

## LES PÉRIMÈTRES D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

I. L'entreprise : regroupements et démembrements

# La caractérisation de l'établissement

par Cyril WOLMARK, Professeur à l'Université Paris Nanterre, IRERP

### PLAN

#### I. La caractérisation hétéronome de l'établissement distinct

- A. La conception organisationnelle : l'établissement distinct au sens du comité social et économique
- B. La conception sociale : l'établissement distinct au sens des délégués syndicaux

#### II. Le champ de la détermination autonome des établissements distincts

- A. La faiblesse de la délimitation conventionnelle de l'établissement en matière de désignation de délégués syndicaux
- B. La diversification de la détermination autonome de l'établissement au sens du CSE

Il n'est nul besoin de souligner, encore une fois, que l'établissement occupe une place centrale en droit du travail. Il suffit de rappeler que le terme est employé plus d'un millier de fois dans le Code du travail et que les articles et thèses sur cette question ont prospéré (1). Pareille richesse n'empêche cependant pas de mettre un peu d'ordre dans l'efflorescence sémantique et de déceler quatre rôles que joue la notion au sein de cette branche du droit (2). L'établissement détermine d'abord la compétence territoriale de certaines institutions publiques, telles que l'inspecteur du travail (3) ou le conseil des prud'hommes (4). Il forme ensuite l'espace de mise en œuvre de nombreuses prérogatives et obligations patronales (décompte des effectifs, ordre des licenciements, réglementation du travail). Il permet, en outre, la singularisation de normes professionnelles : conventions collectives et règlement intérieur. Il constitue enfin une unité de d'implantation des représentants du personnel. Une attention particulière à ce dernier rôle se justifie tant par le fait que l'établissement constitue le point d'ancrage de la formation de l'intérêt collectif – que par les modifications apportées par l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 ratifiée par la loi du 29 mars 2018.

Entendu comme unité de représentation, l'établissement constitue une notion pour laquelle, sur la scène juridique, différents discours se sont succédé.

Le premier temps est celui des années 50, moment de construction de la discipline fraîchement baptisée droit du travail. Le terme appartient alors au langage de la doctrine (5), laquelle rejoint les analyses de la statistique publique (6). L'établissement désigne une unité technique de production, alors que l'entreprise constitue une unité économique (7). La loi et la jurisprudence restent singulièrement absentes des descriptions faites par les auteurs de l'époque. L'établissement n'est toutefois pas occulté ; il est simplement non problématique. Du reste, le monde social connaît principalement les établissements et la branche (8). La conception doctrinale de l'établissement se cale sur une représentation particulière de la production ancrée dans la figure de l'ingénieur entreprenant : l'organisation de l'entreprise, projet économique, suit une rationalité technique qu'incarne l'établissement.

(1) On trouvera une bibliographie très complète, dans la thèse récente d'E. Clément, *L'établissement distinct en droit du travail*, Université Lille-II, dir. B. Bossu, 2016.

(2) Nous nous permettons sur ce point de renvoyer à C. Wolmark, *V° Établissement*, Rép. Dalloz Dr. du trav., 2018.

(3) V. par exemple, C. trav., art. L. 2421-3.

(4) C. trav., art. R. 1412-1.

(5) M. Despax, *V° Établissement*, Rep. Dalloz Dr. du Trav., 1960, nos 4-6.

(6) V. par exemple G. Chevy, « La structure industrielle et commerciale de la France », *Journal de la société statistique de Paris*, T. 93, 1952, p. 17.

(7) Caractéristique, M. Despax, préc. ; P. Durand et T. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, T. 1, 1947, Dalloz, n° 33. V également la synthèse doctrinale établie par I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, 1996, LGDJ, p. 17. Le mot est absent des manuels de législation industrielle de l'avant Seconde guerre mondiale. V. Bry, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Sirey, 1909 ; P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle 1909*, 3<sup>ème</sup> édition, Arthur Rousseau Editeur ; H. Capitant, P. Cuhe, Dalloz, *Précis de législation industrielle*, 1930.

(8) V. Didry, *L'institution du travail*, La dispute, 2016, chap. IV : « La grande classification : de la branche à l'établissement ».

Au tournant des années 1970, les juridictions supérieures entrent en scène. Le Conseil d'État, pour le comité d'entreprise (9), la Cour de cassation, pour les délégués syndicaux et les délégués du personnel (10), entreprennent de préciser ce que recouvre le terme d'établissement, pour répondre à des contentieux montants sur le territoire d'implantation des représentants du personnel et de leurs intérêts. Cette hégémonie jurisprudentielle sur la notion d'établissement dure plus de 40 ans (11) et ne cesse que récemment.

Depuis quelques années, en effet, le législateur, reprenant, du reste, les lignes de force de la jurisprudence, intervient sur la caractérisation de l'établissement. La loi du 5 mars 2014 livre ainsi une définition de l'établissement au sens des délégués syndicaux. La loi dite *Rebsamen* du 17 août 2015 éclaire certaines questions liées aux périmètres de l'établissement pour les CHSCT (12). Et l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 fournit des indications précises pour caractériser l'établissement au sein duquel un comité social et écono-

mique d'établissement doit être mis en place par l'employeur.

À ces discours successifs s'entremêle en permanence celui des interlocuteurs sociaux. Aucune étude, fût-elle d'ensemble ou particulière, ne livre un examen des contours des établissements distincts par les conventions et accords collectifs. Mais cette détermination autonome des subdivisions internes de l'entreprise est connue et reconnue et ce de longue date.

De cette polyphonie, il ressort une impression diffuse, comme s'il était difficile de trouver la source la plus légitime de règles : savoir (13), jurisprudence, loi, autonomie collective. De ces incertitudes et tensions, il résulte un agencement juridique spécial. La caractérisation hétéronome (par la loi et la jurisprudence) de l'établissement sert à encadrer la décision unilatérale de fixation de ses contours (I). Mais cette caractérisation est subsidiaire et s'efface devant la détermination autonome – par l'employeur et les représentants des intérêts du personnel – de l'établissement (II).

