. Ce dernier s’est étendu au fil des années²²²¹. C’est sur ces bases que reposent les dispositions de l’accord collectif. Cependant, l’apport législatif de la définition offerte par le Code du travail ne peut suffire à déterminer la qualification de l’accord conclu entre l’employeur et le CSE. Ce dernier ne répond pas aux exigences légales posées par le Code du travail et n’est pas expressément assimilé à un accord collectif.

²²¹⁸ C. trav., art. L. 2232-23 à L. 2232-26.

²²¹⁹ L’accord issu de la négociation dérogatoire est conclu avec « *des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles* » (C. trav., art. L. 2232-25 par exemple) alors que l’accord conclu avec le CSE sur l’instance est adopté à « *la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité* » (C. trav., art. L. 2312-19 par exemple). Cet argument justifie pour certains auteurs le rejet de l’assimilation à un accord collectif de l’accord conclu entre l’employeur et le CSE, ce dernier « *n’étant pas soumis aux conditions de validité des accords conclus avec des acteurs substitutifs* » : G. FRANCOIS, La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 70.

²²²⁰ Le CSE est partie à l’accord s’agissant de l’accord portant sur l’institution : « *un accord entre l’employeur et le comité social et économique* » (C. trav., art. L. 2312-19 par exemple) alors que les membres du CSE signataires sont partie à l’accord via la négociation dérogatoire : « *les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique [...] peuvent négocier, conclure, [...] des accords collectifs de travail.* » (C. trav., art. L. 2232-25 par exemple). V. en ce sens : C. GUILLON, Place du CSE dans le dialogue social, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 3.

²²²¹ La négociation dérogatoire résultait lors de ses prémices d’un simple accord atypique. V. en ce sens : Cass. soc., 25 janv. 1995, n° 90-45.796. D. 1995, p. 593, note P. POCHET ; Dr. soc. 1995, p. 274, obs. G. BORENFREUND ; J. SAVATIER, RJS, chron., 4/95, p. 231 ; JCP E 1995, 3901, obs. P.-H. ANTONMATTEI. V. également : S. BEAL, M. MARGUERITE, Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S déc. 2017, 1398, spéc. n° 1.

444. Apport d'une définition doctrinale. Ces éléments légaux ne définissent cependant pas de manière objective la notion. Sur le fondement de ces textes, Emeric Jeansen a défini la qualification d'accord collectif qui « *suppose le respect de deux exigences* »²²²².

445. Première exigence : thème négocié. La première est relative au thème négocié. Le Code du travail prévoit que la convention ou l'accord collectif détermine « *[les] conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que les garanties sociales* »²²²³ des salariés. Un accord sur la structuration de la représentation du personnel est-il en rapport avec les conditions d'emploi ou encore les garanties sociales ? Les juges suivent une tendance générale à l'ouverture large du champ de l'accord collectif, notamment en cas d'évocation partielle d'un de ces sujets²²²⁴. Aussi, les juges ont été amenés à se prononcer sur des accords portant sur le dialogue social et sur l'exercice des droits syndicaux. De nouveau, il a été reconnu que ces accords étaient des accords collectifs²²²⁵. Au-delà, la Cour de cassation a pu reconnaître la qualification d'accord collectif pour l'acte ayant permis la mise en place d'une unité économique et sociale²²²⁶ ; cette décision est toutefois jugée « *contestable* » selon Emeric Jeansen²²²⁷. Pour autant, en l'état du droit positif, un rapprochement peut être effectué entre la mise en place d'une UES et la détermination des établissements distincts dans l'accord de mise en place. La Cour de cassation est allée en ce sens en qualifiant d'accord collectif l'accord de mise en place du CSE²²²⁸. Les accords sur

²²²² E. JEANSEN, Conditions d'accès à la qualification d'accord collectif, JCP S 2014, 1303.

²²²³ C. trav., art. L. 2221-1.

²²²⁴ Cass. soc., 15 oct. 2013, n° 12-22.911 ; Bull. civ. V, n° 236 ; Dalloz actualité, 5 nov. 2013, obs. B. INES ; Lexbase Hebdo. éd. soc., n° 546, 7 nov. 2013, note G. AUZERO ; D. 2014. 2374, obs. P. LOKIEC, J. PORTA. V. aussi T. PASSERONE, Présence de clauses extérieures au champ de la négociation collective : maintien de la qualification d'accord collectif, JCP S juin 2014, 1238 : « *puisque l'accord litigieux comportait des dispositions sociales d'accompagnement, il entrainait dans le périmètre des sujets concernés par la négociation collective, peu important que d'autres thèmes aient été traités* ».

²²²⁵ Cass. Soc., 18 janv. 2011, n° 09-12.240 ; RDT 2011. 191, obs. GREVY.

²²²⁶ Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-12.712 : JCP G 2013, 1273, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; JCP S 2013, act. 473. - V. également : P. LOKIEC, J. PORTA, Droit des relations professionnelles octobre 2013 – septembre 2014, D. 2014, 2374.

²²²⁷ E. JEANSEN, Conditions d'accès à la qualification d'accord collectif, JCP S 2014, 1303. V. aussi : Y. PAGNERRE, Retour sur l'accord de reconnaissance d'une UES, JCP S 2018, 1065.

²²²⁸ Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 ; JCP S 2019, 1172, note Y. KERBOURC'H ; Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11, note J. CREDOZ-ROSIER ; JCP E 2019, 1347, note D. CHENU ; Dr. soc. 2019, p. 574, note M. GADRAT ; Bull. Joly Travail 6/2019, p. 24, note F. BERGERON-CANUT ; Dr. ouvr. 2019, p. 302, note L. MILET ; JCP G 2019, 576 note F. DUQUESNE, J. HEINTZ ; RJS 2019, p. 463.

les attributions et le fonctionnement de l'institution doivent suivre la même voie : ils visent à garantir des droits aux salariés portant sur leur représentation du personnel²²²⁹.

446. Seconde exigence : parties à la négociation. La seconde exigence concerne les « *partenaires sociaux aptes à conduire la négociation collective* » qui sont « *strictement délimités* »²²³⁰. L'auteur fait référence aux articles du Code du travail donnant compétence aux organisations syndicales représentatives et à la négociation dérogatoire. En réalité, il semble nécessaire d'aller plus loin : « *dès lors, il résulte de la négociation menée en dehors des conditions prévues par le Code du travail la conclusion d'un accord atypique* »²²³¹. Les accords ouverts à la conclusion par le Code du travail, mais ne remplissant pas les conditions de droit commun se trouvent sur une frontière indécise entre accord collectif, accord de droit commun et accord atypique.

447. Des critères communs aux accords collectifs – légitimité, indépendance et compétence. Ces différents éléments appellent une synthétisation. Des critères communs semblent se distinguer permettant de qualifier un accord d'accord collectif. Une triple exigence est requise : légitimité, indépendance et compétence²²³². La légitimité attendue²²³³ ressort des modalités de conclusion applicables à l'accord collectif conclu avec les délégués syndicaux²²³⁴ mais également de la négociation dérogatoire²²³⁵. Les membres titulaires du

²²²⁹ En ce sens, voir les développements de cet auteur : V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 188, n° 312.

²²³⁰ E. JEANSEN, Conditions d'accès à la qualification d'accord collectif, JCP S 2014, 1303.

²²³¹ E. JEANSEN, Conditions d'accès à la qualification d'accord collectif, JCP S 2014, 1303.

²²³² V. en ce sens les développements de cet auteur : V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 185, n° 305.

²²³³ G. FRANCOIS, Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 1066 : « *en droit du travail, le besoin de légitimité est particulièrement prégnant pour la norme conventionnelle - là où la loi tire plus simplement « sa force du respect de la volonté du Peuple et de sa conformité à l'intérêt général »* ».

²²³⁴ Il est question alors de représentativité : G. FRANCOIS, Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 1066.

²²³⁵ M. KEIM-BAGOT, Le nouveau droit de la négociation collective, JT 2018, n° 208, p. 18. Les règles de validation issues de la négociation dérogatoire (référéndum ou majorité des élus selon les suffrages recueillis) permettent de garantir une forme de légitimité par la majorité : expression directe à travers le recours au référendum et expression indirecte à travers la signature majoritaire de membres élus par les salariés.

CSE disposent de la légitimité électorale ; leur élection est le fruit du vote des salariés²²³⁶. C'est l'une des raisons qui a conduit le législateur à leur ouvrir le droit à la négociation dérogatoire. Les modalités de conclusion de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE requièrent d'évoquer une limite à cette légitimité. Le recueil des suffrages en nombre et non en « poids électoral » contribue à diminuer la légitimité des accords²²³⁷. Il convient toutefois de rappeler que c'est l'instance du CSE qui conclut avec l'employeur et non ses membres²²³⁸. La légitimité pourrait être rattachée aux conditions d'existence de l'instance (instance représentant les salariés de l'entreprise à la suite de l'élection de ses membres), légitimant alors la prise de décision collégiale, à la majorité des titulaires. L'indépendance de l'instance, quant à elle, est également nécessaire ; elle permet de garantir le libre choix des élus²²³⁹. Si l'employeur préside les réunions du CSE²²⁴⁰, l'accord exprimé dans le cadre de la négociation résulte de l'addition des voix des membres titulaires de l'instance. Ces derniers disposent des moyens d'indépendance pour exprimer leur avis et donner leur voix sans craindre des représailles de l'employeur : ils appartiennent à la catégorie des salariés protégés²²⁴¹. Enfin, la compétence légale s'entend de la possibilité, prévue par le législateur, de conclure un accord. Aussi, le CSE dispose d'une telle compétence conférée par le législateur pour la conclusion d'accords institutionnels à défaut de délégués syndicaux. La loi leur confie cette responsabilité sans préjuger d'une distinction de valeur juridique selon

²²³⁶ Le lien entre légitimité des membres du CSE et l'élection est mentionné par cet auteur au sujet d'une étude sur la négociation dérogatoire de droit commun : « *la délégation du personnel n'est-elle pas suffisamment légitime en soi, investie qu'elle est par l'élection ?* » (Y. FERKANE, *Le CSE comme agent de la négociation collective*, Dr. ouvr. 2020, p. 597).

²²³⁷ Le comité social et économique au quotidien (sous la coordination éditoriale de C. PIETRALUNGA), Wolters Kluwer, 2020, spéc. n° 200 : « *or, seuls les accords conclus avec les membres du CSE dans les conditions ci-dessus évoquées (approuvés par les salariés à la majorité des suffrages exprimés ou conclus avec des membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des élus) sont juridiquement des accords collectifs. On peut dès lors s'interroger sur la nature juridique de l'accord conclu avec la majorité des membres du CSE qui pourrait être assimilé à un accord atypique* ».

²²³⁸ V. *supra* n° 397.

²²³⁹ L'indépendance est par ailleurs un des critères déterminant la représentativité d'un syndicat, il est pour certains auteurs « *fondamental* » : S. NIEL, *Négocier la mutation des IRP*, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9 ; en ce sens, l'indépendance justifie les conséquences que ces accords peuvent avoir sur le statut social des salariés.

²²⁴⁰ C. trav., art. L. 2315-23.

²²⁴¹ C. trav., art. L. 2411-1 ; en ce sens, cette protection est bien reconnue comme porteuse d'indépendance des négociateurs et signataires. V. CE, 1re et 6e ss-sect., 9 nov. 2011, n° 352029, Assoc. CERAF Solidarités : « *qu'en réservant par ailleurs cette négociation à des délégués qui sont salariés de l'entreprise, et qui bénéficient, grâce à leur statut de salarié protégé [...], de garanties suffisantes d'indépendance à l'égard de l'employeur* ».

le mode de conclusion de l'accord. C'est cette compétence légale qui permet notamment d'écarter la qualification d'accord atypique et d'accord civil de droit commun²²⁴². Elle permet également de rattacher plus facilement les accords à la qualification d'accord collectif²²⁴³. L'accord conclu avec le CSE répond à ces trois éléments structurant la notion d'accord collectif : légitimité, indépendance et compétence.

448. Conclusion transitive. Cette synthétisation de la notion d'accord collectif offre à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE de sérieux arguments pour bénéficier d'une assimilation. La compétence légale, qui vient d'être évoquée, trouve de nouveaux arguments dans d'autres matières du droit du travail.

B. Extension de la notion d'accord collectif et droit du travail

449. Situations connexes. Le droit du travail connaît des situations connexes à la problématique de l'accord institutionnel. Les droits de la protection sociale complémentaire et de l'épargne salariale sont confrontés à des schémas légaux équivalents : divers modes de conclusion se côtoient. Le législateur, la jurisprudence et la doctrine se sont prononcés sur la question de leur articulation.

450. Exemple de la protection sociale complémentaire – textes légaux. Dans le domaine de la protection sociale complémentaire, la question s'est posée s'agissant de la ratification du personnel. La mise en place de garanties de protection sociale complémentaire est possible à condition de respecter l'un des trois modes de conclusions admis par le législateur. Le Code de la Sécurité Sociale prévoit en effet la possibilité d'instituer de telles

²²⁴² V. en ce sens : Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-19.412 ; JCP S 2014, 1312, note E. JEANSEN; RJS 2014, n° 254 - Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 04-43.071 ; Bull. civ. V, n° 30 ; RJS 2007, n° 606 ; JCP S 2007, 1291, note DEL SOL ; RDT 2007. 462, obs. M. VERICEL ; Dr. soc. 2007. 651, note J. BARTHELEMY.

²²⁴³ Par exemple s'agissant de l'acte référendaire en protection sociale complémentaire : « pour qu'une proposition ratifiée par voie de référendum puisse avoir valeur d'accord collectif, il faut que ce procédé ait été expressément prévu par la loi » (M. HAUTEFORT, Ce qu'a fait le référendum, l'accord collectif peut le défaire, note Cass. Soc. 10 févr. 1999, JSL 1999, n°33, p. 13).

garanties par accord collectif, par ratification à la majorité des intéressés ou par décision unilatérale²²⁴⁴.

451. Equivalence des modes de conclusion ? Une question similaire à celle posée actuellement sur l'articulation entre l'accord conclu avec les délégués syndicaux et celui conclu avec le CSE est apparue²²⁴⁵. Chaque mode de conclusion de l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité Sociale était-il équivalent permettant ainsi de se substituer automatiquement à un autre mode ? Autrement dit, la valeur juridique de ces modes de conclusion était-elle, s'agissant de cet article, identique ? La question s'est posée concernant l'équivalence entre l'acte référendaire et l'accord collectif. L'acte référendaire pouvait-il être assimilé à un accord collectif ? Une partie de la doctrine s'est prononcée en ce sens en assimilant les ratifications référendaires à des accords collectifs²²⁴⁶.

452. Apport jurisprudentiel. Cette assimilation se fonde sur une décision jurisprudentielle. La Cour de cassation était amenée à s'interroger, par les requérants, sur la substitution d'un accord référendaire par un accord collectif postérieur. Ceux-ci ont demandé l'application d'un parallélisme des formes pour que l'accord référendaire ne puisse être modifié que par un autre acte référendaire. La Cour de Cassation rejette cette demande et énonce : « *un régime complémentaire de retraite, qu'il ait été créé par voie d'accord collectif ou à la suite de la ratification par la majorité des intéressés d'une proposition de l'employeur, peut indifféremment être modifié ou révisé selon l'une ou l'autre de ces formes* »²²⁴⁷. Cette décision assimile, dans son régime, l'acte référendaire à l'accord collectif. En effet, bien que l'acte collectif résultant d'un référendum n'ait pas de manière directe la qualification d'accord collectif (aucun texte ne fondant une telle assimilation directe), la possibilité de modifier ou de réviser un accord collectif de droit commun lui confère une partie de son régime juridique.

²²⁴⁴ CSS, art. L. 911-1.

²²⁴⁵ Il convient toutefois de noter, qu'à la différence des accords portant sur le CSE, les modes de conclusion sont ici alternatifs. La présence de délégués syndicaux n'empêche pas, pour la protection sociale complémentaire, de conclure un acte référendaire ou une décision unilatérale.

²²⁴⁶ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2017, p. 993.

²²⁴⁷ Cass. soc., 10 févr. 1999, n° 97-13.015 ; RJS 1999, n° 424 ; Dr. soc. 1999, p. 384, concl. D.-N. COMMARET, obs. Ph. LANGLOIS.

453. Assimilation reconnue. Cette assimilation, bien qu'implicite et partielle, est reconnue par une partie de la doctrine²²⁴⁸. Par conséquent, le régime de l'accord collectif est conféré à l'acte référendaire qui peut modifier ou réviser un accord collectif²²⁴⁹. Cette solution a d'ailleurs été perçue comme « *inattendue mais pas illogique* »²²⁵⁰. Aucune hiérarchie n'est établie entre ces deux modes de conclusion, ce qui atténue la portée du parallélisme des formes²²⁵¹ : « *autrement dit, cette solution place ces deux formes d'accord au même niveau dans la hiérarchie des normes d'entreprise* »²²⁵².

454. Application à l'accord institutionnel - Hiérarchie ? Est-ce également le cas s'agissant de la relation entre l'accord conclu avec les délégués syndicaux et l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ? Une hiérarchie semble exister : l'accord conclu avec le CSE n'est possible qu'en l'absence de délégué syndical²²⁵³. En réalité, ce texte n'impose pas une réelle hiérarchie. Celle-ci aurait pu exister si le législateur avait fait primer l'accord collectif de droit commun sur l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. La formulation aurait pu être la suivante : « *en l'absence d'accord collectif et de délégué syndical* ». Or ici c'est l'absence objective de possibilité de conclure un accord collectif qui permet de signer un accord avec le CSE²²⁵⁴. Autrement dit, aucune hiérarchie n'existe entre les modes de conclusion, ce n'est qu'une faculté de conclusion supplémentaire qui s'ouvre dans certaines

²²⁴⁸ J. COLONNA, V. RENAUX-PERSONNIC, Le référendum et la protection sociale, Dr. soc. 2018, p. 432.

²²⁴⁹ M. HAUTEFORT, Ce qu'a fait le référendum, l'accord collectif peut le défaire, note Cass. Soc. 10 févr. 1999, JSL 1999, n°33, p. 13.

²²⁵⁰ M. HAUTEFORT, Ce qu'a fait le référendum, l'accord collectif peut le défaire, note Cass. Soc. 10 févr. 1999, JSL 1999, n°33, p. 13.

²²⁵¹ L. DAUXERRE, L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail in L'articulation des normes en droit du travail (sous la direction de B. TEYSSIE), Economica, 2011, p. 196 : « *pour la révision de l'accord, est exclu tout parallélisme des formes* ». V. aussi : M. HAUTEFORT, Ce qu'a fait le référendum, l'accord collectif peut le défaire, note Cass. Soc. 10 févr. 1999 : JSL 1999, n°33, p. 13.

²²⁵² J. COLONNA, V. RENAUX-PERSONNIC, Le référendum et la protection sociale, Dr. soc. 2018, p. 432.

²²⁵³ Exception faite de l'accord de mise en place qui exige l'absence d'un accord collectif et de délégué syndical pour permettre la négociation du CSE (C. trav., art. L. 2313-3) ; V. *infra* n° 473. En revanche, l'absence de délégué syndical – sans absence d'accord collectif – est applicable pour la négociation sur les consultations récurrentes (C. trav., art. L. 2312-19), les consultations périodiques (C. trav., art. L. 2312-55), la base de données économique et sociale (C. trav., art. L. 2312-21), la commission santé, sécurité et conditions de travail (C. trav., art. L. 2312-42 et L. 2312-43), les délais pour rendre les avis (C. trav., art. L. 2312-16).

²²⁵⁴ Par exemple : C. trav., art. L. 2315-42.

circonstances objectivées. Il n'y a qu'un seul mode de conclusion admis selon le contexte de l'entreprise (présence ou absence de délégués syndicaux), il ne peut donc y avoir de hiérarchie (qui suppose la pluralité de possibilités)²²⁵⁵. Aussi, c'est l'absence de la possibilité de conclure via le mode principal (avec les délégués syndicaux) qui ouvre la voie de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE, et non l'absence d'accord avec les délégués syndicaux. Cette argumentation semble limiter les critiques émises à l'encontre d'une transposition de cette jurisprudence dans le cadre de l'accord institutionnel ; comme pour la protection sociale complémentaire, les modes de conclusion sont expressément prévus par la loi et ne se voient imposer aucune hiérarchie objective.

455. Exemple de l'épargne salariale – *textes légaux*. Un autre corpus de texte de droit du travail mérite une attention particulière. Le Code du travail offre la possibilité d'instaurer des régimes d'intéressement²²⁵⁶ ou de participation²²⁵⁷ au sein des entreprises. Ces deux régimes suivent les mêmes modalités de conclusion alternatives²²⁵⁸. Les accords peuvent être conclus : par convention ou accord collectif de travail, par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, par accord conclu au sein du CSE²²⁵⁹ ou à la suite d'une ratification à la majorité des 2/3²²⁶⁰. Comme pour la protection sociale complémentaire, les modalités de conclusion sont « alternatives »²²⁶¹, aucune priorité n'est donnée à quelconque acteur. Un accord peut être conclu avec le CSE, malgré l'existence de délégués syndicaux²²⁶². Les formalités de

²²⁵⁵ « Hiérarchie » in Dictionnaire Larousse en ligne : « *classification dans laquelle les termes classés sont dans une relation de subordination, chaque terme dépendant du précédent et commandant le suivant* » <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hi%C3%A9rarchie/39927>. Ici, l'accord conclu entre l'employeur et le CSE n'est pas dépendant de l'accord collectif conclu avec les délégués syndicaux, il est dépendant de la présence de délégués syndicaux, ce qui dénie la qualification de « hiérarchie » entre les deux modes de conclusion. Cette situation est identique s'agissant de la négociation dérogatoire de droit commun.

²²⁵⁶ C. trav., art. L. 3311-1 à L. 3315-5.

²²⁵⁷ C. trav., art. L. 3321-1 à L. 3326-2.

²²⁵⁸ C'est également le cas des plans d'épargne d'entreprise : C. trav., art. L. 3332-4 du Code du travail.

²²⁵⁹ Il s'agit d'ailleurs de la seule exception significative au monopole des délégués syndicaux : C. GUILLON, Place du CSE dans le dialogue social, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 2. V. aussi : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 645 et s.

²²⁶⁰ S'agissant de l'accord de participation : C. trav., art. L. 3322-6. Pour l'accord d'intéressement : C. trav., art. L. 3312-5.

²²⁶¹ E. DEVAUX, La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016, p. 202-203, n° 511-512.

²²⁶² G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit du travail, Dalloz, 31^{ème} éd. 2018, p. 1185.

conclusion de l'accord avec le CSE sont légèrement différentes de celles de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE²²⁶³. La similarité avec les textes propres à l'accord institutionnel est de nouveau présente. Il convient d'analyser le régime applicable aux équivalences entre accords portant sur l'épargne salariale : l'accord conclu avec le CSE a-t-il la même force que l'accord collectif s'agissant de l'intéressement et de la participation ? Peuvent-ils réviser chacun l'autre mode de conclusion ?

456. Étude des accords d'intéressement. S'agissant des accords d'intéressement, ils ne peuvent être modifiés « *que par l'ensemble des signataires et dans la même forme que sa conclusion* »²²⁶⁴. Ce premier alinéa dénie une équivalence entre les accords pour les règles de révision. Cependant, un second alinéa ajouté en juin 2020 prévoit que : « *toutefois, lorsque la modification ou la dénonciation dans la même forme que sa conclusion est rendue impossible par la disparition d'un ou plusieurs signataires d'origine, l'accord peut être dénoncé ou peut faire l'objet d'un avenant selon l'une des modalités prévues au I de l'article L. 3312-5* »²²⁶⁵. L'apport de ce nouveau texte est considérable : en l'absence du mode de conclusion initial, un autre mode de conclusion, prévu par le texte, peut réviser ou dénoncer l'accord initial. Le décret ouvre la possibilité au CSE de conclure un avenant de révision à un accord d'intéressement initialement conclu avec les délégués syndicaux (à la suite de leur disparition). La similitude avec l'accord institutionnel est totale, à l'exception près qu'aucun texte ne le prévoit explicitement pour ce dernier.

²²⁶³ J. KOVAC, L. GAUDEMET-TOULEMONDE, Epargne salariale et actionnariat salarié, Dossier pratique, Ed. Francis Lefebvre, 2019, p. 36 : « *pour être valable, l'accord doit être approuvé par la majorité des élus présents lors de la réunion* ». Pour rappel, l'accord conclu entre l'employeur et le CSE est conclu : « *à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité* » (C. trav., art. L. 2312-19 par exemple). Ces deux accords se distinguent de la négociation dérogatoire en ce qu'ils déterminent la majorité en nombre de personnes et non selon le poids électoral de chaque élu. En revanche, pour l'épargne salariale, la majorité s'apprécie selon les présents, tandis que pour l'accord conclu entre l'employeur et le CSE elle s'apprécie selon les titulaires. V. également les développements de cet auteur sur les modalités de conclusion de l'accord d'épargne salarial « au sein du CSE » : V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 260, n° 447

²²⁶⁴ C. trav., art. D. 3313-5.

²²⁶⁵ C. trav., art. D. 3313-5 ; ajout du D. n° 2020-795 du 26 juin 2020 - art. 1. V. en ce sens : J. KOVAC, L. GAUDEMET-TOULEMONDE, Nouvelles précisions réglementaires en matière d'épargne salariale, D.D. 4 et 26 juin 2020, JCP S 2020, 293.

457. Étude des accords de participation. S'agissant de l'accord de participation, le Guide de l'épargne salariale précise que : « *la modification d'un accord de participation ne peut être effectuée que par avenant conclu selon l'une des formes prévues pour la signature des accords* »²²⁶⁶. Aucune exigence de parallélisme des formes ne semble s'imposer, le CSE pourrait réviser un accord conclu avec les délégués syndicaux et cela malgré leur présence²²⁶⁷. Certains auteurs invoquent une similitude avec les règles de protection sociale complémentaire visées précédemment justifiant l'absence de parallélisme des formes²²⁶⁸. Une partie de la doctrine ne partage toutefois pas cet avis²²⁶⁹. La possibilité de réviser un accord de participation, faculté retenue par l'administration et certains auteurs, permet à ces derniers d'y voir une assimilation à l'accord collectif, *a minima* sur les règles de modification et résiliation : « *s'agissant du rôle tenu par le comité d'entreprise, il est possible de soutenir que la modification ou la résiliation de la participation est assimilable à la conclusion d'un accord collectif* »²²⁷⁰.

458. Assimilation dans le cadre de l'épargne salariale. Tant les accords de participation que ceux d'intéressement contribuent à la recherche d'un parallélisme avec l'accord institutionnel. Si les premiers semblent garantir une fongibilité intégrale des modes de conclusion, les seconds rejettent cette possibilité mais permettent, depuis 2020, une plus grande souplesse en cas de disparition d'un ou plusieurs signataires d'origine. A notre connaissance, la jurisprudence ne s'est toutefois jamais prononcée sur cette question. Les règles issues de l'épargne salariale témoignent de l'apport du législateur, de l'administration et de la doctrine. Le parallélisme avec le régime d'épargne salariale applicable pourrait constituer une inspiration pour définir le régime de l'accord institutionnel.

²²⁶⁶ Guide de l'épargne salariale, DGT, DSS, Direction générale du Trésor et DLF, juill. 2014, p. 69.

²²⁶⁷ Mémento Comité social et économique et autres représentants du personnel, Editions Francis Lefebvre, 2020, n° 71440 : « *aucun texte n'impose toutefois que l'avenant soit conclu selon la même modalité que l'accord de base* ».

²²⁶⁸ S. GAILLARD, S. ROUSSEAU, J. CHAMBON, Le participation collective, Semaine Sociale Lamy déc. 2004, n° 1196, p. 45.

²²⁶⁹ J. KOVAC, L. GAUDEMET-TOULEMONDE, Epargne salariale et actionnariat salarié, Dossier pratique, Ed. Francis Lefebvre, 2019, p. 145.

²²⁷⁰ S. GAILLARD, S. ROUSSEAU, J. CHAMBON, Le participation collective, Semaine Sociale Lamy déc. 2004, n° 1196, p. 45. V. aussi en ce sens : J.-L. DENIER, Négociation d'accords avec le comité d'entreprise : Partenariat à risques ou réelle opportunité ?, Cah. DRH nov. 2003, n° 91-92, p. 1.

459. Recherche de cohérence textuelle et pratique. Ces quelques développements appellent une nécessité : penser la cohérence de l'esprit du texte. Il semble difficile aujourd'hui d'imaginer que le législateur ait souhaité conférer deux valeurs juridiques distinctes à ces accords. Si tel était le cas, nous en aurions vraisemblablement trouvé trace dans les rapports et autres débats législatifs²²⁷¹. Dans le même sens, le texte aurait, sur un tel enjeu, été rédigé en ce sens en insérant la formulation : « *en l'absence d'accord collectif* »²²⁷². Par ailleurs, le champ d'application de ces deux modalités de conclusion est en tout point identique²²⁷³. L'ensemble des éléments invoqués précédemment, de la notion d'accord collectif aux similarités avec la protection sociale complémentaire et l'épargne salariale, conduisent à penser légitimement et juridiquement à une assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. À défaut de précision du législateur, seul le juge pourra y procéder. Compte tenu des enjeux, cette situation risque de se produire, a minima, après le premier renouvellement de l'instance (apparition ou disparition de délégués syndicaux²²⁷⁴).

460. Conclusion : assimilation. L'assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE aux accords collectifs doit être retenue. Deux conséquences principales doivent être tirées s'agissant de l'articulation entre accord collectif et accord conclu entre l'employeur et

²²⁷¹ Par exemple le rapporteur de la loi de ratification des Ordonnances Macron, Laurent Pietraszewski, le rappelle en commission des affaires sociales : « *il n'est pas question de contourner les organisations syndicales : la négociation entre l'employeur et les représentants du personnel ne peut intervenir qu'à défaut de délégué syndical dans l'entreprise* » (Compte rendu n°20, commission des affaires sociales, séance du mercredi 8 novembre 2017, 16h45, examen des articles sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social, http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion-soc/115cion-soc1718020_compte-rendu#). Par ailleurs, un arrêt du 25 novembre 2020 de la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle l'inspiration nécessaire du législateur par le juge : « *les dispositions de l'article L. 2314-30, éclairées par les travaux parlementaires, s'appliquent aux organisations syndicales* » (Cass. soc., 25 nov. 2020, n°19-60.222).

²²⁷² Ce qui est le cas néanmoins s'agissant de la mise en place de l'instance (C. trav., art. L. 2313-3) ; V. *infra* n° 473.

²²⁷³ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 251, n° 426 : « *dès lors que l'accord subsidiairement conclu avec le comité social et économique bénéficie d'un champ conventionnel identique à celui passé avec un délégué syndical dans les conditions du premier alinéa de l'article L. 2232-12, il doit conserver cette qualité. Il n'est pas un succédané de l'accord collectif comme pourrait l'être un usage ou une décision unilatérale de l'employeur ; l'accord avec le comité s'y substitue pleinement ce qui justifie une identité de nature* ».

²²⁷⁴ Même s'il est possible pour une entreprise de ne plus disposer de délégués syndicaux en cours de cycle (en cas de démission par exemple).

le CSE²²⁷⁵. La première concerne leur valeur juridique : leur place dans la hiérarchie des normes est identique. La présence d'un accord conclu avec les délégués syndicaux n'empêche pas la conclusion, en l'absence de délégués syndicaux, d'un accord avec le CSE. Ce dernier se substituera intégralement à l'accord conclu avec les délégués syndicaux²²⁷⁶. Seconde conséquence : chaque accord pourra réviser ou dénoncer un accord conclu selon l'autre mode de conclusion. Si les conséquences sont présentées, les modalités de révision et de dénonciation restent à parfaire dans le silence des textes institutionnels.

§2. *L'évolution des accords institutionnels*

461. Déterminer les modalités de révision et de dénonciation. Les parties doivent être en mesure d'adapter au mieux, et rapidement, la structuration du CSE afin de donner toute son efficacité à l'instance de représentation du personnel²²⁷⁷. Pour cela, elles disposent de divers outils afin d'ajuster cette structure aux besoins ressentis²²⁷⁸. Les conditions et modalités d'évolution des accords institutionnels doivent faire l'objet d'une étude spécifique. La possibilité d'opérer ces évolutions, peu important le mode de conclusion initial, doit être reconnue : l'accord conclu entre l'employeur et le CSE est assimilable à un

²²⁷⁵ D'autres conséquences peuvent être invoquées comme la soumission de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE au régime de contestation d'un accord collectif.

²²⁷⁶ Pour un exemple de clause : « *le présent accord, qui constitue un tout indivisible, se substitue de plein droit à tous accords antérieurs conclus au sein de la société, ainsi qu'à tous usages ou engagements unilatéraux antérieurs à la signature dudit accord et ayant la même cause ou le même objet* » (G. DE RAINCOURT, Rédiger l'accord, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 51).

²²⁷⁷ En effet, l'instance bénéficie d'un « *temps de rodage* ». Il est toujours possible d'y apporter des « *ajustements conventionnels* » : G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069, spéc. n°1.

²²⁷⁸ Des clauses de revoyure peuvent, par exemple, être incluses dans les accords initiaux : A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204. Pour un exemple de clause de revoyure dans les accords institutionnels : « *l'application du présent accord sera suivie par le CSE. Un bilan à mi-mandat des élus au CSE des effets des dispositions du présent accord sera effectué, à l'initiative de la Direction et communiqué aux membres du CSE. Les parties conviennent de se réunir, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, dans les six mois qui précéderont l'expiration des mandats, afin d'envisager les éventuelles évolutions à y apporter* » (Accord collectif d'entreprise relatif au fonctionnement et aux attributions du Comité social et économique, Société DIAGNOSTICA STAGO, 19 juin 2019, art. 36, p. 23, base de données Légifrance).

accord collectif²²⁷⁹. Les deux accords peuvent se réviser et se dénoncer entre eux, sous réserve du respect des dispositions légales liées à la présence de délégués syndicaux. Des interrogations perdurent, dans le silence des textes, s'agissant particulièrement de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE²²⁸⁰. Il convient de définir les acteurs pouvant formuler les demandes de révision ou de dénonciation ainsi que les modalités applicables de conclusion des avenants de révision ou des actes de dénonciation. Les développements suivants s'inspireront du droit commun de l'accord collectif. Pour cela, il conviendra d'étudier la révision de l'accord institutionnel (I.) avant d'évoquer sa dénonciation (II.).

I. La révision de l'accord institutionnel

462. La révision - définition. La révision traduit la volonté, pour les acteurs, de « modifier, sur les questions visées, des termes de la convention ou de l'accord collectif »²²⁸¹. Les partenaires sociaux doivent préciser, dans l'avenant, leur souhait de réviser l'accord d'origine²²⁸². Les modifications doivent être ciblées et précises pour lever toute ambiguïté entre les clauses qui survivent et celles qui prennent fin. La révision demeure l'option principale pour faire évoluer un accord²²⁸³, elle est expressément visée par le Code du travail²²⁸⁴.

²²⁷⁹ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 252, n° 429 : « les difficultés soulevées [...] en matière de dénonciation ou révision de l'accord sur l'organisation ou le fonctionnement du comité nous semblent trouver une solution dans la qualification d'accord collectif ».

²²⁸⁰ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « selon quelles modalités, en effet, les membres du CSE pourraient-ils dénoncer cet accord ou initier une procédure de révision ? ».

²²⁸¹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations Collectives, LexisNexis, 10^{ème} éd. 2016, p. 929.

²²⁸² L'exigence est formelle : Circ. DRT n° 09, 22 sept. 2004, fiche n° 6. V. en ce sens : « désormais, seul un critère formel subsiste. Il faut que l'avenant indique expressément qu'il porte révision d'une convention ou d'un accord collectif » (G. VACHET, Réviser les accords collectifs, Cah. DRH mars 2012, n° 185, p. 42). Cette exigence formelle appelle une modération légitime, rappelée par le professeur Cesaro : « afin de ne pas créer un piège pour ceux qui n'auraient pas eu connaissance de cette règle, il faudra permettre, en l'absence de précision dans les documents conventionnels, à celui qui prétend que l'acte est une révision, d'en apporter la preuve » (J.-F. CESARO, Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail, rapport, 2016, p. 6). V. également l'interrogation de ces auteurs : « qu'est-ce qu'un avenant de révision ? » (G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 575 et s.).

²²⁸³ C. trav., art. L. 2261-8 : « l'avenant portant révision de tout ou partie d'une convention ou d'un accord se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie ».

²²⁸⁴ C. trav., art. L. 2261-7 à L. 2261-8.

463. La révision – étude. Les particularités propres à la révision doivent néanmoins être discutées ici. Les modalités de révision sont propres aux acteurs compétents, il convient d'étudier la révision par les délégués syndicaux (A.) puis la révision par le CSE (B.).

A. La révision par les délégués syndicaux

464. Règles de révision – textes. Les règles de révision des accords collectifs sont mentionnées dans le Code du travail. S'agissant de l'engagement de la procédure, une distinction est effectuée selon le cycle électoral. En premier lieu, « *jusqu'à la fin du cycle électoral au cours duquel cette convention ou cet accord a été conclu, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord et signataires ou adhérentes de cette convention ou de cet accord* »²²⁸⁵ peut engager la procédure de révision. À la suite de cette période, toute organisation syndicale représentative dans le champ de l'accord peut engager la procédure²²⁸⁶.

465. Révision possible quel que soit le mode de conclusion initial. Quels accords peuvent être révisés par les délégués syndicaux ? Ils pourront réviser un accord conclu initialement par des délégués syndicaux²²⁸⁷. Ils pourront également réviser un accord conclu initialement par le CSE (durant un cycle électoral où les délégués syndicaux étaient absents)²²⁸⁸. Il s'agit de la conséquence directe de l'assimilation des accords conclus entre l'employeur et le CSE aux accords collectifs. Dans cette situation, les textes de droit

²²⁸⁵ C. trav., art. L. 2261-7-1 al. 2.

²²⁸⁶ C. trav., art. L. 2261-7-1 al. 3.

²²⁸⁷ Il est fait ici application des règles de droit commun de l'accord collectif (C. trav., art. L. 2261-8).

²²⁸⁸ Ce n'est pas le raisonnement unanime de la doctrine puisque certains ont estimé qu'en l'absence de dispositions légales spécifiques, les délégués syndicaux ne pouvaient réviser un accord conclu avec le CSE : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358.

commun doivent s'appliquer et être adaptés²²⁸⁹ : ce corpus de droit commun « *est de nature à favoriser la continuité du dialogue social* »²²⁹⁰. La situation habituelle sera la suivante : un accord conclu entre l'employeur et le CSE est conclu durant un cycle électoral. De nouvelles élections ont lieu et des délégués syndicaux sont nommés. Le troisième alinéa de l'article L. 2261-7-1 a alors vocation à s'appliquer : à la suite du cycle électoral, toute organisation syndicale représentative peut engager la procédure²²⁹¹.

466. Une situation plus atypique pourrait exister. Voilà une ou plusieurs organisations syndicales représentatives qui ne désignent pas de délégué syndical suite aux élections professionnelles. Le CSE deviendrait compétent, « en l'absence de délégués syndicaux », pour négocier et signer certains accords institutionnels. Sont ensuite désignés, en cours de cycle électoral, des délégués syndicaux : ces derniers peuvent-ils procéder à la révision de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ? Une lecture littérale de l'article L. 2261-7-1 indique que durant le cycle électoral duquel l'accord a été signé seules les organisations syndicales représentatives signataires ou adhérentes peuvent engager la procédure de révision. Par définition, elles ne sont pas signataires ou adhérentes de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. Il convient dans cette situation de se référer à la philosophie des dernières évolutions législatives ; la volonté du législateur a été de permettre à chaque mode de conclusion, compétent à un moment donné, de pouvoir réviser un autre accord collectif²²⁹². Il convient selon nous de faire abstraction de la contrainte textuelle et de considérer qu'une organisation syndicale représentative ayant désigné un délégué syndical

²²⁸⁹ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « *la révision [de l'accord majoritaire] comme sa dénonciation sont possibles, mais elles doivent alors se conformer aux prévisions légales* ». Depuis 2018, le régime de révision et dénonciation de droit commun a été finalisé, notamment en permettant à la négociation dérogatoire de réviser et dénoncer tout accord collectif : J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 32.

²²⁹⁰ J.-F. CESARO, Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail, rapport, 2016, p. 16.

²²⁹¹ La conclusion initiale d'un accord avec les membres du CSE n'emporte aucune restriction : « *le présent article est applicable à la révision et à la dénonciation de la convention ou de l'accord qu'elles qu'aient été ses modalités de négociation et de ratification* » (C. trav., art. L. 2232-16, al. 2).

²²⁹² Inspiré notamment par le rapport du Professeur Cesaro : « *aucune incertitude ne subsistera sur les possibilités de renégocier dans l'entreprise qui après avoir négocié avec des délégués syndicaux perd toute représentation syndicale en son sein, - réciproquement, l'apparition d'une représentation syndicale dans l'entreprise permettra de modifier et poursuivre les conventions collectives ou les accords négociés en leur absence* » (J.-F. CESARO, Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail, rapport, 2016, p. 16).

peut réviser un accord conclu entre l'employeur et le CSE conclu durant ce même cycle. Elle dispose de la légitimité et de la compétence requise²²⁹³. Le troisième alinéa de l'article L. 2261-7-1 du Code du travail, qui régit la situation postérieure au cycle électoral, serait alors directement appliqué.

467. Conclusion de l'avenant de révision – textes légaux. Une fois le processus de révision engagé, il convient de s'interroger sur la validation d'une telle révision. Le quatrième alinéa de l'article L. 2261-7-1 précité précise que : « *la validité d'un avenant de révision s'apprécie conformément à la section 3 du chapitre II du titre III du présent livre II* »²²⁹⁴. Il s'agit des modalités de droit commun de conclusion de l'accord collectif. De nouveau, il convient d'articuler droit commun et accord institutionnel. Les accords signés avec les délégués syndicaux sur l'accord institutionnel doivent être conclus dans les conditions du 1^{er} alinéa de l'article L. 2232-12²²⁹⁵ : le recours au référendum « de validation »²²⁹⁶ n'est pas possible. Dans le droit commun, les modalités de conclusion et de révision ne prévoient pas une telle restriction : le référendum est admis²²⁹⁷. Enfin, dans la partie consacrée au CSE, le Code du travail ne régit pas les modalités de révision de l'accord institutionnel : la révision de cet accord est-elle intégralement régie par le droit commun ? Le recours au référendum peut-il être admis sur le fondement du droit commun ? Il convient encore une fois de transgresser la norme textuelle ; la volonté du législateur est-elle d'interdire le recours aux référendums de validation sur les sujets institutionnels mais d'autoriser un tel recours pour les avenants de révision ? Cela ne convainc pas, le sens du texte est d'opérer un parallélisme des modalités de conclusion d'un accord collectif et d'un avenant de révision²²⁹⁸. Il convient de reproduire ce mimétisme à l'accord institutionnel

²²⁹³ J.-F. CESARO, Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8-8-2016, JCP S 2016, 1301, spéc. n° 12 : « *un accord révisé par un élu ou un salarié mandaté pourrait-il l'être par un délégué syndical ? Une réponse positive s'impose. En effet, désormais, c'est la légitimité de celui qui prétend procéder à la révision de l'acte collectif qui constitue l'élément déterminant* ».

²²⁹⁴ C. trav., art. L. 2261-7-1, al. 4.

²²⁹⁵ Par exemple s'agissant de la mise en place : C. trav., art. L. 2313-2.

²²⁹⁶ V. COHEN-DONSIMONI, Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 422.

²²⁹⁷ J.-F. CESARO, Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8-8-2016, JCP S 2016, 1301, spéc. n° 10.

²²⁹⁸ V. en ce sens : J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 32.

conclu avec les délégués syndicaux. Une approche similaire doit être menée avec les accords conclus entre l'employeur et le CSE.

B. La révision par le comité social et économique

468. Régime juridique de révision inexistant. L'étude des modalités de révision par le CSE débute par une constatation : le législateur n'a pas déterminé le régime applicable à « l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ». Cet accord n'est déterminé que par ses modalités de conclusion. Il conviendra de construire le régime de révision : l'engagement de la procédure de révision et les modalités de conclusion de l'avenant. Le droit commun de l'accord collectif constitue la source essentielle d'inspiration, principalement en analysant les règles en vigueur pour la négociation dérogatoire de droit commun²²⁹⁹.

469. Révision admise. Une question liminaire, mais indispensable, se pose : en l'absence de texte le permettant, la révision par le CSE, dans le cadre des accords institutionnels, est-elle admise ? Un constat permet d'esquisser une réponse : la faculté de révision est aujourd'hui ouverte à l'ensemble des accords collectifs prévus par le Code du travail. Dénier le droit au CSE de réviser un accord lorsqu'il peut en conclure paraît inadapté et incohérent avec le régime applicable aujourd'hui²³⁰⁰.

470. Engagement du processus de révision – inspiration du droit commun. La difficulté principale pour le CSE concerne les personnes en mesure d'engager le processus de révision.

²²⁹⁹ C. trav., art. L. 2232-25.

²³⁰⁰ La doctrine apporte toutefois une nuance. Voilà que des délégués syndicaux sont désignés et concluent un accord collectif. Quelques mois après, durant le même cycle électoral, ils disparaissent (par démission par exemple). Les organisations syndicales représentatives afférentes ne désignent pas de nouveaux délégués syndicaux. La négociation dérogatoire de droit commun pourrait-elle revenir sur un tel accord durant le cycle électoral ? Non pour certains auteurs : « *compte tenu de l'exclusivité accordée aux organisations syndicales signataires pour réviser l'accord pendant cette période [celle du cycle électoral], il n'est pas possible, selon nous, d'y procéder avec des élus ou des salariés mandatés, en cas de disparition des interlocuteurs initiaux, dès lors que ceux-ci n'ont pas été remplacés par leur organisation* » (J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 32). La question se pose aussi du risque d'engagement perpétuel en ne permettant pas la permutabilité des modes de révision et de dénonciation, v. en ce sens : S. BEAL, M. MARGUERITE, Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2017, 1398, spéc. n° 10.

Pour les accords conclus avec les délégués syndicaux, le pouvoir est confié aux organisations syndicales représentatives signataires de l'accord ; une seule peut engager le processus, il n'y a pas d'exigence de majorité. Le simple fait d'être une organisation syndicale représentative et signataire (ou adhérente) à l'accord suffit²³⁰¹. Pour la négociation dérogatoire, les acteurs pouvant négocier les accords sont identiques à ceux pouvant les réviser²³⁰². Cela signifie qu'un salarié (membre ou non du CSE) mandaté ou un membre du CSE peut réviser l'accord ; l'avenant est ensuite soumis aux règles classiques de conclusion²³⁰³. Pour reprendre l'exemple le plus proche de « l'accord conclu entre l'employeur et le CSE », lorsque la négociation dérogatoire se déroule avec les membres du CSE : ces derniers peuvent demander à l'employeur de réviser un accord collectif.

471. Engagement du processus de révision – proposition. La situation, par sa similarité, devrait s'appliquer à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. L'employeur ne devrait pas, seul, bénéficier de la possibilité d'impulser la révision²³⁰⁴ ; les membres titulaires doivent pouvoir formuler auprès de l'employeur une proposition d'engagement d'une procédure de révision. En pratique, le sujet pourrait être soulevé lors d'une réunion du CSE, libre ensuite à l'employeur d'accepter ou non de poursuivre la négociation d'un avenant de révision. En cas de refus, et en fonction de la durée de l'accord (durée déterminée ou indéterminée), la partie salariale pourrait envisager de dénoncer l'accord selon les règles évoquées ci-après. C'est en ce sens que la pratique et la jurisprudence devraient s'orienter en l'absence de dispositions légales explicites sur ce sujet.

472. Conclusion de l'accord – modalité spécifique à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. Si les deux parties s'accordent sur l'idée du processus de révision, encore faudrait-il valider un tel accord. Les modalités de conclusion doivent s'inspirer du droit commun : un parallélisme des formes est toujours en vigueur entre les modalités de conclusion des

²³⁰¹ C. trav., art. L. 2261-7-1.

²³⁰² C. trav., art. L. 2232-21 et s.

²³⁰³ Pour un rappel des modalités de la négociation dérogatoire voir : G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Droit du travail, Dalloz, 32^{ème} éd. 2019, p. 1689 et s.

²³⁰⁴ Sur la question de l'exclusivité confiée à l'employeur, pour la négociation dérogatoire, de proposer le processus de révision : S. BEAL, C. TERRENOIRE, La négociation selon un mode dérogatoire après la loi Travail, JCP S 2016, 1338.

accords et celles des avenants de révision²³⁰⁵. Le CSE devra approuver, à la majorité des titulaires de l'instance, l'avenant de révision.

473. Particularisme de l'accord de mise en place. Sur le champ de la révision, une précision doit être apportée s'agissant de l'accord de mise en place. Pour la plupart des objets de négociation de l'instance, l'accord conclu entre l'employeur et le CSE peut être conclu « en l'absence de délégués syndicaux », ce qui lui permet à la suite de la disparition de ces derniers de conclure un avenant de révision ou de dénoncer l'accord. S'agissant de la mise en place, la formulation du Code du travail est différente : l'absence de délégué syndical est requise tout comme l'absence d'accord conclu avec les délégués syndicaux²³⁰⁶. Le champ de la négociation du comité social et économique est réduit. Les auteurs ont été surpris face à de telles conditions. Selon eux, par définition, l'absence de délégués syndicaux conduit à l'absence d'accord conclu avec eux-mêmes²³⁰⁷. Pour autant, le texte n'est pas illogique. Il peut exister un accord collectif régissant la mise en place de l'instance et conclu par les délégués syndicaux soit à durée indéterminée, soit pour une durée déterminée dépassant la durée du cycle électoral. Dans ce cadre, et si au prochain cycle les délégués syndicaux disparaissent, le CSE ne pourrait conclure un accord de mise en place tant que l'accord conclu avec les anciens délégués syndicaux demeure en vigueur. La révision d'un accord conclu avec les délégués syndicaux par un accord conclu entre l'employeur et le CSE n'est pas possible dans cette hypothèse ; l'accord de mise en place garde une spécificité.

474. Conclusion. Les règles de révision propres aux accords institutionnels ne sont donc pas expressément prévues par le législateur. Elles devraient néanmoins très fortement s'inspirer du droit commun. La situation est similaire s'agissant des règles de dénonciation.

²³⁰⁵ J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 32 : « *l'avenant de révision conclu avec des délégués syndicaux doit, pour produire effet, satisfaire aux mêmes conditions de majorité que tout accord conclu selon les règles de droit commun. Lorsqu'il est conclu avec des élus ou des salariés mandatés, l'avenant de révision est soumis aux mêmes conditions de validité majoritaire que les autres accords signés avec les intéressés* ».

²³⁰⁶ C. trav., art. L. 2313-3. V. en ce sens : « *cette voie ne peut être empruntée qu'en « l'absence d'accord et en l'absence de délégué syndical* » » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358).

²³⁰⁷ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 192 : « *la loi est mal rédigée. [...] On ne voit pas bien en effet comment une négociation aurait pu se dérouler avec les organisations syndicales en l'absence de délégué syndical* ».

II. La dénonciation de l'accord institutionnel

475. Dénonciation - définition. Les acteurs qui « *entendent mettre fin à l'application du contrat* »²³⁰⁸ peuvent, sous conditions, dénoncer l'accord collectif. Ils peuvent, dans ce cadre, user de la procédure légale de dénonciation. Une limite existe toutefois : seuls les accords à durée indéterminée peuvent faire l'objet d'une dénonciation²³⁰⁹. Pour déterminer les modalités propres à l'accord institutionnel, deux analyses similaires à la révision sont requises. Il conviendra d'étudier la dénonciation par les délégués syndicaux (A.) puis la dénonciation par le CSE (B.).

A. La dénonciation par les délégués syndicaux

476. Dénonciation par les délégués syndicaux – textes légaux. Les délégués syndicaux disposent de la faculté de dénoncer les accords collectifs conclus à durée indéterminée. La dénonciation peut émaner de « *la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés* » ou « *lorsqu'une des organisations syndicales de salariés signataires de la convention ou de l'accord perd la qualité d'organisation représentative dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, [d']une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans son champ d'application ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés dans les conditions prévues au chapitre II du titre III* »²³¹⁰.

477. Difficulté d'analyse en cas de dénonciation d'un accord conclu entre l'employeur et le CSE. Si l'application des modalités de dénonciation ne présente pas de difficulté lors d'une dénonciation d'un accord conclu avec les délégués syndicaux, ces textes demeurent plus difficilement applicables lorsqu'il s'agit de dénoncer un accord conclu avec le CSE. Ils ne distinguent que la situation d'organisation syndicale représentative. Ces textes déniaient-ils la possibilité aux délégués syndicaux de dénoncer un précédent un accord conclu

²³⁰⁸ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations Collectives*, LexisNexis, 10^{ème} éd. 2016, p. 932.

²³⁰⁹ C. trav., art. L. 2261-9 : « *la convention et l'accord à durée indéterminée peuvent être dénoncés par les parties signataires* ».

²³¹⁰ C. trav., art. L. 2261-10.

avec le CSE ? Il y a lieu de rejeter cette idée²³¹¹. Les délégués syndicaux ne peuvent se voir retirer une de leurs compétences exclusives.

478. Application retenue - proposition. La faculté de dénonciation est conférée, par le législateur, aux nouvelles organisations syndicales représentatives dès lors qu'une des signataires perd sa représentativité. La disparition des acteurs initialement compétents conduit à cette subsidiarité dans le Code du travail : dans un premier temps toutes les organisations syndicales représentatives signataires peuvent dénoncer l'accord ; la perte du statut d'organisation syndicale représentative par l'une d'elles rend inapplicable le premier versant de la dénonciation. L'organe compétent n'est plus²³¹². D'où la possibilité offerte dans un second temps aux « nouvelles » organisations syndicales représentatives de dénoncer l'accord. Une analogie doit être effectuée s'agissant de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE : l'organe compétent (le CSE) a perdu sa compétence. Le second versant de dénonciation doit alors être activé en prenant en compte les acteurs compétents : les nouvelles organisations syndicales représentatives doivent avoir la faculté de dénoncer un accord conclu entre l'employeur et le CSE dans le respect des conditions de l'accord majoritaire.

479. Cohérence pratique. Cette solution s'avère logique en pratique. Elle se fonde sur la légitimité donnée aux parties en présence. Le CSE était l'organe légitime pour conclure et négocier des accords institutionnels en l'absence de délégués syndicaux ; ses membres, représentant les salariés, devaient conclure ledit accord à la majorité des titulaires. Leur légitimité était établie. Or, avec l'apparition des délégués syndicaux, la légitimité a été confiée à ces derniers, sous réserve d'atteindre la majorité prévue. Dans ce cas de figure, en l'absence d'accord majoritaire sur la dénonciation, le précédent accord devrait continuer à s'appliquer au sein de l'entreprise.

²³¹¹ La doctrine ne relève pas de difficulté pour les délégués syndicaux de dénoncer un accord collectif conclu sur le régime de la négociation dérogatoire de droit commun : « *en d'autres termes, un accord conclu sans délégué syndical peut être révisé ou dénoncé par celui ou ceux désignés postérieurement à la conclusion de l'accord* » (J.-B. COTTIN, Négocier sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 32). Il s'agit d'une application de l'alinéa 2 de l'article L. 2232-16 du Code du travail.

²³¹² B. GAURIAU, La rénovation de la démocratie sociale - Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, JCP S 2008, 1448, spéc. n° 40.

480. Désignation de délégués syndicaux et survie de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. Cependant, la question de sa survie peut se poser en cas d'apparition de délégués syndicaux. En effet, lorsque toutes les organisations syndicales signataires disparaissent, l'accord est mis en cause ; il s'agit ici du régime classique. Qu'en est-il lorsque des délégués syndicaux apparaissent durant l'existence d'un accord conclu entre l'employeur et le CSE ?²³¹³ D'un côté l'instance reste en place et ne disparaît pas, le signataire de l'accord est donc toujours présent. De l'autre, les membres signataires perdent tout pouvoir d'action sur leur accord, le risque d'être confronté à un engagement perpétuel existe²³¹⁴ ; sauf à démontrer, et il nous semble que cela soit la bonne décision, que la présence de délégués syndicaux, en mesure de réviser ou dénoncer l'accord ne rend pas le précédent accord perpétuel puisqu'il existe, toujours, des représentants des salariés pour agir sur celui-ci. Si la dénonciation de l'accord institutionnel conclu par les délégués syndicaux est grandement régie par le droit commun de l'accord collectif, les modalités de dénonciation par le CSE s'avèrent plus complexes.

B. La dénonciation par le comité social et économique

481. Absence de réglementation dans le Code du travail. Comme pour la révision, les règles de dénonciation par le CSE des accords institutionnels n'ont pas été prévues par le Code du travail. Il convient de nouveau de s'intéresser aux modalités issues de la négociation dérogatoire de droit commun²³¹⁵ pour étudier les possibilités d'analogie.

482. Difficultés juridiques d'application. Une première difficulté doit être mentionnée : le régime applicable à la dénonciation des accords collectifs par la négociation dérogatoire

²³¹³ À ce sujet certains auteurs s'interrogent : « la question qui se pose est de savoir si, l'apparition postérieure à la signature de l'accord par le CSE, d'un délégué syndical rend caduc l'accord signé par le CSE » (G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633).

²³¹⁴ S. BEAL, M. MARGUERITE, Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2017, 1398, spéc. n° 10.

²³¹⁵ La négociation dérogatoire permet depuis la loi de ratification des ordonnances Macron (L. n° 2018-217, 29 mars 2018) de dénoncer les accords collectifs, quels que soient leurs modes de conclusion préalable. V. en ce sens : C. MORIN, Les modes alternatifs de négociation, Dr. soc. 2019, p. 409.

est particulièrement imprécis²³¹⁶. Le texte prévoit les acteurs qui ont la possibilité de dénoncer un accord collectif ; ils sont identiques à ceux pouvant négocier, conclure et réviser les accords dérogatoires. Une difficulté se présente toutefois : si pour la conclusion et la révision le texte prévoit que ces acteurs doivent soumettre à référendum ou validation des membres du CSE les projets d'accords ou d'avenants de révision, rien n'est précisé s'agissant de la dénonciation²³¹⁷. Par exemple, dans les entreprises de plus de 50 salariés ne disposant pas de délégués syndicaux et souhaitant négocier avec le CSE, le Code du travail prévoit au 1^{er} alinéa de l'article L. 2232-25 que « *dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, en l'absence de membre de la délégation du personnel du comité social et économique mandaté [...], les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique [...] peuvent négocier, conclure, réviser ou dénoncer des accords collectifs de travail* »²³¹⁸. Aucune distinction n'est opérée entre la conclusion, la révision ou la dénonciation. Les acteurs sont parfaitement identifiés. Toutefois, le troisième alinéa du même article prévoit que : « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus en application du présent article est subordonnée à leur signature par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles* »²³¹⁹. La dénonciation a disparu, comment celle-ci est-elle validée ? À aucun moment ne sont précisées les modalités de dénonciation des accords. Un flou juridique existe ; que faut-il en déduire ? Plusieurs possibilités doivent être étudiées.

