



CSE

Comités Sociaux et Economiques Cap sur l'aventure!

Objet

Actes de la conférence organisée
en région normande à Alizay

Organisation

l'ANCSE
Association Nationale des
Comités Sociaux Économiques

Date

13 juin 2019


DIAGORIS


LIAISONS
SOCIALES
CONFÉRENCE


VERDIER MOUCHABAC & ASSOCIÉS


malakoff médéric
humanis
SANTÉ - PRÉVOYANCE - RETRAITE - ÉPARGNE


an
cse

ANCSE : DISCOURS INTRODUCTIF.....3

- Les IRP avant les lois Auroux de 1982, retour sur l'histoire
- Analyse contextuelle des réformes, de l'ANI de 2013, aux ordonnances Macron
- La réforme des DP, CE et des CHSCT en une instance unique, le CSE
- Du passé faisons table rase : perspective et utilité de l'ANCSE

Avec l'intervention de : Pierre VERDIER, avocat honoraire spécialiste en droit social, président d'honneur de l'ANCSE

LA DÉCOUVERTE DU NOUVEAU MONDE7

- L'esprit des ordonnances
A qui profite la fusion des instances ?
En pratique comment muter le changement en opportunité ?
Oser prendre ensemble le vent d'un dialogue constructif et équilibré.
- Le nouveau cadre juridique
Panorama du changement
- Une instance à la carte : tout devient négociable ?
Ouverture sur le champ des possibles.
L'occasion de repenser la stratégie de négociation dans l'entreprise.
- Elus du CSE
Moins nombreux, mais mieux équipés ?

Avec l'intervention de : Maître Emmanuelle Dugue-chauvin avocate (cabinet Emo avocats Rouen) et Maître Johann Philip avocat (cabinet Selarl VerdierMouchabac&associés Louviers)

QUELLE PLACE POUR LES OS DANS LE NOUVEL ÉQUIPAGE ?12

- Le référendum, nouveau cabestan de l'accord d'entreprise
Qui peut l'initier, comment, et à quelle fin ?
- Accord d'entreprise, accord de branche et hiérarchie des normes
Les niveaux de négociation sont-ils une méthode de pure stratégie pour les entreprises ?
- Les acteurs de la négociation
L'évolution de la place des syndicats aux côtés des CSE

Avec l'intervention de : Mme Isabel ODOUL-ASOREY Maître de conférences de droit Université Paris Nanterre La Défense

DROIT COMPARÉ : PRENDRE LE LARGE AVEC L'EXEMPLE QUÉBÉCOIS18

- Avec l'intervention de : Zahir MECHKOUR, Secrétaire du CSE,
Barry Callebaut France et président de l'ANCSE

MONOCOQUE OU TRIMARAN, LE CSE DANS TOUS SES ÉTATS22

- Quel(s) type(s) de CSE :
l'agencement des différentes règles encadrant les CSE :
ordre public/ règles négociables / dispositions supplétives.
- Négociations : les territoires à investir !
- Petit inventaire créatif de thèmes négociables

Avec l'intervention de : Yannick PAGNERRE, professeur agrégé des facultés de droit, Université d'Evry-Val d'Essonne

DANS LE SILLAGE DES PREMIERS CSE25

- De la mise en place au fonctionnement du CSE :
retours d'expériences de deux élus. Présentation et réflexion autour de leur accord,
spécificités de leur entreprise.

Avec les interventions de : Zahir MECHKOUR, secrétaire de CSE (industrie), et Yves COUSMENT, secrétaire de CSE (hôtellerie)

JOUTE D'EXPERTS26

- Ce qui est conventionnel est-il « justice » ?
Comment concevoir un équilibre dans l'élaboration des accords collectifs au regard
du déséquilibre existant entre les acteurs à la négociation ?
Débat autour des acteurs à la négociation.

Avec les interventions de : Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Bernard GAURIAU, Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université d'Angers

TANGAGE SUR MER HOULEUSE, LA SANTÉ DES ÉLUS EN QUESTION !32

- Des salariés vraiment protégés ?
- Présentation du baromètre santé et bien-être au travail

*Avec l'intervention de : Un représentant de Malakoff Médéric Humanis
Mme Beatrice Taudou Responsable Observatoires et services aux branches*

RETOUR AU PORT, LE GRAND BRANLE-BAS !34

- Comment bien préparer l'après-mandat ?
Avec la fusion des instances et/ou la limitation des mandats,
nombres d'élus vont perdre leur mandat. Quelles sont les dispositions
pouvant être mise en place pour les accompagner ?
Quelles sont les protections pour garantir leur emploi ?

Avec l'intervention de : Bernard GAURIAU, Agrégé des facultés de droit



PIERRE VERDIER

Avocat honoraire,
spécialisé en droit social

Président d'honneur de l'ANCSE

Discours introduction

Pierre VERDIER, avocat honoraire, spécialisé en droit social, président d'honneur de l'ANCSE.

Bonjour à tous.

Merci d'avoir répondu nombreux à l'invitation de notre très jeune Association Nationale des Comités Sociaux et Economiques ; très jeune puisqu'elle n'a qu'un an pour être née en juillet 2018. Mais comme l'a si bien écrit un rouennais prestigieux, « aux âmes bien nées, la valeur n'attend point le nombre des années » ; ce que semble attester l'engouement qu'elle suscite déjà.

Le programme de la journée est intitulé Caps sur l'aventure, avec bien entendu un clin d'œil à l'évènement que connaît actuellement Rouen et la région avec L'armada de la liberté —c'est son appellation exacte pleine de promesses. Une Armada où pour ceux qui l'ont souhaité, s'achèvera cette journée.

Ce titre — Cap sur l'aventure — dont je ne suis pas l'auteur, m'a d'abord un peu surpris compte tenu d'un climat général politique et social plutôt pesant, mais qui justement m'est rapidement apparu pour cette raison même, bienvenu pour le dynamisme qu'il suggère, pour l'imagination qu'il suscite : on pense au grand large, au grand vent, aux magnifiques voilures des élégants navires qui sont à quai à Rouen dont les noms déjà font rêver — Atlantis, Belem, Belle Poule, Cuauhtémoc, Etoile du Roy, Hermione, Santa Maria Manuela etc.

Les fondateurs de l'ANCSE, a part moi, sont jeunes ou encore jeunes, et ils ont absolument raison de croire que le droit du travail est et demeure lui-aussi un très beau navire, même si sa voilure a été quelque peu réduite ; un beau navire encore capable de naviguer au long cours, pourvu qu'on le manœuvre au mieux.

De l'ANCSE qui se propose d'aider les timoniers, je ne suis que le président d'honneur. Je ne tiens pas la barre. Mon propos ne saurait être technique, ce n'est pas le moment, par gros temps, de faire des fausses manœuvres :

Aussi, n'est-il pas question pour moi de faire l'analyse, l'exégèse, le commentaire critique et l'évaluation précise de la portée des textes parus ces dernières années, et particulièrement des ordonnances Macron. D'autres le feront tout à l'heure bien mieux que je ne pourrais le faire, alors que j'ai pris ma retraite d'avocat avant même leur édicton et que je n'ai donc plus l'irremplaçable expérience du praticien ; sans avoir la hauteur de vue de l'universitaire

Reste qu'après une quarantaine d'années de fréquentation des différentes juridictions sociales de France et de Navarre, au service des salariés, des représentants du personnel et des syndicats, je n'en demeure pas moins attentif à l'évolution du droit du travail.

Le programme annonce une analyse contextuelle, mais dans un sens très modeste puisqu'il s'agit très simplement pour moi de dire quelques mots de cette évolution dans laquelle s'inscrit la création de l'ANCSE dans le but d'aider à redresser la barre.

De mon point de vue, ce à quoi conduisent les réformes incessantes du droit du travail, ce à quoi nous assistons particulièrement depuis le passage au 21ème

siècle, c'est à une sorte d'inversion du sens de l'histoire. Ce sens c'était celui d'un progrès pendant près de deux siècles, sinon linéaire en tout cas certain malgré quelques inflexions et interruptions, des droits des salariés. Un progrès vers quoi ? : vers l'équilibre des relations entre la partie faible et la partie forte du contrat de travail.

Deux siècles, le 19ème et le 20ème, où l'on est passé du salarié-objet au salarié-sujet/citoyen ou selon l'expression de Jacques Le Goff, « du silence à la parole » — la parole directe, mais surtout par le truchement des représentants du personnel au sens large et notamment des syndicats. La courbe ascendante des droits individuels et celle des droits collectifs étant évidemment imbriquées.

Il s'est agi sur ce temps long, de corriger l'irréaliste conséquence tirée par les révolutionnaires, de l'égalité en droit des citoyens : puisque les hommes sont égaux en droit, il ne peut naître de leur commune volonté qu'un accord équilibré. Un idéal qui, s'agissant des relations de travail, est immortalisé par la loi Le Chapelier de 1791 qui a proclamé la liberté du travail et l'interdiction des corporations, qui, selon son article 8, « ont pour but de forcer les entrepreneurs de travaux, les ci-devant maîtres, à augmenter les prix de la journée de travail » alors que les salaires doivent se négocier de gré à gré. Une idée qui, on le voit aujourd'hui, n'est pas morte.

Or on sait ce qu'il en est advenu de l'équilibre. Il a fallu attendre 1841 pour que soit interdit le travail des enfants de huit ans. Victor Hugo a tout dit devant l'Assemblée nationale le 9 juillet 1849, de la misère inouïe engendrée par une égalité en droit abstraitement conçue, après qu'il ait visité les taudis de Lille et de Paris,

Pas plus pour Victor Hugo que pour n'importe lequel d'entre nous il ne saurait être question de dire que l'égalité en droit n'est rien — elle est évidemment fondamentale —, mais il ne saurait être question non plus d'admettre que sous couvert d'égalité, on puisse reconstituer, sous d'autres formes, les privilèges qu'elle avait pour but d'abolir, et notamment, le privilège exorbitant de pouvoir imposer ses conditions si l'on est employeur à un travailleur qui n'a pas d'autre choix que de les accepter.

Et l'on aurait tort de croire que la situation décrite par les humanistes de l'époque, correspond à une sorte d'âge de pierre, de néolithique du droit du travail, et qu'elle est à jamais révolue, que plus personne aujourd'hui n'oserait douter de l'existence d'un lien de subordination au principe du contrat de travail, alors même qu'un ministre socialiste (Rebsamen) a pu déclarer au Sénat il n'y a pas si longtemps que « le contrat de travail n'impose pas toujours un rapport de subordination. Il est signé entre

deux personnes libres, s'engageant mutuellement... » Ce qui témoigne évidemment d'une grande connaissance des réalités sociales, du terrain, par l'intéressé !

