

## COMITÉ D'ENTREPRISE Comité d'établissement – Droit à consultation et à expertise (art. L. 2323-7 CT issu de la loi dite Rebsamen, applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2018) – Situation économique et financière - Politique sociale, conditions de travail et emploi – Accord d'entreprise prévoyant de mutualiser les consultations au niveau du CCE – Accord pouvant définir les modalités des consultations mais ne pouvant pas les supprimer – Inopposabilité de l'accord.

COUR D'APPEL DE PARIS (Pôle 6, Ch. 2) 6 juin 2019

Comité d'établissement DTSI Orange contre SA Orange Caraïbe, SA Orange Porte à porte et SA Orange (n° RG 17/20100)

[...]

### SUR CE, LA COUR

#### EXPOSE DU LITIGE

Composée des sociétés anonymes ORANGE, ORANGE CARAÏBE et ORANGE

PORTE A PORTE qui emploient environ 90000 salariés, l'unité économique et sociale (UES) ORANGE est dotée d'un comité central et de dix-neuf comités d'établissement, dont le comité d'établissement DTSI ORANGE qui lui-même représente environ 13000 salariés.

Suite à des négociations organisées en fin d'année 2016 et au début de l'année 2017 en vue de préciser les attributions et le fonctionnement du comité central de l'UES et des comités d'établissement, un accord d'entreprise dénommé « accord portant sur l'application des dispositions de la loi Rebsamen relatives aux IRP au sein de l'UES ORANGE » a été conclu le 9 février 2017 pour une durée de trois ans par les sociétés composant l'UES et les syndicats CFE-CGC et FO-COM.

Cet accord prévoit en particulier :

#### « 2.1 Organisation des informations et consultations

La loi du 17 août 2015 prévoit le regroupement des différentes informations-consultations annuelles obligatoires en 3 blocs :

- 1<sup>er</sup> bloc : Consultation sur les orientations stratégiques
- 2<sup>ème</sup> bloc : Consultation sur la situation économique et financière
- 3<sup>ème</sup> bloc : Consultation sur la politique sociale, l'emploi et les conditions de travail

Au sein de l'UES Orange :

A l'exception des thématiques Perspectives Emploi Compétences et Orientations Formations qui formeront un bloc à part, les consultations sur les blocs 1 et 2 sont de la seule prérogative du CCUES.

La consultation sur le bloc 3 est réalisée au niveau du CCUES et de chacun des CE composant l'UES.

Le bloc 1 est scindé en 2 consultations distinctes telles que définies dans le tableau joint en annexe.

Par ailleurs au sein de l'UES Orange, certaines informations de nature conventionnelle s'ajoutent aux informations-consultations rendues obligatoires par le Code du travail. L'ensemble des consultations et informations légales et conventionnelles, dites récurrentes, dans les instances CCUES et CE, font

l'objet d'une planification liée à la production des données et d'une coordination des calendriers de présentation de ces sujets au sein de celles-ci, en lien avec les secrétaires des instances concernées.

#### 2.2 Recours à l'expertise

Pour l'UES Orange les parties conviennent de ne maintenir que les 2 expertises préexistantes au seul niveau du CCUES :

- Expertise sur les Orientations stratégiques
- Expertise sur les comptes comportant 3 volets :
  - \* Volet économique Groupe
  - \* Volet économique France
  - \* Volet social ».

Lors de la réunion du comité d'établissement DTSI ORANGE du 30 mars 2017, les élus ont notamment voté trois résolutions aux fins de :

- demander l'ouverture d'une consultation sur la politique économique et financière ainsi que sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi de l'établissement (résolution n° 1),
- informer d'ores et déjà la direction de leur intention de solliciter une expertise pour chacune de ces deux missions de consultation sur la politique économique et financière ainsi que sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi de l'établissement (résolution n° 2) - mandater le secrétaire du comité d'établissement pour engager toute procédure judiciaire devant toute juridiction, exercer toute voie de recours ordinaire ou extraordinaire et représenter ce comité en justice pour en particulier solliciter l'annulation des dispositions de l'accord collectif du 9 février 2017 portant sur l'application des dispositions de la loi Rebsamen relatives aux instances représentatives du personnel au sein de l'UES Orange (résolution n° 3).