²³¹⁶ J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 33 : « *par ailleurs, la procédure de dénonciation par les élus (mandatés ou non) ou les salariés mandatés n'est pas détaillée par les dispositions légales* ». J.-B. COTTIN, Négociateur avec le CSE, mode d'emploi, Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 2 : « *aucune précision n'est apportée par le texte sur la procédure de dénonciation par les élus* ». V. également les recommandations de J.-D. Combrexelle en 2015 s'agissant des règles de révision et de dénonciation revendiquant « *une adaptation nécessaire dans le sens de la clarté et de la simplicité* » (J.-D. COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015, p. 61).

²³¹⁷ C. trav., art. L. 2232-23-1 et s. V. en ce sens : « *il reste que l'acte de dénonciation n'est pas mentionné lorsque sont décrites les conditions de validité de l'accord collectif ainsi que de l'avenant de révision* » (C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 631). V. également les interrogations de la doctrine : « *faut-il alors faire application à la dénonciation des modalités de conclusion ou de révision de l'accord ?* » J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 33.

²³¹⁸ C. trav., art. L. 2232-25, al. 1.

²³¹⁹ C. trav., art. L. 2232-25, al. 3.

483. Réponses admissibles. Première hypothèse, l'approche doit être littérale et il convient de considérer que la simple initiative d'un salarié mandaté ou d'un élu permet de dénoncer le texte ; cette approche peut paraître surprenante et instaurerait une réelle insécurité juridique²³²⁰. Les accords pourraient être dénoncés sans subir une procédure de « légitimation » (référendum ou vote majoritaire des élus) pourtant nécessaire à la validation d'un accord dérogatoire²³²¹. Par exemple, tout membre du CSE aurait la faculté de dénoncer un accord collectif en l'absence de délégué syndical.

Deuxième hypothèse, il est possible de considérer que la dénonciation peut être réalisée par une partie à l'accord : soit par les membres majoritaires du CSE, soit par l'organisation syndicale ayant signé l'accord à travers le mandat conféré au salarié. Une partie de la doctrine adhère à cette position²³²². La solution s'avère toutefois, de nouveau, surprenante s'agissant du salarié mandaté²³²³. Les organisations syndicales représentatives de branche – par définition non représentative au sein de l'entreprise – pourraient contrôler le statut conventionnel de l'entreprise avec un seul salarié. La légitimité de cette hypothèse n'est pas reconnue ; particulièrement en raison de l'absence de validation de la dénonciation par référendum.

²³²⁰ Sur le « *risque avéré d'instabilité conventionnelle* » V. C. MARIANO, Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 04, p. 44.

²³²¹ En ce sens : « *sont parties à l'accord la ou les organisations syndicales mandantes et les salariés composant la communauté de travail. La dénonciation émanant de l'ensemble des organisations syndicales signataires doit être soumise à référendum, les organisations ne pouvant détruire seules ce qui a été formé par le vote des salariés* » E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, La négociation dérogatoire, JCP S 2009, 1572, spé. n° 51. V. sur ce même raisonnement : M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective, Dr. soc. 2003, p. 371. V. également les développements de C. Mariano : « *or il faut bien admettre qu'il peut paraître incohérent de permettre, sans aucune garantie majoritaire, à toute organisation syndicale représentative dans la branche ou, à défaut, au niveau interprofessionnel de défaire ce qui a été fait avec le soutien référendaire des salariés* » (C. MARIANO, Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 04, p. 44).

²³²² Certaines revues prennent cette position : « *en l'absence d'autres précisions, on pourrait considérer que les accords conclus dans ces entreprises peuvent être dénoncés selon les dispositions de droit commun, c'est-à-dire par leurs signataires (élus ou salariés mandatés selon le cas)* » (FRS 5/18, 9 févr. 2018, Editions Francis Lefebvre, p. 23). Cette position est également tenue par d'autres auteurs : B. TEYSSIE, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112, spéc. n° 14. Il faudrait dans ce cas obtenir une dénonciation soit des titulaires du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés (il s'agit ici d'un parallélisme des formes), soit d'un salarié mandaté (sans passer par un référendum).

²³²³ C. MORIN, Les modes alternatifs de négociation, Dr. soc. 2019, p. 409. V. également : E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, La négociation dérogatoire, JCP S 2009, 1572, spé. n° 51.

Dernière hypothèse : le parallélisme est, contrairement à la lettre du texte, requis. Dans ce cas, un élu ou un salarié mandaté doit dénoncer l'accord ; cette dénonciation serait ensuite soumise à référendum ou validation par les élus représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du CSE lors des dernières élections professionnelles²³²⁴. Cette théorie se rapproche de la procédure applicable pour la dénonciation d'un accord collectif par les organisations syndicales représentatives²³²⁵. En effet, si l'une des organisations syndicales représentatives signataires perd sa représentativité, l'acte de dénonciation devra être approuvé par accord majoritaire. Il semble en effet « *logique* »²³²⁶ de disposer d'une majorité apte à valider la dénonciation²³²⁷. Le rapport du Professeur Cesaro, qui porte sur l'évolution du droit de la révision et de la dénonciation, va en ce sens en alertant sur les enjeux et les risques des dénonciations : « *la dénonciation a des conséquences particulièrement graves pour les entreprises et les salariés, et qu'il convient, autant que possible, de l'éviter. La dénonciation étant acte contraire à la vie conventionnelle, seules ont été retenues les propositions qui ne conduisent pas à faciliter, par rapport au droit existant, les possibilités de dénonciation* »²³²⁸. À la lecture de ces

²³²⁴ Cette position est défendue par une partie de la doctrine : « *en ce qui concerne les autres modes dérogatoires, il est mentionné que les règles applicables à la conclusion des accords s'appliquent aussi à leur dénonciation* » (M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, M. MARGUERITE, C. TERRENOIRE, R. LABAT, Publication de la loi ratifiant les ordonnances Travail, JCP S 2018, 101).

²³²⁵ C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 632 : « *l'argument avancé par les tenants de la symétrie – selon lequel « les organisations [syndicales] ne [peuvent] détruire seules ce qui a été formé par le vote des salariés » - présente davantage de poids maintenant que la norme de dissociabilité permet à des organisations syndicales non signataires d'un accord collectif de procéder à sa dénonciation* ».

²³²⁶ C. MORIN, Les modes alternatifs de négociation, Dr. soc. 2019, p. 409.

²³²⁷ C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 626 : « *il apparaîtrait incohérent de consacrer une modalité de dénonciation excessivement souple par rapport à la modalité de conclusion et de révision de l'accord collectif* ».

²³²⁸ J.-F. CESARO, Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail, rapport, 2016, p. 23.

éléments, cette dernière hypothèse nous semble la plus légitime malgré l'obscurité des textes²³²⁹.

484. Régime applicable à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. En l'absence de texte portant sur le régime de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE et devant les lacunes des textes portant sur la négociation dérogatoire de droit commun²³³⁰, il semble indispensable d'imaginer le régime applicable à la dénonciation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE avec cohérence et légitimité. Sur la base de l'inspiration de la négociation dérogatoire, et en l'absence de délégués syndicaux, le CSE devrait pouvoir dénoncer son propre accord (ou celui conclu par des délégués syndicaux) selon les mêmes modalités de conclusion ou de révision ; il s'agit de la modalité la plus légitime par rapport aux autres inspirations de droit commun²³³¹.

485. Conclusion. Ces développements sur la révision et la dénonciation des accords sont conditionnés à l'assimilation par les juges des accords conclus entre l'employeur et le CSE aux accords collectifs ; sans quoi, le CSE n'aurait aucun pouvoir sur les accords conclus

²³²⁹ La procédure de dénonciation via la négociation dérogatoire de droit commun est également soumise à deux autres interrogations qui ne concernent toutefois pas l'analyse de l'analogie avec l'accord conclu entre l'employeur et le CSE : la subsidiarité des modes de conclusion (dans les entreprises de plus de 50 salariés) s'applique-t-elle à la dénonciation et, si oui, comment la mettre en œuvre ? Le parallélisme des formes est-il poussé au maximum en exigeant que la forme initiale de conclusion soit celle de dénonciation (seul un salarié mandaté pourrait dénoncer un accord conclu avec un salarié mandaté ; les élus n'auraient pas cette faculté) ? V. en ce sens : J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 32 S. BEAL, M. MARGUERITE, Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2017, 1398 ; C. MARIANO, Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 04, p. 44 ; L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, L'articulation croisée des accords collectifs, JCP S 2016, 1150. Le risque d'une dénonciation immédiate des membres du CSE après une validation par référendum d'un accord conclu avec un salarié mandaté n'est, néanmoins, pas à exclure dans cette situation. Même si politiquement, un tel comportement des élus à l'encontre d'un texte approuvé par les salariés pourrait être mal perçu : C. MARIANO, Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 04, p. 44.

²³³⁰ Au demeurant les acteurs ne pourraient prévoir des normes conventionnelles de révision ou de dénonciation de ces accords, les règles en vigueur étant d'ordre public : C. MARIANO, Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 04, p. 44.

²³³¹ La position est partagée par V. Armillei : « l'accord concernant le comité conclu par un délégué syndical majoritaire doit pouvoir être dénoncé ou révisé par le comité social et économique issu du cycle électoral suivant en cas de carence syndicale, la révision ou la dénonciation intervenant selon les règles propres à chacun des interlocuteurs » V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 252, n° 429).

précédemment par les délégués syndicaux. Il faudrait attendre la mise en cause de ces accords par disparition de tous les syndicats signataires (et non la seule perte de représentativité)²³³². Le régime juridique global des accords, notamment concernant leurs rapports, les assimilations et les règles de modification et dénonciation devra être précisé a posteriori par la jurisprudence face au silence des textes en vigueur²³³³. Après l'équivalence de ces accords, vient la question de leur autonomie.

Section 2. L'autonomie des accords institutionnels

486. Droit propre des accords institutionnels ? La question de l'autonomie des accords institutionnels doit être discutée à travers l'étude de leur régime juridique²³³⁴. L'autonomie d'un régime juridique lui permet de se distinguer des règles de droit commun²³³⁵, ce qui manifeste l'émergence d'un droit spécial « *propre à une espèce d'acte ou de fait, par opposition à ce qui est commun à toutes les espèces du genre* »²³³⁶. L'accord institutionnel dispose-t-il d'un régime spécifique, sur certains aspects, qui lui serait « propre », signant sa

²³³² Cass. soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210 ; D. 1995. Somm. 369, obs. DOCKES ; Dr. soc. 1995. 370, concl. KESSOUS ; JCP 1995. II. 22419, rapp. FROUIN ; JCP E 1995. II. 722, note POCHET ; RJS 1995. 273, n° 402. V. également pour une analyse juridique sur la possible caducité des accords signés par des syndicats devenus non représentatifs : C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 642.

²³³³ Les questions sont nombreuses, un éclaircissement rapide serait bienvenu : « *autant de questions auxquelles l'avenir proche devrait répondre...* » (J.-B. COTTIN, Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 34) ; Le législateur pourrait aussi permettre une évolution, quitte à attribuer au CSE un rôle « unifié » dans la négociation collective : « *sans se prétendre prophète, deux voies de désyndicalisation de la négociation collective, non exclusives l'une de l'autre, pourraient s'ouvrir dans la période à venir. La première consisterait en une poursuite de l'éviction des délégués syndicaux par le biais d'organes substitutifs : pour les grandes entreprises, via le Conseil d'entreprise ; pour les petites entreprises, via le CSE qui deviendra sans doute, pour les thèmes autres que son propre fonctionnement pour lequel il peut déjà l'être, l'interlocuteur privilégié, voire unique, de l'employeur dans la négociation collective* » (J. ICARD, Négociation collective et petite entreprise, Cah. soc. juill. 2018, p. 363).

²³³⁴ Certains auteurs s'interrogent sur cette autonomie. V. par exemple sur l'acte de découpage : « *autonomie de l'acte juridique de découpage ?* » (J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 26).

²³³⁵ « *Commun (droit)* » in G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 13^{ème} éd. 2019, p. 203 : « *qui s'applique en principe (sauf exception) à toutes les personnes et à toutes les affaires* ».

²³³⁶ « *Spécial (droit)* » in G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 13^{ème} éd. 2019, p. 977.

différence du régime de droit commun des accords collectifs²³³⁷ ? Le droit spécial se fonde sur l'adage latin « *Specialia generalibus derogant* »²³³⁸ : « *lorsqu'elles portent sur un même objet, la règle spéciale - de droit du travail - permet d'écarter la règle générale - de droit civil* »²³³⁹. Ce conflit existe également entre une règle spéciale de droit du travail et une règle de droit commun du travail²³⁴⁰. Le législateur est généralement compétent pour organiser ces dérogations²³⁴¹. En l'espèce, le législateur n'a pas expressément conféré à l'accord institutionnel un régime juridique spécifique²³⁴². Ces accords semblent essentiellement reposer sur le droit commun de l'accord collectif. Dans le silence des textes, la jurisprudence pourra être amenée à préciser certains éléments litigieux, quitte à déroger au droit commun de l'accord collectif²³⁴³ ; la cohérence doit présider à la construction de la jurisprudence²³⁴⁴.

²³³⁷ J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy déc. 2017, n° 1796, p. 5 : « *il n'est dès lors pas franchement certain que le droit commun des accords collectifs puisse nécessairement être totalement transposé à l'accord d'entreprise définissant le nombre et le périmètre des établissements distincts* ».

²³³⁸ « *Les lois spéciales dérogent aux lois générales* ».

²³³⁹ S. TOURNAUX, L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, Dr. soc. 2019, p. 552 ; v. aussi : B. HATOUX, Les entreprises publiques et l'assurance insolvabilité : le débat n'est pas clos, Dr. soc. 2001, p. 149, spéc. n°5.

²³⁴⁰ V. par exemple sur le déroulement des procédures d'information-consultation : G. LOISEAU, La procédure de consultation des représentants du personnel, Cah. soc. févr. 2014, n° 260, p. 136.

²³⁴¹ G. LOISEAU, La procédure de consultation des représentants du personnel, Cah. soc. févr. 2014, n° 260, p. 136 : « *specialia generalibus derogant : la loi peut organiser autrement le déroulement de la procédure en l'enfermant dans des délais autrement quantifiés* ».

²³⁴² D'où les « questionnements » sur le régime des accords institutionnels, V. en ce sens : F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²³⁴³ Par exemple s'agissant de l'accord de mise en place, cette auteure s'interroge sur un « mélange » possible entre droit commun et droit spécial : « *on constate donc un mélange entre l'accord de droit commun (qui peut être révisé) et le protocole d'accord préélectoral valable pour toute la durée du mandat s'il n'a pas été contesté dans les 15 jours suivant l'élection* » (M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2).

²³⁴⁴ La raison doit en effet, parfois, guider le juriste dans le cadre de son raisonnement juridique. Le Professeur Atias, définit les actions à mener dans ce cadre : « *les raisons invoquées, élaborées, affinées et travaillées par les juristes, sont extrêmement diverses. Elles sont plus ou moins précises, plus ou moins concrètes ; elles relèvent aussi de genres différents. La cohérence d'ensemble du droit, la morale, l'économie, peuvent les inspirer* ». Ici, dans le cadre de l'accord institutionnel, une attention spécifique va être portée à la cohérence du droit, puisque l'application de règles de droit commun pourra conduire à rendre difficile l'application d'autres concepts, plus généraux, du droit social. L'auteur poursuit ainsi : « *[le juriste découvre les justifications juridiques] par l'interprétation des dispositions, mais en usant aussi de la logique et du bon sens* ». Ces deux derniers éléments, la logique et le bon sens, sont en réalité très importants en l'absence de dispositions explicites sur un sujet. En effet, le législateur ne régit pas l'ensemble du droit et, parfois, il n'est donc pas possible d'interpréter des dispositions, mais seulement d'user de la logique et du bon sens. C'est dans ce cas de figure que se retrouve quelques fois le juriste. C'est dans cette condition que se trouve aujourd'hui celui-ci pour appréhender certaines règles liées au CSE (C. ATIAS, Devenir juriste, le sens du droit, LexisNexis, 2011, p. 153-154).

487. Assimilation – partielle ? – au droit commun. Le droit spécial n'est pas exclusif du droit commun : l'un et l'autre se complètent²³⁴⁵. L'étude de l'équivalence des accords institutionnels²³⁴⁶ a permis de constater que certaines parties du régime juridique de l'accord institutionnel permettaient de l'assimiler à l'accord collectif, notamment s'agissant de la révision et de la dénonciation. Cette assimilation au droit commun de l'accord collectif n'est pas absolue.

488. Questions sans réponses : recours à un droit spécial ? Le régime juridique de l'accord institutionnel reste soumis à des interrogations. Les « *questions qui n'avaient pas encore été identifiées* »²³⁴⁷ se manifestent en pratique ; elles concernent principalement les articulations de l'accord institutionnel avec le cycle électoral²³⁴⁸ (§1.) ainsi que les conséquences d'un transfert d'entreprise²³⁴⁹ (§2.). Plusieurs analyses devront s'effectuer : l'application du droit commun est-elle possible ? Acceptable ? L'application d'un droit commun plus souple, ou novateur, est-elle requise ? Le recours à un droit spécial, dérogeant au droit commun de l'accord collectif, est-il préférable pour certaines hypothèses ?

²³⁴⁵ N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, Th. dactyl., Paris, 2011, p. 3 : « *la relation qu'ils entretiennent est généralement décrite en termes d'opposition. Or, la relativité appelle bien plutôt la collaboration que l'opposition* » ; M. CHAGNY, *Questions de méthodologie Droit commun et droits spéciaux*, *Revue Lamy Droit des Affaires* juill. 2016, n° 117 : « *l'adoption d'une règle spéciale n'est pas ipso facto synonyme de relégation du droit commun. Cela vaut évidemment lorsque le droit spécial emprunte des notions au droit commun, mais celui-ci peut également être appelé à compléter des dispositions incomplètes ou imprécises* ».

²³⁴⁶ V. *supra* n° 429 et s.

²³⁴⁷ Place aux « *questions qui n'avaient pas encore été identifiées* » (G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, *Le CSE à droit continu*, *JCP S* 2020, 1069).

²³⁴⁸ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, *L'implantation du comité social et économique*, *JCP S* 2018, 1224, spéc. n° 26 ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, *La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme*, *RDT* 2018, p. 358.

²³⁴⁹ J. ICARD, *L'incidence d'un transfert d'entreprise sur le comité social et économique*, *Bull. Joly Travail* sept. 2018, n°1, p. 75.

§1. L'articulation entre l'accord institutionnel et le cycle électoral

489. Définition. La notion de cycle électoral est marquée en droit social²³⁵⁰. Si elle est pour certains auteurs une « *dictature* »²³⁵¹, elle est utilisée par les juges pour adapter les règles relatives notamment à la représentativité syndicale²³⁵². Le cycle électoral est une période, au sein d'une entreprise à établissement unique, qui débute au soir des élections professionnelles et prend fin de deux à quatre ans plus tard en fonction de la durée des mandats²³⁵³. Si l'entreprise est composée de plusieurs établissements et que les élections sont échelonnées dans le temps, un cycle électoral comptabilisera « *les suffrages des dernières élections de chaque établissement* » en démarrant par l'établissement qui « *organise les élections en premier* »²³⁵⁴. Une logique similaire détermine le cycle électoral au sein des groupes : les résultats des différentes entreprises doivent être appréciés sur la base d'un cycle électoral complet, c'est-à-dire d'un cycle électoral où l'ensemble des entreprises ont réalisé leurs élections²³⁵⁵. Pour toutes ces hypothèses, des élections partielles organisées à l'intérieur de ce cycle ne portent pas atteinte à la durée de celui-ci²³⁵⁶.

²³⁵⁰ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections professionnelles : les enjeux du protocole d'accord préélectoral demeurent forts !, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 19 : « *les cycles électoraux des entreprises constituent une étape clé dans la construction de leur dialogue social* ». Certains auteurs parlent de la « *suprématie du cycle électoral* » : C. RADE, La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) : le mieux, ennemi du bien ?, La lettre juridique mars 2014, n° 56.

²³⁵¹ E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, La dictature du cycle électoral, JCP S 2014, 1121.

²³⁵² V. en ce sens : R. WEISSMANN, Les conséquences d'une modification du corps électoral sur la représentativité, Semaine Sociale Lamy févr. 2014, n° 1619, p. 9.

²³⁵³ C. trav., art. L. 2314-33 et L. 2314-34.

²³⁵⁴ Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, relative à la loi du 20 août 2008 (fiche n° 1). V. également : S. BEAL, C. TERRENOIRE, Cycle électoral et représentativité syndicale au niveau d'une entreprise à établissements multiples, JCP E 2014, 1184 : « *cela signifie que l'audience syndicale doit être calculée à l'issue d'un cycle électoral, c'est-à-dire à l'issue de la série d'élections ayant permis le renouvellement des instances représentatives du personnel au sein de chacun des établissements composant l'entreprise. Elle n'a pas à être recalculée à l'occasion de chacune de ces élections* ».

²³⁵⁵ Circ. DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, fiche n° 1, § 1.3.

²³⁵⁶ Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 12-18.098 P+B+R+I : RJS 4/2013, n° 295 ; RDT 2013. 418, obs. ODOUL-ASOREY ; Dr. soc. 2013. 374, obs. PETIT ; H. GUYOT, Élections partielles et représentativité, JCP S 2012, 4, 102.

490. Confrontation avec l'accord institutionnel. Le cycle électoral va figer, pour un cycle donné, divers éléments structurels de l'instance²³⁵⁷ ; or ce cycle va ressurgir au cœur de l'accord institutionnel²³⁵⁸. La question de la possibilité de faire évoluer la structure de la représentation du personnel en cours de cycle sera évoquée. Ce cycle électoral constitue un particularisme important tant du droit électoral que de la représentation du personnel²³⁵⁹. La sanctuarisation du cycle électoral trouve notamment sa source dans les règles de représentativité²³⁶⁰. Une telle mise en avant conduit à s'interroger sur les impacts potentiels de cette règle sur les accords institutionnels²³⁶¹. L'augmentation du champ de la négociation portant sur la représentation du personnel qui se traduit notamment par des typologies d'accords plus ou moins définies (mise en place, fonctionnement et attributions), ouvre la voie à des interférences importantes avec le cycle électoral²³⁶². Quel est l'impact du cycle électoral sur ces nouvelles formes d'accords ? Plusieurs conséquences doivent être étudiées, tant sur la mise en place de ces accords, que sur leur vie et leur fin. Pour cela, il conviendra d'étudier l'articulation entre négociation pré-électorale et cycle électoral (I.) avant d'évoquer l'évolution de l'accord institutionnel en cours de cycle (II.).

²³⁵⁷ Obs. ss Cass. soc., 13 févr. 2013 : Bull. mens. dr. trav., févr. 2013, E ; www.courdecassation.fr : « *la nécessité d'assurer sécurité et stabilité [...] au fonctionnement de la représentation en entreprise et de la négociation collective* » in E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, La dictature du cycle électoral, JCP S 2014, 1121. V. également la « lettre de la chambre sociale » (n° 5, mai-juin-juill. 2020, p. 17) où le « *découpage de l'entreprise en établissements distincts* » est « *appelé à régir les relations collectives de travail durant tout le cycle électoral* » (https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/lettre_soc_05-06-07_2020.pdf).

²³⁵⁸ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *si le législateur a établi une présomption temporaire d'immutabilité de la collectivité de travail, voire de ses périmètres, avec le cycle électoral, cette fiction juridique, commode en droit comme en fait, doit parfois plier face à la réalité organisationnelle de l'entreprise* ».

²³⁵⁹ La Cour de cassation « *exprime avec force* » la « *théorie du cycle électoral* » : J. ICARD, Logique et surprises du cycle électoral, Dr. soc. 2014, p. 648.

²³⁶⁰ L. BACHELOT, De la mesure de la représentativité syndicale par cycle électoral, Gaz. Palais mars 2013, n° 082, p. 18.

²³⁶¹ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 25 et 26.

²³⁶² D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Elections professionnelles : les enjeux du protocole d'accord préélectoral demeurent forts !, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 19 : « *deux objectifs sont recherchés : la stabilité durant le cycle électoral et la loyauté dans le déroulement des élections préparées. Deux arrêts récents viennent d'illustrer cette rigueur. La mise en place de l'instance unique (le comité économique et sociale) devrait consolider cette approche* ».

I. L'articulation entre négociation pré-électorale et cycle électoral

491. Questionnements. Le cycle électoral impacte la négociation sur deux points. En amont : les élections et leur périmètre ont vocation à figer la mise en place de la représentation du personnel. Les questions liées à l'obligation de négocier et de renégocier devront être évoquées (A.). Le second enjeu repose sur les conséquences du cycle électoral sur la négociation ; l'échelonnement des mandats dans le temps entre plusieurs établissements conduit à des situations spécifiques qu'il conviendra d'étudier (B.).

A. Une négociation rythmée par le cycle électoral

492. Rythme. Le cycle électoral dicte le rythme des négociations. Il commande la négociation préalable d'un accord de mise en place²³⁶³. Une négociation doit-elle néanmoins être obligatoirement lancée ? Qu'en est-il également des règles de renégociation à l'issue du cycle ? Il s'agira d'évoquer la récurrence de l'obligation de négocier (1.) avant d'étudier la volonté de renégocier des nouveaux élus (2.).

1. La récurrence de l'obligation de négocier

493. Limitations. Cette obligation de négocier est limitée à l'accord de mise en place (a.) ; sa récurrence appelle quelques questions (b.).

a. Une obligation de négocier limitée

494. Acte juridique obligatoire. La négociation est-elle obligatoire pour certains thèmes ? Une telle obligation permet d'augmenter le nombre d'accords conclus sur ces

²³⁶³ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : « la détermination des établissements distincts étant une question prioritaire, elle doit être résolue avant de discuter de toute autre modalité d'organisation des élections ». En l'absence d'accord, la question de la mise en place doit être négociée « à l'issue de chaque cycle » (M.-C. TUAL, Les dernières précisions apportées à la mise en place et au fonctionnement du CSE, Cah. Lamy du CSE févr. 2020, n° 200, p. 6).

questions, mais aussi d'intéresser les négociateurs – ou au moins certains – à ces questions²³⁶⁴. Dans cette optique, il convient d'évoquer une première particularité de la mise en place de l'instance : elle est conditionnée par l'élaboration d'un acte juridique²³⁶⁵. Ce dernier peut être un accord conclu avec les délégués syndicaux, un accord conclu avec le CSE ou une décision unilatérale selon les circonstances légales²³⁶⁶. La mise en place n'est pas possible sans décision actée juridiquement ; un accord ou une décision unilatérale doit, obligatoirement, préexister²³⁶⁷. Ce thème diffère, par exemple, des thèmes plus classiques sur le fonctionnement ou les attributions du CSE puisque dans ces situations, l'absence ou l'échec des négociations conduit à appliquer les dispositions supplétives et l'ordre public, sans qu'aucun acte ne vienne formaliser les règles applicables, ni interpréter les dispositions²³⁶⁸.

495. Enjeu de la mise en place : la détermination des établissements distincts.

L'accord de mise en place permet de déterminer les différents établissements distincts²³⁶⁹. Cette notion d'établissement renvoie à une définition légale²³⁷⁰ qui reste sujette à interprétation²³⁷¹. Dans une telle hypothèse, l'absence ou l'échec des négociations ne conduit pas à appliquer un régime juridique explicite, il oblige l'employeur à prendre position sur la

²³⁶⁴ C. NICOD, L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail, Th. dactyl., Lyon 2, 1999, p. 11 et s. ; V. *contra* s'agissant des accords QVT : G. LOISEAU, La négociation des accords QVT, Bull. Joly Travail janv. 2019, n° 1, p. 46 : « *penserait-on que la négociation obligatoire favorise tout de même la conclusion d'accords sur ces sujets, ce n'est pas l'impression que l'on retire de la pratique* ».

²³⁶⁵ F. DUQUESNE, J. HEINTZ, La délimitation du périmètre des établissements distincts au sens du Comité social et économique à l'aune de l'obligation de loyauté, JCP G 2019, 576 : « *la question de la délimitation des périmètres des établissements entre indiscutablement dans le champ des thèmes de négociation d'entreprise où l'attente d'un contenu prime l'objectif de l'accord* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 95.

²³⁶⁶ C. trav., art. L. 2313-2 et s.

²³⁶⁷ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 25 : « *le découpage procède d'un acte juridique qui peut prendre différentes formes : un accord avec les syndicats, un accord avec le comité social et économique et une décision unilatérale* ».

²³⁶⁸ S. BEAL, M. MARGUERITE, Le comité social et économique : attributions, JCP E 2017, 1587, spéc. 8 et 10.

²³⁶⁹ C. GUILLON, A. MANGHOLZ, J. de TONQUEDEC, Mise en place du Comité social et économique, Cah. DRH févr. 2018, n° 250-251, p. 70.

²³⁷⁰ En l'absence d'accord, la décision unilatérale de l'employeur doit fixer le périmètre des établissements distincts : « *compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* » (C. trav., art. L. 2313-4).

²³⁷¹ F. SIGNORETTO, Établissements distincts et mise en place d'un CSE : le débat est relancé, RDT 2020, p. 133 : « *ce débat divise la doctrine* ».

définition²³⁷². Pour limiter les risques liés à l'interprétation²³⁷³, le législateur a souhaité conférer aux partenaires sociaux le soin de déterminer librement, sans définition préalable impérative, la notion d'établissement distinct²³⁷⁴. Il a également confié à l'accord de mise en place le soin d'organiser la détermination des commissions santé, sécurité et conditions de travail, ainsi que des représentants de proximité²³⁷⁵.

496. Négociation obligatoire, éléments textuels. L'accord de mise en place est-il soumis à une obligation préalable de négociation ?²³⁷⁶ L'employeur peut-il passer directement par la voie de la décision unilatérale ?²³⁷⁷ La réponse n'était pas explicite²³⁷⁸. Le Code du travail

²³⁷² D'où le rôle rappelé par la Cour de Cassation d'interpréter la législation du CSE : « *le présent pourvoi lui donne l'occasion de poursuivre ce travail d'interprétation des nouveaux textes* » (Note explicative relative à l'arrêt Cass. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948).

²³⁷³ Le syndicat Force Ouvrière mentionne cette difficulté : « *si l'employeur fixe seul le nombre et le périmètre des établissements, la seule référence qui est faite est celle de « l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel » (art. L 2313-4 du Code du travail), ce qui n'est guère précis et sujet à appréciation subjective...* » (Guide FO, Mise en place et fonctionnement du comité social et économique, 2019, https://www.force-ouvriere.fr/IMG/pdf/guide_cse_27_nov_2019.pdf).

²³⁷⁴ V. *supra* n° 343 ; V. également : S. MICHEL, La mise en place imposée du comité social et économique - L'obligation d'instituer un CSE, *Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019*, n° 782 : « *cela étant, ce début de définition légale de l'établissement distinct n'est donné que lorsque l'employeur prend une décision unilatérale sur ce sujet. En d'autres termes, les négociateurs de l'accord collectif peuvent suivre d'autres critères* » ; V. également J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, *JCP S 2018*, 1224, spéc. n° 27 : « *le Code du travail ne prévoit pas de critère particulier lorsque l'identification des établissements est réalisée par voie d'accord. Le guide ministériel affirme qu'en ce cas les critères « peuvent être librement déterminés par les partenaires sociaux* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 90 : « *dès lors que c'est l'accord collectif qui décide, tout est possible* ». V. *contra* : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, *RDT 2018*, p. 35 : « *des arguments contraires tendent à considérer d'ordre public la notion d'établissement distinct* » ; F. DUSQUENE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, *JCP S 2020*, 1033, spéc. n° 5 ; B. GAURIAU, M. MINE, *Droit du travail*, SIREY, 4^{ème} éd. 2021, p. 633.

²³⁷⁵ C. trav., L. 2315-41 et L. 2313-7 ; D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, *Cah. Lamy du CE avr. 2018*, n° 180, p. 8 : « *trois thèmes de négociation relèvent de la mise en place du CSE* ».

²³⁷⁶ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, *Semaine Sociale Lamy janv. 2018*, n° 1798, p. 8 : « *l'emploi du terme « d'absence d'accord » plutôt que « à défaut d'accord » pose la question du caractère obligatoirement préalable de la négociation* ».

²³⁷⁷ S. MICHEL, La mise en place imposée du comité social et économique - L'obligation d'instituer un CSE, *Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019*, n° 782 : « *or, avec l'expression « en l'absence d'accord », il n'est pas certain que la négociation de l'accord collectif majoritaire ou de l'accord avec le CSE soit un préalable obligatoire à la décision patronale* ».

²³⁷⁸ V. en ce sens : J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, *JCP S 2018*, 1224 ; J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2^e partie), *Semaine sociale Lamy déc. 2017*, n° 1796, p. 5.

prévoit en effet que le recours à la décision unilatérale de l'employeur est possible « en l'absence d'accord »²³⁷⁹. Une telle formulation laissait à penser que la seule condition était l'absence d'accord, et non l'échec des négociations. Pour certains auteurs, le législateur aurait dû employer la notion d' « à défaut d'accord », plus explicite selon eux²³⁸⁰.

497. Négociation obligatoire : éléments doctrinaux et administratifs. La grande majorité de la doctrine a néanmoins estimé que l'employeur était dans l'obligation de négocier avant de prendre toute décision unilatérale²³⁸¹. Une première réponse, favorable à l'obligation de négocier, a été apportée par le gouvernement dans un « Questions / Réponses » : « *lorsqu'un délégué syndical est présent dans l'entreprise, l'employeur est tenu de négocier avec lui l'accord qui déterminera le nombre et le périmètre des établissements distincts* »²³⁸². Cette position était cohérente, tant l'esprit du législateur était de développer la négociation collective et de permettre à chaque partie d'exposer son point de vue. L'objectif était d'obtenir, par la négociation, la conclusion d'accords adaptés à l'entreprise²³⁸³. Par ailleurs, si en l'absence d'accord l'employeur doit déterminer le

²³⁷⁹ C. trav., art. L. 2313-4.

²³⁸⁰ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8. Le Larousse définit le terme « défaut » comme l' « absence, manque ou insuffisance de ce qui serait nécessaire ». Il est difficile d'y voir une distinction réelle entre défaut et absence : ils se trouvent au rang de synonyme. La formulation la plus adéquate aurait été la suivante « *en cas d'échec des négociations mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3...* » (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9faut/22599>). Le professeur Loiseau constate cette similitude entre les deux dénominations : « *en règle générale, les termes de la loi ne permettent pas de déterminer si le préalable de négociation s'induit d'un « défaut » d'accord ou d'une « absence » d'accord, selon que le législateur emploie l'une ou l'autre expression. À l'analyse, les deux formules sont utilisées dans les textes sans que la loi y attache un sens particulier quant à la nécessité d'ouvrir une négociation* » (G. LOISEAU, Le préalable de négociation, JSL 2020, n° 500, p. 8).

²³⁸¹ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 ; K. PAGANI, Y. PAGNERRE, Le Vade-mecum des ordonnances « Macron », Gualino, 2018, p. 76 ; S. MICHEL, La mise en place imposée du comité social et économique - L'obligation d'instituer un CSE, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 94.

²³⁸² 117 questions-réponses sur le CSE, Min. trav., 2020, question-réponse n° 28, p. 19, https://normandie.directe.gouv.fr/sites/normandie.directe.gouv.fr/IMG/pdf/dgt_117_questions-reponses_sur_cse_01_2020.pdf ; L. PEUGNY, Mise en place et fonctionnement du CSE : après le « Questions/ Réponses » encore beaucoup de questions, Cah. Lamy du CSE oct. 2018, n° 185, p. 29.

²³⁸³ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « *les partenaires sociaux ont désormais à leur disposition tous les outils pour définir les modalités de mise en place du CSE afin qu'il corresponde au plus près aux contingences de l'entreprise* ».

périmètre des établissements distincts²³⁸⁴ et le nombre et le périmètre des CSSCT (généralement en ne faisant qu'appliquer les dispositions légales) au sein de la décision unilatérale²³⁸⁵, celle-ci n'a pas vocation à régir les modalités de mise en place et de fonctionnement des CSSCT²³⁸⁶, ni des représentants de proximité²³⁸⁷. Or, ces deux thèmes sont directement négociables au sein de l'accord de mise en place²³⁸⁸. Ainsi, il était pertinent de penser que le législateur souhaitait offrir la possibilité aux partenaires sociaux d'évoquer l'ensemble de ces thèmes par le biais d'une négociation obligatoire²³⁸⁹. En choisissant la décision unilatérale, l'employeur prive la partie salariale de la possibilité d'obtenir un accord de mise en place et donc de participer à la définition des modalités de mise en place et de fonctionnement des CSSCT (qui relèveront du règlement intérieur du CSE) et des représentants de proximité (qui ne pourront donc être mis en place)²³⁹⁰. Certains auteurs ont également mobilisé l'argument constitutionnel pour justifier de la priorité à la négociation²³⁹¹. Au-delà, c'est l'esprit de ces textes, la volonté du législateur et l'orientation

²³⁸⁴ C. trav., art. L. 2313-4.

²³⁸⁵ C. trav., art. L. 2315-44 al. 2.

²³⁸⁶ C. trav., art. L. 2315-44 al. 1.

²³⁸⁷ C. trav., art. L. 2313-7.

²³⁸⁸ S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

²³⁸⁹ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « ces trois thématiques doivent être abordées à l'occasion de la mise en place du CSE ».

²³⁹⁰ Certains auteurs invoquaient l'argument de l'établissement manifestement unique pour rejeter toute obligation de négociation (V. en ce sens : D. CHENU, Détermination des établissements distincts du CSE : la Cour de cassation fait primer la négociation, JCP E 2019, 1347). Une telle position limitait, à tort, le rôle de l'accord de mise en place à la détermination des établissements distincts, en oubliant les autres composantes. C'est également rejeter l'idée qu'au sein d'un lieu unique, les partenaires sociaux peuvent s'accorder sur la mise en place d'établissements distincts. V. en ce sens : J. CREDOZ-ROSIER, Établissements distincts (ou pas) pour le CSE : la négociation s'impose !, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11.

²³⁹¹ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 533 : « l'enjeu porte alors sur l'obligation de négocier : l'employeur pourrait-il utiliser sa prérogative unilatérale sans avoir préalablement tenté de trouver un accord avec les représentants des intérêts du personnel sur la division de l'entreprise ? Le lien que l'on peut faire entre la fixation des établissements et le droit des salariés à la participation constitutionnellement protégé par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 invite certainement à comprendre la succession d'articles comme imposant une subsidiarité et non comme une équivalence ».

récente donnée au droit du travail²³⁹² qui ont pu conduire à privilégier l'obligation de négocier au préalable²³⁹³.

498. Négociation obligatoire : éléments jurisprudentiels. La Cour de cassation a rapidement tranché le débat par un arrêt du 17 avril 2019. Une société a mis en place son CSE en déterminant les établissements distincts par décision unilatérale malgré la demande des organisations syndicales d'ouvrir une négociation sur la mise en place. Le Code du travail contraint-il l'employeur à engager une négociation préalable à la décision unilatérale ? La Cour de cassation répond par l'affirmative : « *il résulte de ces dispositions que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts* »²³⁹⁴. Il existe donc bel et bien une obligation préalable de négocier avant de prendre toute décision unilatérale sur le sujet de la mise en place²³⁹⁵. Le choix est « *subalterne* » et non « *alternatif* »²³⁹⁶.

499. Note explicative de la Cour de Cassation. Après avoir rappelé l'existence d'une « *controverse doctrinale* », la Cour de cassation explicite les arguments qui ont motivé sa décision dans une note explicative. C'est « *au regard de la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination du processus électoral et de l'importance particulière, à cet égard, de la détermination du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel* »²³⁹⁷ que la position a été arrêtée. Deux

²³⁹² G. LOISEAU, Le préalable de négociation, JSL 2020, n° 500, p. 8 : « *le pouvoir normatif de l'employeur, longtemps confiné à l'établissement du règlement intérieur, s'est densifié et diversifié à l'époque contemporaine. Son développement suit, dans une moindre proportion, celui de la norme négociée dont le législateur n'a cessé de stimuler l'adoption* ».

²³⁹³ D'autant que cet accord de mise en place constitue « *un socle pérenne, ayant une visée [...] institutionnelle et statutaire* » (J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385.).

²³⁹⁴ Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : JCP S 2019, 1172, note Y. KERBOURC'H ; Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11, note J. CREDOZ-ROSIER ; JCP E 2019, 1347, note D. CHENU ; Dr. soc. 2019, p. 574, note M. GADRAT ; Bull. Joly Travail juin 2019, p. 24, note F. BERGERON-CANUT ; Dr. ouvr. 2019, p. 302, note L. MILET ; JCP G 2019, 576 note F. DUQUESNE, J. HEINTZ ; RJS 2019, p. 463.

²³⁹⁵ F. BERGERON-CANUT, Définition du nombre et du périmètre des établissements distincts pour la mise en place du CSE : priorité à l'accord (collectif), Bull. Joly Travail juin 2019, n°06, p. 24.

²³⁹⁶ G. LOISEAU, Le préalable de négociation, JSL 2020, n° 500, p. 8.

²³⁹⁷ Note explicative relative à l'arrêt Cass. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948.

arguments sont mis en avant par les juges : la philosophie législative actuelle et l'importance du sujet traité. Le rôle de l'interprétation jurisprudentielle est démontré²³⁹⁸. Ce sont des éléments qui ne sont pas écrits dans la loi qui ont été pris en compte pour trancher le litige.²³⁹⁹ Il convient également de constater que les juges insistent sur l'exigence de négociations sincères et loyales : l'employeur doit laisser l'opportunité aux partenaires sociaux de négocier sur le périmètre du CSE ; ce formalisme est « *une condition de validité de la norme patronale adoptée par défaut* »²⁴⁰⁰.

500. Au-delà de la mise en place ? Cette obligation de négocier s'avère limitée à l'accord de mise en place²⁴⁰¹. Rien ne contraint les partenaires sociaux à négocier sur le

²³⁹⁸ Pour s'interroger sur ces arguments, certains auteurs qualifient cette note explicative de « *nébuleuse* » : D. CHENU, Détermination des établissements distincts du CSE : la Cour de cassation fait primer la négociation, JCP E 2019, 1347.

²³⁹⁹ Le droit de participation, constitutionnellement protégé, est également invoqué par certains auteurs : « *on ajoutera que la solution était, sans doute, commandée aussi par le principe constitutionnel de participation* » (G. AUZERO, Etablissements distincts : pas de décision unilatérale sans négociation préalable, La lettre juridique mai 2019, n° 783). V. également en ce sens : M. GADRAT, Découpage de l'entreprise en établissements distincts : priorité à la négociation, Dr. soc. 2019, p. 574.

²⁴⁰⁰ G. LOISEAU, Le préalable de négociation, JSL 2020, n° 500, p. 8 ; C. NICOD, La « tentative loyale de négociation », préalable incontournable à la détermination unilatérale par l'employeur du périmètre de la représentation par les élus du personnel, RDT 2019, p. 589 ; G. AUZERO, Etablissements distincts : pas de décision unilatérale sans négociation préalable, La lettre juridique mai 2019, n° 783.

²⁴⁰¹ Pour certains auteurs, cette obligation de négocier est requise seulement concernant la détermination des établissements distincts : la négociation sur les commissions santé, sécurité et conditions de travail et les représentants de proximité serait exclue de cette obligation préalable de négocier : « *les dispositions de l'article L. 2315-44 du Code du travail prévoient en effet qu'« en l'absence d'accord » la commission est installée par le règlement intérieur du CSE, sans toutefois que l'on puisse rattacher directement l'installation d'une commission au processus préélectoral* » (D. CHENU, Détermination des établissements distincts du CSE : la Cour de cassation fait primer la négociation, JCP E 2019, 1347). Or pour cet auteur, seules les négociations en lien avec le processus électoral seraient visées par la note explicative de la Cour de cassation. L'arrêt ne mentionne, quant à lui, que la négociation sur « *le nombre et le périmètre des établissements* », ce qui semble logique étant saisi d'un litige concernant la détermination des établissements. Il y a lieu de constater toutefois que les juges visent l'article L. 2313-2 (« *en application de l'article L. 2313-2 du code du travail* »). Ce dernier, par un jeu de renvoi, est le réceptacle des négociations sur les commissions santé, sécurité et conditions de travail ainsi que sur les représentants de proximité. Il n'est pas certain que les juges de la Cour de Cassation aient souhaité opérer une distinction bien que celle-ci pourrait se comprendre : seule la détermination des établissements nécessite un acte juridique obligatoire qui peut être un accord ou, à défaut, une décision unilatérale. A ce titre, certains auteurs s'interrogent sur la relation qu'entretiennent ces objets de négociation, par exemple entre la détermination des établissements et les représentants de proximité : « *faut-il y voir un lien irréductible et substantiel, interdisant d'autonomiser un objet par rapport à un autre (en le détachant de l'espace de négociation concerné) ou une simple technique législative permettant, avant tout, de fixer les conditions de validité que doit remplir l'accord ?* » (F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50). V. aussi sur les liens étroits entre établissements distincts et commissions santé, sécurité et conditions de travail : A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

fonctionnement et les attributions de l'instance : le texte n'est pas ambivalent, aucune décision unilatérale n'est à prendre et l'importance de ces sujets est moindre. Il s'agira pour les partenaires sociaux d'exprimer une volonté commune afin de lancer ces différentes négociations. Cette distinction porte atteinte à la recherche d'un régime unifié pour l'accord institutionnel. La mise en place constitue donc un particularisme. Il sera difficile d'établir un régime unique sans procéder à des distinctions entre mise en place de l'instance et organisation de l'instance. Cependant, la question de l'obligation de négocier est-elle désormais définitivement tranchée ?

b. Une obligation de négocier avant chaque cycle électoral

501. Plan. Les interrogations sur l'obligation de négocier en amont de chaque cycle électoral nécessitent d'étudier dans un premier temps l'intérêt de la renégociation ($\alpha.$) avant de s'interroger sur les relations pouvant exister entre renégociation et accord ($\beta.$).

$\alpha.$ L'intérêt de la renégociation

502. Une obligation pré-élections ? L'obligation de négocier instaurée par les textes et par l'arrêt de la Cour de Cassation du 17 avril 2019 est limitée à la première mise en place du CSE ou à l'absence d'accord collectif applicable lors du renouvellement de l'instance (soit par inexistence, soit par la fin de vie de l'ancien accord)²⁴⁰². Mais la question doit se poser au-delà de cette première approche : qu'en est-il lorsqu'un accord de mise en place conclu pour une durée supérieure au cycle électoral est encore en vigueur au moment du

²⁴⁰² Le « Questions / Réponses » du gouvernement prévoit expressément une négociation obligatoire au prochain renouvellement en cas de décision unilatérale ayant déterminé les modalités de mise en place de l'instance : « *cette décision unilatérale ne vaut que pour le cycle, l'employeur doit engager une nouvelle négociation à l'issue de chaque cycle* » (Le CSE en 117 questions / réponses, Min. trav., déc. 2019, question n° 27, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_comite_social_et_economique_18_12_2019.pdf).

renouvellement ?²⁴⁰³ L'accord de mise en place, par son nom, doit régir la structure préalable du CSE. La question de la mise en place se pose en réalité à chaque nouvelle élection, juste avant le début de chaque nouveau cycle électoral²⁴⁰⁴. Est-il possible de passer outre cette logique en maintenant l'application d'un accord de mise en place sur plusieurs années ?²⁴⁰⁵ Deux positions peuvent être présentées.

503. Arguments en défaveur d'une renégociation permanente. La première approche est textuelle. La discussion était admise s'agissant de la première mise en place ou de l'absence d'accord : les textes étaient sujets à interprétation. S'agissant en revanche de l'hypothèse d'une renégociation obligatoire lorsqu'un accord est en vigueur, les textes sont plus explicites : la décision unilatérale ne peut être prononcée qu'en l'absence d'accord en vigueur²⁴⁰⁶. En présence d'un accord, la question de l'obligation de négocier ne se pose plus sur ce fondement : le texte prévoit l'application de l'accord en vigueur²⁴⁰⁷. La loi est

²⁴⁰³ J. BOUTON, F. DUQUESNE, S. MRAOUAHI, Cours de droit du travail, Gualino, 1^{ère} éd. 2020, p. 319 : « il a été suggéré que la négociation doit être engagée à l'occasion de chaque cycle électoral [...] ce qui laisse intact la question de savoir si cette discussion doit être renouvelée en présence d'un accord en cours d'exécution » ; V. également, J. CREDOZ-ROSIER, Établissements distincts (ou pas) pour le CSE : la négociation s'impose !, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11 : « on peut par ailleurs se demander si, passée la première mise en place du(des) nouveau(x) CSE sur la base d'un découpage régulièrement fixé par accord ou décision unilatérale, l'employeur pourrait se prévaloir du maintien de ce découpage pour le renouvellement ultérieur de l'instance, sans avoir nécessairement à réengager alors une négociation sur le sujet ».

²⁴⁰⁴ D. CHENU, Détermination des établissements distincts du CSE : la Cour de cassation fait primer la négociation, JCP E 2019, 1347 : « un accord ou une décision unilatérale excédant la durée des mandats installés pourrait-elle exonérer l'entreprise de négocier pour sa période de validité, ou l'employeur doit-il l'initier à chaque échéance ? Sous l'empire de la législation précédente, la Cour de cassation avait privilégié la stabilité (Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-26.659 : *JurisData* n° 2012-021502 ; JCP S 2012, 1486). Nulle certitude que cette position soit maintenue sur la base des textes applicables au CSE ».

²⁴⁰⁵ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 540 : « première difficulté, si l'accord est conclu sans détermination de durée, il est réputé avoir été conclu pour 5 ans. Aussi, lors des nouvelles élections, au bout de 4 ans en général, l'accord demeure-t-il en vigueur, alors que la configuration de l'entreprise a changé ».

²⁴⁰⁶ C. trav., art. L. 2313-4.

²⁴⁰⁷ Les auteurs précisent bien que la négociation n'est obligatoire qu'en l'absence d'accord « préexistant » (M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 192).

claire²⁴⁰⁸. En ne prévoyant pas un régime spécifique à l'accord de mise en place, le législateur souhaite lui attribuer les caractéristiques des accords de droit commun : les parties sont libres de déterminer la durée de ces accords et un accord peut couvrir plusieurs cycles²⁴⁰⁹. Le « questions / réponses » du Gouvernement semble aller en ce sens²⁴¹⁰, la doctrine également²⁴¹¹.

504. Arguments en faveur d'une renégociation permanente. L'accord de mise en place est un accord déterminant dans la structuration de la représentation du personnel²⁴¹² comme peut l'être le protocole d'accord préélectoral. Il régit la détermination des établissements distincts qui était incluse au sein du protocole d'accord préélectoral avant les ordonnances du 22 septembre 2017²⁴¹³. Une analogie peut être effectuée²⁴¹⁴. Le protocole d'accord préélectoral n'est valable que pour les élections pour lesquelles il a été conclu²⁴¹⁵. La logique voudrait que, par assimilation, une telle solution soit reconduite à l'égard de l'accord de mise

²⁴⁰⁸ F. DUQUESNE, Plénitude de pouvoirs du juge judiciaire dans la délimitation du périmètre des CSE d'établissement, JCP S 2020, 3023 : « la négociation requise de l'employeur sur la question de la délimitation des périmètres de représentation secondaires au seuil du processus électoral ne présente aucun caractère récurrent. [...] Pour cette raison, d'ailleurs, il ne saurait être soutenu que la discussion sur les périmètres doit être renouvelée à l'issue de chaque cycle électoral car cela impliquerait qu'elle le soit en présence d'un accord dont la durée d'exécution peut déborder la période de ce cycle (C. trav., art. L. 2313-2 : « un accord »...) ».

²⁴⁰⁹ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 25 : « l'accord qui a une durée plus longue que le cycle électoral pourra servir à deux élections et cessera de produire ses effets ensuite ».

²⁴¹⁰ Le CSE en 117 questions / réponses, déc. 2019, question n° 27, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_comite_social_et_economique_18_12_2019.pdf.

²⁴¹¹ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069, spéc. n° 10 : « il n'est pas du tout certain qu'il faille en inférer que, de la même manière, la renégociation d'un accord sur le nombre et le périmètre des établissements distincts s'imposerait nonobstant la durée indéterminée que revêtirait expressément cet accord ».

²⁴¹² La Cour de cassation reconnaît l'importance d'un tel accord dans sa note explicative de l'arrêt précité du 17 avril 2019 : « l'importance particulière, à cet égard, de la détermination du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel » (Note explicative relative à l'arrêt Cass. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948).

²⁴¹³ J.-Y. KERBOURC'H, L'obligation de négocier loyalement l'accord de détermination des établissements distincts, JCP S 2019, 1172 ; V. en ce sens sur cette « fracture » : A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

²⁴¹⁴ Avant les ordonnances Macron, les établissements distincts devaient être négociés au sein du protocole d'accord préélectoral (C. trav., art. L. 2327-7, abrogé). V. *contra* : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 193 : « l'accord n'étant plus un accord de type préélectoral il n'a pas à être renégocié avant chaque élection ».

²⁴¹⁵ Cass. Soc., 21 mai 2003, n° 01-60.742 ; Bull. civ. V, n° 170 ; RJS 2003, n° 1293 : « mais attendu que le protocole préélectoral n'ayant d'effet que pour les élections pour lesquelles il a été conclu, les moyens sont inopérants ».

en place²⁴¹⁶. Au-delà de ce parallélisme, la renégociation obligatoire avant le début de chaque nouveau cycle électoral a du sens pour cette institution. Dans un domaine juridique où la quête de sens et de cohérence est de plus en plus importante²⁴¹⁷, la renégociation interroge. Les entreprises sont amenées à évoluer en cours de cycle électoral²⁴¹⁸. Ces modifications conduisent parfois à changer la physionomie de l'entreprise : site de la société modifié, supprimé ou créé²⁴¹⁹, activité au sein d'un site modifiée²⁴²⁰, nombre de salariés affectés à un site diminué ou augmenté ...²⁴²¹ L'accord négocié, souvent quatre années plus tôt, peut devenir inadapte²⁴²². D'un point de vue juridique, si l'accord est conclu pour une durée indéterminée, ou pour une durée déterminée supérieure à quatre ans, il continue de vivre et donc à être applicable. D'un point de vue opérationnel cependant, la solution est moins évidente²⁴²³. Est-il cohérent, tant juridiquement qu'opérationnellement, de se fonder sur un accord conclu quatre ans plus tôt par les partenaires sociaux, alors que les variables

²⁴¹⁶ Les négociations avec le protocole d'accord préélectoral doivent néanmoins bien être séparées : « l'employeur ne saurait, dans un souci de simplification, englober la détermination des établissements distincts dans le protocole préélectoral » (M. HAUTEFORT, Définition des établissements distincts : la négociation n'est pas une option, JSL juin 2019, n° 477, p. 8).

²⁴¹⁷ Certains auteurs travaillistes définissent le droit du travail comme un « système de normes doté d'un sens et d'une cohérence propre » (C. VIGNEAU, L'enseignement du droit du travail à l'Université française, Semaine Sociale Lamy oct. 2011, n° 1508, p. 279).

²⁴¹⁸ J. ICARD, Logique et surprises du cycle électoral, Dr. soc. 2014, p. 648.

²⁴¹⁹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 262 : « la vie juridique de l'entreprise s'accompagne de transformations permanentes susceptibles d'emporter aussi bien l'apparition d'établissements nouveaux que des disparitions, notamment au gré d'ouvertures ou de fermetures de sites liées aux évolutions de l'activité de l'entreprise ou consécutives à des réorganisations opérées pour des raisons d'ordre économique ou financier ou inhérentes à l'irruption de nouvelles technologies ».

²⁴²⁰ S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 65, n° 119 : « une réorganisation de l'entreprise, un changement de son activité peuvent rendre nécessaire une adaptation de l'organisation de la représentation du personnel par la création ou la suppression d'établissements ».

²⁴²¹ Il ne s'agit pas ici d'évoquer les évolutions conventionnelles des établissements (V. *infra* n° 527 et s.) mais les évolutions opérationnelles ne trouvant pas concrétisation au sein d'un nouvel accord de mise en place ou d'une décision unilatérale.

²⁴²² Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « en quatre ans, durée de principe des mandats des membres du CSE, une entreprise peut subir de multiples évolutions externes et internes qui ne sont pas sans influences, directes ou indirectes, sur les instances de représentation collective ».

²⁴²³ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « la réforme issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017 sur le comité social et économique est bien décevante. En matière de réorganisation n'est envisagée sur la disparition d'un établissement distinct ».

de l'époque pouvaient être très différentes de celles que connaît actuellement l'entreprise²⁴²⁴. Si un site a été créé depuis, ou si un autre a perdu la très grande majorité de ses salariés, comment permettre une adaptation de l'accord de mise en place ? Il pourrait être envisagé de répondre à cette question en maintenant une cohérence juridique : les partenaires sociaux ont la possibilité de dénoncer l'accord s'il ne leur convient plus²⁴²⁵. Toutefois, cette dénonciation sera – très souvent – trop tardive pour pouvoir entraîner ses effets²⁴²⁶. Ainsi, tant sur la détermination des établissements distincts, sur les commissions santé, sécurité et conditions de travail et sur les représentants de proximité, il est tout à fait imaginable que l'absence de renégociation, et la durée parfois indéterminée de l'accord, conduisent à des incohérences pratiques²⁴²⁷. La recherche du sens et de la cohérence doit guider les juges ; comment accepter que de telles situations, plausibles compte tenu des mutations des entreprises, puissent exister ?

505. Ouvrir la renégociation pour évoquer les évolutions. La renégociation doit offrir la possibilité aux partenaires sociaux de redéfinir le contenu de l'accord de mise en place en tenant compte des évolutions de l'entité. Il faut leur permettre d'exposer leurs revendications

²⁴²⁴ En ce sens : « le second inconvénient a trait à l'évolution opérationnelle de la société, qui peut être anticipée dans un accord de carte sociale mais qui nécessite a minima une nouvelle discussion lors de la survenance du prochain cycle électoral. La sécurité apportée par l'accord de « cartographie sociale » est imparfaite » (D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30).

²⁴²⁵ C. trav., art. L. 2261-9 et s. La dénonciation entraîne cependant un délai de préavis de 3 mois suivi d'un délai de survie de 12 mois. Ce n'est qu'au terme de ces période que l'accord de mise en place pourrait définitivement prendre fin : une anticipation importante semble nécessaire de la part de la partie dénonciatrice. V. *contra* sur l'inapplication de ces dispositions « inadaptées » : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 spéc. n° 33.