## I. La caractérisation hétéronome de l'établissement distinct

La caractérisation hétéronome de l'établissement, entendu comme unité de représentation, intervient pour encadrer une prérogative unilatérale : celle de l'employeur lorsqu'il fixe le cadre de l'organisation des élections de la délégation du personnel au comité social et économique ; celle des syndicats pour la désignation des délégués syndicaux. Mais les conceptions de l'établissement portées par la loi divergent fortement dans l'un et l'autre cas (14). Une conception organisationnelle domine pour le CSE, où l'établissement est envisagé comme un espace déconcentré du pouvoir patronal (A). À l'opposé, la mise en place des délégués syndicaux répond à une conception sociale de l'établissement : ce dernier est alors davantage appréhendé comme le lieu des solidarités de travail (B).

### A. La conception organisationnelle : l'établissement distinct au sens du comité social et économique

L'ordonnance du 22 septembre 2017 a fait le choix de la conception organisationnelle pour la détermination de l'établissement distinct au sens du comité social et économique (1.), choix lourd de conséquences dans un nouveau système de représentation du personnel où les délégués du personnel ont disparu (2.).

#### 1. Le choix de la conception organisationnelle

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017, dite ordonnance *Macron*, la caractérisation de l'établissement distinct livrée par le Conseil d'État servait de guide et d'étalon de contrôle à la détermination, par l'inspecteur du travail, des périmètres d'implantation des comités d'établissement. Lorsqu'aucun accord n'avait été conclu, il appartenait à l'autorité administrative (15), et non à l'employeur, de fixer un tel périmètre.

(9) CE, 29 juin 1973, Gr. Arr. Dr du Trav, 4<sup>ème</sup> éd., 2008, n°17.

(10) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 juill. 1968, Dr. Soc. 1969. 49, obs. J. Savatier (délégué du personnel) ; Cass. Soc.15 janv. 1970, JCP1970. II. 16315, n. G. Lyon-Caen (délégué syndical).

(11) V. G. Borenfreund, « L'établissement, unité de représentation », Sem. Soc. Lamy, n° 1140, 20 oct. 2003, qui retrace et analyse une grande partie de l'évolution.

(12) V. I Desbarats, « Représentation du personnel dans l'entreprise : avancées, reculs ou statu quo ? », Dr. Soc. 2015. 853.

(13) On se permet ici, par commodité de langage, d'utiliser le terme savoir, qui convient sûrement mieux pour la statistique que pour l'activité doctrinale.

(14) Voir not. F. Gaudu, *Entreprise et établissement*, in *Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique*, 1999, Dalloz, p.47.

(15) Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2005-1478 du 1<sup>er</sup> déc. 2005, en ce qui concerne les délégués du personnel. Mais la compétence juridictionnelle a été réattribuée au juge judiciaire par la loi du 6 août 2015.

L'ordonnance 2017-1386 a, d'un seul geste législatif, transféré à l'employeur la prérogative de découper l'entreprise en établissements distincts en l'absence d'accord, et intégré la jurisprudence du Conseil d'État dans le Code du travail. Plus précisément, si aucun accord collectif n'a été conclu avec les syndicats représentatifs ou si aucun accord n'a été trouvé avec la majorité des membres du CSE, l'employeur fixe seul le découpage de l'entreprise en suivant les directives du nouvel article L. 2313-4 du Code du travail, héritées des décisions du Conseil d'État. L'article dispose que « l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel ». La formule offre une synthèse partielle des décisions du Conseil d'État rendues en matière d'établissement distinct. Elle scelle d'abord la centralité du critère de l'autonomie de gestion, singulièrement en matière sociale. L'autonomie « en matière de gestion du personnel » (16) se traduit par l'existence de pouvoirs dévolus au chef d'établissement en matière d'embauche, de licenciement, de sanction, de formation et de rémunération. La jurisprudence mettait également l'accent sur l'autonomie « dans la conduite de l'activité économique », mais celle-ci constituait un critère nécessaire, mais non suffisant. Ainsi, l'existence d'une comptabilité propre et la possibilité reconnue au chef d'établissement d'effectuer seul des opérations courantes ne suffisaient pas à caractériser un établissement (17). Ce critère demeure toutefois pris en compte, car il participe de la démonstration de l'« autonomie de gestion du responsable de l'établissement ». En revanche, les indices, retenus par le Conseil d'État, tenant à la stabilité (18) et à l'implantation géographique distincte de l'unité considérée (19), semblent désormais obsolètes, car ils sont étrangers à l'autonomie de gestion du chef d'établissement (20).

Par ailleurs, la possibilité, dans des unités de moins de 50 salariés, de mettre en place des CSE d'établissement, dotés des prérogatives des CSE des entreprises de plus de 50 salariés, est consacrée par la loi. Cette possibilité fait écho à la jurisprudence du Conseil d'État en vertu de laquelle des comités d'établisse-

ments peuvent être implantés dans des unités de moins de 50 salariés, dès lors que l'entreprise compte plus de 50 salariés (21). En effet, selon le nouvel article L. 2312-1, alinéa 3 du Code du travail, « les attributions du comité social et économique sont définies en fonction de l'effectif de l'entreprise ». C'est donc la taille de l'entreprise qui détermine les missions du CSE, et non la taille de l'établissement, le nombre de titulaires et de suppléants restant toutefois défini par établissement (22).

En définitive, en reprenant la jurisprudence du Conseil d'État tout en la recentrant sur les prérogatives du chef d'établissement, l'article L. 2313-4 fait nettement prévaloir une conception de l'établissement indexée sur l'organisation du pouvoir dans l'entreprise.

Ce choix n'est pas sans conséquences.