En fait, de la situation décrite par Hugo, je suis moi-même dans une certaine mesure, le témoin. Et pourtant, bien qu'avocat honoraire, je ne suis pas un avocat préhistorique. Quand je me suis inscrit au barreau dans les années 70, après donc les événements de 68, j'étais jeune, babyboueur tout feu tout flamme, persuadé que la courbe du progrès humain dans lequel j'inclusais naturellement le progrès social et singulièrement le progrès des droits des travailleurs, était et demeurerait ascensionnelle. J'appartiens à une génération qui a été en contact avec des gens qui ont connu l'entre-deux guerres. Je n'avais pas besoin d'aller bien loin. Mon père orphelin avait été placé à onze ans dans une ferme du pays de Caux où le Droit était dit par le maître des lieux. Il couchait dans l'écurie. Ma mère, mieux lotie, avait été placée après son certificat d'études obtenu à douze ans, comme petite bonne chez le bâtonnier de l'époque de Caen. Où elle n'était pas maltraitée mais était, comme son futur mari, corvéable à merci, et n'avait comme salaire que de quoi acheter chaque semaine un pain de 6 livres qu'elle allait porter à pied à la chaumière familiale à une quinzaine de Kms de son lieu de travail. Ce n'est pas Les misérables de Hugo ou les Rougon-Macquart de Zola, c'est la réalité rapportée par des gens qui au moment où j'entrais au barreau avaient à peu près l'âge que j'ai aujourd'hui.

Il n'y a aucun misérabilisme dans mon propos. Je ne dis pas que nous assistons au retour d'une condition sociale équivalente dans notre pays — une condition qui est encore celle aujourd'hui de beaucoup de travailleurs dans beaucoup d'autres pays —, mais je pense que nous vivons un moment où tout ce que nous pouvions considérer comme durablement conquis, au prix souvent des plus grands sacrifices, est remis en question sans que nous puissions être certains — c'est un euphémisme —, que c'est bien dans l'intérêt de tous. La réforme n'est pas en soi un progrès. Elle peut aussi avoir pour effet sinon pour objet, une régression. Et il faut beaucoup moins de temps pour détruire que pour construire. Dans le domaine du droit du travail comme en d'autres domaines, tel par exemple que celui des libertés, comme on l'a vu récemment avec l'intégration de l'état d'urgence dans le droit commun, ou la résurgence d'une loi anticasseurs contre laquelle je m'étais battu dans les années 70.

Or je ne peux m'empêcher de voir une régression dans les dernières réformes. En filant la métaphore navale on peut dire que le navire droit du travail prend de la gîte et que si l'on ne fait rien pour le stabiliser un peu, si ceux qui sont à bord et singulièrement l'équipage du CSE à bâbord, c'est-à-dire à gauche si l'on regarde vers la proue, ne parvient pas à peser aussi lourd que

l'employeur à tribord, il risque fort de dessaler. Sans nommer toutes les lames de fond qui ont déferlé sur le pont, on peut citer en se limitant à la dernière décennie et à quelques aspects des dégâts provoqués :

La loi du 25 juin 2008, qui a créé la rupture conventionnelle, a engendré une diminution considérable de 35 % du nombre de contentieux prudhomaux entre 2009 et 2016, but politique souhaité et poursuivi suivant l'idée que les contentieux du travail et les montants indemnitaires alloués (d'où postérieurement les barèmes Macron) entrave les entreprises, considération à relier aussi à la volonté de ne pas augmenter substantiellement le budget de notre institution judiciaire située au 37ème rang européen sur 45 pays en 2012 (derrière la Géorgie, la Turquie, Chypre en pourcentage du PIB / hab).

Pour autant, je doute que la procédure aboutissant aux ruptures conventionnelles soient suffisamment protectrices pour permettre des solutions équilibrées entre les parties.

Ensuite, la loi du 30 août 2008 permet à un accord collectif de faire varier la durée du travail hebdomadaire sur plusieurs semaines, instaure la primauté, en matière d'aménagement du temps de travail, de l'accord collectif d'entreprise sur la convention ou l'accord de branche.

La loi 14 juin 2013, dite « de sécurisation de l'emploi », qui transpose l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et que la CGT et FO ont refusé de signer, contient divers éléments inquiétants. Non contente de sécuriser les PSE au profit des seules entreprises, elle prévoit la primauté d'un nouveau genre d'accord d'entreprise et de maintien de l'emploi, et permet de remettre en cause le temps de travail ou les salaires contractuels des salariés.

La loi du 6 août 2015, dite loi Macron, représente une première tentative de « barémisation » des accords et la délimitation du périmètre d'application des critères de licenciement.

La loi du 17 août 2015, dite « Rebsamen », prévoit, entre autres, l'élargissement du champ d'application de la délégation unique du personnel jusqu'à 300 salariés préfigurant le CSE.

La loi du 8 août 2016, dite « El Khomri », poursuit le bouleversement de la hiérarchie des normes en matière de temps de travail et des paiements des heures supplémentaires.

Le motif économique y est redéfini avec souplesse : une difficulté économique assimilée à une baisse de chiffre d'affaires sur une courte période pouvant justifier un licenciement économique.

J'en viens enfin aux **six ordonnances Macron du 22 septembre 2017** qui ouvrent le champ :

- au cantonnement des indemnités prudhomales ;
- à une procédure élastique quant à la motivation des licenciements ;
- au resserrement drastique des délais de prescription ;

- à la possibilité de ruptures conventionnelles collectives ;
- au bouleversement de hiérarchie des normes avec un nouveau droit conventionnel manifestement profitable aux entreprises ;
- à la création d'un accord de compétitivité ou de performance collective pouvant déroger aux clauses du contrat, sans même qu'un motif économique soit clairement établi ;
- à la fusion des IRP (délégués du personnel, CE et CHSCT) dont il est manifestement espéré par ses promoteurs, qu'elle conduise du fait d'une moindre spécialisation et de la réduction par principe à trois mandats au plus de leurs fonctions, à un affaiblissement des compétences et de l'action de la représentation du personnel.

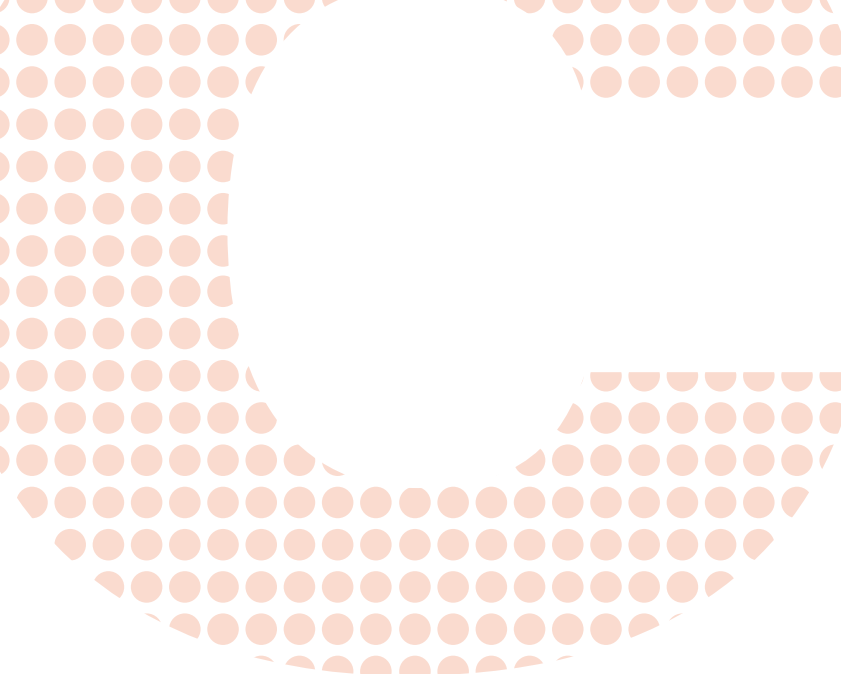
Suis-je un peu trop alarmiste en voyant dans tout cela une régression ?

Alain SUPIOT professeur au Collège de France, dès l'introduction à sa préface à la troisième édition en 2015 de son livre Critique du droit du travail. En 2015 (c'est-à-dire avant notamment les ordonnances Macron), n'hésitait pas à écrire : « Haro sur le droit du travail ! Vingt ans nous séparent de la première édition de ce livre {1994} et ce qui n'était alors qu'une question — faut-il brûler le code du travail ? (une question qui avait fait le titre d'un colloque en 1986) — est devenu aujourd'hui un mot d'ordre. Fulminée par le Fonds monétaire international et l'Union européenne, prêchée quotidiennement par les grands médias, cette injonction est devenue au plan national l'ultime boussole des dirigeants politiques de tout bord. Il suffirait d'abolir l'interdiction du travail la nuit, le repos dominical et la réglementation des licenciements, de restreindre la liberté syndicale et le droit de grève et de confier au marché les services publics et la protection sociale, bref d'en finir avec le « mirage de la justice sociale », pour renouer avec la prospérité et le plein emploi ».

Ce, alors

— D'une part, qu'aucune étude empirique convaincante n'a établi un lien de causalité certain entre le niveau de protection sociale et le niveau de l'emploi comme des économistes qui ne sont pas comptés parmi les économistes atterrés, Olivier Blanchard et Jean Tirole prix Nobel d'économie, le reconnaissent dans leur rapport de 2003 intitulé « Protection de l'emploi et procédures de licenciement » ; mais qu'il est par contre certain qu'un haut niveau de protection sociale est le meilleur amortisseur des crises économiques et financières ainsi qu'on l'a vu encore lors de la dernière crise de 2008.

— D'autre part, qu'il est faux de prétendre qu'il n'y aurait pas d'autre possibilité que la déréglementation néolibérale comme l'a prétendu dès les années 80 madame Thatcher avec son There Is No Alternative (TINA) — la « dame de fer », lectrice assidue de Friedrich Hayek et



de Milton Friedman, double féminin et européen de Ronald Reagan, adepte sans recul et sans retenue du dogme de la « main invisible » du marché d'Adam Smith — lequel au demeurant on le sait maintenant grâce à divers travaux, avait sans doute une vision bien plus humaniste qu'on ne l'a cru (ainsi Noam Chomsky pense qu'en réalité, il considérerait que la valeur qui devait présider à l'organisation de la société était la sympathie et l'entraide ; un autre auteur le compare à Condorcet, c'est dire...).

A propos de la prétendue absence d'alternative, on peut lire en résumé sur la quatrième de couverture du livre d'Eric Heyer, Pascal Lokiec et Dominique Meda paru en 2018 et justement intitulé Une autre voie est possible : « La France serait le seul des grands pays d'Europe à avoir un taux de chômage élevé, une croissance faible et une dette abyssale. Nous serions les seuls à avoir conservé un Code du travail lourd de rigide, un modèle social affreusement coûteux, et à ne pas encore avoir mené les réformes permettant de nous adapter à la fois à la mondialisation et à la révolution technologique. Cette vision est radicalement fautive. Incapables de gérer correctement les dysfonctionnements du capitalisme financier, les pays européens ont imposé des mesures d'austérité qui ont aggravé les inégalités de manière inacceptable et accru la vulnérabilité de tous les systèmes. Malgré les coups de trompette macroniens annonçant l'entrée dans un Nouveau Monde, ce sont en réalité les mêmes politiques qui sont aujourd'hui poursuivies. Il nous faut rompre avec elles. Un autre projet est possible. Il est urgent de le mettre en œuvre. » « Il ne s'agit pas seulement de changer de modèle, mais de bifurquer radicalement, de changer de voie » de « sortir du néolibéralisme » comme y invite le chapitre 9 du livre.

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans les développements

pertinents de ce livre, mais simplement d'être conscient qu'il n'y a pas de fatalité et qu'il faut promouvoir ce que les auteurs appellent joliment « un paradigme du « prendre soin » dans lequel la prise en compte « de l'intégrité et de la dignité des humains, de la cohésion sociale, des conditions de travail » est considérée comme essentielle ; ce qui implique un changement dans les indicateurs majeurs qui servent à mesurer nos performances.

