

## LES RÉFORMES DE LA REPRÉSENTATION DU PERSONNEL : ESQUISSES OU ŒUVRES ACHEVÉES ?

# Les représentations du personnel : accentuation des autonomies subordonnées (? ou !)

par Daniel BOULMIER, Maître de conférences,  
Université de Lorraine

### PLAN

#### I. La subordination dans le processus électoral

- A. La mise en place ou  
le renouvellement des  
institutions élues
- B. La désignation des  
représentants syndicaux

#### II. La subordination dans les prérogatives

- A. La subordination  
« hiérarchique » du CE  
aux syndicats
- B. La subordination limitée  
du syndicat au CE

**Il y a deux ans, intervenant sur « le juge des référés » lors du colloque *Les acteurs de la santé et de la sécurité au travail : rôles d'aujourd'hui et de demain*, nous avons commencé à pointer des interactions pouvant générer des conflits de compétences entre institutions représentatives du personnel (1). L'intervention d'aujourd'hui nous amène à poursuivre cette réflexion plus largement en ce qu'elle concerne, non plus une procédure (le référé) pour un objet (la santé et la sécurité), mais l'autonomie des différents acteurs constituant la représentation du personnel dans l'entreprise. Nous porterons essentiellement attention à deux acteurs principaux, le syndicat et le comité d'entreprise, sans toutefois pouvoir traiter, dans la présente communication, de toutes les interactions les concernant (2).**

### Introduction

Le système de représentation dans l'entreprise est un système au double canal (3) et aux multiples instances de représentation, double canal en ce que, pour faire très schématique, l'un est élu, l'autre est désigné. La loi du 20 août 2008 n'a pas profondément modifié ces deux grandes caractéristiques, cependant, c'est dans les détails que les évolutions apparaissent. En effet, le double canal de représentation existe toujours, mais là où l'autonomie était nette, elle devient subordonnée, avec une plus ou moins grande intensité. Toutefois, il faut tempérer cette dernière affirmation, car le volet démocratie sociale de la loi du 5 mars 2014 vient à nouveau de faire bouger les lignes (4).

Ce regard sur l'« autonomie subordonnée » sera appréhendé du point de vue de la mise en œuvre et de la coexistence des institutions (I) et du point de vue des interactions légales, dans leur fonctionnement (II) (5).

(1) D. Boulmier, « Le référé sur la santé/sécurité : l'espoir de demain » (colloque de l'Institut du Travail de Bordeaux, 16 mars 2012), Dr. Ouvrier 2012, p. 590.

(2) Ainsi ne sera pas abordée la question de l'action en justice, action largement ouverte aux syndicats et trop restrictivement admise pour le comité d'entreprise. Pour une synthèse sur cette question, v. D. Boulmier, « Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction, à la fusion (?) », JSL 2011, 1<sup>ère</sup> partie, n° 309, p. 4, spéc. I B, p. 5.

(3) Sur cette expression, S. Juliot, Les turbulences au sein du double canal de représentation du personnel, in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, dir. S. Laulom, Publication de l'Université de Saint-Etienne, coll. « droit », 2005, 330 p., pp. 163 et s. Expression employée également par P. Lokiec, *Droit du travail*, Tome II, *Les relations collectives*, Puf coll. « Thémis » droit, 2011, 460 p., pp. 13 et s.

(4) Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, JO du 6 mars 2014, p. 4848.

(5) Nous n'aborderons pas, dans cette communication, la question des subordinations résultant de l'ingérence illicite du syndicat et sanctionnée par le juge ; sur cette question, v. D. Boulmier, « Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction, à la fusion (?) », 2<sup>ème</sup> partie, JSL, n° 310, 30 nov. 2011, p. 4, spéc. III, p. 5.

# I. La subordination dans le processus électoral

## A. La mise en place ou le renouvellement des institutions élues

### 1. Avant la loi du 20 août 2008 : syndicats représentatifs de droit, IRP dépendantes, salariés contraints

Avant la loi du 20 août 2008, le double canal était constitué, d'une part, d'un système de mandatement de représentants par le jeu d'élections directes par les salariés et, d'autre part, d'un système de représentation syndicale, en très grande partie décidée en dehors du collectif des salariés (6).

L'élection directe dans l'entreprise concerne deux institutions, les délégués du personnel et le comité d'entreprise. Depuis la loi quinquennale de 1993 (7), l'élection concerne également la délégation unique du personnel dans les entreprises de moins de 200 salariés (8), délégation consistant à investir les délégués du personnel des missions du comité d'entreprise et décidée à l'initiative unilatérale de l'employeur (9).

La représentation syndicale était, en très grande partie, de droit, en ce que la liste des cinq organisations syndicales représentatives au niveau national résultait d'une décision du Premier ministre et du ministre des Affaires sociales du 31 mars 1966 (10) ; ces organisations étaient représentatives pour discuter et négocier les conventions collectives de travail. En 1982, il est posé le principe d'une représentativité irréfragable par affiliation : « *Tout syndicat affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan*

*national est considéré comme représentatif dans l'entreprise* » (11), sans que les salariés, ès qualités, aient donc leur mot à dire ; seuls les membres de ces organisations (salariés ou non) ont, en principe, possibilité d'intervenir. Nous n'oublions pas que la représentativité syndicale pouvait également être prouvée à partir des 5 critères de l'article L.133-22 du Code du travail ancien (12) ; cette représentativité prouvée n'était pas sans poser de difficultés et se trouvait sérieusement freinée par les nombreux contentieux qui la contestaient et par les risques de représailles à l'égard des adhérents dont les noms étaient dévoilés à l'employeur, risques qu'il était difficile de prouver (13).

Alors que, dans son fonctionnement, chaque institution représentative, élue ou décidée/désignée, apparaît comme autonome, la composition des institutions élues était déjà, avant 2008, subordonnée, dans un premier temps, à la présence et aux décisions d'organisations syndicales représentatives.

En effet, le choix premier offert aux salariés, lors des élections directes, n'était qu'un choix restreint/contraint, puisque, dès la Libération, outre que la mise en œuvre du processus électoral a été confié aux organisations syndicales représentatives, les candidatures du premier tour devaient, pour être recevables, être présentées sous l'étiquette d'un syndicat représentatif. Certes, l'adhésion syndicale d'un candidat n'est pas une condition pour une candidature du premier tour (14), mais le patronage syndical est, lui, impératif ;

(6) Seul le collectif des salariés adhérents peut, plus ou moins, selon l'intensité des démocraties syndicales, peser sur les choix de représentation syndicale de l'entreprise ou de l'établissement.

(7) Loi n°93-328 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JO 21 déc. 1993, p. 17769 et rect., JO 2 fév. 1994, p. 1807, JO 26 juil. 1994, p. 10751.

(8) C. trav., art. L.431-1-1, devenu art. L.2326-1. C. Durieux, C. Margirier, M. Rocca, « La réforme des institutions représentatives du personnel », Travail et emploi n°73, p.69 ; J.-M. Amadieux et N. Mercier, « La délégation unique du personnel, une chance pour notre système de représentation ? », Travail et emploi n°73, p.87 ; P. Rennes, « La représentation et l'intervention des salariés entravées par la loi quinquennale », Dr. Ouvrier 1995, p.1 ; M. Del Sol, « La délégation unique du personnel : portée d'une réforme », Dr. Soc., 1995, p.163.

