

LE COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE : ENJEUX DE LA RÉFORME ET RETOURS D'EXPÉRIENCES

La notion d'établissement au cœur des logiques de centralisation et de décentralisation de la représentation du personnel

par Christophe VIGNEAU, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut des sciences sociales du travail, Avocat à la Cour

PLAN

- I. La portée de la caractérisation de l'établissement sur le seul critère de l'autonomie de gestion
 - A. L'abandon en trompe-l'œil de la conception fonctionnelle et relative de l'établissement
 - B. Le risque d'angles morts dans la représentation du personnel
 - II. L'appréciation de l'autonomie de gestion, une question de formes et de mesure
 - A. Une autonomie de gestion aux expressions diverses
 - B. Une autonomie de gestion d'un degré suffisant
- 1. Dans son ouvrage « Le droit du travail, une technique réversible » (1), Gérard Lyon-Caen faisait de l'établissement un concept dominant du droit du travail. Opposé à l'entreprise centre de pouvoir et de profit économique, l'établissement évoque la réalité sociale d'un collectif de travail regroupé sur un même lieu et autour d'une même activité. Génératrice de problématiques, et donc de revendications propres, cette entité technique et humaine formerait un périmètre pertinent de définition et d'application des normes du travail (2). L'établissement aurait surtout vocation à constituer un espace spécifique, voire premier (3), d'un système de représentation du personnel voulu au plus proche des communautés de travail. Cette conception, construite à partir du constat sociologique d'une déconcentration de l'activité, trouve toutefois sa limite dans la dépendance de l'établissement à l'égard de l'entreprise, dont il n'est qu'un démembrement dépourvu de personnalité juridique.**
- 2. La qualification de l'établissement en droit du travail fixe le cadre des stratégies de centralisation ou, à l'inverse, de décentralisation, développées au moment de cartographier les lieux de représentation du personnel. En cela, elle dicte la capacité de communautés de travail à accéder à une représentation collective propre. La mise en œuvre de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 instaurant les comités sociaux et économiques confirme l'importance du sujet de la définition des établissements distincts dans les entreprises, que ce soit lors de négociations collectives très souvent menées de manière asymétrique ou dans le choix opéré unilatéralement par l'employeur (4). C'est donc au regard de ces enjeux essentiels que doivent être considérées les évolutions qui ont marqué la notion d'établissement distinct dans le droit de la représentation du personnel.**
- 3. Un premier mouvement a consisté à laisser aux acteurs sociaux dans l'entreprise le soin de déterminer par voie d'accord le nombre et le périmètre des établissements en ouvrant la possibilité, faute d'accord collectif d'entreprise conclu avec les organisations syndicales représentatives et en l'absence de délégué syndical, de mobiliser le CSE. À défaut de tels accords, il appartient, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2017-1386 du**
- 22 septembre 2017, à l'employeur d'y procéder, l'autorité administrative n'intervenant qu'en cas de contestation de la décision unilatérale.**
- Une deuxième évolution a conduit, depuis la loi 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques à confier aux juridictions judiciaires un bloc de compétence en matière de définition des établissements distincts en cas de contestation de la décision de l'autorité**

(1) *Le droit du travail. Une technique réversible*, coll. « Connaissance du droit. Droit privé », Paris, Dalloz, 1995, p. 16.

(2) J. Savatier, *Établissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ?*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, 2002, p. 61.

(3) N. Catala, *L'entreprise*, in *Droit du travail*, tome 4, sous la direction de G. H. Camerlynck, Dalloz, 1980, p. 112.

(4) DARES, *Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail*, octobre 2019, pp. 29 et s.

administrative (5). Cette compétence de l'ordre judiciaire comprend aujourd'hui à la fois les litiges relatifs au périmètre de désignation des délégués syndicaux et à la mise en place des comités sociaux et économiques d'établissements.

