

## LE CSE : ACTEURS ET ACTIONS EN MATIÈRE DE NÉGOCIATION COLLECTIVE

# La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE

Par Fabrice ROSA,  
Professeur des universités, Université de Reims

### PLAN

#### I. Une question de catégorisation

- A. Des figures hétérogènes
- B. Des fondements en quête de cohérence
- C. Une typologie à construire

#### II. Une question de valeur normative

- A. Quels effets normatifs ?
- B. Quel régime juridique ?
- C. Quelle articulation avec les accords collectifs de droit commun ?

**En marge d'un cadre légal pourtant très développé de normes collectives, il est frappant de constater que les acteurs sociaux ont conçu une profusion d'instruments normatifs originaux dont la Cour de cassation a entièrement façonné le régime : usages d'entreprise, engagements unilatéraux, accords atypiques conclus entre l'employeur et le comité d'entreprise, usages locaux, recommandations patronales... Alors même qu'elle est instituée par le législateur, la figure émergente des accords conclus « au sein du CSE » devrait requérir le même travail de la jurisprudence tant sont lacunaires les dispositions légales qui leur sont consacrées (1). Une entreprise de catégorisation juridique s'avère dès lors nécessaire pour composer leurs premiers linéaments (2).**

**Le thème des accords conclus « au sein » du CSE soulève une difficulté qui tient à leur caractère hétérogène. Le Code du travail indique qu'un accord en matière d'intéressement (3) ou de participation (4) peut être conclu « au sein » du CSE, désignant ainsi l'accord conclu avec l'institution par opposition aux accords qui le sont avec les membres de la délégation élue au CSE (5). Dans la législation, c'est semble-t-il la seule occurrence exacte, alors que d'autres termes recouvrent de toute évidence le même type d'accords conclus avec l'institution : dans ces autres cas, il est question d'accords conclus « entre l'employeur et le CSE ». Relèvent de cette seconde catégorie les accords portant sur les attributions (6) ou le fonctionnement du CSE (7) ainsi que les accords déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts (8). En revanche, les résolutions internes portant édicton du règlement intérieur du CSE (9) ne s'y intègrent pas tant il est vrai que l'acte demeure unilatéral (10).**

**Dans tous les cas de figure, le législateur fixe en général le mode de conclusion de l'accord : il indique les conditions de majorité requises (adoption à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité) qui diffèrent de celles**

**imposées aux accords conclus avec les membres du CSE en l'absence de délégué syndical (exigence d'une majorité en suffrages exprimés (11)). Mais le législateur ne dit rien des raisons pour lesquelles l'agent de la négociation se trouve être le CSE**

(1) Qui figurent dans le Code du travail.

(2) V. déjà B. Gauriau, « L'accord, instrument de mise en place du comité social et économique », *JCP S*, 2018, p. 1204.

(3) C. trav., art. L. 3312-5.

(4) C. trav., art. L. 3322-6.

(5) Dans les formules de négociation « alternative » lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical.

(6) Et plus particulièrement : sur les réunions et consultations récurrentes (article L. 2312-19), sur la base de données économiques et sociales (article L. 2312-21), sur les consultations et informations ponctuelles du CSE (article L. 2312-55).

(7) Il s'agit de la périodicité des réunions (article L. 2315-29) et des commissions santé, sécurité et conditions de travail (article L. 2315-42, article L. 2315-43)

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

(9) C. trav., art. L. 2315-24.

(10) L'employeur ne prend part au vote du règlement intérieur exception faite des dispositions qui mettraient des engagements à sa charge, mais la loi impose alors la qualification d'engagement unilatéral (C. Vanuls, « Le règlement intérieur du comité social et économique », *Dr. Soc.*, 2019, p. 395 ; F. Petit, « Les représentations élues et syndicales dans leurs derniers états », *Dr. Soc.*, 2018, p. 511).

(11) C. trav., art. L. 2232-23-1, II, al. 1 et C. trav., art. L. 2232-25, al. 3.

plutôt que les membres de sa délégation élue (12). Il ne s'explique pas davantage sur le mode d'articulation entre ce type d'acte et les autres catégories d'accords collectifs (13). Dans certains cas, un accord ne peut être conclu avec le CSE qu'à défaut d'accord majoritaire (ce qui exclut toute possibilité d'un accord minoritaire valide), tantôt en l'absence de délégué syndical (14) tantôt sans que cette seconde condition ne soit posée (15). Mais c'est parfois à défaut d'accord « d'entreprise (16) » que cette voie peut être empruntée. Plus rarement, comme c'est le cas pour l'intéressement (17) et la participation (18) ou les délais d'expertise (19), l'accord conclu avec le CSE figure aux côtés de l'accord collectif comme une alternative de même rang.

Le régime des accords conclus avec le CSE est en outre en grande part inachevé (20). Tôt ou tard, se poseront dès lors des questions qui regardent la

vie normale de tout acte à destination collective : quelles règles appliquer pour ce qui a trait à la durée, l'exécution, la révision ou encore la dénonciation de l'accord ? comment ces accords s'articulent-ils avec les accords collectifs de différents niveaux ? Les conditions d'application et de contrôle par le juge des accords mis à l'étude sont encore en grande partie incertaines.