Personnellement, je pense qu'il y a matière à être alerté et à œuvrer, d'où la création de l'ANCSE en tant que « lieu de rencontres, de formation et de services mutualisés ». Nous cherchons à créer une communauté des CSE avec l'organisation de réunions et conférences enrichissantes et conviviales permettant des échanges sur le droit et ses pratiques, et en dispensant une information claire et charpentée, au moins égale à celle dont disposent les entreprises à travers l'ANDRH. L'ANCSE ambitionne de favoriser la prise en compte dans l'intérêt de tous, à la fois de la dimension économique et de la dimension sociale et humaine de l'entreprise, ambition qui répond visiblement à une nécessité à l'heure où la négociation locale est privilégiée et où les représentants des CSE, avec les représentants syndicaux, sont désormais pratiquement les seuls à pouvoir peser pour tenter de maintenir dans les entreprises un minimum d'équilibre entre les parties.

Merci, et place maintenant selon le programme, à La découverte du nouveau monde, selon Macron et ses ordonnances ; un nouveau monde dont je crois, on va s'efforcer de nous montrer qu'il peut aussi présenter des opportunités, permettre de « repenser la stratégie de négociation dans l'entreprise », comporter des ouvertures. Alors allons-y ! ouvrons le champ des possibles, comme nous y invite depuis l'antiquité, le poète Grec Pindare.



DAVID VERDIER

Avocat associé, VERDIER
MOUCHABAC & Associés



MAÎTRE JOHANN PHILIP

Avocat associé, cabinet VERDIER
MOUCHABAC & Associés



**MAÎTRE EMMANUELLE
DUGUÉ-CHAUVIN**

Avocate, cabinet Emo Avocats

La découverte du nouveau monde

L'esprit des ordonnances - le nouveau cadre juridique - une instance à la carte ?

Le modérateur : David VERDIER

Passons donc à la découverte du nouveau monde, cher à Emmanuel Macron. Nous nous efforcerons de vous présenter les opportunités offertes par les dispositions encadrant la mise en place des CSE et la rénovation de la stratégie de négociation qui en découle dans l'entreprise. Je cède la parole à Johann Philip, avocat, plutôt tourné vers l'assistance et la défense des salariés, et de leurs représentants, et à Emmanuelle Dugué-Chauvin, avocate, qui intervient plutôt auprès des directions d'entreprise.

Maître Johann PHILIP

Les réformes récentes nous donnent encore beaucoup de travail, car tous les CSE ne sont pas encore en place. Au contraire, de nombreuses entreprises ont tardé à le mettre en place. De mon point de vue, c'est le signe que cette réforme n'était pas totalement attendue par les directions.

Maître Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Considérant la santé au travail comme la première des libertés et la base du bonheur, je crains que ce sujet devienne le parent pauvre de la réforme. Toutefois, les ordonnances offrent des possibilités pour les parties de négocier dans de bonnes conditions, et nous devons apprendre à les exploiter. La mise en place des CSE a connu des débuts très timides : fin 2018, seuls 12 000 avaient été instaurés. En règle générale, les entreprises ont préféré proroger les mandats des élus et prendre le temps de la réflexion. Puis, à la fin mars 2019, nous comptons 23 700 CSE. Il reste maintenant six mois pour les généraliser.

Plusieurs aspects ont défrayé la chronique dans la négociation d'accords : les représentants de proximité, les suppléants, la CSSCT, les consultations récurrentes, l'articulation des négociations et l'articulation CSE central et local.

À ce jour, je doute que tous les DRH aient bien compris le CSE. Cette nouvelle instance entraîne souvent une révolution interne dans les entreprises, parce qu'elles doivent changer radicalement de paradigme. Faute de compréhension, les entreprises peinent à se projeter et à négocier ; elles se réfugient alors derrière un réflexe de résistance au changement néfaste à la négociation avec les représentants des salariés, en témoignent les nombreux accords actant de cette volonté de statu quo. Pour les dirigeants d'entreprise, le CSE représente avant tout un interlocuteur privilégié. En effet, tout dirigeant souhaitant négocier un accord d'entreprise sur la durée du travail, par exemple, a besoin d'un interlocuteur privilégié. C'est la raison pour laquelle je milite pour le développement des IRP. Ensuite, le CSE permet de faire remonter les problèmes au niveau de la direction et offre l'occasion d'un temps d'échanges réguliers avec les représentants des salariés sur des sujets divers, en particulier sur le Document unique d'évaluation des risques, la pénibilité du travail

et les congés.

En ce qui concerne les représentants du personnel, le CSE leur fournit des informations qu'ils peuvent ensuite relayer aux salariés.

Johann PHILIP

Dans certaines circonstances, le CSE reste est le moyen, comme le CE et le CHSCT l'étaient, pour les représentants de faire remonter vers leur direction des informations concernant le fonctionnement de l'entreprise et les problématiques rencontrées par les salariés qu'elle ignore, d'être force de proposition ou de contestation de sa gestion, voire d'en infléchir l'orientation. Il est souvent intéressant d'écouter les salariés, bons connaisseurs du fonctionnement quotidien de l'entreprise. Les représentants des CSE doivent être formés car ils ont un rôle majeur à jouer, même si les réformes successives leur ont ôté une grande partie de leurs contre-pouvoirs (notamment avec le transfert de la connaissance des PSE du juge judiciaire vers la DIRECCTE ou le juge administratif, la fixation de délais préfixes et trop courts dans lesquels les CE, CHSCT et CSE doivent rendre leur avis lorsqu'ils sont consultés etc.). Il est sûr qu'une instance moins spécialisées comme le CSE, composées de moins de membres (sans même constater la disparition des réunions des suppléants), de moyens limités (réduction du nombre d'heures de délégation et limitations des discussions des réunions des CSE à 30 heures par an pour la plupart des entreprises) et l'augmentation corrélative de la délégation employeur (le Président et 3 membres de la direction), va donner au Président du CSE, souvent le ou la DRH, un sentiment de confiance et d'assurance, que les représentants des CSE devront compenser par des connaissances et des compétences certaines, en s'appuyant si nécessaire sur des experts pour être crédibles et convaincants. Outre que les Direction d'entreprise se sentent désormais en confiance, parce que le législateur a limité les risques de contentieux et la barémisé...

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Je reconnais que les représentants du personnel ont perdu des moyens. Néanmoins, n'oublions pas que certains d'entre eux abusaient de leurs prérogatives par le passé. L'excès de demandes d'expertises en cas de projet de réorganisation a parfois engendré toutes sortes de contentieux alors que l'entreprise devait agir en urgence. De tels blocages successifs ayant pu conduire à des liquidations, il ne faut pas s'étonner de la décision de limiter les expertises. Le chef d'entreprise peut désormais mener ses projets de restructuration de façon plus sereine, ou introduire plus aisément des projets relatifs aux nouvelles technologies.

JohannPHILIP

Au moment de la réforme des IRP, le législateur expliquait qu'il devenait trop complexe de conserver les trois strates existantes de représentation du

personnel dans l'entreprise (DP, CHSCT, CE), d'autant que certaines de leurs attributions semblaient faire doublon. Cependant, l'objectif de fusion des IRP n'était visiblement pas partagé par les directions, puisqu'elles ne se sont pas pressées d'instaurer le CSE.

Par ailleurs, cette réforme avait pour objectif de simplifier la représentation du personnel pour la direction avec le seul CSE à consulter, instance disposant de prérogatives généralistes. De cette façon, le législateur espérait que les représentants du personnel posséderaient à l'avenir une approche plus globale de l'entreprise qu'auparavant. Pourtant, la spécialisation des élus dans un domaine particulier était bénéfique, puisque les DRH, eux, sont des spécialistes des ressources humaines, aidés dans leur tâche par une équipe et des cabinets spécialisés, notamment d'avocats. Ces élus spécialisés étaient ainsi des interlocuteurs privilégiés de la direction. Au contraire, la création du CSE a vocation à rendre les élus moins spécialisés, devant désormais disposer de compétences générales dans des domaines très vastes et très techniques, juridiques et économiques, qui sont loin de leur cœur de métier, ainsi qu'en matière de sécurité et de santé au travail. C'est une gageure, une quasi impossibilité s'ils ne s'adossent pas à des spécialistes. D'autant que désormais, les réformes successives se sont attaquées à la « professionnalisation » des représentants du personnel alors que justement c'est au fil du temps qu'ils acquéraient une véritable compétence, en témoignent parallèlement la spécialisation progressive des DRH et l'accroissement de leurs recours à des conseils. La limitation du nombre de leur mandat pour soi-disant éviter que certains en fasse leur métier et se coupe de leur base est une absurdité de technocrate. A défaut d'avoir eu la chance de faire des études en droit, en économie, en comptabilité etc. comment pouvaient-ils faire pour acquérir des compétences ? Le seul moyen était l'apprentissage sur le terrain, un peu aussi en formation, au gré des expériences et sur le long terme. La volonté du gouvernement a été de casser cet apprentissage acquis sur le terrain pour que le DRH tous les 12 ans se retrouve en face d'IRP novices et donc dociles ou plus malléables, sans même évoquer que le couperet des trois mandats non renouvelables incite à la docilité sur le dernier mandat...

Le processus du CSE a été long : la loi Rebsamen introduisait déjà la possibilité de fusionner les IRP avec la DP, élargie au CHSCT jusqu'à 300 salariés. Quant au CSE, il se constitue par la négociation. Toutes les réformes ont laissé une immense place à la négociation, alors que le rapport entre les parties est par nature déséquilibré. L'expérience nous montre à cet égard qu'il a été ardu de négocier un accord équilibré entre les parties au moment de la création des CSE. Dans mon Cabinet, nous assistons les CSE et représentants syndicaux dans les négociations, nous avons eu à constater et à déplorer que dans la quasi-majorité

des cas, les Directions d'entreprise ont présenté leur projet déjà abouti aux élus une fois les ordonnances promulguées, sans marge de négociation substantielle possible, souvent reprenant les dispositions supplétives des ordonnances Macron.

Dans les grands groupes où les syndicats sont puissants et ont conservé un certain pouvoir d'opposition ou de résistance, il a été possible de négocier des accords plus intéressants. Néanmoins, je n'ai eu à connaître que très peu d'accord de mise en œuvre des CSE plus favorable pour les salariés que les dispositions planchers des ordonnances (nombres d'élus, d'heures de délégation, de réunions, etc.), en tout état de cause toujours en deçà des moyens dont disposaient les anciennes institutions représentatives.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Sur l'accord que nous avons négocié pour la TCAR (Transport en Commun de l'Agglomération Rouennaise), nous avons été confrontés initialement au refus de la direction d'instaurer des représentants de proximité. Toutefois, après avoir compris le sens du CSE et à la suite des deux audits réalisés par chacune des parties, la Direction a souscrit à l'introduction des représentants de proximité dans l'accord de fonctionnement du CSE. Tous les accords ne se sont donc pas limités au socle minimal défini dans la loi.

