

Le nouvel "établissement distinct" à l'épreuve de la bataille pour la proximité

Auteur : Pascal Moussy

Les attributions du comité social économique opérant la fusion entre les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT, créé par l'ordonnance n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 et devant être mis en place dans toutes les entreprises d'au moins onze salariés à partir du 1^{er} janvier 2020 sont définies par les articles L 2312-5 et suivants du Code du travail.

L'article L. 2312-15 concerne les entreprises d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés.¹ Son premier alinéa indique que « *la délégation du personnel au comité social et économique a pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise* ».

L'article L. 2312-8 est consacré aux entreprises d'au moins cinquante salariés.² Il résulte de son premier alinéa que « *le comité social et économique a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* ». Son dernier alinéa précise que « *le comité social et économique mis en place dans les entreprises d'au moins cinquante salariés exerce également les attributions prévues à la section 2* ».

Les élus au comité social et économique d'une entreprise d'un effectif d'au moins cinquante salariés sont donc invités à exercer l'activité de présentation des réclamations qui caractérisait le mandat des anciens délégués du personnel.

¹ Section 2 du chapitre I du titre 1^{er} du livre III du Code du travail : « Attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ».

² Section 3 du chapitre I du titre 1^{er} du livre II du Code du travail : « Attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinquante salariés ».

Il est tout d'abord annoncé que ce mandat de porte-parole des revendications du personnel s'exerce à l'échelle de l'entreprise. « *Un comité social et économique est mis en place au niveau de l'entreprise* ».³

Mais il est ensuite envisagé que le cadre de référence soit celui d'un « *établissement distinct* ».

Le processus de détermination de l'« *établissement distinct* » se présente de la manière suivante. « *Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts* » (article L. 2313-2 du Code du travail). « *En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées à l'article L. 2313-2 et en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et comité social économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité, peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts* » (article L. 2313-3 du Code du travail). « *En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3, 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* » (article L. 2313-4 du Code du travail).

La décision unilatérale de l'employeur, qui intervient en cas d'échec de la négociation collective, peut faire l'objet d'une contestation devant l'autorité administrative dont la décision est susceptible d'un recours devant le juge judiciaire. « *En cas de litige portant sur la décision de l'employeur prévue à l'article L. 2313-4, le nombre et le périmètre des établissements distincts sont fixés par l'autorité administrative du siège de l'entreprise dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un processus électoral global, la saisine de l'autorité administrative suspend ce processus jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin* » (article L. 2313-5 du Code du travail).⁴

Il a été relevé que la nouvelle définition légale de l'« *établissement distinct* » qui fait la part belle à « *l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement* », ne s'inscrit pas dans le droit fil d'une jurisprudence qui insistait sur le caractère

³ Art. L. 2313-1 C. trav.

⁴ L'article R. 2313-2 du Code du travail indique que l'autorité administrative est le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation du travail et de l'emploi. L'article R. 2313-3 précise que c'est le tribunal d'instance qui est l'autorité judiciaire habilitée à contrôler la légalité de la décision de la DIRECCTE.

« fonctionnel et relatif » de la notion d'« établissement distinct ». « La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont décidé que cette notion présentait un caractère à la fois fonctionnel et relatif, et que ses critères devaient donc être définis en fonction de la finalité de l'institution appelée à fonctionner dans le cadre de l'établissement distinct. Selon cette conception, par nature pragmatique, la reconnaissance de l'établissement distinct doit dépendre de l'utilité qu'un tel cadre aurait pour l'exercice des fonctions des représentants du personnel ou des représentants syndicaux ».⁵ La substitution de « l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement » aux critères fonctionnels et relatifs précédemment énoncés par la jurisprudence a été relevée comme une remise en cause rampante de la finalité du rôle des anciens délégués du personnel, qui sont pourtant censés ne pas avoir disparu du nouvel ordonnancement mis en place par l'ordonnance du 29 décembre 2017. « Sans surprise, les textes préparatoires ne mettent guère en avant la volonté de favoriser une meilleure expression et prise en compte des intérêts propres à la collectivité de travail ».⁶ « Quant à la mission des anciens délégués du personnel, institution dont la baisse de vitalité était déjà perceptible, elle pourrait connaître un nouveau déclin. Est-on sûr, en effet, que le nouvel organisme continuera de prendre effectivement en charge aussi bien la présentation des réclamations que la défense des droits fondamentaux et libertés individuelles des salariés dans l'entreprise comme de leur santé physique et mentale (...) ? »⁷

L'effectivité de l'exercice d'un mandat de présentation des réclamations suppose une relation de « proximité » avec les salariés. Il a été admis par les promoteurs de la nouvelle définition de l'« établissement distinct » que le fait de mettre la focale sur « l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement » est susceptible d'inviter à la mise en place d'un « représentant de proximité » afin que soient maintenues les meilleures conditions pour la présentation des réclamations. « Le représentant de proximité pourra être chargé de jouer un rôle en matière de présentation des réclamations individuelles ou collectives dans les différents sites géographiques lorsque le périmètre des établissements distincts de l'entreprise retenu se situe à un niveau plus centralisé ».⁸

⁵ G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAULT-RIVOLIER, P-Y. VERKINDT, Droit de la représentation du personnel, Dalloz, première édition à jour au 1^{er} oct. 2018, n° 113-12.

⁶ G. BORENFREUND, « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », Revue de droit du travail 2017, 613 et s.