La résolution de ces questions suppose au premier chef que l'on s'interroge sur la classification des accords dans une catégorie juridique unitaire. Elle implique également que soit mesuré leur rayonnement normatif. Ces opérations sont le préalable à la conception d'un régime juridique adapté. En d'autres termes, l'analyse juridique de ces accords recouvre deux questions : une question de *catégorisation* (I), d'une part, et une question de *valeur normative*, d'autre part (II).

## I. Une question de catégorisation

Est-il possible, malgré le silence du législateur, d'identifier un modèle juridique unique de l'accord conclu au sein du CSE ? Une première lecture des dispositions du Code du travail suggère une réponse négative tant sont diverses les figures de l'accord conclu avec le CSE (A) et indiscernables les lignes directrices qui les sous-tendent (B). Ce constat décevant n'interdit cependant pas de compléter la typologie légale des actes normatifs (C).

### A. Des figures hétérogènes

Trois groupes d'accords peuvent être distingués en fonction de leurs objets respectifs : certains ont pour objet le CSE lui-même ; d'autres, le cadre de sa mise en place ; d'autres enfin portent sur les modalités de la participation financière des salariés.

Au titre des accords ayant pour objet le CSE (21), figurent ceux qui peuvent moduler les attributions

de l'institution (22) : sont négociables à ce titre les délais ainsi que les consultations et informations récurrentes (23) comme les consultations et informations ponctuelles (24). Le chapitre relatif au fonctionnement ouvre en outre un espace de négociation sur le nombre de réunions (25) ou encore les modalités de commission santé, sécurité et conditions de travail (26). S'y ajoutent les accords portant sur les moyens de l'institution. Ainsi, le nombre d'expertises est fixé, à titre principal par accord d'entreprise et, à défaut, par accord conclu entre l'employeur et le CSE (27). En revanche, lorsque la gestion d'activités sociales et culturelles est transférée au CSE central par accord avec les organisations syndicales représentatives, c'est par une « convention » entre les CSE d'établissement et le CSE central que ses modalités sont déterminées (28). Le terme interpelle : la nature juridique de l'acte reste à définir (contrat de droit

(12) Dans les modes dits alternatifs de négociation (articles L. 2232-21 et suivants).

(13) Sur le constat de cette hétérogénéité, v. not. F. Géa, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT*, n° 01, p. 50 et s.

(14) Par exemple, article L. 2312-19.

(15) C. trav., art. L. 2313-6 à propos de l'éventuelle prolongation des membres de la délégation du personnel du CSE en cas de perte de la qualité d'établissement distinct.

(16) C. trav., art. L. 2315-79 qui ne pose pas la condition supplémentaire de l'absence de délégué syndical.

(17) C. trav., art. L. 3312-5.

(18) C. trav., art. L. 3322-6.

(19) C. trav., art. L. 2315-85, 1°.

(20) Le régime des accords d'intéressement, de participation ou d'épargne salariale est étoffé. Il n'en va pas de même d'autres catégories d'accords conclus au sein du CSE.

(21) V. F. Géa, « L'accord sur le comité social économique », *BJT*, n° 01, p. 50 et s.

(22) Dispositions regroupées dans le chapitre figurant dans le titre 1, livre III de la deuxième partie du Code du travail.

(23) C. trav., art. L. 2312-16 et L. 2312-19.

(24) C. trav., art. L. 2312-55.

(25) C. trav., art. L. 2315-28.

(26) C. trav., art. L. 2315-42.

(27) C. trav., art. L. 2315-79.

(28) C. trav., art. L. 2316-23 et D. 2316-7.

commun (29) ou acte *sui generis*) mais exclut selon toute vraisemblance l'employeur de la procédure d'adoption des résolutions de chacune des institutions (30).

D'autres accords conclus par le CSE portent sur le cadre de sa mise en place. À défaut d'un accord collectif majoritaire (31), et en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le CSE peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements (32). Lorsqu'une unité économique et sociale d'au moins 11 salariés a été reconnue, la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts peut résulter, à défaut d'un accord d'entreprise conclu au niveau de l'UES selon les modalités de l'article L. 2232-12 et en l'absence de délégué désigné au niveau de l'UES, de la conclusion d'un accord entre les entreprises regroupées au sein de l'UES et le CSE commun qui assure cette détermination (33).

Enfin, troisième cas de figure, l'accord peut être conclu en matière d'intéressement, de participation et d'épargne salariale. Sur ces sujets, les textes (34) précisent que de tels accords sont conclus : 1° par une convention ou accord collectif de travail ; 2° par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives ; 3° par accord conclu au sein du CSE ; 4° par projet d'accord de l'employeur ratifié à la majorité des 2/3 du personnel.

