

## REPRÉSENTATION ET NÉGOCIATION COLLECTIVES À LA LUMIÈRE DES ORDONNANCES MACRON

2<sup>ème</sup> axe : La représentation négociée

# La représentation du personnel comme objet de négociation collective : le cas du CSE

par Ylias FERKANE, Maître de conférences en droit,  
Université Paris Nanterre

### PLAN

#### I. Le champ du négociable

- A. Le cadre imposé : la fusion des institutions représentatives du personnel
- B. La souplesse : négociation sur le fonctionnement et les attributions du CSE

#### II. Les voies du négocié

- A. L'accord collectif
- B. Le charme discret de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

#### III. La primauté du droit négocié

Néanmoins, la reconnaissance de la représentation du personnel comme objet de négociation collective à part entière n'a pas épuisé les débats autour de la spécificité et le caractère sensible de cet objet. *A minima*, on relèvera avec intérêt qu'il s'agit de confier à des organisations syndicales le soin de fixer, par voie d'accord collectif, les modalités de fonctionnement ou bien encore les attributions de représentants élus. De manière plus explicite, évoquer la représentation du personnel comme objet de négociation collective, c'est admettre qu'un accord collectif puisse, par exemple, fixer la procédure présidant au fonctionnement interne d'un groupement doté de la personnalité juridique tel que le comité social et économique (CSE), où se

Que la représentation du personnel constitue aujourd'hui un objet de la négociation collective, il est difficile de ne pas en convenir. Toutefois, il faut également rappeler que, durant le siècle passé, ce domaine a échappé, au moins en partie, à la négociation collective. En effet, « *le droit des institutions représentatives du personnel était conçu alors comme un droit à part* », un droit « *d'ordre public, assurant le droit des salariés d'être représentés et dont la négociation collective ne pouvait pas disposer* » (1). Ce n'est que très progressivement qu'un « *droit conventionnel de la représentation* » (2) a pris forme sous l'effet combiné de différents facteurs (3) : adoption de lois habilitant les interlocuteurs sociaux sur un objet précis (4), extension du champ matériel de la négociation collective, avec l'introduction dans celui-ci de la référence aux « *conditions de travail* » (5), reconnaissance de la validité d'accord collectif prévoyant des dispositions plus favorables que la loi en matière de représentation du personnel (6).

côtoient de manière permanente représentants des salariés et de l'employeur. En creux, ce sont les débats sur la signification et le devenir du double canal de représentation qui se trouvent réactivés ici. Mais tel n'est pas l'objet de cette étude. Il s'agit plutôt de revenir, à la lumière de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social, sur l'union d'un vieux couple – négociation collective et représentation du personnel – qu'on ne finit plus de célébrer. Avec la fusion des institutions représentatives du personnel, que les interlocuteurs sociaux sont très largement appelés à mettre en œuvre par voie négociée, ce serait l'autonomie collective qui serait garantie. En quelques mots,

(1) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit*, LGDJ, 1994, p. 445.

(2) Expression issue de l'ouvrage de G. Loiseau, P. Lokiec, L. Pécaut-Rivolier, et P.-Y. Verkindt, *Droit de la représentation du personnel*, 2019-2020, 1<sup>ère</sup> éd., Dalloz Action, 2018, p. 631.

(3) Pour une approche plus exhaustive de la question, on se référera à la thèse de J. Dirringer, *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015, pp. 197 et s.

(4) Not. les lois des 16 avril (n° 46-730) et 16 mai (n° 46-1065) 1946, qui ne font pas obstacle aux clauses d'accords collectifs concernant, pour la première, la désignation et les attributions des délégués du personnel et, pour la seconde, le fonctionnement ou les pouvoirs des comités d'entreprise.

(5) Extension opérée par la loi n° 50-205 du 11 février 1950 et dont l'article L. 2221-1 du Code du travail porte les traces. La notion de « *conditions de travail* » est suffisamment large pour permettre à la négociation collective d'embrasser les relations collectives de travail. V. en ce sens, M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, T. 7, *Traité de droit du travail*, ss. La dir. de G.-H. Camerlynck, 2<sup>ème</sup> éd., 1989, p. 120.