A cette occasion, la direction du comité a confirmé qu'elle entendait appliquer l'accord collectif du 9 février 2017.

Au cours de la réunion du comité d'établissement DTSI ORANGE du 26 avril 2017, les membres de cette instance ont adopté les trois résolutions suivantes :

- R-2017-04-03 : Désignation d'un expert-comptable volet social

« Le 19 février 2016, il a été décidé par voie d'accord collectif de reporter l'application des dispositions de la loi Rebsamen au 1<sup>er</sup> janvier 2017 et d'ouvrir une négociation sur les modalités d'aménagement des dispositifs prévus par la loi Rebsamen.

Par délibération du 25 janvier 2017, les membres du comité d'établissement ont validé la désignation d'un expert-comptable en vue de la consultation annuelle obligatoire portant sur la politique sociale, les conditions de travail, l'emploi (article L.2323-15 du Code du travail). Les élus du comité d'établissement DTSI réunis en séance le 26/04/2017 confirment la désignation d'un expert-comptable en vue de la consultation annuelle obligatoire sur le Bloc 3 et désignent le cabinet JDS Experts pour l'assister dans le cadre de cette mission.»

- R-2017-04-4 : Validation de la lettre de mission relative aux expertises économique (Bloc2) et sociale (Bloc 3) du CE DTSI

« Les élus du CE DTSI, réunis en séance le 26 avril 2017, valident la lettre de mission établie par le cabinet JDS Experts relative à la prestation d'expertise des comptes 2016, des comptes prévisionnels 2017 et de l'expertise sociale du CE DTSI. Ils demandent, de plus, à la direction de fournir en retour les coordonnées de la personne qui sera le point d'entrée côté Direction afin de faciliter les échanges »

- R-2017-04-5 : Consultation bloc 2

« L'ordre du jour de la réunion du comité d'établissement DTSI des 26 et 27 avril 2017 comporte à son point 6 l'information consultation du CE DTSI sur le Bloc 3 consultation sur la politique sociale, emploi et conditions de travail 2016 : - Bilan Social.

Une expertise sur les comptes annuels 2016 a été décidée par délibération des 25 janvier et 30 mars 2017 et acceptée par la direction de DTSI. Cette expertise comportera un volet social. Dans ces conditions, le comité demande à la direction que l'avis du comité relatif à la consultation sur la situation économique et financière de l'établissement DTSI, prévue au Bloc 2 soit sollicité lors de la présentation du rapport sur les comptes annuels 2016 par le cabinet d'expertise comptable à savoir au mois de septembre 2017.

Par ailleurs dans le cadre de la consultation sur la politique sociale, emploi et conditions de travail prévue au Bloc 3, les élus du CE DTSI se réservent le droit de solliciter le concours des CHSCT de l'établissement et la communication de leurs avis. ».

Le cabinet d'expertise-comptable JDS EXPERTS CE a adressé sa lettre de mission le 28 avril 2017.

C'est dans ces conditions que par assignations à jour fixe délivrées les 17 et 18 mai 2017, le comité d'établissement DTSI ORANGE a saisi le tribunal de grande instance de Paris de la procédure qui a donné lieu au jugement entrepris.

Parallèlement, par acte d'huissier délivré le 14 juin 2017, les sociétés composant l'UES ORANGE ont assigné le comité d'établissement DTSI ORANGE à jour fixe devant le tribunal de grande instance de Nanterre en vue de faire annuler les résolutions n° 1 et 2 ainsi que les résolutions R-2017-04-3, R-2017-04-4 et R-2017-04-5 votées par les membres de ce comité lors de ses réunions tenues les 30 mars 2017 et 26 avril 2017.

Par ordonnance du 15 juin 2018, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Nanterre a fait droit à l'exception de litispendance soulevée par le comité d'établissement DTSI ORANGE, à laquelle s'est associée l'UES ORANGE, en se dessaisissant du litige au profit de la cour d'appel de Paris.