## 2. Les conséquences du choix

Dans la nouvelle architecture de la représentation dans l'entreprise, le comité social et économique vient se substituer non seulement au comité d'entreprise, mais également aux délégués du personnel. Or, les délégués du personnel étaient implantés dans des périmètres assez restreints, dont la définition, articulée autour des problèmes communs des salariés, promouvait la proximité entre le délégué et ces derniers. La conception sociale de l'établissement prévalait (23). Désormais, les CSE d'établissement sont mis en place dans des établissements déterminés non plus sur la base des solidarités de travail, mais sur celle des pouvoirs des chefs d'établissement. Le risque est grand qu'aucune représentation du personnel ne soit instituée dans les petites unités non autonomes sur le plan de la gestion, mais constituant pourtant des « communautés de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques », selon la formule prétorienne qui avait cours jusque-là pour les délégués du personnel. Autrement dit, dans des unités où, auparavant, l'employeur devait organiser des élections des délégués du personnel sans toutefois qu'il n'ait à organiser celles du comité d'éta-

(16) V. déjà CE 29 juin 1973, préc.

(17) CE 3 juill. 1996, Maurin, n° 147.771.

(18) V. par exemple CE 29 mars 2000, n° 211.353.

(19) V. par exemple, attestant la fragilité de l'indice, CE 29 mars 2000, n° 211.353.

(20) Faut-il en conclure que, s'ils étaient pris en compte, la décision patronale pourrait être utilement contestée ? Le texte de l'article L. 2313-4 n'interdit pas totalement cette interprétation. Cependant, la rédaction large utilisant la formule « compte tenu » ouvre la voie à l'adjonction, au critère de l'autonomie de gestion, d'éléments d'appréciation secondaires.

(21) CE 15 mai 1991, Dr. Soc. 1992. 39, obs. J. Savatier ; RJS 1991. 553, n. P. Chelle et X. Prétôt ; CE 19 oct. 1992, n° 92.630.

(22) C. trav., art. R. 2314-1.

(23) V. dernièrement Cass. Soc. 7 déc. 2016, n° 14-27.232, B : « l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations ».

blissement en l'absence d'autonomie de gestion, plus aucune institution représentative du personnel n'est légalement obligatoire (24).

Une interrogation sur le maintien de la conception purement organisationnelle de l'établissement affleure néanmoins, provoquée par la rencontre de deux séries de dispositions nouvelles. D'une part, l'ordre de juridictions compétent en cas de litige a été clarifié (25). En effet, si la contestation de la décision de l'employeur se fait devant l'administration (26), le recours contre la décision administrative ressort désormais de la compétence du tribunal d'instance. La compétence administrative en matière de caractérisation de l'établissement a donc fait long feu. Il n'est pas certain que la Cour de cassation s'aligne sur les décisions rendues par le Conseil d'État. D'autre part, les nouvelles prérogatives du CSE intègrent celles dévolues aux délégués du personnel et aux CHSCT. Cet élargissement de compétences devrait inciter la Cour de cassation à être moins exigeante quant aux pouvoirs du chef d'établissement, car ce critère était indifférent pour les délégués du personnel et parfois écarté pour les CHSCT en raison de la nature de l'activité (27). S'il est peu probable que la Cour de cassation s'éloigne radicalement de la définition donnée par le Conseil d'État, on peut plaider, à tout le moins, pour une synthèse entre les conceptions organisationnelle et sociale de l'établissement (28). Cette dernière conception guide, du reste, la caractérisation de l'établissement distinct pour les délégués syndicaux.

## B. La conception sociale : l'établissement distinct au sens des délégués syndicaux

La notion d'établissement au sens des délégués syndicaux a connu une évolution erratique (1.). Elle est aujourd'hui stabilisée autour de critères inscrits à l'article L.2143-3 du Code du travail (2.) qui fait prévaloir une conception sociale de l'établissement.

## 1. Évolution

Girouette juridique, la conception de l'établissement, entendu comme cadre d'implantation des délégués syndicaux, a connu de nombreuses péripéties. Les étapes de l'évolution jurisprudentielle méritent d'être brièvement rappelées. La Cour de cassation a d'abord adopté une démarche fonctionnelle de 1970 (29) à 1991 (30). L'établissement est alors le périmètre dans lequel la mission du délégué syndical peut s'exercer de la meilleure manière. En 1991, la Cour de cassation change de cap et adopte une définition rigide de l'établissement au sens des délégués syndicaux, définition de surcroît identique à celle livrée pour les délégués du personnel. Dans cette définition, consacrant la conception organisationnelle de l'établissement, les pouvoirs du représentant de l'employeur dans l'établissement occupent une place centrale. Tout en conservant le procédé définitoire, la Cour de cassation modifie sa position, en 2001, et recentre sa définition sur la communauté de travail et met ainsi en avant une conception sociale (31). Puis, nouvelle orientation, la Chambre sociale, prenant appui sur la réforme 2008 liant représentativité syndicale et audience électorale, cale le périmètre de désignation des délégués syndicaux d'établissement sur celui de l'élection des membres de la délégation du personnel au comité d'établissement (32). Ce faisant, la Cour de cassation renoue avec une conception organisationnelle. La loi intervient ensuite en 2014 et remet au premier plan la définition issue de la jurisprudence inaugurée en 2001. Selon cette définition, logée à l'article L. 2143-3 du Code du travail, la désignation du délégué syndical « peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques ».

Cette définition n'est toutefois pas impérative. Elle constitue un cadre facultatif. Le contentieux dont la Cour de cassation a eu à connaître l'illustre parfait-

(24) Il convient toutefois de rappeler que les interlocuteurs sociaux ont la faculté de prévoir la mise en place de « représentants de proximité », dont le périmètre d'implantation est susceptible de rejoindre celui des délégués du personnel. Reste qu'aucun cadre de mise en place n'est prévu ou même nommé.

(25) Sur les doutes antérieurs, v. M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Guide des élections professionnelles, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 213.74, p. 483.

(26) La Direccte compétente est celle du siège de l'entreprise. C. trav., art. L. 2313-5.

(27) C. trav., art. L. 2315-37 nouveau, reprenant les dispositions de l'art. L. 4613-4. V. Cass. Soc. 29 janv. 2003, n° 01-60.802, Bull. civ. V, n° 35.