²⁴²⁶ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n°25 ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 ; D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « les modalités de dénonciation ne sont pas forcément compatibles avec un calendrier électoral (sauf à procéder à une dénonciation en anticipant la question du délai de survie de l'accord collectif) » ; F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « les règles de dénonciation d'un accord à durée indéterminée peuvent théoriquement imposer la survie de l'accord pendant un délai de 15 mois, qui ne manquerait pas de contrarier l'organisation des élections à venir » ; V. également sur l'impossibilité de matérialiser la perte de la qualité d'établissement distinct par une dénonciation de l'accord de mise en place : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571, spéc. n° 26.

²⁴²⁷ Sur la non-affectation de l'existence de ces comités, par exemple en cas de transfert de personnel d'un établissement à l'autre : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14ème éd. 2019, p. 1109.

nouvelles concernant la mise en place (création d'un nouvel établissement compte tenu de l'ouverture d'un nouveau site, instauration d'une CSSCT dans un établissement ayant fait évoluer son activité, réaffectation d'un représentant de proximité jusqu'ici affecté à un établissement ayant perdu une part très significative de ses effectifs...). Les hypothèses sont nombreuses et variées. La nécessité de coller au plus près du cycle électoral et de ses conséquences pourrait justifier une telle renégociation.

β. Renégociation et opportunité juridique

506. Application juridique – diverses possibilités. Il est nécessaire d'étudier la faisabilité juridique d'une telle opportunité. La renégociation à l'issue de chaque cycle peut-elle être admise juridiquement ? En cas de réponse positive, quid de l'échec des négociations ? Quelles sont les opportunités offertes par le droit commun ? Le recours au droit spécial est-il obligatoire ? Il s'agira d'étudier ces différentes questions à travers cinq hypothèses.

507. Hypothèse 1 – application stricte du droit commun : accord maintenu et absence de renégociation. Dans le cadre de cette première hypothèse, le droit commun de l'accord collectif aurait vocation à s'appliquer²⁴²⁸. Aucune renégociation n'étant prévue par le Code du travail, l'accord collectif en vigueur a vocation à perdurer jusqu'à son extinction : par l'arrivée à terme ou par sa dénonciation. Cette hypothèse conduit à déconnecter l'accord de mise en place du cycle électoral. Une telle solution – cohérente juridiquement²⁴²⁹ - serait préjudiciable pour toutes les raisons déjà évoquées précédemment. L'absence de prise en compte des évolutions – parfois conséquentes – de la structure de l'entreprise, ainsi que les difficultés à appliquer les règles de dénonciation sans une anticipation importante des parties, conduiront à générer des incohérences structurelles et opérationnelles au niveau de la

²⁴²⁸ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 533 : « *normalement, l'accord doit s'appliquer, en dépit des modifications* ».

²⁴²⁹ L'article L. 2313-2 du Code du travail prévoit qu'un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, détermine le nombre et le périmètre des établissements. En présence d'un tel accord, celui-ci aurait vocation à s'appliquer. Les articles suivants propres aux cas dérogatoire précisent bien qu'ils s'appliquent en l'absence d'accord : si un tel accord existe et vit, peu important le moment de sa conclusion, il devrait s'appliquer.

représentation du personnel²⁴³⁰, créant une situation souvent néfaste à l'égard des salariés et de leur représentation. Si juridiquement cette solution satisfait, elle risque de trouver ses limites dans son application pour certaines entreprises.

508. Hypothèse 2 – application souple du droit commun : caducité. Une autre solution, plus audacieuse, permettrait de conserver une cohérence textuelle avec la législation actuellement en vigueur. L'accord de mise en place, dont l'application deviendrait impossible compte-tenu des évolutions structurelles de l'entreprise pourrait être considéré comme caduc²⁴³¹. Il s'agirait alors de consacrer la péremption d'un accord n'étant plus exécutable en raison d'événements survenus durant son application. Le Professeur Wolmark évoque d'ailleurs cette hypothèse : « *il n'est pas interdit de considérer [que l'accord de mise en place] est devenu caduc* »²⁴³². Cela pourrait être le cas lorsqu'un accord prévoit différents établissements distincts mais qu'un ou plusieurs de ces derniers disparaissent en cours de cycle. L'hypothèse est également envisageable en cas de création d'un nouvel établissement. Cette solution a l'avantage d'être plus mesurée que les précédentes. En effet, elle ne s'appliquerait que dans des situations exceptionnelles, où l'accord de mise en place deviendrait matériellement et objectivement inapplicable. La finalité « organisationnelle » d'un tel accord doit conduire à cette solution²⁴³³. Pour toutes les autres situations, le droit commun s'appliquerait : l'accord serait valable sur plusieurs cycles si sa durée le prévoit, peu important que de légères modifications soient intervenues. Il conviendrait aux parties de dénoncer l'acte pour rédiger un nouvel accord. La notion de caducité demeurera cependant

²⁴³⁰ Le régime de la dénonciation est « *difficilement adapté car la perte de la qualité d'établissement distinct et la modification du nombre d'établissements et de leur périmètre emporte des effets immédiats difficilement compatibles avec la survie des stipulations dénoncées* » (S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 63, n° 116).

²⁴³¹ « *Caducité* » in G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 13^{ème} éd. 2019, p. 142 : « *état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que l'un de ses éléments essentiels disparaît ou que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur, que cet anéantissement s'opère de plein droit du seul fait de la défaillance de la condition* » ; V. *infra* n° 582 et s. pour un développement spécifique sur la caducité et le droit du travail.

²⁴³² C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 540 ; V. *contra* : F. DUSQUENE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033, spéc. n° 25 et 26.

²⁴³³ P.-H. ANTONMATTEI, Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective, Dr. soc. 2019, p. 1054 : « *la progression de la fonction organisationnelle de l'accord collectif accentue les risques de caducité* ».

soumise à de nombreuses difficultés d'appréciation : dans quelles circonstances la caducité pourra-t-elle être évoquée ? La perte importante de l'effectif d'un établissement suffit-elle à rendre l'accord caduc ? Seule la disparition d'un établissement implique-t-elle la caducité ? Dans cette situation, l'accord ne pourrait-il pas, malgré tout, perdurer avec les autres établissements encore en place ?²⁴³⁴ Il faudrait, selon nous, pouvoir constater objectivement l'inapplicabilité de l'accord précédemment conclu en raison de l'évolution de l'entreprise ; ce sera le cas si un établissement disparaît, ce dernier ne pourrait exister pour le prochain cycle alors même qu'il est prévu dans l'accord. Si l'accord demeure applicable, la caducité ne pourra être relevée : par exemple même si un établissement voit son effectif considérablement réduit, rien n'empêche celui-ci de demeurer matériellement. Il semble peu plausible de voir les entreprises opter pour une telle solution²⁴³⁵ ; elle demeure néanmoins utile et audacieuse pour pallier certaines situations exceptionnelles.

509. Hypothèse 3 – reconnaissance d'un droit spécial : accord de mise en place conclu pour un cycle électoral. Une autre hypothèse consisterait à limiter la durée de vie des accords de mise en place, afin de faire correspondre leur durée au cycle électoral²⁴³⁶ ; pour instaurer ce principe, l'intervention du juge serait nécessaire²⁴³⁷. Ce dernier devrait opérer un parallélisme avec le protocole d'accord préélectoral pour les raisons invoquées précédemment²⁴³⁸. L'accord de mise en place, en tant qu'accord institutionnel, prendra les traits d'un accord spécial, dérogeant au droit commun, à l'image du protocole d'accord

²⁴³⁴ La caducité d'un accord collectif demeurera soumise à ces interrogations à circonscrire : « *la démarche invite à préciser la notion d'élément essentiel d'un accord collectif, l'impossibilité d'exécuter, les situations qui la provoquent et l'ampleur de la destruction* » (P.-H. ANTONMATTEI, *Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective*, Dr. soc. 2019, p. 1054).

²⁴³⁵ La chambre sociale de la Cour de Cassation reconnaît d'ailleurs très rarement la caducité des accords collectifs : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 622 et s. Néanmoins, dans le cadre d'un arrêt récent, la note explicative de la Cour de cassation reconnaît « *qu'un accord peut devenir caduc* » : note explicative Cass. soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287, D. 2019. 1345.

²⁴³⁶ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, *L'implantation du comité social et économique*, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 26 : « *ne faut-il pas considérer que l'acte de découpage doit être soumis à un régime spécifique, adapté à son objet : l'élection ?* ».

²⁴³⁷ Les auteurs encouragent toutefois les parties à délimiter en amont la durée de leur accord de mise en place au cycle électoral. V. en ce sens : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, *La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme*, RDT 2018, p. 358.

²⁴³⁸ M. HAUTEFORT, *Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe*, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2.

préélectoral²⁴³⁹. Comme ce dernier, sa durée de vie ne correspondrait pas au droit commun²⁴⁴⁰, il devrait être négocié avant chaque élection²⁴⁴¹ et l'employeur ne pourrait procéder directement par décision unilatérale²⁴⁴². Cette position permettrait d'offrir une plus grande cohérence à l'instance mais ferait entrer l'accord de mise en place dans le champ du droit spécial. Si le juge accède à cette proposition, la durée de l'accord ne serait plus soumise au droit commun mais serait déterminée en fonction de la durée du cycle électoral ; il serait alors inutile de rechercher, sur le fondement du droit commun, une durée déterminée ou indéterminée à l'accord²⁴⁴³. C'est, nous semble-t-il, la solution la plus cohérente ; elle maintient une approche opérationnelle à la structuration juridique de la représentation du personnel²⁴⁴⁴. Elle permet de s'interroger, en amont de chaque renouvellement, sur la nouvelle structuration à donner à l'instance, tant en raison de modifications dans la structure que de la volonté de donner plus d'efficacité à la représentation. Cette démarche, cohérente avec l'ancien droit, permet de donner toute son efficacité aux instances en réactualisant les composantes de la mise en place, permettant d'éviter les écueils développés sur la déconnexion entre nouvelle structure de l'entreprise et ancien accord de mise en place²⁴⁴⁵.

²⁴³⁹ S. NIEL, Préparer l'élection du CSE, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 11 : « *il ne s'agit pas d'un accord collectif au sens juridique du terme. Il traite exclusivement de l'organisation du scrutin* ».

²⁴⁴⁰ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n°26 : « *la Cour de cassation a pu, par le passé, ne pas appliquer le régime de la dénonciation au protocole d'accord préélectoral* ».

²⁴⁴¹ S. NIEL, Quelle stratégie pour les élections du CSE ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 17.

²⁴⁴² C. trav., art. L. 2314-13 sur la saisine de l'autorité administrative concernant la répartition des sièges et du personnel dans les collèges électoraux ; C. trav., art. L. 2314-28 sur l'éventuelle saisine du juge judiciaire en cas d'échec des négociations sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales (l'employeur peut également prendre seul cette décision après l'échec des négociations : Cass. soc. 26 sept. 2012, n° 11-22.598 FS-PB : RJS 12/12 n° 973, Bull. civ. V n° 239.).

²⁴⁴³ Cette problématique était déjà soulevée en 2015 : « *Quelle durée ? Là encore, le régime du droit commun des accords collectifs de travail n'est certainement pas adapté. Ne serait-il pas opportun de caler la durée de l'accord sur la durée de l'institution ?* » (G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359).

²⁴⁴⁴ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30.

²⁴⁴⁵ Certaines sociétés ont ainsi fait le choix d'établir une durée de 4 ans pour ces accords de mise en place afin d'être en adéquation avec le cycle électoral : « *le présent accord est conclu pour une durée déterminée. Il prendra fin à l'expiration des mandats des membres du CSE en vue de l'élection desquels il a été conclu, soit pour une durée de 4 ans à la date définitive de proclamation des résultats* » (Accord collectif d'entreprise portant sur la mise en place du comité social et économique (CSE) de l'entreprise GMT, 26 sept. 2019, Base Légifrance, p. 8 : https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/_oQ5H6o2VvYNBOBSOgDXgRma5oOP-w_0fJ9MLMzh0bMcXjVkeC0P3owtXFu7fz3cA).

510. Hypothèse 4 – combinaison du droit commun et du droit spécial : renégociation mais maintien des accords en cas d'échec. Les juges pourraient imposer aux parties de renégocier avant chaque nouveau cycle électoral sur l'accord de mise en place. Il s'agirait alors d'imposer un droit spécial²⁴⁴⁶. Pour justifier une telle position, les juges pourraient s'appuyer sur la note explicative de l'arrêt de la Cour de Cassation du 17 avril 2019 dans laquelle l'obligation préalable de négocier reposait sur deux fondements : « *la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination du processus électoral et l'importance particulière, à cet égard, de la détermination du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel* »²⁴⁴⁷. Cette logique peut conduire le juge à prononcer une obligation de renégociation à l'issue de chaque cycle électoral. Cependant, pour ne pas heurter le droit commun, cette obligation pourrait se limiter à une renégociation. L'idée serait de développer le dialogue social pour offrir aux parties la possibilité de rediscuter du périmètre de l'instance, sans contraindre à la conclusion d'un accord : en cas d'échec des négociations, l'accord alors en vigueur perdurerait²⁴⁴⁸. Cette solution aurait le mérite de prôner le dialogue social et de redonner du sens à la réflexion pré-électorale sur le périmètre de l'instance.

511. Hypothèse 5 – renégociation obligatoire en cas de perte de la qualité d'établissement distinct. La perte de la qualité d'établissement distinct pourrait conduire

²⁴⁴⁶ Certains accords collectifs de mise en place ont inclus une telle clause, par exemple au sein de la société NICOLLIN SAS dont l'accord est à durée indéterminée : « *par ailleurs, les parties conviennent de se réunir, à l'occasion du renouvellement des CSE d'établissement, et au plus tôt 1 mois avant le début du nouveau cycle électoral, afin d'étudier l'opportunité de réviser le présent accord* » (Accord collectif relatif à la reconnaissance des établissements distincts de la société NICOLLIN en vue de la mise en place des comités sociaux et économiques (CSE) d'établissement et du comité social et économique central, 2 janv. 2019, Base Légifrance, p. 3 : https://www.legifrance.gouv.fr/download/acco/Gfgs4mO9AZRxOwZDEP2293mjhMr-XQn9_TndojJvrhMXjVkeCOP3owtXFu7fz3cA). V. également sur les différentes clauses similaires : B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 40 et s.

²⁴⁴⁷ Note explicative relative à l'arrêt Cass. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948.

²⁴⁴⁸ À l'image du principe des négociations annuelles obligatoires (NAO) : l'obligation de négocier existe, mais pas l'obligation de conclure. V. en ce sens F. MARRON, A. TRAYNARD, Planifier et mettre en œuvre les négociations obligatoires, Cah. DRH nov. 2016, n° 236, p. 14 : « *en matière de négociations périodiques, l'employeur a seulement une obligation de négocier et non une obligation de conclure* ».

automatiquement à l'application de l'article L. 2313-6 du Code du travail²⁴⁴⁹ : cette perte devrait être constatée selon les mêmes formes que la reconnaissance de l'établissement distinct (négociation préalable avec les délégués syndicaux, ou élus du CSE en l'absence de délégués syndicaux et d'accord, à défaut d'accord par décision unilatérale)²⁴⁵⁰. Il ne serait pas possible d'acter de la perte d'un de ces établissements selon une autre forme²⁴⁵¹. Une question se pose néanmoins : la perte de la qualité d'établissement distinct est-elle automatique dès lors qu'un de ces actes juridiques le prévoit ? Trois critiques peuvent être formulées à l'égard de cette interprétation de l'article L. 2313-6. Tout d'abord, il semble difficile de constater objectivement « *la perte de qualité d'établissement distinct* »²⁴⁵². Si cela ne semble pas poser de difficulté lorsque les établissements auront été décidés par décision unilatérale (car reposant sur une définition légale), la difficulté est tout autre pour un accord collectif. À moins que les parties aient défini précisément les critères de l'établissement distinct, il peut s'avérer délicat de constater objectivement « la perte » de la qualité d'établissement distinct²⁴⁵³. Deuxième critique, le texte débute ainsi : « *la perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5* » ; il semble que la perte de la qualité d'établissement distinct ne puisse, par ce seul texte, être

²⁴⁴⁹ « *La perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5 emporte la cessation des fonctions des membres de la délégation du personnel du comité social et économique de cet établissement, sauf si un accord contraire, conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, ou à défaut d'accord d'entreprise, un accord entre l'employeur et le comité social et économique concerné, permet aux membres de la délégation du personnel du comité d'achever leur mandat* » (C. trav., art. L. 2313-6).

²⁴⁵⁰ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 11^èm. éd. 2018, p. 262 ; S. RIOCHE, *La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion*, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 65, n° 119.

²⁴⁵¹ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, *Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise*, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *en ne visant que les « articles L 2313-2 et L 2313-5 » du Code du travail, la loi exclut toute autre modalité pour constater la perte de la qualité d'établissement distinct* ».

²⁴⁵² Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, *Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise*, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *matériellement, deux « cas » sont envisageables : la perte d'un établissement peut être liée à sa fermeture pure et simple ou, même si le site subsiste matériellement, à la modification de ses modalités de gouvernance. Ainsi en est-il lorsque les critères retenus par l'accord l'instituant ne sont plus réunis ou que, en cas de décision unilatérale ou administrative, le critère de l'autonomie de gestion n'est plus rempli* ».

²⁴⁵³ B. TEYSSIE et alii, *Droit et pratique du comité social et économique*, LexisNexis, 2019, p. 35 : « *certains accords tranchent en faveur d'un établissement unique ou d'établissements distincts [...] sans toutefois apporter la moindre explication sur les raisons qui ont pu conduire à donner une telle configuration aux instances de représentation du personnel et, par extension, au dialogue social* ».

autonome, créant une obligation connexe de renégocier²⁴⁵⁴. Le texte ne régit que la situation où la perte de la qualité d'établissement distinct aura été reconnue au sein d'un accord ou d'une décision unilatérale²⁴⁵⁵. Sans accord ou décision unilatérale, il n'est pas possible de matérialiser la perte de la qualité d'établissement distinct²⁴⁵⁶. Dernière critique, la formulation de cet article peut, dans l'hypothèse d'une renégociation imposée, en l'absence de négociations fructueuses avec les élus, conduire à la prise d'une décision unilatérale qui se substituerait à un accord collectif encore en vigueur²⁴⁵⁷. Une telle situation porterait atteinte à la hiérarchie légale (la décision unilatérale ne peut prévaloir sur un accord de mise en place) et au pouvoir syndical (puisque l'accord serait encore en vigueur)²⁴⁵⁸. Pour éviter de mettre en cause ces principes, la deuxième hypothèse, relative à la caducité des accords collectifs, devrait s'appliquer pour constater la fin de l'accord collectif régissant le périmètre de l'instance (lorsqu'un établissement disparaît complètement), ce qui entraînerait, de fait, une renégociation via l'application, non de l'article L. 2313-6 du Code du travail, mais de l'article L. 2313-2 du Code du travail : une décision unilatérale pourrait s'appliquer en l'absence de tout accord régissant la configuration de l'instance.

512. Conclusion. Ces questions fondent l'enjeu actuel sur l'appréhension, tant par les parties que par le juge, de la renégociation d'un accord de mise en place avant chaque

²⁴⁵⁴ V. en ce sens F. PETIT, Répertoire de droit du travail, Représentants du personnel : Élections, Dalloz, 2020 : « rien n'est dit dans la loi sur les conditions de reconnaissance de la perte de la qualité d'établissement distinct. [...] Normalement, même si un établissement disparaît, il y a lieu d'attendre la fin des mandats ».

²⁴⁵⁵ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « l'expression « dans les cas » utilisée à l'article L. 2313-6 est équivoque ».

²⁴⁵⁶ V. en ce sens Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « comme l'avait décidé la Cour de cassation sur le fondement des règles antérieures, « la fermeture d'un établissement n'entraîne pas à elle seule la disparition du comité d'établissement » (Cass. soc. 27 nov. 2013 n° 12-26.155 FS-PB : RJS 2/14 n° 143, Bull. civ. V n° 289) ».

²⁴⁵⁷ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 540-541 : « l'article semble bien disposer que la perte de la qualité d'établissement peut être décidée non seulement par accord, mais aussi par décision unilatérale de l'employeur. Les conséquences en seraient que l'accord peut être révisé non seulement par un nouvel accord – ce qui ne présente aucune difficulté insurmontable – mais aussi, de manière indirecte, par une décision unilatérale de l'employeur » ; V. également en ce sens, Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « une décision unilatérale peut, in fine, réviser un accord collectif ».

²⁴⁵⁸ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 541 : « la situation serait inédite et mettrait à mal tout autant la liberté syndicale que le principe de la force obligatoire des conventions ».

nouveau cycle électoral. Si rien n'indique aujourd'hui qu'une telle renégociation sera obligatoirement imposée par les juges, la cohérence et le sens conduisent à s'interroger ; les conséquences pratiques d'une inaction sur ce domaine pourraient être importantes. Des solutions plus novatrices, comme la caducité de certains accords de mise en place devenus inapplicables pour partie pourraient offrir une solution de repli face à ces conséquences pratiques.

2. La volonté de renégocier des nouveaux élus

513. Intérêts des nouveaux élus. La négociation peut être contrainte, tant par le législateur que par le juge ; c'est aujourd'hui le cas en l'absence d'accord dans l'entreprise. Cette négociation, ou renégociation, peut également être portée non pas par les pouvoirs juridiques et législatifs mais par les parties elles-mêmes²⁴⁵⁹. La négociation de l'accord de mise en place, pré-cyclique, et celle de l'accord sur le fonctionnement et les attributions, pouvant être menée à tout moment²⁴⁶⁰, interrogent sur la satisfaction permanente des élus aux accords en vigueur. La question du cycle électoral demeure présente²⁴⁶¹. Les structures évoluent – parfois – considérablement d'un cycle à l'autre : les élus diffèrent, les organisations syndicales peuvent perdre, ou gagner, leur représentativité, leur poids électoral peut s'affaiblir ou augmenter. Ces éléments conduisent à constater une déconnexion entre accord institutionnel et cycle électoral (a.), pouvant se traduire par une incitation à la négociation perpétuelle (b.).

²⁴⁵⁹ Quelques fois directement dans les accords d'origine, v. *supra* n° 189.

²⁴⁶⁰ D. JULIEN-PATURLE, Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12.

²⁴⁶¹ L'objectif pour l'employeur, notamment s'agissant des questions liées au fonctionnement et attributions du CSE, peut être de préserver l'accord en place le plus longtemps possible « *afin d'éviter d'avoir à en discuter à chaque cycle électoral* » (F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2).

a. Une déconnexion entre accord institutionnel et cycle électoral

514. Une déconnexion. Les accords institutionnels n'ont pas obligatoirement vocation à être conclus pour un cycle électoral donné. Leurs effets suivent leur durée de vie, qui peut être indéterminée. Cette déconnexion s'établira d'autant plus au sujet des accords portant sur le fonctionnement et les attributions de l'instance. Ces derniers ne sont d'aucune manière guidés par le cycle électoral²⁴⁶². Ce constat est moins vrai pour l'accord de mise en place qui sera généralement conclu avant le début d'un nouveau cycle électoral pour produire ses effets aux prochaines élections. Il n'en demeure pas moins que cet accord n'a pas, en l'état actuel du droit, une durée de vie limitée au cycle électoral²⁴⁶³. Cette déconnexion est préjudiciable ; en concluant des accords en dehors du cycle électoral en cours, deux effets négatifs peuvent exister.

515. Déconnexion entre signataires, instance et représentativité. Le premier concerne les signataires de l'accord ; il s'agit généralement des délégués syndicaux. Ces derniers disposent du pouvoir d'imposer aux élus du CSE, dont la composition est parfois totalement différente (en cas d'élus provenant seulement du 2nd tour en l'absence de quorum atteint au 1^{er} tour²⁴⁶⁴), des obligations sur la structuration de la représentation du personnel, quand bien même ces derniers ne sont pas partie à l'instance²⁴⁶⁵. Le second point porte sur l'absence de

²⁴⁶² Mise en place, fonctionnement et attributions du CSE : quels accords possibles ?, FRS 23/19, p. 17.

²⁴⁶³ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30 : « l'accord portant carte sociale peut ensuite être à durée indéterminée. Dans ce cas, il a vocation à stabiliser la situation durant plusieurs cycles électoraux, à la différence du protocole d'accord préélectoral qui doit lui être renégocié lors de chaque élection ».

²⁴⁶⁴ C. trav., art. L. 2314-29.

²⁴⁶⁵ B. TEYSSIE, Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales, JCP S 2017, 1294, spéc. n° 8 : « il peut y avoir là une puissante incitation à négocier un accord collectif avec, au bout du compte, un renforcement du rôle des délégués syndicaux et un amoindrissement de celui des représentants élus du personnel... ». V. également : A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « mais est-ce qu'un accord, signé par des organisations syndicales, peut valablement décider des missions que le CSE délègue ou non à la CSE ? 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 ? » ; G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359 : « l'effet normatif de l'accord collectif de travail conserve-t-il un sens lorsque l'accord s'adresse à des acteurs parfois « concurrents » des organisations syndicales ? ».

représentativité de certains signataires lors du cycle électoral suivant²⁴⁶⁶. Le problème est ainsi : des délégués syndicaux ou des élus, représentatifs à un instant donné, sont en mesure de déterminer des règles applicables à l'ensemble des élus pour un cycle électoral futur ; ces derniers sont donc contraints de suivre des obligations imposées au temps d'un autre cycle électoral, où la représentativité fut parfois bien différente. Même si les procédures peuvent être lourdes, les mécanismes de révision et de dénonciation devraient permettre de compenser cela.

516. Déconnexion positive. Cette déconnexion entre accord institutionnel et cycle électoral ne sera toutefois pas toujours vue comme un élément préjudiciable par les parties. Il se peut que les nouveaux élus soient satisfaits des accords en place, soit parce que la représentativité a peu évolué dans l'entreprise d'un cycle sur l'autre, soit parce que le contenu de ces accords leur convient²⁴⁶⁷. Cette hypothèse ne sera pas unanime ; c'est dans ces cas inverses qu'il convient de s'interroger sur l'existence, ou non, d'une incitation perpétuelle à la négociation.

b. Une incitation à la négociation perpétuelle

517. Instabilité conventionnelle de l'accord institutionnel. La stabilité de l'accord institutionnel est-elle possible ? Malgré les inconvénients et les déconnexions, existera-t-il au sein des entreprises une certaine stabilité juridique ? La réponse à cette question dépend des entreprises. Il est possible que pour certaines, les parties soient satisfaites, d'un cycle à l'autre, des accords institutionnels en vigueur. Dans d'autres entreprises, les revendications peuvent être plus importantes, créant une instabilité conventionnelle. Le désaccord peut être permanent en raison de la diversité d'acteurs et de la légitimité parfois perdue par un accord

²⁴⁶⁶ Au sujet de l'impact des organisations syndicales représentatives sur le CSE : T. MORGENROTH, J.-P. TRICOIT, Les relations entre l'institution représentative du personnel et les organisations syndicales, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782.

²⁴⁶⁷ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30.

d'un cycle à l'autre²⁴⁶⁸. Dans ces hypothèses, en raison des difficultés d'instaurer une légitimité à la structuration applicable, se développeront les risques de contentieux, rejets et contestations permanentes. Les nouveaux acteurs risquent de demander la révision de l'accord en place ou sa dénonciation²⁴⁶⁹. Dans un contexte de forte concurrence entre syndicats et élus, certains d'entre eux peuvent avoir pour volonté de défaire ce qui a été fait par leurs concurrents²⁴⁷⁰. Ces situations sont d'autant plus problématiques que le découpage pré-électoral, au sein de l'accord de mise en place, est entre les mains des syndicats représentatifs avant les nouvelles élections. Or, le découpage peut jouer sur la représentativité et le nombre d'élus au sein de l'entreprise²⁴⁷¹.

518. Incitation structurelle. Ces situations, conduisant parfois à la dénonciation d'anciens accords, amènent à instaurer une négociation perpétuelle, au-delà de toute contrainte législative et juridique. Il semble difficile d'éviter un tel écueil. Il s'agit, sauf à imposer une négociation obligatoire sur les attributions et le fonctionnement à chaque nouvelle election (qui conduirait à maintenir ce sentiment de négociation perpétuelle), du

²⁴⁶⁸ A ce sujet, une analogie peut être effectuée avec la perte de représentativité des organisations syndicales d'un cycle à l'autre dans le cadre d'accords collectifs « hors CSE » : C. NEAU-LEDUC, Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise, Dr. soc. 2009, p. 910 ; F. PETIT, La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 141.

²⁴⁶⁹ Y. FERKANE, L'« évolutivité » de la représentativité, RDT 2017, p. 807 : « *la légitimité de l'accord ne repose donc plus sur le consentement (se faire sa propre loi), mais sur une logique démocratique. Il faut alors une majorité légitime d'engagement. Dans cette logique toute personne susceptible de représenter la collectivité devrait pouvoir proposer une évolution de cette loi de la profession ou de l'entreprise. [...] Le cycle électoral devient un marqueur temporel clef pour définir le régime de la révision* ».

²⁴⁷⁰ B. PALLI, La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale, RDT 2010, p. 155 : « *il n'empêche que, si un ou plusieurs signataires initiaux viennent à perdre leur représentativité ou si l'audience cumulée des signataires vient à passer en dessous de la barre de 30 %, ces situations pourraient motiver la dénonciation unilatérale de la convention ou de l'accord collectif initial, afin de pouvoir négocier ab initio avec des organisations syndicales dont la représentativité et l'audience électorale auraient été confirmées au cours de ces mêmes élections* ».

²⁴⁷¹ L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102, spéc. n° 3 : « *le laconisme dont est empreinte la prescription leur confère une remarquable liberté pour dessiner les contours de l'établissement distinct ; à eux de l'imaginer, de le créer, de le façonner au gré de leur volonté... voire d'éventuelles stratégies électorales* ».

cœur de la négociation collective et du jeu syndical au sein des entreprises²⁴⁷². Dans les sociétés sous tension, un sujet aussi important que l'instance de représentation du personnel fera l'objet de revendications perpétuelles.

519. Éviter cet écueil : la légitimité de l'accord. La sérénité sera donc difficilement envisageable par le biais d'une modification législative (sauf à imposer une instance sans ouvrir le champ de la négociation, ce qui est inimaginable aujourd'hui²⁴⁷³). Il convient plutôt d'essayer de parvenir, en amont, à réaliser un accord modèle, respecté du plus grand nombre. Pour cela l'équilibre de l'accord sera capital²⁴⁷⁴. Il s'agira de construire un accord adapté à toutes les parties et lui conférant une grande légitimité²⁴⁷⁵. Celle-ci, applicable sur le long terme, est l'un des seuls moyens de parvenir à garantir une sécurité juridique dans les règles structurant la représentation du personnel²⁴⁷⁶. Elle permettra d'envisager paisiblement les renouvellements de l'instance, s'agissant notamment de l'accord institutionnel applicable.

520. Conclusion. Ces développements sont essentiels pour la pérennité du CSE et de la négociation. Un des éléments fondateurs de la réforme de 2017 a été l'ouverture importante du champ de négociation afin d'inciter les parties à négocier et à adapter le CSE à leurs besoins. Les contestations permanentes qui pourraient exister, en raison notamment du cycle électoral, conduiront les entreprises à appliquer le régime supplétif en fermant la porte à toute demande de négociation pour le futur ; c'est la réussite de la réforme de 2017 qui est

²⁴⁷² Les risques d'instabilité ont notamment été pris en compte par le Professeur Cesaro dans son rapport et l'évolution législative, notamment sur les règles de révision et dénonciation, a permis de limiter cette instabilité : J.-F. CESARO, Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail, rapport, 2016, p. 11, spéc. n° 19 ; sur l'ancien régime, V. M. MORAND, Les tribulations juridiques d'un accord d'entreprise, Semaine Sociale Lamy janv. 2009, n°1381, p. 7 : « certes, il était nécessaire de renforcer la légitimité des signataires des accords collectifs, mais attention à l'instabilité contractuelle qui risque d'en résulter ».

²⁴⁷³ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570.

²⁴⁷⁴ V. *supra* n° 279 et s.

²⁴⁷⁵ Sur la « double légitimité » des accords collectifs, dont celle liée au contenu, V. F. FAVENNEC-HERY, L'articulation de la loi avec les accords collectifs, JCP S 2016, 1148, spéc. n° 4 : « le droit conventionnel et spécifiquement les accords collectifs se trouvent en revanche parés de toutes les vertus. Mieux adapté à la réalité des entreprises, plus novateur, plus apte à réaliser des compromis, fruit d'une négociation, mieux perçu et appliqué que la norme légale, plus stable, le droit des accords collectifs est doté d'une double légitimité : 1) légitimité des acteurs depuis la réforme de la représentativité et ce malgré le faible taux de syndicalisation ; 2) légitimité des accords dont le contenu est mieux perçu par les milieux concernés et serait le résultat d'un compromis donnant-donnant ».

²⁴⁷⁶ J. BARTHELEMY, Maîtriser les risques juridiques par la négociation collective, Cah. DRH sept. 2006, n° 124, p. 14.

en jeu. Il faudra attendre un ou plusieurs renouvellements d'instance pour mesurer le degré de stabilité des accords institutionnels. Il conviendra de constater que la théorie du cycle électoral tient une responsabilité sur les raisons de cette potentielle instabilité conventionnelle. Celle-ci peut également avoir un impact important sur l'échelonnement des mandats dans le temps.

B. L'échelonnement des mandats dans le temps et l'accord de mise en place

521. Difficultés d'application. La négociation de l'accord de mise en place, qu'elle soit ou non systématique, est confrontée à une difficulté qui est, pour le moment, peu relevée par la pratique²⁴⁷⁷. Plusieurs établissements distincts peuvent être reconnus au niveau de l'entreprise (1.). Ces établissements n'ont toutefois pas obligatoirement la même date de fin des mandats. Leur périodicité d'application peut différer d'un établissement à l'autre : l'un peut voir ses mandats en vigueur de 2022 à 2026 tandis que pour un autre établissement cela peut être de 2024 à 2028. Il est alors question de l'échelonnement des mandats dans le temps. Cette possibilité est parfaitement admise par le législateur. Cependant, une modification de l'accord de mise en place (particulièrement sur le nombre d'établissements) n'est pas sans effet sur les périmètres de l'instance et la durée de vie des mandats (2.). De nombreuses questions se poseront notamment sur le rôle du cycle électoral, il conviendra de les étudier.

1. La conclusion d'un accord de mise en place au niveau de l'entreprise au début du cycle

522. Niveau de conclusion : l'entreprise. C'est au niveau de l'entreprise qu'un accord doit permettre de déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts²⁴⁷⁸. Cette

²⁴⁷⁷ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 365 : « les questions liées à l'échelonnement dans le temps devraient ressurgir dans les entreprises au fur et à mesure de leurs éventuelles transformations (fusion, transfert...) ».

²⁴⁷⁸ C. trav., art. L. 2313-2.

approche est logique puisque la détermination doit permettre de quadriller l'ensemble du champ de l'entreprise afin d'en définir les établissements distincts²⁴⁷⁹.

523. Différence de date d'échéance des mandats. Une nouvelle déconnexion entre l'accord et le cycle électoral peut se manifester. Dans une entreprise à établissements multiples, rien n'oblige l'employeur à fusionner les dates d'échéance des mandats des différents établissements²⁴⁸⁰. Il est possible qu'un établissement ait une date de fin des mandats différente de celle d'un autre établissement ; plusieurs années peuvent parfois séparer ces établissements. De nombreuses entreprises ont opté pour ce type de découpage²⁴⁸¹. Cela a pu être le cas lors de la première mise en place du CSE, qui a été échelonnée dans le temps par certaines entreprises, ou bien cela pourra être le cas à la suite d'opérations juridiques (fusion-absorption avec maintien des mandats par exemple)²⁴⁸².

524. Cycle électoral et accord de mise en place figé. Dans ce cas de figure, la théorie du cycle électoral a un rôle plus important à jouer. L'accord de mise en place, en cas de renégociation, s'appliquera à compter du 1^{er} renouvellement d'un des CSE d'établissement²⁴⁸³. La question est importante, car, et cela sera abordé par la suite, l'accord de mise en place est « figé » pour un cycle²⁴⁸⁴ ; il ne peut être modifié pour adapter en cours de cycle son contenu (rajouter immédiatement un établissement par exemple)²⁴⁸⁵. Ses effets se diffuseront au rythme des renouvellements : un établissement peut être amené à appliquer les dispositions d'un accord de mise en place trois ans après sa conclusion et le

²⁴⁷⁹ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 192.

²⁴⁸⁰ La possibilité a toutefois été ouverte par le législateur dans le cadre de la première mise en place du CSE : Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 9 ; V. également : F. FAVENNEC-HERY, *Le comité social et économique : une instance à construire*, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71.

²⁴⁸¹ Par exemple la Société générale (S. MICHEL, *La mise en place imposée du comité social et économique – L'obligation d'instituer un CSE*, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782) ou encore la société Carrefour hypermarchés tel qu'il en ressort de l'arrêt du TGI d'Évry, 1^{re} ch., sect. A, 15 oct. 2018, n° 18/05636 (*Mise en place échelonnée des CSE d'établissement : les précisions du TGI d'Évry*, LSQ nov. 2018, n° 17697, p. 1).

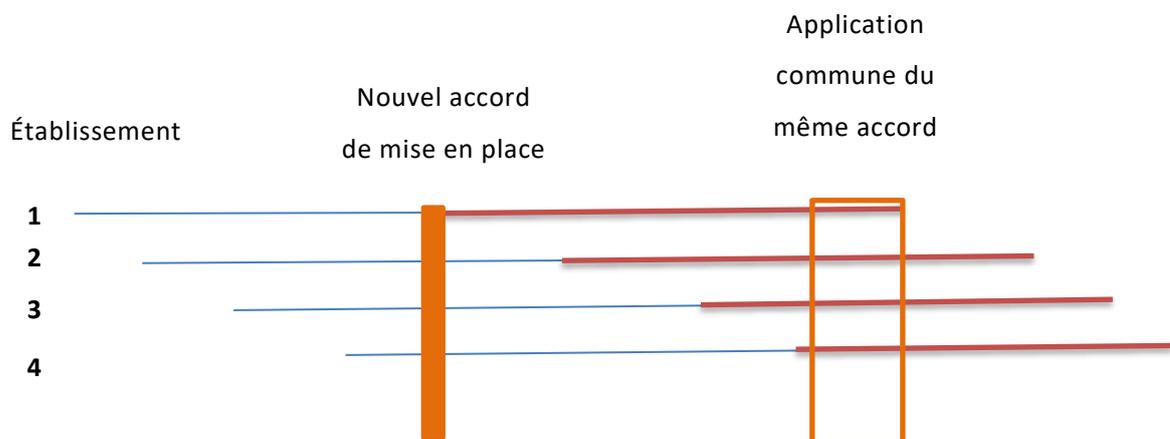
²⁴⁸² G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 365.

²⁴⁸³ F. DUQUESNE, J. HEINTZ, *La délimitation du périmètre des établissements distincts au sens du Comité social et économique à l'aune de l'obligation de loyauté*, JCP G 2019, 576.

²⁴⁸⁴ V. *infra* n° 542 et s.

²⁴⁸⁵ Une exception cependant sur la perte de la qualité d'établissement distinct : V. *infra* n° 535 et s.

renouvellement du 1^{er} établissement. La structure composant l'instance ne sera intégralement applicable qu'à partir du dernier renouvellement. L'accord de mise en place, conclu lors du renouvellement du 1^{er} établissement, peut prévoir des modifications relatives aux établissements, aux commissions santé, sécurité et conditions de travail²⁴⁸⁶ ou encore aux représentants de proximité. Ainsi, un accord de mise en place peut avoir des difficultés à coordonner totalement la structuration de la représentation du personnel. Le risque est de voir apparaître un décalage dans le temps entre l'application de l'ancien accord et l'application du nouveau. Concrètement, si quatre établissements existent, équidistants chacun d'un an concernant leur renouvellement, il existe trois ans de décalage entre le renouvellement du 1^{er} établissement et celui du 4^{ème} établissement. Cela signifie qu'un accord de mise en place à durée déterminée de quatre ans ne va régir l'ensemble des établissements que durant 1 an. Dans l'attente des nouvelles élections, l'établissement quatre appliquera les stipulations de l'accord de mise en place conclu le cycle précédent (soit sept ans plus tôt lors de sa dernière année d'application).



Ces distorsions juridiques s'avèreront délicates à appréhender et à gérer pour établir une stratégie et une cohérence de la structuration de la représentation du personnel.

525. CSSCT et représentants de proximité : application immédiate ? S'agissant des CSSCT et des représentants de proximité, la question de leur évolution peut néanmoins être

²⁴⁸⁶ E. JEANSEN, Le CHSCT est mort, vive la CSSCT !, JCP S 2018, 1122.

dissociée du cycle électoral. Il s'agit d'organes déconnectés du processus électoral²⁴⁸⁷. Ce particularisme leur permet, par accord, d'être mis en place immédiatement au sein d'établissements (ou de périmètres différents, notamment pour les représentants de proximité) sans attendre le renouvellement de l'établissement²⁴⁸⁸ : les conséquences liées aux nouvelles élections n'auraient alors pas d'influence sur les CSSCT²⁴⁸⁹ et les représentants de proximité²⁴⁹⁰. Seule exception : si leur mise en place est liée à une évolution de la structure de l'IRP (évolution du nombre d'établissements). Dans ce cas, les CSSCT et représentants de proximité ne seraient mis en place, pour une plus grande cohérence, qu'au moment du renouvellement du ou des établissements concernés²⁴⁹¹. Il conviendrait de préciser les périodicités d'application au sein de l'accord de mise en place couvrant des établissements avec mandats échelonnés pour une plus grande clarté.

²⁴⁸⁷ M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2 : « *mais, d'un autre côté, qui pourra remettre en cause un accord introduisant des représentants de proximité en cours de mandat, dès lors que cet accord répond aux mêmes conditions de validité que l'accord de détermination des établissements distincts ?* ».

²⁴⁸⁸ Dans le schéma ci-dessus, il est possible d'imaginer que le nouvel accord de mise en place instaure des CSSCT au sein des établissements 3 et 4 dont le renouvellement des sièges n'aura lieu que dans 2 et 3 ans. L'accord pourrait prévoir une application immédiate des dispositions liées aux CSSCT et instaurer, immédiatement, une CSSCT pour chacun de ces établissements sans même attendre le renouvellement et l'application normalement effective de ce nouvel accord.

²⁴⁸⁹ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « *cela devrait également concerner des CSSCT facultatives qu'il peut être opportun de créer conventionnellement après l'accord de configuration initial. Le changement de configuration d'une entreprise par l'ouverture, par exemple, de nouveaux sites ou l'arrivée de nouvelles entités dans son périmètre devrait inciter à la souplesse, sans compter le besoin d'adaptation. Cette possibilité est dans l'esprit d'une adaptation continue qui prédispose à toute espèce d'évolution conventionnelle sans attendre le renouvellement de l'instance* ».

²⁴⁹⁰ E. JEANSEN, Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner, JCP S 2018, 1084 : « *l'obligation de coupler la négociation sur les établissements distincts du comité social et économique et les représentants de proximité ne s'impose pas dès lors que ces derniers ont vocation, en toute hypothèse, à être implantés dans un périmètre distinct de celui des comités sociaux et économique d'établissement. Il n'apparaît donc pas évident que la négociation d'un accord ayant pour seul objet la mise en place des représentants de proximité soit illicite. Selon nous, un tel accord devrait emporter ses effets* » ; L. URBANI-SCHWARTZ, C. CHAUMIER, C. GIGNOUX, Mettre en place et gérer les commissions et les représentants de proximité, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 19 ; I. CHANTRIER, Le représentant de proximité : une alternative souple au CSE d'établissement, Cah. Lamy du CSE juill. 2019, n° 194, p. 30 ; V. *contra* S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60 : « *si cette analyse, qui n'est pas sans appeler quelques réserves, devait être suivie, il serait logique qu'elle soit également appliquée aux représentants de proximité. Il en résulte qu'on ne pourrait pas introduire en cours de cycle électoral des représentants de proximité, les supprimer, en augmenter le nombre ou le réduire* ».

²⁴⁹¹ Pour reprendre le schéma précédemment, on pourrait imaginer que les établissements 3 et 4 vont se regrouper au sein d'un établissement unique lors de leur renouvellement, avec mise en place d'une CSSCT. Dans l'attente de la fin des mandats au sein de ces deux établissements, il peut être difficilement envisageable d'instaurer, par anticipation, une CSSCT commune.

526. Conclusion. Les questions intéressant le cycle électoral, au sein des entreprises à structure complexe et échelonnée, impactent la philosophie même de l'accord de mise en place ainsi que sa structure. Si des solutions peuvent être proposées concernant les commissions et les représentants de proximité, un problème majeur se présentera lorsqu'il s'agira, pour un accord de mise en place, de modifier le nombre d'établissements distincts...

2. La modification du nombre d'établissements en début de cycle

527. Situation préalable. Cette étude concerne la modification du nombre d'établissements en début du cycle, alors qu'existent des établissements avec des dates d'échéance différentes. Cette situation devrait se produire pour trois principaux cas.

528. Première situation - *Évolution souhaitée par les partenaires sociaux.* Il est possible, en cas de renégociation de l'accord de mise en place (par volonté des parties, en raison de la fin de l'accord ou par une potentielle obligation imposée par les juges), que les parties, conscientes des évolutions structurelles de l'entreprise, ou de l'inefficacité du précédent découpage, décident de structurer de manière différente le nombre d'établissements composant l'entreprise²⁴⁹².

529. Deuxième situation – *Évolution contrainte par décision unilatérale.* La deuxième situation porte également sur la fin de l'accord de mise en place. Cette fois, les parties ne sont pas parvenues à signer un nouvel accord. Les textes prévoient que l'employeur doit prendre une décision unilatérale afin de déterminer les différents établissements²⁴⁹³. La différence avec la détermination par accord est notable. La notion d'établissement distinct

²⁴⁹² G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « *ce temps est aussi un temps de rodage en ayant à l'esprit que les règles ne sont pas figées pour la durée du cycle électoral et qu'il est toujours possible de procéder, le cas échéant, à des ajustements conventionnels si les règles de départ se révèlent, dans les faits, inadaptées pour assurer le bon fonctionnement de la représentation élue du personnel* ».

²⁴⁹³ F. DUQUESNE, J. HEINTZ, La délimitation du périmètre des établissements distincts au sens du Comité social et économique à l'aune de l'obligation de loyauté, JCP G 2019, 576.

devra répondre à une définition précise : « *compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* »²⁴⁹⁴. Or, il est courant que la conclusion d'un accord de mise en place soit justifiée par une dérogation à cette définition. Il est donc probable que les nouveaux établissements, déterminés unilatéralement par l'employeur, ne correspondent plus aux établissements de l'accord de mise en place jusqu'ici en vigueur.

530. Troisième situation – Évolution imposée à la suite d'un transfert d'entreprise. Il se peut enfin qu'à la suite d'un transfert d'entreprise, un établissement supplémentaire ait été créé par l'absorption d'une autre entité²⁴⁹⁵. L'accord de mise en place initial n'a pu anticiper cette évolution.

531. Problématique. Le principal problème apparaît rapidement. La mise en place des différents établissements étant décalée dans le temps s'agissant de la fin de leurs mandats, comment gérer la modification globale du périmètre de l'instance ? Quid des établissements au sein desquels les mandats n'ont pas pris fin ?

532. Exemples. L'hypothèse est envisageable tant en raison de l'augmentation du nombre des établissements (passage de 2 à 3 par exemple), que de la réduction de ce même nombre (passage de 3 à 1 par exemple) mais elle nécessite une analyse au cas par cas. Dans l'hypothèse d'un passage de 2 à 3 établissements, si le 1^{er} établissement initial passe à 2 établissements et que l'ex 2^{ème} établissement devenu 3^{ème} établissement n'est pas modifié, il n'y aura aucune incidence du nouveau découpage sur l'ancien : les élections se dérouleront le jour initialement convenu pour tous les salariés du 1^{er} établissement, le nouveau découpage leur sera immédiatement applicable. En revanche, si le 3^{ème} établissement nouvellement créé comprend tant des salariés de l'établissement 1 que de l'établissement 2 d'origine, le nouveau découpage aura une incidence : les salariés du deuxième établissement seront amenés à voter pour leurs nouveaux élus (en tant qu'établissement 3) alors que les

²⁴⁹⁴ C. trav., art. L. 2313-4.

²⁴⁹⁵ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571.

mandats dans leur périmètre initial (établissement 2) seront toujours en cours en cas d'échelonnement des mandats. Ils seront alors couverts par deux établissements pour une même période. Le même schéma existe en cas de réduction du nombre d'établissements.

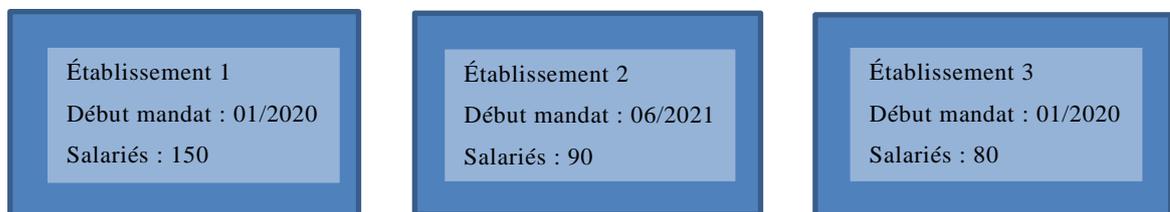
Schéma 1 – Augmentation du nombre d'établissements.

Début du nouveau cycle : 01/2020.

Ancienne configuration



Nouvelle configuration à la suite de l'accord de mise en place de 11/2019

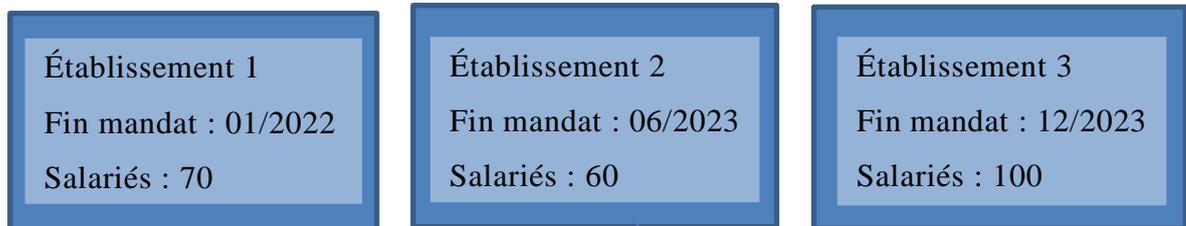


Dans cette configuration, quid des salariés affectés à l'établissement 2 dans le précédent cycle qui sont transférés dans l'établissement 3 nouvellement créé ? Ils doivent voter pour leur nouvel établissement fin 2019, mais restent également couverts par l'établissement 2 jusqu'à juin 2021. Il convient de noter qu'il ne serait pas possible, non plus, de décaler le début des mandats de l'établissement 3 : certains salariés de l'établissement 1 d'origine demeureraient sans représentant pendant plusieurs années.

Schéma 2 – Réduction du nombre d'établissements.

Début du nouveau cycle : 01/2022.

Ancienne configuration – Application de la définition légale



Nouvelle configuration à la suite de l'accord de mise en place du 11/2021 – Application d'une répartition propre à l'activité de l'entreprise



Dans cette configuration, quid des élus et salariés affectés à l'établissement 3 dans le précédent cycle ? Ils doivent voter et se présenter pour leur nouvel établissement en juin 2023 mais restent également couverts par leur établissement jusqu'à décembre 2023. Il convient de noter qu'il ne serait pas possible, non plus, de décaler le début des mandats du nouvel établissement 2 : certains salariés de l'établissement 2 d'origine demeureraient sans représentants pendant plusieurs mois.

533. Difficultés d'analyse – la « double affectation ». Ainsi, lors du renouvellement du 1^{er} établissement, des salariés peuvent se retrouver dans une situation de « double affectation ». Ils demeureront rattachés à leur établissement actuel, les mandats de leurs élus prenant fin dans plusieurs mois ou années. En parallèle, l'accord de mise en place (ou la décision unilatérale) ayant rebattu les cartes, ils sont affectés dès à présent dans un nouvel établissement dont les élections doivent se tenir en 1^{er}. Ils se retrouvent doublement affectés. De quelle manière se déroule cette phrase transitoire ? Pendant plusieurs mois ou

plusieurs années, plusieurs « établissements » couvriront les mêmes salariés, certains établissements appartenant au cycle précédent, tandis que d'autres appartiennent au nouveau cycle électoral. Il semble ainsi difficilement concevable de disposer de 2 instances qui agissent en parallèle et qui couvrent en même temps des salariés identiques : quid des consultations au niveau de l'établissement par exemple ?²⁴⁹⁶ Le décalage amène de nombreuses difficultés matérielles et ne semble pas non plus être une solution pleinement satisfaisante.

534. Solutions envisageables. Deux réponses pourraient être apportées à ces situations : soit les anciens établissements disparaissent de plein droit en raison de la perte de leur qualité d'établissement distinct via le nouvel accord ou la nouvelle décision unilatérale, soit les anciens établissements subsistent de manière provisoire.

535. Perte automatique de la qualité d'établissement distinct – *texte légal.* L'hypothèse de la perte automatique de la qualité d'établissement distinct exige de faire l'analyse de l'article L. 2313-6 du Code du travail. Ce dernier prévoit que : « *la perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5 emporte la cessation des fonctions des membres de la délégation du personnel du comité social et économique de cet établissement, sauf si un accord contraire, conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, ou à défaut d'accord d'entreprise, un accord entre l'employeur et le comité social et économique concerné, permet aux membres de la délégation du personnel du comité d'achever leur mandat* ». Des articles similaires existaient au temps des délégués du personnel et du comité d'entreprise²⁴⁹⁷.

536. Perte automatique de la qualité d'établissement distinct – *champ d'application.* Mais que régissent réellement ces articles ?²⁴⁹⁸ Les modifications d'établissements distincts

²⁴⁹⁶ C. trav., art. L. 2316-20.

²⁴⁹⁷ C. trav., art. L. 2314-31, al. 2 (abrogé) et L. 2322-5, al. 2 (abrogé).

²⁴⁹⁸ La lecture délicate de cet article est partagée : « *à suivre l'article L. 2313-6 du code du travail, dont la formulation est certes extrêmement floue* » (C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 540.) ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *avec d'autres, le regret que ce texte soit fort mal rédigé peut être exprimé* ».

opérées par un nouvel accord de mise en place entrent-elles dans le champ d'application de cet article ? La cessation des fonctions des membres élus est-elle instantanée dès la conclusion du nouvel accord ? La jurisprudence antérieure permet de constater qu'il s'agissait, principalement, de décisions administratives sur les établissements distincts, conduisant ainsi à modifier les périmètres en présence et donc à faire perdre la qualité d'établissement distinct des ex-établissements²⁴⁹⁹. Aujourd'hui l'article est toutefois différent et prévoit que cette perte de la qualité d'établissement distinct s'effectue « *dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5* », c'est-à-dire soit par accord conclu avec les organisations syndicales représentatives ou le CSE, soit par décision unilatérale de l'employeur ou soit par décision du DREETS ou du tribunal d'instance. Il est fait état ici d'un parallélisme des conditions de forme entre la création et la suppression d'un établissement distinct²⁵⁰⁰.

537. Perte automatique de la qualité d'établissement distinct – interprétation. Mais comment doit-être appréhendé l'article ? A-t-il été rédigé selon l'hypothèse que toutes les fins de mandats étaient coordonnées à la même date ou prend-il en compte la situation de l'échelonnement des mandats ? Si la première hypothèse fait l'objet de développements ultérieurs²⁵⁰¹, la seconde question ouvre diverses interrogations. En effet, la première contrariété porte sur le rejet de la théorie du cycle électoral et donc de la durée initiale des mandats. Bien qu'un accord puisse être conclu pour faire perdurer les mandats, il semble possible, si les signataires requis ne le souhaitent pas, que les mandats prennent fin en dépit de l'existence du cycle électoral²⁵⁰². Il s'agirait alors de donner les pleins pouvoirs, chronologiquement, au 1^{er} établissement. Cette situation est évidemment contestable pour

²⁴⁹⁹ Cass. soc., 15 mai 1991, n° 90-60.392 ; Cass. crim., 6 janv. 2009, n° 08-82.736.

²⁵⁰⁰ J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy déc. 2017, n° 1796, p. 5 : « nous comprenons la référence faite à ces articles comme impliquant que la perte de la qualité d'établissement puisse être constatée dans les mêmes conditions de forme que celles existant pour la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts ».

²⁵⁰¹ V. *infra* n° 547.

²⁵⁰² « Lorsqu'un établissement perd sa qualité d'établissement distinct, le personnel de cet établissement doit être rattaché à un nouvel établissement et des élections sont organisées conformément à la nouvelle configuration de l'entreprise (Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 04-60.446) » (« Les élections des représentants du personnel » in Liaisons sociales - Les Thématiques, juin 2018, n° 59, p. 104).

les salariés et les élus qui verraient une de leurs prérogatives essentielles supprimée par les représentants de l'entreprise²⁵⁰³.

538. D'un autre côté, il est loisible de comprendre l'intérêt opérationnel et juridique d'unifier les dates de fin de mandats pour permettre de démarrer un nouveau cycle électoral avec le nouveau découpage des établissements. Il ne faudrait toutefois pas que le renouvellement des mandats du 1^{er} établissement conduise les négociateurs au niveau de l'entreprise à modifier de manière volontaire les établissements afin de faire perdre aux élus d'autres établissements leurs mandats. Cette approche peut être nuancée : il est possible de conclure un accord entre l'employeur et le CSE concerné pour permettre aux élus d'achever leur mandat (il faut toutefois la signature de l'employeur). C'est d'ailleurs cette possibilité, offerte au CSE concerné en l'absence d'accord d'entreprise, qui laisse à penser que cet article est applicable aux hypothèses de mise en place décalée des CSE d'établissement. En effet, cette précision (« *permettre aux membres de la délégation du personnel du comité d'achever leur mandat* »²⁵⁰⁴) aurait peu d'intérêt si l'article L. 2313-6 ne régissait que les fins de mandats unifiés à tous les établissements.

539. Maintien provisoire. La possibilité de passer outre la problématique de l'échelonnement des mandats serait alors possible, et même automatique, en cas de nouvel accord de mise en place ou de décision unilatérale. Une hypothèse dérogatoire maintient malgré tout la problématique : un accord avec l'employeur peut décider que les mandats s'achèveront à leur date prévue. Comment appréhender alors la cohabitation durant plusieurs

²⁵⁰³ Certains auteurs soulignent les difficultés issues de l'article L. 2313-6 : « *les textes sont ambigus, laissant suggérer que la modification d'un accord sur le périmètre des établissements distincts aurait pour effet de remettre en cause les mandats en cours, pendant le délai d'exercice des mandats, ce qui est tout à fait étonnant et dérogatoire au principe selon lequel, sauf cas particulier, les mandats doivent pouvoir être menés jusqu'à leur terme* » (G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 96-97) ; Aussi, les questions-réponses du gouvernement sur le CSE ne semble pas rendre possible une modification de la structure des établissements avant le renouvellement de l'instance (donc la fin du cycle électoral) : « *est-il possible de modifier le nombre et le périmètre des établissements distincts pendant l'application de l'accord, notamment en cas d'évolution de l'organisation de l'entreprise ? Oui. Il peut être révisé selon les mêmes règles de révision que celles applicables à la révision d'un accord collectif (L.2261-7-1). Le nouveau découpage ne sera effectif que lors des prochaines élections, au moment du renouvellement du comité social et économique* » (117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 30, p. 20, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf).