## MOTIFS

**L'article L2323-6 du Code du travail dans sa version issue de la loi 2015-994 du 17 août 2015 (dite loi Rebsamen) applicable au litige dispose :**

« **Le comité d'entreprise est consulté chaque année dans les conditions définies à la présente section sur :**

**1° Les orientations stratégiques de l'entreprise ;**

**2° La situation économique et financière de l'entreprise ;**

**3° La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ».**

**L'article L2327-2 du même code dans sa version issue de la même loi dispose désormais :**

« **Le comité central d'entreprise exerce les attributions économiques qui concernent la marche générale de l'entreprise et qui excèdent les limites des pouvoirs des chefs d'établissement. Il est informé et consulté sur tous les projets économiques et financiers importants concernant l'entreprise, notamment dans les cas définis aux articles L.2323-35 à L.2323-43.**

**Il est seul consulté sur les projets décidés au niveau de l'entreprise qui ne comportent pas de mesures d'adaptation spécifiques à un ou plusieurs établissements. Dans ce cas, son avis accompagné des documents relatifs au projet est transmis, par tout moyen, aux comités d'établissement. Le comité central d'entreprise est également seul consulté sur les projets décidés au niveau de l'entreprise lorsque leurs éventuelles mesures de mise en œuvre, qui feront ultérieurement l'objet d'une consultation spécifique au niveau approprié, ne sont pas encore définies. »**

**S'agissant des attributions des comités d'établissement, l'article L2327-15 du Code du travail dans sa version applicable au litige issue de la loi Rebsamen et de la loi 2016-1088 du 8 août 2016 prévoit que :**

« **Le comité d'établissement a les mêmes attributions que le comité d'entreprise, dans la limite des pouvoirs confiés au chef de cet établissement.**

**Le comité d'établissement est consulté sur les mesures d'adaptation des projets décidés au niveau de l'entreprise spécifiques à l'établissement et qui relèvent de la compétence du chef de cet établissement.**

**Lorsqu'il y a lieu de consulter à la fois le comité central d'entreprise et un ou plusieurs comités d'établissement, un accord peut définir l'ordre et les délais dans lesquels le comité central d'entreprise et le ou les comités d'établissement rendent et transmettent leurs avis. A défaut d'accord, l'avis de chaque comité d'établissement est rendu et transmis**

au comité central d'entreprise et l'avis du comité central d'entreprise est rendu dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. »

En outre, l'article L2325-35 du Code du travail dans sa version applicable au litige dispose :

« Le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable de son choix : 1° En vue de la consultation annuelle sur la situation économique et financière prévue à l'article L.2323-12 ;

1° bis En vue de l'examen des orientations stratégiques de l'entreprise prévu à l'article L.2323-10 ;

2° En vue de la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi définie à l'article L.2323-15 ;

[...] »,

l'article L2325-36 précisant que « la mission de l'expert-comptable porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise ».

Il ressort de ces dispositions que la loi du 17 août 2015 a d'une part procédé au regroupement des consultations récurrentes en trois grands blocs de consultation annuelle visés à l'article L2323-6 précité et d'autre part redéfini l'articulation des attributions du comité central d'entreprise et des comités d'établissement en matière de consultation ponctuelle, en prévoyant que l'instance centrale est seule consultée :

- sur les projets décidés au niveau de l'entreprise qui ne comportent pas de mesures d'adaptation spécifiques à un ou plusieurs établissements,
- sur les projets décidés au niveau de l'entreprise lorsque leurs éventuelles mesures de mise en œuvre, qui feront ultérieurement l'objet d'une consultation spécifique au niveau approprié, ne sont pas encore définies.

En revanche, il ne résulte pas de ces textes que la loi du 17 août 2015 ait entendu restreindre les attributions des comités d'établissement en matière de consultations récurrentes.

Si ainsi que le relèvent les sociétés intimées les attributions du comité d'établissement ont pour limite les pouvoirs confiés au chef dudit établissement, il reste que la mise en place d'un tel comité suppose que cet établissement dispose d'une autonomie suffisante en matière de gestion du personnel et de conduite de l'activité économique de l'établissement.