Cette vue cavalière des dispositions légales soulève une première interrogation. Le Code du travail n'indique pas expressément si l'employeur et le CSE peuvent librement conclure, en dehors de ces prévisions, un accord pour compléter ou modifier telle ou telle disposition du Code ne relevant pas de l'ordre public absolu. En tête du chapitre II (attributions) et du chapitre V (fonctionnement du CSE), le Code précise dans les mêmes termes que « *les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usage* (35) ». Qu'il faille ou non inclure les accords avec le CSE au sein de cette catégorie d'accords « collectifs », le législateur ne le dit pas. Il est en conséquence difficile de savoir si les premiers peuvent instituer, hors des cas expressément prévus,

des dispositions plus favorables ou si les accords collectifs de droit commun constituent l'instrument unique de telles dispositions amélioratives. Autre motif de perplexité : le Code ne spécifie pas la nature de l'accord qui peut définir l'ordre et les délais dans lesquels le CSE central et les CSE d'établissements rendent leurs avis (36). Certains auteurs plaident pour la possibilité de recourir à l'accord entre l'employeur et le CSE à défaut de délégué syndical (37), ce qui semble-t-il supposerait tout de même un accord impliquant l'ensemble des institutions en cause. Somme toute, l'ensemble des interrogations qui précèdent sont peut-être le signe que la raison d'être des accords conclus avec le CSE demeure fondamentalement indéterminée.

## B. Des fondements en quête de cohérence

Le Code ne donne aucune indication sur la rationalité qui sous-tend le choix de déléguer à l'accord conclu avec le CSE la réglementation de certaines matières. Plus encore, l'examen des conditions de validité donne le sentiment d'un manque de cohérence entre l'exigence majoritaire posée et la nature des intérêts en jeu (38).

Qu'ils portent sur la configuration du CSE ou sur la définition et la délimitation des établissements distincts (39), les accords conclus avec le CSE le sont à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité. S'agissant des accords de participation et d'intéressement (40), la formule est quelque peu différente : leur conclusion résulte d'un accord entre l'employeur et la délégation du personnel « *statuant à la majorité* » ce qui, par renvoi à la disposition générale de l'article L. 2315-32, recouvre une majorité des membres *présents* et non des membres *titulaires* (41). Ces variations mises à part, le mode de conclusion de l'accord avec le CSE se distingue en tout cas de celui des accords négociés et conclus par les membres titulaires de la délégation élue du personnel du comité social et économique en l'absence de délégué syndical. Pour ces derniers, c'est une exigence de majorité en termes de poids électoral qui est posée : approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés en cas de mandatement des élus

(29) En faveur de cette qualification : B. Gauriau, art. cit. ; I. Odoul-Asorey, « Comité d'entreprise : activités sociales et culturelles, gestion des activités sociales et culturelles », *Rép. trav.*, Dalloz, n° 112.

(30) Voir C. trav., art. L. 2316-32, al. 2.

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

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

(33) C. trav., art. L. 2313-8, al. 4.

(34) C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3322-6.

(35) C. trav., art. L. 2312-4 et 2315-2.

(36) C. trav., art. L. 2316-22.

(37) P.-Y. Verkindt, L. Pécaut-Rivolier, G. Loiseau, P. Lokiec, *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz, 2018, coll. « Dalloz Action », n° 421, p. 41.

(38) Sur ce constat général, B. Gauriau, art. cit.

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

(40) C. trav., art. D. 3345-1.

(41) Interprétation préconisée par l'administration (circ. du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, fiche n° 3).

signataires de l'accord dans les entreprises de plus de 50 salariés (42) ; dans les autres cas, adoption de l'accord par la signature des membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du CSE lors des dernières élections professionnelles (43).

Majorité des membres élus titulaires dans un cas, majorité des suffrages exprimés dans l'autre : le passage d'un mode de conclusion à l'autre de l'accord révèle-t-il une *différenciation des fondements* (44) ? Quoiqu'il ne l'ait nulle part exprimé dans le Code, le législateur semble rechercher, pour les accords conclus avec le CSE, l'expression d'une volonté *propre* à l'institution – et une volonté commune résultant d'un vote égalitaire. La majorité de validation est dégagée abstraction faite du poids électoral des membres en cause. L'expression de « légitimité institutionnelle » de l'accord vient alors à l'esprit. À l'inverse, dans la négociation alternative des accords collectifs conduite par les membres élus, il s'agit de s'assurer que les signataires de l'acte soient les porteurs d'une « légitimité électorale » suffisante au regard du standard de la représentativité syndicale.

Le recours à la légitimité institutionnelle convient sans aucun doute s'agissant des accords de configuration du CSE. Tournés vers le fonctionnement de l'institution, de tels actes doivent se recommander de la volonté interne qui s'y dégage. Dans le même ordre d'idée, on peut comprendre que les accords conclus entre le CSE central et les comités d'établissement reposent aussi sur la volonté commune des institutions en cause.

La pertinence de cette logique est en revanche moins certaine en ce qui concerne la définition de l'établissement distinct. Ce cadre de la représentation n'est pas seulement destiné à servir de cadre d'implantation du CSE. Il sert aussi à l'évaluation de la représentativité syndicale. Il est dès lors contestable d'avoir autorisé la définition du périmètre de l'établissement distinct par un accord conclu avec des membres majoritaires de l'institution sur le plan numérique, mais qui ne le sont pas nécessairement sur le plan électoral. On peut dans ces conditions se demander s'il n'aurait pas été plus judicieux de faire conclure l'acte par les membres du CSE *représentant la majorité des suffrages exprimés*.