²⁵⁰⁴ C. trav., art. L. 2313-6.

mois ou plusieurs années ? Une première lecture de cet article L. 2313-6 du Code du travail consiste à considérer que le maintien provisoire concerne simplement les mandats et non la précédente structure de l'instance. Ainsi, les salariés précédemment élus continueraient à exercer leur mandat mais dans le cadre du nouveau découpage²⁵⁰⁵. Cette approche n'est toutefois pas satisfaisante : elle conduit à modifier la structure de l'instance censée pourtant être acquise pour l'ensemble du cycle électoral²⁵⁰⁶. Les salariés pourraient voir leurs élus (bien que maintenus provisoirement) s'intégrer dans des structures de représentation éloignées de celle mise en place initialement²⁵⁰⁷ ; cette restructuration institutionnelle en cours de cycle électoral pourrait réduire l'effectivité de la représentation à leur égard.

Face à cette difficulté, il est également possible d'imaginer que les salariés voteraient pour leur « nouvel établissement » dès le renouvellement du 1^{er} établissement mais qu'ils garderaient leurs élus et leurs instances jusqu'à la fin de leurs mandats avant de basculer sur le nouveau découpage. Cette solution intermédiaire, pas intégralement satisfaisante (quid des consultations couvrant le périmètre d'anciens établissements et de nouveaux établissements ?), semble toutefois être le bon compromis pour contourner cette difficulté. Elle permet de garantir la représentation permanente de chaque salarié. Sauf implantation d'un nouvel établissement par modification de la situation juridique de l'entreprise (fusion-absorption par exemple) la question ne devrait plus se poser ; si les mandats des anciens établissements sont maintenus, les nouveaux mandats quant à eux, via les élections générales effectuées en début de mandat, prendront fin de manière simultanée dans tous les établissements. L'apport des juges sur cette question particulière des mandats échelonnés dans le temps semble toutefois être nécessaire pour éclairer la mise en œuvre de l'article L. 2313-6.

540. Conclusion. Les difficultés liées à la modification des périmètres en cas de mandats échelonnés dans le temps existent. Il conviendra de veiller au respect des droits de l'ensemble des parties durant la période transitoire. Le droit de représentation des salariés, à

²⁵⁰⁵ Cependant, cet article n'a-t-il pas vocation à garantir l'effectivité du droit constitutionnel à la participation ? Dans ce cas, le maintien des mandats et de l'instance paraît la solution la plus appropriée.

²⁵⁰⁶ V. *infra* n° 544.

²⁵⁰⁷ Cela serait par exemple le cas en cas de réduction du nombre d'établissements distincts.

valeur constitutionnelle²⁵⁰⁸, imposerait ici une représentation permanente des salariés qui serait présente, quelles que soient les options choisies. En revanche, la fin prématurée et imposée des mandats et donc de la représentation pour une cause ne pouvant être considérée comme réellement légitime aurait pu être contestée ; la possibilité ouverte par le texte d'aller jusqu'au bout des mandats limite ce risque.

II. L'évolution de l'accord institutionnel en cours de cycle

541. Évolution de l'acte juridique. Viennent d'être évoqués les liens entre l'engagement des négociations et le cycle électoral. L'obligation de négocier produit ses effets avant le début d'un nouveau cycle et l'échelonnement des mandats dans le temps rend difficile l'articulation entre cycle électoral et nouvel accord de mise en place. Une question mérite également d'être évoquée. Elle ne concerne pas l'évolution de l'accord au début d'un nouveau cycle, mais son évolution en cours du cycle électoral²⁵⁰⁹. Plusieurs hypothèses sont envisageables : terme de l'accord en cours de cycle, dénonciation, révision ou encore mise en cause²⁵¹⁰. Ces événements portent atteinte à l'acte juridique déterminant la structure de la représentation du personnel. Or, si l'acte juridique est anéanti, ou modifié, les anciennes règles jusqu'ici en vigueur ne le sont plus²⁵¹¹ ; de nouvelles règles doivent instantanément être appliquées. Celles-ci peuvent provenir du nouvel accord négocié ou des dispositions

²⁵⁰⁸ Le Professeur Wolmark rappelle d'ailleurs à juste titre que l'enjeu du débat se situe notamment sur ce fondement : « ces difficultés ne sont pas uniquement d'ordre pratique. Elles engagent une certaine manière de comprendre le droit des salariés à la participation. La réponse à ces questions dépend en effet de la conception que l'on se fait de la force du lien entre les périmètres électoraux et le droit des salariés à la participation, constitutionnellement protégé » (C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 540) ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571.

²⁵⁰⁹ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60 : « la communauté d'accord, ou du moins de négociation, pour traiter ensemble des établissements de l'entreprise, des représentants de proximité et d'une ou de plusieurs CSSCT ainsi que de leurs attributions respectives pose une autre question qui est celle du moment auquel l'accord peut être conclu ou – la problématique est la même – auquel il est susceptible d'être révisé. Est-ce lors de la mise en place du CSE puis à chaque renouvellement ou à un moment quelconque au cours du cycle électoral ? ».

²⁵¹⁰ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60, spéc. n° 6.

²⁵¹¹ J.-F. CESARO, Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016, JCP S 2016, 1301, spéc. n° 19.

supplétives applicables à défaut d'accord²⁵¹². Cette approche n'est pas sans poser de grandes difficultés pratiques, particulièrement s'agissant de l'accord de mise en place (A.). Devront également être évoqués les accords portant sur le fonctionnement et les attributions (B.) dont l'impact des évolutions devrait être moindre.

A. La mise en place, figée pour un cycle

542. Acte de fondation de la structure de l'instance. Les matières traitées par l'accord de mise en place relèvent d'une importance particulière dans le cadre tant du cycle électoral que des contours fondateurs de l'instance²⁵¹³. Ces éléments permettent de constater la difficulté opérationnelle et technique à faire évoluer en cours de cycle les éléments relatifs à la mise en place (1.). Cependant cette position, approuvée par une partie de la doctrine, doit faire l'objet d'une justification juridique²⁵¹⁴, complexe à démontrer (2.).

1. Une évolution difficile en cours de cycle

543. Contenu de l'accord de mise en place - *rappel*. Le principal enjeu de la mise en place des instances représentatives du personnel porte sur la détermination des établissements distincts. L'accord de mise en place est également le support juridique des modalités de mise en place des CSSCT et, le cas échéant, des représentants de proximité²⁵¹⁵. C'est toutefois la détermination des établissements distincts qui constitue la première pierre de construction de l'instance²⁵¹⁶. Les conséquences associées à une telle détermination sont capitales : périmètre des prochaines élections professionnelles²⁵¹⁷, détermination du nombre

²⁵¹² Il s'agit de l'application des articles L. 2313-2 et s. du Code du travail.

²⁵¹³ La Cour de cassation le démontre dans sa note explicative relative à l'arrêt Cass. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948.

²⁵¹⁴ A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378.

²⁵¹⁵ V. *supra* n° 185.

²⁵¹⁶ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8.

²⁵¹⁷ C. trav., art. L. 2313-2.

d'élus et d'heures de délégation²⁵¹⁸, zone de compétence sur les attributions de l'instance²⁵¹⁹, mise en place d'un CSE central²⁵²⁰ ...²⁵²¹

544. Évolution ou fin de vie en cours de cycle. La détermination du périmètre de l'instance est censée figer pour un cycle électoral les résultats des élections professionnelles et le mandat des élus. En effet, les salariés doivent élire les représentants de leur établissement pour la durée des mandats prévus²⁵²². Cependant, cette position semble pouvoir être fortement remise en cause en cas de dénonciation, révision ou fin de vie de l'accord de mise en place pendant la durée de vie des mandats²⁵²³. Comment articuler l'évolution des périmètres et la poursuite des mandats en cours ? Cette situation n'est pas anodine et interviendra dans de nombreuses entreprises²⁵²⁴. La fin de vie d'un accord à durée déterminée, de 5 ans par exemple²⁵²⁵, pourrait témoigner d'une absence de coordination

²⁵¹⁸ C. trav., art. R. 2314-1 : « les effectifs s'apprécient dans le cadre de l'entreprise ou dans le cadre de chaque établissement distinct ».

²⁵¹⁹ C. trav., art. L. 2316-1.

²⁵²⁰ C. trav., art. L. 2316-4 et s.

²⁵²¹ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8.

²⁵²² C. trav., art. L. 2314-33.

²⁵²³ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « ce temps est aussi un temps de rodage en ayant à l'esprit que les règles ne sont pas figées pour la durée du cycle électoral et qu'il est toujours possible de procéder, le cas échéant, à des ajustements conventionnels si les règles de départ se révèlent, dans les faits, inadaptées pour assurer le bon fonctionnement de la représentation élue du personnel ».

²⁵²⁴ Même s'il peut être préférable en pratique de conclure un accord pour la durée des mandats afin d'éviter « d'inutiles complications aux élections suivantes » (G. AUZERO, Établissements distincts : pas de décision unilatérale sans négociation préalable, La lettre juridique mai 2019, n°783) ; V. également L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102, spéc. n° 8 : « apparaît néanmoins plus pertinente la conclusion d'un accord à durée déterminée correspondant à celle des mandats des membres élus du CSE ». Pour autant la pratique semble plutôt s'orienter vers des accords à durée indéterminée : « souvent, la question est tranchée dans un accord à durée indéterminée portant sur tous les pans du droit du comité social et économique » (L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045). V. en ce sens également S. NIEL, A quoi sert le représentant de proximité ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2018, n° 1802, p. 8 : « c'est donc en général un accord collectif à durée indéterminée qu'il faut privilégier ».

²⁵²⁵ Il convient toutefois de noter qu'après analyse d'une centaine d'accords sur la base de données Légifrance, la très grande majorité des accords ont été conclus à durée indéterminée. Le reste des accords est conclu pour une durée similaire à celle des mandats. Aucun accord à durée déterminée de 5 ans n'a été relevé dans l'échantillon analysé.

initiale avec le cycle électoral²⁵²⁶. Cela sera également le cas en l'absence de mention sur la durée de l'accord ; dans cette situation, celle-ci est de 5 ans²⁵²⁷, ce qui conduit de nouveau à déconnecter la durée de l'accord de la durée du cycle électoral²⁵²⁸. Enfin, la possible dénonciation (pour les accords à durée indéterminée²⁵²⁹) ou révision de l'accord constitue aussi un risque d'évolution en cours de cycle²⁵³⁰.

545. Application des règles de droit commun – fin de l'accord et renégociation. Dans une telle situation, l'accord doit prendre fin²⁵³¹ ; dès qu'il n'existe plus, il cesse de s'appliquer immédiatement²⁵³² (dans une immédiateté moindre s'agissant de la

²⁵²⁶ Sur la volonté de faire coordonner la durée de l'accord et le cycle électoral : « *partant de ce point, l'acte devrait avoir, à défaut de stipulation contraire, une durée calquée sur la périodicité électorale sans qu'il soit, pour autant, interdit de stipuler une durée déterminée différente ou une durée indéterminée* » (J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 26).

²⁵²⁷ C. trav., art. L. 2222-4.

²⁵²⁸ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : « *le cycle électoral étant, en principe, de quatre ans, la durée quinquennale est inopportune* ».

²⁵²⁹ C. trav., art. L. 2261-9.

²⁵³⁰ S'agissant des règles peu adaptées de l'ensemble de ces mécanismes juridiques pour l'accord de mise en place : « *on voit bien, dans ces conditions, que les règles relatives à la mise en cause, mais également à la dénonciation ou à la révision, ne sont pas adaptées à la spécificité des accords à finalité institutionnelle* » (S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60). V. également : L. DAUXERRE, L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102, spéc. n° 8.

²⁵³¹ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *sauf stipulation fixant un terme suspensif, les dispositions initiales devraient être supprimées immédiatement, pour l'avenir* ». V. également S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 63.

²⁵³² C. trav., art. L. 2222-4, al. 3 : « *lorsque la convention ou l'accord arrive à expiration, la convention ou l'accord cesse de produire ses effets* ».

dénonciation²⁵³³). Dans le schéma classique du triptyque, l'absence d'accord collectif applicable conduit à appliquer les dispositions d'ordre public et supplétives. Dans le cas de la mise en place du CSE, cela conduit pour la détermination des établissements distincts à exiger l'engagement de négociations avec les délégués syndicaux ou le CSE²⁵³⁴ avant, en cas d'échec des négociations, que l'employeur ne prenne une décision unilatérale déterminant ces établissements sur la base de la définition légale supplétive²⁵³⁵.

546. Respect de l'acte juridique et conséquences discutables. Au-delà de ces conséquences textuelles et juridiques, la principale incidence concerne les instances en cours. Si l'accord disparaît au profit d'une décision unilatérale ou d'un nouvel accord, les répercussions pourraient être importantes. Elles nécessiteraient, possiblement, de modifier le périmètre des établissements distincts, ce qui provoquerait la fin de tous les mandats et

²⁵³³ En cas de dénonciation, la présence d'un préavis et d'une durée de survie oblige les parties à dénoncer leur accord généralement 15 mois avant la date des prochaines élections. En effet, en l'absence d'accord nouveau conclu lors du renouvellement des instances, l'accord non-dénoncé ou dénoncé trop tardivement devrait continuer à s'appliquer. À ce sujet : « *toutefois, il ne nous semble pas forcément pertinent de choisir la voie [d'un accord à durée indéterminée] dans la mesure où ses modalités de dénonciation ne sont pas forcément compatibles avec un calendrier électoral (sauf à procéder à une dénonciation en anticipant la question du délai de survie de l'accord collectif). Dans ce contexte, il semblerait plus pertinent de choisir la voie de l'accord à durée déterminée pour identifier les établissements distincts, cadre de mise en place des futurs CSE (la durée de l'accord étant alors calquée sur celles des élections)* » (D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8) ; V. également, F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « *les règles de dénonciation d'un accord à durée indéterminée peuvent théoriquement imposer la survie de l'accord pendant un délai de 15 mois, qui ne manquerait pas de contrarier l'organisation des élections à venir* ». D'autres auteurs, en revanche, estiment que l'accord de mise en place doit bénéficier d'un régime spécial, dérogoratoire au droit commun, notamment s'agissant de la dénonciation. En effet, le délai de 15 mois paraît inapproprié lorsqu'en arrivant en fin de cycle, certaines parties souhaiteront revenir sur le découpage pour les prochaines élections. Pour éviter cet écueil, un simple délai raisonnable devrait être exigé : « *la durée de 15 mois pour que l'accord, après avoir été dénoncé, cesse de produire ses effets ne paraît pas, non plus, parfaitement adaptée... [...] Enfin, si le régime de la révision paraît adapté en cas d'accord, celui de la dénonciation ne l'est pas. Il nous semble qu'elle devrait, comme pour l'acte unilatéral, produire effet à l'issue d'un délai raisonnable comprenant nécessairement l'élection en cours* » (J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 25 et 26).

²⁵³⁴ Cela n'est pas mentionné clairement dans les textes, mais il s'agit de l'articulation préalable entre l'obligation de négocier avec les délégués syndicaux ou le CSE et la prise d'une décision unilatérale s'agissant de la mise en place de l'instance. Il sera néanmoins possible de constater un vide juridique entre la fin de l'accord et la réalisation d'un nouvel acte juridique, notamment si les négociations préalables sont engagées tardivement et prennent du temps.

²⁵³⁵ C. trav., art. L. 2313-4.

l'organisation de nouvelles élections²⁵³⁶ ; l'objectif étant de respecter l'acte juridique de découpage alors en vigueur²⁵³⁷. Les conséquences d'une telle position sont très difficilement acceptables : surviennent un risque d'instabilité et une menace perpétuelle de fraude de la part des acteurs pour relancer un processus électoral.

547. Maintien des mandats possibles ? – Article L. 2313-6 du Code du travail. L'article L. 2313-6 du Code du travail est-il applicable ? Cet article prévoit que la perte de la qualité d'établissement distinct doit être reconnue par accord signé avec les délégués syndicaux, ou le CSE, ou par décision unilatérale établie dans les mêmes conditions que celles applicables pour la conclusion de l'accord de mise en place²⁵³⁸. Les mandats ont néanmoins la faculté de perdurer jusqu'à leur terme en cas d'accord conclu entre l'employeur et les délégués syndicaux ou le CSE²⁵³⁹. Une première lecture littérale valide l'application de cet article : les mandats prennent fin lorsqu'au sein du nouvel acte juridique l'établissement cesse d'exister (sauf accord de maintien des mandats)²⁵⁴⁰. Les difficultés liées à l'échelonnement des mandats dans le temps risquent de ressurgir²⁵⁴¹ : quid si l'entreprise comptait initialement deux établissements par accord ayant pris fin et que la décision unilatérale contraint l'employeur à prévoir trois établissements ? Voilà que l'établissement 1 est maintenu dans ces deux configurations mais que l'établissement 2 initial se découpe dans deux nouveaux établissements à la suite de l'application de la décision unilatérale. Le premier établissement n'ayant pas perdu sa qualité d'établissement distinct devrait perdurer

²⁵³⁶ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : « *puisque l'arrivée du terme emporte disparition de la convention (C. trav., art. L. 2222-4), il pourrait être décidé que cet évènement fasse perdre leur assise géographique aux instances élues emportant, par voie de conséquence, la fin des mandats en cours* ».

²⁵³⁷ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *en présence d'un accord collectif, l'avenant « se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie » (C. trav. art. L 2261-8)* ».

²⁵³⁸ M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 198 et s.

²⁵³⁹ C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 540.

²⁵⁴⁰ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *la perte de la qualité d'établissement distinct emporte en principe la cessation immédiate des fonctions des membres de la délégation du personnel du CSE de cet établissement et des mandats de membres du CSE central* ».

²⁵⁴¹ V. *supra* n° 521 et s.

jusqu'au terme des mandats²⁵⁴². À l'inverse, l'établissement 2 se scindant en deux perd sa qualité d'établissement distinct, les mandats de ses membres doivent cesser. Imaginons l'absence d'un accord de maintien des mandats, un échelonnement des mandats dans le temps aurait alors lieu à s'appliquer. Compte tenu du nombre d'accords de mise en place dérogeant à la définition légale d'établissement distinct et dont la durée de l'accord est supérieure au cycle électoral, il est fort probable de rencontrer, juridiquement, ces situations qui présentent des difficultés.

548. Une évolution immédiate aux mains de l'accord collectif - critique. Cet article L. 2313-6 du Code du travail modifie la détermination des périmètres dans le temps ainsi que l'application de la théorie du cycle électoral²⁵⁴³. Le rythme électoral pourrait être segmenté par des élections irrégulières, au gré des applications des accords collectifs et des décisions unilatérales. L'élection et la représentation du personnel seraient exclusivement aux mains du droit de l'accord collectif, là où le protocole d'accord préélectoral permettait, au temps du comité d'entreprise, de garantir l'application du périmètre durant toute la durée des mandats²⁵⁴⁴. L'accord collectif aurait une faculté de vie et de mort sur les instances. Est-il réellement possible de considérer que le législateur ait souhaité une telle situation ? A la lecture des textes, c'est celle-ci qui devrait être mise en œuvre²⁵⁴⁵. Il est toutefois probable que cette règle soit rarement appliquée en pratique.

²⁵⁴² En effet, l'article L. 2313-6 du Code du travail prévoit bien une fin des mandats seulement pour l'établissement concerné : « *la perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5 emporte la cessation des fonctions des membres de la délégation du personnel du comité social et économique de cet établissement* ».

²⁵⁴³ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 96-97 : « *les textes sont ambigus, laissant suggérer que la modification d'un accord sur le périmètre des établissements distincts aurait pour effet de remettre en cause les mandats en cours, pendant le délai d'exercice des mandats, ce qui est tout à fait étonnant et dérogatoire au principe selon lequel, sauf cas particulier, les mandats doivent pouvoir être menés jusqu'à leur terme* ».

²⁵⁴⁴ Aujourd'hui encore les juges maintiennent les règles issues du protocole d'accord préélectoral pendant tout le cycle électoral : « *une éventuelle dénonciation de l'accord préélectoral ne produirait d'ailleurs ses effets que dans le cadre d'un nouveau cycle électoral. Il en est de même pour une augmentation, où à l'inverse une diminution des effectifs. Cette décision garantit ainsi la stabilité aux entreprises dont l'effectif augmente ou diminue, sans remise en cause des mandats des représentants du personnel* » (D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections professionnelles : les enjeux du protocole d'accord préélectoral demeurent forts !, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 19).

²⁵⁴⁵ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571.

549. CSSCT et représentants de proximité. Concernant la CSSCT et les représentants de proximité, les conséquences théoriques de la disparition de l'accord de mise en place sont moins importantes. Les CSSCT obligatoires demeureront ; les modalités de mise en place et de fonctionnement seront incorporées au règlement intérieur de l'instance²⁵⁴⁶. Seules les CSSCT facultatives devraient être supprimées, sauf volonté contraire de l'employeur²⁵⁴⁷. Pour les représentants de proximité, ils devraient être supprimés à défaut de toute base conventionnelle de mise en place²⁵⁴⁸.

550. Application du droit commun inappropriée. Existe ici une nouvelle illustration du manque de clarté et de cohérence juridique de l'accord institutionnel²⁵⁴⁹. Le législateur, en laissant le droit commun de l'accord collectif s'appliquer²⁵⁵⁰, a créé une nouvelle zone d'ombre et d'incertitude²⁵⁵¹. Le législateur n'a pas pris en compte la particularité du droit électoral et du droit de la représentation du personnel créant ainsi des difficultés réelles d'application des textes²⁵⁵²...

²⁵⁴⁶ Il s'agit de dispositions d'ordre public : C. trav., art. L. 2315-36 & L. 2315-44.

²⁵⁴⁷ C. trav., art. L. 2315-44.

²⁵⁴⁸ C. trav., art. L. 2313-7.

²⁵⁴⁹ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²⁵⁵⁰ J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy déc. 2017, n° 1796, p. 5 : « *aux termes du renvoi fait aux conditions de validité de l'accord collectif de droit commun, on peut de prime abord penser que le régime de l' « accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 » relève a priori du droit commun des accords collectifs. [...] L'application pure et simple du droit commun des accords collectifs à l'accord sur les établissements distincts ne serait d'ailleurs pas sans soulever certaines incertitudes* ».

²⁵⁵¹ C. WOLMARK, Répertoire de droit du travail, Établissement, Dalloz, 2019 : « *si l'accord fixant le contour des établissements relève selon la loi du droit commun des accords collectifs, diverses questions n'ont pas été réglées alors qu'elles auraient nécessité une adaptation au contexte spécifique des élections professionnelles* ».

²⁵⁵² M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2 : « *on se perd en conjectures sur la nature de l'accord sur le découpage en établissements distincts* ». V. également, Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : « *même si la nouvelle interdépendance entre l'accord de reconnaissance des établissements distincts et les élections professionnelles pourrait justifier cette solution, elle serait profondément inadaptée* ».

2. La nécessité de contrer l'application du droit commun de l'accord collectif

551. Avis doctrinal. La solution précédente, fondée sur le droit commun, est donc particulièrement « *inadaptée* »²⁵⁵³. Est-il possible, juridiquement, d'invoquer une solution alternative ne nécessitant pas une réécriture législative des textes ? L'hypothèse du maintien des établissements pendant toute la durée du cycle électoral est aujourd'hui globalement souhaitée²⁵⁵⁴. Si la doctrine et la pratique semblent partager cette vision, il convient toutefois d'établir un raisonnement juridique en mesure de contrer l'application des règles du droit commun de l'accord collectif²⁵⁵⁵ ; plusieurs hypothèses sont envisageables.

552. Production des effets de l'accord limitée au scrutin - théorie. La première hypothèse semble conforme au régime de droit commun de l'accord collectif. Il s'agirait de considérer que l'accord ne produit ses effets que dans le cadre des élections professionnelles. Une fois celles-ci achevées, peu important le maintien ou non de l'accord, ce dernier ne produit plus d'effet jusqu'aux prochaines élections. Il s'agit là d'une approche partagée par le Professeur Cesaro et Arnaud Teissier : « *selon nous, l'acte déploie ses effets utiles lors du scrutin ; l'extinction de l'acte ne remet pas en cause l'élection passée ni les mandats en cours. Il faudra simplement conclure un nouvel accord pour la prochaine élection* »²⁵⁵⁶.

²⁵⁵³ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358.

²⁵⁵⁴ V. notamment : J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 26 ; S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60 : « *l'esprit des textes étant de procéder, dans un même accord, au règlement des principaux éléments configurant l'instance, il pourrait être défendu que cette configuration doit demeurer en l'état jusqu'à la fin du cycle électoral* ».

²⁵⁵⁵ Yannick Pagnerre et Emeric Jeansen évoquent deux hypothèses : « *sur les fondements pris de la sécurité juridique et de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 afin d'éviter un « vide de représentation collective », il pourrait être décidé soit que la survenance du terme de l'accord déterminant les établissements distincts est sans effet sur la régularité des mandats en cours pendant un cycle électoral, soit que les mandats en cours sont maintenus jusqu'à l'organisation imminente de nouvelles élections professionnelles* » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358) ; V. également J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy déc. 2017, n° 1796, p. 5 : « *il n'est dès lors pas franchement certain que le droit commun des accords collectifs puisse nécessairement être totalement transposé à l'accord d'entreprise définissant le nombre et le périmètre des établissements distincts* ».

²⁵⁵⁶ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224.

Cette théorie repose sur plusieurs éléments. Tout d'abord sur le principe même de l'accord : ce dernier vise à déterminer le cadre des établissements distincts pour la prochaine mandature. Dès lors que celui-ci est déterminé et que les élections ont été effectuées, l'accord ne produit plus d'effet, ses dispositions se trouvent figées pour l'ensemble du cycle électoral²⁵⁵⁷. Ce dernier est le second élément venant au soutien de cette position ; en droit du travail, le cycle électoral revêt une importance particulière²⁵⁵⁸. Il apparaît cohérent de figer et sécuriser les effets d'un accord durant tout le cycle électoral lorsque la raison d'être de l'accord repose sur la détermination du cadre des élections et de la structure de la représentation du personnel²⁵⁵⁹. S'ils suivent cette théorie, les juges maintiendraient une cohérence juridique en attribuant à l'accord de mise en place un régime juridique de droit commun.

553. Production des effets de l'accord limitée au scrutin - critiques. Cette théorie peut néanmoins recevoir certaines critiques. Les effets de l'accord se déploient-ils simplement au scrutin ? En réalité, l'accord semble produire ses effets tout au long de son existence : les établissements distincts demeurent tout au long du cycle en vertu de l'accord de mise en place (ainsi que les règles correspondantes : niveau d'information et consultation, répartition des élus, etc.). Les effets de l'accord de mise en place ne seraient pas limités temporellement à l'organisation des élections professionnelles bien que celles-ci déterminent les élus, leur périmètre et la durée de leur mandat. Autre critique invocable face à cette position : elle conduit à rendre inapplicable l'article L. 2313-6 du Code du travail. En prévoyant la fin des mandats en cas de nouvel accord ou décision unilatérale actant la perte de la qualité d'un établissement distinct (et la possibilité de les maintenir par accord), ce texte est incompatible avec l'application de l'accord d'origine pendant toute la durée du cycle électoral²⁵⁶⁰. Il conviendrait en réalité de n'appliquer l'article L. 2313-6 du Code du travail que lors des

²⁵⁵⁷ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 26 : « une fois les élections passées, il importe donc qu'il atteigne son terme, qu'il soit révisé ou remplacé par un autre acte ».

²⁵⁵⁸ V. *supra* n° 489.

²⁵⁵⁹ D'autant que les juges ont de plus en plus tendance à rechercher « l'objectif de la stabilité durant le cycle électoral » : D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections professionnelles : les enjeux du protocole d'accord préélectoral demeurent forts !, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 19.

²⁵⁶⁰ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 96-97.

renouvellements d'instance et donc de « prioriser » son application aux cas d'échelonnement des mandats dans le temps²⁵⁶¹. Une autre possibilité peut être envisagée : cet article serait applicable non pas aux hypothèses d'évolution des périmètres mais simplement en cas de perte de la qualité d'établissement distinct dû à la disparition définitive et matérielle de celui-ci (transfert juridique de l'établissement par exemple)²⁵⁶². Rien ne laisse toutefois à penser qu'il s'agissait de la lecture souhaitée par le législateur.

554. Droit spécial de l'accord institutionnel. À défaut de compatibilité avec le droit commun, il pourrait être envisagé de recourir au droit spécial. En l'absence de règles fixées en ce sens par le législateur, seul le juge pourrait reconnaître une telle solution²⁵⁶³. Ce recours au droit spécial est évoqué par certains auteurs, pour lesquels il est possible de s'interroger sur l'existence d'une « *autonomie à l'acte juridique de découpage* ». En effet, « *ne faut-il pas considérer que l'acte de découpage doit être soumis à un régime spécifique, adapté à son objet : l'élection ? En effet, même lorsqu'il est négocié avec les syndicats, il ne suit pas le droit commun, car la voie du référendum n'est pas ouverte. [...] Enfin, l'acte de découpage est régi par une section du Code du travail relative à la « mise en place » du comité social et économique et on peut assez naturellement estimer que le découpage est lié à l'élection qu'il structure* »²⁵⁶⁴. Ces éléments, qui mettent en lumière les liens étroits qu'entretiennent l'accord de mise en place et les élections, devraient conduire à écarter le droit commun pour appliquer un droit spécial, adapté à la situation. C'est le cas pour le

²⁵⁶¹ V. *supra* n° 521.

²⁵⁶² M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 199 ; V. également sur une limitation de cet article au transfert d'entreprise, F. PETIT, *Répertoire de droit du travail, Représentants du personnel : élections*, Dalloz, 2020, n° 32 : « *normalement, même si un établissement disparaît, il y a lieu d'attendre la fin des mandats. Il n'en va autrement qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur entraînant la perte du caractère distinct des établissements (C. trav., art. L. 2316-12). Cette hypothèse suppose l'existence d'un transfert d'entreprise ne permettant pas aux établissements de subsister* ».

²⁵⁶³ S'agissant de l'accord de mise en place : « *il ferait sens, dès lors, de leur consacrer un régime spécifique, la Cour de cassation pouvant procéder à cet effet à des ajustements bien qu'il soit préférable que le législateur reprenne la main* » (S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, *Les représentants de proximité*, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60).

²⁵⁶⁴ J.-F. CESARO, A. TEISSIER, *L'implantation du comité social et économique*, JCP S 2018, 1224.

protocole d'accord préélectoral²⁵⁶⁵. Cependant, aucun de ces indices n'est réellement pertinent pour envisager que les rédacteurs aient imaginé donner à l'accord de mise en place un régime spécifique. La jurisprudence pourrait dès lors prendre le relai et, en se fondant sur les arguments développés ci-dessus, considérer que l'accord de mise en place n'est pas soumis aux règles classiques des accords collectifs. Il conviendrait de considérer que les établissements distincts seraient figés le temps du cycle électoral²⁵⁶⁶ et que, si les accords peuvent prendre fin ou être modifiés au cours de cycle, les effets inhérents aux évolutions ne débuteraient que lors des prochaines élections professionnelles. Il existerait un maintien implicite des dispositions de l'accord jusqu'à la fin de l'actuelle mandature des élus.

555. Position gouvernementale. Si les juges ne se sont pour le moment pas prononcés sur la question, le Gouvernement a précisé son interprétation des textes lors du « Questions-Réponses » sur le CSE. La question 26 était la suivante « *est-il possible de modifier le nombre et le périmètre des établissements distincts pendant l'application de l'accord, notamment en cas d'évolution de l'organisation de l'entreprise ?* ». La réponse de l'administration est explicite : « *Oui. Il peut être révisé selon les mêmes règles de révision que celles applicables à la révision d'un accord collectif (L.2261-7-1). Le nouveau découpage ne sera effectif que lors des prochaines élections, au moment du renouvellement du comité social et économique* »²⁵⁶⁷. Autrement dit, l'administration se joint à la doctrine et à la pratique en considérant qu'il n'est pas possible, en cours de mandat, d'appliquer immédiatement un nouvel accord de découpage²⁵⁶⁸ et reconnaît implicitement

²⁵⁶⁵ À ce titre, Marie Hautefort effectue un parallélisme avec le PAP concernant le régime juridique de l'accord de mise en place : « *une première interprétation, bancaire, permettrait de considérer qu'il fait partie du protocole d'accord préélectoral avec simplement des signataires et des conditions de validité spéciales. Dans ce cas, il serait signé pour la durée du cycle électoral. Il ne serait pas révisable et ne pourrait être contesté que dans les 15 jours suivant l'élection. Les dispositions prises par le décret no 2017-1819 du 29 décembre 2017 en matière de découpage par décision unilatérale, qui prévoit la contestation dans un délai de 15 jours, donnent un indice dans ce sens* » (M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2).

²⁵⁶⁶ Comme cela est le cas s'agissant de la représentativité syndicale « *en vue d'assurer une certaine sécurité juridique aux situations acquises grâce à un score électoral* » (F. PETIT, La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 141).

²⁵⁶⁷ 117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 30, p. 20, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf.

²⁵⁶⁸ Cette position se confond notamment avec celle défendue par le Professeur Cesaro et Arnaud Teissier : « *un nouveau découpage décidé en cours de cycle ne produira d'effets que pour l'avenir* » (J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224, spéc. n° 26).

l'inapplicabilité de l'article L. 2313-6 du code du travail propre à la perte de la qualité d'établissement distinct²⁵⁶⁹. S'il n'est question que de révision dans la réponse, la logique semble clairement devoir être identique en cas de dénonciation ou de fin de vie d'un accord. Il est difficile en revanche de percevoir la justification juridique : interprétation du droit commun ou droit spécial ?²⁵⁷⁰ Certains auteurs soulignent cette ambiguïté : « *on constate donc un mélange entre l'accord de droit commun (qui peut être révisé) et le protocole d'accord préélectoral valable pour toute la durée du mandat s'il n'a pas été contesté dans les 15 jours suivant l'élection* »²⁵⁷¹. Les praticiens confrontés à cette situation devraient ne pas modifier les établissements en cours de cycle électoral²⁵⁷². Une décision serait bienvenue pour clarifier la justification théorique²⁵⁷³. Cette dernière pourrait par ailleurs éclairer bien d'autres interrogations au sujet du régime juridique de l'accord institutionnel.

B. Le fonctionnement et les attributions, reconfigurables en cours de cycle

556. Divergence avec l'accord sur le fonctionnement et les attributions. Le raisonnement suivi pour l'accord de mise en place doit-il être identique s'agissant de l'accord

²⁵⁶⁹ Cette position de l'administration est toutefois contestée par certains auteurs : « *il est permis de douter de cette affirmation [de la DGT dans le questions/réponses]. Aucune disposition légale n'interdit à un avenant de reconnaître immédiatement un nouvel établissement distinct. Pour que l'effet de l'avenant soit reporté à la date d'expiration des mandats en cours, il est nécessaire qu'une clause de l'accord le prévoit expressément. À défaut, l'employeur devrait, sans attendre le terme des mandats, organiser des nouvelles élections en son sein et prévoir une augmentation du nombre de sièges dans le CSE central* » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571) ; V. également s'agissant de cette réponse « *ambigüe* » : M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2 ; V. aussi : Les établissements distincts : reconnaissance et enjeux, LSQ, le dossier pratique, n° 176-2020, p. 4 : « *cette précision [de l'administration] surprend un peu dans sa généralité, au regard de l'effet immédiat de la perte de la qualité d'établissement distinct prévue par les dispositions légales précitées, sauf accord contraire* ».

²⁵⁷⁰ D'où les « *quelques réserves* » qu'appellent cette décision pour certains auteurs : S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60.

²⁵⁷¹ M. HAUTEFORT, Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2.

²⁵⁷² Il convient de noter que certains accords ont anticipé cette question en prévoyant des règles propres à l'évolution des périmètres en cours de cycle électoral, « *ce qui relève de la prudence pour gérer les facteurs de complexité et éviter les situations potentiellement litigieuses* » (B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 41).

²⁵⁷³ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections professionnelles : les enjeux du protocole d'accord préélectoral demeurent forts !, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 19.

sur le fonctionnement et les attributions du CSE²⁵⁷⁴ ? Doit-t-il également être « figé » pour toute la durée d'un cycle électoral ? Cet accord ne traitant pas des mêmes matières que l'accord de mise en place, son évolution est en réalité acceptable en cours de cycle (1.), les difficultés pratiques demeureront limitées (2.).

1. Une évolution acceptable en cours de cycle

557. Absence de lien direct avec le cycle électoral. Contrairement au particularisme de l'accord de mise en place, l'objet des accords portant sur le fonctionnement et les attributions du CSE n'est pas de déterminer une partie de l'organisation des élections. Le contenu de ces accords n'a pas de conséquences sur les règles propres au cycle électoral²⁵⁷⁵. Ce qui justifiait le particularisme attribué à l'accord de mise en place est absent pour l'accord sur le fonctionnement et les attributions²⁵⁷⁶. Cela étant, existe-t-il malgré tout des éléments spécifiques à l'accord sur le fonctionnement et les attributions du CSE ? Ce dernier est censé régir tant les règles propres au fonctionnement de l'instance (nombre de réunions, formations, commissions, expertises...) ²⁵⁷⁷ que celles liées aux attributions (périodicité des consultations, contenu des informations, délai pour rendre des avis...) ²⁵⁷⁸.

558. Modifications immédiates en cours de cycle. Il s'agit de matières s'appréciant généralement à un instant donné, ce qui ne restreint pas la modification du contenu de ces accords en cours de cycle électoral. Voilà une entreprise qui commence un cycle électoral avec un accord prévoyant une réunion du CSE par mois²⁵⁷⁹. En cours de cycle, l'accord est

²⁵⁷⁴ La solution pourra être prise individuellement en cas d'accord portant seulement sur le fonctionnement ou sur les attributions.

²⁵⁷⁵ G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069 : « *qu'un accord ait été ou non conclu lors de l'installation de celle-ci, il demeure ouvert à la négociation de faire évoluer certains éléments de l'ensemble sans attendre le renouvellement de l'instance* ».

²⁵⁷⁶ Le professeur Géa a pu relever que la question de la durée des accords « *se présentera [...] d'ailleurs sous un jour différent en fonction des sujets. La problématique de la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts et celle des représentants de proximité est, à l'évidence, d'une autre nature que celle des informations et consultations du comité* » (F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 50).

²⁵⁷⁷ L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON, Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226.

²⁵⁷⁸ F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC, Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225.

²⁵⁷⁹ C. trav., art. L2315-28 et L. 2312-19.

révisé et prévoit une réunion tous les deux mois. Cette modification ne pose aucune difficulté d'application immédiate. Il n'est pas possible d'opposer quelconque principe juridique à l'application de ces règles de droit commun : la modification est directement exécutable. Si la mise en place porte sur le socle de l'instance, quasiment indérogeable, le fonctionnement et les attributions habillent ce socle de leur contenu, sans qu'il ne soit opposé le droit aux parties de modifier cet habillage en cours de cycle²⁵⁸⁰.

559. Application du droit commun. Contrairement aux accords de mise en place, aucune règle spécifique n'est à prévoir, il s'agira de réviser ou dénoncer les accords selon le fondement du droit commun, les effets classiques seront appliqués à ces accords. La doctrine d'ailleurs ne pointe aucune spécificité particulière s'agissant de cet accord qui, contrairement à l'accord de mise en place, dont la recommandation est plutôt de le conclure à durée déterminée correspondant à la durée des mandats, peut être conclu à durée indéterminée²⁵⁸¹.

2. Des difficultés pratiques limitées

560. Interrogations mineures sur l'articulation entre deux accords. Certaines interrogations peuvent demeurer sur les rapports qu'entretiendraient l'ancien accord et le nouvel accord. En effet, dès qu'il sera question de délais et de cumul sur une année, des questions d'interprétation se poseront.

561. Délais. S'agissant des délais, voilà un accord initial qui prévoit une consultation sur les orientations stratégiques tous les 2 ans²⁵⁸². Un nouvel accord est signé et augmente ce délai à 3 ans, quel est le point de départ de ce nouveau délai ? L'hypothèse pratique est la suivante : les mandats des membres du CSE débutent le 1^{er} janvier 2020. Le 1^{er} juin 2021 l'accord institutionnel est révisé, aucune consultation n'a eu lieu depuis le 1^{er} janvier 2020 sur les orientations stratégiques, le délai passe de 2 à 3 ans. Trois solutions peuvent être

²⁵⁸⁰ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9.

²⁵⁸¹ F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2 : « *l'ajustement des règles de fonctionnement du CSE aux besoins de l'entreprise étant une négociation aussi stratégique que vaste, il est conseillé de négocier cet accord pour une durée indéterminée, afin d'éviter d'avoir à en rediscuter à chaque cycle électoral* ».

²⁵⁸² C. trav., art. L. 2312-19.

invoquées : soit il est considéré que l'obligation de consulter le comité dans les 2 ans est née dès le 1^{er} janvier 2020 et continue de produire ses effets malgré la fin de l'accord initial. Cette solution semble à rejeter puisque le Code du travail prévoit expressément que « *lorsque la convention ou l'accord arrive à expiration, la convention ou l'accord cesse de produire ses effets* »²⁵⁸³. La seconde solution consiste à considérer que le point de départ du délai pour consulter est la date de conclusion de l'accord collectif. Ici, le délai de 3 ans ne débiterait qu'à compter du 1^{er} juin 2021, exonérant ainsi l'ensemble de la mandature d'une consultation sur les orientations stratégiques. Cette solution n'est pas plus acceptable. En effet, le risque de paralysie de l'instance, en cas d'accords successifs n'est pas négligeable. Par ailleurs, il ferait prédominer l'accord sur l'instance en dépit des règles d'ordre public sur ce sujet²⁵⁸⁴. Enfin, il peut être envisagé que le délai s'applique de manière autonome à l'accord. Dans l'exemple donné, il s'agirait de considérer qu'il est nécessaire de remonter à la dernière consultation sur les orientations stratégiques et de considérer que la nouvelle consultation doit avoir lieu non plus dans les 2 ans mais dans les 3 ans²⁵⁸⁵. Cette solution permet de rythmer de manière plus cohérente les consultations de l'instance et de conférer à celle-ci le réel pouvoir de recevoir les effets de l'accord. Il convient toutefois pour éviter tout contentieux de préciser dans l'accord les modalités exactes d'application²⁵⁸⁶.

562. Cumuls. L'autre point d'attention porte sur les cumuls. Cette hypothèse est envisageable, par exemple, s'agissant des budgets du CSE²⁵⁸⁷. En cas de modification du budget en cours d'année, ce dernier est-il modifié pour l'année en cours ou pour l'année suivante ? La solution ne peut réellement être tranchée d'un point de vue purement juridique.

²⁵⁸³ C. trav., art. L. 2222-4.

²⁵⁸⁴ C. trav., art. L. 2312-19 ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

²⁵⁸⁵ V. sur la question du moment précis de la consultation durant l'année : V. ARMILLEI, La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ?, Dr. soc. 2021, p. 47, spéc. n° 20 et 21.

²⁵⁸⁶ Prévoir une autre solution que celle que l'on énonce pourrait, à notre sens, être risqué puisque les dispositions d'ordre public, et notamment l'article L. 2312-19 du Code du travail prévoient une périodicité maximale de 3 ans pour les consultations récurrentes : cette disposition se limite-t-elle au contenu de l'accord (« *la périodicité des consultations prévue par l'accord ne peut être supérieure à trois ans* ») ou bien est-elle analysable comme la périodicité maximale au sein de l'instance ? Nous pensons, comme le raisonnement exposé dans les développements, qu'il est nécessaire d'appréhender le délai de 3 ans concrètement, c'est-à-dire qu'une nouvelle consultation doit avoir lieu au plus tard 3 ans après la dernière.

²⁵⁸⁷ C. trav., L. 2312-81 et L. 2315-61.

Les parties doivent être vigilantes et prévoir les modalités exactes de cette transition au sein des accords. Le manque de clarté des termes et des modifications peut conduire à des difficultés d'appréciation ; une vigilance particulière est requise²⁵⁸⁸.

563. Conclusion. Malgré l'existence de quelques interrogations, fortement surmontables, il est reconnu la possibilité de réviser en cours de cycle électoral un accord portant sur le fonctionnement et les attributions du CSE pour une application immédiate. Cette solution est également applicable aux accords en fin de vie ainsi qu'aux accords dénoncés, après le délai de survie ; à défaut d'accord leur succédant les dispositions d'ordre public et supplétives s'appliqueront.

§2. Les conséquences du transfert d'entreprise sur l'accord institutionnel

564. Définition. Le thème de l'autonomie des accords institutionnels se pose également dans l'hypothèse du transfert d'entreprise. Ce dernier correspond à un « *changement dans la situation juridique de l'employeur* » ; il résulte d' « *une opération par laquelle une activité économique se voit confiée à un nouvel exploitant, le second employeur* »²⁵⁸⁹. Le mécanisme le plus courant de transfert d'entreprise repose sur la fusion de toute ou partie d'une entreprise par une autre²⁵⁹⁰.

565. Conséquences individuelles et collectives. Le processus de transfert d'entreprise emporte des conséquences individuelles et collectives. Sur le plan individuel, les contrats de

²⁵⁸⁸ V. sur le travail d'interprétation des juges : Cass. soc., 4 sept. 2019, n° 18-11.539.

²⁵⁸⁹ « *Transfert d'entreprise* », in Fiches d'orientation Dalloz, 2020 ; V. également : G. DUCHANGE, « *Restructuration* » in Notions et normes en droit du travail (sous la direction de B. TEYSSIE), éd. Panthéon-Assas 2016, p. 313.

²⁵⁹⁰ « *Fusion* » in G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 13^èm éd. 2019, p. 480 : « *opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés réunissent leur patrimoine pour ne former qu'une seule société* » ; peuvent également être citées les hypothèses de scission et de cession.

travail sont automatiquement transférés au sein de la nouvelle entité²⁵⁹¹. Cette première conséquence semble ne pas concerner la représentation du personnel. Pourtant, il s'agit de l'acte fondateur d'un processus de transfert plus global qui nécessite de s'interroger sur les conséquences en termes de statut collectif et de représentation du personnel²⁵⁹². En effet, le statut collectif sera lui aussi impacté²⁵⁹³ : comment articuler le statut collectif des salariés transférés avec le statut collectif de l'entreprise d'accueil ?²⁵⁹⁴ Cette interrogation concerne particulièrement la représentation du personnel en raison de la conventionnalisation importante du CSE. Ces accords ont intégré le statut collectif des entreprises ; les conséquences d'un transfert d'entreprise devront être étudiées. Aussi, que devient la représentation du personnel ? La réponse apportée à cette interrogation emporte un certain nombre de conséquences.

566. Autonomie de l'accord institutionnel. L'autonomie de l'accord institutionnel est de nouveau questionnée. Le droit commun de l'accord collectif est-il applicable, permettant ainsi une application classique des règles régissant le transfert d'entreprise : transfert des instances sous certaines conditions²⁵⁹⁵, mise en cause du statut collectif²⁵⁹⁶, délai de survie²⁵⁹⁷, articulation entre le statut d'origine et celui d'accueil²⁵⁹⁸... ? À l'inverse, la représentation du personnel répond-elle à des règles propres, excluant le recours au droit

²⁵⁹¹ C. trav., art. L. 1224-1 : « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise » ; V. également : P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, p. 105 et s.

²⁵⁹² P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, p. 223 : « la notion de « modification dans la situation juridique de l'employeur » au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, concerne en premier chef les relations individuelles et ne doit pas, en principe, pénétrer le domaine des relations collectives de travail. Néanmoins, divers textes du même code renvoient expressément à ce texte pour tirer les conséquences, sur le plan des relations collectives, d'une modification dans la situation juridique de l'employeur ».

²⁵⁹³ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, p. 223 : « l'existence d'un transfert d'entreprise engendre de nombreuses conséquences dans la sphère des relations collectives ».

²⁵⁹⁴ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 1036-1037.

²⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 2314-35.

²⁵⁹⁶ C. trav., art. L. 2261-14.

²⁵⁹⁷ C. trav., art. L. 2261-14.

²⁵⁹⁸ C. METZGER, M. KHELIF, *Harmoniser le statut du personnel*, Cah. DRH déc. 2020, n° 281, p. 47.

commun de l'accord collectif ?²⁵⁹⁹ Quelle solution faut-il retenir pour permettre l'application de règles juridiques cohérentes : droit commun de l'accord collectif ? droit commun des contrats ? droit spécial ? L'ensemble de ces questions appellent à être étudiées tant leurs effets sont importants²⁶⁰⁰. Elles permettent de constater que les conséquences de droit commun du transfert d'entreprise peuvent être incompatibles avec l'évolution de l'instance de représentation du personnel (I.) ; dans ce cas, le mécanisme de la caducité devra être abordé et développé, pour offrir une solution juridique à ces incompatibilités (II.).

I. Des conséquences juridiques incompatibles

567. Le constat d'une incompatibilité. Les conséquences relatives au sort des accords institutionnels et à celui des institutions représentatives du personnel devront être étudiées au préalable (A.). Cette analyse permettra de mettre en relation ces deux régimes pour constater leur incompatibilité (B.).

A. Le sort des accords et des institutions représentatives du personnel

568. Analyse du régime de droit commun de l'accord collectif. L'étude des deux régimes en cause est un préalable indispensable. Dans un premier temps, il conviendra de s'interroger sur le sort des institutions représentatives du personnel : que deviennent les instances à la suite du transfert d'entreprise ? (1.). Cette réponse permettra ensuite d'évoquer le sort des accords institutionnels selon l'application des règles de droit commun de l'accord collectif (2.).

²⁵⁹⁹ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 40, n° 89 : « *faut-il considérer que la configuration conventionnelle de l'instance doit être soumise aux règles gouvernant la représentation du personnel en cas de transfert d'entreprise, excluant ainsi toute application du droit commun des conventions et accords collectifs ?* ».

²⁶⁰⁰ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *au sujet des restructurations, ont été reprises les anciennes dispositions légales dont l'insuffisance et les malfaçons ont été dénoncées* ».

1. Le sort des institutions représentatives du personnel

569. Dispositions légales. Le législateur traite la question du sort des instances et des mandats à la suite d'un transfert d'entreprise au sein du Code du travail : « *le mandat des membres élus de la délégation du personnel du comité social et économique et des représentants syndicaux de l'entreprise ayant fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie juridique* »²⁶⁰¹. L'article L. 2314-35 poursuit en précisant que si l'entreprise devient un établissement ou que si le transfert concerne un ou plusieurs établissements conservant ce caractère, alors « *le mandat des représentants syndicaux subsiste et le mandat des membres élus de la délégation du personnel du comité social et économique se poursuit jusqu'à son terme* »²⁶⁰². Le troisième alinéa dispose néanmoins qu'un accord peut modifier la durée des mandats pour « *tenir compte de la date habituelle des élections dans l'entreprise d'accueil* »²⁶⁰³. Ce texte précise que les mandats sont maintenus lorsque l'entreprise « *conserve son autonomie juridique* »²⁶⁰⁴, ou lorsque cette autonomie juridique est conservée à la suite du transfert d'un ou plusieurs établissements distincts²⁶⁰⁵. Les mandats peuvent perdurer au-delà du transfert d'entreprise²⁶⁰⁶. Dans un tel cas, les mandats se maintiennent jusqu'à leur échéance classique

²⁶⁰¹ C. trav., art. L. 2314-35, al. 1.

²⁶⁰² C. trav., art. L. 2314-35, al. 2.

²⁶⁰³ C. trav., art. L. 2314-35, al. 3.

²⁶⁰⁴ Pour une définition jurisprudentielle : « *les mandats doivent être maintenus dans les seuls cas où l'entité économique transférée correspond au cadre dans lequel les représentants concernés ont été élus et sous réserve que ce cadre subsiste après le transfert* » (CA Riom, 15 févr. 2011, n° 10-618) ; V. également : F. CANUT, Transferts d'entreprise et représentation du personnel, Cah. soc. sept. 2017, p. 443 ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 1280 et s. ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 ; J. ICARD, L'incidence d'un transfert d'entreprise sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail Sept. 2018, n° 1, p. 75 ; B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 551.

²⁶⁰⁵ L'article 6.1 de la Directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements suit la même logique : « *si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs concernés par le transfert subsistent, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant la date du transfert en vertu d'une disposition législative, réglementaire, administrative ou d'un accord, sous réserve que les conditions nécessaires pour la formation de la représentation des travailleurs soient réunies* » ; V. pour plus de développements : P. MORVAN, Restructurations en droit social, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, p. 330.

²⁶⁰⁶ V. sur ce sujet : G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 159 et s.

sauf accord conclu avec les organisations syndicales représentatives de l'entité transférée ou, à défaut, avec le CSE transféré.

570. Création d'un nouvel établissement distinct. Ces textes permettent à la société absorbée de voir un ou plusieurs de ses CSE se transformer en CSE d'établissement au sein de l'entité d'accueil. Une question juridique se pose : comment justifier la création d'un nouvel établissement distinct au sein de l'entité d'accueil ?²⁶⁰⁷ Le Code du travail semble solliciter la reconnaissance de cet établissement : « *si cette entreprise devient un établissement au sens du présent titre ou si la modification mentionnée au premier alinéa porte sur un ou plusieurs établissements distincts qui conservent ce caractère, le mandat des représentants syndicaux subsiste...* »²⁶⁰⁸. Qu'entend le législateur lorsqu'il emploie les expressions « *devient un établissement au sens du présent titre* » et « *conservent ce caractère* » ? Cela signifie-t-il qu'il est nécessaire de se fonder sur les règles de détermination d'un établissement distinct et donc de modifier l'acte juridique d'origine de l'entité d'accueil (accord d'entreprise, accord avec le CSE ou décision unilatérale) ?²⁶⁰⁹ Autrement dit, en présence d'un accord de mise en place et en l'absence de toute révision de celui-ci, aucune entité transférée, bien que conservant son autonomie, ne pourrait se voir qualifiée d'établissement distinct. Au contraire, doit-il être considéré que l'article L. 2314-35 crée de lui-même un nouvel établissement dans l'entité d'accueil lorsque l'autonomie est conservée ? Il conviendrait, selon nous, de ne pas conditionner le maintien des mandats à la reconnaissance préalable d'un établissement distinct²⁶¹⁰. Le texte est directement inspiré des anciennes dispositions et donc du cadre légal de détermination des établissements distincts²⁶¹¹. Par ailleurs, cela conduirait l'entreprise à contrevenir aux dispositions

²⁶⁰⁷ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *faut-il un acte postérieur au transfert pour constater le maintien ou la perte de l'autonomie de l'entité transférée ?* ».

²⁶⁰⁸ C. trav., art. L. 2314-35, al. 2.

²⁶⁰⁹ C. trav., art. L. 2313-2 et s.

²⁶¹⁰ Cette position est partagée par plusieurs auteurs : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 201 ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 164.

²⁶¹¹ C. trav., art. L. 2324-26 (abrogé) ; V. sur l'ancien critère de l'autonomie du comité d'établissement : M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 12^{ème} éd. 2016, p. 152.

européennes : la question du maintien et de la reconnaissance d'un établissement n'est pas mentionnée dans les conditions requises à la poursuite des mandats²⁶¹². Aussi, dès lors qu'il y a conservation de l'autonomie, les mandats devraient être automatiquement maintenus au sein d'un CSE d'établissement ou d'un CSE d'entreprise selon la configuration initiale de l'entreprise d'accueil²⁶¹³. L'article L. 2314-35 du Code du travail vient créer une nouvelle forme implicite de reconnaissance légale d'un établissement²⁶¹⁴.

2. Le sort des accords

571. Interrogations multiples. La question du sort des accords collectifs est également traitée par le législateur : le mécanisme de la mise en cause a vocation à s'appliquer²⁶¹⁵. Celui-ci doit être étudié en raison des nombreuses interrogations qu'il présente : quel est son régime ? S'applique-t-il à l'accord institutionnel ? Si oui, quid en cas d'absence de transfert des mandats ? Les accords peuvent-ils contenir des droits acquis pour les salariés ? Ces réponses permettront d'éclairer la relation d'incompatibilité entre transfert des mandats et accord institutionnel.

572. Régime juridique de la mise en cause. S'agissant tout d'abord de son régime, le Code du travail précise que la mise en cause se produit « *en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité* » et qu'elle permet à l'accord de continuer à « *produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis* »²⁶¹⁶. Le texte impose de nouvelles négociations au sein de l'entreprise concernée, dans les trois mois qui suivent la mise en cause. Si aucun accord ne se substitue,

²⁶¹² Directive 2001/23/CE, 12 mars 2001, JO n° L 082 du 22 mars 2001, art. 6.

²⁶¹³ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *dans le silence de la loi, rien n'oblige l'employeur à adopter une norme précisant les conséquences du transfert sur l'autonomie de l'entité transférée* ».

²⁶¹⁴ En ce sens : « *le texte précise que si l'entreprise transférée devient un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil, le CSE d'entreprise devient un CSE d'établissement. Ce changement s'opère par l'effet de la loi* » (G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 164).

²⁶¹⁵ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^{ème} éd. 2018, p. 1035 et s.

²⁶¹⁶ C. trav., art. L. 2261-14.

les salariés bénéficient d'une garantie de maintien de rémunération. Les accords collectifs mis en cause cessent de produire leurs effets dans un délai de 15 mois en l'absence d'accord de substitution²⁶¹⁷. Ce délai de survie des accords collectifs est problématique dans l'étude de la compatibilité entre accords institutionnels et maintien des mandats²⁶¹⁸. Il convient de s'interroger sur l'application du régime de mise en cause.

573. Mise en cause des accords institutionnels ? Les accords institutionnels sont-ils concernés par l'application des dispositions légales relatives à la mise en cause ? Ce mécanisme inclut-il l'ensemble des accords collectifs applicables au sein de l'entité transférée ?²⁶¹⁹ Les textes semblent clairs : l'ensemble des accords collectifs sont concernés par la mise en cause²⁶²⁰. Or, l'accord institutionnel répond aux critères de l'accord collectif, que ce soit pour l'accord conclu avec les délégués syndicaux ou pour l'accord conclu avec le CSE²⁶²¹. Les accords portant sur le CSE, qu'ils concernent tant la mise en place, les attributions ou le fonctionnement sont donc mis en cause²⁶²². Pour le premier, il est difficilement envisageable de le voir applicable dans la nouvelle entité : la détermination des établissements distincts ne peut plus être en adéquation avec la nouvelle structure juridique

²⁶¹⁷ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633 : « *le principe, en pareil cas, est que l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis* ».