David VERDIER

Cela dépend néanmoins beaucoup des Cabinets d'avocats qui assistent les directions d'entreprise et de l'ouverture d'esprit des directions elles-mêmes... Pour notre part, dans mon Cabinet, nous constatons que la grande majorité des accords se limite au cadre minimal fixé par la loi. Les représentants du personnel obtiennent rarement satisfaction au cours de la négociation. Nous n'avons constaté le contraire et une négociation réelle et constructive pour élaborer un CSE disposant de moyens importants que dans une grande entreprise de la région haut-normande, pour ne pas la nommée la société Barry Callebaut dont certains représentants, dont le Directeur des relations sociales, sont présents dans cette salle et qui pourront m'arrêter si je dis une sottise ! Mais cette exception repose sur plusieurs particularités au sein de cette entreprise, une entreprise en bonne santé financière, un taux de syndicalisation important, un syndicat fort disposant de représentants compétents et une direction ouverte au dialogue. En d'autres termes, une situation un peu exceptionnelle dans laquelle peut exister une négociation équilibrée, malheureusement l'expérience de mon Cabinet confirme qu'il s'agit d'une exception qui confirme la règle contraire.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Le succès de la négociation découle de la juste compréhension du passage de trois instances à une seule. Personnellement, j'invite les directions à valoriser les parcours des élus à travers un plan d'accompagnement

à la fois pour les élus passés et les nouveaux élus qui deviendront pluricom pétents. Leur approche globale de l'entreprise contiendra à la fois l'aspect économique, mais aussi l'aspect santé au travail. En outre, que deviendra leur cœur de métier alors qu'ils seront amenés à consacrer beaucoup de temps à leur activité d'élus ? D'ores et déjà, des rapports rendus à la ministre du Travail insistent sur la nécessité de certifier les compétences des élus. À l'avenir, ils pourront certifier leurs compétences par un diplôme leur ouvrant ensuite la porte à divers métiers, jusqu'au métier d'inspecteur du travail. C'est très prometteur, mais totalement ignoré des DRH. Il faut vraiment qu'ils ou elles comprennent que les élus deviennent des réels partenaires de la société.

Johann PHILIP

Votre présentation me semble trop idyllique. Concrètement, les élus ne sont plus autant protégés qu'autrefois et le couperet des trois mandats n'arrange rien. Le sujet crucial de l'élu n'a pas été très bien traité dans la réforme. Certes, cette dernière prévoit des rencontres assez régulières entre les élus et leur DRH sur leur carrière, puisqu'il a été montré qu'un salarié qui prend un mandat voit quasi systématiquement son évolution de carrière en souffrir. Cependant, il ne sera plus protégé durant toute sa carrière comme autrefois. Dès la fin de ses mandats, cette protection prendra fin automatiquement après seulement 6 mois.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Le potentiel de ces ordonnances est d'expliquer aux DRH que les élus ont des droits et des prérogatives, et qu'ils ont la possibilité de convertir leur expérience d'élus via des diplômes et des certifications. L'AFPA accompagne déjà des élus, mais il reste difficile à promouvoir son action, puisqu'elle reste méconnue des DRH. En outre, les élus peuvent désorganiser les activités de la société au travers de leurs heures de délégation. De façon générale, l'impact du nombre d'élus sur l'activité de l'entreprise reste mal anticipé dans son fonctionnement, parce qu'elle les considère plutôt négativement. Au moment de la création du CSE, j'attire donc l'attention du DRH sur deux points particuliers. Tout d'abord, il doit adapter la charge de travail des élus en fonction de leur mandat, et comprendre qu'ils auront un emploi du temps chargé. Il doit donc prévoir des embauches en cas de besoin afin de faire tourner l'entreprise. Ensuite, le DRH devra veiller à la poursuite de la carrière professionnelle des élus après leur mandat, sachant qu'ils seront devenus, entre-temps, pluricom pétents.

Johann PHILIP

Il existe deux types de CSE : ceux des entreprises de moins de 50 salariés et ceux des entreprises de plus de 50 salariés. Le CSE d'une entreprise de moins de 50 salariés ne dispose ni de la personnalité juridique ni d'un budget spécifique, alors qu'il détient des pouvoirs de

négociation encore plus importants que les autres CSE. Cela nous paraît très dangereux ; bien souvent, l' élu isolé et rarement affilié à une organisation syndicale ne pourra ni se former ni se faire accompagner alors que tout l' édifice conventionnel qui s' appliquera aux salariés relèvera de sa responsabilité. Ils se retrouveront donc dans une situation de grande fragilité. Dès maintenant, nous observons d' ailleurs dans ces entreprises la chute brutale du nombre de candidats à la représentation du personnel.

Il en va différemment dans les entreprises de plus de 50 salariés, où les prérogatives du CSE, bien qu' amoindries, ressemblent à celles du CE, du CHSCT et des DP. Dotés de la personnalité juridique, ils bénéficient d' un budget de fonctionnement qui leur est propre et peuvent ainsi se faire accompagner.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Les entreprises de moins de 50 salariés représentent 98 % des entreprises de France, mais leur CSE n' aura accès ni aux consultations récurrentes et ponctuelles ni à une base de données économiques et sociale. De même, il ne pourra se faire assister ni par un expert-comptable ni par un expert santé / sécurité au travail. En revanche, le CSE pourra user de son droit d' alerte en cas de danger grave et imminent, du droit d' alerte en matière de santé publique et d' environnement, du droit d' alerte d' atteinte aux droits des personnes, mais pas du droit d' alerte économique.

En termes de moyens, les élus de ces CSE disposent de dix heures de délégation par mois, et ils ne sont pas soumis à la limitation à trois mandats successifs. S' ils ont droit à la formation santé, sécurité et conditions de travail, ils n' ont pas droit, en revanche, à la formation économique. C' est tout à fait regrettable. Sachant que les élus des entreprises de moins de 50 salariés sont censés assister les salariés en cas de licenciement, de discrimination, de projet de réduction d' effectif donc de licenciements pour motif économique ; ne pas les former dans le domaine économique me semble absurde. Il ne s' agit pas seulement de leur apprendre à lire un bilan, mais aussi de les former à la négociation pour qu' ils deviennent des interlocuteurs à égalité d' armes pour assurer la loyauté de la négociation. Je milite donc pour que mes clients souscrivent une formation pour leurs représentants du personnel en économie et en négociation pour permettre la signature d' accords de bonne qualité et enrichir toutes les négociations. C' est de l' intérêt bien compris des deux parties, employeur comme salariés.

Johann PHILIP

L' ex-CHSCT est le parent pauvre de la réforme, remplacé par la CSSCT qui n' est prévue obligatoirement que dans les entreprises de plus de 300 salariés, les sites Seveso, nucléaires ou les gisements miniers, sauf demande de la DIRECCTE pour les entreprises

particulièrement enclines aux accidents ou maladies professionnelles. Cela concerne donc au final peu d' entreprises. En outre, le CHSCT disparaît au profit de cette commission composée d' au moins trois élus et qui ne possède ni personnalité morale, ni budget. Nous regrettons tous la disparition du CHSCT car la santé au travail est un enjeu majeur actuel et futur au regard du développement des nouvelles technologies et risques liés.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Personnellement, je ne regrette pas forcément la disparition en tant que telle du CHSCT, mais relève que la santé au travail risque de souffrir de cette réforme si les CSSCT restent sans moyens. Lors d' un colloque au mois d' avril 2019, il avait été préconisé de rendre obligatoire la CSSCT. Cependant, elle ne saurait se confondre avec le CHSCT, puisqu' elle n' a pas de moyens, sauf précisément si des moyens leur sont attribués via les accords. Il est vrai qu' elle ne peut ni demander des expertises ni rendre des avis. De même, il était conseillé, lors de ce colloque, d' introduire la CSSCT à partir de 100 salariés ; pour ma part, je préférerais son introduction à partir de 50 salariés, et souhaiterais globalement la généralisation la plus large possible de cette commission, parce que la santé au travail représente une orientation stratégique de l' entreprise. Face à l' émergence de nouveaux risques dans le cadre des maladies professionnelles, donc à l' émergence de nouvelles expositions, il serait opportun de dynamiser la santé au travail avec des moyens afférents réels afin de les confronter au principe de précaution. Or le CSE tel qu' il est conçu n' est pas en mesure d' y répondre. J' espère que les conclusions des comités d' évaluation aboutiront dans quelques mois à la décision d' adjoindre de nouveaux moyens aux CSSCT.

Johann PHILIP

Le CSE est une instance à la carte qui offre en théorie la possibilité de négocier un très grand nombre d' éléments dans son protocole d' accord alors qu' en réalité, la négociation reste trop rare. Parfois, nous, élus, syndicats et avocats, réussissons à instaurer un rapport de force en utilisant des sujets sensibles pour l' employeur comme moyen de pression, c' est la règle du donnant-donnant qui prévaut alors. Mais en général, nous observons une baisse du nombre d' élus, du nombre de réunions et d' heures de délégation et très peu d' acquis nouveaux obtenus par les représentants du personnel.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Les DRH se sont comportés généralement de trois manières différentes. La première consistait à s' en tenir à la loi dans une logique frontale. La deuxième, observée dans les grands groupes, traduisait la volonté de construire des accords plutôt innovants. La

troisième se caractérisait par un certain immobilisme parce qu'ils restaient dans l'expectative du devenir des instances. Cependant, étant donné qu'il ne reste que six mois pour mettre en place le CSE, ils se retrouvent maintenant à devoir redoubler d'efforts.

Grâce à l'écoute active auprès des DRH et des représentants du personnel, nous parvenons à des pépites sur lesquelles nous devons capitaliser. J'espère que nous nous reverrons l'année prochaine pour tirer le bilan de tous ces accords et CSE mis en place.

Johann PHILIP

J'insiste sur le fait que les mandats des représentants du personnel prendront nécessairement fin. Contrairement à ce qu'il s'applique à lui-même, le législateur a décidé de limiter le nombre de mandats des représentants du personnel pour éviter qu'ils deviennent des « professionnels du syndicalisme ». Cette limite à trois mandats, souvent douze ans, les inquiètent fortement : ils craignent d'avoir à souffrir de leur engagement syndical dans le déroulement de leur carrière, voire de subir au bout du compte un licenciement ou une mise au placard. Nécessairement, cette inquiétude influe sur la négociation. Comme l'élu ne se sentira plus protégé, il ne pourra plus se permettre de résister, lorsqu'il est en désaccord, à sa direction de façon aussi mordante qu'autrefois, ni de faire preuve de la même détermination dans la négociation.

Par ailleurs, si la formation santé et sécurité au travail est prise en charge par l'employeur, c'est au CSE de financer sa formation économique de cinq jours. Nous le déplorons profondément : ces formations sont assez onéreuses pour les petits CSE. J'espère vraiment que la réforme sera améliorée aussi sur ce point. Ensuite, le statut des membres du CSE n'a pas été

modifié alors qu'ils seront moins nombreux et qu'ils bénéficieront de moins d'heures de délégation. Nous constatons déjà une baisse notable du nombre d'élus. Alors qu'il existe à ce jour environ 700 000 salariés protégés en France, il y en aura moins de 500 000 lorsque la réforme aura produit ses pleins effets.

Je pose vraiment un regard critique sur les réformes récentes. Elle est un amoindrissement de la représentativité des salariés et de leur moyen. Même si j'entrevois des potentialités, elles sont assez théoriques. Pour qu'elles se traduisent dans les faits, il va falloir que les représentants du personnel s'entourent de spécialistes comme les DRH. Cette réforme institue en réalité des garde-fous pour les Directions (sécurisation du risque judiciaire, facilitation du travail des DRH, diminution du nombre de représentants et du nombre d'heure de délégation, moindre spécialisation etc.). À l'évidence, la facilitation du travail des Directions et l'amoindrissement des prérogatives des représentants du personnel ont été l'alfa et l'oméga de la réforme. Pour ces raisons, j'invite profondément les représentants du personnel à s'entourer de conseils sérieux : ils en auront bien besoin.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Ma vision est plus optimiste. Nous vivons un changement de culture et devons apprendre à alimenter un dialogue social constructif à deux parties. Les directions ont vraiment besoin des représentants du personnel. Si les représentants de proximité connaissent déjà un vif succès, il reste à traiter la question des suppléants, sur laquelle les directions restent sur des positions assez dures de mon point de vue.