⁷ G. BORENFREUND, art. préc., 617 et s.

⁸ Ministère du travail, Comité social et économique. 100 questions-réponses, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/gr_comite_social_et_economique.pdf, 21.

La mise en place des « *représentants de proximité* » n'est pas obligatoire. Elle n'intervient que si elle est issue de la négociation collective. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article L. 2313-7 du Code du travail, aux termes desquelles « *l'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 peut mettre en place des représentants de proximité* ».

Les « *représentants de proximité* » ont été perçus comme un « *maillon indispensable au niveau local* ». ⁹Il convient donc de se donner les moyens pour que la négociation collective se déroule dans des conditions permettant la désignation d'un « *représentant de proximité* » dont l'immersion dans la collectivité de travail sera de nature à permettre la pleine expression des réclamations individuelles et collectives.

I. De l'approche fonctionnelle à la généralisation de la conception organisationnelle de l'« établissement distinct ».

La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 29 décembre 2017 affichait une conception fonctionnelle de l'« *établissement distinct* » permettant au délégué du personnel de porter avec efficacité les réclamations individuelles ou collectives des membres de la communauté de travail.

« C'est dans les années 1970 que la Cour de cassation a lancé cette délimitation fonctionnelle des périmètres de l'établissement accueillant les délégués du personnel. L'arrêt fondateur de cette jurisprudence date du 22 juillet 1968, dans lequel la Cour de cassation admit l'existence d'un établissement dès qu'il facilite l'accomplissement de la fonction dévolue aux délégués du personnel. Après l'énoncé de la méthode, il fut nécessaire de préciser les indices permettant de reconnaître un établissement distinct. Le premier indice fut constitué de la reconnaissance d'une communauté de travail, indice toujours d'actualité. Parfois, il est fait état d'une proximité géographique avec les salariés. Peu à peu, le critère de l'existence d'un représentant de l'employeur suffisamment qualifié pour répondre à certaines réclamations vit le jour, jusqu'à devenir un critère déterminant dans les années 1990.

Dans les années 2000, la Cour de cassation se prêta à un ajustement significatif qui consolida d'une part l'alignement des périmètres de désignation des délégués du personnel et des délégués syndicaux, d'autre part la prédominance du critère de la communauté de travail et, enfin, l'indifférence quant à la présence d'un représentant de l'employeur qualifié. Le point d'orgue de cette jurisprudence apparaît notamment dans l'arrêt du 29 janvier 2003, selon lequel « l'établissement distinct permettant

⁹ Pour reprendre l'expression utilisée par Stéphane BEAL, avocat patronal, directeur technique national du département droit social au sein du cabinet Fidal, dans son interview donnée à Liaisons sociales, « Les ordonnances Macron sont une bonne boîte à outils », Liaisons sociales n° 17913 du 8 octobre 2019.

*l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations ».*¹⁰

Le Code du travail a mis fin à cette approche « *fonctionnelle* » considérant comme essentielle l'existence d'une communauté de travail susceptible de générer les réclamations en lui substituant une « *conception organisationnelle* » lorsque, faute d'accord collectif, c'est à l'employeur qu'il appartient de fixer le nombre et le périmètre des « *établissements distincts* ». ¹¹

A. L'exigence jurisprudentielle de proximité attachée à l'exercice de la mission des anciens délégués du personnel.

Jean-Maurice VERDIER a relevé qu'un impératif de proximité présidait à un exercice satisfaisant du mandat de délégué du personnel.

*« Les délégués du personnel ayant une fonction d'intermédiaires entre les travailleurs et la direction, il est essentiel que le cadre de leur élection et de l'exercice et leur mission les mette à même de connaître aisément et de manière immédiate les réclamations (et revendications) des salariés et les exprimer rapidement auprès des représentants de la direction ; par suite l'unité retenue pourra ne grouper qu'un petit nombre de travailleurs, et dans un vaste ensemble productif devra souvent délimiter plusieurs établissements distincts. Il convient avant tout de rechercher la présence des délégués la plus proche possible des salariés, considération qui doit prévaloir sur le degré d'autonomie de gestion de l'unité considérée ».*¹²

Il a rappelé qu'un arrêt Citroën en date du 22 juillet 1968 avait donné une directive particulièrement claire pour l'appréciation de la qualité d'établissement au regard de la mission du délégué du personnel.¹³ Il ressort de l'arrêt rendu par la Cour de cassation que « *le législateur, en exigeant dans la loi du 16 avril 1946 l'élection par établissement dans les entreprises qui en comportent plusieurs, a voulu rendre les rapports plus aisés entre les délégués et les salariés qu'ils représentent, ainsi*

¹⁰ F. PETIT, « Les périmètres de l'établissement distinct », Dr. Soc. 2012, 986.

¹¹ Voir C. WOLMARK, « La caractérisation de l'établissement », Dr. Ouv. 2018, 534 et s.

¹² J-M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, volume II, deuxième édition, Dalloz, 1984, 104.

¹³ J-M. VERDIER, op. cit., 105.

*qu'entre ces mêmes délégués et les représentants de l'employeur appelés à recevoir leurs réclamations » et que l'établissement, au sens de ladite loi, est constitué par une réunion de plusieurs personnes travaillant ensemble d'une manière permanente sous la direction d'un ou plusieurs représentants d'un même patron ».*¹⁴

D'autres arrêts rendus dans les années 80 sont venus préciser les critères du choix entre l'établissement unique et des établissements distincts.