(28) V. sur ce point la démonstration de F. Signoretto, RDT, « Plaidoyer pour une évolution de la notion d'établissement distinct », 2018. 337. Contra, A. Coeuret, F. Duquesne, « Un

aspect de la représentation élue du personnel dans l'entreprise après l'ordonnance du 22 septembre 2017 : l'hypothèse du fractionnement en établissements distincts », RJS 2018. 363, spéc. p. 365.

(29) Cass. Soc. 15 janv. 1970 préc.

(30) Cass. Soc. 10 mars 1991, n° 90-60.386, Dr. Soc. 1991. 696, note J. Savatier.

(31) Cass. Soc. 2 oct. 2001, Dr. Soc. 2001. 1129 obs. J. Savatier, D. 2002. 774, obs. C. Wolmark. Cass. Soc. 29 oct. 2003, Bull. civ. V n° 270.

(32) Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.383, RDT 2011. 419, étude G. Borenfreund : « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap ». V. également Ph. Masson, « Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité », Sem. Soc. Lamy 2011, n° 1501, p. 12. A. Braun, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux », Dr. Ouv. 2011. 730.

tement. Ainsi, un syndicat peut choisir de désigner son délégué syndical dans le cadre légal ou au niveau où le comité a été implanté (33). Le contentieux montre plus précisément que les syndicats sont libres de désigner leur délégué syndical dans un cadre qui va de celui dessiné par la loi à celui retenu pour le comité d'établissement (34), le second incluant nécessairement le premier (35). En revanche, un syndicat ne saurait désigner son délégué dans un cadre plus restreint que celui prévu par la loi (36). Aussi convient-il d'examiner attentivement les critères retenus.

## 2. Les critères issus de l'article L. 2143-3 du Code du travail

De la définition logée à l'article L. 2143-3, il ressort trois critères cumulatifs.

Le premier critère tient à la présence d'un représentant de l'employeur. En réalité, cet élément n'a qu'une faible portée, puisque les pouvoirs de l'employeur dans l'établissement sont indifférents. Il a même été admis que la présence permanente d'un représentant de la direction n'est pas nécessaire pour reconnaître l'existence d'un établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical (37). Le deuxième critère, bien plus important, exige qu'une communauté de travail soit constatée. Le partage de conditions de travail similaires ou proches doit pouvoir faire supposer une solidarité, au moins potentielle, entre les salariés. Ce critère est explicité par le troisième critère : cette communauté de travail doit être « *susceptible de générer des revendications communes et spécifiques* ». La communauté de travail doit pouvoir être individualisée. La spécificité des revendications au sein de la communauté exclut *a priori* que deux établissements distincts connaissent des problèmes similaires (38). Se retrouve ici la conception d'un syndicalisme capable de fédérer différents groupes de salariés aux revendications communes. Autrement dit, le syndicat, par l'intermédiaire de son représentant, doit être capable de faire,

voire de créer le lien entre les différents sites. Si cette manière de concevoir l'action syndicale se justifie pleinement, on ne peut manquer de remarquer qu'avec la disparition programmée des délégués du personnel, cette conception devrait pouvoir mieux cohabiter avec la nécessité que le délégué syndical joue davantage encore un rôle de proximité avec les salariés. Dès lors, l'exigence de revendications communes **et** spécifiques devrait être comprise de manière plus souple et autoriser l'implantation de délégués syndicaux quand bien même la netteté de la spécificité d'un établissement n'est pas avérée.

## 3. Le choix de la conception sociale

Portée par l'article L. 2143-3 du Code du travail, la définition de l'établissement au sens des délégués syndicaux diffère de la caractérisation de l'établissement au sens du CSE. Cette discordance ne peut manquer de susciter une difficulté relative à l'appréciation de la représentativité. On sait que la représentativité s'établit à partir, notamment, des résultats au premier tour des élections des membres de la délégation du personnel au CSE, la règle étant d'ordre public absolu (39). Dès lors que le périmètre d'appréciation de la représentativité peut être déconnecté de celui de la désignation du délégué syndical, la règle de concordance – selon laquelle la représentativité s'apprécie au niveau de la prérogative invoquée – se voit écartée (40). La difficulté se résout toutefois en considérant qu'un établissement au sens des délégués syndicaux ne peut qu'être un « sous-établissement » de l'unité déterminant les élections au CSE. Il n'est, en effet, pas interdit de considérer que la représentativité acquise au niveau de l'établissement où se déroulent les élections vaut dans toutes les parties de l'établissement (41), notamment celles correspondant au périmètre d'implantation des délégués syndicaux. La rigueur de la règle de concordance ne doit, en somme, pas être travestie en une forme de sophistication baroque.

(33) 28 sept. 2017, n° 16-18.817, inédit.

(34) V. par exemple, Cass. Soc. 6 janv. 2016, n° 15-12.197, inédit.

(35) Cass. Soc. 18 mars 2015, n° 14-17.463, inédit.

(36) Rappr. Cass. Soc. 28 mars 2018, n° 17-17.759, inédit.

(37) Cass. Soc. 8 juill. 2015, n° 14-60.737.

(38) Cass. Soc. 28 mars 2018, n° 17-17.759, inédit. Comp. Cass. Soc. 15 nov. 2017, n° 16-25.673, inédit (moins exigeant sur la spécificité). V. en matière de délégué du personnel, où la Cour de cassation retient la formule « *revendications communes ou spécifiques* », par exemple Cass. Soc. 7 déc. 2016, préc.

(39) Cass. Soc. 6 janv. 2011, Bull. n° 9, n° 10-18.205.

(40) Sur cette question, v. G. Borenfreund, art. préc., IB ; L. Pécaut-Rivolier, « La détermination des unités de représentation », Dr. Soc. 2013. 316 ; E. Clément, « La définition légale de l'établissement distinct, périmètre de désignation des délégués syndicaux », Dr. Soc. 2014. 1053, n° 15.