Enfin, nous n'avons pas évoqué le conseil d'entreprise. Je crois qu'il n'en existe que trois en France. Il faudra attendre un retour d'expérience pour discuter de leur pertinence.

Quelle place pour les o.s. dans le nouvel équipage

Le référendum – hiérarchie entre les accords collectifs – les acteurs de la négociation

Isabel ODOUL-ASOREY

La transition jusqu'au plein effet des réformes risque d'être longue en pratique en dépit des ambitions affichées de transformation rapide. Trois questions se posent sur le rôle et la place des syndicats dans la nouvelle mouture des relations sociales livrée par les ordonnances :

- La première a trait à la montée en puissance du référendum en matière de négociation collective ;
- La deuxième porte sur les axes de négociation, avec comme grille de lecture les enjeux entreprise/branche, puisque l'idée des réformes est de faire prévaloir l'accord d'entreprise à quelques exceptions près ;
- Le troisième axe concerne le rôle et les moyens d'action des syndicats aux côtés des CSE.

Actuellement, le référendum bénéficie d'une certaine ferveur dans le champ de la démocratie politique. Par un effet miroir, le droit social a pris de l'avance puisque les ordonnances ont accentué un processus engagé il y a plusieurs années, qui consiste à favoriser le recours au référendum en matière de négociation collective d'entreprise. En effet, il a été décidé, pour favoriser la négociation collective, de l'accompagner par une légitimation de l'accord collectif. La première mesure a consisté à légitimer les acteurs à la suite de la réforme de la représentativité syndicale au motif que les syndicats auraient désormais la responsabilité d'accords collectifs parfois moins favorables. L'idée était donc d'asseoir leur légitimité syndicale sur l'audience électorale. Puis, l'accent a été mis sur l'exigence majoritaire. En plus de légitimer les acteurs syndicaux, le législateur a ainsi décidé de légitimer l'accord collectif lui-même, soumis au recueil de la majorité. Toutefois, d'aucuns avaient compris qu'il s'agissait de la majorité syndicale ; cela signifiait que l'entrée en vigueur d'un accord collectif serait à la disposition des organisations syndicales représentatives et majoritaires. Cette perspective n'était pas sans générer le risque d'une majorité difficile à recueillir, compte tenu du contenu possible de l'accord collectif d'entreprise. Pour limiter les risques de blocage, les pouvoirs publics ont songé au référendum, considéré alors comme une voie idéale d'acceptation d'autant plus adaptée, que le procédé permet à un projet d'accord collectif de recueillir une approbation majoritaire par voie électorale, y compris sans l'intervention des organisations syndicales représentatives. Trois grandes hypothèses de referendum décisionnel en matière de négociation collective émergent ainsi à ce jour : en présence de délégués syndicaux, l'accord collectif d'entreprise doit, en principe, recueillir la majorité de l'audience électorale des syndicats représentatifs sur la base des suffrages exprimés en leur faveur, ce qui induit un risque de blocage. Il est donc possible de recourir à un référendum dit de rattrapage ou de sauvetage, lorsque les syndicats représentatifs n'ont pas signé l'accord à plus de 50 %, mais à plus de 30 %. Le recours au référendum peut être alors à l'initiative des organisations syndicales signataires ou de l'employeur, sous réserve de ne pas rencontrer l'opposition de toutes les organisations syndicales signataires. L'idée est ainsi de soumettre l'accord qui a suscité un certain assentiment syndical à la collectivité des salariés, et de le faire entrer en vigueur s'il obtient la majorité simple.



DAVID VERDIER

Avocat associé, VERDIER
MOUCHABAC & Associés



ISABEL ODOUL -ASOREY

Maître de conférences de droit
privé et sciences criminelles



MICHEL ROSE

Avocat associé, D.P.R. AVOCAT

QUELLE PLACE POUR LES O.S. DANS LE NOUVEL EQUIPAGE ?

Si l'entreprise ne comprend pas de délégué syndical, mais d'autres types de représentants tels que le CSE, le référendum dit « de ratification » revient à proposer aux salariés un accord négocié et conclu par un autre représentant, tantôt titulaire du CSE, tantôt mandaté par une organisation syndicale représentative, tantôt les deux à la fois. Dans ce cas, l'accord entre en vigueur à condition de recueillir la majorité des suffrages exprimés.

Enfin, dans les TPE et entreprises de moins de vingt salariés sans CSE, il sera soumis aux salariés non un accord négocié et conclu entre l'employeur et les représentants du personnel, mais un projet que l'employeur peut élaborer unilatéralement. La majorité qualifiée est alors nécessaire à son entrée en vigueur comme accord collectif d'entreprise.

L'une de nos interrogations portait sur l'écart possible entre le droit (réglementation favorisant le recours au référendum pour l'entrée en vigueur comme accords collectif d'entreprise) et la pratique sociale, tant il n'est pas certain que le droit ait la puissance d'infuser une culture. Dans la pratique, le référendum a-t-il vraiment pris un essor ?

Michel ROSE

Il ne s'est multiplié que dans les entreprises de moins de vingt salariés, en l'absence de délégué syndical. En octobre 2018, 566 accords référendaires avaient été proposés dans ces entreprises.

En réalité, le mandatement syndical ne se développe pas dans les entreprises de 11 à 20 salariés sans CSE : les organisations syndicales ne s'emparent pas de ce mandatement pour entrer en négociation.

Dans les entreprises de 20 à 50 salariés, où le choix de l'acteur n'est pas imposé, le référendum est plus difficile à envisager. L'employeur privilégiera d'abord l'accord collectif à travers un CSE qu'il aura établi éventuellement de sa main. En effet, la préférence syndicale n'existe pas dans ces entreprises. L'option est entre l'élu CSE, mandaté ou non, et le mandat extérieur avec ratification à 50 %.

Pour l'instant, le référendum sur le mandatement syndical ne fonctionne pas plus qu'auparavant, parce qu'il pose plusieurs difficultés. Tout d'abord, il pose la question de la légitimité du syndicat ; par définition, le salarié mandaté non élu n'est pas passé par les fourches caudines de la représentativité (cela justifie d'ailleurs le recours au référendum pour légitimer sa signature). Se pose alors la question de l'engagement de l'organisation syndicale (négocier, signer). La CFDT considère qu'il s'agit d'un mandat en deux temps, contraire aux attentes des employeurs. Pour sa part, ce dernier préfère connaître dès le départ les conditions auxquelles la signature est soumise. Accepter le principe d'un accord de méthode pour instaurer une forme de contrôle de la régularité de la négociation dans le cadre de l'obligation de loyauté s'avère extrêmement ardu pour l'employeur.

C'est la raison pour laquelle je ne partage pas l'optimisme d'Emmanuelle Dugué-Chauvin sur le fait que des DRH souhaiteraient d'emblée rentrer dans une négociation qui impliquerait de réformer l'organisation du dialogue social. L'un des échecs actuels des accords de mise en place des CSE tire au contraire son origine du fait qu'il aurait fallu rentrer d'abord dans cette logique-là et donc réfléchir aux missions afin que les CSE mis en place soient consistants.

Isabel ODOUL-ASOREY

Effectivement, le référendum délivre le message qu'il est possible de réaliser des accords collectifs sans délégué syndical. Il devient même possible de discréditer ces derniers et d'agir sans eux.

Dans les petites TPE, la mise en avant du référendum comme la voie exclusive d'un supposé accord entre employeur et la collectivité des salariés met en jeu l'articulation entre la démocratie représentative et la démocratie directe. Il faut donc prendre au sérieux l'hypothèse selon laquelle le référendum participerait d'une démocratie sociale, d'un dialogue social, serait-ce au détriment de la démocratie représentative.

Certains affirment que le référendum est démocratique : les salariés se prononcent directement par un vote sur un texte qui a vocation à les engager. Il y a donc une espèce de transposition réductrice qui consiste à assimiler la démocratie à l'élection, et donc le référendum à la démocratie, en particulier à une démocratie directe. De plus, les salariés se prononcent sur un texte à un moment donné donc leur vote permettrait un lien beaucoup plus direct avec leur intérêt immédiat et personnel que lorsque les syndicats sont à la manœuvre. Comme les syndicats ont acquis une représentativité par les élections professionnelles et que l'exigence majoritaire est rapportée uniquement aux suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs et non sur un sujet donné, la majorité syndicale apparaît comme moins légitime et moins connectée à la collectivité des salariés. Les opposants à ces référendums avancent divers arguments. Tout d'abord, ils relèvent la difficulté de répondre de façon tranchée (oui ou non) sur l'opportunité d'un accord collectif d'entreprise, en particulier dans un contexte dominé par la logique du donnant-donnant. En outre, le référendum qui se substitue à la négociation n'est pas organisé dans le cadre d'une délibération démocratique, et encore moins dans celui du dialogue social. De plus les salariés auront tendance à répondre avant tout en fonction de leur situation et de leur intérêt individuel, et non en fonction de l'intérêt collectif des travailleurs impliqués. Enfin, l'entreprise est un lieu de pouvoir : transposer la mécanique de la démocratie politique dans l'espace de l'entreprise masque donc des différences fondamentales. En tout état de cause, la promotion du référendum envoie le message selon lequel la représentation collective des travailleurs n'est pas indispensable

Michel ROSE

C'est vrai que l'idée du délégué syndical dans l'entreprise est une idée récente et encore contestée. De nos jours, nous parlons de référendum d'initiative populaire, ou de référendum d'initiative citoyenne, mais avons tendance à oublier que, dans l'entreprise, le référendum sera toujours à l'initiative du dirigeant qui a en vue d'abord l'intérêt économique de son entreprise, et organisé pour des salariés qui lui sont subordonnés. Un référendum d'initiative sociale pourrait prendre la forme d'une demande collective des salariés adressée à leur employeur pour approuver la mise en œuvre d'un accord collectif, mais ce n'est pas du tout l'esprit du texte. Au contraire, l'esprit du texte est de proposer un engagement unilatéral aux salariés sous condition suspensive de leur approbation.

En outre, n'appelons pas accord collectif un texte qui ne relève pas du contrat, mais qui n'a qu'une valeur réglementaire in fine : pour avoir un contrat, il faut des parties représentées.

David VERDIER

Tout accord ou convention résulte d'une négociation, or le référendum nie cette négociation puisqu'il repose sur une approbation ou un refus direct. Par ailleurs, le texte peut tout à fait contenir des dispositions complexes qui ne sont pas à la portée de tous les salariés qui n'ont pas le temps le plus souvent de les examiner et/ou les moyens de se tourner vers des « sachants » susceptibles de les éclairer. Au contraire, les représentants du personnel ou les délégués du personnel appartenant à un syndicat se forment et acquièrent avec le temps des compétences particulières. Ils disposent en outre de temps de délégation et de relais syndicaux ou d'experts pour les guider dans la compréhension des enjeux. N'oublions pas que pour sa part l'employeur n'aura pas rédigé seul l'accord, il est assisté de son avocat pour lui exposer ce qu'il attend et celui-ci aura traduit ses vœux en langage juridique. De mon point de vue, ce parallélisme entre les référendums politiques et les référendums d'entreprise n'est qu'un don qu'un leurre d'autant que la grande différence encore entre les deux repose sur l'existence d'un lien de subordination entre les parties.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Avez-vous été amenés à accompagner des salariés dans ce cadre-là ?