(6) Cela résulte notamment de l'avis n° 310.108 du Conseil d'État du 22 mars 1973, dont il ressort qu'une convention collective peut accroître les garanties et avantages légaux ou bien en créer de nouveaux.

« le pragmatisme de la négociation apparaît plus légitime que l'absolutisme du législateur » (7).

De toute évidence, la place accordée à la négociation collective dans la mise en place, le fonctionnement et la définition des attributions du CSE semble considérable. Une auteure estime à ce titre qu'« en forçant un peu le trait, on pourrait affirmer que la réforme essentielle des IRP tient moins dans l'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social que dans celle portant sur le renforcement de la négociation collective » (8). On comprend qu'un vaste champ est ouvert aux interlocuteurs sociaux et donc à la négociation collective concernant le CSE. Cependant, résumer en ces termes l'apport des ordonnances de l'automne 2017 nous paraît partiel et surtout masquerait plusieurs points essentiels. D'une part, adoptant le triptyque inauguré par

la loi du 8 août 2016, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 définit un ensemble de matières qui relève soit de l'ordre public, soit du champ de la négociation collective, ou bien encore de dispositions supplétives. C'est ici au « champ du négociable » (9) qu'il convient de prêter attention car, contrairement aux apparences, il n'est pas dit que celui-ci soit sans bornes (I). D'autre part, c'est l'adaptation de l'institution aux entreprises qui est principalement recherchée, pour ne pas dire sa modularité à tout prix. Or, cette adaptation ne passe pas nécessairement par l'adoption d'un accord collectif. Si promotion du droit négocié il y a, celle-ci emprunte des voies multiples (II). Pareil constat invite enfin à se demander si cette promotion passe réellement par l'affirmation de la prévalence de l'accord collectif sur les autres normes qui prennent le CSE pour objet (III).

## I. Le champ du négociable

Au lecteur qui prend connaissance de la multitude des textes consacrés au CSE, l'exposé des motifs de la « loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social » donne le la (10). L'objectif assigné au Gouvernement est de trouver « les solutions innovantes pour articuler performance sociale et performance économique », ce qui « ne peut se faire qu'au plus près du terrain, par un dialogue entre les acteurs directement concernés, dans un cadre souple ». Souplesse, donc. Elle est l'un des maîtres mots de la réforme. Toutefois, cette souplesse s'inscrit dans un « cadre ». À ce titre, l'affirmation de la mise en place d'un cadre souple interroge. À première vue, elle semble tenir de l'oxymore. Un cadre n'est-il pas rigide par nature ? À bien y regarder, il n'est pas certain qu'une meilleure articulation des performances économique et sociale passe nécessairement par la voie de la négociation collective dans l'esprit des promoteurs de l'ordonnance. Des limites sont assignées aux négociateurs et donc au champ du négociable, rappelant au passage que le système français de représentation collective des salariés est historiquement marqué par l'intervention de l'État.

### A. Le cadre imposé : la fusion des institutions représentatives du personnel

Délimiter le champ du négociable implique irrémédiablement d'identifier les lois d'ordre public absolu. Or, affirmer l'extension du champ du négociable sous l'effet de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 devrait nous amener à considérer, par un jeu de vases communicants, que le domaine de l'ordre public absolu en matière de représentation du personnel se contracte. À ce sujet, nombreux sont les auteurs qui observent, depuis quelques décennies déjà, un mouvement d'érosion de l'ordre public absolu (11). Mais qu'en est-il s'agissant du CSE ? Il faut ici être extrêmement prudent car « le départ entre l'ordre public absolu et l'ordre public relatif peut se révéler délicat et résulte d'un large pouvoir d'appréciation du juge » (12). *A minima*, nous nous rangerons aux côtés de ceux qui ont pu considérer par le passé que le droit de la représentation du personnel constituait, en droit du travail, la terre d'élection des lois d'ordre public absolu (13). Il est vrai que le droit d'élire des représentants dans le respect des principes généraux du droit

(7) Y. Pagnerre, « La négociation sur le CSE », RJS, 4/19, p. 235.

(8) F. Favennec-Héry, « Le comité social et économique : une instance à construire », SSL, n° 1790, 13 novembre 2017.