(41) En ce sens, Cass. Soc. 10 nov. 2010, n° 09-72.856, RDT 2011. 24, n. G. Borenfreund : « Attendu, ensuite, que, selon l'article L. 2122-1 du Code du travail, sont représentatives dans l'entreprise ou l'établissement les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ; qu'il en résulte que le score électoral participant à la détermination de la représentativité d'un syndicat est celui obtenu aux élections au comité d'entreprise ou au comité d'établissement quand bien même, en application d'un accord collectif, le périmètre au sein duquel le syndicat désigne un délégué serait plus restreint que celui du comité et correspondrait à un établissement au sein duquel sont élus les délégués du personnel ».

On le voit, l'établissement distinct au sens des délégués syndicaux peut être déconnecté de la structuration du pouvoir patronal au sein de l'entreprise. La conception sociale prévaut ici sur la conception organisationnelle de l'établissement. Ce faisant, l'opposition entre ces conceptions fait écho à une tension propre au syndicalisme. En faisant primer la conception sociale, l'accent est mis davantage sur l'action syndicale de proximité (tract, propagande, réunion, accueil) que sur la fonction de négociation du syndicat (qui exige un interlocuteur patronal).

Toutefois, il ne faut pas se méprendre, il ne s'agit pas de prôner un syndicalisme déconnecté d'un dialogue avec la direction, mais de mieux lier la fonction de négociation et la formation de l'intérêt collectif propre à l'établissement.

Les caractérisations légales de l'établissement constituent les références que doit suivre l'employeur ou que peuvent utiliser les syndicats, lorsqu'ils entendent établir unilatéralement le découpage de l'entreprise. Ces règles s'estompent lorsque la caractérisation de l'établissement fait l'objet d'un accord.

## II. Le champ de la détermination autonome des établissements distincts

Si les délimitations légales des contours de l'établissement sont subsidiaires de celles livrées par l'accord, encore faut-il s'interroger sur les conditions de cette subsidiarité. Il faut donc examiner la primauté de la caractérisation autonome de l'établissement en tentant, pour chaque institution représentative du personnel, d'en éprouver les limites. Sur ce point encore, l'établissement fait l'objet de règles particulières, selon que l'on envisage la désignation des délégués syndicaux (A) ou la détermination du périmètre d'implantation du CSE (B).

### A. La faiblesse de la délimitation conventionnelle de l'établissement en matière de désignation de délégués syndicaux

Dans une affaire antérieure à 2014, la Cour de cassation avait estimé que l'accord qui divise l'entreprise en établissements s'impose à tous les syndicats et salariés (42). Autrement dit, l'accord écartait *ipso facto* la définition hétéronome – prétorienne, à l'époque – de l'établissement. Le nouveau texte paraît bien condamner pareille solution. L'article L.2143-3 du Code du travail issu de la loi du 5 mars 2014 prévoit, en effet, que la désignation du délégué syndical « peut » intervenir dans le cadre défini légalement. Par l'utilisation du verbe pouvoir, le texte ouvre la voie à une modification des rapports entre la détermination conventionnelle, autonome, et la détermination unilatérale, fondée sur des critères hétéronomes. L'article L.2143-3 issu de la loi de 2015 laisse effecti-

vement entendre que les syndicats non signataires ont toujours la faculté de désigner un délégué dans le cadre défini légalement, et ce malgré l'existence d'un accord (43). Le doute est confirmé par un arrêt du 31 mai 2016 (44). Dans cette affaire, une union locale désigne, en 2015 – après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 – un délégué sur un site de l'entreprise, alors qu'un accord collectif conclu en 2013 imposait une désignation au niveau de l'entreprise toute entière. Le tribunal d'instance, saisi de la contestation de cette désignation par l'employeur, déboute ce dernier. Le pourvoi dirigé contre cette décision est rejeté, car « les dispositions sont d'ordre public quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux ». Par conséquent, les dispositions de l'accord antérieur à 2014, qui imposaient une désignation au niveau de l'entreprise, ne peuvent être opposés au syndicat. Cet important arrêt offre prise à diverses interprétations.

Une première interprétation ne fait guère débat. L'arrêt doit d'abord être compris comme une application de la notion d'ordre public au sens du droit transitoire (45) : les accords antérieurs contraires ne peuvent faire obstacle à l'application de la loi nouvelle (46). Aucun accord antérieur à 2014 ne peut donc imposer aux syndicats une désignation dans un périmètre qui ne correspond pas à la définition légale (47). La loi est d'ordre public, au sens où elle s'applique aux conventions en cours. Cette interprétation correspond, du reste, aux faits de l'arrêt et aux moyens du pourvoi.

(42) Cass. Soc. 24 nov. 2004, n° 03-60.112.

(43) E. Clément, art. préc. n° 12.

(44) Cass. Soc. 31 mai 2016, n° 15-21.175, RDT 2016. 575, obs. I. Odoul-Asorey ; Cah. Soc. 368, obs. F. Canut.

(45) En ce sens, F. Canut, préc.

(46) Voir explicitant cette interprétation Cass. Soc. 12 juill. 2016, n° 15-23.217, inédit.

(47) Voir déjà Cass. Soc. 14 nov. 2012, n° 11-25433 : « le périmètre de désignation constitue un établissement distinct qui, en l'absence de précision de la convention, doit s'entendre d'un regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur d'une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications ».

Il est loisible de proposer une interprétation complémentaire de la décision, car l'ordre public n'est pas uniquement l'ordre public au sens du droit transitoire, mais bien une qualité de la disposition. L'arrêt indique le « *périmètre de désignation des délégués syndicaux* » est d'ordre public. L'arrêt du 31 mai 2016 suggère ainsi, *a minima*, qu'un accord ne peut priver les syndicats de la faculté de désigner des délégués syndicaux au niveau des établissements lorsque de tels établissements existent dans l'entreprise. Autrement dit, l'accord ne peut intervenir que pour procéder au découpage de l'entreprise lorsque l'entreprise est dotée d'une structure complexe, et non nier pareille structure. En résumé, la faculté de désignation de délégués syndicaux au sein des établissements est d'ordre public absolu.