C'est le corps électoral, plus que l'institution élue, dont il faudrait exprimer les choix lorsque sont en cause les règles des futures élections (45).

En matière d'intéressement et de participation, on comprend difficilement pourquoi la conclusion des accords avec le CSE peut résulter d'un vote de la seule majorité des membres présents de l'institution. Les intérêts collectifs des salariés ne sont-ils pas en jeu, qui commanderaient une conclusion par des représentants exprimant une légitimité électorale (46) ?

En définitive, il est bien délicat de trouver une idée directrice qui explique pourquoi le législateur privilégie tantôt des modes alternatifs de négociation, tantôt une négociation avec le CSE – avec au passage une terminologie elle-même fluctuante. Cette difficulté invite à compléter la typologie des actes normatifs conclus par les institutions représentatives du personnel.

## C. Une typologie à construire

Il faut partir de l'existant (1), dans le Code, pour tenter de trouver une qualification adéquate (2).

### 1. Quelle typologie dans le Code ?

Le législateur ne se prononce pas sur la nature juridique des accords conclus avec le CSE. Plusieurs considérations conduisent toutefois à penser que ces derniers ne relèvent pas de la catégorie des conventions et accords collectifs de travail.

Le premier argument est d'ordre purement terminologique. Prenons par exemple les textes relatifs aux accords de participation (47) ou d'intéressement (48) : le législateur vise successivement les « conventions et accords collectifs », les accords conclus avec les représentants d'organisations syndicales représentatives ou encore les accords conclus au sein du CSE, etc. C'est aussi un ordre de subsidiarité que l'on retrouve dans l'accord définissant le périmètre de l'établissement distinct ou les accords de configuration du CSE. Juxtaposant ces différentes sortes d'accord, le Code exclut implicitement leur commune appartenance au genre des conventions et accords collectifs.

Le second argument touche davantage au fond du droit. Au sujet des attributions ou du fonctionnement du CSE, le Code indique que les règles posées en matière de fonctionnement du CSE ne font pas

(42) C. trav., art. L. 2232-24.

(43) C. trav., art. L. 2232-23-1 (entreprises entre 11 et 49 salariés, que les élus soient ou non mandatés) et L. 2232-25 (entreprises de plus de 49 salariés, pour les accords conclus par des élus non mandatés).

(44) Pour une appréciation critique, B. Gauriau, art. cit.

(45) Et l'on a même regretté que la division en établissements distincts ne relève plus de la négociation préélectorale qui permettait une participation des syndicats non représentatifs

qui aspirent à le devenir (J. Dirringer, F. Petit, « La négociation préélectorale, une terre mouvante », *Dr. soc.*, 2019, p. 391).

(46) Comme le confirment les textes précités qui ouvrent une négociation soit par des délégués syndicaux soit par des « représentants » des organisations syndicales représentatives, *i. e.* des salariés mandatés expressément par ces organisations.

(47) C. trav., art. L. 3322-6.

(48) C. trav., art. L. 3312-5.

obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions, au fonctionnement ou aux pouvoirs du CSE résultant « *d'accords collectifs de travail ou d'usages* (49) ». Les accords conclus avec le CSE ne semblent en revanche pouvoir être conclus que dans le champ spécialement défini de la négociation (50). La maladresse rédactionnelle ne peut être exclue (pourquoi l'accord conclu avec le CSE ne pourrait-il pas sur tous les thèmes instituer des dispositions plus favorables ?), mais ces dispositions peuvent tout aussi bien s'interpréter comme un principe de spécialité de l'accord entre l'employeur et le CSE. Au soutien de cette lecture, on se souviendra que la définition particulièrement large (51) que le Code donne de l'objet des conventions et accords collectifs de travail aurait à elle seule autorisé à y inclure la configuration de l'institution (52). Si les textes spéciaux confirment que les attributions et le fonctionnement du CSE peuvent être l'objet d'un accord collectif, c'est en réalité en vue d'assurer leur caractère principal au regard des accords avec le CSE présentés comme subsidiaires et exceptionnels.

## 2. Quelle typologie possible au-delà de la lettre du Code ?

Diverses qualifications juridiques, d'inégale pertinence, pourraient dès lors être envisagées. On écartera la qualification d'accord « atypique », qui

semble devoir être réservée aux actes rigoureusement ignorés du législateur (53). Doit être également exclue la qualification d'accord contractuel de droit commun sauf peut-être s'agissant des conventions relatives au transfert de la gestion des activités sociales et culturelles. Il faut en effet tenir à l'esprit que les accords conclus avec le CSE se substituent aux règles légales supplétives, ce que ne pourraient justement pas faire un contrat de droit commun ni un engagement unilatéral de l'employeur. En d'autres termes, ces stipulations posées par ces accords assurent une fonction de réglementation irréductible à l'accord de droit commun. Un autre argument – sans doute moins convaincant (54) – peut être tiré du mode de conclusion des accords. Ces derniers sont adoptés selon une procédure déjà évoquée (adoption à la majorité des membres titulaires) qui se distingue de la règle de droit commun de vote des résolutions (55) en principe applicable à la conclusion d'un acte contractuel à défaut de disposition expresse (56).