²⁶¹⁸ Sauf à conclure rapidement un accord de substitution : « *pendant la période de survie de l'accord, l'organisation de négociations s'impose afin d'adapter l'accord à la nouvelle structure de l'entreprise ou de définir de nouvelles dispositions* » (Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571).

²⁶¹⁹ Y. AUBREE, Répertoire de droit du travail, Transfert d'entreprise : aspects collectifs, Incidences sur le statut collectif, Dalloz, 2015.

²⁶²⁰ J. BARTHELEMY, Rôle des partenaires sociaux dans la mise en cause des accords, Cah. DRH janv. 2018, n° 249, p. 46.

²⁶²¹ V. *supra* n° 439 et s. Toutefois sur la question de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE : « *les normes organisant [le fonctionnement du CSE] n'ont pas nécessairement vocation à disparaître à la faveur du transfert de l'entité. Dans ces conditions, il serait justifié de consacrer un principe de transmission des accords conclus avec le CSE à charge éventuellement pour le repreneur de dénoncer l'accord s'il est à durée indéterminée ou d'en respecter les prévisions jusqu'à son terme* » (F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632).

²⁶²² L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 89 : « *de prime abord, l'application du régime de mise en cause aux accords de configuration du dialogue social dans l'entreprise ne semble pas pouvoir être écartée* » ; V. également Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571.

de l'entreprise²⁶²³. Une nuance pourra exister s'agissant de la mise en place de représentants de proximité, où leur présence pourrait être rendue possible malgré le transfert d'entreprise (maintien du site dans lequel ils exercent leur fonction par exemple)²⁶²⁴. S'ajoutent les accords sur le fonctionnement et les attributions du CSE : les accords étant mis en cause, ils demeurent applicables dans l'entreprise d'accueil pendant 15 mois ; or comment articuler ces règles avec les autres accords institutionnels déjà en vigueur dans cette même entreprise d'accueil ? Cette question, démontrant les difficultés liées à la mise en cause d'un accord institutionnel, sera développée dans un second temps²⁶²⁵.

574. Quid en l'absence de maintien des mandats ? Une autre question peut se poser, la mise en cause de ces accords institutionnels n'aurait-elle pas un impact même en l'absence de maintien des mandats ? Certains salariés peuvent être transférés, via l'article L. 1224-1 du Code du travail, avec mise en cause des accords, mais sans que les mandats ne soient transférés. Dans cette hypothèse il peut apparaître incohérent de s'interroger sur la question de la mise en cause des accords institutionnels puisqu'aucun CSE d'établissement de la société d'origine n'est intégré dans l'entreprise d'accueil : l'objet de l'accord d'origine disparaît²⁶²⁶. N'est-il pas possible de considérer que ces accords institutionnels créent un droit propre à chaque salarié ?²⁶²⁷ Par exemple, parmi les accords mis en cause, l'un peut prévoir un représentant de proximité accordé à une population donnée²⁶²⁸, l'autre peut aller au-delà s'agissant des informations communiquées par l'employeur aux élus²⁶²⁹, et enfin, un

²⁶²³ Cette position est affirmée en l'absence de maintien de l'autonomie mais contestée en cas de maintien de l'autonomie : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 ; V. également en ce sens : F. DUQUESNE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033, spéc. n° 28.

²⁶²⁴ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « enfin, les juges pourraient décider, lorsque le périmètre d'action du représentant de proximité demeure un cadre d'action adéquat eu égard aux missions qui lui sont conventionnellement confiées, le maintien des mandats. Rien n'oblige en effet à ce que le représentant de proximité disparaisse en même temps que le comité. Les juges devraient seulement rechercher si le site dans lequel le représentant de proximité exerce sa mission de représentation des salariés conserve son autonomie après le transfert ».

²⁶²⁵ V. *infra* n° 576 et s.

²⁶²⁶ Cass. soc., 17 juin 2003, n° 01-15.710 : Bull. civ. 2003, V, n° 198.

²⁶²⁷ L'objet de l'accord institutionnel ne serait alors pas de régir l'institution de représentation du personnel mais de conférer des droits aux salariés (d'être informés, consultés, à un expert...) exécutables à travers l'instance.

²⁶²⁸ C. trav., art. L. 2313-7.

²⁶²⁹ C. trav., art. L. 2312-21.

dernier, peut prévoir une consultation sur les orientations stratégiques tous les ans²⁶³⁰. Les règles prévues au sein de la nouvelle entité peuvent être différentes²⁶³¹. Or, et même en l'absence de maintien des mandats, les salariés transférés seraient-ils en mesure de demander l'application de telles stipulations conventionnelles pendant 15 mois ?

575. Droits individuels pour les salariés ? Cette interrogation révèle une question plus générale sur l'accord institutionnel. Ce dernier vise-t-il simplement à régir une institution de représentation du personnel ou vise-t-il, au contraire, à conférer un ensemble de droits propres à chaque salarié, appliqués par substitution ou délégation par les représentants du personnel ?²⁶³² Si certaines règles ne sont applicables qu'aux élus (essentiellement les règles de fonctionnement), les règles propres aux attributions concernent l'ensemble du personnel²⁶³³. Cette approche est fondamentale, le CSE est avant tout une instance à destination des salariés, et non des élus²⁶³⁴. Elle vise à informer et consulter les salariés, par l'intermédiaire de leurs représentants²⁶³⁵. Ces derniers ont principalement un rôle de transmission entre la direction et les salariés²⁶³⁶. Ainsi, l'obligation pour la direction de

²⁶³⁰ C. trav., art. L. 2312-19.

²⁶³¹ Ce qui est souhaité par le législateur en raison de la conventionnalisation importante de l'instance. V. L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 88 : « *la représentation du personnel dans l'entreprise est largement offerte à la mécanique de l'accord* ».

²⁶³² La question s'est notamment posée lorsque la fin du délai de survie de l'accord garantissait aux salariés « *le maintien des avantages individuels acquis* » (C. trav., art. L. 2261-14, version en vigueur jusqu'au 10 août 2016). Certains ont pu s'interroger sur le sort des accords portant sur les IRP au regard de ce principe : « *à se placer maintenant sur le terrain de l'objet des avantages, ceux touchant à l'exercice des droits collectifs des salariés – telles les stipulations relatives à la représentation du personnel ou bien aussi à l'exercice du droit syndical – sont dépourvus par hypothèse de toute nature individuelle* » (S. NADAL, Répertoire de droit du travail, Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions, Dalloz, 2015).

²⁶³³ Elles sont qualifiées d'« *avantages collectifs par finalité* » : « *seraient des avantages collectifs par finalité l'ensemble des dispositions ayant pour objet la représentation du personnel, le droit syndical ou encore la négociation collective, car celles-ci prévoient des avantages institués pour bénéficier à une collectivité de salariés* (E. DOCKES, *L'avantage individuel acquis : Dr. soc. 1993, p. 826*) » (G. VACHET, Notion d'avantages collectifs, JCP G 2006, 1356).

²⁶³⁴ C. trav., art. L. 2312-8 : « *le comité social et économique a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* ».

²⁶³⁵ Par exemple s'agissant des informations contenues dans la BDES, A. MARTINON, L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ?, JCP S 2013, 1263, spéc. n° 5 : « *instrument d'informations au profit des salariés et vecteur de diffusion de la stratégie de l'entreprise (en ce sens présentant un risque économique pour l'entreprise), la base de données doit trouver un point d'équilibre auquel contribuent ses modalités* ».

²⁶³⁶ A. TOPPINO, Bien communiquer avec les salariés, Cah. Lamy du CSE févr. 2010, n° 90, p. 9.

consulter tous les ans les représentants sur les orientations stratégiques n'est-elle pas un droit dévolu par tous les salariés d'être informés sur la politique de l'entreprise²⁶³⁷. Confronté à un accord prévoyant une périodicité plus grande, le salarié n'est-il pas en droit d'invoquer l'accord de la société d'origine ? En analysant la représentation du personnel comme un simple intermédiaire entre l'employeur et les salariés, il semble plus pertinent de considérer que l'accord institutionnel diffuse un droit propre à chaque salarié²⁶³⁸. Malgré le fait qu'il régit une instance, il reste un acte déterminant sur le fonctionnement et le pouvoir de cette instance ; or cette dernière est à destination des salariés²⁶³⁹. C'est le sens même de l'existence d'une telle instance et il est important, pour les salariés, de se la réapproprier²⁶⁴⁰. En ce sens, le CSE exprime « *des droits individuels à exercice collectif* »²⁶⁴¹. Le principe constitutionnel de participation est l'expression d'un droit individuel²⁶⁴² ; il pourrait être invoqué par un salarié demandant la poursuite de l'accord d'origine²⁶⁴³. A l'inverse, il pourrait être soutenu que les salariés ont déterminé leurs représentants, tant au CSE qu'au niveau de la représentativité syndicale : ils ne pourraient alors considérer que les accords signés constituent des droits acquis²⁶⁴⁴. Ces accords doivent être perçus comme une méthode

²⁶³⁷ V. en ce sens, A. MARTINON, L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ?, JCP S 2013, 1263, spéc. n° 2 : « *la nouvelle consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise visant à rassurer les salariés ou les conduire à anticiper les changements* ».

²⁶³⁸ « *Le principe de participation suppose un droit qui appartient aux salariés, mais qui s'exerce par l'intermédiaire de leurs représentants* » (« Institutions représentatives du personnel » in Fiches d'orientation, Dalloz, 2020).

²⁶³⁹ J.-P. JACQUIER, La représentation des salariés dans l'entreprise : une réforme nécessaire, Semaine Sociale Lamy mai 2011, n° 1492, p. 8 : « *ces différents entassements ont facilité le développement de ce que l'on qualifie d'institutionnalisation des représentants : des représentants absorbés, volontairement ou non, par le fonctionnement des institutions, au détriment de la nécessité d'impliquer les salariés* ».

²⁶⁴⁰ J.-P. JACQUIER, La représentation des salariés dans l'entreprise : une réforme nécessaire, Semaine Sociale Lamy mai 2011, n° 1492, p. 8 : « *la représentation des salariés dans l'entreprise est alors placée devant un triple défi : [...] permettre de retisser le lien entre représentants et représentés, afin que les salariés soient plus nombreux à juger leurs représentants utiles* ».

²⁶⁴¹ V. sur l'utilisation d'une telle notion pour le droit de grève : P. ADAM, Généralités sur la grève dans le secteur privé in Répertoire de droit du travail, 2020, n° 44.

²⁶⁴² I. ODOUL-ASOREY, Principe de participation des travailleurs et droit du travail, Dr. soc. 2014, p. 356.

²⁶⁴³ V. notamment sur le droit individuel du principe de participation (al. 8 préambule de la Constitution de 1946) V. BERNAUD, X. PRETOT, Droit constitutionnel social in JurisClasseur Protection sociale Traité, 2014, n° 77 : « *en France, les libertés proclamées dans les alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 sont des libertés individuelles d'exercice collectif et non des libertés appartenant à titre premier aux syndicats* ».

²⁶⁴⁴ C. PIETRALUNGA et alii, Le comité social et économique au quotidien, WoltersKluwer, 2020 : « *les salariés confient à certains d'entre eux le pouvoir de les représenter et de s'exprimer en leur nom et pour leur compte* ».

applicable à l'instance, conférant ainsi droits et obligations, dans le cadre légal, entre direction et représentants du personnel. Les salariés ne seraient pas directement concernés²⁶⁴⁵. D'un point de vue légal, cette solution admise depuis plusieurs années devrait perdurer malgré les griefs qui peuvent être soulevés. La mise en cause ne conférerait pas de droit individuel sur l'institution. Le mécanisme de la mise en cause est donc sujet à plusieurs interrogations liées à la représentation du personnel. Un point doit particulièrement être évoqué : même si la mise en cause est censée s'appliquer, celle-ci est-elle compatible avec l'accord institutionnel ?

B. Le constat d'une incompatibilité

576. Plan. L'application des règles de mise en cause s'expose à certaines limites qu'il convient d'évoquer²⁶⁴⁶. L'incompatibilité entre le sort des mandats et celui des accords aboutit à deux situations contestables : la coexistence simultanée de deux accords institutionnels distincts peut être impossible (1.) tandis que la relation entre l'instance d'origine et l'accord institutionnel d'origine est marquée d'un lien difficilement détachable (2.).

1. La difficile coexistence simultanée de deux accords institutionnels distincts

577. Exposé de la situation. En cas de maintien de l'instance et de mise en cause des accords institutionnels, une coexistence difficilement conciliable entre plusieurs instances disposant de plusieurs accords institutionnels peut exister²⁶⁴⁷. Voilà une entité d'origine qui dispose d'un accord institutionnel, elle rejoint une entité d'accueil qui dispose elle-même

²⁶⁴⁵ A. BONNET, *Avantage individuel acquis : aucune remise en cause possible sans l'accord du salarié*, JSL avr. 2016, n° 407, p. 4.

²⁶⁴⁶ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 633 : « *la mise en cause de l'accord est susceptible de donner lieu à d'autres difficultés* ».

²⁶⁴⁷ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 633 : « *l'accord peut cependant ne pas être adapté à la nouvelle situation de l'entreprise issue d'une fusion, d'une cession ou encore d'une scission, à supposer évidemment que le CSE auquel il se rapporte subsiste* ».

d'un accord institutionnel²⁶⁴⁸. L'accord de l'entité d'origine est mis en cause. Il se peut qu'existent au sein de ces accords des règles incompatibles, tant au niveau du fonctionnement, des attributions, que des rapports entre les comités d'établissement et le comité central. De multiples exemples existent : nombre de membres²⁶⁴⁹, délai de consultation²⁶⁵⁰, informations communiquées²⁶⁵¹, articulation entre comité central et d'établissement²⁶⁵², consultation au niveau du groupe dans la société d'accueil²⁶⁵³, BDES distincte²⁶⁵⁴, recours à l'expertise²⁶⁵⁵...²⁶⁵⁶ Quelles en seraient les conséquences ? Les deux accords ont vocation à s'appliquer. Or, ils sont incompatibles. La notion du « plus favorable » est inopportune puisque l'accord institutionnel de la société d'origine ne continuera à s'appliquer pendant sa survie que pour le comité nouvellement incorporé²⁶⁵⁷ ; le panachage des accords conduira à l'existence d'incompatibilités²⁶⁵⁸. Il s'agit pourtant de

²⁶⁴⁸ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *il en résulte que l'entreprise d'accueil voit deux normes coexister (du moins temporairement) : la sienne et celle de l'entité d'origine* ».

²⁶⁴⁹ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 89 : « *voilà que l'accord qui déterminait jusqu'alors le nombre de membres de l'instance expire à la fin du délai de survie de quinze mois : la réactivation des règles légales supplétives conduit à « supprimer » plusieurs représentants du personnel. Mais lesquels choisir ? Quels critères d'ordre s'appliquent ? Des degrés de légitimité entre les représentants sont-ils susceptibles d'être identifiés ?* ».

²⁶⁵⁰ Est-ce cohérent de procéder à l'information-consultation de mesures spécifiques à un établissement de manière échelonnée à cause d'accords différents ?

²⁶⁵¹ Quid si la quantité et la qualité des informations communiquées aux établissements sont différentes ?

²⁶⁵² Malgré la création, le cas échéant, d'un comité central, les élus de l'établissement transféré pourraient demander le droit aux informations prévues dans leur propre accord institutionnel : le comité central mis en place en est-il tenu ?

²⁶⁵³ Le droit à la consultation au niveau de l'entreprise ou l'établissement au sein de l'accord institutionnel d'origine peut-il être maintenu ? Idem, comment articuler les accords lorsque l'accord institutionnel transféré prévoyait la consultation sur la politique sociale à l'échelle de l'établissement et qu'elle est pratiquée à l'échelle centrale au sein de la société d'accueil ?

²⁶⁵⁴ La BDES étant mise en place au niveau de l'entreprise en l'absence d'accord contraire, les deux CSE risquent de cohabiter avec des informations différentes à communiquer au niveau de l'entreprise (C. trav., art. R. 2312-11).

²⁶⁵⁵ Comment agencer les règles prévues en cas d'expertise (nombre d'expertises, délais, ...) en présence de deux accords institutionnels distincts ?

²⁶⁵⁶ Ce constat d'incompatibilité est d'ailleurs partagé par certains auteurs, bien avant l'apparition du CSE : « *d'une manière générale, en cas de transfert d'entreprise, la règle perdait sa justification lorsqu'il existait un accord de même nature dans l'entreprise d'accueil : le risque de vide conventionnel était conjuré ; en revanche naissait un risque de redondance sinon d'incompatibilité des accords en présence. Encore aujourd'hui, une extinction instantanée de l'accord mis en cause devrait être envisagée* » (P. MORVAN, Restructurations en droit social, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, p. 240).

²⁶⁵⁷ Y. AUBREE, Répertoire de droit du travail, Transfert d'entreprise : aspects collectifs, Incidences sur le statut collectif, Dalloz, 2015.

²⁶⁵⁸ D. CALVAYRAC, Transfert d'entreprise : quel accord collectif appliquer ?, Cah. DRH janv. 2013, n° 194-195, p. 68.

la simple application des dispositions légales en cas de transfert d'entreprise²⁶⁵⁹. Le législateur ne semble pas avoir pris la mesure des difficultés en ne prévoyant pas, dans la loi, un régime spécifique à l'accord institutionnel²⁶⁶⁰. Au-delà des difficultés liées aux stipulations concurrentes de deux accords, la question du lien entre l'instance d'origine et l'accord institutionnel d'origine doit être abordée.

2. Unicité de l'instance et de l'accord institutionnel d'origine, un lien indéfectible

578. Unicité de l'instance. L'existence d'une dualité dans les règles applicables au(x) CSE ne semble donc pas souhaitable. L'unicité entre instance et accord institutionnel doit-elle être reconnue pour éviter ces difficultés ? Les accords institutionnels seraient alors indissociables de leur instance d'origine. En cas de transfert d'entreprise, seul l'accord institutionnel de l'entreprise d'accueil serait applicable. Toutefois, l'application des règles de droit commun en cas de transfert d'entreprise ne permet pas l'application d'une telle solution : la mise en cause de l'accord est obligatoire²⁶⁶¹. La question du lien entre instance et accord doit être approfondie.

579. Attache indéfectible entre accord institutionnel et instance. Tout accord institutionnel est directement attaché à une instance²⁶⁶². Les négociateurs ont pris en compte l'environnement économique, social et juridique de la société dans la détermination des règles applicables à l'instance. Le contenu des accords est adapté aux nécessités et besoins de la société²⁶⁶³. Juridiquement, l'accord institutionnel vise à régir l'instance définie au sein de l'entreprise ; se présente la difficulté pratique de l'application des règles de mise en cause

²⁶⁵⁹ C. METZGER, M. KHELIF, Harmoniser le statut du personnel, Cah. DRH déc. 2020, n° 281, p. 47 : « *les accords d'entreprise étant maintenus à l'égard des salariés transférés par l'effet de la loi* ».

²⁶⁶⁰ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 40, n° 89 : « *l'on peine ici à distinguer l'effet utile de l'application de l'article L. 2261-14 du Code du travail* ».

²⁶⁶¹ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 89 : « *le régime de la mise en cause n'est pas adapté aux accords collectifs de configuration des instances de représentation* ».

²⁶⁶² D'où la dénomination d'accord institutionnel.

²⁶⁶³ La norme peut être créée « *sur mesure* » pour adapter les instances à la réalité et à l'organisation de l'entreprise » (N. CHENEVOY, V. ROCHE, Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2020, n° 259, p. 2).

des accords d'entreprise au cas de l'accord institutionnel²⁶⁶⁴. Ce raisonnement est d'ailleurs identique s'agissant du Conseil d'entreprise²⁶⁶⁵ : qu'advient-il de ce dernier en cas de transfert d'entreprise ? Peut-il être admis que l'accord soit mis en cause et qu'une telle instance perdure dans l'entreprise d'accueil²⁶⁶⁶ ? Cela couperait, de manière étonnante, la représentation du personnel au sein de celle-ci entre une partie des salariés disposant d'une représentation via un CSE et des délégués syndicaux aptes à négocier et une autre partie, les salariés transférés, disposant d'un conseil d'entreprise et de délégués syndicaux ne disposant plus du pouvoir de négociation²⁶⁶⁷. Le raisonnement est identique à celui préalablement exposé dans le cadre du CSE.

580. Confrontation au transfert d'entreprise. Cette analyse de l'unicité est mise en difficulté par les règles existantes relatives au transfert d'entreprise. Les articles du Code du travail mettent en avant les notions de continuité, de conservation, de maintien²⁶⁶⁸. Si la mise en cause semble requise, la jurisprudence a pu, pour les anciennes instances, prendre des décisions de continuité, notamment en garantissant un transfert du patrimoine de l'ancienne instance vers la nouvelle. La Cour de cassation a estimé « *qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur [...], le montant de la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise, s'il a été fixé dans l'entreprise d'origine par un usage ou un accord collectif à un montant supérieur à la contribution légale, n'est conservé que si l'institution se maintient dans la nouvelle entreprise* »²⁶⁶⁹. S'il

²⁶⁶⁴ En cas de perte d'autonomie suite au transfert, V. L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 89 : « *le cessionnaire [serait forcé] à composer avec une instance façonnée selon des modalités qui lui sont étrangères, parfois peu adaptées à sa propre entreprise* ».

²⁶⁶⁵ C. trav., art. L. 2321-1 et s.

²⁶⁶⁶ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 40, n° 89 : « *dans le cas de la mise en cause de l'accord portant création d'un conseil d'entreprise consécutive à un transfert d'entreprise avec perte d'autonomie, le cessionnaire devrait composer pendant 15 mois avec une instance formellement présente mais en pratique inexistante* ».

²⁶⁶⁷ Certains auteurs estiment que de tels effets pourraient être déterminés dans l'accord institutionnel d'origine : « *les élus résultant d'un ajout conventionnel – représentant de proximité ou délégué d'un CSE interentreprises – ou d'une substitution conventionnelle – Conseil d'entreprise – mériteraient à eux seuls une analyse tant il est vrai que, à l'instar des anciens représentants conventionnels, leur sort est partie liée aux accords collectifs qui les ont mis en place* » (J. ICARD, L'incidence d'un transfert d'entreprise sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail Sept. 2018, n° 1, p. 75).

²⁶⁶⁸ C. trav., art. L. 2314-35 et L. 2316-12.

²⁶⁶⁹ Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-12.514.

y a maintien de l'institution, il y a maintien du versement des ASC²⁶⁷⁰. Il s'agit pourtant là d'une prérogative d'un accord collectif, propre à l'instance d'origine et intégrant possiblement le champ de l'accord institutionnel. Pour autant cette solution se comprend puisqu'elle ne se répercute pas sur l'autre CSE s'il en existe déjà un dans la société d'accueil ; elle est même pertinente pour maintenir le niveau de financement des ASC²⁶⁷¹. Est-il pour autant possible de généraliser cette solution à l'ensemble de l'accord institutionnel ? Si certains auteurs peuvent être tentés de le faire²⁶⁷², il semble toutefois délicat de procéder ainsi : le principe de mise en cause l'emporte s'agissant d'accords collectifs. À ce titre, la mise en cause doit s'appliquer même en cas de transfert intégral du patrimoine du CSE²⁶⁷³. Imposer la reconnaissance de l'unicité entre instance et accord institutionnel apparaît délicat aujourd'hui compte-tenu des règles de droit commun des accords d'entreprise. Les difficultés d'incompatibilité entre mise en cause et accord institutionnel sont pourtant bien présentes ; une solution à ces difficultés pourrait être apportée par l'étude de la caducité des accords institutionnels lors d'un transfert d'entreprise.

²⁶⁷⁰ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, p. 346.

²⁶⁷¹ J.-Y. KERBOURC'H, *Pas d'ubiquité du comité d'entreprise en cas de transfert partiel d'établissement*, JCP S 2009, 1376.

²⁶⁷² J. ICARD, *L'incidence d'un transfert d'entreprise sur le comité social et économique*, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 75 : « *quoi qu'il en soit, les règles relatives au fonctionnement des CSE des entités transférées continuent de régir le fonctionnement consécutivement au transfert, notamment sur le plan du financement des activités économiques ou des activités sociales et culturelles* » ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, p. 164 : « *en réalité, ce ne sont pas seulement les mandats des membres de la délégation du personnel au CSE qui subsistent alors, mais l'institution elle-même, avec son patrimoine* ».

²⁶⁷³ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 1115.

II. La caducité des accords institutionnels

581. Plan. La caducité, règle de droit commun des contrats²⁶⁷⁴, pourrait l'emporter²⁶⁷⁵ sur la mise en cause²⁶⁷⁶, règle de droit commun de l'accord collectif. Pour évoquer cette faculté, il conviendra tout d'abord d'analyser les relations - timides - qu'entretiennent caducité et droit du travail (A.) avant de constater qu'une telle application serait à variations multiples (B.).

A. Un recours à la caducité exceptionnel en droit du travail

582. Objet de l'étude - Fin des accords institutionnels de plein droit ? Les accords institutionnels n'ont-ils pas vocation à prendre fin de plein droit en raison de l'impossibilité de les faire perdurer à la nouvelle instance ?²⁶⁷⁷ Pour justifier cette vision il convient de revenir aux différents arguments énoncés auparavant²⁶⁷⁸. Tout d'abord, il pourrait être difficile d'appliquer des stipulations provenant de deux accords institutionnels différents au sein d'une même entreprise²⁶⁷⁹. Cette « *caducité technique* »²⁶⁸⁰ est susceptible d'affecter

²⁶⁷⁴ D. HOUTCIEFF, Droit des contrats, Bruylant, 5^{ème} éd. 2021, p. 466 et s.

²⁶⁷⁵ Cette technique constituerait une « *solution innovante* » (L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaidoyer pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097).

²⁶⁷⁶ G. DUCHANGE, De la caducité d'un accord collectif de travail en cas de transfert d'entreprise *in* Chronique de droit du travail, (sous la direction de B. TEYSSIE), JCP E 2018, 1274 : « *[la caducité est] susceptible de s'appliquer à un accord collectif en cas de transfert d'entreprise ; peu importe le jeu du mécanisme de mise en cause* » ; sur la controverse doctrinale entre mise en cause et caducité, V. L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 58-59, n° 134-135.

²⁶⁷⁷ La caducité serait automatique, elle « *jouirait d'un effet immédiat* » (L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 60, n° 138).

²⁶⁷⁸ Ces derniers doivent justifier que « *les règles relatives à la mise en cause [...] ne sont pas adaptées à la spécificité des accords à finalité institutionnelle* » (S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60).

²⁶⁷⁹ V. *contra* sur l'argument de l'inapplicabilité des accords mis en cause : C. RADE, Survie de l'accord mis en cause *versus* caducité : la défaite annoncée de la caducité, Lexbase Hebdo. éd. Soc. 2018, n° 728.

²⁶⁸⁰ P.-H. ANTONMATTEI, Caducité et conventions et accords collectifs de travail, Semaine Sociale Lamy juill. 2008, n° 1361, p. 35.

l'organisation des instances²⁶⁸¹. L'unicité entre instance et accord semble nécessaire afin de régir de manière la plus cohérente possible le CSE²⁶⁸². Enfin, n'est-il pas plus cohérent de considérer que le CSE de la société d'origine, bien qu'il se maintienne, s'intègre au sein de l'instance « généralisée » de la société d'accueil ?²⁶⁸³ Dans cette configuration, qui peut nécessiter la création d'un CSE central²⁶⁸⁴, une instance unique existe. Elle est découpée en établissements, sans qu'il n'existe de distinction réelle (hormis la durée des mandats) entre ces différents établissements. Cette perspective conduit à évoquer la voie de la caducité pour l'accord institutionnel de la société d'origine.

583. Définition de la caducité et appréciation. Le Code Civil définit la caducité. L'article 1186 prévoit en effet en son premier alinéa qu' « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». La caducité est également définie en doctrine comme « *l'état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que l'un de ses éléments essentiel disparaît* »²⁶⁸⁵. Une difficulté se présente s'agissant de l'appréciation des éléments essentiels. À la lecture de la jurisprudence, une stipulation essentielle au contrat, lui permettant d'être exécuté, doit disparaître²⁶⁸⁶, notamment à la suite d'un changement « *intervenant dans l'environnement juridique ou*

²⁶⁸¹ L'argument « organisationnel » est notamment évoqué pour contrer l'application de la mise en cause qui avait vocation, à l'origine, plutôt à garantir les droits individuels : « *conçu initialement pour préserver les avantages des travailleurs transférés, le dispositif élaboré se heurte aujourd'hui à la diversification des thèmes de négociation, laquelle n'est plus uniquement attributive de droits pour les salariés mais tend progressivement à devenir « organisationnelle »* » (L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaidoyer pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097).

²⁶⁸² L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 89 : « *ces accords [institutionnels] se situent au carrefour du droit de la représentation du personnel et du droit des conventions et accords collectifs de travail* ».

²⁶⁸³ L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaidoyer pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097 : « *la caducité ouvre alors de nouvelles perspectives afin de conjurer les silences, incohérences et rigidités excessives constatées en pratique, avec toujours comme objectif de favoriser la construction d'un statut collectif cohérent avec le nouvel environnement juridique et social dans lequel évolue l'entité transférée* ».

²⁶⁸⁴ Si la société d'origine disposait d'un CSE unique et n'en avait, de fait, pas créé un.

²⁶⁸⁵ « *Caducité* » in G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 13^{ème} éd. 2019, p. 142.

²⁶⁸⁶ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, LGDJ, 11^{ème} éd. 2020, p. 366.

social »²⁶⁸⁷. La notion de perte de l'objet de l'accord collectif est également invoquée²⁶⁸⁸ : la disparition doit alors porter « *sur un élément déterminant de la volonté des parties* »²⁶⁸⁹. La caducité peut également intervenir en raison du « *contenu* » de l'accord initial²⁶⁹⁰. Dans tous les cas, une « *impossibilité d'exécuter* » l'accord doit survenir à la suite d'un événement extérieur²⁶⁹¹. C'est l'impossibilité de réaliser « *l'effet de droit* »²⁶⁹² voulu par les parties qui permet de constater la caducité.

584. Caducité et droit du travail : recours exceptionnel. En droit du travail, la notion de caducité des accords collectifs a été rarement reconnue par les juges²⁶⁹³. Elle demeure « *relativement virtuelle* »²⁶⁹⁴. Un arrêt du 26 juin 2019²⁶⁹⁵ de la Cour de Cassation a rappelé, notamment au sein d'une note explicative, les règles de caducité en droit du travail. Dans cet arrêt les juges ont rejeté la demande de caducité invoquée par l'employeur²⁶⁹⁶. Ce dernier avait conclu un accord afin de mettre en place une prime de partage des profits (PPP) et bénéficier ainsi du régime social favorable. Quelques années après, le législateur a supprimé ce régime. L'employeur n'a pas dénoncé l'accord, estimant que la suppression par le législateur de la PPP et de son régime social rendait caduc l'accord, car ce dernier se retrouve démuné d'un élément essentiel de sa conclusion. Pourtant la Cour de Cassation a rejeté cette interprétation en considérant que malgré l'abrogation de la loi, l'employeur disposait

²⁶⁸⁷ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 624.

²⁶⁸⁸ L. ALUOME, *La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise*, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 59, n° 136.

²⁶⁸⁹ F. GARRON, *La caducité du contrat, étude de droit privé*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2000, p. 121, n° 100.

²⁶⁹⁰ D. CHENU, *Pas de caducité de plein droit de l'accord collectif en cas de modification d'un dispositif législatif applicable lors de sa conclusion*, JCP S 2019, 1246.

²⁶⁹¹ F. BERGERON-CANUT, *De la caducité des accords collectifs*, Bull. Joly Travail sept. 2019, p. 41.

²⁶⁹² G. WICKER, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?*, D. 2015, p. 1557.

²⁶⁹³ « *La chambre sociale n'a eu que très rarement l'occasion de se prononcer sur la question de la caducité d'un accord collectif* » (Note explicative relative à l'arrêt Cass. soc., 26 juin 2019, n°18-10.953) ; Un arrêt du 17 juin 2003 (n° 01-15.710, Bull. civ. V, n°198) a admis la caducité d'un accord collectif en raison de la perte de son objet. Il s'agissait cependant d'un cas particulier de procédure collective.

²⁶⁹⁴ L. ALUOME, *La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise*, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 61, n° 141.

²⁶⁹⁵ Cass. soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287, 18-10.953, 17-28.292, P+B+R+I.

²⁶⁹⁶ C. TERRENOIRE, *Caducité des conventions et accords collectifs : précisions jurisprudentielles récentes*, JCP G 2019, 492.

toujours de la faculté d'instituer un tel régime, l'existence d'une loi n'étant pas une condition préalable indispensable à l'instauration d'un PPP. Seule la partie concernant les exonérations sociales était caduque puisque seule la loi pouvait le prévoir ; l'abrogation ultérieure a rendu caduques ces dispositions. Dans sa note explicative, la Cour de cassation rappelle qu'« *en vertu de l'article 1186 du code civil, un contrat n'est caduc que lorsque son exécution est devenue impossible du fait de la disparition d'un de ses éléments essentiels* ». Les juges effectuent une analyse de la caducité selon le Code Civil. La chambre sociale précise également que « *cet arrêt confirme donc qu'un accord peut devenir caduc, mais qu'il ne suffit pas que son exécution soit devenue plus onéreuse notamment en raison de l'abrogation d'un texte légal qui avait imposé une prime et un système d'exonération de charges* »²⁶⁹⁷. Il y a derrière cette analyse la nécessité de justifier de l'impossibilité de continuer à appliquer l'accord. Pour le cas de la PPP, l'accord pouvait perdurer. La jurisprudence reste particulièrement favorable au processus de mise en cause, tout comme la doctrine, malgré la possibilité du recours à la caducité entretenue par la Cour de cassation²⁶⁹⁸. L'impossibilité caractérisée de faire perdurer les effets de l'accord devrait être démontrée pour pouvoir recourir à la caducité.

B. Une application multiple sur l'accord institutionnel

585. Plan. La caducité de l'accord institutionnel peut en réalité recevoir des acceptations différentes. Si certains rejettent l'application de la caducité face à la mise en cause (1.), d'autres requièrent son application seulement dans certaines circonstances (2.).

²⁶⁹⁷ Le recours possible à la caducité permet de conforter « *le rôle matriciel du droit civil au sein du droit du travail* » (L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 59, n° 135).

²⁶⁹⁸ L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaider pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097 : « *selon certains la partie est jouée d'avance, la mise en cause jouissant des faveurs de la doctrine et de la jurisprudence* ». Cependant cette note de la Cour de cassation interroge : « *n'a-t-elle d'ailleurs pas initié une évolution de sa position sur la caducité en matière conventionnelle ?* » ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 624.

1. *Limites au recours à la caducité*

586. Absence de caractérisation de la perte d'un « élément essentiel ». La solution de la caducité ne peut toutefois pas intégralement satisfaire les exigences juridiques²⁶⁹⁹. Tout d'abord, il pourrait être argué que le lien entre l'institution et l'accord n'est pas un élément essentiel ayant permis la conclusion de l'accord collectif²⁷⁰⁰. En ce sens, l'accord pourrait perdurer dans l'entité d'accueil, la communauté de travailleurs concernés par l'application de cet accord étant identique : le lien essentiel se fonderait sur les mandats et les salariés, et non sur l'instance. Or, les mandats des élus peuvent être maintenus lors du transfert des salariés. Ce ne serait qu'en l'absence de maintien de l'autonomie, et donc de transfert de la représentation du personnel, que serait invoquée la caducité²⁷⁰¹. À l'inverse, en l'absence de disparition d'un « élément essentiel » de l'accord institutionnel du fait du transfert, la caducité ne pourrait être retenue.

587. Risque d'écartier l'application du droit commun des accords collectifs au profit du droit commun des contrats. Par ailleurs, une définition « souple » de l'élément essentiel pourrait permettre de généraliser la caducité à l'ensemble des accords collectifs lors d'un transfert d'entreprise²⁷⁰². La question de l'articulation des règles de droit commun de

²⁶⁹⁹ C'est pour cette raison que le législateur aurait dû anticiper ce sujet : « *il aurait fallu adopter des règles spéciales sur cette question aux articles L. 2314-35 et L. 2316-12* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235).

²⁷⁰⁰ La Cour de cassation a déjà rejeté la demande de caducité émanant d'une entreprise dans un arrêt assez proche du droit de la représentation du personnel. Un accord collectif autorisait la désignation d'un nombre de délégués syndicaux supérieurs au nombre prévu par la loi. A la suite d'un transfert d'entreprise, l'entreprise d'accueil a invoqué la caducité de l'accord en raison de la perte d'un élément essentiel. En effet, le pourvoi considère que « *c'était spécifiquement au regard de l'organisation et de la taille de cette entreprise qu'avait été autorisée la désignation dérogatoire d'un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi* ». Ces données ayant considérablement évolué, l'accord n'aurait plus lieu d'être, il serait caduc. La Cour de cassation a rejeté cette position (Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-26.553 : JCP S 2018, 1054, note B. GAURIAU).

²⁷⁰¹ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 41, n° 91 ; V. *infra* n° 591.

²⁷⁰² Pour une extension considérable de la caducité en lieu et place de la mise en cause : P.-H. ANTONMATTEI, Caducité et conventions et accords collectifs de travail, Semaine Sociale Lamy juill. 2008, n° 1361, p. 35.

l'accord collectif (mise en cause) et celle de droit commun des contrats (caducité) se pose²⁷⁰³. Le droit commun de l'accord collectif est, en réalité, un droit spécial au sens du droit des contrats²⁷⁰⁴. En principe, le droit spécial l'emporte sur le droit commun²⁷⁰⁵. Or, s'agissant de la disparition du droit spécial de la mise en cause pour appliquer la caducité : « aucune disposition n'envisage expressément son éviction »²⁷⁰⁶. Le régime juridique des accords collectifs, qui comprend des modalités définies d'extinction (terme, dénonciation, mise en cause), est « autonome »²⁷⁰⁷ excluant ainsi tout recours au droit civil²⁷⁰⁸. Un second argument peut être invoqué : les règles prévues par la mise en cause imposent une renégociation, elles sont donc incompatibles avec la caducité²⁷⁰⁹. Celle-ci ne pourrait se substituer à la mise en cause en n'offrant pas d'équivalent à la renégociation imposée par le droit de l'accord collectif. En réalité, ces arguments peuvent être écartés. Ils ne trouvent à s'appliquer qu'en présence d'une applicabilité simultanée des deux dispositifs. Or l'un des deux peut être inapplicable permettant de recourir à l'autre²⁷¹⁰. L'identité d'objet de ces deux modalités n'est que « partielle », limitant la possibilité d'évincer perpétuellement la règle

²⁷⁰³ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 40, n° 93 : « aussi opportun soit-il, le recours au régime des instances légales de représentation du personnel est susceptible de se heurter à l'article L. 2261-14 du Code du travail en raison de son caractère d'ordre public ».

²⁷⁰⁴ P. DELEBECQUE, Droit commun et droit spécial des contrats in Le juriste dans la cité, Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 348, n° 4.

²⁷⁰⁵ « specialia generalibus derogant » : les lois spéciales dérogent aux lois générales ; « nombreux sont ceux pour qui le droit des conventions et accords collectifs de travail exclu le jeu du droit commun des contrats et est hermétique à ses règles » (L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaidoyer pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097) ; B. GAURIAU, Variations sur la mise en cause, la caducité et les accords de substitution, JCP S 2018, 1054.

²⁷⁰⁶ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 41, n° 93 ; G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 622.

²⁷⁰⁷ C. RADE, Survie de l'accord mis en cause *versus* caducité : la défaite annoncée de la caducité, Lexbase Hebdo. éd. Soc. 2018, n° 728.

²⁷⁰⁸ V. *contra* sur le rôle du droit civil en droit du travail : G. LOISEAU, Droit civil et droit du travail, une relation instable, Dr. soc. 2019, p. 477.

²⁷⁰⁹ C. RADE, Survie de l'accord mis en cause *versus* caducité : la défaite annoncée de la caducité, Lexbase Hebdo. éd. Soc. 2018, n° 728.

²⁷¹⁰ P.-H. ANTONMATTEI, Caducité et conventions et accords collectifs de travail, Semaine Sociale Lamy juill. 2008, n° 1361, p. 35 : « pour que le régime de la mise en cause s'applique, encore faut-il que l'acte collectif puisse continuer à s'appliquer. Or tel n'est pas le cas lorsque la caducité résulte de la disparition de l'objet. Il n'y a pas d'autre alternative que de reconnaître la disparition immédiate de l'accord ».

générale²⁷¹¹. Dès lors, « *il est des cas où la mise en cause est inefficace et ne saurait donc réaliser son objet, spécialement lorsque l'accord est inapplicable au sein de la nouvelle entité ou lorsque le cessionnaire dispose déjà de dispositifs conventionnels similaires ou équivalents* »²⁷¹² : c'est l'argument principal attaché à l'application de la caducité pour l'accord institutionnel. Une évolution législative ou jurisprudentielle pourrait permettre un éclaircissement sur la frontière entre mise en cause et caducité²⁷¹³.

2. Caducité et configuration d'accueil

588. Présentation. L'absence de frontière explicite entre mise en cause et caducité permet d'invoquer l'application de la caducité lors d'un transfert d'entreprise. Des arguments peuvent être relevés pour faire le lien entre la perte d'un élément essentiel et le transfert d'entreprise s'agissant de l'accord institutionnel. L'application de la caducité se limite pour certains à l'absence de transfert des mandats ; une solution plus générale pourrait néanmoins être évoquée.

589. Arguments en faveur de la disparition d'un élément essentiel. Un « *élément essentiel* » à l'accord doit disparaître ; « *l'impossibilité d'exécuter l'accord* » doit être matérialisée. Ces éléments s'appliquent-ils à l'accord institutionnel mis en cause au sein d'une autre entité ? La disparition d'un « *élément essentiel* » peut être démontrée : l'accord institutionnel est conclu pour l'entreprise initiale, dans un cadre prédéfini et pour une instance déterminée. Le transfert d'entreprise fait perdre à l'accord un des éléments

²⁷¹¹ L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaider pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097 : « *tout d'abord, l'identité d'objet de ces deux mécanismes n'est que partielle : leur champ d'application et leurs conditions de mise en œuvre divergent si bien qu'il est difficile d'y voir deux mécanismes d'égale application justifiant la mise en œuvre privilégiée de l'un d'entre eux. En effet, selon nous, l'identité d'objet doit être totale pour que soit évincée la norme générale, sous peine que celle-ci soit chaque fois écartée* ».

²⁷¹² L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaider pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097.

²⁷¹³ P.-H. ANTONMATTEI, Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective, Dr. soc. 2019, p. 1054 : « *la proximité avec la mise en cause incite d'autant plus à cette clarification que la progression de la fonction organisationnelle de l'accord collectif accentue les risques de caducité. La démarche invite à préciser la notion d'élément essentiel d'un accord collectif, l'impossibilité d'exécuter, les situations qui la provoquent et l'ampleur de la destruction. Elle permettrait, au passage, de moderniser la notion et le régime de la mise en cause. Voilà un thème supplémentaire d'intervention législative* ».

essentiels de sa conclusion : son objet²⁷¹⁴. Il peut être soutenu que l'accord institutionnel n'est pas transposable d'une entreprise à une autre ; il s'attache à une instance par un lien indéfectible²⁷¹⁵. En se déconnectant de l'instance support de l'accord, l'élément essentiel justifiant de sa conclusion disparaît. La coexistence impossible entre deux accords institutionnels dans l'entreprise absorbante justifie également de l'impossibilité de maintenir et de faire perdurer un tel accord²⁷¹⁶. La caducité s'impose alors au regard « *de considérations pratiques et objectives* »²⁷¹⁷. Un parallèle pourrait être effectué avec un arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2018 régissant le transfert du règlement intérieur²⁷¹⁸. Celui-ci n'est pas transféré en cas d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail s'agissant d'un acte réglementaire de droit privé et non d'un accord collectif, d'une décision unilatérale ou encore d'une annexe au contrat de travail²⁷¹⁹. Cet arrêt traduit l'attache importante existante entre règlement intérieur et société ; ce premier est un acte de droit privé censé régir les règles applicables dans la société en question en prenant en compte ses paramètres propres²⁷²⁰. Le même raisonnement peut être tenu entre accord institutionnel et instance de représentation du personnel, sans pour autant lui attribuer la qualification d'acte réglementaire de droit privé. La transmission du règlement intérieur est « *inutile, voire source de difficulté* »²⁷²¹ ; des qualificatifs similaires pourraient être attribués à l'accord institutionnel. Des arguments pourraient donc être apportés pour caractériser la disparition d'un « élément essentiel » afin de recourir à la caducité de l'accord institutionnel. Il convient malgré tout de distinguer deux situations au sein de ce raisonnement : celle de l'absence de transfert des mandats et celle du transfert des mandats.

²⁷¹⁴ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 40, n° 91 : « *en raison des difficultés pratiques induites par l'application du régime de la mise en cause, il est préférable de lier le sort de l'acte à celui de son objet, à savoir l'instance de représentation du personnel* ».

²⁷¹⁵ V. *supra* n° 579.

²⁷¹⁶ V. *supra* n° 577.

²⁷¹⁷ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 623.

²⁷¹⁸ Cass. Soc., 17 oct. 2018, n° 17-16.465 : JA 2018, n° 589, p. 10, obs. D. CASTEL ; Dr. soc. 2019. 90, obs. J. MOULY.

²⁷¹⁹ J. MOULY, Le règlement intérieur n'est pas transmissible au repreneur de l'entreprise, Dr. soc. 2019, p. 90 ; P. MORVAN, Le transfert d'entreprise n'entraîne pas le transfert du règlement intérieur, JCP S 2018, 1389.

²⁷²⁰ M. FAVIER, Règlement intérieur : les champs du possible, Cah. DRH juill. 2013, n° 200, p. 14 : « *il est donc primordial de se doter d'un règlement intérieur adapté aux contraintes de l'entreprise* ».

²⁷²¹ J. MOULY, Le règlement intérieur n'est pas transmissible au repreneur de l'entreprise, Dr. soc. 2019, p. 90.

590. Absence de transfert des mandats. En l'absence de transfert des mandats, l'objet de l'accord institutionnel disparaît en même temps que l'instance et les mandats. L'élément essentiel ayant justifié la signature de l'accord repose sur l'instance de représentation du personnel : la mise en cause ne peut avoir lieu sans transfert des mandats, l'élément essentiel disparaît, l'accord est caduc. Cette position est globalement partagée par les auteurs : « *en cas de perte d'autonomie de l'entreprise cédée, les instances de représentation et les accords de configuration cesseront de plein droit* »²⁷²².

591. Transfert des mandats. La question est néanmoins beaucoup moins évidente en cas de maintien de l'autonomie et donc de transfert des mandats. Pour Louis Aluome, la mise en cause est possible si le CSE de l'entité transféré se maintient dans l'entreprise d'accueil²⁷²³. C'est faire abstraction des deux difficultés d'incompatibilité qui ont pu être relevées : l'impossibilité de résoudre le problème de concurrence entre deux accords institutionnels et la disparition de l'unicité de l'instance. Trois positions peuvent être invoquées. La première repose sur l'application de la mise en cause : l'accord institutionnel devrait obligatoirement survivre (pendant quinze mois maximum) au sein de l'entité d'accueil. Le lien indéfectible avec l'instance serait poreux, le transfert des mandats le maintiendrait. Le droit commun de l'accord collectif devrait l'emporter sur le droit des contrats ; la mise en cause ne pourrait être substituée par la caducité. Cette approche devrait être accueillie avec les juges en l'absence d'évolution jurisprudentielle. Elle n'est toutefois pas la plus convaincante : des situations spécifiques d'incompatibilité pourraient mettre en péril son application uniforme. D'où une deuxième hypothèse qui reposerait sur une mise en cause « au cas par cas » de l'accord institutionnel : il conviendrait d'apprécier son applicabilité au sein de l'entité d'accueil. Si tout ou partie des normes sont inapplicables, alors celles-ci seraient caduques

²⁷²² L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 41, n° 91 ; V. également : Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571 : « *lorsque l'autonomie disparaît, la norme ayant fixé le périmètre des établissements distincts est soit inapplicable (lorsqu'un seul établissement de l'entité d'origine a été transféré), soit atteinte de caducité (lorsqu'une entreprise, dans sa globalité, est transférée)* » ; F. DUQUESNE, J. HEINTZ, La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033, spéc. n° 28.

²⁷²³ L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 41, n° 91.

alors que les autres stipulations seraient maintenues²⁷²⁴. Une comparaison pourrait avoir lieu entre les deux accords institutionnels en vigueur pour déterminer quelles règles issues de l'accord de l'entité d'origine demeurent applicables. Les clauses « *impossibles à exécuter* »²⁷²⁵ seraient caduques. Cette position semble la plus adéquate avec les règles en vigueur, elle permettrait de concilier l'application des deux théories (mise en cause et caducité) après avoir étudié l'applicabilité des clauses dans l'entité d'accueil. La dernière hypothèse est plus radicale. Elle fait écho à l'unicité existant entre instance et accord institutionnel. Elle revient à considérer que l'accord institutionnel est propre à un CSE donné et qu'il ne peut perdurer au-delà : la logique organisationnelle l'emporterait. Cette hypothèse se comprend juridiquement : si les mandats sont transférés par les dispositions du code du travail²⁷²⁶, ce n'est pas le cas de l'instance. En effet, le Code du travail prévoit qu'un nouvel établissement distinct (ou une nouvelle instance) est créé au sein de l'entité d'accueil : celui-ci se raccorde directement avec l'instance en place au sein de cette entité²⁷²⁷. Le lien entre instance et accord, objet même de celui-ci et de son contenu, serait irrémédiablement rompu à chaque transfert d'entreprise : la caducité devrait l'emporter sur la mise en cause. Cette position ne devrait pas accueillir le soutien de la doctrine et de la jurisprudence compte-tenu des positions actuelles sur la caducité en droit du travail. Elle n'en demeure pas moins une hypothèse à retenir en cas d'évolution de ces positions dans les années à venir. Un régime spécifique à l'accord institutionnel prendrait forme, et sans appliquer la notion de caducité, le législateur pourrait indiquer qu'en cas de transfert d'entreprise, les accords institutionnels ne sont pas transférés. Ces trois hypothèses trouvent des arguments distincts rappelés dans les développements précédents, la mise en cause en cas de transfert des mandats semble l'emporter unanimement au sein de la doctrine, elle serait cohérente vis-à-vis de l'application jurisprudentielle contemporaine de la caducité en droit du travail.

²⁷²⁴ Sur l'intérêt de la caducité partielle, P.-H. ANTONMATTEI, Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective, Dr. soc. 2019, p. 1054 : « *la caducité n'affecte pas nécessairement l'acte collectif dans son intégralité. Il s'agit même d'une situation d'exception. Plus les thèmes sont variés, plus le risque d'une caducité de l'intégralité de l'acte est faible. La caducité partielle de la convention ou de l'accord collectif, née d'une caducité d'une ou plusieurs clauses n'est pas à exclure* ».

²⁷²⁵ F. BERGERON-CANUT, De la caducité des accords collectifs, Bull. Joly Travail sept. 2019, p. 41.

²⁷²⁶ C. trav., art. L. 2314-35 al. 1.

²⁷²⁷ C. trav., art. L. 2314-35 al. 2.

592. Conclusion. L'impact du transfert d'entreprise sur le CSE reste aujourd'hui soumis à quelques interrogations s'agissant de l'accord institutionnel. Le législateur n'ayant pas défini de régime juridique à celui-ci, le praticien est contraint d'articuler les règles de droit commun de l'accord collectif, de droit commun des contrats et de droit spécial. Dans l'attente d'éclaircissements jurisprudentiels, le régime de la mise en cause devrait s'appliquer majoritairement pour l'accord institutionnel. La caducité demeure néanmoins un outil accessible, particulièrement en l'absence de transfert des mandats, qui pourrait être utilisé par le juge. La définition d'un régime spécifique à l'accord institutionnel pourrait le faire sortir de l'application de certaines règles de droit commun : les textes portant sur la participation et l'intéressement pourraient inspirer le législateur²⁷²⁸.

593. Transition. Quelle que soit la modification juridique, les difficultés proviennent de l'absence de régime juridique spécifique dédié à l'accord institutionnel. Les difficultés d'analyse existent en raison de la délicate collaboration entre l'accord institutionnel et le droit commun des accords collectifs. Le transfert d'entreprise autant que les autres éléments déjà évoqués traduisent cette difficulté à déterminer un régime juridique idéal aux accords institutionnels. Il convient ainsi de tenter de définir, plus spécifiquement, un régime juridique particulier à l'accord institutionnel qui a vocation à se traduire, pour une plus grande clarté, au sein du Code du travail.

²⁷²⁸ C. trav., art. L. 3313-4 et L. 3323-8 ; L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaidoyer pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097 : « la caducité est susceptible d'être invoquée pour peu que les conditions en soient réunies. Le législateur le confirme lorsqu'il écarte la mise en cause au profit de la caducité dans la situation où l'accord d'intéressement ou de participation n'est pas applicable à l'entité d'accueil ».

TITRE 2. APPROCHE DE DROIT PROSPECTIF

594. Incertitudes relevées sur le régime applicable. L'accord institutionnel ne bénéficie pas aujourd'hui d'un régime juridique particulier mis en place par le législateur²⁷²⁹. Les nombreuses difficultés relevées marquent l'absence de régime juridique établi²⁷³⁰. Divers concepts juridiques tentent de s'articuler autour des accords sur le CSE : droit commun²⁷³¹, droit spécial²⁷³², solutions jurisprudentielles²⁷³³... Le particularisme de l'accord institutionnel s'expose principalement à la généralité du droit commun, créant interrogations et incompatibilités²⁷³⁴.

595. Un intérêt de lisibilité : définir un régime légal propre à l'accord institutionnel. Face à ces difficultés, l'objectif est d'établir un régime propre à l'accord institutionnel qui trouverait sa place au sein du Code du travail²⁷³⁵. Les entreprises et acteurs de la représentation du personnel pourraient ainsi appréhender plus sereinement la structuration de leur instance, évitant les difficultés quant à l'application des dispositions jusqu'ici en vigueur²⁷³⁶. Ce régime juridique dédié à l'accord institutionnel permettrait également de faire de cet accord une pierre angulaire du droit du travail, créant une particularité sociale

²⁷²⁹ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²⁷³⁰ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/2019, p. 235 ; F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 ; J.-Y. KERBOURC'H, La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313, spéc. 54.

²⁷³¹ L'accord de « référence » s'agissant de l'accord institutionnel est l'accord collectif de droit commun conclu avec les délégués syndicaux. V. B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204.

²⁷³² V. par exemple *infra* n° 551 et s. s'agissant des difficultés à justifier l'absence d'évolution des accords de mise en place en cours de cycle électoral.

²⁷³³ V. par exemple *infra* n° 498 s'agissant de l'obligation de négocier sur la mise en place de l'instance (Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948).

²⁷³⁴ Il s'agit d'ailleurs d'un frein à la négociation collective souhaitée par le législateur : « *in fine, la négociation sur le CSE n'existera que si les partenaires sociaux s'en saisissent ; or, à cet effet, ils méritaient des dispositions plus lisibles. [...] On pourrait songer à une (autre) réforme de la réforme* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/2019, p. 235).

²⁷³⁵ Cette difficulté n'est pas nouvelle, certains auteurs ont relevé, dès 2015, la nécessité d'offrir à l'accord institutionnel un régime spécifique, V. G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359 : « *construite au gré des idées, la stratification des accords institutionnels laisse apparaître un désordre de régime. [...] Existe-t-il un droit commun des accords institutionnels ? Il reste à construire* ». La réforme de 2017 n'a pas permis de clarifier le régime juridique applicable.

²⁷³⁶ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 555.

mise en avant et encourageant les partenaires sociaux à s'en saisir. Cette approche est importante dans l'esprit du législateur contemporain : la montée en puissance de la négociation d'entreprise est au cœur des évolutions récentes du droit social²⁷³⁷. Outre cet aspect, et au vu des différents points relevés au sein du précédent titre, il semble nécessaire d'établir un régime cohérent et unifié. Seul le législateur est aujourd'hui en mesure de répondre à cette exigence pour garantir l'efficacité de la représentation du personnel. Il serait risqué de laisser la jurisprudence trancher ces questions, au cas par cas et au fil de l'eau : le risque est d'aboutir à une incohérence entre les différentes conséquences juridiques des choix retenus²⁷³⁸. Ces éléments conduisent aujourd'hui à plébisciter une réforme complémentaire aux Ordonnances « Macron » de 2017 portant sur l'accord institutionnel, afin d'en déterminer un régime juridique spécifique, applicable à l'ensemble des thèmes de négociation relevés par le code du travail (et au-delà) ainsi que sur les conséquences des différentes évolutions susceptibles d'affecter le cycle normal de la représentation du personnel²⁷³⁹. Ce régime, bien qu'unifié, devra s'inscrire dans la philosophie portée par le législateur depuis plusieurs années en garantissant la possibilité à toutes les entreprises de négocier sur leur institution, peu important la présence ou l'absence de délégués syndicaux au sein de l'entreprise²⁷⁴⁰. C'est ainsi maintenir l'opportunité qui est offerte au CSE de négocier et conclure directement des accords institutionnels²⁷⁴¹. Les lignes directrices sont

²⁷³⁷ H. TISSANDIER, Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs, RDT 2016, p. 794 ; F. GEA, Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 21 et s. ; G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631 : « *l'adaptabilité des normes par accord collectif est dans la veine du droit contemporain* ».

²⁷³⁸ V. B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 555 : les auteurs expliquent que le législateur devra « *un jour* » préciser les règles applicables au CSE. « *Dans l'immédiat* », le juge devra trancher. D'où la nécessité d'encourager une réforme rapide suite aux difficultés relevées ; S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 60 : « *la Cour de cassation pouvant procéder à cet effet à des ajustements bien qu'il soit préférable que le législateur reprenne la main* ».

²⁷³⁹ B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. XII : « *à la résorption [des tensions] chacun doit œuvrer, le législateur en premier chef car bien des conflits ne naissent qu'en raison de l'imprécision de la norme légale ou, pire, des contradictions qu'elle est porteuse. Or, il est loin d'être avéré que les dispositions gouvernant le comité social et économique soient à l'abri de tout reproche, avec la circonstance atténuante qu'il est toujours difficile de bâtir un nouvel - et vaste - édifice, singulièrement lorsqu'à sa construction ne sont abandonnées que quelques semaines* ».

²⁷⁴⁰ V. *supra* n° 169 et s.

²⁷⁴¹ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595.

identiques et visent à offrir la faculté à toutes les entreprises de pouvoir adapter leur instance aux nécessités de leur structure²⁷⁴². La réflexion prospective veillera donc au respect, non dénué de sens, de la philosophie contemporaine portant sur la négociation collective. Elle tentera d'explicitier les récentes réformes.