L'organisation des élections des délégués du personnel dans le cadre d'un établissement unique ne saurait être validée si elle rend plus difficile l'exécution de la mission des délégués du personnel, notamment en les éloignant de leur mandants.¹⁵

Le rattachement à l'ensemble du personnel, pour l'organisation des élections, de salariés ayant un statut, des conditions de travail, une rémunération et des horaires de travail différents du reste du personnel aboutirait à priver ces salariés de toute représentation efficace.¹⁶

La fin de l'année 2000 a connu un petit accident de parcours avec le dérapage auquel s'est laissé aller un arrêt du 18 décembre 2000 qui a introduit une conception « *organisationnelle* » dans la définition de l'« *établissement distinct* » concernant l'élection des délégués du personnel. « *Constitue un établissement distinct en vue de l'élection de délégués du personnel l'établissement dans lequel il existe une collectivité de travail ayant des intérêts propres et un représentant de l'employeur habilité à recevoir les réclamations des salariés et à transmettre celles auxquelles il ne peut donner suite* ».¹⁷

La Chambre sociale s'est reprise le 29 janvier 2003 et a renoué avec une définition de l'« *établissement distinct* » affirmant la prééminence du critère de la communauté de travail. « *L'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un*

¹⁴ Cass. Chambre civile 2, Bull. II n° 221.

¹⁵ Cass. Soc. 8 juillet 1981, n° 80-60415, Bull. V, n° 681.

¹⁶ Cass. Soc. 10 mai 1983, n° 82-60447, Bull. V, n° 257.

¹⁷ Cass. Soc. 18 décembre 2000, n° 99-60521 ; Bull. V n° 429 ; RJS 3/01, n° 313.

*représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations ».*¹⁸

Le retour aux sources a été salué par un commentateur averti. « *Ainsi, conviendra-t-on que la présentation des réclamations tant individuelles que collectives, comme le rôle de gardien des droits des personnes et des libertés individuelles, confiées aux délégués des personnels prédisposent ces derniers à nouer des contacts très étroits et réguliers avec leurs mandants. D'où l'importance accordée à l'existence d'une « communauté de travail ayant des intérêts propres » dans la reconnaissance de l'établissement distinct et le regain d'intérêt que pourrait susciter le critère de l'individualisation géographique ».*¹⁹

Un arrêt du 13 juillet 2004²⁰ est venu confirmer cette conception « *fonctionnelle* », soucieuse de l'efficacité du mandat du délégué du personnel, qui devait perdurer jusqu'à ce que survienne la funeste ordonnance Macron.

II. La conception centralisatrice de l'activité représentative affirmée par la nouvelle définition légale concernant le comité social et économique.

Lorsqu'il assuré le service après-vente de l'ordonnance du 29 décembre 2017, le Ministère du travail s'est dans un premier temps tenu à des généralités en nous expliquant que « *l'établissement distinct correspond à un cadre approprié à l'exercice des missions dévolues aux représentants du personnel* » et que « *le découpage de l'entreprise en établissements distincts doit permettre d'assurer la représentation de tous les salariés de l'entreprise* ». ²¹ Sa présentation a ensuite gagné en précision lorsqu'il a rappelé qu'en vertu des dispositions de l'article L. 2313-4 du Code du travail, « *lorsque le périmètre des établissements distinct est décidé unilatéralement par l'employeur, celui-ci doit le faire compte tenu de l'autonomie de gestion des chefs d'établissements notamment en matière de gestion du personnel* ». ²²

Il a été souligné que la définition de l'« *établissement distinct* » posée par les nouvelles dispositions du Code du travail reprenait la jurisprudence rendue par le Conseil d'Etat dans le contentieux suscité par la mise en place des comités

¹⁸ Cass. Soc. 29 janvier 2003, n° 01-60628 ; Bull. V, n° 30 ; Dr. Soc. 2003, 453 et. , obs. J. SAVATIER ; RJS 4/03 n° 479 ;

¹⁹ G. BORENFREUND, « L'établissement distinct : unité de représentation », Semaine sociale Lamy n° 1140 du 20 octobre 2003, 49.

²⁰ Cass. Soc. 13 juillet 2004, n° 03-60173 ; Bull. V, n) 214 ; Dr. Soc. 2004, 155 et s., obs. J. SAVATIER.

²¹ Ministère du travail, Comité social et économique. 100 questions-réponses, préc., 17.

²² Ministère du travail, Comité social et économique. 100 questions-réponses, préc., 19.

d'établissement qui « *faisait nettement prévaloir une conception de l'établissement indexée sur l'organisation du pouvoir dans l'entreprise* ». ²³

Cette conception « *organisationnelle* » ²⁴ de l'« *établissement distinct* » pour la mise en place de l'élection des représentants au comité social et économique a été on ne peut plus clairement énoncée par l'arrêt rendu le 19 décembre 2018 par la Cour de cassation. ²⁵ Celle-ci a entendu souligner qu'il résulte de l'article L. 2313-4 du code du travail que « *caractérise au sens de ce texte un établissement distinct l'établissement qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service* ».

Dans sa note explicative de l'arrêt, la Cour de cassation a longuement insisté sur le caractère désormais passe-partout du critère « *organisationnel* », lorsque n'a pas été conclu un accord collectif définissant l'« *établissement distinct* » pour l'élection des membres du comité social et économique. ²⁶ Elle fournit un détail d'informations sur la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant la définition de l'« *établissement distinct* » pour la mise en place du comité d'établissement avant de souligner que « *c'est cette même définition que reprend la chambre sociale pour préciser la notion d'autonomie de gestion nécessaire à la caractérisation d'un établissement distinct permettant la mise en place d'un CSE* » et qu'« *elle écarte donc le critère de proximité que le syndicat requérant lui demandait d'ajouter à la loi et se reporte à la jurisprudence*

²³ C. WOLMARK, art. préc., 535.