Mais il n'est pas impossible de pousser plus avant l'interprétation de la formule utilisée par la Cour de cassation, et ce en ayant à l'esprit la jurisprudence antérieure à la loi, selon laquelle le périmètre d'implantation des délégués syndicaux correspond à celui des comités d'établissement, sauf accord contraire (48). La loi du 5 mars 2014, prenant le contrepied de cette jurisprudence, est donc venu autoriser une implantation à un niveau plus restreint que l'établissement au sens du comité d'entreprise, sans que soit nécessaire un accord collectif. L'arrêt du 31 mai 2016 pourrait bien avoir parachevé le texte législatif. La faculté unilatérale accordée au syndicat serait alors d'ordre public absolu (49). La conséquence pourrait paraître étrange, mais elle semble inéluctable : un accord collectif peut prévoir un périmètre différent de celui défini par la loi, mais cet accord ne s'impose pas aux syndicats, qui peuvent toujours user de la faculté ouverte par l'article L. 2143-3 (50). Aucun accord collectif ne saurait l'en priver. Affleure ici une certaine conception de l'effet impératif de l'accord collectif lorsqu'il touche aux structures de la représentation syndicale : dans ce domaine, les dispositions ne relèvent que de la partie obligatoire de l'accord – celle liant simplement les parties signataires – et non de la partie réglementaire – s'appliquant à tous les sujets compris dans son champ d'application.

La force de l'accord face à la volonté unila-

térale d'une organisation syndicale désignataire a finalement été largement remise en cause. Telle n'est pas le cas de la détermination de l'établissement au sens du CSE.

## **B. La diversification de la détermination autonome de l'établissement au sens du CSE**

Avant l'ordonnance du 22 septembre 2017 n°2017-1386 (51), la détermination de l'établissement, cadre d'implantation du comité d'entreprise, s'inscrivait dans le cadre de la négociation du protocole préélectoral (52). L'ordonnance met en place un nouveau système pour une nouvelle institution : le CSE.

### **1. Les modalités de mise en place des établissements issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017**

L'ordonnance 2017-1386 dessine un schéma où priorité est donnée à l'accord collectif (art. L. 2313-2 du Code du travail). En l'absence d'accord collectif, un accord conclu au sein du CSE peut diviser l'entreprise en établissements (art. L. 2313-3). Ce n'est qu'en l'absence de tels accords que la décision unilatérale de l'employeur est susceptible d'intervenir (art. L. 2313-4). L'ordonnance suggère ainsi, par la succession d'articles, une subsidiarité entre les différentes voies de détermination des établissements. Pareille subsidiarité doit néanmoins être examinée avec attention. Il est expressément indiqué que la présence d'un délégué syndical interdit d'emprunter la voie de l'accord conclu au sein du CSE. Mais la subsidiarité entre les accords collectif ou non et la décision unilatérale ne paraît pas aussi fermement ancrée. La locution « *en l'absence* » utilisée à l'article L. 2313-5 peut faire naître un doute sur cette subsidiarité et, au contraire, suggérer l'équivalence des 2 grandes voies – unilatérale ou négociée – de détermination des établissements (53). 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

(48) Cass. Soc. 10 nov. 2010, préc. et Cass. Soc. 18 mai 2011, préc.

(49) V. en ce sens, I. Odoul-Asorey, obs. préc.

(50) Il pourra donc arriver que les périmètres de désignation des délégués syndicaux varient selon les organisations syndicales désignataires.

(51) À l'exception d'une incertitude créée par une décision de la Chambre sociale du 3 oct. 2007 (n°06-60-254), incertitude vite levée par la loi du 20 août 2008, qui réaffirme la nature électorale de la division de l'entreprise en établissements distincts et la soumet à l'exigence de double majorité.

(52) À défaut d'accord sur ce point, et si au moins une organisation syndicale s'était présentée à la négociation de l'accord préélectoral, l'administration devait procéder à la division de l'entreprise en établissements. L'intervention de l'administration ne se concevait que comme le produit de l'impossibilité de trouver un accord. V. pour un rappel de la jurisprudence Y. Struillou, « Les interventions de l'administration et leurs incidences contentieuses », Dr. Soc. 2013. 509.

(53) L'accord conclu au sein du CSE est nécessairement subsidiaire en cas de présence syndicale. V. C. trav., art. L. 2313-4.

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 (54). Reste que l'ordonnance n'a pas correctement organisé cette équivalence, en s'abstenant de clarifier les modalités de l'obligation de négocier de l'employeur.

L'ordonnance a également omis de régler la question des recours contre les accords mettant en place les établissements distincts. *A priori*, la contestation d'un accord doit être portée devant le tribunal de grande instance, en raison de sa compétence de droit commun. Mais le juge naturel des élections - le tribunal d'instance - pourrait être compétent. En effet, il a été jugé, en matière de désignation de délégués syndicaux, que « le tribunal compétent pour statuer sur la régularité des désignations contestées était également compétent pour apprécier la validité de l'accord collectif sur la base duquel elles avaient été effectuées » (55). Il n'est pas exclu qu'en réalité, il faille combiner les deux compétences. Le tribunal de grande instance reste compétent par voie d'action, alors que le tribunal d'instance verrait sa compétence, par voie d'exception, élargie lorsqu'il est saisi d'une contestation des élections impliquant une appréciation de la validité de l'accord.

Sous le bénéfice de ces précisions, il est maintenant loisible d'examiner l'accord collectif, puis l'accord conclu, au sein du CSE, de mise en place du CSE.

### **L'accord collectif**

Au premier chef, la division de l'entreprise en établissements appartient à l'accord collectif de droit commun (art. L. 2313-2 du Code du travail). Celui-ci doit être signé par des syndicats ayant recueilli plus de 50 % aux dernières élections professionnelles. Une particularité doit être notée. Il n'est pas possible de sauver le projet d'accord par le référendum, l'article L. 2313-2 ne renvoyant qu'au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail.