À défaut de toute qualification disponible, nous voici donc en présence d'accords *sui generis* dont le régime reste à bâtir. Se pose alors un délicat problème : doit-on leur appliquer par défaut le régime des conventions et accords collectifs de travail ou construire un régime *ad hoc* (57) ? Une telle question revient à envisager la valeur normative des accords.

## II. Une question de valeur normative

Quels sont les effets normatifs des accords ? Quel est le régime qui pourrait leur être assigné ? Comment s'articulent-ils avec les accords collectifs de droit commun ? Tels sont les différents aspects de la valeur normative des accords qu'il convient d'examiner.

### A. Quels effets normatifs ?

Si l'on adhère à la proposition de l'école normativiste qui voit dans tout contrat une norme *individuelle* (58),

la recherche du caractère « normatif » des actes en cause ne présente d'intérêt qu'en un sens bien défini : les accords conclus avec le CSE sont-ils dotés d'effets comparables à ceux d'une convention collective ? Autrement dit, les premiers sont-ils à l'image des seconds des normes objectives (59) irréductibles aux normes individuelles résultant du contrat ? L'habitude s'est prise d'assimiler l'effet normatif (dans ce sens précis) à l'effet *erga omnes* de la convention

(49) C. trav., art. L. 2312-4 et L. 2315-2.

(50) V. par exemple les articles L. 2312-19, L. 2312-21, L. 2312-16 ou L. 2312-55 du Code du travail.

(51) C. trav., art. L. 2221-2 et L. 2221-1.

(52) Et comment ne pas en lire la confirmation dans les articles de la possibilité d'améliorer par accord collectif toutes les dispositions portant sur les attributions et le fonctionnement du CSE.

(53) À l'image des « accords », équivalant à des engagements unilatéraux, qui résultaient d'une négociation entre l'employeur et le comité d'entreprise en dehors de toute prévision légale.

(54) Il pourrait en effet être objecté que le législateur puisse moduler les conditions de conclusion des accords sans que l'on puisse en tirer de conclusion quant à la nature de ces actes.

(55) C. trav., art. L. 2315-32 : les résolutions sont prises à la majorité des membres présents (et non des membres titulaires).

(56) P.-Y. Verkindt, L. Pécaut-Rivolier, G. Loiseau, P. Lokiec, *op. cit.*, n°532.12.

(57) Comp. la discussion qui s'était développée sur le régime des protocoles d'accords préélectorales, J. Dirringer, F. Petit, art. cit.

(58) V. not. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDK Bruylant, 2010, p.257. Il existe un fort courant dans la doctrine privatiste qui n'hésite plus à présenter « l'effet normatif » du contrat en tant qu'il « s'inscrit dans l'ordonnement juridique » (G. Chantepie, « Contrats : effet, contenu du contrat », *Rép. Civ.*, n°51 et ss. avec les références citées ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDCiv.*, 1999, p. 771).

(59) Que l'on peut opposer à « l'acte subjectif ou particulier, créateur de situations juridiques individuelles » (B. Duplessix, *Droit administratif général*, Lexisnexis, 2016, n°849.

collective (60), c'est-à-dire à la création de normes (des droits, des obligations mais aussi des qualifications ou des statuts) applicables à une collectivité de sujets tiers à l'acte. Sous cet aspect, la qualification d'acte normatif serait sans conteste applicable aux accords conclus au sein du CSE dont l'objet est de régir les droits des salariés à l'intéressement et à la participation.

Il ne faudrait pas en conclure que les accords de configuration comme les accords définissant le nombre et le périmètre des établissements distincts seraient privés de toute valeur normative faute d'un tel effet *erga omnes*. L'assimilation effet *erga omnes*/effet normatif s'est naturellement imposée parce que la création de normes à destination des salariés est l'objet même des conventions et accords collectifs. Le caractère normatif d'un acte doit cependant s'entendre plus largement de l'énoncé d'une prescription modifiant l'ordonnement juridique. Les tiers devront respecter ce nouvel état du droit même s'ils n'en sont pas les sujets directs. À cet égard, l'effet normatif (au sens fort (61)) se distingue de l'opposabilité du contrat individuel qui est subordonnée à la connaissance qu'en ont les tiers (62).

Sous le bénéfice de ces observations, les accords définissant le périmètre et le nombre des établissements distincts sont bien pourvus d'un effet normatif. C'est en effet dans le cadre tracé par l'accord, et dans nul autre, que les organisations syndicales pourront présenter des candidatures et obtenir le cas échéant le sésame de la représentativité.

Quant aux accords de configuration du CSE, ils pourraient au premier regard échapper à la qualification d'acte normatif. Si leurs stipulations sont bien dotées d'un caractère de généralité (en ce que les règles posées ont vocation à s'appliquer comme un modèle pour un nombre de situations potentiellement illimitées (63)), elles ne concernent que l'institution et l'employeur. Faute de caractère impersonnel,

elles ne pourraient être qualifiées de normatives dans l'acception préalablement retenue.