(9) Cette initiative unilatérale a été jugée conforme à la Constitution, comme ne méconnaissant pas les dispositions du huitième alinéa 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* ») : Décision n°93-328 DC du 16 déc. 1993, JO 21 déc. 1993 p. 17814 et rect., JO 12 mars 1994, p.3965.

(10) Arrêté 31 mars 1966, JO 2 avr. 1966, p.2675, D. 1966, p.207. Cet arrêté complète une décision du 8 avr. 1948.

(11) C. trav., art. L.412-4, L. 423-2 et L. 433-2, issus de la loi n°82-915 du 28 oct. 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JO du 29 oct., p.3255.

(12) Les 5 critères étant : les effectifs ; l'indépendance ; les cotisations ; l'expérience et l'ancienneté du syndicat ; l'attitude patriotique pendant l'Occupation. La jurisprudence s'attachait alors à constater l'indépendance et à caractériser l'influence du syndicat (Cass. Soc. 3 déc. 2002, n°01-60729, Bull. civ. V n°364, Dr. Ouvrier 2003, p.133 n. S. Michel ; Cass. Soc. 3 oct. 2007, n°06-60226, Bull. civ. V n°150). Article devenu art. L.2121-1 record.

(13) Cass. Soc. 12 janv. 1993, n°92-60244 ; Cass. Soc. 4 mai 1993, n°92-60301.

(14) Cass. Soc., 28 mars 2012, n°11-61.180, Bull. civ. V, n°112, JCP S 2012, 1274, n. T. Lahalle ; Dr. Soc., 2012, p.532, obs. F. Petit.

c'est le monopole de présentation des seuls syndicats représentatifs, du moins au premier tour (15). Les salariés, appelés à voter, étaient donc face à un choix de candidats qui dépendait de la présence ou non des syndicats représentatifs, ainsi que de la capacité de ces syndicats à fédérer des salariés sous leur étiquette. Toutefois, ces candidatures du premier tour ne pouvaient être transformées en mandat que si le quorum (16) était atteint (17). À défaut de ce quorum, ou à défaut de candidatures syndicales, le premier tour ne pouvait être validé et tout salarié pouvait alors librement poser sa candidature au second tour.

## 2. Depuis la loi du 20 août 2008 : syndicats représentatifs sélectionnés, IRP dépendantes, salariés moins contraints

Depuis la loi du 20 août 2008, la dualité représentative est maintenue. Toutefois, les modalités des élections ont notablement été modifiées concernant la présentation des listes de candidature au premier tour. Si le monopole de présentation syndicale des candidatures au premier tour est maintenu, il n'est plus réservé aux seuls syndicats représentatifs et est désormais ouvert à tout syndicat répondant, pour le moins, aux critères réduits de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et d'ancienneté de deux ans, et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné (18).

Le choix offert aux salariés aux élections directes est alors un choix, toujours restreint/contraint, mais néanmoins potentiellement plus souple qu'auparavant ; dès lors que la condition de représentativité n'est plus exigée pour la présentation des candidatures du

premier tour, les salariés peuvent créer des syndicats de leur choix et ainsi être davantage acteurs de leur offre syndicale électorale au niveau de l'entreprise ou de l'établissement (19), à condition d'avoir une anticipation d'au moins deux années sur la date de renouvellement de l'institution.

Néanmoins, malgré cette ouverture électorale du premier tour aux syndicats non représentatifs, la mise en place des IRP élues reste donc, après la loi du 20 août, dans une situation de dépendance syndicale, certes avec une libéralisation potentielle de l'offre, mais de dépendance syndicale tout de même.

Sauf en cas de faiblesse syndicale (20), le plus souvent ce n'est donc que par une stratégie concertée des salariés pour l'abstention, ou un vote blanc ou nul, que leur accession au second tour est librement possible (21).

Point important, depuis la loi du 20 août 2008, l'élection a, dans l'entreprise un double objectif : désigner les candidats élus selon les règles applicables antérieurement à la loi ; qualifier les syndicats qui peuvent accéder à la représentativité en fonction de leur audience (22) sur la base des résultats du scrutin de référence du premier tour (23). On sait que le seuil d'audience est mesuré quel que soit le nombre de votants ; on peut donc dire que le dispositif ne place pas les salariés vraiment au cœur de cette détermination, puisqu'insensible au nombre de votants, et qu'un seul syndicat obtenant une voix est représentatif à 100%. Aussi, on ne peut affirmer que le syndicat, pour sa représentativité, est fortement subordonné à l'élection. Il est peut-être préférable de dire que le

(15) Pour un auteur, l'ordonnance initiale du 22 févr. 1945, en donnant aux organisations syndicales les plus représentatives un monopole de candidature, conduisait à « placer [les salariés] sous tutelle » (J.-P. Le Crom, Une révolution par la loi ? L'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprises, in *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, Les éditions de l'atelier, coll. « Points d'appui », 1998, 287 p., dir. J.-P. Le Crom, p.165, spéc., p.171) ; mais n'est-ce pas plutôt les futurs élus sur liste syndicale qui sont ainsi sous tutelle, les salariés étant plus exactement entravés dans l'exercice de leur choix électoral ?

(16) Le quorum correspond à un nombre de votants au moins égal à la moitié des électeurs inscrits et est apprécié pour chacun des scrutins. Le nombre de votants s'entend du nombre de suffrages exprimés, ce qui exclut les bulletins blancs ou nuls.

(17) Ce qui explique pourquoi les syndicats revendiquaient la prise en compte des bulletins blancs pour le calcul du quorum, revendication écartée par le juge : Cass. AP, 2 déc. 1977, n°77-60.407, Bull. AP, n°7 ; Cass. AP, 20 juil. 1979, n°79-60.024, Bull. AP n°5 ; Cass. AP 3 juin 1983, n°82-60.245 Bull. AP n°5.

(18) En conséquence, sont également concernées, puisque répondant à ces critères réduits, les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise

ou l'établissement, les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ; sont également concernés les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (C. trav., art. L.2314-3 (DP) et L.2324-4 (CE).

(19) Faute de vouloir s'inscrire dans une démarche syndicale, le collectif peut toujours influencer sur le quorum.

(20) Carence de syndicats au premier tour ou insuffisance de candidats au premier tour par rapport au nombre de postes à pourvoir.

(21) Ou par pression de l'employeur ; si la preuve peut en être rapportée, le scrutin sera annulé (Cass. Soc., 25 févr. 1992, n°91-60.140 ; Cass. Soc., 14 janv. 2004, n°01-60.788, Bull. civ. V, n°12).

(22) Les autres critères de l'article L.2121-1 doivent alors être tous respectés.