Enfin, une troisième évolution tient dans la consécration légale de critères de l'établissement au sens des différentes institutions de représentation du personnel. La qualification d'établissement distinct a longtemps résulté d'une double construction prétorienne des juridictions de l'ordre administratif et judiciaire. La notion d'établissement prenait ainsi, dans le droit de la représentation du personnel, une configuration variable selon les institutions en cause et indexée sur les missions de chacune d'entre elles (6). Cette approche, dite fonctionnelle, faisait ainsi de l'établissement une notion relative, ne serait-ce que dans le champ du droit de la représentation du personnel, et ainsi variable au gré des institutions appréhendées. On pouvait y voir une volonté d'assurer l'effectivité du droit des travailleurs à participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises, tel que garanti par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

Ce souci de mettre en regard les critères de définition de l'instance avec ses missions se retrouvait, certes de manière imparfaite et partielle (7), à la fois dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Dans le cadre du contentieux relatif à l'implantation des comités d'établissements, le Conseil d'État avait choisi, dans le fameux arrêt des *Wagons-lits* (8), de privilégier des critères organisationnels et de gestion, envisageant l'établissement comme une entité déconcentrée du pouvoir. L'exigence d'une autonomie en matière d'organisation et de gestion se justifiait pleinement au regard des attributions économiques des comités d'établissement, identiques, selon les textes, à celles des comités d'entreprises.

En dépit de quelques fluctuations dans sa jurisprudence (9), la Cour de cassation allait également emprunter une démarche fonctionnelle pour définir la notion d'établissement quant à la mise en place des délégués du personnel et des délégués syndicaux. Au sens de ces instances de représentation du personnel, un établissement recouvrait un groupe de salariés ayant des intérêts communs et placés sous une direction unique, sans considération de la localisation de la gestion du personnel, dès lors que le représentant de l'employeur était qualifié pour recevoir les réclamations ou les transmettre.

La Cour de cassation allait d'ailleurs, au fil de sa jurisprudence, s'éloigner davantage des critères organisationnels développés par le Conseil d'État en matière de comité d'établissement. Devenait, en effet, indifférent le fait que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de répondre aux demandes des représentants du personnel (10). En d'autres termes, la reconnaissance de l'établissement ne pouvait dépendre de la délégation de pouvoir accordée à son chef. L'approche fonctionnelle se donnait alors à voir par l'exigence liée à la communauté de travail, qui devait, selon l'institution visée, délégués du personnel (11) ou délégués syndicaux (12), être susceptible de générer des réclamations ou des revendications communes et spécifiques. Il y avait là une volonté de la Cour de cassation d'assurer, pour ce qui concerne les délégués du personnel et les délégués syndicaux, une représentation du personnel au plus près des communautés de travail et indépendante de l'ordonnement du pouvoir au sein de l'entreprise (13).

4. Le droit issu de la jurisprudence administrative et judiciaire réservait donc à la notion d'établissement une dimension fonctionnelle et relative, même si l'identification d'une communauté de travail placée sous la direction d'un représentant de l'employeur pouvait en être considérée comme un élément structurant (14).

(5) Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 267.

(6) B. Desjardins, La notion d'établissement en droit du travail, RJS, 4/93, p. 215 ; C. Wolmark, La caractérisation de l'établissement, Dr. Ouv. 2018, p. 533.

(7) Y. Chalaron, À propos de l'établissement, in *Analyse juridique et valeurs en droit social : mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris Dalloz, 2004, p. 153.

(8) CE, 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Cie internationale des wagons-lits*, Lebon, 458 ; Les grands arrêts du droit du travail, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, 17, p. 86.

(9) V. à cet égard, G. Borenfreund, L'établissement distinct : unité de représentation, in *Les lieux de représentation*, SSL, 20 octobre

2003, n°1140 ; C. Wolmark, La caractérisation de l'établissement, art. préc., pp. 536-538.

(10) Cass. Soc. 24 avril 2003, Dr. Soc. 2003, p. 780, obs. J. Savatier ; Cass. Soc. 29 octobre 2003, Dr. Soc. 2004, p. 213, obs. J. Savatier ; Cass. Soc. 15 décembre 2004, Dr. Soc. 2005, p. 346, obs. J. Savatier.

(11) Cass. Soc. 29 janvier 2003, Dr. Soc. 2003, p. 435, obs. J. Savatier.

(12) Cass. Soc. 2 octobre 2001, Bull. civ. V, n°296 ; Dr. Soc. 2001, p. 1129 ; obs. J. Savatier ; D.2002, Somm., 774, obs. C. Wolmark.

(13) G. Borenfreund, L'établissement distinct : unité de représentation, in *Les lieux de représentation*, préc.