Cependant, l'absence de caractère impersonnel n'est pas à elle seule déterminante : il existe tout un nuancier de normes (64) et le droit administratif connaît la figure de l'acte « *ni individuel ni réglementaire* (65) » qui est pourtant bel et bien un acte décisoire manifestant la puissance de l'administration. Pour ce qui est spécifiquement de l'acte de configuration du CSE, il est en fin de compte significatif que ses stipulations ne se referment pas sur un cercle intersubjectif mais qu'elles intéressent bien l'ordre juridique interne à l'entreprise. Preuve en est que les stipulations de l'accord se substituent aux dispositions légales supplétives. Elles assurent dès lors la fonction de réglementation du fonctionnement de l'institution attachée à ces dispositions – que nul ne songerait à nier – même si elles ne leur empruntent évidemment pas leur nature juridique. Il s'établit donc comme une forme de continuité normative entre les dispositions supplétives et les stipulations conventionnelles devant lesquelles les premières s'effacent. Ces considérations ne sont pas seulement d'ordre théorique : elles peuvent aider à jeter les premières bases d'un régime juridique des accords.

## B. Quel régime juridique ?

On n'évoquera ici que quelques questions sans prétendre à l'exhaustivité.

Première difficulté soulevée (66), le Code n'indique pas si l'accord conclu avec le CSE doit être aligné sur la durée des mandats ou s'il peut se voir assigner une durée indéterminée comme l'accord collectif. De prime abord, on serait tenté de s'en remettre à la théorie générale de l'acte juridique qui autorise sans conteste la conclusion de tout acte juridique (contrat, convention ou acte unilatéral) sans terme. Cependant, comme cela a été démontré (67), la réponse ne tombe pas sous le sens parce que la conclusion d'un accord

(60) Pour une critique de cette assimilation, V. P. Remy et M.-L. Morin, « Dialogue sur l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail. Le droit français à la lumière du droit allemand », in T. Sachs (dir), *La Volonté du salarié*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p.254. P. Remy souligne qu'« affirmer que la convention collective ne déploie d'effet que sur les contrats de travail de salariés syndiqués ne signifie pas pour autant qu'elle est le résultat d'un mécanisme de représentation civiliste, d'un mandat des salariés, loin de là »...

(61) Une étude de plus grande ampleur serait nécessaire pour asseoir rigoureusement les distinctions terminologiques qui nous paraissent s'imposer si l'on se souvient que les contrats individuels peuvent bien poser des normes (individuelles, en principe).

(62) G. Chantepie, « Contrats : effets, rayonnement du contrat », *Rép. Dalloz*, n° 116 avec les références).

(63) Sur cet aspect : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 258, qui soutient que le contrat peut créer des normes « générales » (bien que non impersonnelles) lorsque le contrat n'oblige « pas à une

*prestation unique, ou à une prestation et à une contre-prestation uniques, mais à un nombre indéterminé de prestations ».*

(64) F. Rosa, « Les actes de réglementation privée », th. Paris-I, 2011, spéc. n° 254 et ss. avec les références citées ; *adde* pour une très fine distinction des concepts d'abstraction, généralité, impersonnalité et permanence des normes réglementaires, v. B. Plessix, n° 844 et ss.

(65) B. Plessix, op. cit., n° 848 : ces actes se bornent à qualifier des situations juridiques de manière « objective et générale, sans identifier directement les personnes concernées par de telles situations » mais sans modifier non plus la règle préexistante. Les personnes sont alors « indirectement » individualisées dès lors qu'elles « entrent dans le périmètre d'application délimité par l'acte non réglementaire » (par ex., création d'une zone d'aménagement, décision de classement). S'applique alors le régime préexistant défini par l'acte réglementaire.

(66) Sur l'examen approfondi de cette question, v. F. Géa, art. cit., spéc. la seconde partie de l'étude.

(67) F. Géa, art. cit.

sans terme exposerait le CSE à une certaine précarité en l'absence de tout dispositif de survie temporaire de l'accord dénoncé. Il a été en conséquence soutenu que la durée de l'accord devrait correspondre à celle des mandats. Quelle que soit la solution qui s'imposera, c'est dire en tout cas que l'on doit s'entendre sur le degré de stabilité que l'on souhaite assigner à cet accord, ce qui postule donc que l'on reconnaisse et que l'on module sa fonction proprement normative.

Autre conséquence du caractère normatif des accords conclus avec le CSE : il garantit leur *opposabilité renforcée*. Une application rigoureuse du droit des obligations ne permet pas de fonder le principe de transmission des accords conclus avec le CSE au reprenneur d'une entité économique autonome (68). Le mécanisme du transfert n'appréhende en effet que les seuls contrats individuels ainsi que les conventions et accords collectifs de travail (69). C'est pourquoi la Cour de cassation a été conduite à préciser le sort des usages et engagements unilatéraux. Le principe posé est que seuls les salariés dont les contrats étaient en cours au jour du transfert conservent le bénéfice des engagements unilatéraux pris en leur faveur par le cédant (70). Cette solution en demi-teinte n'a pas toujours convaincu (71) tandis que certains ont pu au contraire s'étonner du principe même de cette transmission.