Et en application des articles L2323-12, L2323-15, L2323-35 et L2323-36 du Code du travail alors applicables, le droit du comité central d'entreprise d'être assisté pour l'examen annuel de la situation économique et financière de l'entreprise ou pour celui de la politique sociale de l'entreprise, des conditions de travail et de l'emploi ne prive pas le comité d'établissement du droit d'être assisté par un expert-comptable afin de lui permettre de connaître la situation économique, sociale et financière de

l'établissement dans l'ensemble de l'entreprise et par rapport aux autres établissements avec lesquels il doit pouvoir se comparer.

Contrairement à l'argumentation des sociétés intimées, ni les dispositions légales alors applicables relatives à la commission économique du comité d'entreprise, ni celles portant sur le bilan social ne sont de nature à remettre en cause le périmètre des attributions du comité d'établissement précédemment définies.

Les sociétés font également valoir que l'accord signé le 9 février 2017 est valide au regard des dispositions de l'article L2323-7 ancien du Code du travail.

L'article L2323-7, applicable au litige, dispose :

« Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues à l'article L2322-12, peut définir :

1° Les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise prévues aux sous-sections 3 et 4 de la présente section ;

2° La liste et le contenu des informations récurrentes prévues aux sous-sections 3, 4 et 6, à l'exception des documents comptables mentionnés à l'article L2323-13 et des données mentionnées au 2° de l'article L2323-17 ;

3° Le nombre de réunions annuelles du comité d'entreprise prévues à l'article L2325-14, qui ne peut être inférieur à six.

L'accord d'entreprise peut également définir les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise mentionnés au troisième alinéa de l'article L.2323-3 sont rendus. ».

Si ce texte prévoyait la possibilité qu'un accord d'entreprise définisse en particulier les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise relatives aux blocs 2 et 3 et si, comme le soutiennent à bon droit les sociétés de l'UES ORANGE, ces modalités ne recouvraient pas seulement les délais dans lesquels le comité d'entreprise doit rendre son avis ou, en cas de consultation à la fois du comité central d'entreprise et d'un comité d'établissement, l'ordre et les délais dans lesquels ces instances doivent rendre leur avis puisqu'ils faisaient l'objet de dispositions spécifiques prévues respectivement à l'alinéa 2 de l'article précité et à l'alinéa 3 de l'article L2327-15, il n'autorisait pas pour autant les partenaires sociaux à supprimer les consultations récurrentes des comités d'établissement portant sur les blocs 2 et 3.

C'est donc à tort que les intimées soutiennent que les modalités des consultations récurrentes visées par l'article L2323-7 « couvrent aussi la définition des institutions représentatives devant être consultées de manière récurrente et, partant, la définition des institutions représentatives du personnel pouvant recourir à un expert externe à l'occasion de ces consultations récurrentes ».

Il s'ensuit que les dispositions contestées de l'accord collectif du 9 février 2017 sont illicites en

ce qu'elles privent pour une durée de trois ans les comités d'établissement de l'UES ORANGE et en particulier le comité d'établissement DTSI ORANGE de leurs attributions en ce qui concerne la situation économique et financière de l'établissement et de leur droit de se faire assister d'un expert-comptable en vue de la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

Par ailleurs, il ressort des écritures des intimés et des productions que :

- les sociétés composant l'UES ORANGE ont déclaré en 2017 ne pas contester l'expertise sur les comptes annuels 2016 et prévisionnels 2017 du comité d'établissement DTSI ORANGE – cette constatation de la cour n'ayant pas à faire l'objet d'une disposition spécifique du présent arrêt – ni l'expertise en vue de la consultation annuelle portant sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi, dont le principe a été adopté au cours de la réunion de ce comité en date du 25 janvier 2017,

- la direction de l'établissement considéré a accepté la lettre de mission du 28 avril 2017 du cabinet JDS EXPERTS CE choisi pour réaliser ces deux expertises.