²⁴ Pour reprendre l'expression utilisée par Cyril WOLMARK (art. préc., 534).

²⁵ Cass.Soc. 19 décembre 2018, n° 18-23655 ; destiné à la publication au Bulletin ; RJS 03/19, n° 165.

²⁶ Il a été relevé au sujet des accords collectifs conclus à après l'entrée en vigueur de l'ordonnance Macron que « 19,4 % des accords qui comportent une justification retiennent plusieurs critères comme l'autonomie de gestion, la recherche de stabilité dans le temps, l'effectif (centralisation, répartition...), la communauté de travail, l'implantation géographique distincte, la communauté de travailleurs présentant les mêmes intérêts et les mêmes réclamations, la direction assurée par un cadre dirigeant ... Rares sont les accords qui justifient la mise en place du CSE et CSEC uniquement par le critère de l'autonomie de gestion » (« Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE », Bulletin Joly Travail, 2019, 49).

Il sera noté qu'il a été fort curieusement écrit par un auteur présumé averti « *qu'au nom d'un « ordre public de configuration » qui a vocation à protéger le cœur même de la mécanique institutionnelle, il ne puisse être porté atteinte, fût-ce par accord d'entreprise unanime, au critère d'autonomie de gestion de l'établissement. Il ne s'agit aucunement en effet d'une règle porteuse d'un critère supplétif de laquelle les négociateurs seraient autorisés à s'éloigner afin d'adopter une division de l'entreprise qui, au cas particulier, les séduirait davantage* » (A. COEURET, « La mise en place négociée du comité social et économique », Dr. Soc. 20019, 382). Rien, dans le texte des articles L. 2313-2 à L. 2313-4, ne laisse déceler que le pas a été franchi d'un ordre public absolu qui empêcherait une appréciation autonome par les signataires de l'accord collectif des critères caractérisant l'« *établissement distinct* ».

*administrative applicable, avant la réforme pour la mise en place des comités d'entreprise ».*²⁷

Deux jugements rendus dans le droit fil de l'arrêt du 19 décembre 2018 ont été remarqués.

Le jugement du 23 mai 2019 du Tribunal de grande instance de Bobigny refuse d'admettre que les pilotes constituent un « *établissement distinct* » au sein de la société Air France en expliquant que le « *CSE d'établissement ne rime pas avec la profession* »²⁸ et que « *la singularité d'un métier n'est pas un critère suffisant pour constituer un CSE* ». ²⁹

Par son jugement du 5 juillet 2019, le Tribunal d'instance de Caen considère qu'un site n'a pas la qualité d'un « *établissement distinct* » pour la mise en place d'un comité social et économique lorsque son responsable n'a qu'une autonomie très partielle en matière de recrutement et de pouvoir disciplinaire, qu'il n'a aucune compétence en matière de gestion comptable, financière ou économique, tant à l'égard de l'activité proprement dite de son site que des personnels et qu'il n'entre pas ses compétences de mettre en œuvre la prévention des risques professionnels.³⁰

L'unicité du critère « *organisationnel* » n'a pas suscité l'unanimité. L'exigence de « *proximité* » ne pouvait être dans tous les cas jetée aux oubliettes par la loi.

*« Mais le CSE n'est pas le comité d'entreprise. Il s'est également vu attribuer les prérogatives des délégués du personnel et du CHSCT. Pareilles prérogatives exigent une proximité avec les salariés, à la fois pour comprendre les enjeux de santé et sécurité au travail et pour être en mesure de porter la parole des salariés, notamment lorsqu'elle concerne leurs conditions matérielles de travail ». (...) La Cour de cassation a fait prévaloir l'immobilité de l'établissement distinct sur son adaptation à l'institution qui doit être mise en place en son sein ».*³¹

²⁷ Note explicative à l'arrêt n° 1883 du 19 décembre 2018 (18-23655) – Chambre sociale, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_40938.html

²⁸ Semaine sociale Lamy n° 1868 du 1^{er} juillet 2019, 16 et s.

²⁹ Liaisons sociales n° 17856 du 15 juillet 2019.

³⁰ TI Caen, 5 juillet 2019, Liaisons sociales n° 1870 du 2 août 2019, « CSE : quels sont les éléments caractéristiques du critère d'autonomie de gestion ? » ; RJS 11/19, n° 637.

³¹ C. WOLMARK, « Etablissement distinct au sens du CSE : pertinence de la continuité jurisprudentielle ? », Revue de droit du travail 2019 ; 122.

Il a également été relevé que « *c'est la proximité des instances avec la communauté des salariés qui peut être fragilisée. La référence à l'autonomie de gestion pour la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts, lieu d'implantation des CSE, pourrait ainsi conduire les directions à fixer une représentation du personnel sans réel maillage des différents sites de la société. Ni les Direccte ni les tribunaux n'ont de surcroît de prérogatives pour définir un niveau autre de représentation du personnel* ». ³²

II. Pour des « représentants de proximité » en mesure de neutraliser les tentatives de domestiquer la présentation des réclamations.