(14) G. Loiseau, La notion d'établissement, Les Cahiers sociaux 2017, p. 312.

Cette définition exclusivement prétorienne de l'établissement a connu une première entorse avec la loi 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, qui a fixé des critères légaux afin de caractériser l'établissement distinct au sens des délégués syndicaux.

L'intervention du législateur s'est poursuivie avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017, qui introduit dans le Code du travail une disposition définissant les éléments d'appréciation de l'établissement pour la mise en place des comités sociaux et économiques. Aux termes de celle-ci, en l'absence d'accord collectif,

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.

L'autonomie de gestion du représentant de l'employeur devient ainsi, en l'absence d'accord, le seul critère de caractérisation de l'établissement distinct pour ce qui concerne les comités sociaux et économiques. Il convient d'en examiner à la fois les formes et la mesure (II), après avoir envisagé la portée d'une telle unification sur le droit de la représentation du personnel (I).

I. La portée de la caractérisation de l'établissement sur le seul critère de l'autonomie de gestion

5. L'article L. 2313-4 du Code du travail fait de l'autonomie de gestion l'unique critère de caractérisation de l'établissement au sens des comités sociaux et économiques d'établissement, sans considération des spécificités des communautés de travail et des solidarités qui peuvent en résulter (15). Le découpage de l'entreprise en établissements à cette seule aune pourrait s'analyser comme le corollaire logique de la fusion des instances de représentation du personnel au sein des comités sociaux et économiques. En faisant le choix de l'instance unique et en adoptant un seul élément pour caractériser l'établissement, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a-t-elle pour autant mis fin au caractère fonctionnel et relatif de la notion d'établissement dans le droit de la représentation du personnel ? À cet égard, le processus d'unification produit un double effet : il agit comme un trompe-l'œil en accréditant l'idée de son abandon (A) et, en même temps, crée le risque d'angles morts dans la représentation du personnel (B).

A. L'abandon en trompe-l'œil de la conception fonctionnelle et relative de l'établissement

6. Le choix d'un critère unique pour le CSE d'établissement ne vaut pas abandon de l'approche fonctionnelle et relative de la conception de l'établissement, telle que développée par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État. La fusion des instances n'ayant concerné que la représentation

élue, elle n'a pas entraîné une unification totale de la notion d'établissement pour l'ensemble des institutions de représentation. Le législateur fait cohabiter dans le Code du travail deux conceptions de la notion d'établissement pour ce qui a trait à la représentation du personnel, l'une au sens des comités sociaux et économiques d'établissement et l'autre des délégués syndicaux. En cela, la notion reste relative.

En effet, la loi du 5 mars 2014 a repris, sous l'article L. 2143-3 pour ce qui concerne les délégués syndicaux, la conception sociologique de l'établissement développée par la Cour de cassation. Selon cette disposition, le périmètre pour la désignation du délégué syndical est constitué d'un groupe de salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des revendications communes et spécifiques.

D'ordre public (16), la notion d'établissement distinct au sens des délégués syndicaux, telle que consacrée dans le Code du travail, se distingue de celle choisie pour le CSE, en cohérence avec leurs attributions. On sait que la Cour de cassation avait, à la suite de la loi du 20 août 2008, rompu avec l'approche fonctionnelle en opérant un alignement du périmètre de désignation du délégué syndical sur celui du comité d'établissement (17). Elle devait ultérieurement, au visa de la loi du 5 mars 2014, reprendre sa jurisprudence écartant le critère organisationnel (18).

(15) C. Wolmark, La caractérisation de l'établissement, art. préc., p. 535.

(16) Cass. Soc. 31 mai 2016, n° 15-21.175, RDT 2016, p. 575, n. l. Odoul-Asorey.

(17) G. Borenfreund, Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap, RDT, 2011,

p. 419 ; F. Petit, Les périmètres de l'établissement distinct, Dr. Soc. 2012, p. 979 ; L. Pécaut-Rivolier, La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel, JCP S, 2012, 1305.

(18) Ex. Cass. Soc. 8 juillet 2015, n° 14-60.737, Les Cahiers sociaux 2015, n° 277, p. 451, obs. F. Canut.