En conséquence, il convient d'infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle des sociétés tendant à l'annulation de la résolution n°2 votée le 30 mars 2017, qui n'est effectivement qu'une déclaration d'intention, et statuant à nouveau, de :

- dire que les articles 2.1 et 2.2 de l'accord collectif d'entreprise du 9 février 2017 portant sur l'application des dispositions de la loi Rebsamen relatives aux instances représentatives du personnel au sein de l'UES ORANGE sont illicites et en conséquence inopposables au comité d'établissement DTSI ORANGE,

- débouter les sociétés ORANGE, ORANGE CARAÏBE et ORANGE PORTE A PORTE de l'ensemble de leurs demandes.

Il ne sera en revanche pas fait droit à la demande nouvelle de l'appelant tendant à voir ordonner aux sociétés ORANGE, ORANGE CARAÏBE et ORANGE PORTE A PORTE

l'ouverture des procédures d'information consultation du comité d'établissement DTSI ORANGE sur la situation économique et financière et sur la politique sociale au titre des années 2017 et 2018, compte tenu de la date à laquelle la cour statue, qui rend cette demande sans objet.

Il est équitable de condamner in solidum les sociétés intimées à payer au comité d'établissement DTSI ORANGE la somme de 5 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais irrépétibles qu'il a dû exposer en première instance et en cause d'appel.

Les sociétés ORANGE, ORANGE CARAÏBE et ORANGE PORTE A PORTE, qui succombent, n'obtiendront aucune indemnité sur ce fondement

et supporteront in solidum les dépens de première instance et d'appel dont distraction dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

LA COUR, statuant par arrêt contradictoire mis à disposition au greffe,

Infirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle des sociétés tendant à l'annulation de la résolution n°2 votée le 30 mars 2017 par le comité d'établissement DTSI ORANGE ;

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Dit que les articles 2.1 et 2.2 de l'accord collectif d'entreprise du 9 février 2017 portant sur l'application des dispositions de la loi Rebsamen relatives aux instances représentatives du personnel au sein de l'UES ORANGE sont illicites et en conséquence inopposables au comité d'établissement DTSI ORANGE ;

Déboute les sociétés ORANGE, ORANGE CARAÏBE et ORANGE PORTE A PORTE de l'ensemble de leurs demandes ;

Déboute le comité d'établissement DTSI ORANGE du surplus de ses demandes ;

Condamne in solidum les sociétés ORANGE, ORANGE CARAÏBE et ORANGE PORTE A PORTE à payer au comité d'établissement DTSI ORANGE la somme de 5 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais irrépétibles qu'il a dû exposer en première instance et en cause d'appel ;

Condamne in solidum les sociétés ORANGE, ORANGE CARAÏBE et ORANGE PORTE A PORTE aux dépens de première instance et d'appel dont distraction dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile.

(M. Leplat, prés. – Me Pachalis et Rollin, Me Montanier et Laprevote).

#### Note.

Sous l'empire de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 dite loi Rebsamen, les comités d'établissement ont un droit propre à expertise sur la situation économique et financière et sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi, et les partenaires sociaux ne peuvent pas, par un accord collectif, priver les comités d'établissement de leurs droits de consultation et à expertise sur ces deux consultations annuelles.

La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé à l'occasion d'un litige dont les faits de l'espèce étaient les suivants : au sein d'une unité économique et sociale (UES), par un accord collectif d'entreprise du 9 février 2017, les partenaires sociaux avaient souhaité aménager les

attributions et le fonctionnement du comité central de l'UES et des 19 comités d'établissement existant sur ce périmètre pour une durée de trois années.

L'accord collectif du 9 février 2017 prévoyait ainsi de priver pour les années 2017, 2018 et 2019, les comités d'établissement de leurs droits de consultation et à expertise sur la situation économique et financière et de leurs droits à expertise sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi. Il est à noter qu'à titre exceptionnel, l'employeur avait toutefois accepté qu'une expertise sur les comptes annuels de l'année 2016 se tienne au cours de l'année 2017.

Lors d'une réunion du 30 mars 2017, l'un des 19 comités d'établissement a adopté une délibération mandatant son secrétaire pour solliciter en justice l'inopposabilité de l'accord du 9 février 2017. Le Tribunal de grande instance de Paris a débouté le comité de ses demandes par jugement du 3 octobre 2017. Un appel du jugement a été interjeté devant la Cour d'appel de Paris le 24 octobre 2017.