Il a été écrit, au sujet des « *origines des délégués du personnel* » que « *c'est de l'action ouvrière que naît la délégation chargée de « parler » à la direction au nom de tous* ». ³³ C'est effectivement en juin 36 que les délégués ont fait une forte irruption sur la scène juridique. ³⁴

Le rôle de porte-parole des aspirations, ou, plus être plus exact, des « *réclamations* » exprimées par des salariés qui n'entendent pas se taire en présence d'un arbitraire patronal ressortait sans ambiguïté du texte des dispositions légales présentant les attributions des délégués du personnel.

Le premier alinéa de l'ancien article L. 422-1 du Code du travail disposait que les délégués du personnel avaient pour mission « *de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives à l'application du code du travail et des lois et règlements concernant la protection sociale, l'hygiène et la sécurité, ainsi que des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise* ». Le premier alinéa de l'article L. 2313-1 issu de la recodification entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008 était rédigé d'une manière quasiment identique. ³⁵

³² « Le CSE sonne-t-il la fin de l'unité économique et sociale ? », Liaisons sociales n° 17881 du 23 août 2019, 2.

³³ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Dalloz de Droit du travail, 32^e éd. , 2018, 1308.

³⁴ « La loi du 24 juin 1956 prévoit en effet que les conventions collectives devront comporter des dispositions relatives à la mise en place des délégués ouvriers » (G. LOISEAU, P. LOKIEC, L. PECAULT-RIVOLIER, P-Y. VERKINDT, op. cit, n° 011.21).

³⁵ « Les délégués du personnel ont pour mission : 1° De présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité , ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise ».

Une exigence de proximité entre le délégué et les autres membres de la collectivité de travail présidant à un exercice dynamique de ce mandat de présentation des réclamations est clairement affirmée par les dispositions légales présentant les attributions du délégué du personnel.

C'est l'immersion du délégué au milieu des travailleurs mécontents qui est susceptible de donner à la présentation des réclamations un caractère contestataire et revendicatif.³⁶

Le critère de proximité entre les travailleurs et leur délégué a été écarté au profit de celui de l'autonomie de gestion du représentant de l'employeur pour caractériser, en cas d'absence d'accord collectif, l'« *établissement distinct* » en vue de l'élection des membres du comité social et économique.

Cette préoccupation de distendre le lien entre la collectivité de travail et ses représentants n'est pas née avec l'ordonnance du 29 décembre 2017. Elle s'était déjà manifestée, en mars 1990, avec les propositions Bélier et, en avril 2015, la rédaction du projet de loi relatif « *au dialogue social et à l'emploi* ».

Aujourd'hui, l'instauration de la « *proximité* » nécessaire à un exercice satisfaisant (du point de vue de l'intérêt des salariés) peut encore être l'œuvre de la négociation collective.

L'article L. 1313-7 du code du travail permet à l'accord d'entreprise qui définit le nombre et des « *établissements distincts* » de mettre en place des « *représentants de proximité* ».

Les « *représentants de proximité* » ont été présentés par certains comme permettant d'alléger le comité social et économique et une centralisation excessive de la représentation des salariés au niveau de l'entreprise. « *Selon l'administration, leur mise en place peut être décidée afin d'éviter que la fusion des institutions représentatives du personnel au sein d'une instance unique (le comité social et économique) et l'unification du périmètre de la représentation du personnel qui en découle ne se traduisent, dans certains cas, par une centralisation excessive de cette représentation au niveau de l'entreprise* ». Cette faculté permet alors d'alléger le CSE du traitement de questions purement locales ou de moindre importance à son niveau (Questions-réponses sur le CSE, n° 28) ». ³⁷

³⁶ La « réclamation » ne prenant pas nécessairement le ton de la plainte et pouvant s'exprimer énergiquement avec, en toile de fond, la perspective d'une action collective pour la faire aboutir.

³⁷ « Comment mettre en place des représentants de proximité ? », Liaisons sociales n° 17605 du 5 juillet 2018, 1.

Il a été constaté que 27,33 % des accords d'entreprise portant sur les « établissements distincts » ont mis en place des « représentants de proximité ».³⁸ La « proximité » se révèle parfois comme un auxiliaire privilégié pour les gestionnaires du personnel.

*« Le plus souvent, les représentants de proximité sont considérés comme des interlocuteurs pour apprécier le climat de travail ou pour déminer des situations locales ».*³⁹

*« Le CSE unique compte 32 membres, et 53 représentants de proximité font des points d'étape et se réunissent en commissions biannuelles. L'idée étant que « tous les problèmes locaux soient réglés le plus en amont possible par les managers-mêmes », explique Philippe Saquet, le directeur des relations sociales d'HSBC. Leur premier CSE devrait être mis en place le 5 décembre. Rémy Cointreau, qui a tenu sa première séance en avril, a même fait le pari « d'éliminer progressivement toutes les questions des ex-DP et qu'elles soient directement réglées par les managers de proximité. Il y a un effort de pédagogie à faire » précise le DRH, Marc-Henri Bernard. « Il y a eu très peu d'accords CSE innovants », conclut Thomas Breda. On assiste à un façonnement des représentants par les RH. Tout est au bon vouloir de l'employeur ». Le risque inhérent est que ce soit aux dépens de la représentation des salariés ».*⁴⁰

La collaboration n'est pas la seule issue possible de la négociation collective. Il peut être aussi envisagé de faire vivre de manière militante l'activité de présentation des « réclamations individuelles ou collectives » qui n'ont pas encore été gommées par les dispositions du premier alinéa de l'article L. 2312-5 du Code du travail et du dernier alinéa de l'article L. 2312-8.⁴¹

A. Le processus rampant de fusion-absorption visant à neutraliser l'activité représentative de terrain.

³⁸ « Un premier état des lieux mitigé du dialogue social », Semaine sociale Lamy n° 1868 du 1^{er} juillet 2019.