Michel ROSE

Oui, il m'est arrivé de conseiller certains salariés dans le délai de huit jours qui leur permet de se rapprocher d'une organisation syndicale. Toutefois, le positionnement de l'organisation syndicale est extrêmement difficile dans ce contexte, surtout si les salariés votent favorablement pour le texte soumis. Le délégué, qui

n'est pas en situation de pouvoir poser ses valeurs, risque alors de ne pas s'accorder avec le ou les salariés.

In fine, le plus grand risque concerne la portée des accords potentiellement conclus. En particulier, un accord de performance collective (APC) par voie référendaire me semble très dangereux parce qu'il permet à l'employeur, au nom de la nécessité de l'entreprise ou de la préservation de l'emploi, de déroger au contrat de travail. Quant au salarié qui refuserait cette dérogation, il encourt un licenciement pour un motif qui génère non contrôlable par la Cour de cassation sur un terrain autre que sur celui de la validité de l'accord lui-même.

David VERDIER

Mon Cabinet a été consulté à de nombreuses reprises par des délégués syndicaux d'entreprises de plus de 50 salariés, concernés par un APC, qui nous demandaient s'ils devaient signer ou non alors que l'employeur s'était empressé de communiquer positivement auprès des salariés, en brandissant aussi le risque de perte de compétitivité et à terme de déclin de l'entreprise. Le délégué syndical, est alors soumis à une grosse pression. Il se retrouve assez seul pour prendre la décision de signer, ou non, ces APC qui contiennent des modifications d'horaires, la suspension ou suppression de primes contractualisées etc. De cette façon, et sans délégué syndical, il sera facile dans ces entreprises d'obtenir la validation de ce type d'accord par les salariés.

Michel ROSE

La compétition créée entre les organisations syndicales et les élus fait que la seule légitimité de l'organisation syndicale est de signer l'accord. Si elle n'entre pas dans la voie de la négociation, voire dans la voie de la signature de l'accord, elle ne servira plus à rien, même si ces accords ne préservent pas l'intérêt collectif des salariés.

Isabel ODOUL-ASOREY

Les délégués syndicaux s'inquiètent du fait que des accords collectifs puissent entrer en vigueur sans leur intervention, et même sans contrôle syndical. Cela fragilise nécessairement leur rôle dans l'entreprise. Comprenant qu'ils ne sont plus indispensables, ils se retrouvent fortement incités à rentrer dans une démarche de négociation collective. De ce point de vue, l'instance du conseil d'entreprise est encore plus perturbatrice.

Michel ROSE

Je m'interroge sur la portée d'un accord référendaire qui ne serait pas validé par référendum. Un accord de rattrapage non validé par référendum n'a aucune

QUELLE PLACE POUR LES O.S. DANS LE NOUVEL EQUIPAGE ?

valeur, mais quid d'un engagement unilatéral d'un employeur proposé par référendum et qui n'obtiendrait pas la majorité ?

Isabel ODOUL-ASOREY

L'engagement unilatéral en droit suppose que l'employeur accorde des avantages. L'accord non ratifié ou le projet d'accord soumis par l'employeur doit donc contenir des mesures susceptibles d'être analysées comme des avantages par rapport à la loi ou la convention de branche notamment. Si tel est le cas, est-il possible de déduire de ces mesures, un engagement unilatéral de l'employeur qui lui serait opposable comme tel ? . Cela ne va pas de soi, dans la mesure où l'employeur a admis ces mesures compte tenu des autres dispositions du projet d'accord ou de l'accord non approuvé. Extraire d'un accord ou d'un projet d'accord les mesures procurant des avantages sans tenir compte des autres mesures, reviendrait donc à dénaturer la volonté de l'employeur. Enfin, l'employeur doit savoir qu'il peut remettre en cause son engagement unilatéral assez facilement et assez rapidement. L'enjeu final reste donc relatif.

Passons aux thèmes et objets de la négociation, et en particulier aux mesures susceptibles d'être incluses dans un accord collectif au regard des niveaux de négociation, en particulier ceux de l'entreprise et la branche. Historiquement, la négociation collective a pris son essor au niveau des branches, recueillant d'ailleurs un certain consensus patronal et salarial dans l'idée d'organiser aussi le marché de la concurrence. Les syndicats trouvaient au niveau de la branche un moyen de construire un statut collectif, et donc d'ancrer au plan juridique l'intérêt collectif à échelle d'un secteur professionnel. Pour garantir ce statut collectif, comme un statut minimal commun, l'accord d'entreprise ne pouvait pas s'affranchir de la convention collective de branche, à moins d'accorder davantage. Après avoir admis plusieurs entorses à ce principe dit de faveur, le législateur a fait le choix de généraliser, au travers des ordonnances, un principe inverse. La nouvelle règle de principe fait ainsi primer l'accord d'entreprise sur la convention collective de branche. L'employeur pourra donc appliquer l'accord d'entreprise aux salariés, qu'il leur soit plus ou moins favorable par rapport à la convention collective de branche.

Quelques exceptions ont été retenues dans les débats au moment de l'élaboration de l'ordonnance. La première est imposée par la loi et concerne treize matières énumérées dans le Code du travail, dans lesquelles l'accord d'entreprise ne peut être appliqué s'il ne comporte pas des garanties au moins équivalentes à celles de la branche. Sur quatre autres matières, cela dépend des signataires de la convention de branche, lesquels peuvent introduire une clause de verrouillage qui interdit aux accords d'entreprise de faire moins que cette équivalence. Le concept de l'équivalence prête à discussion. Il introduit l'idée selon

laquelle ce qui n'est pas plus favorable n'est pas pour autant moins favorable. En particulier, il permet de concevoir, que les garanties prévues en des matières telles que la prévoyance puissent être différentes, mais valoir autant. Le concept de l'équivaloir est cependant difficile à mettre en œuvre. Quel critère retenir pour évaluer des garanties différentes, en matière de prévoyance ? Quel critère permet de comparer les valeurs ? Assurément, la traduction et la mise en œuvre juridiques de cette notion seront redoutables.

Concernant les négociateurs, comment anticiperont-ils l'équivalence dans un contexte où ni les juges ni les universitaires ne se sont prononcés de manière précise ?

Une stratégie patronale consiste à proposer un accord sur l'équivalence elle-même, en introduisant dans le projet d'accord d'entreprise une clause selon laquelle les garanties mises en place au niveau de l'entreprise équivalent aux garanties de la branche. Cela pose une question fondamentale : les interlocuteurs sociaux futurs pourront-ils prédéterminer par accord l'équivalence, au point qu'un juge reconnaisse leur accord sur l'équivalence ?

Michel ROSE

A minima, il s'agira de créer une présomption de validité de l'équivalence.

Isabel ODOUL-ASOREY

Ce contentieux émergera inévitablement : à des fins de sécurisation juridique, la stratégie patronale recherchera clairement ce type de clause.

Une autre question portera sur l'admissibilité juridique d'une clause d'équivalence. Le juge estimera-t-il de telles clauses nulles et non avenues ? Si oui, comment la Cour de cassation livrera-t-elle aux juges du fond un mode d'emploi de l'équivalence pour contrôler le respect de celle-ci ? La loi impose de réfléchir et d'apprécier l'équivalence par matière.

Par exemple, l'une des matières concerne la condition et la durée du renouvellement de la période d'essai. Que faire si l'accord d'entreprise élargit les cas de recours au renouvellement, mais réduit la durée de la période d'essai alors que la branche fait l'inverse ? Comment déterminer l'équivalence ? Ainsi, si nous pouvons juridiquement soutenir le contrôle du juge, la mise en œuvre de ce contrôle sera fort ardue.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Ces incertitudes sur l'équivalence ne bloquent-elles pas les accords ?

Michel ROSE

A priori, envisager des accords collectifs d'entreprise de garanties équivalentes revient à se placer en deçà des limites de la branche, ou très proche. Sur les treize matières, il sera recherché une équivalence globale, avec des améliorations et des régressions dans certains domaines.

Très certainement, la tentation de la partie patronale sera le contournement du juge pour ne pas le laisser déterminer l'équivalence. Par conséquent, une clause définira les contours de l'équivalence, avec éventuellement le soin laissé aux parties de discuter la méthode de l'équivalence. Néanmoins la jurisprudence acceptera-t-elle une telle définition d'un élément constitutif de l'accord dérogatoire ? Par ailleurs, quel serait le délai d'action contre une clause potentiellement nulle de cette nature, sachant que nous avons une présomption de validité des accords collectifs, et que les accords ne peuvent être attaqués en voie d'action pour nullité que dans un délai restreint de deux mois à compter de sa publicité ?

Isabel ODOUL-ASOREY

La question porte surtout sur ce que l'employeur peut appliquer sans prendre trop de risques juridiques.

Michel ROSE

Afin de contourner le pouvoir du juge, les parties essaieront de mettre en place des clauses de conciliation ou de médiation obligatoires à peine d'irrecevabilité de la saisine du juge.

Isabel ODOUL-ASOREY

Le terrain de l'équivalence est donc miné de toutes parts. Je clos cette partie en précisant que l'accord de groupe peut faire à peu près la même chose à l'accord d'entreprise que ce dernier à l'égard de l'accord de branche.

Sur la restructuration des branches, il faudra tenir compte dans la négociation des périmètres de la branche et des conventions collectives applicables, au moins à moyen terme.

Le troisième point concerne les syndicats aux côtés des CSE. Il existe d'abord une ligne de démarcation entre les entreprises contenant un délégué syndical et les autres. En cas de délégué syndical, le CSE d'une entreprise de 50 à 300 salariés l'intègre en son sein comme représentant syndical. Les rapports entre syndicats représentatifs qui ont désigné un délégué syndical et les CSE peuvent rester des rapports de complémentarité, comme à l'époque du CE. Cependant, cette complémentarité est mise à mal par la réduction des moyens du CSE et de ses attributions. Par exemple, le délégué syndical garde la main sur la négociation collective. Auparavant, l'employeur devait mener de front les négociations avec les délégués syndicaux et une procédure d'information-consultation du CE. Ce cumul obligatoire étant levé depuis 2015, l'employeur ne négocie qu'avec les délégués syndicaux, qui doivent alors organiser eux-mêmes leurs relations avec le CSE, et réciproquement. De même, le CE pouvait autrefois recourir à cette occasion à des expertises puisqu'il était informé et consulté. Désormais, il ne le peut plus. Le nouveau CSE pourra moins apporter de la ressource à l'action syndicale.

Les ordonnances ont généralisé une régression des moyens du CSE par rapport à ceux du CE, s'agissant, notamment du recours à l'expertise.

Les rapports entre délégué syndical et CSE peuvent également être contrariés lorsque le CSE est transformé en conseil d'entreprise : les syndicats représentatifs et majoritaires peuvent céder à la tentation de transformer le CSE en conseil d'entreprise, et donc de priver toutes les organisations syndicales représentatives avec délégué syndical d'accès à la négociation collective, désormais transférée au conseil d'entreprise. Cela permet aux organisations syndicales représentatives et majoritaires de préserver leur influence au détriment des autres organisations syndicales.