En parallèle, lors d'une réunion du 26 avril 2017, ledit comité d'établissement avait également adopté des délibérations pour désigner un expert-comptable pour l'assister sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi, valider la lettre de mission de l'expert et demander à remettre un avis sur la situation économique et financière à l'occasion de la restitution du rapport sur les comptes annuels de l'année 2016. L'employeur a demandé l'annulation de ces délibérations devant le Tribunal de grande instance de Nanterre. Dans cette affaire, le juge de la mise en état de Nanterre a fait droit à une exception de litispendance soulevée par le comité et s'est dessaisi au profit de la Cour d'appel de Paris.

C'est dans ce contexte que dans un arrêt infirmatif du 6 juin 2019, la Cour d'appel de Paris a considéré que la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi n'a pas entendu restreindre les attributions des comités d'établissement en matière de consultations récurrentes. Ainsi, le droit du comité central d'entreprise d'être assisté pour l'examen annuel de la situation économique et financière de l'entreprise ou pour celui de la politique sociale de l'entreprise, des conditions de travail et de l'emploi ne prive pas le comité d'établissement du droit d'être assisté par un expert-comptable afin de lui permettre de connaître la situation économique, sociale et financière de l'établissement dans l'ensemble de l'entreprise et par rapport aux autres établissements avec lesquels il doit pouvoir se comparer.

Surtout, la Cour précise que si aux termes de l'article L.2323-7 du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 17 août 2015, un accord d'entreprise peut définir « les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise » portant sur la situation économique et financière de l'entreprise et sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, ce texte n'autorise pas les partenaires sociaux à supprimer pour les comités d'établissement les consultations récurrentes précitées et les droits à expertise associés. Dès lors, les dispositions d'un accord collectif d'entreprise signé sous l'empire de la loi du 17 août 2015 qui privent les comités d'établissement de leurs attributions en ce qui concerne la situation économique et financière de l'établissement et de leur droit de se faire assister d'un expert-comptable en vue de la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi sont illicites et en conséquence inopposables aux comités d'établissement.

En reconnaissant sur le fondement des articles L.2323-12, L.2323-15, L.2323-35 et L.2323-36 du Code du travail tels qu'applicables au litige, le droit des comités d'établissement de se faire assister par un expert-comptable pour l'examen de la situation économique et financière de l'établissement d'une part et de la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi de l'établissement d'autre part, la Cour d'appel fait une stricte application de la jurisprudence constante de la Cour de cassation (1).

Une fois confirmé le droit de consultation et à expertise des comités d'établissement sur la situation économique et financière et sur la politique sociale, il s'agissait pour la Cour d'appel de se prononcer sur la possibilité pour les partenaires sociaux de supprimer ce droit par la négociation collective. C'est le principal intérêt de cette décision.

Concernant l'articulation entre la loi et la négociation collective, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser dans sa décision du 29 avril 2004 que : « si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose en son huitième alinéa que : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe qui est énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre ; (...) sur le fondement de ces dispositions, il

(1) Cass. Soc. 16 janvier 2019, n°17-26.660, n°71 FS-PB, RJS4/19 n°230 ; Dr.Ouvr.2019, p.241 note B.Rollin

est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte; (...) que, toutefois, lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation; (...) » (2).

L'article L.2251-1 du Code du travail, toujours applicable à ce jour, détermine les rapports entre les conventions et accords et les lois en disposant qu'« une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

Cet article définit un ordre public absolu qui ne souffre aucune dérogation. En droit du travail, les règles d'ordre public absolu sont l'exception (3).

En outre, il est déterminé un ordre public social régit par le principe de faveur. En effet, lorsque la convention collective est admise à entrer en concurrence avec la loi, la manière dont notre système juridique conçoit l'articulation de ces deux sources est dominée par ce qu'il convient d'appeler l'ordre public social. En vertu de cet ordre public propre aux relations du travail, les dispositions législatives sont susceptibles de donner lieu à une amélioration par voie de convention collective.