(23) Ce seuil d'audience ayant alors des effets multiples, puisqu'au-delà de la représentativité d'entreprise, c'est la représentativité au niveau des branches et au niveau national qui en est tirée ; il est, en plus, venu s'y ajouter, plus récemment, un autre raton-laveur qu'est la désignation des conseillers prud'hommes (v. D. Boulmier, La loi du 20 août 2008 et la représentativité... arithmétique étrange et autres singularités ; JCP S 2014, 1209).

syndicat qui veut être représentatif doit en passer par sa participation aux élections et être au moins présent dans le scrutin de référence pour la détermination de la représentativité ; son sort sera d'autant plus incertain qu'il y aura un nombre important de listes syndicales en course (avec un seuil d'audience de 10%, ce qui est tout de même faible, y a-t-il vraiment difficulté ?), ce qui n'est pas légion dans les PME. Si le collectif souhaite opérer la stratégie du second tour à candidatures libre, cette stratégie n'a aucun effet pour la détermination de la représentativité, puisqu'elle est nécessairement déterminée au premier tour, quel que soit le nombre de votants (24), sauf hypothèse improbable dans laquelle il y aurait au moins une liste, mais aucun suffrage exprimé.

Là où il y avait autonomie du syndicat représentatif de droit, au regard de l'élection, on a donc évolué, pour tout syndicat intéressé à la représentativité, vers une obligation de participation à l'élection, mais sans véritable subordination à celle-ci, du fait du quasi-défaut d'obstacle à la mesure de la représentativité.

## **B. La désignation des représentants syndicaux**

### **1. Avant la loi du 20 août 2008 : syndicats de droit et représentants désignés sans contrainte**

Avant la loi du 20 août 2008, tous les syndicats représentatifs (et eux seuls) pouvaient désigner librement leurs représentants, que ce soit le délégué syndical ou le représentant syndical au CE.

Délégué syndical – Le syndicat représentatif était libre de désigner comme délégué syndical le salarié de son choix, dès lors qu'il répondait aux critères de désignation, à savoir être âgé de 18 ans révolus, travailler dans l'entreprise depuis au moins un an et être en pleine possession de ses droits civiques (25). Le mandat était alors sans limitation de durée et prenait fin soit à l'initiative du syndicat désignataire, soit à l'initiative du salarié lui-même.

Représentant syndical au comité d'entreprise – Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, tout syndicat représentatif désignait librement son représentant syndical au comité d'entreprise, parmi les salariés de l'entreprise qui remplissaient les conditions d'éligibilité au comité d'entreprise (26). Dans les entreprises de moins de 300 salariés, la désignation était contrainte en ce que ce représentant syndical au comité d'entreprise ne pouvait être que le délégué syndical (27). Le mandat était également sans limitation de durée, la fin du mandat dépendant également du syndicat désignataire ou du salarié.

Pour procéder à ces désignations, le syndicat devait être représentatif, sans que, nécessairement, il entre dans le jeu des élections professionnelles ; le syndicat représentatif de droit n'avait même pas à prouver la présence d'adhérents pour établir une section syndicale (28), la section syndicale étant pourtant au fondement de ces désignations.

Le syndicat représentatif de droit avait alors une pleine autonomie de désignation de ses représentants, tant auprès de l'employeur que de l'institution élue ; il n'était donc nullement subordonné à quoi que ce soit, si ce n'était, bien sûr, à la nécessaire reconnaissance de représentativité du syndicat auquel il était affilié ; cela était plus compliqué pour le syndicat qui devait faire la preuve de sa représentativité, car alors il devait en passer par la preuve selon des critères de représentativité alors applicables (29).

### **2. Depuis la loi du 20 août 2008 : syndicats représentatifs sélectionnés et représentants désignés sous condition électorale... en principe**

Du côté des désignations syndicales, les lignes ont bougé suite à la loi du 20 août 2008, mais il semble bien qu'elles aient opéré un retour à la case départ, ou presque, par la loi récente traitant de la démocratie sociale. Nous rappellerons les règles issues de la loi de 2008, pour préciser en complément les modifications de 2014.

(24) Il faudrait qu'il n'y ait aucun suffrage exprimé pour que la représentativité ne puisse être mesurée ; il est peu probable que, pour le moins, les candidats eux-mêmes ne participent pas au vote et que leur vote soit blanc ou nul.

(25) C. trav. art.L. 2143-1.

(26) C. trav., art. L.2324-2.

(27) C. trav. art. L.2343-22. Ceci avait pour effet d'interdire au délégué syndical d'être élu au comité d'entreprise, il n'était pas possible de cumuler une fonction élective et une fonction représentative au sein du comité d'entreprise (Cass. Soc., 26 mai 1977, n°76-60.278, Bull. civ. V, n°360 ; Cass. Soc., 17 juil. 1990, n°89-60.729, Bull. civ. V n° 374). Voir toutefois, pour un tel cumul possible au sein du CHSCT, Cass. Soc., 29 avr. 2009, n°08-60.480.

(28) Il avait, en effet, été jugé que, lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui emploie au moins 50 salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation (Cass. Soc. 27 mai 1997, n°96-60239, Bull. civ. V, n°194, Dr. Ouvrier 1997, p. 263 n. P. Rennes). La même solution avait été retenue pour la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise (Cass. Soc., 17 mars 1998, n°96-60.396, Bull. civ. V, n°157).

(29) C. trav., art. L.2121-1 anc. v. obs. *supra* note 12.

Délégué syndical – La loi du 20 août 2008 impose que le délégué syndical soit choisi parmi les candidats, à l'une quelconque des élections, qui ont recueilli 10% des suffrages exprimés dans leur collège sur leur nom (30). Il s'agit ici d'un score personnel (31), qui habilite à recevoir mandat de représentation par un syndicat représentatif, quel qu'il soit, peu important que le candidat présenté sous une étiquette soit désigné par un syndicat d'une autre étiquette (32).

Des conditions subsidiaires sont prévues lorsqu'il ne reste plus aucun candidat ayant recueilli ce score personnel ; une organisation syndicale représentative peut alors désigner un délégué syndical parmi les autres candidats, peu importe l'étiquette sous laquelle il a été présenté ou, à défaut, parmi ses adhérents et uniquement les siens (33).

Selon ces dispositions, il faut qu'à l'issue des élections, il y ait un ou plusieurs candidats ayant obtenu un score personnel d'au moins 10%. Le syndicat apparaît donc ici, pour sa représentation auprès de l'employeur et pour son engagement à l'égard des salariés, subordonné aux élections, puisque ces élections ont une fonction de qualification des délégués syndicaux potentiels.

Inévitablement, de telles dispositions ont rapidement mis en lumière une difficulté lorsqu'un syndicat devenait représentatif à l'issue des élections, mais qu'aucun de ses candidats, dans l'une quelconque des élections, n'avait obtenu un score personnel d'au moins 10% ; si l'on s'en tenait au texte applicable, (et pourquoi ne s'y serait-on pas tenu ?), dès lors qu'il y avait d'autres candidats ayant recueilli un score personnel sur d'autres listes, le délégué syndical devait être choisi en priorité parmi eux, sauf à ne pas désigner de délégué syndical. Ces dispositions faisaient que le

délégué syndical était davantage subordonné au choix des salariés électeurs qu'au choix du syndicat.

Or, la Cour de cassation, confrontée à de telles circonstances, a décidé de malmenier le texte au bénéfice des syndicats représentatifs, contre la volonté des salariés. En effet, elle a décidé « *que l'obligation de choisir ce délégué en priorité parmi les candidats qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles n'a pas pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer d'un représentant, dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignation* » (34). En fait, la jurisprudence de la Cour de cassation rend facultative la condition de score personnel, là où le législateur voulait l'imposer ; le législateur subordonnait la désignation d'un délégué syndical à une certaine notoriété électorale, la Cour de cassation rend caduque cette exigence.