³⁹ « La proximité, l'échelon oublié ? », Liaisons sociales magazine n° 207 de décembre 2019, 48.

⁴⁰ « La mise en place des CSE redistribue les rôles dans la négociation d'entreprise », Le Monde du 28 novembre 2019.

⁴¹ Dispositions rappelés in extenso dans l'introduction du présent article.

La marque de fabrique du délégué du personnel était d'être « *au plus près du terrain* ». « *Il est, en cela, avant tout un homme d'écoute, récepteur supposé réactif des plaintes qu'il répercute en direction de trois principaux destinataires : le chef d'entreprise, l'inspection du travail, et, le cas échéant, les autres représentants du personnel* ». ⁴²

Il se distingue nettement du comité d'entreprise qui est présenté comme ne devant pas « *avoir de caractère revendicatif* ». ⁴³

Le début des années 90 a vu naître une première tentative d'absorption rampante du délégué du personnel par le comité d'entreprise avec la proposition faite dans le rapport rédigé par Gilles BELIER d'œuvrer à une « *simplification* » en mettant en place une instance unique fusionnant les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT dans les entreprises de 50 à 100 salariés, étant ajouté que « *le seuil pourrait être porté à 150 ou 200 salariés, si les partenaires sociaux se rassemblaient sur ce point, en raison notamment de la plus grande incitation à la négociation qu'il pourrait représenter* ». ⁴⁴

Cette préconisation qui devait déboucher sur la loi du 20 décembre 1993 instaurant la délégation unique du personnel dans les entreprises employant entre 50 et 200 salariés a été dénoncée par des juristes de la CGT comme source d'une confusion visant à amoindrir l'influence syndicale acquise à travers l'activité des délégués du personnel de terrain. ⁴⁵

Au moment de la parution du projet de loi qui devait donner naissance à la loi Rebsamen qui devait porter à 300 salariés l'effectif jusqu'auquel il pouvait être mis en place une délégation unique du personnel, il était une nouvelle fois dénoncé une fusion et un « *mouvement de centralisation vers le haut* » des institutions représentatives du personnel prenant le contre-pied de la proximité caractérisant jusqu'alors le mandat de délégué du personnel. ⁴⁶

⁴² J. LE GOFF, Droit du travail et société, Tome II, Les relations collectives de travail, PUR, 2002, 113.

⁴³ Voir J-P ; LE CROM, « Syndicats & comité d'entreprise : histoire d'un vieux couple instable, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00202694/document>, 54 et s. « *Dès l'origine, la nature ambiguë du CE, instrument au service des revendications syndicales ou agent de coopération de toutes les catégories du personnel avec la direction est donc posée* ».

⁴⁴ « *Rapport sur les conditions d'amélioration de la représentation des salariés dans les P.M.E.* », Dr. Ouv. 1990, 348.

⁴⁵ Voir, à ce sujet, P. RENNES, « Représentation des salariés, crise du syndicalisme. Faux médecins, drogues et vrais remèdes », Dr. Ouv. 1990, 929 et s.

⁴⁶ Voir P. RENNES, « Dialogue social : les moyens et la fin », Dr. Ouv. 2015, 348 et s.

Du point de vue d'un syndicalisme qui se veut d'action et non d'accompagnement, c'est la proximité qui nourrit la relation entre le délégué et les salariés dont il porte les aspirations.

La CGT est attachée à voir affirmer le « *droit à une représentation collective proche des salariés* ». « *Les délégués du personnel et les CHSCT doivent être constitués sur les lieux de travail, voire les services ou ateliers* ». ⁴⁷

C'est la présence du délégué au sein de la collectivité de travail qui lui permet de se plonger dans les conditions de travail susceptibles de générer les réclamations qu'il sera amené à présenter de manière revendicative. « *A partir de situations concrètes de travail, des aspirations vont se dégager, ce que le syndicat pourra traduire en revendications avec les travailleurs* ». ⁴⁸ « *Nous sommes - dans la grande majorité des cas - perçus comme des récepteurs de plaintes. Nous avons beau le déplorer, c'est un fait. Il nous faut absolument sortir de ce rôle. Le syndicalisme que nous défendons est un syndicalisme où le travailleur est acteur de la lutte. Il ne suffit donc pas de le convaincre. Il faut lui donner les moyens d'agir et de s'impliquer* ». ⁴⁹

Cette immersion du délégué dans la vie quotidienne des travailleurs ne lui permet pas seulement de percevoir avec le plus d'exactitude les raisons du mécontentement dont il a vocation à être porte-parole. Elle l'autorise également à inciter avec vivacité auprès de ses collègues de travail pour qu'ils ne s'en tiennent pas à des lamentations en présence des irrégularités patronales et qu'ils donnent à leurs réclamations une tonalité offensive.

La préservation de la possibilité de désigner des délégués « *de terrain* » aptes à porter de manière dynamique les réclamations individuelles ou collectives des salariés est sans nul doute l'enjeu essentiel de la bataille à mener au moment où s'ouvre la négociation susceptible de mettre en place des « *représentants de proximité* ».