596. Un double accord institutionnel. Il sera toutefois délicat d'unifier totalement le régime juridique de l'accord institutionnel. Ce dernier doit distinguer deux accords spécifiques : l'accord institutionnel de mise en place et l'accord institutionnel d'organisation²⁷⁴³. Pour autant, et en premier lieu, un régime commun, propre aux accords institutionnels devra être rédigé (Chapitre 1) ; les spécificités des deux accords précités conduiront ensuite à appliquer, dans le cadre du régime commun, un régime particulier à ceux-ci (Chapitre 2).

²⁷⁴² F. FAVENNEC-HERY, Les PME dans les ordonnances Macron, Dr. soc. 2018, p. 46.

²⁷⁴³ L'objectif étant d'éviter les reproches aujourd'hui exprimés : « *les conditions de négociation et de validité des accords ne sont pas uniformes. La promotion de l'accord collectif et la volonté d'adapter la représentation du personnel au cadre de l'entreprise s'accompagnant d'une diversité de cas de figure s'agissant des conditions de la négociation et de validité des accords. Celles-ci sont différentes en fonction du type d'accord, des thèmes de négociation et des acteurs de la négociation, ce qui ne va pas simplifier la tâche des organisations syndicales et des élus du personnel* » (M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14^{ème} éd. 2019, p. 76).

Chapitre 1. Un régime juridique spécial, commun aux accords institutionnels

597. Un régime commun. Deux figures composent l'accord institutionnel : la mise en place et l'organisation de l'instance²⁷⁴⁴. Ces deux composantes disposent chacune de particularités qui leur sont propres. Pour autant, un régime spécial commun peut être construit s'imposant tant à la mise en place qu'à l'organisation de l'instance ; il a vocation à déroger de manière spécifique au droit commun de l'accord collectif afin d'offrir une plus grande adaptabilité et efficacité aux accords structurant la représentation du personnel²⁷⁴⁵. Ce « régime spécial commun » s'appuie notamment sur des modalités de conclusion communes (Section 1.) mais également sur les rapports similaires qu'entretiennent ces accords institutionnels (Section 2.).

Section 1. Les modalités de conclusion, une alternative maintenue mais aménagée

598. Le choix novateur d'une alternative à l'absence de délégué syndical. Le législateur, à travers les Ordonnances « Macron » de 2017, a souhaité offrir à toutes les entreprises la possibilité de négocier sur le CSE²⁷⁴⁶. Pour les entreprises disposant d'un délégué syndical, le droit commun de l'accord collectif s'applique, à l'exception du recours au référendum²⁷⁴⁷. Aussi, et afin de garantir aux entreprises dépourvues de délégué syndical la possibilité d'aménager leur CSE, le législateur a offert deux options. Soit il se bornait à

²⁷⁴⁴ Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18 : « un accord n°1 qui pose un cadre de mise en place du CSE. [...] Un accord n°2 relatif aux moyens et au fonctionnement du CSE ainsi qu'à ses attributions » ; V. également : S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9.

²⁷⁴⁵ G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359.

²⁷⁴⁶ Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 19-20.

²⁷⁴⁷ V. par exemple C. trav., art. L. 2312-19 : « un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 » ; S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

appliquer le droit commun. Dans un tel cas de figure, le recours à la négociation dérogatoire aurait été possible pour les entreprises dépourvues de délégué syndical²⁷⁴⁸ ; le droit commun aurait été appliqué suivant les dispositions déjà établies²⁷⁴⁹. Cela étant, la négociation dérogatoire présente des défauts : elle demeure « *complexe* »²⁷⁵⁰, longue et manque de simplicité, rendant son accessibilité pour les entreprises plus délicate²⁷⁵¹. Or, l'objectif était justement de favoriser la négociation sur le CSE. La seconde possibilité ouverte au législateur était d'établir une alternative à l'absence de délégué syndical spécialement conçue pour le CSE²⁷⁵². L'avantage était d'offrir aux partenaires sociaux une opportunité de négociation accessible, simple et lisible²⁷⁵³. C'est vers cette voie que le législateur s'est tourné²⁷⁵⁴.

599. Défauts du schéma dualiste actuellement en vigueur. Ce schéma dualiste n'est malheureusement pas totalement abouti aujourd'hui²⁷⁵⁵. De trop nombreux manques ont été relevés²⁷⁵⁶, créant un sentiment de régime juridique inachevé. Des reproches peuvent être formulés tant sur le fond (absence de référendum²⁷⁵⁷, absence de disposition sur la révision et la dénonciation notamment concernant l'accord conclu entre l'employeur et le

²⁷⁴⁸ C. trav., art. L. 2232-21 et s.

²⁷⁴⁹ B. TEYSSIE, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112.

²⁷⁵⁰ M. PERILLI, C. DELANNOY, E. LEYNAUD, Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ?, Cah. DRH févr. 2018, n°250-251, p. 121 : « *en effet, la procédure « dérogatoire » de négociation, de conclusion et de révision des accords collectifs dans ces entreprises reste complexe. Le mécanisme de mandatement des membres du CSE ou de salariés par une ou plusieurs OSR de branche et l'éventuelle approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés sont bien souvent fastidieux à mettre en œuvre* ».

²⁷⁵¹ Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235 : « *le législateur a pensé les faciliter en prévoyant une négociation subsidiaire avec le CSE (et non les élus), plus commode que les modes de négociation dérogatoire applicables dans le cadre du « droit commun » de la négociation collective* ».

²⁷⁵² G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 634.

²⁷⁵³ V. *supra* n° 160.

²⁷⁵⁴ Y. FERKANE, Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595.

²⁷⁵⁵ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²⁷⁵⁶ Pour un exemple parmi d'autres : « *s'agissant du recours à la visioconférence, les articles L 2315-4 et L 2316-16 du Code du travail ne visent que l'accord entre l'employeur et les membres élus* » (et non le CSE ou les syndicats représentatifs, sans que l'on sache ni pourquoi, ni comment), ce qui exclut l'accord collectif » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/19, p. 235).

²⁷⁵⁷ V. *supra* n° 387.

CSE²⁷⁵⁸...) ²⁷⁵⁹ mais aussi sur la forme (dualisme non généralisé à l'ensemble des négociations institutionnelles)²⁷⁶⁰. Il convient de maintenir cette approche dualiste, garantissant aux partenaires sociaux la possibilité de structurer la représentation du personnel d'un commun accord²⁷⁶¹. La simplicité de conclusion est également à maintenir, car elle favorise l'engouement pour la négociation²⁷⁶². Ainsi, les deux modalités de conclusion doivent être maintenues mais affinées et développées pour parvenir à définir un réel régime juridique. Il conviendra d'étudier dans un premier temps l'accord conclu avec les délégués syndicaux (I.) avant d'approfondir l'accord conclu entre l'employeur et le CSE (II.).

I. L'accord conclu avec les délégués syndicaux, une ouverture souhaitée à l'accord de groupe et au référendum

600. Application du régime de droit commun de l'accord collectif. L'accord principal pour la conclusion d'un accord institutionnel repose sur l'accord d'entreprise de droit commun²⁷⁶³. Il résulte de la signature de l'employeur et de délégués syndicaux représentant au moins 50% des suffrages valablement exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au premier tour des dernières élections²⁷⁶⁴. La reprise des règles de droit

²⁷⁵⁸ V. *supra* n° 461 et s.

²⁷⁵⁹ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 1, p. 60 : « on voit bien, dans ces conditions, que les règles relatives à la mise en cause, mais également à la dénonciation ou à la révision, ne sont pas adaptées à la spécificité des accords à finalité institutionnelle qui constitue l'espèce dont relève l'accord visé à l'article L. 2313-7 du Code du travail. Il ferait sens, dès lors, de leur consacrer un régime spécifique, la Cour de cassation pouvant procéder à cet effet à des ajustements bien qu'il soit préférable que le législateur reprenne la main ».

²⁷⁶⁰ F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « de cette forme d'accord, à double détente, l'on aurait pu attendre qu'elle soit généralisée, chaque fois qu'il est question d'un accord collectif, d'une part, et d'un accord entre l'employeur et le CSE, d'autre part. Ce n'est malheureusement pas le cas. Qu'il s'agisse ou non de maladroites rédactionnelles, il faut bien reconnaître que certaines dispositions ne se conforment pas à la figure que nous venons de présenter, même si elles s'en rapprochent » ; B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204.

²⁷⁶¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 631-632 ; B. TEYSSIE et *alii*, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 555 et s.

²⁷⁶² M. PERILLI, C. DELANNOY, E. LEYNAUD, Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ?, Cah. DRH févr. 2018, n°250-251, p. 121.

²⁷⁶³ V. par exemple C. trav., art. L. 2312-21 : « un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 » ; S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8.

²⁷⁶⁴ C. trav., art. L. 2232-12.

commun pour l'accord conclu avec les délégués syndicaux semble particulièrement cohérente²⁷⁶⁵. Il s'agit de la règle habituellement pratiquée par ces entreprises ; rien ne justifie une dérogation à ce principe pour l'accord institutionnel.

601. Ouvrir la voie de l'accord de groupe pour les entreprises le désirant. À ce titre, conformément au droit commun des accords collectifs, le groupe dispose d'une possibilité pour négocier et signer un accord collectif²⁷⁶⁶. En effet, le Code du travail dispose que : *« l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations prévues à la présente section »*²⁷⁶⁷. Cette possibilité doit être maintenue dans le cadre du régime spécifique de l'accord institutionnel. De nombreuses entreprises usent déjà de cette faculté pour organiser les CSE des entités qu'elles contrôlent, tant au niveau de la mise en place que de l'organisation²⁷⁶⁸. Cette approche est propre à différents groupes. Certains préfèrent disposer d'un contrôle très important au niveau de la holding, entretenant alors des relations sociales verticales avec leurs filiales, tandis que d'autres préfèrent offrir des marges de manœuvre à leurs filiales afin que celles-ci s'adaptent à leurs besoins et nécessités propres²⁷⁶⁹. Pour ces raisons, et dans la volonté de garantir une approche adaptée au fonctionnement de chaque groupe et de chaque entité, il est préférable de ne pas imposer une négociation au niveau de l'entreprise²⁷⁷⁰.

²⁷⁶⁵ G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE, Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24.

²⁷⁶⁶ F. MILAN, Y. FERKANE, Faut-il désormais craindre la négociation de groupe ?, RDT 2017, p. 76.

²⁷⁶⁷ C. trav., art. L. 2232-33.

²⁷⁶⁸ Thalès et Total, par exemple, ont décidé de passer par un accord de groupe pour déterminer la mise en œuvre et le fonctionnement de leur CSE (« Unanimité chez Thales pour définir les nouvelles IRP et l'exercice du droit syndical » in LSQ 21 janv. 2019, n° 17737, p. 1 ; « Total met en place le CSE dans le cadre d'un accord global sur le dialogue social » in LSQ 20 juill. 2018, n° 17616, p. 1) ; L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

²⁷⁶⁹ V. *supra* n° 375.

²⁷⁷⁰ J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385 : *« ainsi, pourrait-on admettre que l'accord de configuration du CSE puisse être un accord de groupe. Conclure un accord à ce niveau aurait pour intérêt de pouvoir harmoniser la structure du CSE dans les différentes sociétés du groupe et de synchroniser les élections, ce qui peut paraître opportun, ne serait-ce que pour ensuite faciliter la mesure de l'audience électorale. Et de manière plus spécifique certaines habilitations légales de négocier évoquent la possibilité d'un accord de groupe, par exemple celles relatives à la durée des mandats »*.

602. Le référendum, une voie légitime à ouvrir. En revanche, une limite imposée par le législateur et dérogeant au droit commun est surprenante : l'absence de possibilité de recourir au référendum²⁷⁷¹. Dans le droit commun de l'accord collectif, si les 50% requis ne sont pas atteints, mais que les 30% le sont, il peut être demandé de recourir au référendum afin de permettre aux salariés de valider l'accord²⁷⁷². Cette possibilité a été rejetée par le législateur s'agissant de l'accord institutionnel²⁷⁷³. Aujourd'hui il convient d'articuler deux principes contemporains : l'essor de la négociation collective²⁷⁷⁴ et l'essor du référendum d'entreprise²⁷⁷⁵ (essentiellement comme mode dérogatoire). Le législateur semble s'être limité à l'essor de la négociation collective s'agissant du CSE²⁷⁷⁶. En présence de délégués syndicaux, aucune alternative n'est ouverte. La seule possibilité de conclure un accord d'entreprise est d'obtenir la majorité. Pour autant, la légitimité est identique, que l'accord soit signé par les délégués syndicaux ou validé par les salariés après signature d'une partie des organisations syndicales représentatives²⁷⁷⁷. L'agrément de la majorité est prononcé²⁷⁷⁸. D'autant plus qu'avec le référendum la légitimité est encore plus forte puisque la majorité provient des salariés s'étant prononcés²⁷⁷⁹, alors que l'appréciation de la majorité des organisations syndicales représentatives se fonde seulement sur les votes exprimés en faveur de ces organisations au premier tour des dernières élections²⁷⁸⁰. Arithmétiquement, il est plus

²⁷⁷¹ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 446.

²⁷⁷² C. trav., art. L. 2232-12 al. 2.

²⁷⁷³ V. *supra* n° 387.

²⁷⁷⁴ A. FABRE, *Les dynamiques de l'accord collectif de travail*, Dr. soc. 2020, p. 630.

²⁷⁷⁵ V. le dossier « Le référendum dans l'entreprise : nouveau mode de dialogue social ? » in Dr. soc. 2018, p. 404.

²⁷⁷⁶ B. GAURIAU, *L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique*, JCP S 2018, 1204.

²⁷⁷⁷ V. COHEN-DONSIMONI, *Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif*, Dr. soc. 2018, p. 422 : « lorsque l'accord a été signé avec les syndicats minoritaires, le référendum permet de le « purger » de ses imperfections ; l'approbation par les salariés vient conférer à l'accord la légitimité naturelle qui lui fait défaut et qui découle de l'incapacité des syndicats à produire un dialogue social efficace ».

²⁷⁷⁸ N. ANDRE, *Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences*, Revue Lamy droit des affaires nov. 2019, n° 153, p. 25.

²⁷⁷⁹ C. trav., art. L. 2232-12, al. 6 : « l'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés ».

²⁷⁸⁰ C. trav., art. L. 2232-12, al. 1.

légitime de passer par la voie du référendum²⁷⁸¹. Si la légitimité d'un tel mode est consacrée, se pose la question de l'intérêt d'ouvrir la voie du référendum. S'agissant des thèmes, il est difficilement concevable de considérer que les salariés ne sont pas directement concernés par ces questions que ce soit sur la mise en place (quels périmètres ? quels représentants de proximité ? quelles CSSCT ?) ou sur l'organisation de l'instance (quelles attributions ? quels délais ? quelles informations ?)²⁷⁸². Le CSE est l'organe de représentation de tous les salariés, les informations et consultations leur sont destinées à travers leurs représentants²⁷⁸³. Il semble donc cohérent de voir les salariés sollicités pour approuver ou désapprouver un accord institutionnel²⁷⁸⁴. S'agissant toutefois des modalités temporelles, le recours au référendum est plus délicat à appréhender, du moins s'agissant de la mise en place du CSE. La négociation concernant l'accord institutionnel de mise en place débutera généralement quelques semaines avant la négociation sur le protocole d'accord préélectoral²⁷⁸⁵. À défaut d'accord, l'organisation de la consultation des salariés se déroulera en moyenne pendant 1 à 3 mois selon la lecture des délais imposés par le Code du travail²⁷⁸⁶. En l'absence d'anticipation dans la négociation de l'accord de mise en place, le risque est d'enjamber le protocole d'accord préélectoral, voir le premier tour, ce qui crée une difficulté

²⁷⁸¹ Cette vision n'est toutefois pas partagée par tous : « *dès lors que sont en jeu aussi bien les libertés publiques dans l'entreprise que le droit à participation des salariés, les accords collectifs conclus en matière de représentation du personnel ne peuvent s'accommoder à une majorité au rabais. C'est pourquoi, lorsque les interlocuteurs sociaux sont autorisés à négocier sur le CSE, une préférence très nette semble être marquée en faveur de l'accord majoritaire, sans possibilité de recourir au référendum. Il s'agit de garantir la légitimité des accords conclus en matière de représentation du personnel, ou plutôt de leurs signataires* » (Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446).

²⁷⁸² C. trav., art. L. 2312-8 : « *le comité social et économique a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* ».

²⁷⁸³ V. en ce sens, A. MARTINON, L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ?, JCP S 2013, 1263, spéc. n° 2 : « *la nouvelle consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise visant à rassurer les salariés ou les conduire à anticiper les changements* ».

²⁷⁸⁴ Cela permettrait au demeurant de permettre une plus grande implication des salariés. V. en ce sens : J.-P. JACQUIER, La représentation des salariés dans l'entreprise : une réforme nécessaire, Semaine Sociale Lamy mai 2011, n° 1492, p. 8 : « *ces différents entassements ont facilité le développement de ce que l'on qualifie d'institutionnalisation des représentants : des représentants absorbés, volontairement ou non, par le fonctionnement des institutions, au détriment de la nécessité d'impliquer les salariés* ».

²⁷⁸⁵ V. *supra* n° 186.

²⁷⁸⁶ C. trav., art. L. 2232-12 ; N. BERETTI, Quelle place pour la consultation des salariés pour la validation d'un accord collectif non majoritaire en entreprise ?, Cah. Lamy du CSE sept. 2019, n° 195, p. 12.

opérationnelle²⁷⁸⁷. Le mieux dans cette situation serait de proroger de plein droit la date du premier tour et de décaler, ou d'étaler, le protocole d'accord préélectoral dans l'attente du choix des électeurs (et, en cas de rejet, de la décision unilatérale de l'employeur²⁷⁸⁸)²⁷⁸⁹. Ce défaut n'est toutefois pas rédhibitoire, un accord de mise en place légèrement anticipé et une procédure de référendum accélérée pourront permettre de préserver les délais²⁷⁹⁰. S'agissant de l'accord institutionnel d'organisation, aucune procédure n'étant à respecter²⁷⁹¹, la possibilité de prévoir le recours au référendum ne pose pas de difficultés. Pour l'ensemble de ces raisons, il semble opportun d'autoriser le recours au référendum pour l'accord institutionnel. La loi devrait être modifiée en ce sens.

603. Conclusion. L'application du droit commun de l'accord collectif est recommandée s'agissant de l'accord conclu avec les délégués syndicaux. Si le législateur a opté initialement pour cette modalité, le choix de rejeter le recours au référendum ne semble pas justifié : les salariés doivent disposer de la faculté de valider un accord institutionnel qui concerne, de fait, directement leurs droits. En l'absence de délégué syndical, le choix du droit commun de l'accord collectif doit être abandonné : l'accord conclu entre l'employeur et le CSE doit se substituer au régime juridique de droit commun relatif à la négociation dérogatoire.

II. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE, un aménagement des modalités de conclusion, de révision et de dénonciation

604. Une libre alternative ? Un choix inopérant. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE est une alternative à l'accord conclu avec les délégués syndicaux²⁷⁹². Cette approche

²⁷⁸⁷ Le 1^{er} tour des élections professionnelles doit se dérouler « dans la quinzaine précédant l'expiration des mandats » (C. trav., art. L. 2314-5 al. 3). La date étant déterminée en avance, la négociation de l'accord de mise en place doit être anticipée, ainsi que tout le calendrier électoral.

²⁷⁸⁸ C. trav., art. L. 2313-4.

²⁷⁸⁹ Le législateur devrait alors prévoir un texte spécifique.

²⁷⁹⁰ Certains auteurs reconnaissent la difficulté d'organisation de référendum au sein des entreprises. V. E. BARBARA in « Six experts se penchent sur les futures ordonnances », Semaine Sociale Lamy 12 juin 2017, n° 1773, p. 3 : « une entreprise ne peut passer son temps à faire des référendums ! ».

²⁷⁹¹ V. *supra* n° 188.

²⁷⁹² Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446.

aurait pu toutefois aboutir à deux conséquences. Certains auraient pu estimer que l'accord conclu entre l'employeur et le CSE est une libre alternative à l'accord conclu avec les délégués syndicaux. Concrètement cela signifie que l'employeur aurait pu passer directement par les membres de la délégation du personnel du CSE malgré la présence de délégués syndicaux au sein de la société²⁷⁹³. Cette approche aurait eu l'avantage de s'attacher plus au fond qu'à la forme²⁷⁹⁴. Les membres de la délégation du personnel sont directement concernés par l'accord institutionnel, c'est le droit de leur instance qui y est régi²⁷⁹⁵. Il s'agirait en quelques sortes d'effectuer un parallèle avec le règlement intérieur du CSE en considérant que l'accord institutionnel est un règlement intérieur « XXL », qui va bien au-delà de la simple application de textes légaux²⁷⁹⁶. Cela aurait pu permettre de correspondre, de manière plus importante, avec le souhait d'efficience voulu pour la représentation du personnel²⁷⁹⁷. La difficulté est que l'accord institutionnel d'organisation n'a pas vocation à se limiter à un cycle électoral donné²⁷⁹⁸. Cela revient, malgré la présence de délégués syndicaux, à donner un important pouvoir au CSE pour la suite de l'instance, quand bien même une révision serait toujours possible. Cela reviendrait à mettre en difficulté la règle « sacrée » du pouvoir exclusif de négociation confié aux délégués syndicaux²⁷⁹⁹. Il n'est pas concevable à l'heure actuelle d'affaiblir le rôle des délégués syndicaux qui disposent

²⁷⁹³ Y. FERKANE, La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446 : « évoquer la représentation du personnel comme objet de la négociation collective, c'est admettre qu'un accord collectif puisse, par exemple, fixer la procédure présidant au fonctionnement interne d'un groupement doté de la personnalité juridique tel que le comité social et économique (CSE), où se cotoient de manière permanente représentants des salariés et de l'employeur ».

²⁷⁹⁴ V. sur l'objectif de « configurer » l'instance : F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction De F. GEA), Dalloz, 2020, p. 229.

²⁷⁹⁵ F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632 : « le recours à la légitimité institutionnelle convient sans doute s'agissant des accords de configuration du CSE. Tournés vers le fonctionnement de l'institution, de tels actes doivent se recommander de la volonté interne qui s'y dégage ».

²⁷⁹⁶ G. LOISEAU, A. MARTINON, L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juill. 2015, n° 276, p. 359 ; Q. MLAPA, D. FONTENEAU, Le règlement intérieur du CSE : seconde bataille ou simple escarmouche ?, Cah. Lamy du CSE mars 2020, n° 201, p. 19 : « entre domaines réservés à l'accord collectif majoritaire, et nouveau champ d'application du règlement intérieur, des interactions entre ces deux textes peuvent créer des zones d'ombre ».

²⁷⁹⁷ V. le risque conflictuel si le CSE n'est pas « le « reflet » de l'organisation syndicale qui a négocié l'accord » (L. PEUGNY, Mise en place et fonctionnement du CSE : après le « Questions/ Réponses » encore beaucoup de questions, Cah. Lamy du CSE oct. 2018, n° 185, p. 29).

²⁷⁹⁸ V. supra n° 557.

²⁷⁹⁹ V. supra n° 146 et s.

justement de cette faculté de conclure des accords qui transcendent les cycles électoraux, quel que soit le sujet (accord institutionnel ou autre)²⁸⁰⁰. Politiquement et juridiquement²⁸⁰¹, il est difficilement acceptable d'offrir à l'employeur la possibilité de passer outre les délégués syndicaux, quand bien même ces derniers ne sont pas membres de la délégation du personnel²⁸⁰². Il conviendra donc de garder et d'unifier l'alternative entre la priorité donnée aux accords conclus avec les délégués syndicaux et, en l'absence de délégué syndical, la possibilité de conclure avec le CSE.

605. Une alternative en l'absence de délégués syndicaux. Une autre question aurait pu être posée sur ce fondement. L'alternative s'opère-t-elle en l'absence de délégués syndicaux ou en l'absence d'accord conclu avec les délégués syndicaux ? En effet, cette seconde possibilité peut être retenue pour inciter les parties à négocier et à conclure des accords. Cependant, il s'agit ici de retirer aux délégués syndicaux leur rôle principal. Ces derniers n'ont pas vocation qu'à signer des accords collectifs ; ils peuvent également refuser de signer les propositions d'accord²⁸⁰³. Or si l'absence d'accord ouvre la possibilité au CSE de conclure un accord, ce mécanisme remettrait en cause le pouvoir initial des délégués syndicaux ; le législateur assimilerait les délégués syndicaux à des signataires au lieu de les voir comme des négociants, ce qui est problématique en vertu de leur pouvoir de négociation²⁸⁰⁴. La règle devra donc être maintenue : l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ne peut être conclu qu'en l'absence de délégué syndical.

²⁸⁰⁰ V. sur la durée des accords collectifs de droit commun : C. trav., art. L. 2222-4.

²⁸⁰¹ G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6^{ème} éd. 2018, p. 22 : « au niveau des entreprises même, la préférence du législateur demeure fondée, non seulement, sur les engagements internationaux qui s'imposent à lui, mais surtout sur la nécessaire indépendance des « délégués » à l'égard des employeurs, que seuls des groupements de travailleurs dont ils ne contrôlent ni la création, ni le fonctionnement sont à même de garantir ».

²⁸⁰² C. MARIANO, *La négociation substitutive d'entreprise*, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 197 : « tout type de transfert du pouvoir de négocier, qu'il écarte, en droit ou en fait, les organisations syndicales représentatives de la négociation collective d'entreprise ou qu'il permette l'entrée en scène de nouveaux négociateurs œuvrant sur un pied d'égalité avec celles-ci, violerait leur vocation naturelle et constitutionnelle à négocier les accords collectifs d'entreprise, laquelle s'oppose à tout appauvrissement, même partiel, de leurs prérogatives conventionnelles et de leur maîtrise exclusive sur la définition conventionnelle de l'intérêt des salariés ».

²⁸⁰³ V. ARMILLEI, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 246, n° 416.

²⁸⁰⁴ N. MOIZARD, *La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise*, Dr. ouvr. 2019, p. 410.

606. Modalités de conclusion : un réajustement de la légitimité. Concernant les modalités de conclusion, le Code du travail évoque aujourd'hui : « *un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité* »²⁸⁰⁵. Comme relevé précédemment, cette règle est très contestable en raison de l'absence de légitimité qui en résulte²⁸⁰⁶. Les membres valent une voix²⁸⁰⁷. Or les élus n'ont pourtant pas tous reçu le même nombre de suffrages. Le législateur a, selon toute vraisemblance, souhaité simplifier les modalités de décompte pour faciliter la négociation et la conclusion de l'accord institutionnel ; cependant tout ne peut être admis en termes de règles de conclusion²⁸⁰⁸. La question de la légitimité est au cœur du sujet, c'est elle qui permet de rendre un accord accepté de tous. En défiant cette règle pour des questions de simplicité, le législateur s'attaque à une règle élémentaire et incontournable du droit social²⁸⁰⁹. Il convient donc de revoir les modalités de conclusion. L'idéal serait de se reporter au poids individuel de chaque membre du CSE. Pour cela, il est possible d'établir un parallèle avec les dispositions relatives à la négociation dérogatoire de droit commun²⁸¹⁰. Il est en effet prévu que « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandaté ou non, est subordonnée à leur signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles* »²⁸¹¹. Certes, dans ce cas de figure, l'accord est conclu avec des membres du CSE puis validé, et non conclu avec le CSE

²⁸⁰⁵ V. par exemple : C. trav., art. L. 2313-3.

²⁸⁰⁶ V. *supra* n° 398.

²⁸⁰⁷ B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, JCP S 2018, 1204 : « *un homme égale une voix* ».

²⁸⁰⁸ Pour certains auteurs, il ne s'agit dès lors pas d'une « *légitimité électorale* » mais d'une « *légitimité institutionnelle* » ; l'accord doit résulter d'une volonté commune des membres de l'institution : « *quoiqu'il ne l'ait nulle part exprimé dans le Code, le législateur semble rechercher, pour les accords conclus avec le CSE, l'expression d'une volonté propre à l'institution – et une volonté commune résultant d'un vote égalitaire. La majorité de validation est dégagée abstraction faite du poids électoral des membres en cause. L'expression de « légitimité institutionnelle » de l'accord vient alors à l'esprit* » (F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632).

²⁸⁰⁹ V. le dossier « La légitimité de la norme en droit du travail » in Dr. soc. 2018, p. 112.

²⁸¹⁰ B. TEYSSIE, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112.

²⁸¹¹ V. par exemple C. trav., art. L. 2232-25.

directement²⁸¹². Il est parfaitement possible néanmoins de prévoir directement au sein de la loi que la signature du CSE est conditionnée à l'accord des membres de la délégation du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés²⁸¹³. Ce choix traduirait la volonté d'asseoir l'accord conclu entre l'employeur et le CSE sur une base légitime. Les règles d'appréciation de cette majorité ont par ailleurs déjà été mentionnées²⁸¹⁴. Il conviendra toutefois d'inscrire dans la loi que la répartition du poids électoral est effectuée sur la base des seuls titulaires au CSE. La conclusion de l'accord n'exige pas qu'il soit conclu lors d'une réunion du CSE²⁸¹⁵, les suppléants agissant en qualité de titulaires n'auraient alors pas le pouvoir de signer. En cas d'absence temporaire (c'est-à-dire si le titulaire bénéficie toujours de son mandat : absence de démission, absence de départ de l'entreprise²⁸¹⁶), ce dernier pourrait donner mandat au suppléant qui le remplace pour signer l'accord à sa place selon le poids électoral du titulaire absent. L'objectif est de garantir la légitimité nécessaire à cet accord. Le calcul du poids électoral de chaque membre titulaire se révèle, en réalité, plutôt simple²⁸¹⁷.

607. Révision et dénonciation : absence de règles définies par le Code du travail. Le législateur n'a toutefois pas pris soin de préciser les modalités de révision et de dénonciation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE²⁸¹⁸. Cet oubli est problématique notamment en raison de la nécessaire adaptation de ces accords au fil de l'eau. Doit être ouverte la

²⁸¹² Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358 : « *l'accord est conclu avec le comité social et économique et non, comme en matière de négociation dérogatoire, avec ses membres* ».

²⁸¹³ Si la loi prévoit un vote « à la majorité des membres titulaires élus du CSE » pour l'accord conclu entre l'employeur et le CSE (V. par exemple C. trav., art. L. 2313-3), elle prévoit pour les dispositifs d'épargne salariale conclus « au sein du CSE » (V. par exemple C. trav., art. L. 3312-5) une conclusion à la « majorité des membres présents à la réunion » (Guide de l'épargne salariale, DGT, DSS, Direction générale du Trésor et DLF, juill. 2014, p. 15) et pour la négociation dérogatoire une conclusion selon le poids électoral de chaque membre (C. trav., art. L. 2232-25). Il existe donc trois modalités de conclusion différentes en lien avec le CSE prévues par la loi.

²⁸¹⁴ V. *supra* n° 396.

²⁸¹⁵ G. AUZERO, R. CHISS, L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271.

²⁸¹⁶ C. trav., art. L. 2314-33 et L. 2314-37.

²⁸¹⁷ Il s'agit de dénombrer tous les bulletins en faveur des membres élus et de calculer proportionnellement à ce chiffre la part de voix de chaque membre élu.

²⁸¹⁸ V. *supra* n° 461 et s. ; F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50 : « *selon quelles modalités, en effet, les membres du CSE pourraient-ils dénoncer cet accord ou initier une procédure de révision ?* ».

possibilité de modifier l'accord en cours d'exécution, mais également de le dénoncer, particulièrement s'agissant de l'accord institutionnel d'organisation.

608. Révision : des règles inspirées du droit commun de l'accord collectif. S'agissant des conditions de validité de l'avenant de révision il conviendra de reprendre les modalités propres à la conclusion des accords²⁸¹⁹. La question principale porte en réalité sur la manière d'invoquer la révision d'un accord institutionnel. Plusieurs hypothèses peuvent être évoquées. Tout d'abord, la révision pourrait être sollicitée par un membre quelconque de la délégation du personnel. Il pourrait également s'agir d'une impulsion collégiale contrainte par un certain nombre de demandeurs. Un consensus préalable à la demande de révision existerait²⁸²⁰. Par comparaison, s'agissant de l'impulsion de la révision pour les accords conclus avec les délégués syndicaux, ce sont les organisations syndicales représentatives qui sont maîtres de celle-ci, et une seule de ces organisations peut disposer de ce pouvoir (une signataire durant le cycle électoral de signature, toute organisation syndicale représentative au-delà)²⁸²¹. Il conviendrait donc d'opter pour la même logique. Pour éviter d'offrir à chaque membre de la délégation la possibilité d'engager le processus de négociation, il convient de déterminer une part de représentativité pour éviter le grief ci-avant exposé, sans pour autant que ce seuil ne soit au même niveau que celui de la validité de l'accord pour une plus grande fluidité dans les propositions de révision. Ainsi, un chiffre de 30% nous paraît opportun. Durant le cycle électoral de signature, un ou plusieurs signataires représentant 30% des suffrages exprimés pourraient impulser le processus de révision. À l'issue du cycle, un ou plusieurs membres titulaires de la délégation du personnel représentant 30% des suffrages exprimés seraient en mesure d'impulser la renégociation.

²⁸¹⁹ V. *supra* n° 472.

²⁸²⁰ Cela permettrait d'éviter qu'un seul membre de la représentation du personnel n'impose l'engagement de la procédure de révision.

²⁸²¹ C. trav., art. L. 2261-7-1 : « sont habilitées à engager la procédure de révision d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement : 1° Jusqu'à la fin du cycle électoral au cours duquel cette convention ou cet accord a été conclu, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord et signataires ou adhérentes de cette convention ou de cet accord ».

609. Dénonciation : des règles inspirées du droit commun de l'accord collectif.

S'agissant de la dénonciation, le Code du travail est également muet sur ce sujet²⁸²². Or cette procédure est importante afin de permettre, par exemple, aux nouveaux élus de revenir sur un précédent accord institutionnel qui ne leur convient pas²⁸²³. Cela peut également contribuer à inciter l'employeur à renégocier un accord institutionnel. Pour rappel, les règles de dénonciation sont particulièrement imprécises s'agissant de la négociation dérogatoire de droit commun²⁸²⁴. Nous avons précédemment relevé que les juges pourraient s'inspirer des recommandations doctrinales en considérant que l'accord conclu entre l'employeur et le CSE peut être dénoncé selon les mêmes formes que sa conclusion : « *à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité* »²⁸²⁵. Pourtant, il conviendrait de prévoir explicitement les règles de dénonciation au sein du Code du travail et, conformément aux recommandations du Rapport du Professeur Cesaro, il pourrait être utile de réduire, dans un premier temps, l'accès à la dénonciation²⁸²⁶. Pour cela, il convient de s'inspirer des règles de dénonciation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux. Dans celles-ci, la dénonciation peut émaner de « *la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés* » ou « *lorsqu'une des organisations syndicales de salariés signataires de la convention ou de l'accord perd la qualité d'organisation représentative dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, [d']une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans son champ d'application ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés dans les conditions prévues au chapitre II du titre III* »²⁸²⁷. La formalité de dénonciation est donc plus stricte dans un premier temps puisque l'ensemble des signataires doivent dénoncer l'accord, alors que pour la négociation dérogatoire, il s'agit simplement d'élus représentant la majorité des suffrages. Nous proposons de combiner ces deux modalités : la dénonciation d'un accord conclu à durée

²⁸²² V. *supra* n° 481.

²⁸²³ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations Collectives*, LexisNexis, 10^{ème} éd. 2016, p. 932.

²⁸²⁴ J.-B. COTTIN, *Négociateur sans délégué syndical après les ordonnances Macron*, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 33 : « *par ailleurs, la procédure de dénonciation par les élus (mandatés ou non) ou les salariés mandatés n'est pas détaillée par les dispositions légales* » ; J.-B. COTTIN, *Négociateur avec le CSE, mode d'emploi*, Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 2 : « *aucune précision n'est apportée par le texte sur la procédure de dénonciation par les élus* ».

²⁸²⁵ V. par exemple : C. trav., art. L. 2312-19.

²⁸²⁶ J.-F. CESARO, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail*, rapport, 2016, p. 23.

²⁸²⁷ C. trav., art. L. 2261-10.

indéterminée peut être effectuée, s'agissant du même cycle électoral, par l'ensemble des élus signataires de l'accord d'origine. Le raisonnement est identique s'agissant de l'employeur. Pour les cycles électoraux suivants, un accord pourra être dénoncé si l'acte de dénonciation est signé par des élus représentant la majorité des suffrages exprimés. Ces règles ont pour ambition de combiner stabilité de l'accord institutionnel et légitimité à revenir sur son application. Il s'agit de trouver le juste milieu entre ces deux éléments afin notamment que les parties ne soient pas tenues sans limitation par le premier accord.

Article 1 : L'accord institutionnel est conclu dans les conditions prévues à l'article L. 2232-12 du Code du travail ou, en l'absence de délégué syndical, entre l'employeur et le CSE par des membres titulaires du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en leur faveur lors des dernières élections professionnelles.

S'agissant de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE, les titulaires peuvent donner mandat à un suppléant pour signer l'accord en leur nom et en leur poids électoral. Si un titulaire cesse définitivement ses fonctions, le suppléant désigné en remplacement bénéficie du poids électoral de l'ancien titulaire.

Article 2 : Les délégués syndicaux peuvent réviser les accords institutionnels conformément aux dispositions de droit commun prévues aux articles L. 2261-7 et s. du Code du travail.

En l'absence de délégués syndicaux, le CSE peut réviser les accords institutionnels après engagement du processus de révision par :

- durant le cycle électoral de signature, l'employeur ou un ou plusieurs signataires représentant 30% des suffrages exprimés en faveur des membres titulaires aux dernières élections ;**
- à l'issue de ce cycle, l'employeur ou un ou plusieurs membres titulaires de la délégation du personnel représentant 30% des suffrages exprimés en faveur des membres élus titulaires aux dernières élections.**

Les avenants de révision obéissent aux conditions de validité des accords conclus entre l'employeur et le CSE.

Article 3 : Les délégués syndicaux peuvent dénoncer les accords institutionnels conformément aux dispositions de droit commun prévues aux articles L. 2261-9 et s. du Code du travail.

En l'absence de délégués syndicaux, un accord institutionnel à durée indéterminée peut être dénoncé par l'employeur ou par le CSE :

- durant le cycle électoral par l'ensemble des élus signataires de l'accord d'origine ;

- à l'issue de ce cycle, par des élus représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres élus titulaires aux dernières élections.

Cette seconde hypothèse s'applique également en cas de disparition des délégués syndicaux en cours de cycle électoral, lorsqu'un accord institutionnel a été conclu avec les délégués syndicaux durant ce même cycle.

Section 2. Les rapports entre accords

610. Des interrogations en l'absence de précisions juridiques. L'un des enjeux principaux de la définition d'un régime juridique explicite de l'accord institutionnel porte sur les rapports qui peuvent exister entre les différents accords institutionnels, et notamment entre des accords conclus selon des modes de conclusion distincts²⁸²⁸. Les accords ont vocation à évoluer au fil du temps et au fil des mandatures, la structure de l'entreprise et de ses représentants peut être modifiée²⁸²⁹, ce qui conduit parfois à quelques questions théoriques et pratiques sur les rapports entre accords²⁸³⁰. Ces problématiques concernent plus précisément deux thématiques déjà évoquées : l'équivalence entre les accords (I.) et le transfert d'entreprise (II.). Des solutions ont été explicitées précédemment à la lumière des règles en vigueur actuellement, il convient de s'interroger cette fois sur la possibilité de clarifier le régime juridique directement au sein du Code du travail.

²⁸²⁸ V. *supra* n° 429.

²⁸²⁹ L'instance bénéficie d'un « *temps de rodage* ». Il est toujours possible d'y apporter des « *ajustements conventionnels* » : G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA, Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069, spéc. n°1.

²⁸³⁰ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020, p. 252, n° 429.

I. L'équivalence entre les accords : des accords alternatifs et substituables

611. La nécessité de définir les rapports entre accords. La question de l'équivalence des accords se pose à l'égard de l'accord collectif de droit commun et de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. La problématique de l'assimilation doit être soulevée pour des raisons déjà évoquées : en l'absence d'assimilation à un accord collectif de droit commun de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE, ce dernier disposerait, dans tous les cas, d'une valeur moindre à celle d'un accord collectif de droit commun²⁸³¹. Il est probable que dans une entreprise, d'une mandature à l'autre, il n'y ait plus de délégués syndicaux ou bien, à l'inverse, que ces délégués apparaissent. L'enjeu est considérable mais le législateur ne s'est pas intéressé à ce sujet ; il convient de l'envisager par le jeu d'un texte. Deux options semblent envisageables.

612. Option n°1 : supériorité de l'accord conclu par les délégués syndicaux. La première hypothèse revient à considérer que l'accord conclu avec les délégués syndicaux prévaut sur l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. Dans ce cas, en présence d'un accord collectif conclu avec les délégués syndicaux, aucun accord conclu entre l'employeur et le CSE ne pourrait être négocié, malgré l'absence de délégués syndicaux. Cette solution, qui se rapprocherait d'une relation entre accord collectif et accord atypique est inopportune dans les faits²⁸³². Cela revient à brider le recours à la négociation entre l'employeur et le CSE, en l'absence de délégué syndical, en enlevant toute vie et tout intérêt à la négociation²⁸³³. Ce n'est pas ainsi qu'un « accord substitutif » doit être perçu, que ce soit dans le droit commun ou dans le droit spécial²⁸³⁴.

²⁸³¹ V. *supra* n° 431 ; F. GEA, L'accord sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 50.

²⁸³² F. ROSA, La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632.

²⁸³³ En cas d'accord en vigueur conclu avec des délégués syndicaux, et peu important l'absence de ceux-ci par la suite, aucun accord conclu avec le CSE ne pourrait être signé. C'est ce que prévoit la Cour de Cassation soumise à la question du rapport entre accord atypique et accord collectif : Cass. soc., 3 juill. 1991, n° 87-45.088, Cah. soc. 1991, A47.

²⁸³⁴ C. MARIANO, La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018, p. 626 : « *les modes substitutifs de négociation sont considérés comme étant, avec la même intensité, des modes substitutifs de révision et de dénonciation des accords collectifs sans qu'une quelconque force d'inertie ne soit décelable afin de brider un tel rayon d'action* ».

613. Option n°2 : une équivalence entre les accords. La seconde option s'inspire du droit commun de l'accord collectif ; en effet, les accords conclus en vertu de la négociation dérogatoire acquièrent la même force juridique qu'un accord conclu avec des délégués syndicaux²⁸³⁵. Or c'est cette approche qui doit être convertie au sein du régime juridique de l'accord institutionnel puisque l'ensemble des pré-requis sont remplis : légitimité du mode de conclusion et possibilité ouverte qu'en l'absence de délégué syndical. Les accords doivent être pris de manière autonome. La réflexion préalable doit être portée sur le sens à donner à une telle démarche et à ses intérêts. Si une entreprise, au cours d'un nouveau cycle électoral, perd ses délégués syndicaux, il ne peut être admis qu'aucun accord négocié avec les membres du CSE puisse être conclu. Cela revient à contredire la volonté affichée précédemment qui est d'ouvrir la négociation sur le CSE afin d'adapter chaque accord aux réalités et besoins de l'entreprise²⁸³⁶ ; l'accord ne peut être bridé²⁸³⁷.

II. Les problématiques du transfert d'entreprise : le recours à la caducité légale

614. Un droit commun incertain. Le sujet de l'articulation entre accord institutionnel et transfert d'entreprise a déjà été abordé précédemment pour mettre en lumière de nombreuses zones de doute et l'absence, de nouveau, de toute prise en considération de ces questions par le législateur²⁸³⁸. L'absence de droit spécial contraint les acteurs à se référer au droit commun de l'accord collectif, créant ainsi une relation ambiguë entre le maintien des accords durant un certain délai de survie et le maintien des mandats et institutions dans certaines hypothèses²⁸³⁹. Il convient de prévoir expressément, au sein du régime spécial commun de

²⁸³⁵ J.-F. CESARO, Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8-8-2016, JCP S 2016, 1301, spéc. n° 12 ; S. BEAL, M. MARGUERITE, Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2017, 1398, spéc. n° 10.

²⁸³⁶ Étude d'impact, Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 19-20.

²⁸³⁷ V. *supra* n° 169 et s. s'agissant des raisons légitimes d'offrir à toutes les entreprises la possibilité de négocier.

²⁸³⁸ V. *supra* n° 566.

²⁸³⁹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 633 ; L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 89 ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571.

l'accord institutionnel un article prévoyant une solution transposable à l'ensemble des situations. De nouveau, deux cas de figure peuvent se présenter. Soit il est choisi de transposer temporairement, autant que faire se peut, l'accord institutionnel au sein des nouvelles instances créées à la suite du transfert²⁸⁴⁰. Cette solution s'inspirerait du droit commun des accords collectifs avec l'application de la mise en cause des accords²⁸⁴¹. Soit il est prévu textuellement une caducité immédiate des accords institutionnels en cas de transfert d'entreprise, par dérogation aux règles de droit commun. Cela permettra de lier les accords à leur propre instance²⁸⁴².

615. Une solution : le prononcé légal de la caducité. C'est cette seconde hypothèse qui doit être retenue. En effet, elle permet d'éviter les multiples doutes et interrogations susceptibles d'affecter les rapports entre les accords et les instances tant de la société transférée que de la société absorbante²⁸⁴³. Par ailleurs, elle permet une plus grande adaptation aux réalités de l'instance et reste indissociable de celle-ci.

Article 4 : En cas de transfert d'entreprise, les accords institutionnels prennent fin à la date prévue du transfert.

²⁸⁴⁰ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571.

²⁸⁴¹ C. trav., art. L. 2261-14.

²⁸⁴² L. ALUOME, La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019, p. 39, n° 138.

²⁸⁴³ L. ALUOME, Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaidoyer pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097.

Chapitre 2. Des régimes spécifiques pour l'accord institutionnel de mise en place et l'accord institutionnel d'organisation

616. Introduction. Ce régime spécial commun aux accords institutionnels ne peut cependant être suffisant. L'accord institutionnel dispose de nombreuses spécificités qui exigent de distinguer l'accord institutionnel de mise en place (AIMP) et l'accord institutionnel d'organisation (AIO). Le premier nécessite des règles spécifiques. Cela est dû notamment aux exigences liées aux élections professionnelles et au cycle électoral ; ces dernières demeurent des règles importantes et ne peuvent être mises en défaut²⁸⁴⁴. Le Code du travail pourrait évoluer pour créer une nouvelle sous-section dans la section « Accord institutionnel » consacrée aux spécificités du régime spécial. Une première partie devra être consacrée à l'accord institutionnel de mise en place, assimilable à un pré-protocole d'accord préélectoral (Section 1). L'autre partie sera dédiée à l'accord institutionnel d'organisation, disposant d'une liberté plus importante (Section 2).

Section 1. L'accord institutionnel de mise en place, un pré-protocole d'accord préélectoral

617. Un pré-protocole d'accord préélectoral. L'accord institutionnel de mise en place doit être étudié comme un pré-protocole d'accord préélectoral : sa conclusion est nécessaire avant d'engager les négociations sur le protocole d'accord préélectoral²⁸⁴⁵. Le contenu de l'accord institutionnel de mise en place doit être enrichi par rapport aux exigences législatives actuelles. Il bénéficie d'une légitimité plus importante par rapport au protocole

²⁸⁴⁴ V. *supra* n° 489.

²⁸⁴⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 491 : « *l'accord collectif [de mise en place] doit précéder les protocoles préélectoraux* » ; D. BOULMIER, La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 201.

d'accord préélectoral²⁸⁴⁶ et doit, à ce titre, réintégrer certains points de négociation²⁸⁴⁷. Il conviendra d'étudier tant sa chronologie et son contenu (I.) que sa périodicité et ses évolutions (II.).

I. Chronologie et contenu : une négociation préalable aux élections et un contenu enrichi

618. Conclure l'accord de mise en place avant le protocole d'accord préélectoral. Des praticiens se sont interrogés sur le moment opportun pour négocier sur la mise en place de l'instance²⁸⁴⁸ ; la lecture des textes conduisait implicitement à conclure l'accord avant le protocole d'accord préélectoral²⁸⁴⁹. En effet, il est nécessaire d'avoir déterminé les différents établissements distincts pour pouvoir négocier sur le contenu du protocole d'accord préélectoral²⁸⁵⁰. Il est donc admis aujourd'hui que l'accord institutionnel de mise en place soit conclu avant ce protocole, d'où la notion de pré-protocole d'accord préélectoral²⁸⁵¹. Les textes n'auront pas besoin d'être modifiés en ce sens.

619. Maintenir la négociation préalable obligatoire. Une autre question a pu être relevée en raison du manque de clarté des textes : existe-t-il une obligation de négocier avec les délégués syndicaux (ou le CSE) avant de prendre une décision unilatérale s'agissant de

²⁸⁴⁶ D. FONTENEAU, G. DEDIEU, Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30.

²⁸⁴⁷ J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385.

²⁸⁴⁸ J. DIRRINGER, F. PETIT, La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385 : « *l'apparition d'une négociation collective relative à la mise en place du CSE distincte de la négociation préélectorale oblige à une nécessaire coordination de ces deux processus de négociation. Ont-ils lieu successivement ? Ou simultanément ? La loi ne le précise pas* » ; Y. FERKANE, Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408 : « *faut-il mener de concert ou de manière séparée ces négociations ?* ».

²⁸⁴⁹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11ème éd. 2018, p. 257.

²⁸⁵⁰ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « *par ailleurs, dans la mesure où la détermination du périmètre des établissements distincts devra, en toute logique, précéder la tenue des opérations électorales, l'accord de mise en place du CSE devra intervenir préalablement, ou au plus tard concomitamment, à la signature du protocole d'accord préélectoral* » ; D. BOULMIER, La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 201.

²⁸⁵¹ Le « Questions / Réponses » du gouvernement suit cette même logique : « *la négociation sur le nombre et le périmètre des établissements distincts doit être préalable au protocole d'accord préélectoral* » (Ministère du travail : 117 questions-réponses sur le CSE : Min. trav., 2020, question-réponse n° 27, p. 18, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf).

la détermination des établissements distincts ?²⁸⁵² Cette solution est aujourd'hui tranchée par les juges : une négociation doit être menée préalablement à toute décision unilatérale²⁸⁵³. Prospectivement, est-il indispensable de garder ce schéma ou bien faut-il l'adapter ? Il convient pour répondre à cette question de revenir aux fondements des Ordonnances « Macron » de 2017 et aux réactions doctrinales sur la controverse liée à cet article. La négociation collective a été considérablement développée afin de donner la possibilité à l'ensemble des acteurs de négocier et d'adapter la structure du CSE²⁸⁵⁴. En refusant de donner la priorité à la négociation, la volonté législative serait considérablement amoindrie²⁸⁵⁵. Cette impulsion étant légitime, il n'est pas souhaitable de modifier la loi sur ce principe. Cette négociation ne porte pas que sur les établissements distincts et a vocation à conférer aux partenaires sociaux la possibilité de négocier sur les commissions santé, sécurité et conditions de travail²⁸⁵⁶ ainsi que sur les représentants de proximité²⁸⁵⁷. Il n'est pas satisfaisant de leur rejeter la possibilité d'émettre des avis et des propositions sur ces sujets²⁸⁵⁸. Le texte, éclairé par la jurisprudence, n'a pas vocation à être remanié.

620. Contenu - ajout de la négociation sur le nombre d'élus et les heures de délégation. La question du contenu de l'accord se pose également : quels sont les thèmes négociés dans l'accord institutionnel de mise en place ? Si ceux déjà prévus ont vocation à

²⁸⁵² S. GUEDES DA COSTA, Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8 : « *l'emploi du terme « d'absence d'accord » plutôt que « à défaut d'accord » pose la question du caractère obligatoirement préalable de la négociation* ».

²⁸⁵³ Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 ; JCP S 2019, 1172, note Y. KERBOURC'H ; Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11, note J. CREDOZ-ROSIER ; JCP E 2019, 1347, note D. CHENU ; Dr. soc. 2019, p. 574, note M. GADRAT ; Bull. Joly Travail juin 2019, p. 24, note F. BERGERON-CANUT ; Dr. ouvr. 2019, p. 302, note L. MILET ; JCP G 2019, 576 note F. DUQUESNE, J. HEINTZ ; RJS 2019, p. 463.

²⁸⁵⁴ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « *les partenaires sociaux ont désormais à leur disposition tous les outils pour définir les modalités de mise en place du CSE afin qu'il corresponde au plus près aux contingences de l'entreprise* ».

²⁸⁵⁵ B. TEYSSIE et alii, Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019, p. 582 : « *[cette obligation préalable de négocier] n'est guère surprenante au regard de l'intention affichée du législateur de renforcer le rôle du dialogue social s'agissant de la mise en place du CSE* » ; F. GEA, A. ROUYER, Les configurations du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 236-237.

²⁸⁵⁶ C. trav., art. L. 2315-41.

²⁸⁵⁷ C. trav., art. L. 2313-7.

²⁸⁵⁸ D. GUILLOUET, M. ROSSEZ, Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8 : « *ces trois thématiques doivent être abordées à l'occasion de la mise en place du CSE* ».

demeurer, il convient d'y ajouter certains éléments. C'est le cas par exemple du nombre de membres élus ainsi que de leurs heures de délégation²⁸⁵⁹. Ce sujet est actuellement traité au sein du protocole d'accord préélectoral et cristallise généralement les négociations²⁸⁶⁰. Or, la négociation repose avant tout sur les marges de manœuvre accessibles à chaque partie²⁸⁶¹. En déconnectant l'accord institutionnel de la détermination du nombre d'élus et des heures de délégations, pourtant composante essentielle de la structuration, le législateur a diminué le champ de la négociation aux mains des partenaires sociaux de l'entreprise²⁸⁶². Il convient donc de « rapatrier » cette négociation au sein de l'accord institutionnel de mise en place.

621. Restriction du champ du protocole d'accord préélectoral. Le protocole d'accord préélectoral doit évoluer. D'une négociation illégitime et contraignante²⁸⁶³, il doit devenir une simple formalité, permettant de définir le déroulé des élections professionnelles. Ainsi, le contenu du protocole d'accord préélectoral sort du cadre de la structuration de l'instance et se limite à l'organisation des élections²⁸⁶⁴. Seule la répartition des sièges dans les collèges

²⁸⁵⁹ C. trav., art. L. 2314-7.

²⁸⁶⁰ A. TEISSIER, *Mise en place du CSE et application des règles transitoires*, JCP S 2018, 1409.

²⁸⁶¹ J. DIRRINGER, F. PETIT, *La négociation préélectorale, une terre mouvante*, Dr. soc. 2019, p. 385 : « à certains égards, l'on peut s'interroger encore ce qui a justifié le choix du législateur de placer tel ou tel thème de négociation dans le champ du protocole d'accord préélectoral plutôt que dans l'accord de configuration du CSE, et inversement ».

²⁸⁶² L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, *Le comité social et économique, premier bilan*, JCP S 2019, 1045 : « la loi attribue compétence aux signataires du PAP pour modifier le nombre de membres et d'heures de délégation réglementairement fixés. Cet agencement méconnaît la logique selon laquelle sont négociés les accords relatifs au CSE. En effet, le nombre de membre et le volume d'heures de délégation sont des thèmes majeurs de négociation. Bien souvent, la création de commissions ou de représentants de proximité est décidée en fonction du nombre de membres du comité et les crédits d'heures sont inclus dans une réflexion générale sur les moyens de l'instance. Il n'est donc guère pertinent de traiter ces questions après avoir conclu l'accord relatif à la mise en place du CSE. Les partenaires sociaux doivent pourtant s'y résoudre » ; V. également J. DIRRINGER, F. PETIT, *La négociation préélectorale, une terre mouvante*, Dr. soc. 2019, p. 385 : « la même interrogation vaut pour le nombre de représentants à élire, qu'il revient au protocole d'accord préélectoral de définir. Ici n'aurait-il pas été plus opportun que cet objet figure dans l'accord de configuration du CSE ? En effet, la composition exacte du CSE est essentielle pour être en mesure de négocier le nombre et la composition des commissions, qui doivent quant à elles être définies par l'accord de configuration du CSE ».

²⁸⁶³ V. *supra* n° 382 et s.

²⁸⁶⁴ V. s'agissant de l'organisation des élections : G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Wolters Kluwer, 6ème éd. 2018, p. 440 ; F. PETIT, *L'émergence d'un droit électoral professionnel*, Dr. soc. 2013, p. 480.

peut demeurer sujet à débats²⁸⁶⁵. Il conviendra, s'agissant d'un sujet à fort enjeu électoral, de prévoir une règle supplétive évitant le recours à l'administration en cas de désaccord²⁸⁶⁶.

622. Associer structuration et légitimité. Ces évolutions permettent aux négociateurs légitimes de l'entreprise de disposer du pouvoir de négociation sur l'ensemble des sujets relatifs à la structuration de la représentation du personnel. Les partenaires sociaux doivent être en mesure de négocier sur les différentes composantes de l'instance et ainsi permettre aux contreparties de jouer leur rôle dans l'aboutissement du processus de négociation²⁸⁶⁷.

Prévoir un renvoi de l'article L. 2314-7 du Code du travail à l'accord institutionnel : « L'accord institutionnel de mise en place peut modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise. ».

II. Périodicité et évolution : une durée incompressible associée au cycle électoral

623. Interrogations relatives à la vie de l'accord institutionnel de mise en place. La particularité de l'accord institutionnel de mise en place impacte également la vie de celui-ci ; c'est le cas notamment des questions relatives à sa périodicité de renégociation et aux

²⁸⁶⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 495.

²⁸⁶⁶ V. sur la combinaison de l'absence de dispositions supplétives et de la règle de double majorité : « très lourde, cette double condition risque d'aboutir à la nécessité de saisir très fréquemment l'administration du travail, faute d'accord fixant la répartition du personnel et des sièges entre les collèges » (L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, RDT 2009, p. 490).

²⁸⁶⁷ L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE, Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045.

évolutions qu'il peut recevoir²⁸⁶⁸. Les différents enjeux et sujets ont déjà été évoqués, ils portent sur l'adéquation entre les effets de l'accord et ses conséquences au niveau de la structure²⁸⁶⁹. Les textes n'éludent pas ces questions ; il convient donc de remédier à cette situation²⁸⁷⁰.

624. Durée de l'accord limitée au cycle électoral. S'agissant de la durée de l'accord, il convient de limiter celle-ci à la durée du cycle électoral²⁸⁷¹. Il sera fait le choix de figer pour un cycle électoral l'accord institutionnel de mise en place afin d'éviter toute possibilité de le réviser ou de le dénoncer en cours de cycle²⁸⁷². L'application des règles de droit commun conduirait à créer une potentielle instabilité juridique et institutionnelle, délicate à résoudre en pratique²⁸⁷³. Pour éviter ce risque, le législateur doit s'emparer du sujet pour se prémunir de toute difficulté. Imposer la durée déterminée²⁸⁷⁴ de l'accord rend donc impossible la poursuite du même accord sur plusieurs cycles électoraux sans négociation. Une autre

²⁸⁶⁸ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU, Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60 : « la communauté d'accord, ou du moins de négociation, pour traiter ensemble des établissements de l'entreprise, des représentants de proximité et d'une ou de plusieurs CSSCT ainsi que de leurs attributions respectives pose une autre question qui est celle du moment auquel l'accord peut être conclu ou – la problématique est la même – auquel il est susceptible d'être révisé. Est-ce lors de la mise en place du CSE puis à chaque renouvellement ou à un moment quelconque au cours du cycle électoral ? ».