(9) L'expression est empruntée à M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », Dr. Soc., 1996, p. 395.

(10) Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017.

(11) G. Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », Dr. Soc., 1973, p. 89. Plus récemment, v. T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », RDT, 2017, p. 585.

(12) G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », Dr. Soc., 1992, p. 900.

(13) V. en ce sens notamment, M.-A. Souriac-Rotschild, (art. cit.) : « S'il est une matière où, sans disparaître, l'interdiction absolue de déroger à la loi a connu le reflux, c'est bien celle de la représentation du personnel dans l'entreprise ». V. également, G. Auzero, *Les accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel*, Thèse Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, spéc. p. 237.

électorat compte parmi les libertés publiques que l'autonomie collective ne saurait affecter. Or, il n'est pas certain que ce soit la prise en compte de cette liberté qui guide aujourd'hui exclusivement le législateur dans la délimitation du champ du négociable. Ainsi, la fusion des institutions représentatives du personnel ne semble pouvoir être contrecarrée par la négociation collective. Le CSE comme résultat de la fusion des anciennes instances de représentation du personnel doit être mis en place « *soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée* » (14).

Sur ce point, le Conseil d'État avait, semble-t-il, regretté, dans son avis consultatif en date 9 juin 2017 sur le projet de loi d'habilitation à réformer par ordonnances (15), que le Gouvernement n'admette pas explicitement qu'un accord puisse maintenir plusieurs institutions représentatives au sein de l'entreprise, notamment le CHSCT. Il existerait ainsi des thèmes sur lesquels le Gouvernement n'a pas souhaité donner la main aux négociateurs. Serait-ce lié à un manque de confiance ? Sans vouloir prêter trop d'intention aux promoteurs de la réforme, on peut au moins voir dans cette volonté l'expression d'une conviction : l'amélioration de l'association des représentants du personnel aux décisions de l'employeur passerait par la fusion nécessaire des institutions représentatives du personnel. Cette dernière devrait donc se faire à marche forcée sur la base d'un « *modèle unique* » (16).

Observons néanmoins que, dans certaines entreprises, la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) s'impose en dehors de tout processus conventionnel (17). Sans doute faut-il y voir une résurgence de feu le CHSCT. Cette instance nouvelle n'est toutefois qu'une assez pâle copie de l'ancienne. Voilà une commission à laquelle ne peuvent être déléguées ni les attributions consultatives (18), ni le droit de recourir directement à un expert (19), compétences exclusives du CSE. Mieux, l'ordonnance ne prévoit pas la possibilité de maintenir une institution spécialisée et autonome en matière de santé et de sécurité, dotée d'une personnalité juridique distincte. En effet, l'éloge de la transversalité s'oppose à l'idée même d'une spécialisation des instances de représentation. Cette transversalité serait nécessaire pour allier performance économique et performance sociale.

## **B. La souplesse : négociation sur le fonctionnement et les attributions du CSE**

L'ordonnance joue pleinement la carte de la souplesse en élargissant le champ du négociable, s'agissant du fonctionnement et des attributions du CSE. Il s'agirait de remédier de la sorte aux maux d'un droit du travail qui ne répondrait plus à la diversité des entreprises et qui freinerait leur activité, incapable de s'adapter rapidement à la réalité changeante des situations économiques. Aussi, c'est sans surprise que l'ordonnance du 22 septembre 2017 renvoie allégrement à la négociation collective le soin de déterminer les modalités de fonctionnement et les attributions du CSE. Semble se dessiner ainsi une représentation élue des salariés à géométrie variable, pour ne pas dire à la carte. Mais cette place réservée à la négociation collective interroge sur l'opportunité d'intégrer certaines thématiques dans le champ du négociable, d'autant que cette extension du domaine de la négociation collective ne s'accompagne pas nécessairement d'une extension de la sphère de l'ordre public social...