Mais le législateur de 2014 vient d'emboîter le pas à la Cour de cassation en « codifiant » les arrêts du 27 février 2013, pour permettre, désormais, aux syndicats représentatifs de désigner leur délégué syndical, même si aucun de leurs candidats n'a obtenu au moins 10% de suffrages exprimés au premier tour des élections (35) ; à quoi bon, alors, conserver cette condition de désignation sur la base d'un score personnel, puisqu'à défaut, on peut faire autrement (36) ? La subordination du délégué syndical à une présélection par les salariés a donc vécu. La seule obligation reste, cependant, d'avoir présenté au moins un candidat à l'une des élections.

Le nouveau dispositif version 2014 est donc très étrange, en ce que le syndicat représentatif qui aurait un seul candidat ayant obtenu 10% des suffrages sur

(30) « *Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins 50 salariés, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, 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* », C. trav., art. L.2143-3, al. 1.

(31) Cass. Soc., 14 nov. 2013, n°12-29.984 P. Score qui s'apprécie donc sur le collège dans lequel la candidature a été présentée (Cass. Soc., 29 juin 2011, n°10-19.921, Bull. civ. V, n°179 ; JCP S 2011, 1376, n. L. Dauxerre, D. 2012, p.2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. Soc. 2011, p.1241, n. F. Petit). Il a été précisé que l'article L.2143-3 du Code du travail n'opère aucune priorité entre les scrutins pour le choix du délégué syndical, Cass. Soc., 28 sept. 2011, n°11-10.601, Bull. civ. V, n°211. Il n'est pas davantage exigé que le scrutin concerné coïncide avec le périmètre d'appréciation de la représentativité, Cass. Soc., 28 nov. 2012, n°12-13.628, Bull. civ. V, n°30. Ce qui laisse une souplesse !

(32) Cass. Soc., 28 sept. 2011, n°10-26.762, Bull. civ. V, n°212, S. S. Lamy n°1510, 24 oct. 2011, p.11, n. D. Boulmier ; Dr. Soc. 2011, p.1241, n. F. Petit ; RDT 2011, p.713, obs. M. Grévy ; RDT 2011, p.716, obs. I. Odoul-Asorey. Cass. Soc., 17 avr. 2013, n°12-22.699 P, Petites affiches 2014, n. D. Boulmier, à paraître. Cass. Soc., 10 juil. 2013, n°12-26.026.

(33) C. trav., art. L.2143-3, al. 2.

(34) Cass. Soc., 27 févr. 2013, n°12-15.807 P ; Cass. Soc., 27 févr. 2013, n°12-17.221 P ; Cass. Soc., 27 févr. 2013, n°12-18.828 P ; Petites affiches 2014, n. D. Boulmier, à paraître.

(35) V. C. trav., art. 2143-3 nouveau, qui permettrait ainsi à un syndicat, ne disposant d'aucun candidat sous son étiquette ayant obtenu un score personnel, de désigner son délégué syndical parmi les autres candidats avec ou sans score personnel et ne relevant pas nécessairement de son étiquette, ou à défaut parmi ses adhérents.

(36) Ne serait-il pas moins alambiqué de revenir à la situation d'avant la loi de 2008, c'est-à-dire libre désignation ?

son nom doit le désigner comme délégué syndical, alors que le syndicat représentatif ne disposant d'aucun candidat n'ayant obtenu ce score personnel a plus de latitude pour le choix de son délégué syndical...

Représentant syndical au comité d'entreprise – La loi du 20 août 2008 a réécrit l'article L.2324-2 pour la désignation du représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins 300 salariés ; ainsi, tout syndicat, représentatif ou non, qui a obtenu au moins deux élus au comité d'entreprise peut y désigner un représentant syndical (37). Il ne s'agit donc pas, comme pour le délégué syndical, de présélectionner un candidat sur la base d'un score personnel, mais de présélectionner les syndicats habilités à la désignation, sur la base du niveau de leur succès à l'élection au comité d'entreprise, niveau mesuré en fonction d'un nombre minimum d'élus, titulaires ou suppléants.

Les modalités de désignation dans les entreprises de moins de 300 salariés, précisées à l'article L.2143-22, sont restées inchangées, en ce que, dans ces entreprises et établissements, le délégué syndical est de droit le représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement. Selon nous, il fallait lire ces deux articles de manière interdépendante, à savoir une exigence d'au moins deux élus, quel que soit l'effectif de l'entreprise (38), mais la Cour de cassation a décidé que les articles L.2324-2 et L.2143-22 du Code du travail étaient indépendants l'un de l'autre (39). Nul besoin, donc, dans les entreprises de moins de 300 salariés, d'avoir des élus au comité, la représentativité est la seule condition (40).

Ainsi, la subordination de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise, au seul nombre minimum de mandats obtenus à l'issue de

l'élection au comité d'entreprise, ne vaut que pour les entreprises d'au moins 300 salariés. Dans les autres, la représentativité suffit pour cette représentation. Subordination à géométrie variable, donc, découlant de l'interprétation de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur l'articulation des textes.

Cependant, pour cette désignation également, les dispositions n'auront duré guère plus qu'un cycle électoral, puisque la loi récente de 2014 précitée précise que, désormais, la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise est réservée aux seuls syndicats représentatifs (41). Le droit automatique à désignation pour les syndicats représentatifs, qui avait été supprimé par la loi du 20 août 2008, revient donc à la faveur de la loi nouvelle, alors que les quelques droits à désignation du représentant syndical au comité qui s'offraient aux syndicats non représentatifs sont, eux, confisqués (42).

Depuis la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation a également posé une subordination de la durée des mandats au cycle électoral en décidant, tant pour le représentant syndical au comité d'entreprise (43) que pour le délégué syndical (44), que le mandat prend fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise. Cette solution est reprise par la loi nouvelle, en ce que les mandats syndicaux prennent fin au plus tard lors du premier tour des élections professionnelles renouvelant l'institution (45).

La loi nouvelle a, certes, simplifié les conditions de désignation des représentants syndicaux, mais elle n'a pas clarifié, vue du côté des électeurs, les subordinations syndicales découlant de l'élection.

Venons-en alors aux interférences dans les missions des institutions.

(37) C. trav., art. L.2324-2 ; Cass. Soc., 21 oct. 2009, n°09-60.090 ; solution confirmée par Cass. Soc., 10 juil. 2013, n°12-26.026.

(38) D. Boulmier, « Tentative d'épuisement des questions sur la représentation syndicale dans l'entreprise après la loi n°2008-789 du 20 août 2008 », JCP E, 2008, 2483.

(39) Cass. Soc., 14 déc. 2011, n°11-14.642, Bull. civ. V, n°342 ; Cass. Soc., 20 juin 2012, n°11-15.558, Bull. civ. ; V, n°192.