B. Le combat pour une négociation n'escamotant pas le mandat de proximité.

⁴⁷ Repères revendicatif, mai 2017. Fiche n° 20 : Droit à la représentation collective.

⁴⁸ « *Comment faire ?* ». Guide de la démarche revendicative CGT à partir du travail, https://www.cgt.fr/sites/default/files/2019-01/2018_GuideDe%CC%81marcheTravail.pdf, 11.

⁴⁹ « *Comment faire ?* ». Guide de la démarche revendicative CGT à partir du travail,, préc., 12.

La création conventionnelle de « *représentants de proximité* » est de nature à permettre d'éviter « *la disparition de fait des attributions des anciens délégués du personnel* ». ⁵⁰

L'accord d'entreprise mentionné par l'article L. 2313-7 du Code du travail et habilité à mettre en place des « *représentants de proximité* » définit le nombre de ces représentants, leurs attributions, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, les modalités de leur désignation ainsi que leurs modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation dont ils bénéficient pour l'exercice de leurs attributions.

Il a été relevé que la plupart des accords déjà conclus considèrent comme primordiale la présentation à l'employeur des réclamations individuelles et collectives et que certains accords précisent que « *la mission des représentants de proximité s'exerce sans préjudice de la mission de présentation des réclamations individuelles et collectives des membres de chaque CSE, d'autres sont plus ambiguës et énoncent que « les représentants de proximité jouent un rôle privilégié auprès des collaborateurs pour toute réclamation individuelle en matière d'application de la réglementation du travail »* ». ⁵¹

Dans la mesure où les « *représentants de proximité* » sont le fruit d'un accord collectif, ils sont concernés par le principe de loyauté qui régit cette négociation.

Il est aujourd'hui acquis que le principe de loyauté est consacré « *comme une « pierre de touche » de la négociation collective* ». ⁵²

Un arrêt remarqué du 17 avril 2019 a fait application de ce principe lorsqu'il s'agit de déterminer le nombre et le périmètre des « *établissements distincts* » pour la mise en place des CSE. La Cour de cassation a souligné que « *ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts* ». ⁵³

⁵⁰ Voir G. BORENFREUD, « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », préc. 619.

⁵¹ Voir B. DABOSVILLE, « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentants du personnel », *Revue de droit du travail* 2019, 395.

⁵² B. WEISSMANN, « Le protocole électoral peut être annulé s'il n'est pas négocié loyalement », *Avis rendu dans l'affaire Cass. Soc. 9-10-2019, RJS 12 /19, 836.*

⁵³ Cass. Soc. 17 avril 2019, n° 18-22948 ; destiné à la publication au Bulletin ; Liaisons sociales n° 17802 du 23 avril 2019, « Etablissements distincts du CSE : l'ouverture de négociations est un préalable indispensable ».

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'intervention de cet arrêt rappelant l'obligation d'une négociation loyale, l'employeur avait unilatéralement déterminé le nombre et le périmètre des « *établissements distincts* » sans avoir préalablement engagé de négociations. Le Direccte, saisi par les syndicats, avait pris une décision ordonnant à l'employeur d'ouvrir des négociations. L'employeur avait contesté cette décision administrative devant le Tribunal d'instance. Celui-ci a jugé à bon droit, dit la Cour de cassation que la décision unilatérale de l'employeur devait être annulée et qu'il convenait d'enjoindre à ce dernier d'engager des négociations sincères et loyales concernant le nombre et le périmètre des « *établissements distincts* ».

Le commentaire de l'arrêt du 17 avril 2019 a nourri la réflexion sur ce qu'il faut entendre par « loyauté » des négociations. Il a été notamment proposé de se référer à l'article L. 3122-21 du Code du travail instaurant une subsidiarité de la voie unilatérale à l'échec de la négociation collective en matière de recours au travail de nuit. Il a été alors relevé que ce texte exige que l'employeur ait « *répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales* ». ⁵⁴

Il a été observé que l'exigence de loyauté attachée à la négociation collective prévue par les articles L. 2313-2 et L. 2313-7 du code du travail doit conduire « *à ce que soit réellement discutée la mise en place de représentants de proximité* ». ⁵⁵

Il faut bien sûr en déduire que l'employeur ne saurait refuser abruptement d'envisager la présence de « *représentants de proximité* ». Il ne saurait guère plus affirmer qu'il ne relèverait pas de leurs attributions de présenter les réclamations ou collectives des salariés. Il ne pourrait également pas se refuser à engager une véritable discussion sur les « *modalités de leur désignation* ». ⁵⁶

Il ressort du dernier alinéa de l'article L. 2313-7 du Code du travail que « *représentants de proximité sont membres du comité social et économique **ou désignés par lui** pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité* ».

⁵⁴ Voir M. GADRAT, « Découpage de l'entreprise en établissements distincts : priorité à la négociation », Dr. Soc. 2019, 575.

⁵⁵ C. NICOD, « La « tentative loyale de négociation », préalable incontournable à la détermination unilatérale par l'employeur du périmètre de la représentation des élus du personnel », Revue de droit du travail 2019, 592.

⁵⁶ L'article L. 2313-7 prévoit expressément que les modalités de la désignation des représentants de proximité rentrent dans le champ de la négociation collective ;

Il dès lors possible qu'à l'issue de sérieuses discussions l'accord collectif dispose que les « *représentants de proximité* » seront choisis parmi les élus au comité social et économique. Mais il peut également de confier la mandat de proximité à un salarié qui ne fait pas partie du comité social et économique.