Le critère légal permet de diffuser une représentation syndicale au plus près des problématiques et des revendications des travailleurs, telles que générées par la spécificité de leur activité ou de leurs conditions de travail. Il en découle des intérêts propres que les délégués syndicaux, par la généralité des intérêts professionnels qu'ils défendent, ont vocation à faire valoir et à représenter, y compris par la négociation collective. Pleinement justifiée, cette conception sociale de la notion d'établissement au sens de la désignation des délégués syndicaux permet une représentation collective de proximité, en concordance avec les missions de l'instance, dans un souci d'en assurer l'efficacité (19).

7. De même, la notion d'établissement visée par l'ordonnance du 22 septembre 2017 pour la mise en place des comités sociaux et économiques d'établissements ne se départ pas d'une logique fonctionnelle. Le critère de l'autonomie de gestion retenu dans l'article L. 2313-4 du Code du travail, inspiré de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de comités d'établissement, s'expliquait par le fait que les comités d'établissement disposaient des mêmes prérogatives que les comités d'entreprises, ce qui reste le cas des comités sociaux et économiques d'établissement (20). Les attributions consultatives étaient ainsi particulièrement considérées. L'implantation d'un comité d'établissement était subordonnée à une décentralisation du pouvoir de gestion au niveau local, avec la double difficulté de fixer les éléments d'appréciation de l'autonomie et de son degré.

On sait toutefois que l'article L. 2313-4 du Code du travail ne reprend que partiellement les critères retenus par le Conseil d'État qui, depuis l'arrêt *Compagnie des wagons-lits* du 29 juin 1973, admettait l'existence d'un établissement distinct, au sens des comités d'établissement, non seulement au regard de l'autonomie de gestion, mais également d'une implantation géographique propre et stable (21).

Il n'en reste pas moins que le critère de l'autonomie de gestion retenu pour la reconnaissance des comités sociaux et économiques d'établissement répond à une logique fonctionnelle qui continue de présider, selon l'instance en cause, aux différentes notions, aujourd'hui légales, de l'établissement. On ne saurait en conséquence, d'une part, parler de conception unique de l'établissement pour l'ensemble des institutions de représentations du personnel et, d'autre

part, conclure à l'abandon de l'approche fonctionnelle et relative selon l'instance en cause. Toutefois, pour ce qui concerne le cadre d'implantation et d'action des CSE d'établissement, force est de constater que le législateur n'a suivi la méthode fonctionnelle que partiellement si l'on admet que la fusion des instances n'a pas fait disparaître la diversité des missions de la représentation élue, et cela au risque de créer des angles morts dans la représentation du personnel.

B. Le risque d'angles morts dans la représentation du personnel

8. La fusion des instances de représentation du personnel opérée par l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 a conduit le législateur à prévoir la mise en place des CSE d'établissement, hors accord collectif, selon un seul critère, l'autonomie de gestion du responsable local.

Retenir cet unique élément ne peut que traduire la volonté législative de mettre l'accent sur les attributions économiques de l'instance en matière d'information et consultation. On s'est, à juste titre, interrogé sur la pertinence d'un critère organique élaboré pour une instance, le comité d'établissement, centrée sur de telles prérogatives, alors même que le comité social et économique en regroupe plusieurs aux missions diverses (22).

Rappelons, en effet, que, selon l'ordonnance du 22 septembre 2017, la fusion des instances n'emporte pas la perte des attributions anciennement dévolues au CHSCT et aux délégués du personnel. Il ne faut pas, à cet égard, se fier à la lecture de l'article L. 2312-8 du Code du travail, qui définit les missions du CSE sous la même formule que celle utilisée pour le comité d'entreprise. En d'autres termes, le critère unique ne rend pas compte de la diversité des attributions conférées à la nouvelle instance de représentation du personnel.

Les attributions dont dispose depuis la réforme l'instance unique, autrefois celles des délégués du personnel, sont désormais exercées selon un périmètre différent, puisqu'il est celui d'un établissement entendu comme une communauté de travail placée sous l'autorité d'un responsable disposant d'une autonomie de gestion. Une condition supplémentaire est ainsi exigée pour qu'une communauté de travail bénéficie de représentants assurant les missions autrefois confiées aux délégués du personnel. S'agissant du périmètre des CHSCT, on sait que

(19) J. Laroque, Les élections professionnelles dans l'entreprise, Dalloz, 1987, n° 66.