### **1. En matière d'attributions du CSE**

L'article L. 2312-4 du Code du travail a le mérite d'être clair. Il ne sera pas fait « *obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages* ». Voilà qui devrait satisfaire l'observateur craignant un appauvrissement des attributions du CSE. Toutefois, la reconnaissance d'un large domaine au profit de l'ordre public social ne saurait leurrer le lecteur avisé. L'ouverture du champ de la négociation collective n'est pas toujours la garantie d'une sauvegarde ou d'une amélioration du droit à être représenté des salariés, surtout si la loi ne prévoit aucun plancher. Deux mesures symptomatiques, issues de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, seront ici évoquées pour illustrer le propos.

Tout d'abord, l'article L. 2313-7 du Code du travail prévoit qu'un accord collectif déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts peut prévoir la mise en place de représentants dits de proximité. Ces représentants compensent, dans une certaine mesure, la disparition des délégués du personnel en maintenant une présence locale de représentants au plus près des salariés. Toutefois,

(14) Art. 9 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

(15) CE, avis sur projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale, assemblée générale du jeudi 22 juin 2017, n° 393.357.

(16) F. Champeaux, « La mise en place du CSE », SSL, 15 janvier 2018, n° 1798, p. 2.

(17) C. trav., art. L. 2315-36 et L. 2315-37. Il s'agit notamment des entreprises et établissements distincts d'au moins trois cent salariés et d'entreprises sensibles comprenant au moins une installation nucléaire ou des sites Seveso haut.

(18) C. trav., art. L. 2315-38.

(19) C. trav., art. L. 2315-38.

il ne s'agit là que d'une faculté offerte aux interlocuteurs sociaux afin d'éviter une centralisation excessive de la représentation du personnel au niveau de l'entreprise. Or, il est difficile de croire que la mise en place gracieuse de représentants de proximité se fera toujours sans exigence d'une contrepartie par l'employeur. On pourrait, par exemple, imaginer qu'en échange d'une telle faveur, les organisations syndicales signataires taisent leurs prétentions en matière d'augmentation des heures de délégation (20). La négociation s'inscrirait ainsi dans une logique de « *donnant-donnant* » (21).

Ensuite, l'article L.2312-19 du Code du travail autorise les interlocuteurs sociaux à négocier le contenu, la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du CSE, mais aussi la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations. Surtout, il est prévu que l'accord peut déterminer les délais dans lesquels les avis du comité seront rendus. Sur ce point, le champ du négociable est considérablement étendu, puisque, désormais, le délai incompressible de 15 jours sur lequel le comité d'entreprise pouvait compter au minimum pour rendre ses avis a disparu. Autrement dit, un accord pourra désormais prévoir un délai inférieur à 15 jours, ce qui, convenons-en, ferait douter de l'effet utile de la consultation. Gageons néanmoins que les juges sauront veiller à ce que le CSE dispose d'un « *délai d'examen suffisant* », comme le prévoit l'article L.2312-15 du Code du travail.

## 2. En matière de fonctionnement du CSE

Il ne sera fait ici état que de l'habilitation faite aux négociateurs de créer, par voie d'accord collectif, des commissions spécialisées afin d'examiner certains problèmes propres à l'entreprise. Ainsi, l'article L.2315-43 du Code du travail prévoit qu'en dehors des cas où leur mise en place est rendue obligatoire par la loi, des CSSCT (dites conventionnelles) peuvent être librement créées. De même, l'article L.2315-45 du Code du travail autorise, selon les mêmes modalités, la création de commissions supplémentaires pour l'examen de problèmes particuliers (commission économique, de formation, d'information et d'aide au logement, etc.). Une grande latitude est laissée aux entreprises pour fixer le nombre et les missions de ces commissions. Mais en quoi ces commissions attestent-elles d'une extension du droit négocié ? Il faut garder à l'esprit que le CSE n'est pas libre de créer des commissions facultatives par simple délibération, comme peut encore le faire aujourd'hui un comité d'entreprise. En effet, un accord collectif d'entreprise majoritaire est nécessaire, qui plus est sans possibilité d'organiser de référendum de rattrapage au cas où l'exigence majoritaire ne serait pas satisfaite, conformément à l'article L.2232-12 du Code du travail. L'extension du champ du négociable se fait ainsi au détriment de la capacité du CSE à s'auto-organiser.