Plusieurs solutions sont là encore théoriquement possibles, mais il est surtout essentiel que la Cour de cassation délivre une conception cohérente du statut des normes collectives au regard du mécanisme du transfert. À cet égard, il ne serait pas absurde de poser un principe général de transmission des normes qui contribuent à définir la situation juridique des personnes concernées par le transfert (72). Une norme a en effet justement pour caractéristique et pour intérêt d'assurer à ses sujets une certaine pérennité (73). De ce point de vue, les attentes légitimes du CSE méritent attention au même titre que celles des salariés bénéficiaires d'un engagement unilatéral ou d'un usage

d'entreprise. Les normes organisant son fonctionnement n'ont pas nécessairement vocation à disparaître à la faveur du transfert de l'entité. Dans ces conditions, il serait justifié de consacrer un principe de transmission des accords conclus avec le CSE à charge éventuellement pour le reprenneur de dénoncer l'accord s'il est à durée indéterminée ou d'en respecter les prévisions jusqu'à son terme.

Enfin, entre autres conséquences, le caractère normatif de l'accord pourrait plaider en faveur d'un *contrôle approfondi d'interprétation* par la Cour de cassation à l'image de celui qu'elle exerce en matière de conventions et accords collectifs (74). Dans le cadre d'un tel contrôle, la haute juridiction ne se borne pas à censurer la dénaturation d'un acte dépourvu d'ambiguïté : elle contrôle la rectitude de l'interprétation de l'accord qui se trouve érigé en fondement normatif de la décision. L'acte est alors implicitement assimilé à une « *règle de droit* (75) » que la Cour de cassation a pour mission de faire respecter par les juges du fond.

Cette solution pourrait s'imposer en ce qui concerne les accords conclus en matière d'intéressement et de participation. Lorsqu'ils répondent à la qualification d'accords collectifs, ces actes paraissent bien soumis au contrôle normatif d'interprétation (76). Il serait étonnant et peu justifiable que la Cour de cassation refuse d'exercer ce même contrôle lorsque l'accord est conclu au sein du CSE. Qu'en serait-il des accords de configuration du CSE et des accords délimitant le périmètre des établissements distincts ? Ces deux actes ne constituent pas de simples contrats de droit privé. Ils assurent une fonction normative dans le fonctionnement de l'entreprise, même s'ils ne sont pas directement créateurs de droits et d'obligations au profit des salariés. Toutefois, il n'est pas sûr que la Cour de cassation établisse une corrélation entre l'exercice d'un contrôle normatif d'interprétation et la nature normative de l'acte. Par exemple, le protocole d'accord préélectoral ne donne pas lieu à un contrôle d'interprétation mais à un simple contrôle de

(68) Sauf l'hypothèse d'une transmission universelle de patrimoine. Or, on sait que l'entreprise transférée au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail peut s'entendre sur une entité dépourvue de la personnalité juridique. Dans ce dernier cas de figure, le reprenneur ne serait pas tenu des dettes du cédant. Le principe de l'effet relatif des contrats préserve le cessionnaire d'engagements qu'il n'a pas souscrits.

(69) Par le mécanisme de « mise en cause » et de survie temporaire de l'accord (v. C. trav., art. L. 2261-14).

(70) Soc., 7 décembre 2005, n° 04-44.594 ; Soc., 12 mars 2008, n° 06-45.147.

(71) E. Dockes, J. Pélissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, p. 316.

(72) Rappelons que le CSE central peut le cas échéant se maintenir ou se transformer en CSE d'établissement dans l'entreprise d'accueil (v. les différents de figure exposés à l'article R. 2316-12 du Code du travail).

(73) Certes, la Cour de cassation a justifié le principe de non-transmissibilité du règlement intérieur par l'idée qu'il s'agit d'un acte réglementaire de droit privé (Soc., 17 oct. 2018, n° 17-16.456). La solution ne convainc pas en ce qu'elle s'appuie sur une qualification qui implique justement la pérennité de la norme en cause. Il apparaît plus rationnel (même si une autre solution aurait pu être retenue) d'affirmer, comme le fait aussi l'arrêt, qu'une règle (l'article R. 1321-5 du Code du travail) « impose à une entreprise nouvelle d'élaborer un règlement intérieur dans les trois mois de son ouverture ».

(74) J. et L. Boré, *La Technique de cassation en matière civile*, Dalloz, 2015-2016, coll. « Dalloz Action », n° 62, p. 154. Le principe de ce contrôle est consacré depuis 1976 (Ass. Plén., 6 avril 1976, n° 74-40.223, Bull. n° 2).

(75) C. proc. civ., art. 604.

(76) Soc., 7 juillet 2009, n° 07-45553 ; Soc., 11 septembre 2019, n° 18-15272. Un autre arrêt s'en tient au contrôle de dénaturation mais sa portée est douteuse car le pourvoi se situait justement sur ce terrain (Soc., 10 novembre 2011, n° 10-20.105).

dénaturation des clauses claires et précises (77). L'idée qui sous-tend cette jurisprudence est sans doute que le contrôle normatif ne s'impose que lorsque l'acte s'applique à une collectivité d'individus. Dans ces conditions, même si les accords de configuration du CSE et les accords définissant le périmètre de l'établissement sont bien normatifs, ils ne feront pas nécessairement l'objet d'un tel contrôle.