(40) Les modalités de désignation du représentant syndical au comité d'entreprise sont assez étonnantes et, pour tout dire, restent énigmatiques. Toutefois, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ont respectivement admis, dans un même élan, la constitutionnalité (Cons. const., 3 févr. 2012, n°2011-216 QPC, Dr. Ouvrier, 2012 p.673 n. P.-Y. Gahdoun ; D. 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; ibid. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Constitutions 2012. 328, obs. C. Radé, RJS 2012, n°360 - V. Bernaud, Faut-il (encore) soulever des QPC en droit du travail ?, Dr. Soc. 2012, p.463) et la conventionnalité (Cass. Soc., 24 oct. 2012, n°11-22.087, Bull. civ. V, n°278 et Cass. Soc., 24 oct. 2012, n°11-16.071, Bull. civ. V, n°277, Dr. Ouvrier 2012, p.745 n. M.-F. Bied-

Charreton ; D. 2012. 2612 ; Dr. Soc. 2013, p.76, obs. F. Petit et J. Mouly ; RJS 2013, n°52) d'une telle disposition, dont le caractère d'ordre public absolu a été affirmé : (Cass. Soc., 24 oct. 2012, n°11-16.071, préc.).

(41) C. trav., art. L.2324-2 nouveau.

(42) La démarcation entre syndicats représentatifs et syndicats non représentatifs se trouve alors nettement accentuée, écartant systématiquement les syndicats non représentatifs d'une présence, ès qualités, au sein du comité d'entreprise. Plus largement, v. P. Adam « L'action syndicale non représentative dans l'entreprise (sur quelques règles de conjugaison) », Dr. Ouvrier 2014, p.1.

(43) Cass. Soc., 10 mars 2010, n°09-60.347, Bull. civ. V, n°58.

(44) Cass. Soc., 22 sept. 2010, n°09-60.435 P, Petites affiches 9 juin 2011, n°114, p.19, n. D. Boulmier, Dr. Ouvrier 2010, p.655 n. F. Petit.

(45) C. trav., art. L.2143-11 nouveau. Le syndicat doit donc procéder à une nouvelle désignation, ce qui fait courir le délai de contestation.

## II. La subordination dans les prérogatives

### A. La subordination « hiérarchique » du CE aux syndicats (46)

Si le législateur a posé les règles de fonctionnement et les prérogatives des institutions représentatives, il a également accordé aux syndicats représentatifs des pouvoirs pour interférer dans plusieurs champs de compétence propres au CE.

La dualité des élections professionnelles conduit donc à ce que les salariés donnent, à la fois, une légitimité d'action à l'institution représentative, en choisissant leur représentant, et une légitimité d'action aux syndicats représentatifs pour interférer dans les institutions élues, lorsque la loi le permet. Cette ingérence syndicale peut alors venir perturber l'exercice des mandats des représentants élus.

#### 1. Les syndicats et les clauses générales plus favorables pour les IRP élues

Par conventions ou accords collectifs, les syndicats peuvent négocier sur des « *clauses plus favorables ... relatives à la désignation et aux attributions des DP* » (47), des « *clauses plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du CE* » (48) et des « *dispositions plus favorables concernant le fonctionnement, la composition ou les pouvoirs des CHSCT* » (49). Ces accords n'ont pas à être soumis préalablement aux IRP concernées et ne doivent pas davantage recevoir leur agrément. Bien que la négociation ne puisse être, dans ces hypothèses, que plus favorable aux dispositions légales, il n'en faut pas moins regretter l'absence totale d'implication de l'IRP concernée.

D'autres interventions syndicales sont beaucoup plus discutables, dès lors qu'elles interfèrent directement dans les prérogatives des IRP élues dans un sens restrictif. Ainsi, selon le 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 2327-16 du Code du travail, un accord collectif peut définir les compétences respectives du comité central d'entreprise et des comités d'établissement dans la gestion des activités sociales et culturelles, dont le comité a pourtant le monopole. Cela conduit à des dérives que le juge sanctionne si les comités d'établissement ne sont pas d'accord ; en effet, il a été jugé que l'accord collectif « *ne peut ni enlever aux comités d'établissement la gestion des activités sociales et culturelles propres à chaque établissement, ni les priver du droit de percevoir directement de l'employeur la subvention calculée sur la masse salariale de l'établissement* » (50). Il semble donc qu'ici, le juge subordonne l'application de l'accord collectif à l'approbation des comités d'établissement (51).

#### 2. L'aménagement syndical des informations reçues par le CE

La loi quinquennale de 1993 (52) avait agi sur l'information du CE dans les entreprises de moins de 300 salariés, en substituant un rapport annuel à une partie de l'information régulièrement communiquée (53). La loi du 30 décembre 2006 n'a pas osé, de manière frontale, généraliser cette disposition à toutes les entreprises, craignant, peut-être, les foudres du Conseil constitutionnel (54) ; la loi n'en prévoit pas moins une possibilité d'aménagement conventionnel des informations communiquées au CE dans les entreprises d'au moins 300 salariés (55). Ainsi, un accord (de branche, d'entreprise ou de groupe) peut

(46) Nous n'évoquerons pas ici les interférences possibles du syndicat sur les compétences respectives, en matière d'activités sociales et culturelles, du comité central d'entreprise et des comités d'établissement (C. trav., art. L.2327-16) ; D. Boulmier, « Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction, à la fusion (?) », JSL 2011, 2<sup>ème</sup> partie, n°310, p.4, spéc. II B.

(47) Art. L.2312-6, C. trav.

(48) Art. L.2325-4, C. trav.

(49) Art. L.4611-7, C. trav.

(50) Cass. Soc., 30 juin 1993, n°90-14.895, Bull. civ. V, n°191 ; Dr. Soc. 1993, p.758, rapp. P. Waquet, p.754.

(51) V. aussi, pour une interférence illicite du syndicat par accord collectif, CA Paris, Pôle 6, ch. 2, 5 janv. 2012, n°10/15279 ; D. Boulmier, « Trilogie 2012 des budgets du comité d'entreprise : Carence, abus de confiance, ingérence », Dr. Soc. 2012, p.686. La loi nouvelle précise que « *En cas de transfert au comité*

*central d'entreprise de la gestion d'activités sociales et culturelles en application du présent article, ce transfert fait l'objet d'une convention entre les comités d'établissement et le comité central d'entreprise. Cette convention comporte des clauses conformes à des clauses types déterminées par décret* ».

(52) Loi n°93-1313 du 20 déc. 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JO du 21 déc. 1993, p.17769.

(53) Art. L.2323-47, R. 2323-8 et R. 2323-9, C. trav.

(54) Loi n°2006-1770 du 30 déc. 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, JO du 31 déc. 2006, p.20210.

(55) C. trav., art. L.2323-61. R. Vatinet, « Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés (Loi n°2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31), JCP S, 2007, 1072 ; M. Cohen, « La loi sur «la participation» et les comités d'entreprise », Dr. Soc., 2007, p.298.

substituer l'ensemble des informations et documents à caractère économique, social et financier prévus par les articles L.2323-51, L. 2323-55 à L. 2323-57 et 3123-3 du Code du travail, à un rapport de périodicité au moins annuel, et dont le contenu obligatoire est fixé à l'article L.2323-61 du même code (56). Ce qui est contestable pour les entreprises de moins de 300 salariés l'est également pour celles de plus de 300 ; en effet, quelle efficacité peut avoir une information donnée *a posteriori* de la clôture d'un exercice d'activité ? Aussi, nous ne voyons pas très bien ce que les syndicats auraient à gagner en entravant la régularité de l'information en cours d'exercice, à laquelle le CE peut légalement prétendre.