## II. Les voies du négocié

La constellation des actes juridiques qui ont trait aux attributions du CSE tient de toute évidence de la nébuleuse. Les voies de l'adaptation du CSE à la situation des entreprises sont multiples et variées. Cela ne saurait surprendre. En effet, les ordonnances de l'automne 2017 s'inscrivent dans une tendance remarquée depuis quelques temps déjà, celle de l'accroissement des « *figures juridiques de l'accord dans notre droit des relations professionnelles* » (22).

Il n'est pas dit que la négociation qui est promue dans le cadre des ordonnances du 22 septembre 2017 tienne nécessairement de ce que l'on appelle traditionnellement « *négociation collective* ». Cette dernière est ici entendue comme le processus mené par les interlocuteurs sociaux aux fins d'élaboration d'une norme collective particulière, à savoir l'accord collectif. Plus encore, et dans le prolongement de ce qui vient d'être

dit, la négociation promue dans le cadre des ordonnances du 22 septembre 2017 n'est pas de celle qui aboutit nécessairement à la conclusion d'un accord collectif. Il convient ici de dresser un panorama rapide des actes juridiques mobilisés afin d'entraîner les mutations qui affectent le droit de la négociation collective en matière de CSE, mais aussi au-delà.

### A. L'accord collectif

L'accord collectif est, de toute évidence, la voie privilégiée par les ordonnances. Toutefois, cette figure est loin d'être uniforme en matière de représentation du personnel. En fonction de son objet, les conditions de validité de l'accord diffèrent, si bien qu'il est plus ou moins aisé pour les interlocuteurs sociaux de conclure un accord. Au moins deux types d'accords collectifs peuvent ici être évoqués.

(20) C. trav., art. L. 2315-7.

(21) Y. Pagnerre, art. cit., p. 237.

(22) G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », RDT, 2015, p. 17.

## 1. Une dilution du particularisme des accords préélectoraux

Il s'agit, d'une part, du protocole d'accord préélectoral. Dans la famille des accords collectifs, les accords préélectoraux se démarquent très nettement par leur objet, pour l'essentiel les dispositions relatives aux mandats et aux élections professionnelles. Toutefois, il est difficile de déterminer quel est leur degré d'autonomie par rapport au droit commun des accords collectifs de travail. On a pu constater à ce titre, par le passé, que « *des signes de dilution du particularisme de la négociation préélectorale [côtoyaient] des manifestations encore vivaces de spécificité* ». L'enjeu de la qualification est le régime de l'accord préélectoral, ses conditions de validité, soumis selon les cas à une double exigence majoritaire (majorité numérique, en nombre d'organisations ayant participé à la négociation, puis majorité à l'aune des suffrages exprimés) ou bien à une exigence d'unanimité. Qu'en est-il à la lumière des ordonnances du 22 septembre 2017 ? Aucune évolution significative n'est à signaler, même si plusieurs thèmes de négociation tombent dans l'escarcelle du « droit commun des accords collectifs ».

D'une part, tel est le cas en matière de mise en place d'établissements distincts au sein de l'entreprise (23). Les entreprises d'au moins cinquante salariés, constituées d'au moins deux établissements, sont tenues de mettre en place un CSE central d'entreprise et des CSE d'établissement (24). Aux termes du nouvel article L. 2313-2 du Code du travail, la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts échappe désormais au protocole d'accord préélectoral, au profit de l'accord d'entreprise de droit commun. La négociation peut donc être déconnectée du processus électoral.

D'autre part, afin de laisser le temps nécessaire à la mise en place du CSE, l'ordonnance organise une faculté de prorogation des mandats des anciens représentants élus, dans la limite de 12 mois et dans le respect de la date butoir du 31 décembre 2019. La prorogation des mandats peut résulter d'un accord collectif conclu aux conditions du droit commun. Un accord collectif conclu à l'unanimité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise n'est donc pas requis (25).

(23) C. trav., art. L. 2313-2.

(24) C. trav., art. L. 2313-1.