Le choix fait par l'ordonnance de privilégier l'accord de droit commun aux dépens de l'accord préélectoral

appelle plusieurs remarques. D'une part, les organisations non représentatives n'ont plus aucun moyen de peser efficacement sur la détermination du périmètre des élections, pourtant cruciale pour l'établissement de la représentativité. Auparavant, la condition de validité du protocole préélectoral, tenant à la double majorité en nombre et en voix, leur laissait la possibilité de peser, dans certaines configurations électorales, sur les dispositions relatives au découpage de l'entreprise.

D'autre part, en soustrayant cette question au protocole préélectoral, l'ordonnance crée une situation curieuse dans laquelle la question du territoire sur lequel les élections sont organisées est déconnectée des autres questions électorales (56). L'explication réside sûrement dans l'articulation des niveaux de négociation. L'ordonnance incite à négocier les questions de découpage au niveau de l'entreprise, et les questions de scrutin, de listes de candidats et d'électeurs au niveau de l'établissement. Il n'est guère évident, cependant, que cette répartition résiste aux pratiques de négociations (57).

En outre, si l'accord fixant le contour des établissements relève du droit commun des accords collectifs, diverses questions auraient nécessité une adaptation au contexte spécifique des élections professionnelles. Les principales difficultés sont liées à la vie de l'accord. Nous nous contenterons, dans le cadre de cet article, d'en évoquer deux (58). 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 (59). Normalement, l'accord doit s'appliquer, en dépit des modifications. Mais il n'est pas interdit de considérer qu'il est devenu caduc. À suivre l'article L. 2313-6 du Code du travail, dont la formulation est certes extrêmement floue, cette caducité devrait être constatée dans les mêmes conditions que celles utilisées pour diviser l'entreprise en établissements distincts. 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.

(54) J. Credoz-Rosier, préc. , n° 1796 (IIème partie); E. Jeansen, Y. Pagnerre, « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », RDT. 2018. 358.

(55) Cass. Soc. 16 janv. 2008, Bull. civ. n° 8.

(56) V. par exemple l'art. L. 2316-8 qui prévoit que la répartition des sièges entre les établissements relève du protocole préélectoral. Cette règle est elle-même curieuse, puisque le nombre de sièges est établi par établissement et non par entreprise. R. 2314-1.

(57) J. Credoz-Rosier, « La mise en place des nouvelles dispositions

relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts », n° 1795 (Ière partie).

(58) V. J. Credoz-Rosier, préc. , n° 1796 (IIème partie) ; E. Jeansen, Y. Pagnerre, « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », RDT. 2018. 358

(59) La difficulté est similaire pour un accord à durée indéterminée que l'employeur dénoncerait au bout de 4 ans, le délai de survie maintenant l'accord en vigueur, en l'absence d'accord de substitution.



La conséquence en serait 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. La situation serait inédite et mettrait à mal tout autant la liberté syndicale que le principe de la force obligatoire des conventions.

Deuxième difficulté, si l'accord arrive à échéance avant les élections professionnelles, et qu'il n'est pas renégocié, faut-il appliquer la solution antérieure selon laquelle, en l'absence d'accord préélectoral ou de saisine de l'autorité administrative, le périmètre de l'établissement lors du précédent scrutin demeure (60) ou appartient-il à l'employeur de fixer la nouvelle division de l'entreprise en établissements distincts en se fondant sur l'autonomie de gestion dont dispose le responsable d'établissement ?

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 deux 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. Si l'on considère que ce lien doit demeurer fort, la prérogative unilatérale doit être strictement cantonnée et l'accord, même caduc, même échu, doit primer. Si, à l'inverse, l'on considère que l'employeur peut intervenir dans la détermination des périmètres dont le lien avec ce droit constitutionnel serait ténu, ce qui paraît, certes, incongru, une forme d'équivalence entre la détermination conventionnelle et la détermination patronale peut être admise.

### **L'accord conclu au sein du CSE**

La division de l'entreprise peut également être déterminée par accord entre l'employeur et les membres titulaires du CSE, mais seulement à défaut d'accord de droit commun et en l'absence de délégué syndical. Ces précisions préservent la primauté des syndicats sur le processus préélectoral. En effet, l'employeur ne peut passer outre la représentation syndicale pour procéder à la division de l'entreprise en établissements. Ici aussi, le régime de l'accord manque de précision. Des questions similaires à celles que rencontre l'accord collectif se posent de manière aigüe, sauf à considérer que l'accord conclu au sein du

CSE est nécessairement une convention à exécution instantanée, dont les effets cessent immédiatement après les élections.

En définitive, l'ordonnance semble bien affirmer une volonté de trouver une solution négociée à la division de l'entreprise en établissements distincts, en diversifiant les types d'accords envisageables. Reste que la possibilité, pour l'employeur, de déterminer seul, en l'absence d'accord, les contours des établissements (v. I A) le met dans une position privilégiée pour négocier. Cette position rend d'autant plus aigüe la question des limites à l'inventivité des négociateurs dans l'opération de division de l'entreprise en établissements.

## **2. Quelles limites à la caractérisation autonome des établissements distincts ?**

Quelle est la marge de manœuvre dont disposent les interlocuteurs dans l'entreprise lorsqu'ils procèdent à la détermination autonome du découpage de l'entreprise ? Une ample marge est laissée traditionnellement à l'accord. Cette latitude s'explique par l'effet conjugué de deux facteurs. D'une part, les conditions de majorité renforcée jusqu'alors retenues (double majorité, unanimité) ont pu tarir les litiges sur cette question, laissant libre cours à des formules conventionnelles très diversifiées et légitimées par la qualité des signataires. D'autre part, devant des définitions principalement jurisprudentielles de l'établissement, l'autonomie collective a pu bénéficier d'une plus grande aire pour se déployer. Mais, sur ces deux points, les règles ont changé. L'accord de droit commun est remis sur le devant de la scène et les critères de détermination de l'établissement sont désormais fixés par la loi. Aussi, répondre à la question des limites de la détermination autonome de l'établissement se fait plus pressant (61).