Quelles que soient les contreparties que les syndicats puissent obtenir, ou croire obtenir, l'aménagement conventionnel ne devrait pas atteindre les droits à l'information des institutions représentatives, quand bien même le législateur aurait permis d'affaiblir ces droits...

### 3. L'empiétement syndical sur les prérogatives du CE en matière de licenciement économique

Les règles de consultation du CE sous contrôle syndical – La loi du 3 janvier 2003 a expérimenté (57), la loi du 18 janvier 2005 a pérennisé (58) les dispositions selon lesquelles les syndicats peuvent négocier sur les droits des comités d'entreprise, via les accords dits « de méthode » (59), accords d'entreprise, de groupe ou de branche.

Selon l'article L.1233-21 du Code du travail, « *Un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel prévues par le présent titre et par le livre III de la deuxième partie, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours* ».

Selon l'article L.1233-22 du même code, cet accord fixe les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise : 1°) Est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise ; 2°) Peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions.

Toutefois, des limites à ces aménagements conventionnels sont posées à l'article L.1233-23 du Code du travail. Cet accord ne peut, en effet, déroger : 1°) Aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévues aux articles L.2323-2 (*consultation du CE*), L. 2323-4 (*droit à l'information*) et L. 2323-5 (*accès à l'information détenue par les administrations publiques*) ; 2°) À la communication aux représentants du personnel des renseignements prévus aux articles L.1233-31 à L. 1233-33 ; (*renseignements sur les licenciements, l'évitement et la limitation de leur nombre, propositions du CE*) ; 3°) Aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, prévues à l'article L.1233-58.

Le plan de sauvegarde de l'emploi et la mise œuvre des licenciements également sous contrôle syndical – La loi du 14 juin 2013 (60) a étendu l'option conventionnelle en lieu et place de l'intervention du CE pour le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et de la mise en œuvre des licenciements.

L'article L.1233-24-1 du Code du travail prévoit que « *Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L.1233-61 à L. 1233-63, ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité* ».

(56) Cette disposition a survécu aux nouvelles modalités d'information par le jeu de la base de données économiques et sociales prévue à l'article L.2323-7-2 et dont les modalités sont fixées aux articles R.2323-1-2 et s. du Code du travail.

(57) Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, JO du 4 janv. 2003, p.255, art. 2.

(58) Loi n°2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JO du 19 janv. 2005, p.864. C. trav., art. L.1233-21.

(59) V. sur la loi de 2003 : G. Lyon-Caen, « Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emploi », Dr. Ouvrier 2002, p.559 et C. Baumgarten, « Accords de méthode : un marché de dupes », Dr. Ouvrier 2003, p.358. V. aussi P.-H. Antonmattéi, « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », Dr. Soc. 2003, p.486. V. sur la loi de 2005 : E. Gayat, « Accords de méthodes », Dr. Ouvrier 2005, p.347.

(60) Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO du 16 juin 2013, p.9958. Transposition quasi conforme de l'ANI du 11 janv. 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.



*d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité ».*

Selon l'article L.1233-24-2 du Code du travail, l'accord collectif porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63. Cet accord peut également porter sur : 1°) Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ; 2°) La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L.1233-5 ; 3°) Le calendrier des licenciements ; 4°) Le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées ; 5°) Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L.1233-4 et L. 1233-4-1.

Toutefois, ici également, des limites sont posées par l'article L.1233-24-3 du Code du travail quant au contenu de cet accord, préservant donc un peu les droits des salariés et du comité d'entreprise. Cet accord collectif ne peut ainsi déroger : 1°) À l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement incombant à l'employeur en application des articles L.1233-4 et L. 1233-4-1 ; 2°) Aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévues aux articles L.2323-2 (*consultation du CE*), L. 2323-4 (*droit à l'information*) et L. 2323-5 (*accès à l'information détenue par les administrations publiques*) ; 3°) À l'obligation, pour l'employeur, de proposer aux salariés le contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L.1233-65 ou le congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71 ; 4°) À la communication aux représentants du personnel des renseignements prévus aux articles L.1233-31 à L. 1233-33 ; 5°) Aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, prévues à l'article L.1233-58.

Un auteur avait relevé, à propos des accords de méthodes version 2003, qu'ils conduisaient à « l'affaiblissement de la représentation élue, sans pour autant renforcer les pouvoirs des organisations

syndicales » (61) ; on appliquera cette observation à la nouvelle compétence syndicale en substitution des droits du CE.

#### **4. L'empiétement syndical sur les prérogatives du CE en matière de formation**

La loi du 5 mars 2014 (61 bis), permet aux syndicats représentatifs des ingérences multiples dans les prérogatives du CE touchant le plan de formation.

Tout d'abord, le calendrier des deux consultations, relatives au plan de formation de l'année en cours et au projet de plan pour l'année à venir, fixé par l'article D. 2323-7 du Code du travail, devient subsidiaire, puisque ce calendrier peut désormais être arrêté par un accord d'entreprise (62).

Ensuite, une dérogation à l'élaboration annuelle du plan de formation est possible. Un accord d'entreprise peut prévoir un projet de plan de formation élaboré tous les trois ans (63).

Enfin, la liste des documents d'information prévue à l'article D. 2323-5 du Code du travail, remis au CE et à la commission de la formation professionnelle pour préparer les délibérations, peut être complétée par un accord d'entreprise (64).

Le CE aurait été tout aussi bien compétent pour décider sur ces différents points, et on peut se demander ce qui commandait d'accroître ainsi la subordination du CE aux syndicats (65) ?

## **B. La subordination limitée du syndicat au CE**

### **1. Le principe jurisprudentiel de l'information/consultation du CE sur les accords collectifs**

On sait que « *Dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* » (66). On sait également que « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les problèmes généraux concernant les conditions*

(61) C. Baumgarten, préc., spéc., p.361.

(61 bis) prec. note 4.

(62) C. trav., art. L. 2323-34.

(63) C. trav., art. L. 2323-35.

(64) C. trav., art. L. 2323-36.

(65) Il faut noter que la loi 2013-504 du 14 juin 2013, qui est venue encadrer les délais de consultation du CE a confié au CE lui-même le soin de discuter avec l'employeur de l'aménagement des délais (C. trav., art. L. 2323-3 al. 2) sans passer par la case organisations syndicales représentatives.

(66) Art. L.2323-6, C. trav.

de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération » (67). On sait, enfin, que l'information/consultation du CE doit précéder la décision de l'employeur (68).

Or, la Cour de cassation a décidé que cette compétence s'étendait également aux accords collectifs de travail, ce qui implique que l'information/consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation, et au plus tard avant la signature de l'accord (69). Toutefois, cette procédure d'information/consultation est purement formelle, puisque l'avis recueilli par le comité n'a même pas à être communiqué aux négociateurs avant la signature de l'accord. En outre, cette procédure d'information/consultation apparaît davantage comme une procédure peu contraignante, dès lors que « le défaut de consultation du comité d'entreprise, qui peut être sanctionné, par ailleurs, selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres » (70).