En cas de CSE sans délégué syndical, les rapports sont un peu différents, voire concurrentiels. Lorsqu'elles ne peuvent pas désigner de représentant, les organisations syndicales observent les titulaires du CSE qu'elles peuvent mandater avec un autre regard qu'auparavant. Encore faut-il qu'elles puissent entretenir des liens suffisants avec eux.

Michel ROSE

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le négociateur sera choisi. Dans celles de plus de 50 salariés, son choix sera imposé, mais à étage : élus du CSE mandatés, élus du CSE non mandatés et finalement mandatés.

DÉBATS

Thierry PH, représentant syndical

J'ai le sentiment que nous vivons actuellement ce que Pierre Verdier a décrit au moment de la période Thatcherienne en Angleterre.

Maître Dugué-Chauvin, quant à elle, nous a décrit le meilleur des mondes, qui me semble tout à fait imaginaire. Ce n'est pas depuis la création des CSE que les représentants syndicaux peuvent devenir inspecteurs du travail, mais depuis bien plus longtemps. En réalité, il est devenu beaucoup plus difficile de devenir inspecteur, ou contrôleur, du travail de nos jours en raison des réductions d'effectif.

Je travaillais autrefois dans une entreprise qui a lancé un PSE, puis qui a fermé ses portes quelques années plus tard. À cette époque, nous avons utilisé tous les recours en notre possession, ce qui ne serait plus possible maintenant. Désormais, tout dépend de du PSE ou l'accord collectif de PSE envoyé à la Direccte. Une fois homologué ou l'accord signé et validé, les organisations syndicales ne peuvent plus rien faire hormis saisir le tribunal administratif pour faire casser la raison économique. Or chacun sait que c'est le parcours du combattant.

David VERDIER

Vous faites référence à la loi du 14 juin 2013 qui transfère à la Direccte et au tribunal administratif la connaissance

QUELLE PLACE POUR LES O.S. DANS LE NOUVEL EQUIPAGE ?

des PSE. In fine, je me souviens des actions que vous aviez mené dans votre usine de fabrication de papier, vos multiples recours, qui ont gêné les actionnaires, n'ont pas été vains puisque l'entreprise a survécu sous une autre forme.

Thierry PH

L'entreprise a perdu la moitié de son effectif, mais l'activité effectivement a subsisté à la suite de la cession à un autre Groupe. Nos actions syndicales pour s'opposer à sa fermeture qui ont été relayées au niveau politique ont donc tout de même porté leurs fruits. Après avoir assisté à l'évolution positive du droit du travail et de la jurisprudence, j'assiste avec désolation à la destruction de tout cela. Auparavant, le CHSCT était doté d'importants moyens, il se composait d'élus très fortement investis et passionnés par leurs missions. Chaque réunion rassemblait aussi l'inspecteur du travail ou son contrôleur, le médecin du travail et un représentant de la caisse d'assurance maladie. La réduction des effectifs des ces institutionnels a considérablement appauvri ces réunions : ces personnes extérieures ne se déplacent plus.

Arnaud G, directeur des relations sociales

Je n'interviens pas au nom de mon entreprise, mais à titre personnel au vu de mon expérience d'employeur et en tant que partenaire régulier de certaines personnes présentes.

De façon générale, je m'étonne Monsieur de votre vision pessimiste. Notre entreprise a été l'une des premières à instaurer le CSE, et nos organisations syndicales, que

nous considérons comme de véritables partenaires, ont largement participé à sa création. Même si je reconnais qu'un certain nombre de points mériteraient d'être clarifiés, en particulier le rôle de la CSSCT par rapport au CSE, je considère cette réforme comme positive. J'émettrai une opinion personnelle sur le référendum. Nous observons tous l'effet du Brexit, qui est un véritable fiasco. Le référendum a permis au peuple britannique de formuler une opinion sur un projet, et nous nous apercevons trois ans après que nous peinons à trouver la solution pour le réaliser. De même, je pense que les référendums citoyens, populaires ou employeurs sont une mauvaise idée. L'entreprise a besoin avant tout de partenaires compétents. Par l'intermédiaire des organisations syndicales, les membres élus des CSE sont par définition les plus compétents à partir du moment où ils sont formés. Même le plus éclairé des salariés ne disposera jamais de compétences équivalentes.

David VERDIER

Je doute que nous puissions tirer des généralités d'un exemple. Je me souviens pour avoir été l'avocat du syndicat majoritaire dans votre société, qu'avant votre arrivée, le dialogue social y était détérioré. Puis cela a changé après votre arrivée. Par ailleurs, l'organisation syndicale majoritaire est extrêmement forte dans votre société et composée de membres particulièrement compétents. C'est la raison pour laquelle nous ne pouvons pas généraliser. Un rapport de force équilibré instaure un dialogue équilibré, mais dans de très nombreuses entreprises la situation est différente et subie par les représentants du personnel.

Monocoque ou trimarant, le cse dans tous ses états

Petit inventaire créatif de thèmes négociables

Yannick PAGNERRE

Selon les dernières statistiques, 75 % des élus CSE s'inquiètent des moyens attribués au CSE et de ses nouvelles missions alors qu'il faut plutôt s'emparer de ces nouveaux textes en vigueur.

À partir de 2004, les pouvoirs publics ont favorisé les négociations dérogatoires à la loi et aux accords de branche avec des interlocuteurs qui ne sont pas forcément des représentants syndicaux.

Maintenant, le droit à la négociation collective n'est plus réservé qu'aux salariés, mais aussi aux employeurs. La logique du donnant-donnant s'est imposée dans le CSE. Désormais, un employeur peut proposer une négociation sur divers sujets, par exemple sur les consultations récurrentes relatives aux orientations stratégiques sur trois ans. Mais la petite entreprise, qui a rarement cette vision à long terme, préfère informer et consulter sur des orientations stratégiques de l'année en cours. Elle demandera alors à le faire par dérogation, et la partie salariale approuvera sa proposition parce qu'elle fait sens, à condition d'obtenir en contrepartie des mesures plus favorables dans d'autres domaines (heures de délégation, temps passé en réunion, place des suppléants). Ainsi, les règles existent, mais leur utilisation nécessite une formation appropriée. Chacun doit faire appel à sa responsabilité, et les élus doivent apprendre à s'armer en connaissant les règles de négociation du CSE.

Le CSE classique, qui concerne la majorité des entreprises, est une instance principale, complétée d'une CSSCT dans les entreprises d'au moins 300 salariés. Toutefois, d'autres organisations sont possibles. Dans le cas d'un CSE central avec des CSE d'établissement, il faut déterminer comment articuler les consultations et décider de placer éventuellement des représentants de proximité pour un site particulier. Ailleurs, les conseils d'entreprise résultent de stratégies syndicales. Un syndicat puissant et majoritaire dans une entreprise peut vouloir négocier un accord sur le conseil d'entreprise pour écarter tous les autres syndicats.

L'objet de la négociation et les outils juridiques pour négocier ont été fixés par le législateur selon le principe « d'une valse à trois temps ». Tout d'abord, des règles d'ordre public s'imposent, sans dérogation possible. Ensuite, il existe les dispositions négociables, puis des dispositions supplétives, qui s'appliquent à défaut d'accord. Cette valse à trois temps est assez intéressante parce que les dispositions supplétives peuvent déplaire soit aux membres du CSE, soit à l'employeur. Elles permettent alors une négociation vaste dans plusieurs domaines dans la logique du donnant-donnant, à condition d'être formé ou assisté.

Cette valse à trois temps comprend deux danseurs : le danseur principal, incarné par les délégués syndicaux, peut obtenir un accord syndical majoritaire. C'est la voie royale. À défaut de délégué syndical, la voie subsidiaire est le CSE. Je vous propose donc de détailler l'action des négociateurs, rendue d'autant plus nécessaire que les anciens accords signés dans le cadre du CE sont devenus caducs.

La négociation sur le CSE porte sur son fonctionnement et ses attributions. Sur ces deux thèmes, rien n'interdit, par accord collectif, de donner plus que ce que prévoit la loi, voire, sur certains points, de s'organiser différemment.



DAVID VERDIER

Avocat associé, VERDIER
MOUCHABAC & Associés



YANNICK PAGNERRE

professeur agrégé
des facultés de droit,
université d'Évry-Val d'Essonne

MONOCOQUE OU TRIMARANT, LE CSE DANS TOUS SES ÉTATS

En matière de fonctionnement, tous les thèmes sont ouverts à la négociation collective plus favorable, par exemple sur le rôle du suppléant. Auparavant, tous les suppléants assistaient au CE parce cela leur offrait l'occasion de se former, et que leur présence assidue facilitait le remplacement au pied levé d'un titulaire absent pour une consultation. Désormais, la lettre de loi ne prévoit plus leur présence, ce qui peut créer toutes sortes de perte de temps. L'accord collectif sur le fonctionnement du CSE peut alors y remédier, par exemple en prévoyant leur présence au moment des procédures d'information-consultation pour ne pas entraver le dialogue social. De même, l'ordre public social peut jouer sur le nombre d'heures de délégation.

Je me pencherai particulièrement sur la question des réunions et des commissions. Il existe deux types de réunion : les réunions périodiques et les réunions ponctuelles. Les réunions périodiques représentent les réunions obligatoires du CSE, au nombre d'une tous les deux mois dans les entreprises de moins de 300 salariés et d'une par mois dans celles d'au moins 300 salariés. La règle d'ordre public prévoyant six réunions par an, il devient ainsi possible de déroger à la périodicité par accord. Les entreprises de plus de 300 salariés peuvent même déroger à la fois sur le nombre et la périodicité des réunions.

Au moins quatre de ces réunions périodiques doivent être consacrées à la santé et à la sécurité au travail. Étant donné que le droit social s'est fondé historiquement sur ces sujets, tous les représentants du personnel sont censés s'y intéresser.

Les réunions ponctuelles sont de diverses natures. Figurent parmi elles les réunions demandées à la majorité des membres du CSE titulaires. Mais celles-ci sont supplétives de volonté : par accord, l'employeur peut les refuser, en diminuer le nombre, ou les limiter à certains thèmes particuliers. Néanmoins, les réunions ponctuelles en cas de danger pour la santé ou la sécurité des travailleurs, ou en cas de problème écologique, sont d'ordre public.

J'en viens aux commissions. Alors que la CSSCT est d'ordre public, les autres s'établissent à partir d'un certain nombre de salariés : commission économique, commission emploi-formation, commission logement, commission égalité professionnelle. Ces quatre types de commissions sont supplétifs de volonté. L'employeur peut proposer d'en supprimer certains dans le cadre du donnant-donnant. Personnellement, je pense néanmoins qu'il serait inopportun d'écarter la commission égalité professionnelle, parce qu'elle traite d'un thème majeur dans notre société.

Enfin, la commission des marchés concerne les gros CSE, représentant au moins 50 salariés et disposant d'au moins 3 millions d'euros de ressources annuelles.