Tout d'abord, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, qui s'est développée notamment en matière de délégués syndicaux, que le découpage de l'entreprise en établissements ne doit pas avoir pour effet de laisser sans représentants certains salariés (62). Cette jurisprudence fait écho à l'article L. 2315-1 du Code du travail qui dispose : « *Les conditions de fonctionnement du comité social et économique doivent permettre une prise en compte effective des intérêts des salariés exerçant leur activité*

(60) CE, 31 janv. 1994, n°96.614, cité par M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, préc., n°213.73

(61) 100 Questions/réponses, Comité social et économique, 19 avr. 2018, Min. trav., Q. 25, p.19 : « *la loi n'impose pas la prise en compte de critères spécifiques. Ces critères peuvent donc être librement déterminés par les partenaires sociaux* ».

(62) Cass. Soc. 30 mai 2001, n°00-60.006, Bull. civ. V, n°193 ; Dr. Soc. 2002. 126, obs. M. Cohen. ; Cass. Soc. 6 mars 2002, n°00-60.258. V. aussi en matière de délégués du personnel Cass. Soc. 7 déc. 2016, préc.

[...] dans des unités dispersées ». Certes, la fixation des contours de l'établissement ne relève pas, à proprement parler, du fonctionnement du CSE mais, la « prise en compte effective des salariés exerçant leur activité... dans des unités dispersées » implique nécessairement que ces salariés ne soient pas trop éloignés de leur représentants.

Ensuite, la seconde limite pourrait tenir dans une règle de représentation adéquate (63) dérivant elle-même du principe de participation (64). Pour l'heure, cette règle n'est pas véritablement consacrée. Mais des linéaments affleurent ici et là en droit positif. D'une part, l'article 4.1 de la directive 2002/14 du 11 mars 2002, prévoit bien que « les États membres déterminent les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation au niveau approprié » (65). D'autre part, la suppression par accord collectif de toute subdivision interne à l'entreprise doit être écartée. L'article L. 2313-1 du Code du travail, à l'instar de l'arrêt du 31 mai 2016 rendu en matière de délégué syndicaux (66), suggère que les accords collectifs ne peuvent nier la structure d'une entreprise complexe : « Des comités sociaux et économiques d'établissement et un comité social et économique central d'entreprise sont constitués dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts ». Les articles suivants viennent simplement préciser les modalités de reconnaissance et de délimitation de ces établissements, mais ne peuvent affecter le principe de cette reconnaissance.

La question de la représentation adéquate conduit enfin à se demander si un établissement pourrait être mis en place à une échelle totalement déconnectée du processus productif, et donc des communautés de travail, voire de la déconcentration du pouvoir au sein de l'entreprise. Aujourd'hui, certaines pratiques issues du contrôle de gestion, tel que le regroupement de fonction au niveau des centres de coût, de profit ou de gestion, conduisent des employeurs à découper l'entreprise de manière transversale en se calant sur les périmètres dessinés par la comptabilité sophistiquée mise en place par les départe-

ments financiers (67). Effectivement, la financiarisation des entreprises tend à déconnecter totalement la structure productive de l'architecture comptable, et ainsi à modifier profondément l'image que l'entreprise se donne à elle-même. Si la liberté de gestion de l'employeur lui octroie la possibilité de forger une photographie déformée de son entreprise pour établir sa stratégie, il n'en demeure pas moins que cette liberté doit nécessairement trouver une limite lorsque sont en cause le principe de participation et la liberté syndicale.

En définitive, les caractérisations légales de l'établissement jouent des rôles ambivalents. Toutes deux dessinent le modèle de l'établissement que le syndicat et l'employeur doivent suivre lorsqu'ils découpent, de manière unilatérale, l'entreprise en établissements distincts. Mais, face à l'accord (collectif ou conclu au sein du CSE), leur usage diffère. La caractérisation légale de l'établissement constitue bien une limite à l'autonomie collective lorsqu'il s'agit de la mise en place des délégués syndicaux d'établissement, tandis que, dans la division de l'entreprise pour la mise en place des CSE d'établissement, la caractérisation légale fait plutôt figure d'arme aux mains de l'employeur, qui pourra toujours s'en servir soit pour peser dans la négociation, soit pour refuser d'y entrer véritablement.

**Cyril Wolmark**

(63) Rapp. M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, préc. p.493, n°213.111 : « les partenaires sociaux peuvent l'assouplir [la définition jurisprudentielle] pour tenir compte des circonstances locales particulières. On peut se demander cependant s'il n'y a pas une limite à cette liberté, dans la mesure où le cadre de désignation des délégués syndicaux, aujourd'hui inscrit dans la loi, doit permettre aux délégués syndicaux d'exercer correctement leur mission. En cas de contestation de l'accord, le tribunal pourrait donc vérifier l'adéquation des clauses conventionnelles avec les droits syndicaux ».

(64) Toutefois, il ne faut pas trop attendre des juges, qui montrent une révérence conférant à l'obséquiosité devant les accords collectifs, qui sont devenus l'alpha et l'oméga du principe de participation. Un lien très fort est parfois tissé entre le respect

du principe de participation et l'accord collectif censé le mettre en œuvre (cf. Cass. Soc. 4 oct. 2017, n°16-17.517, RDT 2018.67, n. Ferkane : différence de traitement entre établissements par accord collectif d'entreprise justifié a priori, le tout au visa du principe de participation et de la formule des arrêts du 27 janvier 2015).

(65) V. également l'art-; 4.3 b) selon lequel « La consultation s'effectue... au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité ».

(66) V. supra.

(67) TA Montreuil, 24 mai 2012, n°660.402. ; CE 26 nov. 2001, n°223.015. V également S. Niel, « pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? ».