²⁸⁶⁹ V. *supra* n° 541.

²⁸⁷⁰ C. WOLMARK, Répertoire de droit du travail, Établissement, Dalloz, 2019 : « si l'accord fixant le contour des établissements relève selon la loi du droit commun des accords collectifs, diverses questions n'ont pas été réglées alors qu'elles auraient nécessité une adaptation au contexte spécifique des élections professionnelles ».

²⁸⁷¹ D. BOULMIER, La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 201.

²⁸⁷² V. *supra* n° 542 et s. ; C. WOLMARK, La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 533 ; G. LOISEAU, Les attributions du comité social et économique in Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 296.

²⁸⁷³ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 96-97 : « les textes sont ambigus, laissant suggérer que la modification d'un accord sur le périmètre des établissements distincts aurait pour effet de remettre en cause les mandats en cours, pendant le délai d'exercice des mandats, ce qui est tout à fait étonnant et dérogoratoire au principe selon lequel, sauf cas particulier, les mandats doivent pouvoir être menés jusqu'à leur terme » ; J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy déc. 2017, n° 1796, p. 5 : « aux termes du renvoi fait aux conditions de validité de l'accord collectif de droit commun, on peut de prime abord penser que le régime de l' « accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 » relève a priori du droit commun des accords collectifs. [...] L'application pure et simple du droit commun des accords collectifs à l'accord sur les établissements distincts ne serait d'ailleurs pas sans soulever certaines incertitudes ».

²⁸⁷⁴ Cette durée serait calculée selon la durée du cycle électoral.

hypothèse aurait pu être admise. Certains auraient pu contester le fait de limiter la durée de l'accord au cycle électoral, prônant la possibilité de faire perdurer un tel accord sur plusieurs cycles, tout en maintenant la règle du sacre pour un cycle donné²⁸⁷⁵. Bien que ce choix présente des avantages, il convient de l'écarter. Selon nous, l'obligation de renégocier l'accord institutionnel de mise en place à chaque cycle électoral est nécessaire : c'est le sens de cet accord visant à structurer la représentation du personnel²⁸⁷⁶. C'est ce qui justifie également la notion de « pré-protocole d'accord préélectoral », puisqu'il sera nécessaire de le négocier avant chaque nouveau cycle afin de maintenir une adéquation entre la structure de l'instance et celle de l'entreprise. Les sujets des établissements distincts, des CSSCT, des représentants de proximité, du nombre d'élus et des heures de délégations sont capitaux dans l'approche de la représentation du personnel²⁸⁷⁷. Imposer une renégociation cyclique est indispensable pour maintenir la cohérence et l'efficacité de l'instance. La négociation doit être adaptée et intelligente. Le risque de l'absence de renégociation est de constater, après quelques années, des configurations inadaptées²⁸⁷⁸ et un employeur ou des syndicats refusant de revenir sur l'accord en place. Les raisons d'adapter la structure de la représentation tous les 4 ans sont nombreuses : modification des effectifs, des sites, inadéquation de la structure retenue...²⁸⁷⁹ Obliger les parties à renégocier l'accord permet de combiner négociation et efficacité de la structuration de la représentation, ce qui est l'objectif devant guider

²⁸⁷⁵ L'accord institutionnel de mise en place aurait alors pu être à durée indéterminée, tout en étant figé pour toute la durée du cycle électoral. V. en ce sens : J.-F. CESARO, A. TEISSIER, L'implantation du comité social et économique, JCP S 2018, 1224.

²⁸⁷⁶ V. *supra* n° 502 et s.

²⁸⁷⁷ La Cour de cassation reconnaît l'importance d'un tel accord dans sa note explicative de l'arrêt précité du 17 avril 2019 : « l'importance particulière, à cet égard, de la détermination du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel » (Note explicative relative à l'arrêt Cass. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948).

²⁸⁷⁸ J. ICARD, Logique et surprises du cycle électoral, Dr. soc. 2014, p. 648.

²⁸⁷⁹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11^èm. éd. 2018, p. 262 : « la vie juridique de l'entreprise s'accompagne de transformations permanentes susceptibles d'emporter aussi bien l'apparition d'établissements nouveaux que des disparitions, notamment au gré d'ouvertures ou de fermetures de sites liées aux évolutions de l'activité de l'entreprise ou consécutives à des réorganisations opérées pour des raisons d'ordre économique ou financier ou inhérentes à l'irruption de nouvelles technologies » ; S. RIOCHE, La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 65, n° 119 : « une réorganisation de l'entreprise, un changement de son activité peuvent rendre nécessaire une adaptation de l'organisation de la représentation du personnel par la création ou la suppression d'établissements ».

l'instance²⁸⁸⁰. Toute dénonciation et toute révision doivent être expressément rejetées, l'accord institutionnel de mise en place sera conclu pour la durée du cycle électoral ; il devra être renégocié obligatoirement avant chaque nouveau cycle.

Article 5 : L'accord institutionnel de mise en place est conclu pour la durée du cycle électoral ; il ne peut être ni révisé, ni dénoncé.

L'accord institutionnel de mise en place est négocié avant chaque début de cycle électoral.

625. Mandats échelonnés dans le temps. Se pose également la délicate question de la gestion des mandats échelonnés dans le temps²⁸⁸¹. En effet, comme déjà analysé précédemment²⁸⁸², l'existence de différents établissements peut entraîner des mandats échelonnés dans le temps qui se heurtent à l'existence d'un unique accord institutionnel de mise en place commun à toute l'entreprise²⁸⁸³. Le droit prospectif peut-il effacer cette difficulté ? S'il a été possible d'esquisser une solution à la lecture du droit actuel, certaines zones de flou restent présentes et mériteraient un encadrement législatif. L'objectif est de combiner la facilité, la fluidité et le respect des représentants du personnel²⁸⁸⁴. La solution dégagée à travers les lignes du Code du travail était plutôt satisfaisante, mais elle nécessite d'être explicitée. Tout d'abord, il conviendrait de signaler expressément que l'article L.

²⁸⁸⁰ C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4 ; F. MARRON, CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2.

²⁸⁸¹ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 365 : « *les questions liées à l'échelonnement dans le temps devraient ressurgir dans les entreprises au fur et à mesure de leurs éventuelles transformations (fusion, transfert...)* ».

²⁸⁸² V. *supra* n° 521 et s.

²⁸⁸³ C. trav., art. L. 2313-2.

²⁸⁸⁴ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018, p. 96-97 : « *les textes sont ambigus, laissant suggérer que la modification d'un accord sur le périmètre des établissements distincts aurait pour effet de remettre en cause les mandats en cours, pendant le délai d'exercice des mandats, ce qui est tout à fait étonnant et dérogoire au principe selon lequel, sauf cas particulier, les mandats doivent pouvoir être menés jusqu'à leur terme* ».

2313-6 du Code du travail²⁸⁸⁵ s'applique lorsqu'un accord institutionnel de mise en place modifie le périmètre des établissements distincts, quand bien même les mandats ne seraient pas terminés au sein d'un ou plusieurs de ces établissements. Cet article s'appliquerait intégralement puisqu'un accord, avec les organisations syndicales représentatives ou le CSE concerné, pourrait permettre aux élus de poursuivre leurs mandats jusqu'à leur terme. Si aucun accord n'est signé, l'accord institutionnel de mise en place fera débiter une nouvelle vague de mandats unifiés de 4 ans²⁸⁸⁶. Il n'y aurait plus de mandatures décalées. Toutefois, cela risque de réduire considérablement certains mandats. Sans que cela n'ait à être précisé dans la loi, les juges devront être attentifs aux cas de fraudes lorsque l'employeur ou les organisations syndicales auront volontairement modifié les périmètres afin de relancer un processus électoral dans certains « établissements » avant la fin des mandats. Logiquement, sauf situation de transfert d'entreprise en cours de mandats²⁸⁸⁷, une fois tous les établissements unifiés, la question ne devrait plus être abordée. Si un accord de maintien des mandats est toutefois signé, la difficulté consistera, de nouveau, à appréhender la relation entre accord institutionnel de mise en place et maintien des anciens mandats. Une solution permet, à notre sens, au mieux de combiner ces deux éléments. Il s'agit d'organiser les élections au sein de tous les établissements, sur la base du nouvel accord institutionnel de mise en place, de manière simultanée. Dans les périmètres où les mandats sont maintenus, ces derniers iront jusqu'à leur terme, avant que les périmètres ne soient modifiés, sur la base du nouvel accord institutionnel de mise en place. Au terme des mandats, les nouveaux membres élus lors de l'élection générale débiteront un mandat raccourci qui s'achèvera au terme de l'accord institutionnel de mise en place. L'objectif global de cette évolution est d'aboutir à des mandats unifiés à l'ensemble des établissements, pour rendre la représentation du personnel plus intelligible et plus connectée à chaque établissement et ainsi éviter de creuser un écart entre les établissements et l'entreprise. Cette solution n'est pas

²⁸⁸⁵ « La perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5 emporte la cessation des fonctions des membres de la délégation du personnel du comité social et économique de cet établissement, sauf si un accord contraire, conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, ou à défaut d'accord d'entreprise, un accord entre l'employeur et le comité social et économique concerné, permet aux membres de la délégation du personnel du comité d'achever leur mandat » (C. trav., art. L. 2313-6).

²⁸⁸⁶ Sauf modification de la durée des mandats (C. trav., art. L. 2314-34).

²⁸⁸⁷ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571.

infaillible mais elle paraît la mieux armée pour appréhender les difficultés. Concrètement, il faudra veiller à ce que tous les salariés soient couverts par un établissement « actif » durant la période transitoire²⁸⁸⁸. Les consultations devront être menées au niveau adéquat, quitte à consulter plusieurs établissements durant cette période transitoire. Enfin, les nouveaux élus qui seront officiellement en activité à la fin des mandats précédents auront le statut de salarié protégé.

Article 6 : Lorsqu'un accord institutionnel de mise en place, ou la décision unilatérale de l'employeur prévue à l'article L. 2313-4, modifie les périmètres d'établissement de l'entreprise, il est fait application de l'article L. 2313-6 s'agissant de la perte de la qualité d'établissement distinct.

En cas de maintien des mandats, prévu à l'article L. 2313-6, les élections sont organisées simultanément dans l'ensemble des nouveaux établissements définis par l'accord institutionnel de mise en place ou la décision unilatérale.

Dans les périmètres où les mandats sont maintenus, les nouveaux établissements sont mis en place à l'achèvement des précédents mandats. Les nouveaux élus exercent leurs mandats jusqu'à la fin de la durée des mandats prévue au sein de l'accord institutionnel de mise en place.

Section II. L'accord institutionnel d'organisation, un accord moins encadré

626. Un régime spécifique opportun. L'accord institutionnel d'organisation est distinct de l'accord institutionnel de mise en place. En effet, il n'a pas besoin de disposer de règles spécifiques d'adaptation vis-à-vis du cycle électoral et de l'organisation des élections : il

²⁸⁸⁸ J. CREDOZ-ROSIER, La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy 26 déc. 2017, n° 1796, p. 5 ; M. COHEN, L. MILET, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14ème éd. 2019, p. 202.

porte sur le fonctionnement et les attributions de l'instance²⁸⁸⁹. Est-il dès lors nécessaire de rédiger un régime spécifique à l'accord institutionnel d'organisation ? Le régime commun de l'accord institutionnel suffit à régir cet accord institutionnel d'organisation. Pourtant, il convient de préciser certaines conséquences afin d'éviter de possibles flous juridiques, permettant aux juges d'ériger des règles inadéquates²⁸⁹⁰. L'accord institutionnel d'organisation pourra contenir un nombre important de points de négociation allant des attributions au fonctionnement²⁸⁹¹. Il pourra également être le support des dispositions de l'article L. 2312-4 du Code du travail²⁸⁹² qu'il conviendra de modifier. Il sera ainsi le guide pratique personnalisé de l'instance de représentation du personnel²⁸⁹³. Il conviendra cependant, pour garantir une sécurité juridique, de régir certains points. Il s'agira ainsi d'étudier dans un premier temps sa périodicité, laissée à la libre détermination des parties (I.) avant d'étudier ses spécificités techniques à appréhender par les partenaires sociaux (II.).

I. Une périodicité laissée à la libre détermination des parties

627. Absence d'obligation de renégociation. La première interrogation concerne la chronologie et la périodicité de cet accord. Une négociation préalable est-elle obligatoire ? Pour combien de temps l'accord doit-il être conclu ? Tout d'abord, il ne semble pas nécessaire d'imposer une obligation de négocier un accord institutionnel d'organisation : il peut être conclu à tout moment, autant avant les élections qu'au milieu du cycle électoral²⁸⁹⁴.

²⁸⁸⁹ Ce découpage a souvent été reconnu en doctrine. V. en ce sens : Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron (via des intervenants avocats, juristes et journalistes) in Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 18 : « un accord n°1 qui pose un cadre de mise en place du CSE. [...] Un accord n°2 relatif aux moyens et au fonctionnement du CSE ainsi qu'à ses attributions » ; V. également : S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9.

²⁸⁹⁰ V. *supra* n° 560 et s.

²⁸⁹¹ P. LOKIEC, Droit du travail, PUF, 2019, p. 570 ; F. FAVENNEC-HERY, Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71.

²⁸⁹² « Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages » (C. trav., art. L. 2312-4).

²⁸⁹³ C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ, À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4.

²⁸⁹⁴ S. NIEL, Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 9 ; Cabinet ATLANTES Avocats in Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018, p. 18 ; P. DULMET, E. ANDREO, Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647.

Cette volonté de ne pas obliger les partenaires sociaux à négocier résulte de l'impact moindre de cet accord par rapport à l'accord institutionnel de mise en place. Si les périmètres sont au cœur de l'instance, le fonctionnement et les attributions peuvent s'accommoder d'une absence de négociation. S'agissant de l'accord d'organisation, il existe des dispositions supplétives objectives permettant à l'instance de vivre malgré l'absence d'accord²⁸⁹⁵, là où la détermination des établissements distincts ne repose pas sur une disposition supplétive objective et nécessite, en cas d'échec des négociations, une décision unilatérale subjective de l'employeur²⁸⁹⁶, bien que bornée par certaines exigences²⁸⁹⁷. Cette distinction entre les deux accords institutionnels nécessite donc de rendre la négociation de l'accord institutionnel de mise en place obligatoire et périodique, ce qui n'est pas le cas de l'accord institutionnel d'organisation. Si aucune obligation de négocier n'existe, il convient d'encourager les parties à composer ensemble. Pour cela, le législateur dispose de plusieurs moyens d'action dont la possibilité de durcir les dispositions supplétives pour que chacune des parties ait un intérêt à négocier et à conclure un accord institutionnel d'organisation²⁸⁹⁸ ; la contrainte devient implicite, à l'inverse de l'accord institutionnel de mise en place.

628. Une libre périodicité. S'agissant de la périodicité, il convient de laisser le choix aux parties de fixer la durée d'accord qu'ils souhaitent²⁸⁹⁹. Ils disposeront, selon les situations, de la révision ou de la dénonciation pour revenir éventuellement sur leurs écrits. La volonté est de ne pas contraindre la négociation, comme cela peut être le cas s'agissant de l'accord institutionnel de mise en place. Les problématiques et les exigences sont ici différentes. Il est cependant certain que les nouveaux élus souhaiteront renégocier l'accord si celui-ci leur

²⁸⁹⁵ Malgré des normes plus contraignantes pour les acteurs. V. A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE, De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204 : « 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 ».

²⁸⁹⁶ V. à ce titre F. SIGNORETTO, Établissements distincts et mise en place d'un CSE : le débat est relancé, RDT 2020, p. 133 ; F. SIGNORETTO, Définition de l'établissement distinct pour la mise en place d'un CSE : le débat est clos, RDT 2020, p. 555.

²⁸⁹⁷ C. trav., art. L. 2313-4.

²⁸⁹⁸ V. *supra* n° 266.

²⁸⁹⁹ La durée devra alors être déterminée selon les principes du droit commun de l'accord collectif visés à l'article L. 2222-4 du Code du travail.

semble inadapté²⁹⁰⁰. Cette configuration nécessite de faire l'objet d'un article dans le Code du travail.

Article 7 : L'accord institutionnel d'organisation est soumis aux règles de droit commun de conclusion, de révision et de dénonciation.

II. De légères spécificités techniques à appréhender par les partenaires sociaux

629. Appréhender l'évolution du contenu de l'accord. La seule réelle difficulté pouvant résulter de l'accord institutionnel d'organisation concerne les évolutions sur le contenu d'un tel accord en raison d'une révision. Des difficultés peuvent apparaître quant au point de départ des obligations, notamment s'agissant des délais à respecter, mais également du budget alloué²⁹⁰¹. Il convient donc de tenter d'appréhender ces difficultés. Il est délicat pour le législateur de régir ces situations. Les partenaires sociaux sont les plus aptes à prévoir les dispositions transitoires. Ainsi, il doit être prévu, au sein du régime spécifique à l'accord institutionnel d'organisation, une disposition rappelant aux parties qu'elles doivent s'attarder, le cas échéant, sur la transition entre les anciennes dispositions et les nouvelles²⁹⁰². Par exemple, le nouvel accord devra préciser que les durées de récurrence des informations/consultations (si elles sont modifiées) ne redémarrent pas au début, mais s'apprécient dans la continuité de l'instance vis-à-vis de la dernière consultation réalisée. Ainsi, si l'information-consultation concernant la politique sociale passe de 2 ans à 3 ans, ce délai de 3 ans ne démarre pas à la signature du nouvel accord mais s'apprécie par rapport à la dernière consultation effectuée. Ces dispositions transitoires concerneront essentiellement les récurrences, le montant des budgets, les délais en cours... À défaut de telles informations, les juges devraient opter pour la solution la plus appropriée : le calcul de la récurrence devrait être appréhendé selon la dernière consultation effectuée et non à compter de la signature du

²⁹⁰⁰ V. *supra* n° 513 et s.

²⁹⁰¹ V. *supra* n° 560 et s.

²⁹⁰² Le Professeur Pagnerre rappelle que ces questions relèvent de « *l'autonomie de la volonté* » et qu'à ce sujet « *la liberté contractuelle est grande* » (Y. PAGNERRE, La négociation sur le CSE, RJS 4/2019, p. 235).

nouvel accord. Des dispositions d'ordre public existent sur ce sujet empêchant la possibilité de redémarrer une telle récurrence au début lors de la signature d'un avenant ou d'un nouvel accord²⁹⁰³.

Article 8 : En cas de modification de l'accord institutionnel d'organisation, les parties prévoient l'ensemble des dispositions transitoires nécessaires, notamment concernant l'appréciation des nouveaux délais mentionnés.

630. Conclusion. La première version des dispositions sur le CSE contenait quelques imprécisions ou oublis. Ces différentes propositions prospectives tendent à préciser et compléter le régime actuel. L'objectif est de parvenir à un régime complet et efficient, pour permettre de maîtriser la réglementation applicable au CSE.

²⁹⁰³ C. trav., art. L. 2312-19 ; S. SERENO, Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402.

Conclusion

631. Ordonnances « Macron » de 2017. L'apport des Ordonnances « Macron » de 2017 sur la négociabilité de l'instance de représentation du personnel a été conséquent. Le législateur a ouvert un champ considérable de la négociation permettant aux partenaires sociaux de structurer leur représentation du personnel plus librement. La liberté de négociation est vaste ; elle doit être appréhendée. Une démarche par étape a été proposée permettant de rendre efficiente la négociation sur le CSE.

632. Maîtrise des dispositions législatives. Un premier prérequis est indispensable avant le lancement des négociations institutionnelles : il repose sur la maîtrise de la législation en vigueur. Cette connaissance permet à chaque acteur, au préalable, de définir son intérêt à négocier. Malgré les nombreuses incitations à la négociation, toutes les parties n'ont pas le besoin de conclure un accord institutionnel. Diverses raisons ont pu être mentionnées.

633. Outil de négociation. Pour les entreprises désirant négocier un accord institutionnel, un deuxième prérequis est exigé : il repose sur la maîtrise de l'outil de négociation. Deux nécessités guident cette connaissance de l'outil.

634. Outil de négociation : *localisation*. La première est relative à la localisation de cet outil à travers les espaces de négociation. Le triptyque ordre public, négociation collective et dispositions supplétives s'avère délicat à dévoiler. L'ordre public se diffuse par moment dans le champ de la négociation collective ; il est également présent par-delà les textes à travers des principes directeurs. La négociation, quant à elle, s'avère en réalité encadrée législativement. Enfin, le supplétif interroge sur sa supplétivité facultative ou obligatoire en cas d'accord. Si la supplétivité facultative doit être retenue, il convient néanmoins de porter une attention particulière à la rédaction des accords institutionnels.

635. Outil de négociation : *avantages et inconvénients*. La seconde exigence s'agissant de l'outil de négociation repose sur la connaissance de ses avantages et de ses inconvénients.

S'agissant de l'intérêt de la négociation, les dispositions légales offrent aux partenaires sociaux une réelle opportunité pour adapter l'instance aux enjeux de l'entreprise et bénéficier, grâce à l'accord, d'une acceptation collective du fonctionnement de l'instance, réduisant ainsi le risque de contentieux. S'agissant des dangers, les risques portent sur l'irrégularité de la négociation, sur son impréparation, sur le conflit en résultant ou sur l'absence d'équilibre juridique.

636. Déroulé. Une fois le choix de la négociation approuvé, il convient de maîtriser le déroulé juridique et opérationnel de celle-ci. Le choix des partenaires à la négociation (délégué syndical ou CSE) résulte de la loi. Il est important néanmoins de négocier avec le bon interlocuteur et de connaître les compétences propres à celui-ci. Chacun peut disposer de particularités distinctes qu'il conviendra d'appréhender.

637. Concessions réciproques. Enfin, les négociations sont, sur le fond, guidées par des intérêts divers, souvent contradictoires. Chaque partie doit, en premier lieu, relever ses volontés de négociation. L'employeur s'attache plus particulièrement aux attributions tandis que la partie salariale s'oriente sur les moyens propres à l'instance et aux élus. La rencontre des volontés ne sera possible qu'avec l'obtention de concessions réciproques conditionnant la signature d'un accord institutionnel.

638. Accord institutionnel : global ou multiple. Lorsque les volontés se sont rencontrées, naît l'accord institutionnel. Il peut être global, comprenant l'ensemble des matières ouvertes à la négociation ; ils peuvent être multiples portant séparément sur divers thèmes de négociation. Aucune option n'est à recommander. Si l'accord global offre de plus grandes marges de manœuvre, grâce aux concessions réciproques, la réalisation d'accords multiples rend l'institution plus souple et permet parfois de garantir une meilleure temporalité des négociations.

639. Respect du contenu et du formalisme. S'agissant de la conclusion de l'accord, le contenu de celui-ci devra être correctement appréhendé ; les contraintes légales, jurisprudentielles et internationales peuvent limiter une partie de la liberté confiée aux

partenaires sociaux. Une attention particulière devra également être portée sur le formalisme de la conclusion, spécifiquement s'agissant de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE dont les modalités de conclusion sont différentes de celles relatives à la négociation dérogatoire ; le législateur a innové, les parties devront maîtriser cette nouveauté.

640. Assimilation aux accords collectifs. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE doit, en l'état, être assimilé aux accords collectifs afin de garantir une cohérence au sein du régime juridique de l'accord institutionnel. L'équivalence des accords (conclus avec les délégués syndicaux et conclus avec le CSE) doit être absolue pour permettre aux instances de perdurer et d'être en mesure de réviser ou dénoncer l'accord institutionnel en vigueur. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE étant conditionné à l'absence de délégué syndical, il convient de ne pas leur limiter ces opportunités en présence d'un accord collectif, signé par des délégués syndicaux lors du précédent cycle électoral, lorsque ceux-ci ont disparu.

641. Cycle électoral et accord institutionnel. La question du cycle électoral est déterminante. Celui-ci va contraindre les moments de négociation des accords institutionnels. Le respect du cycle électoral exige le maintien de certains accords pour une durée déterminée : l'accord de mise en place produit ses effets pour toute la durée de ce cycle, peu important d'éventuelles révisions ou dénonciations. Des réponses ont également été apportées aux questions plus techniques s'agissant de l'échelonnement des mandats dans le temps.

642. Transfert d'entreprise. Un dernier sujet peut contraindre la vie juridique des accords institutionnels : il s'agit des situations de transfert d'entreprise. Là encore, des réponses ont dû être apportées en raison de l'incompatibilité possible entre le sort des accords et le sort des IRP. L'indissociabilité entre l'accord institutionnel et l'instance a conduit à envisager la caducité des accords institutionnels en cas de transfert d'entreprise.

643. Droit prospectif. L'instauration du CSE en 2017 a été accompagnée d'incertitudes juridiques et pratiques qui nous ont conduits à résoudre certaines de ces difficultés mais aussi

à envisager des évolutions prospectives du régime juridique des accords institutionnels. Des propositions ont été formulées afin de créer un régime juridique complet dévolu à l'accord institutionnel, permettant aux parties de maîtriser les règles juridiques régissant l'instance. La substitution possible entre les accords conclus avec les délégués syndicaux et ceux conclus entre l'employeur et le CSE est maintenue. Le recours au référendum pour l'accord conclu avec les délégués syndicaux est ouvert. Les accords demeurent alternatifs et substituables, permettant une équivalence entre les modes de conclusion. Les règles de révision et de dénonciation ont été prévues pour l'accord conclu entre l'employeur et le CSE. Enfin, deux régimes spécifiques ont été distingués à travers l'accord institutionnel de mise en place et l'accord institutionnel d'organisation. Cette distinction est rendue nécessaire par les particularités propres à l'accord de mise en place, notamment s'agissant de sa chronologie de conclusion et de son maintien lors du cycle électoral. Ces différents développements ont permis d'éclaircir le régime juridique de l'accord institutionnel tout en réfléchissant à l'intérêt de négocier un tel accord et en se questionnant sur la méthodologie de négociation.

644. Liberté « complexifiante ». Cette étude amène à un constat. Jamais la liberté confiée aux partenaires sociaux de négocier sur l'institution de représentation du personnel n'avait été aussi importante. De nombreux freins demeurent. La liberté n'a-t-elle pas, *in fine*, complexifié l'approche des partenaires sociaux sur le CSE ? Au final, la liberté est-elle porteuse de sens ? La concrétisation des opportunités ouvertes existe-t-elle en pratique ? Les partenaires sociaux peinent encore à s'emparer de cette opportunité sur le CSE, divers arguments ont pu être évoqués : conservatisme institutionnel, crainte de l'inconnu, difficulté à localiser le négociable, doutes sur le régime applicable... Ces éléments sont le résultat d'un régime juridique novateur, plus libre que les précédents. L'avenir nous dira si, une fois ces inquiétudes levées, les partenaires sociaux vont s'emparer plus massivement de la faculté de négocier sur le CSE.

645. Contrainte libératoire ? Finalement, n'est-ce pas la contrainte qui libère ? Dans le monde artistique, il est souvent fait mention de la « contrainte libératoire »²⁹⁰⁴. Ce mécanisme peut-il être retranscrit en droit ? La négociation contrainte est souvent plus précise sur de nombreux éléments : contenu, périodicité, régime juridique... Il semble plus facile pour les partenaires sociaux de recourir à la négociation, levant les inquiétudes mentionnées s'agissant de l'accord institutionnel. Si elle ne semble pas souhaitée dans les orientations politiques contemporaines, l'approche contraignante pourrait finalement être un moyen plus efficace de parvenir aux finalités voulues par le législateur, à l'inverse de la responsabilisation confiée aux acteurs à travers la liberté de négocier. Mais la responsabilité n'agit pas sans confiance, or les éléments relevés dans cette thèse ont démontré les nombreuses inquiétudes...

²⁹⁰⁴ « *Parce que la forme est contraignante, l'idée jaillit plus intense !* » (Lettre à Armand Fraisse, Charles Baudelaire, févr. 1860).

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX (MANUELS ET TRAITES CONTEMPORAINS, DICTIONNAIRES)

G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES

- Précis Droit du travail, Dalloz, 31ème éd. 2018
- Précis Droit du travail, Dalloz, 32ème éd. 2019
- Précis Droit du travail, Dalloz, 33ème éd. 2020

G. BELIER, H.-J. LEGRAND, A. CORMIER LE GOFF

- Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords, Wolters Kluwer, 6ème éd. 2018

F. BERGERON-CANUT, F. GAUDU

- Droit du travail 2018, Dalloz, 6ème éd. 2018
- Droit du travail 2021, Dalloz, 7ème éd. 2021

J. BOUTON, F. DUQUESNE, S. MRAOUAHI

- Cours de droit du travail, Gualino, 1ère éd. 2020

R. CABRILLAC

- Dictionnaire du vocabulaire juridique 2021, LexisNexis, 12ème éd. 2020

A. COEURET, J.-P. LIEUTIER

- Droit du travail, Dalloz, 2ème éd. 2020

M. COHEN, L. MILET

- Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 13ème éd. 2017

- Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 14ème éd. 2018

- Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 15ème éd. 2020

G. CORNU

- Vocabulaire Juridique, PUF, 13ème éd. 2019

T. DEBARD, S. GUINCHARD

- Lexique des termes juridiques, Dalloz, 26ème éd. 2018-2019

F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT

- Droit du travail, LGDJ, 7ème éd. 2020

D. FENOUILLET, M. MEKKI

- Droit des obligations, LexisNexis, 14ème éd. 2017

B. GAURIAU, M. MINE

- Droit du travail, SIREY, 4ème éd. 2021

G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAUT-RIVOLIER, P.-Y. VERKINDT

- Droit de la représentation du personnel, Dalloz, 2018

P. LOKIEC

- Droit du travail, PUF, 2019

P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK

- Droit des obligations, LGDJ, 11ème éd. 2020

P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI

- Droit des obligations, LexisNexis, 14ème éd. 2017

A. MAZAUD

- Droit du travail, Montchrestien, 5^{ème} éd. 2006

P. MORVAN

- Droit de la protection sociale, LexisNexis, 8ème éd. 2017

- Restructurations en droit social, LexisNexis, 4ème éd. 2017

E. PESKINE, C. WOLMARK

- Droit du travail, Dalloz, 11ème éd. 2020

- Droit du travail 2020, Hypercours, 13ème éd. 2019

J.-E. RAY

- Droit du travail, droit vivant, Wolters Kluwer, 27ème éd. 2018

- Droit du travail, droit vivant, Wolters Kluwer, 29ème éd. 2021

B. TEYSSIE

- Droit du travail, Relations Collectives, LexisNexis, 10ème éd. 2016

- Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 11ème éd. 2018

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

P. ADAM

- Généralités sur la grève dans le secteur privé *in* Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2020

L. ALUOME

- La norme collective à l'épreuve du transfert d'entreprise, Essai en droit du travail, préf. B. TEYSSIE, E. JEANSEN, LexisNexis, 2019

P.-H. ANTONMATTEI

- Les conventions et accords collectifs de travail, Dalloz, 1996

P.-H. ANTONMATTEI & ALII

- Le Lamy Négociation Collective, Wolters Kluwer, 2018
- Guide Pratique Le Lamy négociation d'entreprise, Support conventionnel des représentants de proximité, Wolters Kluwer, 2020
- Le Lamy Négociation Collective, Wolters Kluwer, 2021

V. ARMILLEI

- La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2020

C. ATIAS

- Devenir juriste, le sens du droit, LexisNexis, 2011

Y. AUBREE

- Répertoire de droit du travail, Transfert d'entreprise : aspects collectifs, Incidences sur le statut collectif, Dalloz, 2015

H. BERGSON

- L'évolution créatrice, PUF, 1907

V. BERNAUD, X. PRETOT

- Droit constitutionnel social *in* JurisClasseur Protection sociale Traité, 2014

J.-L. BIRIEN

- Pratique des relations et négociations sociales, DUNOD, 3^{ème} éd. 2006

N. BOBBIO

- Essais de théorie du droit (préf. R. GUASTINI), LGDJ, 1998

K. BOULLIER

- Négocier les accords d'entreprise, Éditions Liaisons, 1996

CABINET ATLANTES AVOCATS

- Le CSE et les nouvelles formes de représentation du personnel, Entre dispositions obligatoires et enjeux de négociation, Les éditions de l'atelier, 2018

F. CANUT

- L'ordre public en droit du travail (préf. F. GAUDU), LGDJ, 2007

Y. CHALARON

- Négociations et accords collectifs d'entreprise (sous la direction de B. TEYSSIE), Litec, 1990

J. DANIEL

- Contribution à l'étude de la constitutionnalisation, les principes constitutionnels et le droit du travail, Th. dactyl., université Panthéon-Assas (Paris II), 2000

L. DAUXERRE

- La représentativité syndicale, instrument de dialogue social, préf. B. TEYSSIE, PUAM, 2005

J.-C DEBANDE

- Piloter les relations sociales en entreprise, Vuibert, 2016

N. DELEGOVE

- Le droit commun et le droit spécial, Th. dactyl., Paris, 2011

M. DESPAX

- Droit du travail, t. 7, Négociations, conventions et accords collectifs (sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK), Dalloz, 2ème éd. 1989

E. DEVAUX

- La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016

J. DIRRINGER

- Les sources de la représentation collective des salariés, préf. E. DOCKES, LGDJ, 2015

A. DUPAY & ALII

- Le Lamy Social, Établissements distincts - Comment négocier avec le CSE ?, 2020

Y. FERKANE

- Syndicats professionnels : prérogatives et action – Action en justice du syndicat, Répertoire de droit du travail, Dalloz

F. GARRON

- La caducité du contrat, étude de droit privé, préf. J. MESTRE, PUAM, 2000

B. GAURIAU

- Droit syndical dans l'entreprise – Délégué syndical, JurisClasseur Travail Traité, LexisNexis, 2020, fasc. 12-35

C. GUYON

- L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2016

D. HOUTCIEFF

- Droit des contrats, Bruylant, 5ème éd. 2021

E. JEANSEN

- Délégués du personnel, JurisClasseur Travail Traité, 2016, fasc. 14-10

P. LAROCHE, M. SALESINA

- GRH et relations de travail, fondements théoriques, enjeux contemporains, Deboeck Supérieur, 2018

G. LAUTIER

- La négociation collective dans l'entreprise, MAXIMA, 2005

C. LECOEUR

- La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail, Th. dactyl., Aix-Marseille, 2013

Y. LEROY

- Comité social et économique : composition et fonctionnement, Répertoire de droit du travail, Dalloz, sept. 2019

P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK

- Droit des obligations, LGDJ, 11ème éd. 2020

L. MALFETTES

- Le renouveau des sources du droit du travail, Th. dactyl., Nancy, 2018

C. MARIANO

- La négociation substitutive d'entreprise, Th. dactyl., Montpellier, 2018

M.-L. MORIN

- Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit, LGDJ, 1994

S. NADAL

- Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2015

- Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective, Répertoire de droit du travail, Dalloz, oct. 2019

C. NICOD

- L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail, Th. dactyl., Lyon 2, 1999

I. ODOUL-ASOREY

- Comité social et économique : activités sociales et culturelles, Répertoire Droit du travail 2018

N. OLSZAK

- Histoire du droit du travail, Economica, 2011

Y. PAGNERRE, K. PAGANI

- Le vade-mecum des Ordonnances « Macron », Gualino, 2018

E. PASTOR

- Essai sur le dialogue social conflictuel, Th. dactyl., Aix Marseille, 2017

C. PERES-DOURDOU

- La règle supplétive, LGDJ, 2004

F. PETIT

- Répertoire de droit du travail, Représentants du personnel : élections, Dalloz, 2020

C. PIETRALUNGA & ALII

- Le comité social et économique au quotidien, WoltersKluwer, 2020

S. RIOCHE

- La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019

M. ROUSSEL

- L'évaluation professionnelle des salariés (pref. A. LYON-CAEN), LGDJ, 2019

J.-L SCEMAMA

- Le CSE, mode d'emploi, Gualino, 2019

F. SEBE

- Le droit de la représentation collective dans l'entreprise, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2014

A. SUPLOT

- Critique du droit du travail, PUF, 1994

B. TEYSSIE & ALII

- Droit et pratique du comité social et économique, LexisNexis, 2019

C. WOLMARCK

- Répertoire de droit du travail, Comité social et économique : attributions générales en matière économique, Dalloz, 2019

III. ETUDES

ANACT

- Le CSE en pratique, 2019

ANDRH

- Enquête de l'ANDRH sur l'évaluation de l'impact des ordonnances Macron, juin 2018

M. BOBBIO

- Négociation collective et grève dans les entreprises du secteur marchand en 2009 : l'emploi au cœur des négociations et des grèves, Document d'étude de la Dares, juin 2011

CAHIERS LAMY DU CSE (Les)

- Premiers retours d'expérience sur les ordonnances Macron, Cah. Lamy du CSE juil. 2018, n° 183, p. 18

COMITE D'ÉVALUATION DES ORDONNANCES « MACRON »

- Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation, France Stratégie, déc. 2018
- Rapport Orseu/Amnyos, Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail, 23 sept. 2019
- Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapp. Intermédiaire, juil. 2020, p. 28

J.-F. CESARO

- Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail, rapport, 2016

J.-D. COMBEXELLE

- La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport, sept. 2015

CSA

- Sondage CSA pour France Stratégie sur l'évaluation du niveau de connaissance des ordonnances travail et perception de leur déploiement, juin 2018

DARES

- Enquête réponse de 2010, Analyses nov. 2014, n° 084

ETUDIANTS DU M2 DPRT, UNIV. MONTPELLIER

- Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 49

P. LOKIEC, J. PORTA

- Droit des relations professionnelles octobre 2013 – septembre 2014, D. 2014. 2374

MINISTERE DU TRAVAIL, DGT & DARES

- La négociation collective en 2018, bilan & rapports, 2019
- La négociation collective en 2019, bilan & rapports, oct. 2020
- Synthèse de la négociation collective en 2019, oct. 2020

IV. ARTICLES

C. ABOUT

- Action en justice et intérêt à agir du CE, Cah. Lamy du CE mars 2013, n° 124, p. 22

P. ADAM

- Une négociation (collective) plus souple et plus loyale ?, Semaine Sociale Lamy 31 oct. 2016, n° 1742, p. 7
- La négociation collective sans délégué syndical *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 119

A. ALEMANNI, G. HELLERINGER, A.-L. SIBONY

- Brève introduction à l'analyse comportementale du droit, D. 2016, p. 911

L. ALUOME

- Caducité et mise en cause de l'accord collectif de travail : plaidoyer pour une nouvelle articulation, JCP S 2020, 3097

M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS

- Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective, *Dr. soc.* 2003, p. 371

C. ANACHE

- Le mandatement hier, aujourd'hui... et demain, *JSL* nov. 1998, n° 24, p. 4

N. ANDRE

- Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences, *Revue Lamy Droit des Affaires* nov. 2019, n° 153, p. 25

P.-H. ANTONMATTEI

- À propos du développement de la négociation collective, *Dr. soc.* 1997, p. 164

- Négociation collective et CE : vivement demain !, *Cah. Lamy du CE* oct. 2002, n° 9, p. 16

- Caducité et conventions et accords collectifs de travail, *Semaine Sociale Lamy* juil. 2008, n° 1361, p. 35

- L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise, *Dr. soc.* 2017, p. 1027

- Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective, *Dr. soc.* 2019, p. 1054

- Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel, *Bull. Joly Travail* déc. 2019, n° 12, p. 39

P.-H. ANTONMATTEI, D. CHENU, G. FRANÇOIS, M. MORAND, C. NEAU-LEDUC, G. VACHET, P.-Y. VERKINDT

- Réformer du code du travail : le comité social et économique, *RJS* 4/2018, p. 263

C. ARANDA, V. CORREIA

- Tenir la première réunion, *Cah. DRH* mars 2020, n° 273-274, p. 52

V. ARMILLEI

- La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ?, Dr. soc. 2021, p. 47

G. AUZERO

- Conventions d'entreprise et conventions de branche, Dr. soc. 2017, p. 1018
- La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire, Dr. soc. 2018, p. 154
- Etablissements distincts : pas de décision unilatérale sans négociation préalable, La lettre juridique mai 2019, n° 783
- La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 76
- Comité social et économique : attributions économiques et recours à des experts, Etudes Joly Sociétés oct. 2019

G. AUZERO, R. CHISS

- L'expression du comité social et économique, RJS 04/2021, p. 271

L. BACHELOT

- De la mesure de la représentativité syndicale par cycle électoral, Gaz. Palais mars 2013, n° 082, p. 18

P. BAILLY

- Que reste-t-il du principe d'égalité de traitement ?, Semaine Sociale Lamy juil. 2018, n° 1822, p. 6

Z. BAKHTIARI, M. CLAUD, M. LAFON, A. GONCALVES, G. DE RAINCOURT

- Préparer la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 40

E. BARBARA

- La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail, Gaz. Palais mai 2018, HS n° 2, p. 41

F. BARBE

- Remplacement des élus au CSE : casse-tête chinois !, Cah. Lamy du CSE avr. 2019, n° 191, p. 11

- Les syndicats en France : comment ça marche ?, Cah. Lamy du CSE, févr. 2021, n° 211, p. 22

A. BAREGE

- Le pouvoir normatif des conventions et accords collectifs, JCP S 2014, 1432

J. BARTHELEMY

- La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise, JCP E 1987, 16837

- La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise, Dr. soc. 1990, p. 580

- L'innovation sociale par plus de contrats. Réflexion à propos du « contrat collectif d'entreprise », JCP E 1996, 521

- L'accord de méthode de la négociation collective, Cah. DRH juil 2001, n° 40, p. 20

- Maîtriser les risques juridiques par la négociation collective, Cah. DRH sept. 2006, n° 124, p. 12

- Mutations du travail et évolutions du droit social, Cah. DRH avr. 2008, n° 142, p. 35

- Refondation du droit social, Cah. DRH janv. 2010, n° 161-162, p. 75

- Loi travail : ombres et lumières, Cah. DRH sept. 2016, n° 234, p. 21

- Accord d'entreprise : outil d'optimisation économique et sociale, Cah. DRH janv. 2017, p. 39

- Plaidoyer pour la convention collective d'entreprise, Cah. DRH avr. 2017, n° 241, p. 43

- Rôle des partenaires sociaux dans la mise en cause des accords, Cah. DRH janv. 2018, n° 249, p. 46

- Règles de conduite de la négociation, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 30

- Coconstruire des règles favorisant à la fois le business et le progrès social, Cah. DRH mai 2019, n° 264, p. 26

J. BARTHELEMY, G. CETTE

- Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel, Dr. soc. 2006, p. 24

- Réformer le droit du travail, Cah. DRH 2016, n° 230, p. 38

- L'accord d'entreprise pris en sandwich entre la branche et le contrat de travail (Deuxième partie), Cah. DRH janv. 2019, n° 260, p. 34

- Renforcer l'efficacité économique et le rôle protecteur des droits sociaux supranationaux, Cah. DRH nov. 2019, p. 46

C. BAUMGARTEN, G. ETIEVANT, A. GHENIM, L. MILET, F. SIGNORETTO

- Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises, Dr. ouvr. 2017, p. 529

S. BEAL

- Le référendum : une solution pragmatique, pas une panacée !, Semaine Sociale Lamy mars 2016, n° 1716, p. 5

- Accord de groupe : de la reconnaissance à l'émancipation !, Semaine Sociale Lamy oct. 2016, n° 1742, p. 10

- La mise en place du CSE : l'art de l'équilibre *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 205

- Le CSE : l'enjeu de la qualité face à la logique comptable ! *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 223

S. BEAL, M. MARGUERITE

- Faciliter la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2017, 1398

- Le comité social et économique Mise en place et fonctionnement, JCP G 2017, 1578

- Le comité social et économique : attributions, JCP E 2017, 1587

S. BEAL, C. TERRENOIRE

- Cycle électoral et représentativité syndicale au niveau d'une entreprise à établissements multiples, JCP E 2014, 1184

- La négociation selon un mode dérogatoire après la loi Travail, JCP S 2016, 1338

- La mise en œuvre de la négociation obligatoire dans l'entreprise après la loi Travail, JCP E 2016, 1579

- Du respect des prérogatives de négociation des partenaires sociaux, JCP S 2017, 1183

- Rapports entre les conventions d'entreprise et les conventions de branche après l'ordonnance n° 2017-1385, JCP E 2017, 1654

J. BENETEAU

- Comment négocier un accord d'entreprise ?, Cah. DRH févr. 2018, n° 250-251, p. 19

N. BERETTI

- Quelle place pour la consultation des salariés pour la validation d'un accord collectif non majoritaire en entreprise ?, Cah. Lamy du CSE sept. 2019, n° 195, p. 12

F. BERGERON-CANUT

- Définition du nombre et du périmètre des établissements distincts pour la mise en place du CSE : priorité à l'accord (collectif), Bull. Joly Travail juin 2019, n°06, p. 24

- De la caducité des accords collectifs, Bull. Joly Travail sept. 2019, p. 41

- Propos introductifs, Pratiques innovantes de la négociation d'entreprise, Bull. Joly Travail oct. 2019, n°10, p. 46

- L'architecture « ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives » : facteur de conventionnalisation ?, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 51

P.-E. BERTHIER

- Les incitations légales, Semaine Sociale Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 36

L. BEZIZ

- Délai de consultation du CSE : le point de départ en question, Semaine Sociale Lamy oct. 2018, n° 1831, p. 60

A. BONNET

- Avantage individuel acquis : aucune remise en cause possible sans l'accord du salarié, JSL avr. 2016, n° 407, p. 4

G. BORENFREUND

- La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. soc. 1991, p. 685
- La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017, p. 608

B. BOSSU

- Le comité d'entreprise : accessibilité, efficacité, transparence..., JCP S 2015, 1175
- À la recherche des acteurs du dialogue social, Dr. soc. 2015, p. 896
- Un droit du travail adapté aux PME/TPE ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 485

C. BOUILLARD

- Quel rôle du comité d'entreprise ?, JT 2016, n° 186, p. 33

M.-L. BOULANGER

- Le président du CSE, triathlète du dialogue social, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 1

D. BOULMIER

- Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction, à la fusion (?) (2nde partie), JSL 20 nov. 2011, p. 4
- Les experts-comptables du comité d'entreprise : états des lieux, Dr. soc. 2014, p. 745

- La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 187

J. CADOT

- Le CE ne peut pas agir en justice pour demander l'application d'un accord collectif... et le CSE ?, Cah. Lamy du CSE oct. 2020, n° 207, p. 30

D. CALVAYRAC

- Transfert d'entreprise : quel accord collectif appliquer ?, Cah. DRH janv. 2013, n° 194-195, p. 68

F. CANUT

- Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, Dr. soc. 2010, p. 379
- Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels, Cah. soc. mars 2015, n° 272, p. 168
- Transferts d'entreprise et représentation du personnel, Cah. soc. sept. 2017, p. 443
- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr. soc. 2017, p. 1035
- Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif, Dr. ouvr. 2017, p. 342

F. CANUT, F. GEA

- Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie), Dr. soc. 2016, p. 1038
- Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), Dr. soc. 2017, p. 47

M. CARO

- Le référendum ne peut sauver un accord minoritaire sur le CSE, Semaine Sociale Lamy févr. 2020, n° 1894, p. 49

M. CARON, I. KAPPOPOULOS

- La réforme de la négociation collective, Dr. ouvr. 2017, p. 73

J.-F. CESARO

- Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8-8-2016, JCP S 2016, 1301
- Les ordres publics en droit du travail : de l'international au supranational, JCP S 2017, 1129

J.-F. CESARO, A. TEISSIER

- L'implantation du comité social et économique, JCP S 2019, 1224

M. CHAGNY

- Questions de méthodologie Droit commun et droits spéciaux, Revue Lamy Droit des Affaires juil. 2016, n° 117

Y. CHALARON

- La conduite de la négociation, Dr. soc. 1990, p. 584

F. CHAMPEAUX

- La Cour de cassation à l'épreuve du droit de l'Union européenne, Semaine Sociale Lamy 2 déc. 2019, n° 1885, p. 10

J.-F. CHANTARAUD, F. VELOT

- Rénover le dialogue social, Cah. DRH mai 2000, n° 16, p. 2

I. CHANTRIER

- Le représentant de proximité : une alternative souple au CSE d'établissement, Cah. Lamy du CSE juil. 2019, n° 194, p. 30

D. CHAPELLON-LIEDHART, M. PERILLI

- Qu'en est-il des heures de délégation après les ordonnances Macron ?, Cah. DRH sept. 2019, n° 267, p. 28

M. CHAPRON, P. UMBACH-BASCONE

- La loi du 8 août 2016 et la place prépondérante de l'accord d'entreprise : du mythe à la réalité, JCP S 2016, 1368

F. CHAREF, F. CHEMALY, N. LAITHIER

- Accord BHV : Être l'architecte de son propre dialogue social, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 10

G. CHASTAGNOL, A. CHARBONNEL

- Périmètres, interlocuteurs et méthode, Cah. DRH févr. 2017, n° 239-240, p. 2

D. CHATARD, L. PAOLI

- Le protocole d'accord préélectoral, JCP S 2018, 1066

N. CHENEVOY, V. ROCHE

- Quels sont les avantages, les risques, le contenu pratique et les marges de manœuvre de la négociation ?, Cah. DRH déc. 2018, p. 2

D. CHENU

- Loi du 8 août 2016 : le temps de travail à l'avant-garde, Cah. soc. déc. 2016, p. 618
- Pas de caducité de plein droit de l'accord collectif en cas de modification d'un dispositif législatif applicable lors de sa conclusion, JCP S 2019, 1246
- Détermination des établissements distincts du CSE : la Cour de cassation fait primer la négociation, JCP E 2019, 1347

D. CHENU, M. MORAND

- CSE : observations et suggestions sur les 100 questions-réponses, Semaine Sociale Lamy mai 2018, n° 1816, p. 2

C. CHEVALET-BLEIN, F. LECLERCQ

- À la recherche de l'optimisation du fonctionnement du CSE, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1863, p. 4

R. CHISS

- L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs, JCP S 2017, 1132

H. CIRAY

- Délais de consultation du CE/CSE : le difficile équilibre entre sécurité et préservation de l'effet utile de la consultation, Lexbase Hebdo. éd. soc. mars 2020, n° 817

A. COEURET

- La mise en place négociée du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 378

V. COHEN-DONSIMONI

- Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 422

J. COLONNA, V. RENAUX-PERSONNIC

- Nouvelles règles de négociation collective en tableaux, Cah. DRH nov. 2017, n° 247, p. 13

- Le référendum et la protection sociale, Dr. soc. 2018, p. 432

J.-D. COMBEXELLE

- La qualité de la norme en droit du travail, Semaine Sociale Lamy Supplément oct. 2011, n° 1508, p. 58

- De l'art de légiférer en matière sociale, JCP S 2015, 1236

A. CORMIER LE GOFF

- La négociation sur le CSE, un an après son entrée en vigueur : comment concilier efficacité et proximité de l'instance ?, Semaine sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 3

A. CORMIER LE GOFF, J. KRIVINE

- De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier, Dr. soc. 2019, p. 204

M. CORREIA

- Mener la négociation d'un accord d'entreprise, points clés, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 10

J.-B. COTTIN

- Quand et comment les élus du personnel peuvent-ils négocier un accord ?, Cah. Lamy du CE nov. 2013, n° 131, p. 25

- Les habits neufs de la DUP, Cah. DRH avr. 2016, p. 2

- Négocier sans délégué syndical après les ordonnances Macron, Cah. DRH juin 2018, n° 254, p. 21

- Négocier avec le CSE, mode d'emploi, Cah. Lamy du CSE juill. 2018, n° 183, p. 2

J.-B. COTTIN, R. FAVRE

- Fiche anthropométrique du comité social et économique (CSE), Cah. DRH oct. 2017, n° 246, p. 23

G. COUTURIER

- L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve *in* Études offertes à J. Flour, Defrénois, 1979, p. 113

J. CREDOZ-ROSIER

- La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (2e partie), Semaine Sociale Lamy déc. 2017, n° 1796, p. 5

- Établissements distincts (ou pas) pour le CSE : la négociation s'impose !, Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11

B. DABOSVILLE

- Le referendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale, Dr. ouvr. 2019, p. 432
- Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentants du personnel, RDT 2019, p. 387
- Les outils de coordination entre le CSE et ses satellites (commissions, représentants de proximité), Dr. ouvr. 2020, p. 600

M. D'ALLENDE

- Conseil d'entreprise : pari gagnant ?, Actualitésdroit.fr, 25 janv. 2018

M. D'ALLENDE, M. BUSO

- Les avantages prévus par un usage d'entreprise et les dispositions conventionnelles qui ont le même objet ne se cumulent pas, JCP S 2016, 1014

J. DANIEL

- L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité, JCP S 2015, 1165
- L'ordre public légal ou la tentation du chamane, JCP S 2017, 1127
- L'égalité, entre liberté et fraternité, JCP S 2019, 1001
- Le rayonnement conventionnel sur les établissements distincts, JCP S 2021, 1102

L. DAUXERRE

- L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail *in* L'articulation des normes en droit du travail (sous la direction de B. TEYSSIE), Economica, 2011, p. 189
- L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1102
- La formation des membres du CSE, JCP S 2020, 2081

L. DAUXERRE, D. CHATARD, S. RIOCHE

- Le comité social et économique, premier bilan, JCP S 2019, 1045

L. DAUXERRE, N. DAUXERRE

- CSE : autonomie des partenaires sociaux dans la détermination des établissements distincts, JCP S 2021, 1142

J. DECHOZ

- De l'alibi au simulacre, Dr. ouvr. 2019, p. 286

P. DELEBECQUE

- Droit commun et droit spécial des contrats *in* Le juriste dans la cité, Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 348

P. DELMAS

- La BDES au service des directions ?, Cah. DRH mai 2014, p. 11

M. DENIAU

- Répartir le budget entre le CCE et les comités d'établissement, Cah. Lamy du CE févr. 2006, n° 46, p. 17

J.-L. DENIER

- Négociation d'accords avec le comité d'entreprise : Partenariat à risques ou réelle opportunité ?, Cah. DRH nov. 2003, n° 91-92, p. 1

J. DIRRINGER

- La représentation collective des salariés : bagatelle ou sentinelle ?, Dr. soc. 2018, p. 253

J. DIRRINGER, F. PETIT

- La négociation préélectorale, une terre mouvante, Dr. soc. 2019, p. 385

B. DONDERO

- Nudge : Une notion plurielle pour inciter les acteurs de la société à prendre une décision, JCP G 2020, 1269

A. DONNETTE-BOISSIERE, S. NOREVE

- Accord de méthode de négociation général et spécifique, Bull. Joly Travail oct. 2019, n° 10, p. 80

G. DUCHANGE

- Convention collective et égalité de traitement : tu patere legem quam ipse fecisti, Gaz. Palais mars 2015, n° 71, p. 14

- « Restructuration » *in* Notions et normes en droit du travail (sous la direction de B. TEYSSIE), éd. Panthéon-Assas 2016, p. 313

- De la caducité d'un accord collectif de travail en cas de transfert d'entreprise *in* Chronique de droit du travail, (sous la direction de B. TEYSSIE), JCP E 2018, 1274

P. DULMET, E. ANDREO

- Le CSE : regards sur les difficultés pratiques et solutions proposées, Dr. ouvr. 2020, p. 647

F. DUQUESNE

- L'opposabilité de l'accord plus favorable portant sur les moyens alloués au comité d'entreprise, JCP S 2020, 1083

- Plénitude de pouvoirs du juge judiciaire dans la délimitation du périmètre des CSE d'établissement, JCP S 2020, 3023

F. DUQUESNE, J. HEINTZ

- La délimitation du périmètre des établissements distincts au sens du Comité social et économique à l'aune de l'obligation de loyauté, JCP G 2019, 576

- La négociation du périmètre de l'instance décentralisée du CSE, JCP S 2020, 1033

O. DUTHEILLET DE LAMOTHE

- Les normes constitutionnelles en matière sociale, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel 2010/3, p. 193
- Les fondements constitutionnels du développement de la négociation collective, Semaine Sociale Lamy juil. 2019, n° 1868, p. 10

O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, L. MARQUET DE VASSELOT

- Présomption de légalité des accords collectifs : une atteinte à la démocratie sociale ?, Semaine Sociale Lamy avr. 2019, n° 1858, p. 8

A. FABRE

- L'accord collectif et le juge, Dr. soc. 2017, p. 96
- Les dynamiques de l'accord collectif de travail, Dr. soc. 2020, p. 630

F. FAVENNEC-HERY

- Nouvelle articulation des normes : la durée du travail comme terrain d'expérimentation, JCP S 2016, 1293
- L'articulation de la loi avec les accords collectifs, JCP S 2016, 1148
- L'ordre public légal, JCP S 2017, 1126
- Le comité social et économique : une instance à construire, Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1790, p. 71
- Les PME dans les ordonnances Macron, Dr. soc. 2018, p. 46

F. FAVENNEC-HERY, P. ROZEC

- Les missions du comité social et économique, JCP S 2018, 1225

F. FAVENNEC-HERY, L. MARQUET DE VASSELOT

- Les articulations des contentieux, JCP S 2019, 1163

M. FAVIER

- Règlement intérieur : les champs du possible, Cah. DRH juil. 2013, n° 200, p. 14

Y. FERKANE

- L'« évolutivité » de la représentativité, RDT 2017, p. 807
- L'illégalité d'un accord collectif de travail : causes et conséquences, RDT 2018, p. 689
- De quelques usages du principe de participation, RDT 2018, p. 67
- La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE, Dr. ouvr. 2019, p. 446
- Syndicats et négociation collective, Dr. soc. 2020, p. 119
- Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 408
- Le CSE comme agent de la négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 595

F. FEVRIER, P. VIGNAL

- L'avis du comité d'entreprise n'est pas un long fleuve tranquille, Semaine Sociale Lamy oct. 2019, n° 1877, p. 75

D. FONTENEAU, G. DEDIEU

- Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 30

G. FRANCOIS

- Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 956
- Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises, Dr. soc. 2019, p. 1066
- La conventionnalisation de la représentation du personnel, Bull. Joly Travail, déc. 2019, p. 70

C. FREYRIA

- Les accords d'entreprise atypiques, Dr. soc. 1988, p. 43

M. GADRAT

- Découpage de l'entreprise en établissements distincts : priorité à la négociation, Dr. soc. 2019, p. 574

S. GAILLARD, S. ROUSSEAU, J. CHAMBON

- Le participation collective, Semaine Sociale Lamy déc. 2004, n° 1196, p. 45

L. GAMET

- L'autonomie collective, Dr. soc. 2020, p. 448

N. GARDAIR-REROLLE

- Contestation du découpage en établissements distincts : le tribunal d'instance est compétent, JSL avr. 2011, n° 298, p. 24