(20) Art. L. 2316-20, al. 1, C. trav.

(21) Y. Pagnerre, E. Jeansen, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme, RDT 2018, p. 358. À noter, cependant, que le critère de l'implantation géographique

a été repris par un arrêt récent de la Cour de cassation : Cass. Soc., 22 janvier 2020, n° 19-12.011, Dalloz actualité, 11 février 2020, obs. L. Malfettes ; Dr. Soc. 2020, p. 281, obs. F. Petit.

(22) L. Milet, L'établissement au sens du comité social et économique : à nouvelles institutions, nouvelles approches, Dr. Ouv. 2019, p. 307 ; F. Signoretto, Plaidoyer pour une évolution de la notion d'établissement distinct, RDT 2018, p. 358.

l'implantation des CHSCT correspondait aux comités d'établissements, ce qui paraissait d'ailleurs aller à l'encontre du critère de proximité choisi pour cette instance (23). Divers dispositifs permettaient toutefois une prise en compte des problématiques spécifiques, en matière de santé et sécurité, de communautés de travail plus restreintes. Tout d'abord, un même établissement pouvait accueillir plusieurs CHSCT en cas de secteurs d'activités différents. Ensuite, l'inspecteur du travail pouvait imposer la création d'un CHSCT au regard de la spécificité des conditions de travail d'une collectivité de salariés. Enfin, les délégués du personnel exerçaient les missions attribuées aux CHSCT dans les établissements de moins de 50 salariés. Au-delà même de la disparition d'une instance dédiée aux questions d'hygiène et sécurité (24), le choix de l'autonomie de gestion comme seul élément de détermination du CSE d'établissement opéré par la réforme de septembre 2017 fait obstacle au maintien d'une représentation du personnel de proximité, y compris sur le thème de la santé au travail.

9. On ne peut donc que relever une discordance, voire une inadéquation, entre la diversité des missions du CSE et le critère retenu par l'article L.2313-4 du Code du travail, source d'appauvrissement de la représentation (25) et qui justifierait, ainsi qu'il a été suggéré (26), de faire évoluer la notion d'établissement distinct.

Le choix opéré par le législateur dans les ordonnances procède d'une toute autre logique. En effet, la réforme n'a pas simplement pour ambition de fusionner les instances, mais également de les recentrer au niveau de l'entreprise, conçue comme un centre de décision et de pouvoir économique. La représentation élue voit ainsi prédominer ses attributions consultatives quant aux décisions économiques et de gestion de l'employeur. Ce mouvement de rattachement de la représentation élue au niveau des lieux de décision s'accompagnant, par ailleurs, d'une réduction du nombre des mandats, provoque son éloignement des lieux de travail et donc des travailleurs eux-mêmes. La notion d'établissement, telle

que développée par l'ordonnance du 22 septembre 2017, constitue une composante essentielle de cet éloignement de la représentation élue des communautés de travail. La répartition des compétences entre CSE d'établissement et CSE centraux participe du même phénomène et de la même volonté.

On assiste en effet dans les entreprises à structure complexe à une réduction des attributions des CSE d'établissement entamée par la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (27) et qui peut être synonyme de marginalisation de l'instance locale de représentation. Le législateur a progressivement circonscrit ses prérogatives consultatives, tout en maintenant, sous l'article L.2316-20 du Code du travail, la règle d'une identité d'attributions entre les CSE d'établissement et les CSE d'entreprise, dans la limite des pouvoirs des chefs d'établissement, ce qui pose d'ailleurs la question de la portée de cette dernière incise (28). S'agissant des consultations récurrentes sur les orientations stratégiques et la situation économique et financière, l'article L.2312-22 du Code du travail, issu des ordonnances du 22 septembre 2017, les ramène expressément au niveau du comité social d'entreprise au titre des dispositions supplétives, sauf décision différente de l'employeur. La politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ne font l'objet d'une consultation annuelle au niveau du CSE d'établissement que lorsque des mesures d'adaptation sont prévues. Le CSE central est également seul consulté lorsque, concernant les projets et consultations récurrentes, les mesures de mise en œuvre au niveau local ne sont pas définies et, pour les projets ponctuels, lorsqu'aucune mesure d'adaptation spécifique n'est prévue (29). Cette diminution des attributions, ramenées aux aspects sociaux, rend d'autant plus discutable la caractérisation du CSE d'établissement selon le critère développé pour les comités d'établissement (30).