## 2. Les confiscations légales de l'information/consultation du CE sur les accords collectifs

Alors que l'arrêt du 5 mai 1998 posait un principe général d'information/consultation du CE avant toute signature d'un accord collectif portant sur un thème entrant dans le champ de compétence du CE, des dispositions récentes viennent de poser des exceptions, et ainsi exclure le CE de tout droit de regard.

Plan de sauvegarde de l'emploi et mise en œuvre des licenciements – Lorsque l'entreprise a recours à

la compétence syndicale pour négocier sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et la mise en œuvre des licenciements, la compétence du CE se trouve écartée. En effet, le 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 1233-30 du Code du travail précise que le comité d'entreprise est consulté sur « *Le projet de licenciement collectif : le nombre de suppressions d'emploi, les catégories professionnelles concernées, les critères d'ordre et le calendrier prévisionnel des licenciements, les mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi* » ; toutefois, le 4<sup>ème</sup> alinéa de ce même article précise que lorsqu'un accord collectif intervient, en application de l'article L. 1233-24-1, sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les éléments précités au 3<sup>ème</sup> alinéa « *ne sont pas soumis à la consultation du comité d'entreprise* ». S'il n'y a pas alors consultation, il n'y a pas davantage information.

Gestion prévisionnelle des emplois – Depuis longtemps, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le comité d'entreprise est informé et consulté sur l'évolution de l'emploi et des qualifications (71), dans le cadre de l'examen du rapport d'ensemble annuel sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir (72). Ce n'est que plus récemment que le syndicat s'est vu attribuer un droit à la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ; cette négociation triennale concerne les entreprises ou les groupes d'entreprises d'au moins 300 salariés ou de dimension communautaire (73). À défaut de disposition contraire, cette négociation collective entrait dans le champ de l'information/consultation du CE, selon le principe posé par l'arrêt du 5 mai 1998 précité.

Or, la loi n°2014-288 du 5 mars 2014 précitée entame, une nouvelle fois, la compétence générale du CE, en instaurant une nouvelle subsidiarité de compétence en cas d'accord collectif sur les questions de gestion prévisionnelle des emplois. Le

(67) Art. L. 2323-27, al. 1, C. trav.

(68) Art. L. 2323-2, C. trav., sauf, en application de l'article L. 2323-25, avant le lancement d'une offre publique d'acquisition.

(69) Cass. Soc., 5 mai 1998, n°96-13.498, Bull. civ. V, n°219 ; Dr. Soc. 1998, p.579, rapport J.Y. Frouin ; S. S. Lamy n°887, 18 mai 1998, pp.7-8, n. D. Jullien ; B. Boubli, « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », S.S. Lamy, n°893, 29 juin 1998, p.6 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant un accord collectif », RJS 6/98, p.435 ; JCP E 1998, n. Th. Aubert-Monpeyssen ; D. Boulmier, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », Dr. Ouvrier, 1998, p.350. – Voir aussi Cass. Soc., 19 mars 2003, n°01-12.094, Bull. civ. V, n°105. De même, la dénonciation d'un accord collectif doit faire l'objet d'une information/consultation préalable

du CE, à défaut la dénonciation demeure sans effet, Cass. soc., 5 mars 2008, n°07-40.723, Bull. civ. V, n°49 ; D. Boulmier, « Conclusion et dénonciation d'un accord collectif : sanction du défaut de consultation des institutions représentatives du personnel (Réflexions à partir de Cass. soc 5 mars 2008, PBR) », Dr. Ouvrier, 2008, p.409.

(70) Cass. Soc., 5 mai 1998, n°96-13.498, préc. ; Cass. Soc., 19 mars 2003, n°01-12.094, préc.

(71) C. trav., art. L. 2323-56. Loi n°89-549 du 2 août 1989, modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO du 8 août 2009, p.9954.

(72) C. trav., art. L. 2323-55.

(73) C. trav., art. L. 2242-15. Loi n°2005-32 du 18 janv. 2005, préc.

demier alinéa de l'article L.2242-15 du Code du travail, introduit par cette loi, exclut la consultation du CE lorsqu'un accord collectif est intervenu sur les prévisions de cet article. Ici encore, il faut en déduire que, s'il n'y a pas alors consultation, il n'y a pas davantage information.

Interrogations sur ces exclusions du CE – Les deux dispositifs qui viennent d'être évoqués ne préfigurent-ils pas une évolution vers un principe général de subsidiarité de compétence du CE, lorsqu'un accord collectif est conclu sur un thème relevant de ses prérogatives, laissant les syndicats seuls acteurs, sans que le comité puisse prétendre à une expression collective ? Cette subsidiarité de compétence est des plus contestables en ce qu'elle restreint le champ de l'expression collective du CE dans des domaines fort importants concernant les salariés. Cette incursion des syndicats, privative de toute information du CE, peut, en outre, faire place à des stratégies résultant de majorités différentes entre les deux instances de représentation. Il faut alors signaler que ces dispositions restrictives ont été fortement suscitées par des accords nationaux interprofessionnels, et donc par une volonté des partenaires sociaux, dont des syndicats représentatifs (74). Il nous faut regretter que le législateur les ait suivis, permettant ainsi aux institutions de jouer contre elles, ou plus exactement à ces syndicats de jouer contre les comités, ce qui ne peut manquer de les affaiblir. N'y a-t-il pas à craindre qu'au fil des ANI, le négociateur patronal ne cherche à écarter le comité d'entreprise du débat, chaque fois qu'un thème relevant de sa compétence fera l'objet d'un accord collectif ?

### **3. L'expertise nouvelle au profit des syndicats sous contrôle du CE**

La loi du 14 juin 2013 a ajouté un nouveau cas d'intervention pour un expert-comptable rémunéré par l'entreprise, selon un schéma qui ne manque pas d'intriguer. En effet, alors que, jusqu'à présent, les expertises légales décidées par le CE visaient son assistance propre, le nouveau cas de recours à l'expert-comptable concerne des missions d'assistance syndicale, mais sous condition d'une délibération du CE (75).

(74) ANI du 11 janv. 2013 préc., pour le plan de sauvegarde de l'emploi et mise en œuvre des licenciements (art. 20) ; ANI du 14 déc. 2013 relatif à la formation professionnelle, pour la gestion prévisionnelle des emplois (art. 6).

(75) V. D. Boulmier, « Les experts comptables du comité d'entreprise : états des lieux », communication au colloque Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, L'argent des syndicats et les élus du personnel, Avignon 4 avril 2014, Dr. soc. 2014, à paraître.

L'article L.2325-35 II nouveau du Code du travail dispose, en effet, que « *Le comité peut également mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales* » pour préparer deux types de négociations : d'une part, la négociation sur un accord de maintien de l'emploi, prévu à l'article L.5125-1 du Code du travail ; d'autre part la négociation sur le plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L.1233-24-1 du Code du travail, l'expert étant, dans ce cas, le même que celui désigné par le comité d'entreprise dans la procédure de licenciement économique collectif.