Il a été relevé, au sujet des accords ayant mis place des « *représentants de proximité* », qu'« *une bonne partie de ces accords prévoit une désignation des représentants de proximité par les membres du CSE sans évoquer un appel à candidature. Pour les personnes désignées, trois modalités se détachent : 30,1 % des accords permettent à tout salarié d'être représentant de proximité ; 20,3 % réservent la désignation aux membre du CSE (titulaires et suppléants) et 18,7 % imposent des conditions de désignation* ».⁵⁷

L'institution de « *représentants de proximité* » est de nature à favoriser la présentation des réclamations par des salariés ayant un lien quotidien avec les autres membres d'une même collectivité de travail. Dans le cas d'un comité social et économique unique, dont le contour a été dessiné à partir du critère organisationnel de l'autonomie de gestion du représentant de l'employeur, l'employeur manquerait sans nul doute au principe de loyauté de la négociation s'il affirmait comme postulat non soumis à la discussion le principe que le « *représentant de proximité* » doit nécessairement être élu au comité social et économique. Surtout dans le cas où le membre du comité social et économique ne travaille pas dans le même établissement que les salariés dont il doit porter les réclamations.

L'exemple de la mise en place du comité social et économique de la société McDonald's Ouest Parisien est particulièrement éclairant.

McDonald's Ouest Parisien comprend seize établissements (situés à Antony, Chambly, Chilly Mazarin, Epinay sur Orge, Gonesse, Goussainville, Guyancourt siège, l'Isle Adam, La Celle Saint Cloud, la Queue lez Yvelines, Les Clayes sous Bois, Moisselles, Morangis, Parly 2, Plaisir et Saint Brice ss Forêt) dispersés entre les Hauts de Seine, les Yvelines, l'Essonne, le Val d'Oise et l'Oise.

L'employeur a rédigé un projet d'accord collectif relatif au comité social et économique ne retenant qu'un seul comité social et économique et posant comme principe que le « *représentant de proximité* » doit être un membre du comité social et économique. Il est inenvisageable, dans le projet patronal, que les salariés d'un restaurant dans lequel ne travaille aucun élu au comité social et économique puissent

⁵⁷ « Présentation du rapport sur les accords d'entreprise relatifs au CSE », préc., 49.

avoir comme « *représentant de proximité* » un salarié de leur restaurant, s'il n'appartient pas au comité social et économique (voir annexe 1).

Le consensus ne s'est pas opéré avec les organisations syndicales sur cette approche interdisant aux salariés d'un établissement d'avoir nécessairement pour « *représentant de proximité* » un salarié appartenant à la même collectivité de travail. Le projet patronal a donc été mis en œuvre unilatéralement (voir annexe 2) et la « *proximité institutionnelle* » a triomphé, le principe étant acquis que le mandat de présentation des réclamations ne saurait être attribué à un salarié plus proche au quotidien de ses mandants que l' élu dont la représentativité est présumée irréfragable du fait de son appartenance à l'unique comité social et économique mis en place pour la société McDonald's Ouest Parisien.

Les « *représentants de proximité* » ont été présentés comme ayant « *une qualité d'auxiliaire* ». « *Auxiliaire pour signifier que les représentants de proximité apportent leur concours au CSE pour l'exercice de certaines prérogatives, sans être indispensables puisqu'il s'agit d'attributions de l'instance dont celle-ci reste investie* ». ⁵⁸

Mais ce n'est pas parce qu'ils sont rangés dans la catégorie des supplétifs qu'ils ne doivent pas être pris au sérieux. Ils constituent, « *avant toute chose, une catégorie légale* ». « *C'est la loi qui les institue en tant que nouvelle espèce de représentants du personnel et qui délègue aux partenaires sociaux la possibilité de les constituer* ». ⁵⁹

Les « *représentants de proximité* » peuvent notamment être désignés pour aider la délégation du personnel au comité social et économique à accomplir la mission qui lui est dévolue par la loi de présenter à l'employeur les réclamations individuelles et collectives. ⁶⁰

En affirmant que le postulat est acquis et non négociable que seuls les membres du comité social et économique, même s'ils ne travaillent pas dans le même établissement que les salariés dont ils sont censés être les porte-paroles au moment de la présentation des réclamations, l'employeur se rend certainement coupable d'une entorse au principe de loyauté de la négociation et d'une entrave à un exercice effectif du mandat de proximité.

⁵⁸ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEEZAU, « Les représentants de proximité », Bulletin Joly Travail 2018, 64.

⁵⁹ S. GUEDES DA COSTA, G. LOISEEZAU, « Les représentants de proximité », art. préc., 61.

⁶⁰ Art. L. 2312-5 et L. 2312-8 C. trav.

Il est non seulement envisageable de demander au Direccte d'enjoindre à l'employeur d'ouvrir des négociations loyales et sincères sur la mise en place des « *représentants de proximité* ».

Il peut aussi être fait appel aux travailleurs concernés par l'éventualité du risque de voir brider leur ressentiment par des représentants plus au fait du fonctionnement de l'institution représentative que des conditions concrètes de travail de leurs mandants pour qu'ils soutiennent les négociateurs, à l'ancienne,⁶¹ en se mettant en grève.

⁶¹ Accompagner la négociation collective par la grève n'est pas inédit. Mais ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une méthode qui ne brille pas par la nouveauté qu'elle est dépourvue d'efficacité.