La règle du plus favorable demeure la référence cardinale dans les relations entre la loi et la convention collective (4). Elle est érigée par le Conseil constitutionnel en principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution (5). Elle est en outre consacrée par la chambre sociale de la Cour de cassation sous la désignation de principe général de droit du travail (6).

La généralité de la formule de l'article L.2251-1 qui dispose qu'une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur, atteste que cette possibilité d'amélioration n'exige pas une habilitation spéciale, au cas par cas. Elle résulte d'une habilitation de caractère global, sans exclure pour autant l'existence de règles intangibles comme le montre la seconde phrase de l'article L.2251-1 du Code du travail.

Par ailleurs, depuis 1982, des accords collectifs dits dérogatoires autorisent les partenaires sociaux à aménager les dispositions légales dans un sens qui n'est pas nécessairement plus favorable (7).

Toutefois, « c'est le code du travail qui organise sa propre flexibilité » (8). L'extension de l'espace de la négociation aux accords dérogatoires continue à dépendre d'une autorisation, délivrée au cas par cas par le législateur et par lui seul (9). En outre, la dérogation aux règles instituées par la loi, autorisée par celle-ci, est d'interprétation stricte (10).

S'agissant des consultations annuelles du comité d'entreprise, l'article L.2323-7 du Code du travail, issu de la loi du 17 août 2015, dispose : « Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues à l'article L.2232-12, peut définir : 1° Les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise prévues aux sous-sections 3 et 4 de la présente section ; 2° La liste et le contenu des informations récurrentes prévues aux sous-sections 3, 4 et 6, à l'exception des documents comptables mentionnés à l'article L.2323-13 et des données mentionnées au 2° de l'article L.2323-17 ; 3° Le nombre de réunions annuelles du comité d'entreprise prévues à l'article L.2325-14, qui ne peut être inférieur à six. L'accord d'entreprise peut également définir les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise mentionnés au troisième alinéa de l'article L.2323-3 sont rendus ».

(2) Cons. Const., 29 avril 2004 n°2004-494 DC ; L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail, sem.soc.Lamy n° 1533, 10 avril 2012 ; H. Tissandier, Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme, Dr. Soc. 2015, p. 889.

(3) G.Loiseau L.Pécaut-Rivolier G. Pignarre, L'ordre public social a-t-il un avenir ?, Dr. Soc. 2016, p. 886 s. ; Y. Struillou, La place de la négociation dans la hiérarchie des normes de droit, Sem.soc. Lamy., n° 1555, 15 octobre 2012.

(4) G. Borenfreud et M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Dr. Soc. 2003, p. 72.

(5) Cons. Const., 12 juillet 1967 n°67.46 I, Recueil p.31 ; Cons. Const., 25 juillet 1989, n° 89.257, Recueil p.59, Dr. Soc. 1989, p.701 note X. Prétot.

(6) Cass. Soc. 17 juillet 1996, n°95-41.745, Bull. civ. V. n° 296, Dr. Soc. 1996, p.1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier.

(7) F.Petit, « L'ordre public dérogatoire », RJS n° 05/07, p. 91 et s. ; G.Loiseau L.Pécaut-Rivolier G. Pignarre, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », précité ; S. Frossard, « La suppléativité des règles en droit du travail », RDT.2009 p.83.

(8) A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », Dr. Soc. 1988, p. 585.

(9) Cass. soc. 27 mai 2008, n°06-46.403, Bull. 2008, V, n° 113, RDT, octobre 2008, CH, 612, S.NADAL ; Cass. soc. 30 juin 1993, n°90-14.895, Bull. 1993 V n° 191 p. 129 ; Cass. soc. 25 novembre 1992, n°90-43.112, Bull. 1992 V n° 573 p. 361. ; J. Savatier, « Les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement des comités d'entreprise », Dr. soc 1993, p.870.

(10) M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », Dr. soc. 1996, p.395 s. ; M. Poirier, « Négociation collective : Arrêter le massacre », Dr. Ouvr., avril 2013, n° 777.

Par ailleurs, aux termes des articles L.2325-35 et suivants du Code du travail, il n'existe aucune disposition légale permettant d'aménager ou de supprimer le droit à expertise.