Le syndicat apparaît donc ici, pour la première fois, sous la subordination du CE, puisque l'assistance syndicale par un expert dépend de ce dernier. Si des divergences existent entre les syndicats et le comité d'entreprise, la désignation de l'expert peut ne pas aller de soi. La décision du CE peut également dépendre de ce que les syndicats auront décidé pour l'aménagement (restrictions) de ses droits en matière d'information (76), d'information et de consultation en cas de licenciement économique (77), ou pour le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et la mise en œuvre des licenciements (78).

Si le CE accorde aux syndicats l'appui de l'expert prévu à l'article L.2325-35 II précité, le comité dispose-t-il, pour le moins, d'une information sur les travaux de l'expert ? On peut craindre qu'il faille répondre par la négative dès lors que, comme nous l'avons déjà précisé, le 4<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.1233-30 du Code du travail écarte la consultation du comité en cas d'accord sur le plan de sauvegarde de l'emploi et de la mise œuvre des licenciements. On peut d'ailleurs s'interroger sur le point de savoir si les syndicats eux-mêmes doivent disposer d'un rapport écrit d'expertise, les textes n'évoquant aucunement une telle remise.

Autant que nous n'admettons pas la faculté des syndicats d'interférer dans les prérogatives du CE, autant les dispositions soumettant le syndicat à l'accord du CE pour bénéficier d'un expert ne reçoivent pas davantage notre approbation.

(76) C. trav., art. L.2323-61, v. *supra*.

(77) C. trav., art. L.1233-21, v. *supra*.

(78) C. trav., art. L.1233-24-1, v. *supra*.

## En conclusion

Depuis longtemps la pluralité des institutions représentatives est dans le débat, dans une optique de simplification, comme la fusion partielle ou totale selon les seuils d'effectifs (79). Nul doute que certaines des dispositions de la loi de 14 juin 2013 renforcent, dans le domaine économique, la place des syndicats au détriment de l'institution élue au suffrage direct, et dont les prérogatives d'ordre économique sont historiques.

N'est-on pas en train de s'orienter vers une institution syndicale représentative, fruit des élections professionnelles (80), en charge des dossiers économiques au détriment du CE ? Ne risque-t-on pas, dans le même temps, de voir le CE évoluer vers un statut de commission des activités sociales et culturelles ?

Signe qui irait dans le sens d'une mise à l'écart du CE pour les questions touchant ses prérogatives historiques, le peu de cas que l'accord résultant des discussions entre les partenaires sociaux relatives au pacte de responsabilité semble accorder au CE. Selon *Le Monde* du 5 mars 2014, le texte prévoit notamment de « *demander aux branches professionnelles d'ouvrir des discussions ou des négociations sur des objectifs quantitatifs et qualitatifs en termes d'emploi* ». Si les syndicats vont être en première ligne au niveau des branches, il devrait pourtant revenir, *in fine*, au CE, qui a la légitimité de l'élection directe et la compétence dans le champ économique, le pouvoir de contrôler, à son niveau, l'application des engagements

qui seront pris au niveau des branches, en se faisant assister, le cas échéant, par un expert (81).

Nous réitérons alors notre vision des IRP, qui devraient fonctionner, non pas en subordination ou en subsidiarité, mais en complémentarité, chacune pouvant nourrir l'autre de ses réflexions propres (82).

Pourtant, les lignes de subordination risquent encore de bouger puisqu'à l'issue de la négociation sur le pacte de responsabilité, il a été annoncé que devrait s'ouvrir, au deuxième trimestre 2014, une négociation sur la simplification et l'amélioration du fonctionnement des instances représentatives du personnel (comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, CHSCT) (83).

Confier une telle négociation aux organisations syndicales, c'est bien reconnaître la prépondérance des syndicats sur les IRP élus, et donc mettre ces IRP clairement sous tutelle des syndicats.

Il nous semble qu'il appartient au législateur, et à lui seul, de prendre ses responsabilités pour traiter la question des différentes institutions représentatives (84) dans le respect de l'autonomie de chacune, alors que les dernières lois transposant les ANI nous montrent plutôt un législateur entamant sérieusement ces autonomies au profit de la représentation syndicale, obéissant ainsi au diktat conventionnel.

**Daniel Boulmier**

(79) Ce qui a été proposé, entre autres, dans le rapport *De Virville* de 2004 : « *Encore faut-il mesurer avec soin les conséquences qu'emporterait, sur l'exercice du pouvoir dans l'entreprise, la présence d'un organisme rassemblant les compétences de trois instances différentes de représentation, directe ou indirecte, du personnel* », B. Teyssié, *Droit du travail Relations collectives*, 8<sup>ème</sup> éd. 2012, LexisNexis, 970 p., spéc., p. 113, n°208.

(80) Institution syndicale dont la représentativité aux niveaux supérieurs à l'entreprise résulte d'un calcul détonnant : V. D. Boulmier, La loi du 20 août 2008 et la représentativité... arithmétique étrange et autres singularités, préc.

(81) Le comité doit pouvoir se prononcer *a priori* sur l'attribution des aides publiques. La loi n°2001-7 du 4 janv. 2001 avait institué un droit de contrôle *a posteriori*, via une commission nationale des aides publiques, mais ce dispositif avait été abrogé par la loi n°2002-1576 du 30 déc. 2002 avant même d'avoir vécu (D. Boulmier, « Contrôle et abrogation du contrôle : deux conceptions opposées de «l'exigence démocratique légitime» (à propos des aides publiques aux entreprises) », Dr. Ouvrier, 2003, p.46). Le décret n°2009-349 du 30 mars 2009 a réactivé une information/consultation *a posteriori* pour les subventions, prêts ou avances remboursables, dont le montant est fixé à l'article R.2323-7-1, C. trav. (D. Boulmier, le Comité d'entreprise touché à son tour par l'oxymore, à propos du décret n°2009-349 du 30 mars 2009, JCP S, 2009, Act. 193). Une information/consultation, toujours *a posteriori*,

a été prévue pour le crédit impôt-compétitivité (C. trav., art. L.2323-26-1 à L. 2323-26-3), sans qu'une procédure particulière ne soit envisagée en cas de difficultés.

(82) D. Boulmier, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », préc.

(83) *Le Monde*, 5 mars 2014. Depuis, le Ministre du Travail a jeté un pavé dans la mare en souhaitant suspendre pendant 3 ans les seuils d'effectifs créant des obligations particulières aux employeurs (La presse du 28 mai 2005). Cette proposition (décision?) touche directement la mise en place des institutions représentatives, ou plus exactement la non-mise en place des institutions. Sur quelques observations à cette proposition, v. D. Boulmier, La protection du salarié demandeur pour l'organisation des élections : deux réformes nécessaires (En réaction à CE, 31 mars 2014, n°363967), Dr. soc 2014, à paraître.

(84) Le Conseil constitutionnel veille et censure lorsque les syndicats se voient attribuer des compétences qui relèvent du législateur : Cons. const. 11 avr. 2014, n°2014-388 QPC (JO du 13 avr. 2014, p.6692) qui abroge l'article 8, III de la loi du 25 juin 2008 en ce qu'il a donné compétence aux partenaires sociaux relevant de la branche la plus proche de celle du portage salarial la mission d'organiser le portage salarial, alors que l'article 34 de la Constitution impose au législateur de déterminer les conditions essentielles de l'exercice d'une profession ou d'une activité économique.