A. GARDIN

- Santé et sécurité au travail et fusion des IRP : quelles adaptations par la négociation ?, RJS 06/2018, p. 467

G. GARREL

- Regard sur l'histoire des Comités d'entreprise, Silomag, n° 10, déc. 2019

G. GATEAU

- Promouvoir un dialogue social de qualité, Semaine Sociale Lamy juil. 2019, n° 1868, p. 3

B. GAURIAU

- Le référendum, un préalable nécessaire ?, Dr. soc. 1998, p. 338

- La rénovation de la démocratie sociale - Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, JCP S 2008, 1448

- La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr. soc. 2015, p. 878

- Contractualisation du dialogue social, *Revue de droit d'Assas* févr. 2016, p. 118
- L'ordre public dans le droit des conventions et accords collectifs, *JCP S* 2017, 1131
- Variations sur la mise en cause, la caducité et les accords de substitution, *JCP S* 2018, 1054
- L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique, *JCP S* 2018, 1204
- Faut-il nommer l'ordre public ? (Contribution à l'étude de la durée du travail et des principes), *RJS* 11/2020, p. 785

F. GEA

- Le juge et l'accord collectif, quels changements ?, *Semaine Sociale Lamy* avr. 2016, n° 1717, p. 5
- Des accords (collectifs) sans juge ?, *Dr. soc.* 2017, p. 98
- L'accord sur le comité social et économique, *Bull. Joly Travail* sept. 2018, n°1, p. 50
- Introduction au dossier « Négociateur » *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 19
- Un renouveau de la négociation collective ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 21
- Introduction au dossier « Fusionner » *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 183

F. GEA, A. ROUYER

- Les configurations du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 229

F. GIAVARINI

- Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, *Cah. de droit de l'entreprise* mars 2019, n° 2, dossier 11

S. GUEDES DA COSTA

- Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ?, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 8

S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEAU

- Les représentants de proximité, Bull. Joly Travail sept. 2018, n° 01, p. 60

S. GUEDES DA COSTA, C. MICHAUD

- La base de données économiques et sociales : des objectifs à la pratique, JCP S 2014, 1133

- La BDES après l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JCP S 2018, 1170

Y. GUENZOU

- Le vide conventionnel, Petites affiches janv. 2016, n° 16, p. 6

C. GUILLON

- Place du CSE dans le dialogue social, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 3

C. GUILLON, A. MANGHOLZ, J. de TONQUEDEC

- Mise en place du Comité social et économique, Cah. DRH févr. 2018, n° 250-251, p. 70

D. GUILLOUET, M. ROSSEZ

- Les négociations préalables à la mise en place du CSE, Cah. Lamy du CE avr. 2018, n° 180, p. 8

J. HARTEMANN

- La consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques et leurs conséquences sociales : aspects juridiques et pratiques, JCP S 2014, 1467

B. HATOUX

- Les entreprises publiques et l'assurance insolvabilité : le débat n'est pas clos, Dr. soc. 2001, p. 149

M. HAUTEFORT

- Négociation d'entreprise : passer de la défiance à l'envie, Cah. DRH mai 2018, n° 253, p. 2
- Mettre en place le CSE dans les entreprises à structure complexe, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 2
- Le juge peut prendre toutes les mesures nécessaires au bon déroulement du scrutin, JSL févr. 2019, n° 470, p. 22
- Définition des établissements distincts : la négociation n'est pas une option, JSL juin 2019, n° 477, p. 8

J. ICARD

- Logique et surprises du cycle électoral, Dr. soc. 2014, p. 648
- Négociation collective et petite entreprise, Cah. soc. juil. 2018, n° 309, p. 363
- L'incidence d'un transfert d'entreprise sur le comité social et économique, Bull. Joly Travail sept. 2018, n°1, p. 75

J.-P. JACQUIER

- La représentation des salariés dans l'entreprise : une réforme nécessaire, Semaine Sociale Lamy mai 2011, n° 1492, p. 8

A. JALLADAUD, S. RIOCHE, G. de RAINCOURT

- Conclure les négociations, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 55

J.-J. JARRY

- Négocier le contenu de la BDES et celui des consultations récurrentes du CSE, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 28

C. JAUFFRET-SPINOSI

- Observations conclusives *in* Le temps et le droit, Association H. Capitant, Dalloz, 2014, p. 106

J.-C. JAVILLIER

- Faut-il déréglementer les relations de travail ?, D. 1995, p. 344

E. JEANSEN

- Conditions d'accès à la qualification d'accord collectif, JCP S 2014, 1303
- La négociation dérogatoire entre accord collectif et accord atypique, JCP S 2014, 1312
- Le protocole d'accord préélectoral organisant l'élection des membres du comité social et économique, JCP S 2017, 1366
- Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner, JCP S 2018, 1084
- Le CHSCT est mort, vive la CSSCT !, JCP S 2018, 1122
- La détermination de l'ordre public, une (vaine) tentative législative ?, *in* Mélanges B. TEYSSIE, LexisNexis, 2019, p. 827

E. JEANSEN, Y. PAGNERRE

- La négociation dérogatoire, JCP S 2009, 1572
- La dictature du cycle électoral, JCP S 2014, 1121

A. JOBERT

- La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales, Dr. soc. 2013, p. 332

G. JOLIVET, P. LANGLOIS, A. D'HAUTEVILLE, S. MAGNAN, P. MAUDUIT

- Les aménagements conventionnels dans l'entreprise : Utopie législative ou réalité sociale ?, JCP S 2020, 3000

D. JULIEN-PATURLE

- La consultation du CSE : ce qui est imposé et ce qui est négociable, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 8
- Mise en place du CSE : les 10 étapes à ne pas manquer, Cah. Lamy du CSE juin 2019, n° 193, p. 12
- Déjà en CSE : comment bien s'organiser ?, Cah. Lamy du CSE déc. 2019, n° 198, p. 2

M. KEIM-BAGOT

- Le nouveau droit de la négociation collective, JT 2018, n° 208, p. 18

J.-Y. KERBOURC'H

- Pas d'ubiquité du comité d'entreprise en cas de transfert partiel d'établissement, JCP S 2009, 1376
- Sanctions d'un protocole d'accord préélectoral irrégulier, JCP S 2012, 1125
- La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015, JCP S 2015, 1353
- La refonte des institutions représentatives du personnel, JCP S 2017, 1313
- Quelle clé de répartition des sièges au sein des collèges électoraux ?, JCP S 2018, 1348
- CSE et licenciement économique : de la consultation à la cogestion, JCP S 2019, 1046
- L'obligation de négocier loyalement l'accord de détermination des établissements distincts, JCP S 2019, 1172

F. KHODRI

- Les normes sociales fondamentales : des remparts efficaces aux flexibilités du droit du travail ?, Semaine Sociale Lamy juin 2015, n° 1680, p. 90

M. KLEIN

- Une chance gâchée, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 9

M. KLEIN, H. SIGNORET

- Quel est le rôle des délégués syndicaux ?, Cah. Lamy du CSE févr. 2019, n° 189, p. 15

J.-V. KOSTER

- Le co-financement de l'expertise : une entrave aux instances élues ?, Dr. ouvr. 2018, p. 157

J. KOVAC, L. GAUDEMET-TOULEMONDE

- Epargne salariale et actionnariat salarié, Dossier pratique, Ed. Francis Lefebvre, 2019, p. 36

- Nouvelles précisions réglementaires en matière d'épargne salariale, D.D. 4 et 26 juin 2020, JCP S 2020, 293

B. KRIEF

- Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel, JCP S 2014, 1090

- Les moyens du CSE, Bull. Joly Travail févr. 2020, p. 53

J. KRIVINE

- « Les dalton dans le blizzard » - Des instances élues entravées ?, Dr. ouvr. 2018, p. 151

D. LABBE, B. REYNAUD, J.-L. DENIER

- La négociation collective en entreprise, Cah. DRH mars 2002, n° 55, p. 2

G. LACHAISE

- Fondement de la substitution d'un accord collectif à un usage antérieur ayant le même objet, JCP E 1997, 938

N. LAFFUE

- Le référendum dans l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 428

P. LAGESSE, V. ARMILLEI

- À propos des délais de consultation du CSE (2e partie), Semaine Sociale Lamy nov. 2017, n° 1792, p. 6

- Actualités sur les délais de consultation du CSE : attention à l'accord tacite !, Semaine Sociale Lamy oct. 2020, n° 1924, p. 8

P. LAGOUTTE, J.-B. COTTIN

- Comment mettre en place des représentants de proximité ?, LSQ - Le dossier pratique juil. 2018

C. LANDAIS, L. PECAUT-RIVOLIER, D. PIVETEAU, Y. STRUILLOU

- Le nouveau protocole préélectoral, Dr. soc. 2012, p. 1048

H. LANOUZIERE

- Une montée en compétence réciproque et symétrique des partenaires sociaux, Semaine Sociale Lamy 13 mars 2017, n° 1760, p. 4

H. LANOUZIERE, I. ODOUL-ASOREY, F. COCHET

- La fusion des institutions représentatives du personnel porte-t-elle atteinte à leur capacité d'intervention en matière de santé et de sécurité au travail ?, RDT 2017, p. 691

F.-G. LAPREVOTE, M. VACASSOULIS

- CSSCT : premier retour d'expérience et points de vigilance identifiés après deux ans d'existence, La lettre juridique févr. 2020, n° 813

F. LARONZE

- Introduction générale au colloque « Représentation et négociation collectives à la lumière des ordonnances Macron », Dr. ouvr. 2019, p. 409

- Le CSE : acteurs et actions en matière de négociation collective, Dr. ouvr. 2020, p. 589

O. LAVIOLETTE

- La crise du Covid-19 a ouvert une parenthèse qualitative pour le dialogue social, Semaine Sociale Lamy 5 avr. 2021, n° 1948, p. 8

V. LE BOULANGER

- « Le CSE incarnera la quintessence du dialogue social », Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 7

F. LECLERCQ, G. SANCHEZ

- Anticiper l'absence temporaire d'un membre titulaire du CSE, Semaine Sociale Lamy févr. 2019, n° 1847, p. 15

J.-P. LE CROM

- Les comités d'entreprise : une institution sociale instable, *in* L'enfance des comités d'entreprise (Actes du colloque des 22-23 mai 1996), Roubaix, Centre des archives du monde du travail, 1997, pp. 173-197

- Comités d'organisation et comités sociaux ou l'introuvable interpénétration de l'économique et du social, APR 2003, p. 256

- La profession dans la construction du droit du travail, Dr. soc. 2016, p. 105

- Regard historique sur la fusion des institutions représentatives du personnel, Dr. soc. 2018, p. 82

H.-J. LEGRAND

- Négociation collective et petites entreprises : le Conseil constitutionnel valide les faux-semblants des ordonnances, Semaine Sociale Lamy avr. 2018, n° 1809, p. 5

Y. LEROY

- La composition et le fonctionnement du comité social et économique ou comment transformer une addition en soustraction ? *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 209

E. LETOMBE

- Négociation collective et consultation du comité d'entreprise : les liaisons dangereuses, JCP S 2014, 1275

D. LIVIO

- Quelles sont les priorités pour mieux concilier l'économique et le social ?, Semaine Sociale Lamy 2 oct. 2000, n° 997, p. 22

G. LOISEAU

- L'âge d'or du CHSCT : une information suffisante pour un avis utile, JCP S 2013, 1447

- La procédure de consultation des représentants du personnel, Cah. soc. févr. 2014, n° 260, p. 136

- Le comité social et économique, Dr. soc. 2017, p. 1044

- Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie, Dr. soc. 2018, p. 713

- La négociation des accords QVT, Bull. Joly Travail janv. 2019, n° 1, p. 46

- Droit civil et droit du travail, une relation instable, Dr. soc. 2019, p. 477

- Les attributions du comité social et économique *in* Retour sur les ordonnances Macron, un nouveau droit du travail ? (sous la direction de F. GEA), Dalloz, 2020, p. 283

- Le préalable de négociation, JSL 2020, n° 500, p. 8

- Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 4, p. 52

G. LOISEAU, S. GUEDES DA COSTA

- Le CSE à droit continu, JCP S 2020, 1069

G. LOISEAU, A. MARTINON

- L'âge d'or de l'accord institutionnel ?, Cah. soc. juil. 2015, n° 276, p. 359

P. LOKIEC

- Avis de tempête sur le droit du travail, RDT 2014, p. 738

- « Qui dit conventionnel dit juste ! », L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, 282

- De la confiance à la norme, Semaine Sociale Lamy oct. 2016, n° 1742, p. 3

- Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?, Semaine sociale Lamy 2017, n° 1781, p. 6

- Hiérarchie des normes et négociation : le pari de la confiance, Dr. ouvr. 2018, p. 142

- Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social, Semaine Sociale Lamy févr. 2020, n° 1893, p. 15

G. LYON-CAEN

- Critique de la négociation collective, Dr. soc. 1979, p. 350

- L'état des sources du droit du travail, Dr. soc. 2001, p. 1031

V. MANIGOT

- Règlement intérieur du comité social et économique, JCP S 2019, 1290

C. MARIANO

- Délai de consultation du CSE et information insuffisante : les pouvoirs du juge augmentés à la lumière du droit à l'information appropriée, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 4, p. 23

- Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical, Bull. Joly Travail avr. 2020, n° 04, p. 44

L. MARQUET DE VASSELOT, A. MARTINON

- L'articulation croisée des accords collectifs, JCP S 2016, 1150
- Les moyens du comité social et économique, JCP S 2018, 1226
- Données économiques : l'obligation de diffuser, JCP S 2020, 2027

F. MARRON

- CSE : une instance sur mesure, Cah. DRH oct. 2018, n° 257, p. 2

F. MARRON, S. BOURQUELOT

- Nouveaux délais de consultation et d'expertise du comité d'entreprise, Cah. DRH avr. 2014, p. 2

F. MARRON, A. TRAYNARD

- Planifier et mettre en œuvre les négociations obligatoires, Cah. DRH nov. 2016, n° 236, p. 14

A. MARTINON

- L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités ?, JCP S 2013, 1263

V. MARTY, C. PAYS

- Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cahiers de droit de l'entreprise 2019, n° 2, doss. 11

P. MASSON

- Exit le droit du travail... place à la loi de l'entreprise !, Dr. ouvr. 2017, p. 640

B. MATHIEU

- Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective, D. 1997, p. 152

A.-L. MAZAUD

- Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017, JCP S 2018, 1232

I. MEFTAH

- La négociation ayant pour objet ou acteur le comité social et économique : entre délitement et altération du lien entre négociation collective et revendication, Dr. ouvr. 2020, p. 640

F. MERCIER, L. MERLIN

- Les atouts pour bien négocier, Cah. DRH sept. 2000, n° 21, p. 2

O. MERIAUX

- Le paritarisme a-t-il encore un avenir ?, Semaine Sociale Lamy 4 mars 2019, n° 1851, p. 4

L. MERLIN

- Le droit du travail peut-il échapper à la complexité ?, Cah. DRH févr. 2002, p. 2

C. METZGER, M. KHELIF

- Informer et consulter le comité social et économique, Cah. DRH déc. 2020, n° 281, p. 9

- Harmoniser le statut du personnel, Cah. DRH déc. 2020, n° 281, p. 47

G. MEYER

- Comment éviter de subir la négociation sur le CSE ?, Semaine Sociale Lamy sept. 2019, n° 1874, p. 5

S. MICHEL

- La mise en place imposée du comité social et économique, L'obligation d'instituer un CSE, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782

F. MILAN, Y. FERKANE

- Faut-il désormais craindre la négociation de groupe ?, RDT 2017, p. 76

L. MILET

- L'accès à l'information des représentants du personnel, Dr. ouvr. 2020, p. 437

Q. MLAPA, D. FONTENEAU

- Le règlement intérieur du CSE : seconde bataille ou simple escarmouche ?, Cah. Lamy du CSE mars 2020, n° 201, p. 19

N. MOIZARD

- La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise, Dr. ouvr. 2019, p. 410

L. DE MONTVALON

- Ordonnances Macron : les mutations de la négociation collective, Cah. Lamy du CE nov. 2017, n° 175, p. 7

M. MORAND

- Dialogue social : réflexions autour de la loi du 4 mai 2004, Semaine sociale Lamy janv. 2005, n° 1197, p. 6

- Les tribulations juridiques d'un accord d'entreprise, Semaine Sociale Lamy janv. 2009, n°1381, p. 7

- L'évolution du droit de la négociation collective depuis la loi du 20 août 2008, Cahiers de droit de l'entreprise janv. 2011, n° 1, doss. n° 2

- La conventionnalisation du droit de la durée du travail, Bull. Joly Travail déc. 2019, n° 12, p. 63

M. MORAND, P.-Y. VERKINDT

- La négociation d'un accord d'entreprise avec des élus, JSL mars 2009, n° 251, p. 4

F. MOREL

- En finir avec le principe général d'égalité de traitement, Semaine Sociale Lamy mars 2016, n° 1714, p. 12

T. MORGENROTH, J.-P. TRICOIT

- Les relations entre l'institution représentative du personnel et les organisations syndicales, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782

C. MORIN

- Les modes alternatifs de négociation, Dr. soc. 2019, p. 409

J. MORIN

- Regard sur la conformité des nouvelles institutions représentatives du personnel aux normes supra-légales, Dr. ouvr. 2018, p. 457

- CSE et protection de la santé des travailleurs, Dr. ouvr. 2020, p. 424

M.-L. MORIN

- Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective, Dr. soc. 1997, p. 31

J. MOULY

- Le règlement intérieur n'est pas transmissible au repreneur de l'entreprise, Dr. soc. 2019, p. 90

S. MRAOUAHI

- L'expert du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 617

C. NEAU-LEDUC

- Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise, Dr. soc. 2009, p. 910

C. NICOD

- Négociation collective et management : des rencontres inédites ?, Semaine Sociale Lamy 18 mars 2013, n° 1576, p. 93
- La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration, RDT 2015, p. 549
- La « tentative loyale de négociation », préalable incontournable à la détermination unilatérale par l'employeur du périmètre de la représentation par les élus du personnel, RDT 2019, p. 589

S. NIEL

- Les bons de délégation sont-ils utiles ?, Cah. DRH mars 2006, p. 22
- La consultation du comité d'entreprise sur la stratégie est-elle risquée ?, Semaine Sociale Lamy avr. 2013, n° 1578, p. 6
- Mettre en place les représentants de proximité, Cah. DRH déc. 2017, n° 248, p. 26
- A quoi sert le représentant de proximité ?, Semaine Sociale Lamy févr. 2018, n° 1802, p. 8
- Négocier la mutation des IRP, Cah. DRH avr. 2018, n° 252, p. 2
- Préparer l'élection du CSE, Cah. DRH nov. 2018, n° 258, p. 11
- Quelle stratégie pour les élections du CSE ?, Semaine Sociale Lamy 4 févr. 2019, n° 1847, p. 17
- Premiers accords relatifs au fonctionnement du CSE, Cah. DRH juil. 2019, n° 266, p. 2
- Prévenir les atteintes anti-LGBT et favoriser l'inclusion, Cah. DRH sept. 2019, n° 267, p. 19
- Rénover le dialogue social dans l'entreprise : bonnes pratiques, Cah. DRH oct. 2019, n° 268, p. 24

D. NOELLE COMMARET

- La révision d'un régime de protection sociale complémentaire : parallélisme ou altérité des formes, Dr. soc. 1999, 384

I. ODOUL-ASOREY

- Principe de participation des travailleurs et droit du travail, Dr. soc. 2014, p. 356
- La négociation collective, confortée par le principe de participation ?, Dr. soc. 2015, p. 987
- Négociation et conclusion du protocole préélectoral, RDT 2018, p. 226
- La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants, Dr. ouvr. 2019, p. 461
- Les moyens du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 421

K. DE OLIVEIRA, E. DOUTRIAUX

- Environnement et dialogue social, Semaine Sociale Lamy 26 avr. 2021, n° 1951-1952, p. 6

N. OLSAK

- L'usine au XIXe siècle, Semaine Sociale Lamy 20 oct. 2003, n° 1140, p. 2

Y. PAGNERRE

- Augmentation du nombre d'heures de délégation : usage ou accord collectif, JCP S 2015, 1081
- Périmètre de désignation d'un délégué syndical et d'un représentant de section syndicale, JCP S 2016, 1280
- Les accords de performance collective, Dr. soc. 2018, p. 694
- Retour sur l'accord de reconnaissance d'une UES, JCP S 2018, 1065
- La négociation sur le CSE, RJS 04/2019, p. 235

Y. PAGNERRE, E. JEANSEN

- Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise, RJS 08-09/2020, p. 571
- La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358

B. PALLI

- La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale, RDT 2010, p. 155

D.-J. PARTURLE

- Membre élu du CSE ou représentant syndical au CSE : il faut choisir !, JSL mars 2020, n° 493, p. 17

T. PASSERONE

- Présence de clauses extérieures au champ de la négociation collective : maintien de la qualification d'accord collectif, JCP S juin 2014, 1238

L. PECAUT-RIVOLIER

- L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2013, p. 502
- Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail, RDT 2016, p. 791
- La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation, JCP S 2016, 1300
- Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale », Cah. soc. déc. 2017, p. 39
- L'accord collectif et le juge, Dr. soc. 2017, p. 96
- Il était une fois la représentation collective : l'employeur, les syndicats, la DIRECCTE et le juge, Dr. Ouvr. 2020, p. 590
- Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif, Dr. soc. 2020, p. 507

L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU

- La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, RDT 2009, p. 490

M. PERILLI, C. DELANNOY, E. LEYNAUD

- Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ?, Cah. DRH févr. 2018, n°250-251, p. 121

E. PESKINE

- Le droit du travail à la croisée des chemins, Semaine Sociale Lamy sept. 2015, n° 1691, p. 12

- La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective, RDT 2015, p. 339

F. PETIT

- L'émergence d'un droit électoral professionnel, Dr. soc. 2013, p. 480

- La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif, Dr. soc. 2018, p. 141

- Introduction au dossier « Négociation et CSE », Dr. soc. 2019, p. 372

- Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail, Bull. Joly Travail déc. 2019, p. 42

L. PEUGNY

- Mise en place et fonctionnement du CSE : après le « Questions/ Réponses » encore beaucoup de questions, Cah. Lamy du CSE oct. 2018, n° 185, p. 29

A. PIOT

- Immunité relative des représentants du personnel, Cah. DRH oct. 2014, n° 213, p. 36

M. POIRIER

- Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 relatif à la politique contractuelle, Dr. ouvr. 1996, p. 311

M.-C. POTTECHER, L. BENSOUSSAN

- Identifier les acteurs à la négociation, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 32

E. POULIQUEN, J.-N. MOREAU, S. BELLANGER

- Mettre en place de la BDES d'ici le 14 juin, Cah. DRH mai 2014, p. 2

C. RADE

- La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) : le mieux, ennemi du bien ?, La lettre juridique mars 2014, n° 56
- Survie de l'accord mis en cause versus caducité : la défaite annoncée de la caducité, Lexbase Hebdo. éd. Soc. 2018, n° 728
- La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire, Dr. soc. 2019, p. 447

G. DE RAINCOURT

- Rédiger l'accord, Cah. DRH déc. 2018, n° 259, p. 48

G. DE RAINCOURT, A. JALLADAUD, S. RIOCHE

- Mise en place, fonctionnement, et attributions du CSE : quelle place pour la négociation ?, Cah. Lamy du CSE mai 2018, n° 181, p. 24

J.-E. RAY

- La place de la négociation collective en droit constitutionnel, Nouv. Cah. Cons. const. 2014, n° 45, p. 21
- Trois rapports, pour quelle refondation ?, Dr. soc. 2016, p. 410

A. REYMANN, J.-E. GRESY

- Gérer les ingérables, Cah. DRH juil. 2010, n° 167, p. 60

S. RIOCHE

- CSE et représentants de proximité : un kaléidoscope conventionnel, JCP S 2018, 1343
- Le comité social et économique dans l'UES, JCP S 2019, 1011
- La carrière des représentants du personnel - Modèle de clause conventionnelle, JCP S 2020, 3036

V. ROCHE

- Le budget du comité social et économique, JCP S 2018, 1159

P. RODIERE

- Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise, Semaine Sociale Lamy nov. 2002, n° 1098, p. 6

F. ROSA

- La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE, Dr. ouvr. 2020, p. 632
- Quatre questions/réponses autour du comité économique et social, Cah. de droit de l'entreprise mars 2019, n° 2, dossier 11

H. ROUILLEAULT

- Inciter à négocier ? Légitimité de principe et difficultés pratiques, Dr. soc. 2011, p. 563

M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, M. MARGUERITE, C. TERRENOIRE, R. LABAT

- Publication de la loi ratifiant les ordonnances Travail, JCP S 2018, 101

T. SACHS

- Vers un droit du marché du travail, Semaine Sociale Lamy janv. 2013, n° 1569, p. 9
- L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée, RDT 2017, p. 585

J. SAVATIER

- Usage et accord d'entreprise, RJS 04/95, p. 231

J.-L. SCEMAMA

- Le CSE est une opportunité pour les entreprises de renouveler le dialogue social, à condition de prendre le temps de la négociation, Petites affiches août 2019, n° 153, p. 3

M. SCHMITT

- Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne, Dr. ouvr. 2019, p. 438

J.-C. SCIBERRAS

- Un mystère français : la résistance des syndicats au renforcement de leur pouvoir de négociateur dans l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 65

S. SERENO

- Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique, Dr. soc. 2019, p. 402

B. SERIZAY

- Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié, Semaine Sociale Lamy mars 2015, n° 1667, p. 18

A. SERVOUZE-MERCIER, S. MAYOUX

- Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ?, JCP S 2018, 1182

F. SIGNORETTO

- Établissements distincts et mise en place d'un CSE : le débat est relancé, RDT 2020, p. 133

- Définition de l'établissement distinct pour la mise en place d'un CSE : le débat est clos, RDT 2020, p. 555

D. SIMONNEAU

- Les représentants de proximité : substituts ou compléments ?, Dr. ouvr. 2020, p. 432

J.-D. SIMONPOLI

- La réforme offre de réelles possibilités d'innovation, Semaine Sociale Lamy 16 sept. 2019, n° 1874, p. 3

J. SPORTES, C. VERGNOLLE

- À quand la transformation de la BDES en véritable outil d'un dialogue social de qualité et constructif ?, Cah. Lamy du CE janv. 2018, n° 177, p. 29

A. STOCKI

- Le mécano du comité social et économique, Semaine Sociale Lamy janv. 2018, n° 1798, p. 3

Y. STRUILLOU

- « Une dynamique est à l'œuvre », Semaine Sociale Lamy nov. 2018, n° 1835, p. 3

A. SUPIOT

- Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. soc. 1989, p. 195

Y. TARASEWIZ, H. CAVAT

- Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ?, RDT 2020, p. 584

I. TARAUD

- Négociation collective d'entreprise : reprendre la dynamique de conquête des droits, Dr. ouvr. 2017, p. 248

A. TEISSIER

- Mise en place du CSE et application des règles transitoires, JCP S 2018, 1409

C. TERRENOIRE

- La « sécurisation » des conventions et accords collectifs de travail : de quoi s'agit-il ?, JCP E 2017, 808
- Caducité des conventions et accords collectifs : précisions jurisprudentielles récentes, JCP G 2019, 492

B. TEYSSIE

- A propos de la négociation collective d'entreprise, Dr. soc. 1990, p. 577
- La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés, D. 2004, 2383
- Un nouveau droit du travail ?, JCP S 2015, 1234
- La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement, JCP S 2016, 1292
- Variations sur un diptyque, JCP S 2017, 1125
- De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail, JCP S 2017, 1179
- Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales, JCP S 2017, 1294
- Santé et sécurité dans le droit du comité social et économique, JCP S 2018, 1001
- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, JCP S 2018, 1112
- Le syndrome de Troie, JCP S 2018, 1229

O. THIBAUD, T. DUBE

- Faire face aux demandes d'expertise du CSE, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 65

H. TISSANDIER

- Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?, Dr. soc. 2015, p. 889
- Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs, RDT 2016, p. 794

A. TOPPINO

- Bien communiquer avec les salariés, Cah. Lamy du CSE févr. 2010, n° 90, p. 9

S. TOURNAUX

- L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, Dr. soc. 2019, p. 552

J.-E TOURREIL

- Le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut se confondre avec l'accord de méthode, JSL avr. 2009, p. 13

J.-P. TRICOIT

- La négociation collective et la représentation du personnel, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782
- Rapport de synthèse, Lexbase Hebdo. éd. soc. mai 2019, n° 782

M.-C. TUAL

- Président du CE : ses droits et ses obligations pendant la réunion, Cah. Lamy du CE juil. 2003, n° 18, p. 11
- Suppléants, bureau du comité et réunions préparatoires : ce que prévoient les accords de mise en place du CSE, Cah. Lamy du CSE nov. 2018, n° 186, p. 25
- La durée des mandats des membres du CSE, Cah. Lamy du CSE févr. 2019, n° 189, p. 7
- Les dernières précisions apportées à la mise en place et au fonctionnement du CSE, Cah. Lamy du CSE févr. 2020, n° 200, p. 6

L. TUR

- Usage, accord atypique, engagement unilatéral : les autres normes collectives, JA 2011, n°435, p. 31

L. URBANI-SCHWARTZ

- Le CSE Central, Cah. DRH févr. 2018, n° 250-251, p. 117

L. URBANI-SCHWARTZ, C. CHAUMIER, C. GIGNOUX

- Mettre en place et gérer les commissions et les représentants de proximité, Cah. DRH mars 2020, n° 273-274, p. 19

G. VACHET

- Les accords atypiques (1), Dr. soc. 1990, p. 620
- L'interprétation des conventions collectives, JCP E 1992, n° 45, p. 186
- Notion d'avantages collectifs, JCP G 2006, 1356
- Réviser les accords collectifs, Cah. DRH mars 2012, n° 185, p. 42

S. VAN DER VLIST

- Les fondements juridiques du principe d'égalité de traitement, JCP S 2015, 1055

R. VATINET

- Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31), JCP S 2007, 1072

J.-M. VERDIER

- Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?, Dr. soc. 1997, p. 1040

M. VERICEL

- Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise, Dr. soc. 2018, p. 924

P.-Y. VERKINDT

- Les élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2009, p. 648
- L'ordre public, clé de la refondation du Code du travail ?, JCP S 2017, 1137
- Entre la représentation et la négociation, les droits de la collectivité des salariés, Dr. ouvr. 2019, p. 418
- L'appel aux droits fondamentaux en matière sociale, Dr. soc. 2019, p. 503

C. VIGNEAU

- L'enseignement du droit du travail à l'Université française, Semaine Sociale Lamy oct. 2011, n° 1508, p. 279
- La notion d'établissement au cœur des logiques de centralisation et de décentralisation de la représentation du personnel, Dr. ouvr. 2020, p. 413

A. VIVANT, J.-L. DENIER

- Anticiper... pour ne pas subir !, Cah. DRH 2002, n° 68-69, p. 2

R. WEISSMANN

- Les conséquences d'une modification du corps électoral sur la représentativité, Semaine Sociale Lamy févr. 2014, n° 1619, p. 9

G. WICKER

- La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?, D. 2015, p. 1557

C. WOLMARK

- La caractérisation de l'établissement, Dr. ouvr. 2018, p. 533

V. NOTES, COMMENTAIRES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS, AVIS

P.-H. ANTONMATTEI

- note ss Cass. soc., 25 janv. 1995, n° 90-45.796 : D. 1995, p. 593
- chron. Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : JCP E 1995, 3901

G. AUZERO

- note ss Cass. soc., 15 oct. 2013, n° 12-22.911 : Lexbase Hebdo. éd. soc., n° 546, 7 nov. 2013

F. BERGERON-CANUT

- obs. ss Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : Bull. Joly Travail juin 2019, p. 30
- note ss Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : Bull. Joly Travail juin 2019, p. 24

P.-E. BERTHIER

- obs. ss Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : RDT 2019, p. 498

C. BOILLOT

- note ss Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.179 : D. 2009, 1393

M. BONNECHERE

- obs ss Cass. soc., 15 déc. 1998, n° 95-43.630 : Dr. soc. 1999, p. 187

G. BORENFREUND

- note sous Cass. Soc. 25 janv. 1995, Charre, Dr. ouvr. 1995, p. 276

G. BORENFREUND, F. GUIOMARD, O. LECLERC, E. PESKINE, C. WOLMARK, A. FABRE, J. PORTA

- obs. ss Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : D. 2008, p. 182

G. BORENFREUND, J. SAVATIER

- chron. Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : Dr. soc. 1995, p. 274

D. CASTEL

- obs. ss Cass. Soc., 17 oct. 2018, n° 17-16.465 : JA 2018, n° 589, p. 10

J.-F. CESARO

- note ss Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-46.447 : JCP S 2008, 1274

D. CHENU

- note ss Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : JCP E 2019, 1347

D. CORRIGNAN-CARSIN

- note ss Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-12.712 : JCP G 2013, 1273

J. CREDOZ-ROSIER

- note ss Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : Semaine Sociale Lamy mai 2019, n° 1861, p. 11

E. DOCKES

- obs. ss Cass. soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210 ; D. 1995, 369

L. DRAI

- obs. ss Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766 : JCP S 2015, 1050

F. DUQUESNE, J. HEINTZ

- note ss Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : JCP G 2019, 576

A. FABRE

- obs. ss Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : Dr. soc. 2015, p. 237

Y. FERKANE

- note ss Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21.068 : RDT 2018, p. 689

M. GADRAT

- note ss Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : Dr. soc. 2019, p. 574

B. GAURIAU

- note ss Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-26.553 : JCP S 2018, 1054

M. GREVY

- obs ss Cass. Soc., 18 janv. 2011, n° 09-12.240 : RDT 2011, 191

M. HAUTEFORT

- Ce qu'a fait le référendum, l'accord collectif peut le défaire, note Cass. Soc. 10 févr. 1999, JSL 1999, n°33, p. 13
- obs ss Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21.068 : JSL 2018, n° 459-4

Y. KERBOURC'H

- note ss Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : JCP S 2019, 1172

P. LANGLOIS

- obs. ss Cass. soc., 10 févr. 1999, n° 97-13.015 : Dr. soc. 1999, p. 384

P. LOKIEC, J. PORTA

- obs. ss Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-60.483 : D. 2012, 2622
- note ss Cass. soc., 15 oct. 2013, n° 12-22.911 : D. 2014, 2374

A. LYON-CAEN

- note ss Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680 : Dr. soc. 1996, p. 1013
- obs ss Cass. soc., 1er juin 1994, n° 92-18.896 : Dr. soc. 1994. P. 715

L. MILET

- note ss Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948 : Dr. ouvr. 2019, p. 302

J. MOULY

- obs. ss Cass. Soc., 17 oct. 2018, n° 17-16.465 : Dr. soc. 2019, p. 90

I. ODOUL-ASOREY

- not. Soc., 1er déc. 2010, n° 10-60.117
- obs. ss Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-60.483 : RDT 2011, p. 326
- obs. ss Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 12-18.098 : RDT 2013, p. 418
- obs. ss Cass. Soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081 : RDT 2018, p. 465

E. PESKINE

- obs. ss 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : RDT 2015, p. 339

F. PETIT

- obs. ss Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.547 : Dr. soc. 2011, p. 877

- obs. ss Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 12-18.098 : Dr. soc. 2013, p. 374

P. POCHE

- note ss Cass. soc., 25 janv. 1995, n° 90-45.796 : D. 1995, p. 593

J. PORTA, P. LOKIEC

- obs. ss Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : D. 2019, p. 963

C. RADE

- obs. ss Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : Dr. soc. 2019, p. 447

J.-E. RAY

- obs. ss Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : Dr. soc. 2019, p. 559

M.-A. SOURIA

- obs. Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : RDT 2008, p. 188

H. TISSANDIER

- obs. ss Cass. soc., 9 déc. 2014, n° 13-21.766 : RDT 2015, p. 269

G. VACHET

- obs. ss Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : JCP S 2019, 922

H. VIART

- Comm. TGI Paris, 6 nov. 2018, RG no 18/06526, Syndicat SUD RATP c/RATP, Dr. ouvr. 2019, p. 93

Table des matières

Remerciements	4
Principales abréviations	7
Sommaire.....	9
Introduction	10
I. L'émergence d'une instance unique de représentation du personnel	13
A. Des instances multiples aux évolutions récurrentes	15
B. L'instance unifiée : une volonté de simplification	23
II. Le développement de la négociation collective : un changement d'objet adapté à la négociation sur l'instance	26
A. D'une méfiance législative à une consécration contemporaine	27
B. L'objet contemporain de la négociation collective : un outil au service de l'organisation de l'entreprise	33
III. La négociation collective au service de la structuration de l'instance : une nouveauté à appréhender	35
A. Une rencontre récente entre négociation collective et représentation du personnel	35
B. Une rencontre à appréhender : enjeux de l'analyse	40
PARTIE 1. LA NEGOCIATION DE L'ACCORD INSTITUTIONNEL	45
TITRE 1. L'intérêt de la négociation	48
Chapitre 1. L'analyse préalable, la représentation du personnel supplétive	51
Section 1. Une structure supplétive de la représentation du personnel à défaut d'accord	52
§1. L'ordre public, application indérogeable	54
§2. Dispositions supplétives et marges de manœuvre	58
Section 2. Le choix de la structure supplétive	62
§1. Des intérêts particuliers à l'encontre de la négociation	62
I. La gestion des divergences et du temps inhérents aux négociations	63
II. Des typologies d'entreprise opposées à la négociation.....	67
A. L'entreprise autonome	67
B. L'entreprise réticente.....	69
C. L'entreprise satisfaite	70

§2. L'existence d'un conservatisme institutionnel maintenu à la suite des Ordonnances « Macron » de 2017.....	71
I. Une évolution relativement modeste à la suite des ordonnances « Macron » de 2017	72
II. Une présence marquée du conservatisme institutionnel	75
Chapitre 2. Les opportunités ouvertes par la négociation, une volonté d'efficience opérationnelle	79
Section 1. La négociation, un outil à localiser.....	81
§1. Les bornes à dévoiler de l'ordre public et du champ de la négociation collective ...	84
I. La négociation bridée par l'ordre public	84
II. La négociation bridée par l'encadrement des thèmes de négociation	91
§2. L'objet des dispositions supplétives confronté à la négociation	96
I. Le supplétif par objet facultatif	97
II. Le supplétif par objet obligatoire	102
Section 2. La négociation, un outil à appréhender	105
§1. Les intérêts de l'outil de négociation	106
I. Une adaptation aux réalités opérationnelles de l'entreprise	107
II. L'acceptation collective du fonctionnement de la représentation du personnel.....	113
§2. Déterminer les dangers de l'outil.....	118
I. L'absence de maîtrise juridique	119
II. L'absence d'équilibre juridique.....	123
TITRE 2. La méthode de la négociation	126
Chapitre 1. La forme des négociations	128
Section 1. Les partenaires à la négociation	130
§1. Une hiérarchie dans les acteurs de la négociation	132
I. Le délégué syndical, compétence exclusive de négociation	133
A. Un interlocuteur exclusif	133
B. Un interlocuteur controversé.....	139
II. L'interlocuteur alternatif en l'absence de délégué syndical : le CSE	146
A. La légitimité du recours au CSE.....	147
B. Les difficultés pratiques de négociation	149
§2. Une multitude d'acteurs au service de la négociation	154
I. La négociation ouverte à toutes les entreprises	155
II. Des limites à la large ouverture de la négociation	163
Section 2. Le déroulé des négociations	170
§1. Le moment des négociations	171
I. Une phase en amont des élections.....	171
II. Une phase durant le mandat des représentants.....	176

§2. Les exigences juridiques sur le déroulé des négociations	178
I. Le fondement conventionnel, le recours à l'accord de méthode	179
II. Le fondement relationnel, les principes directeurs des négociations	183
Chapitre 2. Le fond des négociations	187
Section 1. Les intérêts des parties	189
§1. Les intérêts de négociation pour l'employeur	189
I. Des intérêts à négocier, principalement sur les attributions et le fonctionnement de l'instance.....	194
A. Les attributions et le fonctionnement du comité, un intérêt particulier pour l'employeur	194
B. Les moyens de l'instance, une volonté patronale plus mesurée	208
II. Anthologie des intérêts relevés par la pratique	212
§2. Les intérêts de négociation pour la partie salariale	221
I. Les recommandations syndicales, concentrées sur l'exercice des compétences	225
A. La structure, objectif d'une présence importante et adaptée de représentants.....	226
B. Les moyens propres aux élus.....	234
II. Anthologie des demandes relevées par la pratique	240
Section 2. La recherche de concessions réciproques par les parties	248
§1. La prise en compte des intérêts réciproques	249
I. Les intérêts réciproques immédiats, une pratique oubliée du législateur	249
II. Les concessions réciproques co-construites.....	254
§2. Les lignes directrices des négociations	262
I. Rendre la représentation du personnel efficiente	264
II. La réalisation préalable d'un audit de la représentation du personnel	271
PARTIE 2. L'ACCORD INSTITUTIONNEL NEGOCIE	277
TITRE 1. Approche de droit positif	278
Chapitre 1. La réalisation de l'accord institutionnel	281
Section 1. Le contenu de l'accord	281
§1. Un accord modulable	282
I. La réalisation d'un accord global.....	284
A. Le socle de l'instance de représentation du personnel	285
1. Le contenu de l'accord global.....	285
2. L'intérêt de l'accord global	288
a. Les avantages de l'accord global	288
b. Les limites de l'accord global.....	290
B. L'articulation de différentes méthodes de conclusion	291
II. La réalisation d'accords multiples	295

A. Une souplesse renforcée	295
B. Des contreparties plus restrictives	297
§2. Le contrôle du contenu de l'accord institutionnel	300
I. Un ordre public de la représentation du personnel	302
A. Notion d'ordre public de la représentation du personnel	303
B. Application pratique de l'ordre public de la représentation du personnel	311
II. La force de l'accord institutionnel	317
A. La légitimité de l'accord institutionnel	318
B. L'accord et les articulations légales inadaptées	324
Section 2. La conclusion de l'accord	331
§1. Une multitude de modalités de conclusion	333
I. Des accords aux modalités de conclusion classiques	334
A. Des accords adaptés au niveau de conclusion et au thème de négociation	334
B. La légitimité contemporaine du protocole d'accord préélectoral	344
1. Un accord maintenu au rôle diminué	344
2. Remise en cause du protocole d'accord préélectoral	347
II. Des accords particuliers	351
A. L'accord majoritaire sans possibilité de recourir au référendum	351
B. L'accord conclu entre l'employeur et le CSE	355
1. Le champ d'application de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE	355
2. Les modalités de conclusion de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE	358
a. Les modalités de conclusion dans le cadre de la négociation dérogatoire	358
b. Les modalités de conclusion dans le cadre de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE	360
§2. La contestation des accords	366
I. La contestation de droit commun de l'accord collectif	367
A. Fondement et procédure juridiques	367
B. Les parties intéressées	371
II. La compétence spéciale du contentieux des élections professionnelles	375
A. Fondement et procédure juridiques du contentieux relatif aux élections professionnelles	375
B. La compétence propre à la détermination de l'établissement distinct	376
Chapitre 2. La vie juridique de l'accord institutionnel	380
Section 1. L'équivalence des accords institutionnels	382
§1. La qualification juridique de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE	384
I. Des qualifications juridiques distinctes de l'accord collectif critiquables	385
A. L'accord atypique : une qualification inadaptée à l'accord conclu entre l'employeur et le CSE	385

B. L'accord de droit commun : une qualification insatisfaisante pour l'accord conclu entre l'employeur et le CSE	387
II. L'assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à l'accord collectif	389
A. La notion d'accord collectif	390
B. Extension de la notion d'accord collectif et droit du travail	396
§2. L'évolution des accords institutionnels	403
I. La révision de l'accord institutionnel	404
A. La révision par les délégués syndicaux	405
B. La révision par le comité social et économique	408
II. La dénonciation de l'accord institutionnel	411
A. La dénonciation par les délégués syndicaux	411
B. La dénonciation par le comité social et économique	413
Section 2. L'autonomie des accords institutionnels	418
§1. L'articulation entre l'accord institutionnel et le cycle électoral	421
I. L'articulation entre négociation pré-électorale et cycle électoral	423
A. Une négociation rythmée par le cycle électoral	423
1. La récurrence de l'obligation de négocier	423
a. Une obligation de négocier limitée	423
b. Une obligation de négocier avant chaque cycle électoral	430
α. L'intérêt de la renégociation	430
β. Renégociation et opportunité juridique	435
2. La volonté de renégocier des nouveaux élus	442
a. Une déconnexion entre accord institutionnel et cycle électoral	443
b. Une incitation à la négociation perpétuelle	444
B. L'échelonnement des mandats dans le temps et l'accord de mise en place	447
1. La conclusion d'un accord de mise en place au niveau de l'entreprise au début du cycle	447
2. La modification du nombre d'établissements en début de cycle	451
II. L'évolution de l'accord institutionnel en cours de cycle	459
A. La mise en place, figée pour un cycle	460
1. Une évolution difficile en cours de cycle	460
2. La nécessité de contrer l'application du droit commun de l'accord collectif	467
B. Le fonctionnement et les attributions, reconfigurables en cours de cycle	471
1. Une évolution acceptable en cours de cycle	472
2. Des difficultés pratiques limitées	473
§2. Les conséquences du transfert d'entreprise sur l'accord institutionnel	475
I. Des conséquences juridiques incompatibles	477
A. Le sort des accords et des institutions représentatives du personnel	477

1. Le sort des institutions représentatives du personnel.....	478
2. Le sort des accords	480
B. Le constat d’une incompatibilité	485
1. La difficile coexistence simultanée de deux accords institutionnels distincts	485
2. Unicité de l’instance et de l’accord institutionnel d’origine, un lien indéfectible	487
II. La caducité des accords institutionnels	490
A. Un recours à la caducité exceptionnel en droit du travail	490
B. Une application multiple sur l’accord institutionnel	493
1. Limites au recours à la caducité.....	494
2. Caducité et configuration d’accueil.....	496
TITRE 2. Approche de droit prospectif	501
Chapitre 1. Un régime juridique spécial, commun aux accords institutionnels	504
Section 1. Les modalités de conclusion, une alternative maintenue mais aménagée	504
I. L’accord conclu avec les délégués syndicaux, une ouverture souhaitée à l’accord de groupe et au référendum	506
II. L’accord conclu entre l’employeur et le CSE, un aménagement des modalités de conclusion, de révision et de dénonciation	510
Section 2. Les rapports entre accords	518
I. L’équivalence entre les accords : des accords alternatifs et substituables.....	519
II. Les problématiques du transfert d’entreprise : le recours à la caducité légale	520
Chapitre 2. Des régimes spécifiques pour l’accord institutionnel de mise en place et l’accord institutionnel d’organisation	522
Section 1. L’accord institutionnel de mise en place, un pré-protocole d’accord préélectoral	522
I. Chronologie et contenu : une négociation préalable aux élections et un contenu enrichi.....	523
II. Périodicité et évolution : une durée incompressible associée au cycle électoral	526
Section II. L’accord institutionnel d’organisation, un accord moins encadré	531
I. Une périodicité laissée à la libre détermination des parties	532
II. De légères spécificités techniques à appréhender par les partenaires sociaux	534
Conclusion	536
Bibliographie	541
Table des matières	599
Index.....	605

Index

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accord atypique : 435 et s.

Accord conclu entre l'employeur et le CSE :

- assimilation à un accord collectif : V. assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à un accord collectif
- conclusion : 397 et s., 606
- contestation : 412
- dénonciation : 481 et s., 609
- majorité en nombre : 398
- modalités de conclusion : 399
- nature juridique : 430 et s.
- négociation : V. négociation avec le CSE
- notion : 369
- révision : 468 et s., 607, 608
- rôle des suppléants dans la conclusion : 400 et s.
- thème : 394

Accord de branche : 376

Accord de droit commun entre l'employeur et le CSE personne civile : 437 et s.

Accord d'entreprise :

- conclusion : 368
- contestation : 406 et s.
- dénonciation : 476 et s.
- dérogoire : 370, 371, 372, 396, 442
- référendum : 387 et s.
- révision : 464 et s.

Accord de groupe : 374, 375, 600

Accord de méthode :

- contenu : 193
- intérêt : 194, 195
- notion : 192

Accord institutionnel :

- accord global : 306 et s.
- accords multiples : 321 et s.
- conséquence d'un transfert d'entreprise sur l'accord : 571 et s.
- contestation : 405 et s.
- instabilité : 517 et s.
- intérêt de conclure : 117 et s.
- légitimité des accords collectif et ordre public : 349 et s.
- lignes directrices des négociations : 277 et s.
- modulable : 300 et s.
- multiplicité des modes de conclusion : 316 et s., 598 et s., 611 et s.
- négociateurs : 144, 168 et s.
- notion : 40, 295
- obligation de négocier : 492 et s.
- référendum : 387 et s., 602

Accord institutionnel de mise en place :

- accords multiples : 324
- caducité : 508
- échelonnement des mandats : 521 et s., 625
- effets de l'accord limités au scrutin : 552, 553

- évolution de l'accord : 542 et s., 623, 624
- niveau de conclusion de l'accord : 522
- obligation de négocier : 494 et s., 619
- obligation de renégocier : 502 et s.
- régime spécifique : 509, 510, 554
- temporalité : 185 et s., 618, 623, 624

Accord institutionnel sur le fonctionnement et les attributions :

- accords multiples : 324
- évolution en cours de cycle électoral : 556 et s., 629
- obligation de négocier : 500
- temporalité : 188 et s., 627, 628

Assimilation de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE à un accord collectif :

- accord atypique : 435, 436
- accord de droit commun entre l'employeur et le CSE personne civile : 437, 438
- connexité avec la protection sociale complémentaire : 450 et s.
- connexité avec l'épargne salariale : 455 et s.
- définition doctrinale d'accord collectif : 444

- définition légale d'accord collectif : 440
- négociation dérogatoire de droit commun : 441, 442

C

Caducité :

- accord de mise en place : 508
- définition : 583
- difficulté d'application à l'accord institutionnel : 586, 587
- droit prospectif : 614, 615
- recours en droit du travail : 584

Champ de la négociation :

- contrainte de l'ordre public : 95 et s., 104
- contrainte du législateur : 101 et s.
- localisation : 88, 90 et s.

Comité social et économique :

- conséquence d'un transfert d'entreprise : 569 et s.
- renforcement de la négociation : 80
- unification : 15, 79, 81

Concessions réciproques :

- absence d'intérêts réciproques immédiats : 264, 265
- accord global : 312 et s.
- accords multiples : 326 et s.
- co-construction : 268 et s.
- formations : 274
- incitation aux intérêts réciproques immédiats : 266, 267
- notion : 19, 202, 262
- thèmes : 276
- valeurs partagés : 275

Contestation d'un accord institutionnel :

- accord conclu entre l'employeur et le CSE : 412
- élections professionnelles et accord institutionnel : 418 et s.
- modulation de l'annulation : 410
- parties intéressées : 413 et s.
- prescription : 407, 408, 409
- tribunal compétent : 407

Cycle électoral :

- conséquence sur les mandats : 524
- déconnexion avec l'accord institutionnel : 514 et s.

- définition : 489
- enjeu : 427
- évolution de l'accord de mise en place : 542 et s.
- évolution de l'accord sur le fonctionnement et les attributions : 556 et s.

D

Danger de l'outil de négociation :

- conflit : 134
- déséquilibre juridique : 135
- impréparation : 133
- irrégularité : 132

Délégué syndical :

- controverses sur la négociation institutionnelle : 155, 156, 157, 158
- désignation : 148
- exclusivité de la négociation : 145, 147 et s.
- expérience : 153, 154
- pouvoir légal de négociation : 148

Dénonciation :

- accord d'entreprise : 476 et s.

- accord conclu entre l'employeur et le CSE : 481 et s., 609
- notion : 475

Dispositions supplétives :

- contenu : 59, 60
- notion : 58
- par objet facultatif : 107 et s.
- par objet obligatoire : 112 et s.

E

Efficience : 122, 123, 205, 279 et s., 287

Etablissement distinct :

- enjeu de négociation : 218
- liberté conventionnelle : 343 et s.
- négociation obligatoire : 494 et s.
- perte de la qualité d'établissement distinct : 511, 535 et s., 547

H

Hiéarchie des normes : 26

I

Intérêt de négociier :

- absence d'intérêt : 62 et s.
- audit : 84, 284 et s.
- conservatisme institutionnel : 83
- généralités : 48 et s., 117

Intérêt de négociier pour l'employeur :

- articulation CSE d'établissements et centraux : 232
- attributions : 203
- avis : 217, 230
- BDES : 215, 231
- budgets : 223
- économies : 206
- efficience : 205
- établissements distincts : 218, 234
- expertises : 216, 233
- informations et consultations : 209 et s., 226 et s.
- moyens : 203
- nombres d'élus et d'heures de délégation : 220
- représentants de proximité : 222
- suppléants : 221

Intérêt de négociier pour la partie salariale :

- attributions : 239
- budgets : 250, 258
- commission santé, sécurité et conditions de travail : 243, 255
- commissions : 244, 255
- établissements distincts : 242
- expertises : 251, 269
- formations : 260
- moyens : 237, 247
- nombres d'élus : 248
- nombres d'heures de délégation : 249, 254, 256
- représentants de proximité : 245
- suppléants : 246, 257

L

Légitimité : 28, 349, 363, 398, 519

Loyauté : 191, 198, 199

M

Mise en cause :

- application à l'accord institutionnel : 573 et s.

- définition : 572
- incompatibilité avec l'accord institutionnel : 577 et s.
- unicité instance et accord institutionnel d'origine : 578 et s.

- histoire : 20 et s.
- notion : 17, 18
- objet : 29
- principes directeurs : 197, 198, 199

N

Négociation avec le CSE :

- constitutionnalité : 150, 151, 393
- délégation : 164, 165
- difficultés : 176 et s.
- distinction avec la négociation dérogatoire de droit commun : 160
- indépendance : 181
- justification politique : 169 et s.
- légitimité : 159, 398
- négociateurs : 162 et s.
- projet unilatéral de l'employeur : 166
- relation avec les délégués syndicaux : 179
- représentants de proximité : 355
- thèmes : 394

Négociation collective :

- accord de méthode : 192 et s.
- dérogatoire : 25, 150, 160, 168, 173, 370, 371, 372, 396, 442
- espaces de liberté : 201

O

Obligation de négocier :

- caducité : 508
- droit spécial : 509, 510
- enjeu : 495
- obligation jurisprudentielle : 498, 499
- obligation de renégocier : 502 et s.
- périodicité : 502 et s.

Ordre public :

- constitution : 338
- contrôle du contenu des accords : 331 et s.
- établissements distincts : 343 et s.
- interprétation : 98, 99
- jurisprudence : 340
- légitimité des accords collectif et ordre public : 350 et s.
- notion : 53, 54
- ordre public de la représentation du personnel : 335 et s.
- ordre public explicite : 95, 332, 337
- ordre public social : 56, 96, 97

- polysémie : 95
- union européenne : 339

P

Participation (principe de) : 149, 150

PME : 169, 171, 172

Protocole d'accord préélectoral :

- absence de support supplétif : 384
- compétence : 379, 381
- conclusion : 380
- droit prospectif : 620, 621, 622
- légitimité contestable : 383

R

Réalités de l'entreprise : 16, 118 et s.

Représentants de proximité :

- enjeu de négociation : 222
- moment de négociation : 354, 356 et s.
- partie à la négociation : 354, 355

Représentation du personnel :

- historique : 6 et s.

- négociabilité : 33 et s.
- notion : 4
- supplétive : 51, 52, 62 et s.

Révision :

- accord d'entreprise : 464 et s.
- accord conclu entre l'employeur et le CSE : 468 et s., 607, 608
- notion : 462

T

Transfert d'entreprise :

- caducité : 581 et s., 614, 615
- conséquences sur l'instance : 569 et s.
- définition : 564, 565
- droits individuels pour les salariés : 575
- enjeu : 426, 566
- mise en cause : 571 et s., 577
- unicité entre instance et accord institutionnel d'origine : 578 et s.

Triptyque : 27, 51, 52, 88, 93, 103, 110

Résumé : La structuration du comité social et économique par la négociation

Droit et pratique de la négociation institutionnelle

Les ordonnances « Macron » de 2017 ont permis la rencontre de la négociation collective avec la représentation du personnel. Jamais les partenaires sociaux n'avaient eu une telle possibilité d'adapter celle-ci. Cette révolution s'accompagne toutefois de nombreuses interrogations. L'intérêt de négocier sur l'instance de représentation du personnel doit être relevé. La méthodologie des négociations doit être analysée, compte tenu de l'objet nouveau et de l'apparition de nouvelles modalités de négociation. Aussi, le régime juridique de « l'accord institutionnel », portant sur la représentation du personnel, pose de nombreuses interrogations dans le silence des textes. La négociation collective et le comité social et économique obéissent à certains principes forts : la compatibilité entre ceux-ci s'avère délicate à appréhender.

Face à ces interrogations, l'étude des dispositions légales et des premiers accords institutionnels permet de dessiner le contour des premières structurations des comités sociaux et économiques. Le silence des textes sur le régime juridique de l'accord institutionnel nécessite de s'interroger entre droit commun et droit spécial sur les conséquences de ces accords en termes d'équivalence entre les modes de conclusion et d'autonomie vis-à-vis de principes importants que sont le cycle électoral et le transfert d'entreprise. Un régime juridique autonome sera dessiné, mêlant droit positif et propositions prospectives, afin de faire de l'accord institutionnel un objet juridique reconnu et efficient pour l'instance de représentation du personnel.

Descripteurs : Comité social et économique, représentation du personnel, négociation collective, accord collectif, accord conclu entre l'employeur et le comité social et économique, accord institutionnel, élections professionnelles cycle électoral

Title and Abstract: The structuring of the social and economic committee through negotiations

Law and practice of institutional negotiation

The "Macron" ordinances of 2017 allowed collective bargaining to meet with employee representation. Never before have the social partners had such an opportunity to adapt it. However, this revolution is accompanied by many questions. The interest of negotiating on the staff representation body must be noted. The methodology of the negotiations must be analyzed, taking into account the new object and the appearance of new methods of negotiation. Also, the legal regime of the "institutional agreement", concerning the staff representation, raises many questions in the silence of the texts. Collective bargaining and the social and economic committee obey certain strong principles: the compatibility between them proves to be delicate to grasp.

Faced with these questions, a study of the legal provisions and the first institutional agreements allows us to outline the first structures of the social and economic committees. The silence of the texts on the legal regime of the institutional agreement makes it necessary to question, between common law and special law, the consequences of these agreements in terms of equivalence between the modes of conclusion and autonomy with regard to important principles such as the electoral cycle and the transfer of undertaking. An autonomous legal system will be drawn, mixing positive law and prospective proposals, in order to make the institutional agreement a recognized and efficient legal object for the staff representation body.

Keywords: Social and Economic Committee, staff representation, collective bargaining, collective agreement, agreement between the employer and the social and economic committee, institutional agreement, professional elections electoral cycle

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.