Faire de l'autonomie de gestion le seul critère pour caractériser l'établissement distinct revient non seulement à priver des communautés de travail ayant des intérêts spécifiques de représentation propre (31),

(23) Circulaire DRT n° 93/15 du 25 mars 1993 relative à l'application de la loi n° 82.1097 du 23 décembre 1982. À cet égard, F. Signoretto, Plaidoyer pour une évolution de la notion d'établissement distinct, RDT 2018, p. 358.

(24) J. Morin, Comité social et économique et protection de la santé des travailleurs, Dr. Ouv. 2020, p. 424 ; G. Pignarre, Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique, RDT 2017, p. 647 ; P.-Y. Verkindt, « ... À celui qui n'a pas, même ce qu'il a lui sera retiré... », Dr. Soc. 2018, p. 708.

(25) G. Borenfreund, La fusion des institutions représentatives du personnel - Appauvrissement et confusion dans la représentation, RDT 2017, p. 608.

(26) L. Milet, L'établissement au sens du comité social et économique : à nouvelles institutions, nouvelles approches, Dr. Ouv. 2019, p. 307 ; F. Signoretto, Plaidoyer pour une évolution de la notion d'établissement distinct, RDT 2018, p. 358.

(27) C. Nicod, La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration, RDT 2015, p. 549, J.-F. Cesaro, A. Martinon, Articulation des consultations comités d'établissement et comité central d'entreprise, Les Cahiers sociaux 2017, n° 297, p. 319.

(28) L. Milet, Le droit à la consultation et à l'expertise des comités d'établissement ou des futurs comités sociaux et économiques d'établissement, RDT 2017, p. 734 ; F. Signoretto, Établissements distincts et mise en place d'un CSE : le débat est relancé, RDT, 2020, p. 136.

(29) Art. L.2316-1, C. trav.

(30) L. Milet, L'établissement au sens du comité social et économique : à nouvelles institutions, nouvelles approches, art. préc., p. 307.

(31) C. Wolmark, La caractérisation de l'établissement, art. préc., p. 535.

mais aussi à marginaliser les missions de terrain des représentants élus, à savoir être en mesure de porter des réclamations des travailleurs et de veiller au respect des règles en matière d'hygiène et sécurité. La création, par la réforme du 22 septembre 2017, d'une nouvelle figure de représentation du personnel, à

savoir les « *représentants de proximité* » (32), ne peut s'expliquer que par une volonté de pallier la centralisation de la représentation du personnel que contient le choix de l'autonomie de gestion comme critère unique de caractérisation de l'établissement distinct, dont il reste à expliciter les formes et la mesure.

II. L'appréciation de l'autonomie de gestion, une question de formes et de mesure

10. Avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, la notion d'établissement distinct aux fins de détermination des CSE d'établissement dépend exclusivement de l'autonomie de gestion dont dispose le représentant de l'employeur au niveau local. Ce choix fait de l'organisation du pouvoir au sein des entreprises, et plus précisément du pouvoir de gestion, l'élément déterminant de la structuration de la représentation élue du personnel, sauf volontés collectives contraires. Il n'en reste pas moins que le pouvoir décisionnel de gestion demandé au délégataire peut revêtir des expressions diverses (A). Il doit également être d'un degré suffisant (B).

A. Une autonomie de gestion aux expressions diverses

11. Si l'autonomie de gestion devient l'unique critère de reconnaissance de l'établissement, la teneur de celle-ci peut trouver différentes expressions, au-delà de la seule gestion du personnel. Ce caractère polymorphe découle du libellé même de l'article L.2313-4 du Code du travail qui, en faisant précéder la gestion du personnel de l'adverbe « *notamment* », signale qu'il ne s'agit là que l'un des éléments susceptibles de caractériser cette autonomie au niveau local.