## C. Quelle articulation avec les accords collectifs de droit commun ?

En première approche, l'hypothèse d'un conflit entre l'accord conclu avec le CSE et l'accord de branche semble exclue par les textes. En matière de détermination des établissements distincts, peut être conclu un accord d'entreprise majoritaire ou, à défaut, un accord conclu avec le CSE. Il n'est donc *a priori* pas concevable que l'accord conclu avec le CSE entre en concours avec un quelconque accord d'entreprise ou d'un accord de branche. Le même constat s'impose en matière de configuration du CSE : les textes ne donnent expressément compétence qu'à l'accord d'entreprise ou, subsidiairement, à l'accord avec le CSE. Toutefois, un conflit de normes pourrait naître subrepticement dans les interstices de ces dispositions.

Tout d'abord, on se souvient que si des dispositions légales déterminent précisément le champ ouvert à l'accord d'entreprise majoritaire en matière de configuration du CSE, certains textes permettent sans aucune exclusive la conclusion d'accords « collectifs » plus favorables (78). La conclusion d'accords de branche semble donc parfaitement envisageable à ce titre d'autant, comme cela a été souligné (79), que l'article L. 2261-22 subordonne l'extension d'une convention de branche à la présence de clauses portant sur le CSE et le cas échéant sur le financement des activités sociales et culturelles. Si les matières en cause se prêtent naturellement à la conclusion d'un accord au niveau de l'entreprise, le Code ne ferme donc pas la voie sur un plan théorique à un accord qui serait conclu à un niveau supérieur à celui de l'entreprise. Il faut cependant réserver les hypothèses où la loi donne à l'accord de niveau supérieur un caractère subsidiaire (c'est le cas de l'accord de branche en matière de base de données économiques et sociales (80)).

En cas de concours entre un tel accord et l'accord conclu avec le CSE, les clés de résolution de conflit de normes élaborées exclusivement pour les accords collectifs paraissent tourner à vide (81). Il n'est toutefois pas interdit de soutenir que si la convention de branche définit les garanties dans les matières énumérées du 1° au 13° de l'article L. 2253-1, c'est que tout autre accord (y compris donc un accord avec le CSE) peut en principe toujours s'affranchir des dispositions stipulées par cette convention en dehors de ces matières. La configuration du CSE ne relevant pas de ces dernières, l'accord conclu avec le CSE devrait donc prévaloir sur l'éventuelle convention de branche.

Le conflit pourrait également surgir avec un accord de groupe ou interétablissement. Divers textes le rendent plausible (82). Là encore, le Code s'avère lacunaire. Les dispositions des articles L.2253-5 à L.2253-7 règlent les « rapports entre les accords de groupe, les accords interentreprises, les accords d'entreprise et les accords d'établissement (83) » : une clause de l'accord de groupe ou de l'accord interentreprises peut expressément prévoir que ses stipulations se substituent à celles des accords ayant le même objet au sein des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de l'entreprise ; une clause d'un accord d'entreprise peut prévoir une solution similaire dans ses rapports avec l'accord d'établissement. Littéralement, ces textes ne paraissent pas concerner l'accord avec le CSE qui ne relève pas de la catégorie des accords d'entreprise. Substantiellement, il serait toutefois curieux de consacrer la prévalence de ces accords sur les accords de niveau supérieur comportant une clause visée par les textes précités, alors que les accords conclus avec le CSE sont eux-mêmes subsidiaires par rapport aux accords collectifs d'entreprise en matière de configuration du CSE.

En définitive, des problèmes de régime qui n'ont pas été anticipés par le législateur appelleront quelques réglages jurisprudentiels. Si la reconnaissance du caractère normatif des accords conclus avec le CSE n'imposerait pas toujours une solution déterminée, du moins permettrait-elle à la Cour de cassation de mesurer pleinement les enjeux qui s'y attachent.

**Fabrice Rosa**

(77) Soc., 25 janvier 2016, n° 15-12.997.

(78) C. trav., art. L. 2312-4 et L. 2315-2.

(79) J. Dirringer et F. Petit, « La négociation préélectorale, une terre mouvante », *Dr. soc.*, 2019, p. 392.

(80) Il résulte du dernier alinéa de l'article L. 2312-21 que c'est à défaut d'accord d'entreprise majoritaire ou, en l'absence de délégué syndical, d'accord conclu avec le CSE qu'un accord de branche peut être défini pour établir l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données économiques et sociales dans les entreprises de moins de 300 salariés.

(81) Comp. s'agissant de l'articulation protocole d'accord préélectoral/convention de branche, J. Dirringer, F. Petit (art. cit., p. 392) qui plaide pour l'application du droit commun.

(82) À nouveau, ce sont les dispositions des articles L. 2312-4 et L. 2315-2 qui autorisent la conclusion de tels accords « collectifs » (à condition qu'ils soient plus favorables) même si, sur les points expressément réglés dans les autres textes, seuls des accords « d'entreprise » sont envisagés. De surcroît, les accords de groupe peuvent en principe être conclus sur tous les thèmes relevant de l'accord d'entreprise (art. L. 2232-23). V. en ce sens, B. Gauriau, art. cit., n° 31.

(83) Intitulé du chapitre III bis qui les regroupe.