(25) Pour un troisième exemple, il est confirmé que la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts au sein de l'UES ne relève plus du protocole d'accord préélectoral depuis l'ordonnance (C. trav., art. L. 2313-8). Pour rappel, depuis un arrêt du 14 novembre 2013 (Cass. Soc. 14 novembre 2013, n° 13-12.712), la Cour de cassation estime « *que la reconnaissance ou*

## 2. Une préférence manifeste en faveur de l'accord collectif majoritaire sans possibilité de recourir à un référendum

Dès lors que sont en jeu aussi bien les libertés publiques dans l'entreprise que le droit à participation des salariés, les accords collectifs conclus en matière de représentation du personnel ne peuvent s'accommoder d'une majorité au rabais. C'est pourquoi, lorsque les interlocuteurs sociaux sont autorisés à négocier sur le CSE, une préférence très nette semble être marquée en faveur de l'accord majoritaire, sans possibilité de recourir à un référendum. Il s'agit de garantir la légitimité des accords conclus en matière de représentation du personnel, ou plutôt de leurs signataires. Ainsi, l'accord ne sera valable que s'il est conclu par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants. Il est alors fait référence, par une formule récurrente, « *au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail* ». Tel est le cas s'agissant des accords déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts (26), la mise en place des représentants de proximité (27) ou bien encore les modalités de mise en place des CSSCT (28).

## B. Le charme discret de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE

Dans l'ombre de l'accord collectif, le charme discret d'un accord d'un autre genre opère. Il s'agit de l'accord conclu, en l'absence de délégué syndical, entre l'employeur et le CSE (adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité). Dans l'ombre, car une préférence très nette reste marquée en faveur de l'accord collectif. Mais quelle est la nature juridique et, partant, le régime juridique de l'accord conclu entre l'employeur et le CSE ? À l'évidence, il ne s'agit pas d'un accord collectif au sens classique du terme, dès lors qu'il n'est pas négocié et conclu par des organisations syndicales représentatives. Ces accords, conclus par des représentants élus, pourraient plus volontiers être qualifiés d'« accords atypiques ». De ce type

*la modification conventionnelle d'une unité économique et sociale ne relève pas du protocole d'accord préélectoral, mais de l'accord collectif signé, aux conditions de droit commun, par les syndicats représentatifs au sein des entités faisant partie de cette UES* ».

(26) C. trav., art. L. 2313-2.

(27) C. trav., art. L. 2313-7.

(28) C. trav., art. L. 2313-7 et L. 2315-41.



d'accord, « on peut bien dire qu'il contient des engagements de l'employeur ; on peut dire aussi que, n'étant pas un accord collectif, il n'a d'autre valeur que celle d'un engagement unilatéral, mais non pas qu'il aurait nature d'acte unilatéral, car ce type d'accord est, d'après certains auteurs, malgré tout négocié entre représentation élue et direction » (29). Or, admettre, dans le cadre du CSE, qu'un accord puisse être négocié

soulève des questions redoutables sur les frontières du négocié et du délibéré. Aussi faut-il sans doute admettre, à l'instar d'un auteur, qu'à rechercher « à toute force les modèles de la négociation dont nous sommes les héritiers, nous serons souvent en difficulté, car l'accord dont il est question n'est jamais tout à fait un autre, ni tout à fait le même que l'accord collectif dont nous sommes familiers » (30).

### III. La primauté du droit négocié

Le CSE est régi par une multitude de normes : accords collectifs, accords entre l'employeur et le CSE, accords de branche, règlement intérieur du CSE, décision unilatérale de l'employeur, dispositions supplétives légales et réglementaires. Aussi, il importe de déterminer comment celles-ci s'articulent. Plus précisément, il est possible de se demander quelle est la place de l'accord collectif dans la hiérarchie normative qui se dessine dans les ordonnances de l'automne 2017.

Sans surprise au vu de l'extension du triptyque inauguré par la loi « Travail », c'est la supplétabilité qui fait office de règle d'articulation privilégiée. Ainsi, elle est très largement mobilisée dans le domaine des informations-consultations aussi bien récurrentes que ponctuelles du CSE, de la périodicité des réunions du CSE ou bien encore des CSSCT. La règle dite supplétive n'a vocation à être mobilisée que si aucune autre règle portant sur le même objet n'existe (31). La règle qui est alors première n'est pas la règle supplétive. Celle-ci ne vient que pallier une éventuelle carence de la règle issue d'une autre source juridique.