Avec l'arrêt *SNCF* du 19 décembre 2018 (33), la Chambre sociale de la Cour de cassation a apporté des précisions importantes en ajoutant l'exécution du service à la gestion du personnel comme éléments d'appréciation de l'autonomie de gestion. À la lecture de la décision de la Cour de cassation, on pourrait estimer que l'autonomie doit s'apprécier à la fois s'agissant de la gestion du personnel et de l'exécution du service. Pourtant, la lettre de l'article L.2313-4 ne commande pas de rendre ces éléments cumulatifs,

ce que confirme une décision plus récente (34). L'exécution du service ne constitue pas un critère nouveau de caractérisation de l'établissement distinct, puisque le Conseil d'État l'avait également fait sien pour définir le périmètre d'implantation des comités d'établissements sous l'empire du régime antérieur aux ordonnances de 2017.

Dans sa note explicative de l'arrêt du 19 décembre 2018, la Haute juridiction exclut le critère de proximité et fait expressément référence à la jurisprudence du Conseil d'État, sur laquelle il est donc pertinent de s'appuyer pour tenter d'appréhender cette autonomie de gestion. Les manifestations de l'autonomie de gestion du chef d'établissement doivent être recherchées, d'une part, s'agissant de la gestion du personnel et, d'autre part, dans l'exécution du service. La gestion du personnel renvoie aux pouvoirs du chef d'établissement en matière, par exemple, d'embauche, d'évaluation, de répartition des horaires de travail, de sanction et de licenciement. La notion d'exécution du service, même si elle apparaît plus difficile à cerner, recouvre les pouvoirs en matière de définition des périodes d'activité et d'inactivité, de gestion des stocks, de comptabilité, de détermination de la politique commerciale, de choix des fournisseurs ou de contrôle qualité. L'existence d'accords collectifs négociés au niveau de l'établissement a été également reconnue comme une des expressions de l'autonomie de gestion (35) que l'on peut rattacher à l'exécution du service. On peut en déduire que l'autonomie de gestion du responsable, à l'aune de laquelle s'apprécie l'existence d'un établissement distinct, couvre différents domaines.

12. Dans l'ensemble de ces champs se pose la question du mode d'appréciation de l'autonomie de gestion, et tout particulièrement de la valeur des délégations de compétences délivrées au chef d'éta-

(32) D. Simonneau, *Les représentants de proximité : substituts ou compléments ?*, Dr. Ouv. 2020, p. 432.

(33) G. Auzero, « L'établissement distinct : caractérisation et contestation », *Lexbase* 2019, N7173BXX ; A. Coeuret, François Duquesne, « L'autonomie suffisante de l'établissement distinct au sens du CSE », *Semaine Juridique Ent.*, 2019, 1066 ; C. Wolmark, « Établissement distinct au sens du CSE : pertinence de la continuité jurisprudentielle ? », *RDT* 2019, p. 119.

(34) Cass. Soc. 11 décembre 2019, n° 19-17.298, *RDT* 2020, p. 133, n. F. Signoretto ; L. Malfettes, « Reconnaissance d'établissement distinct : précisions sur le critère d'autonomie de gestion », *Dalloz actualité*, 10 janvier 2020.

(35) *Id.*

blissement. Cette question mérite d'être débattue, car l'on sait combien ce critère ménage, en réalité, à l'employeur une grande liberté dans la définition des espaces de représentation au sein de l'entreprise (36). Or, l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation laisse planer quelques incertitudes en la matière. À la lecture de son arrêt du 19 décembre 2018 (37), il apparaît sans nul doute que la Haute juridiction tient pour pertinentes les délégations de compétences accordées par la direction de l'entreprise au responsable d'établissement. De manière expresse, elle indique que l'autonomie de gestion de l'établissement dans la gestion du personnel et l'exécution du service doit s'apprécier « *notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable* ». Néanmoins, il ressort de la décision que la répartition des pouvoirs peut résulter des délégations de compétences, mais également de leur exercice effectif. Postérieurement, la Cour de cassation a, semble-t-il, fait privilégier les délégations de « pouvoirs » sur l'exercice effectif des compétences entre les niveaux central et local. Dans son arrêt du 11 décembre 2019 (38), la Chambre sociale censure un jugement qui avait, faute d'un exercice effectif du pouvoir du responsable local, et après avoir estimé que l'on ne pouvait s'arrêter aux documents de l'entreprise l'organisant, écarté l'existence d'un établissement distinct. La Cour de cassation reproche au tribunal d'instance de ne pas avoir retenu ces délégations de pouvoirs comme élément de caractérisation de l'autonomie de gestion, leur accordant ainsi une valeur décisive au détriment d'une analyse de la répartition du pouvoir *in concreto*. On pourra, par ailleurs, regretter un certain flottement terminologique entre délégation de compétences et délégation de pouvoirs. Alors que la Cour de cassation se référait dans l'arrêt du 19 décembre 2018 à la première notion avec une certaine rigueur terminologique (39), elle emploie, semble-t-il ensuite indifféremment les deux propositions sans considération des conditions distinctes de leurs mises en œuvre.