Il ressort en conséquence que la loi autorise uniquement un aménagement des modalités de consultation sur la situation économique et financière et sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi. Cet aménagement peut notamment porter sur les délais de consultation et sur l'ordre des consultations entre le comité central et les comités d'établissement ou tout autre aspect visant à organiser la consultation de ces instances. En revanche, aucune disposition législative issue de la loi du 17 août 2015 n'autorise les organisations syndicales et l'employeur à priver purement et simplement un comité d'établissement de son droit de consultation et/ou de son droit à expertise sur les deux consultations récurrentes précitées. Il en résulte qu'en l'espèce, les dispositions des articles 2.1 et 2.2 de l'accord sont illicites et donc inopposables au comité d'établissement qui peut donc recourir à l'assistance d'un expert nonobstant les dispositions conventionnelles.

S'il a pu être considéré que « la promotion contemporaine de la négociation collective exprime un épanouissement du principe de participation des travailleurs » (11), il reste qu'il appartient à la loi de délimiter l'espace de cette négociation (12). L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 juin 2019 en offre une remarquable illustration.

La portée de la décision de la Cour d'appel de Paris doit s'apprécier au regard de l'ordonnance Macron n°2017-1386 du 22 septembre 2017 qui a ouvert le champ de la négociation collective aux accords dérogatoires concernant le niveau auquel les consultations récurrentes sont menées et le nombre d'expertises associées aux consultations récurrentes.

L'article L.2312-19 instauré par l'ordonnance dispose ainsi qu'« *Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L.2232-12 ou, en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité, peut définir : 1° Le contenu, la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du comité social et économique mentionnées à l'article L.2312-17 ainsi que la liste et*

*le contenu des informations nécessaires à ces consultations ; 2° Le nombre de réunions annuelles du comité prévues à l'article L.2315-27, qui ne peut être inférieur à six ; 3° Les niveaux auxquelles les consultations sont conduites et, le cas échéant, leur articulation ; 4° Les délais mentionnés à l'article L.2312-15 dans lesquels les avis du comité sont rendus. Il peut également prévoir la possibilité pour le comité social et économique d'émettre un avis unique portant sur tout ou partie des thèmes de consultation prévus à l'article L.2312-17. La périodicité des consultations prévue par l'accord ne peut être supérieure à trois ans ».*

L'article L.2315-79 crée par l'ordonnance ajoute qu'« *Un accord d'entreprise, ou à défaut un accord conclu entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel, détermine le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes prévues au paragraphe 2 sur une ou plusieurs années ».*

Il n'est donc pas certain que la décision eût été la même si l'affaire avait été jugée sous les auspices des dispositions dorénavant applicables aux comités sociaux et économiques (CSE) concernant le droit de consultation et à expertise dans les entreprises à structure complexe (13). En revanche, il demeure que les dispositions incluses dans le champ de la négociation et qui autorisent, par un accord collectif, à déroger dans un sens défavorable à la loi sont d'interprétation stricte, et ce parce qu'elles sont l'exception et que le principe de faveur est la règle.

On relèvera enfin que l'arrêt démontre que l'inopposabilité est une sanction efficace de l'illicéité d'un accord collectif ouverte aux comités (CE ou CSE) qui comporte l'avantage de ne pas être enserrée dans le délai excessivement court de deux mois de l'article L.2262-14 du Code du travail issu de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 portant sur l'action en nullité à l'encontre d'un accord collectif (14).

**Bénédicté Rollin,**

Avocate au Barreau de Paris

(11) P.-H. Antonmattei, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », Dr. soc. 2015.351.

(12) I. Odoul-Asoray, « La négociation collective, confortée par le principe de participation ? », Dr. soc. 2015.987.

(13) Les accords mentionnés à l'article L.2312-19 du Code du travail peuvent être négociés à compter du 23 septembre 2017 et s'appliquent aux instances existantes à la date de leur conclusion (ord. 2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 8, JO23).

(14) Pour les réserves d'interprétation sur cet article, voir Cons. Const., 21 mars 2018 n°2018-761 DC.