À en croire une auteure avisée, la règle supplétive remplirait « dans ses liens avec le vouloir individuel, une fonction de modèle et d'ordre » (32). En ce sens, elle aurait une fonction directive. Or, il n'est pas certain que tel soit le cas lorsque c'est l'accord collectif qui est posé comme alternative à la règle supplétive. On rappellera, à ce titre, que la règle supplétive « peut être conçue et utilisée par l'ordre juridique comme un instrument destiné à inciter les sujets de droit à exercer la liberté de principe dont ils disposent et à sanctionner leur silence là où l'expression de leur volonté aurait été souhaitable » (33). La norme supplétive se veut alors dissuasive. Elle constitue un contre-modèle, un pis-aller.

Cela ressort nettement lorsque, s'agissant de déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts, l'ordonnance opte pour un schéma normatif particulier. Priorité est donnée à l'accord collectif. À défaut d'accord et de délégué syndical, un accord pourra être conclu avec les membres de la délégation élue du CSE (34). En l'absence de tels accords, absence de dispositions supplétives légales. Dans cette configuration, c'est à l'employeur qu'il revient de fixer unilatéralement, selon certains critères, le nombre et le périmètre des établissements distincts. Mais est-ce là le moyen le plus judicieux de promouvoir le « dialogue social » et d'inciter à la conclusion d'un accord ? Derrière la promotion de la négociation, n'opère-t-on pas un renforcement du pouvoir de l'employeur ? Seul garde-fou à même de prémunir de cette tentation, l'article L.2313-5 du Code du travail prévoit, en cas de contentieux, le contrôle de la décision par l'autorité administrative du siège de l'entreprise et, le cas échéant, le tribunal d'instance.

Il se pourrait ainsi que le recours à la technique de la supplétabilité puisse parfois être contreproductif. Il l'est sur un autre plan lorsque l'article L. 2315-45 du Code du travail prévoit la possibilité de créer des commissions supplémentaires au sein du CSE pour l'examen de problèmes particuliers par voie d'accord d'entreprise majoritaire. L'interprétation littérale de ce texte laisse à penser qu'il s'agit d'une simple faculté. Toutefois, l'article L.2315-46 du Code du travail, qui est rangé dans la catégorie des dispositions dites supplétives, prévoit qu'en « l'absence d'accord prévu à l'article L. 2315-45, dans les entreprises d'au moins mille salariés, une commission économique est créée au sein du comité social et économique ou du comité social et économique central ». Mais on a du mal à déterminer

(29) G. Couturier, *Droit du travail*, T. 2, Thémis, PUF, 1991, p. 536.

(30) P.-Y. Verkindt, « Quelques remarques conclusives sur la physiologie de l'accord après la loi du 14 juin 2013 », JCP, éd. S, 2014, 1193, p. 87.

(31) La règle qui est alors première n'est pas la règle supplétive, elle ne vient que pallier une éventuelle carence de la règle issue d'une autre source juridique.

(32) C. Péres-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 534.

(33) C. Péres-Dourdou, *op. cit.*, p. 571.

(34) C. trav., art. L. 2313-3.

ce que recouvre cette supplétivité. Dit autrement, un accord collectif peut-il expressément exclure la mise en place d'une commission économique, même dans une entreprise d'au moins mille salariés ? Seule la réponse à cette question permettra de déterminer dans quelle mesure le recours à la technique de la norme supplétive permet véritablement, ici, de faire primer la voie du négocié.

Au final, il apparaît que ce que l'on a gagné en souplesse, on l'a perdu en lisibilité. Bien malin celui

qui est en mesure de prédire, d'ores et déjà, comment les acteurs de l'entreprise s'empareront de cette nouvelle instance de représentation, de prédire l'issue des négociations menées au sujet de ses attributions. On ne peut qu'appeler de nos vœux la multiplication des études portant sur les accords et leur contenu (35). Saluons, à ce titre, la publication des accords d'entreprise depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2017 sur le site Légifrance (36).

**Ylias Ferkane**

(35) V. par exemple, P. Lokiec et J. Porta, « Droit du travail - Relations professionnelles », D., 2018. 2203.

(36) Conformément à l'art. L. 2231-5-1 du Code du travail.