Afin de ne pas priver le juge de toute latitude dans l'appréciation de cette autonomie de gestion, il conviendrait, à tout le moins, de ne pas s'attacher aux délégations formelles de compétence, mais à leur

expression dans la réalité de l'exercice du pouvoir par les chefs d'établissement. En toute hypothèse, le juge ne peut se contenter d'identifier les éléments de nature à caractériser l'autonomie de gestion du chef d'établissement. Il doit également se prononcer sur le caractère suffisant de celle-ci en évaluant son degré.

B. Une autonomie de gestion d'un degré suffisant

13. La question du degré de cette autonomie de gestion est posée par la Cour de cassation dans son arrêt *SNCF* du 19 décembre 2018 à travers l'exigence requise d'une « *autonomie suffisante* ». Des quelques arrêts rendus par la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017 se dégage l'idée d'une appréciation du caractère suffisant de l'autonomie au regard des différentes expressions de l'autonomie de gestion prises dans leur ensemble, sans qu'aucune d'entre elles ne soit de nature à l'écarter. Tel est le sens de l'arrêt du 11 décembre 2019, aux termes duquel la Cour de cassation juge que l'organisation de certaines activités ou la définition de certaines procédures au niveau central n'est pas de nature à exclure l'autonomie de gestion du responsable d'établissement (40). Cette solution prévalait déjà dans la jurisprudence du Conseil d'État lorsqu'il avait à juger de l'existence d'un établissement distinct au sens des comités d'établissement (41). L'appréciation du degré d'autonomie de gestion du responsable local doit ainsi être menée de manière globale, sous ses différents aspects et sans considération exclusive. Aussi, les juges du fond sont-ils invités à reconnaître l'existence d'un établissement distinct, même si son responsable ne définit pas toutes les procédures qu'il applique ou ne maîtrise pas l'ensemble des fonctions nécessaires à l'activité. L'autonomie de gestion du chef d'établissement n'exclut pas que des fonctions ou des procédures relèvent du niveau de l'entreprise. En revanche, il doit jouir, dans le cadre de la mise en œuvre de ces procédures et de ces fonctions opérationnelles, d'un véritable pouvoir de décision et non pas de simple proposition. Les juges du fond sont ainsi invités à considérer l'autonomie de l'établissement sans perdre de vue le lien de dépendance qui l'unit à l'entreprise.

Christophe Vigneau

(36) G. Auzero, « L'établissement distinct : caractérisation et contestation », art. préc.

(37) G. Auzero, « L'établissement distinct : caractérisation et contestation », art. préc. ; A. Coeuret, François Duquesne, « L'autonomie suffisante de l'établissement distinct au sens du CSE », art. préc. ; C. Wolmark, « Établissement distinct au sens du CSE : pertinence de la continuité jurisprudentielle ? », art. préc..

(38) Cass. Soc., 11 décembre 2019, n° 19-17.298, RDT 2020, p. 133, n. F. Signoretto ; L. Malfettes, « Reconnaissance d'établissement distinct : précisions sur le critère d'autonomie de gestion », art. préc.

(39) C. Wolmark, « Établissement distinct au sens du CSE : pertinence de la continuité jurisprudentielle ? », art. préc.

(40) RDT 2020, p. 133, n. F. Signoretto. Dans le même sens Cass. Soc. 22 janvier 2020, n° 19-12.011, Dalloz actualité, 11 février 2020, obs. L. Malfettes ; Dr. Soc. 2020, p. 281, obs. F. Petit.

(41) CE, 11 décembre 1991, n° 92.935 ; CE, 3 octobre 1994, n° 111.401 ; CE 12 juin 1995, n° 110.044.