La CSSCT, obligatoire dans les entreprises d'au moins 300 salariés et facultative dans les autres, est obligatoire aussi lorsque l'inspecteur du travail le demande et dans les sites nucléaires. Si l'accord préalable à sa création n'aboutit pas, le règlement intérieur du CSE devra inclure les modalités de son instauration. Cette disposition gêne fortement les entreprises. En effet, si le CSE souhaite par exemple une CSSCT de proximité en complément de la CSSCT principale, et que l'employeur la refuse, les organisations syndicales peuvent refuser de négocier l'accord sur les modalités de fonctionnement de la CSSCT. Sur ce point, il n'existe pas de disposition supplétive : il faut nécessairement un accord entre les parties. À court terme, cela donne aux représentants une capacité de nuisance assez forte. En outre, l'accord doit également définir les modalités de formation de cette commission.

Examinons maintenant la négociation sur les attributions du CSE, qui renvoie à deux thèmes : les moyens alloués au CSE et ses missions.

En l'absence de précisions légales, tous les moyens peuvent être négociés au titre du principe de faveur. Le législateur organise seulement un peu la négociation dérogatoire sur le temps (heures de délégation, réunions, information, délai de consultation et d'expertise).

Sur les heures de délégation, la négociation doit se tenir lors du protocole d'accord préélectoral et en connaissance du nombre de membres du CSE. Maintenant, le Code du travail lie ces deux aspects. Ainsi, diminuer les membres du CSE exige d'augmenter leur nombre d'heures de délégation et, à l'inverse, augmenter les membres peut nécessiter la diminution de leurs heures de délégation, du moins de mon point de vue.

En principe, le temps passé en réunion est du temps de travail effectif, mais pas celui de la réunion demandée par le CSE. Plus précisément, le temps passé aux réunions du CSE et de ses commissions est assimilé à du temps de travail effectif dans la limite d'une durée globale fixée par accord d'entreprise ou par décret. Le décret a fixé une limite de 30 heures annuelles dans les entreprises de 300 à 1 000 salariés et de 60 heures dans les entreprises de plus de 1 000 salariés, sauf accord collectif contraire. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, cette durée fixée par décret représente deux heures et demie par mois, et dans celles d'au moins 1 000 salariés, cinq heures par mois. Dans les deux cas, ce sont des durées restreintes qu'il convient plutôt de négocier. Une circulaire administrative a rendu une interprétation un peu étrange de ce décret : selon elle, tout le temps passé en commission, quelle que soit sa durée, est du temps de travail effectif, ainsi que tout le temps passé en réunion obligatoire. De son point de vue, le décret ne tient compte que des réunions

internes ou des réunions facultatives. Il existe donc à ce sujet un réel problème d'interprétation. En cas de contentieux, il convient de demander son avis au Conseil d'État. Nous avons essayé de contester la constitutionnalité de la loi, mais le Conseil d'État avait estimé que cette dernière pouvait tout à fait renvoyer à un décret. En revanche, il est toujours possible de contester la lecture du décret si l'employeur en a une lecture littérale.

Voyons maintenant l'information, qui relève du principe de participation des travailleurs : pour bien exercer leurs missions, les élus doivent disposer d'informations précises, écrites et transmises à l'avance. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, une BDES est obligatoire et réservée aux consultations récurrentes. En outre, la BDES peut aussi être prévue désormais pour les consultations ponctuelles. C'est très intéressant, y compris pour les représentants du personnel : la loi valide la pratique qui existait avant elle dans certaines entreprises. Dans la pratique, cependant, nous constatons une situation bien plus relative. Dans une très grande entreprise, par exemple, la BDES n'a été consultée que 25 fois en quatre mois, et plus des trois quarts des connexions provenaient des services de la DRH. Je regrette fortement l'absence d'implication des représentants du personnel sur ce point et en appelle donc aux responsabilités de chacun. Il faut consulter les informations transmises. Pour la BDES, la loi distingue aussi ce qui relève de l'ordre public de ce qui relève des dispositions supplétives, ou de la négociation collective. Les informations versées dans la BDES pour les consultations récurrentes relèvent de l'ordre public. En revanche, leur contenu, leur structure et les modalités de fonctionnement relèvent des dispositions supplétives, sauf sur la politique sociale et l'égalité professionnelle. Or de nombreux autres thèmes me semblent appartenir à l'ordre public, même s'ils n'ont pas nécessairement été identifiés comme tels.

L'ordre public comprend l'investissement public, l'investissement matériel, l'égalité professionnelle, l'endettement, l'ensemble des éléments de rémunération des salariés et des dirigeants, mais aussi d'autres thèmes comme la formation professionnelle. Qui affirmerait ainsi que le plan de développement des compétences est supplétif de volonté ? Comment réfléchir à la formation professionnelle en l'absence du plan de formation ? En réalité, ce n'est pas parce qu'il est dit que de nombreux domaines sont supplétifs qu'ils doivent l'être en pratique et qu'ils le sont juridiquement.

Sur le délai, il existe un délai à l'expiration duquel le silence vaut avis négatif. Ce délai est négociable, mais à défaut de négociation, il varie selon les situations : consultation classique (délai d'un mois), intervention d'un expert (délai de deux mois), instauration d'un CSE d'établissement avec un CSE central (délai de trois mois). Le délai minimal de quinze jours, fixé autrefois par la loi, a été supprimé.

Pouvons-nous fixer un délai extrêmement court ne

permettant pas une information consultation avant une fusion d'entreprise ? J'en doute, la loi stipulant qu'il faut un délai suffisant. Il faut donc adapter les délais en fonction des attributions en matière de consultation et prévoir des délais différents.

Par ailleurs, je doute que l'accord puisse définir le point de départ de l'information. En revanche, il est possible de dire que le point de départ court à partir du moment où l'information est sur la BDES, dans l'adresse mail professionnelle ou à la réunion d'information proprement dite.

Sur l'expertise menée dans le cadre des trois consultations récurrentes, la loi prévoit qu'il est possible d'aménager le recours à un expert-comptable en déterminant par accord le nombre d'expertises. Dans une appréciation un peu souple, je pense qu'il est possible de réserver un expert-comptable pour les trois consultations récurrentes, mais cet encadrement du recours à l'expertise ne touche pas les autres droits externes, par exemple en cas d'alerte économique, ou d'alerte santé/sécurité en cas de danger grave et imminent. Ces sujets restent d'ordre public.

S'agissant des délais à respecter en cas de recours à une expertise, la loi régleme le délai que doit respecter l'expert avant que le CSE donne son avis. Ce délai, de remise de rapport, peut être fixé par accord collectif. J'en viens aux moyens et missions du CSE. Parmi les missions du CSE, celle de réclamation, qu'elle soit individuelle ou collective, relève de l'ordre public, ainsi que les missions d'alerte. En revanche, la mission consultative peut faire l'objet d'une modulation conventionnelle. Les missions consultatives sont en principe d'ordre public sur les thèmes suivants :

- les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ;
- la modification de l'organisation économique et juridique de l'entreprise ;
- les conditions d'emploi, de travail ou de formation professionnelle ;
- l'introduction de nouvelles technologies, ou tout aménagement important modifiant les conditions de santé/sécurité ou les conditions de travail ;
- les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés au travail, des invalides de guerre, des invalides civils et des personnes atteintes de maladie chronique.

Cependant, ces thèmes renvoient à une partie du Code du travail qui les désigne sous le vocable « attributions générales ». Cela signifie que ces attributions générales gouvernent les consultations récurrentes et les consultations ponctuelles.

Sur les consultations récurrentes, la loi prévoit qu'il faut informer et consulter sur trois thèmes : les orientations stratégiques de l'entreprise, la situation économique et financière et la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi. Ces trois thèmes-là relèvent de l'ordre public, mais le fait de les mixer ou

le contenu exact de chacun des thèmes relèvent, en principe, de la supplétivité. Toutefois, s'il serait possible par exemple d'enlever la formation professionnelle de la politique sociale ; il ne faut pas oublier que la formation professionnelle, en tant que telle, reste d'ordre public. Il faut donc jongler avec les textes et ne pas hésiter à les relier entre eux afin de savoir précisément ce que nous pouvons faire, ou non.

En outre, l'information-consultation, surtout de nature sociale, est encadrée par l'Union européenne. Il est impossible d'écarter un thème imposé par la directive sur l'information-consultation.

Je citerai un autre exemple : apparemment, les aides publiques à la R&D sont devenues supplétives de volonté. L'employeur n'aurait donc plus à consulter le CSE à ce sujet. Cependant, l'absence de consultation aboutira au non-versement des aides. En réalité, ce sujet n'est pas supplétif, mais d'ordre public.

Toutes les consultations ponctuelles sont d'ordre public, sauf deux d'entre elles, régies par des règles supplétives, et plutôt accessoires : l'information-consultation réalisée à la suite de chaque élection sur la forme juridique de l'entreprise (par exemple sur les nouveaux élus), et l'information consultation en cas de projet de restructuration, pour informer les entreprises sous-traitantes. Sur les consultations multiples, en cas de CSE central et CSE d'établissement, il est possible de prévoir par accord collectif une autre articulation que celle prévue par la loi. Prenons l'exemple d'une décision d'aménagement du temps de travail qui concernerait plusieurs établissements distincts. Cette décision est prise au niveau central, avec une information-consultation au niveau central, puis une information-consultation au niveau local. Mais il est tout à fait envisageable de modifier ces règles d'articulation. Certains estiment même que, dans cette hypothèse, l'entreprise peut se limiter à une information-consultation au niveau central et seulement d'une information au niveau local. Bien entendu, cet élément négociable est surtout en faveur de l'employeur. En termes de modalités de la négociation, l'employeur négocie soit avec les syndicats, soit avec le CSE. L'accord d'entreprise annule la négociation avec le CSE. De même, le temps passé en réunion peut se négocier simplement par accord d'entreprise.

Intéressons-nous maintenant au problème de l'exécution de l'accord. Imaginons un accord signé par les syndicats majoritaires. Si un employeur ne respecte pas l'accord signé, le CSE peut-il ester en justice alors qu'il n'est pas signataire de l'accord ? Une ancienne jurisprudence

indiquait que l'inexécution d'un accord collectif sur les heures de délégation signé par des syndicats ne pouvait pas faire l'objet d'une action en justice par le CSE. Mais cela n'a plus aucun sens. La solution pratique est alors de faire signer l'accord conjointement par les syndicats et le CSE afin que ce dernier puisse ester en justice en cas de besoin. Les avocats, quant à eux, pourraient lancer une procédure pour faire casser cette jurisprudence. Le principal bénéficiaire des accords, même signés par des syndicats, doit évidemment pouvoir agir en justice comme n'importe quel salarié.

Je termine ma présentation par le délit d'entrave, qui est un délit pénal. Pour qu'il y ait un délit, il faut la violation d'un texte de loi, or un accord collectif n'en est pas un. Cependant, violer un accord collectif qui remplace la loi revient à violer la loi, à condition que l'accord collectif soit un accord de branche étendu. Dans le cas d'un accord d'entreprise, il serait néanmoins inenvisageable que ce délit d'entrave n'existe plus. C'est malgré tout ce que prévoit actuellement la loi pénale du travail. Cependant, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 9 avril 2019 stipulant qu'un accord collectif d'utilisation des NTIC violées par les syndicats d'entreprise permet de reconnaître le délit d'entrave. Le délit d'entrave devrait donc être étendu même dans le cas d'un accord collectif conclu sur le CSE.

Débat :

Johann PHILIP

Quid de la caducité des accords mixtes, par exemple des accords qui prévoieraient des règles de négociation collective particulières, et sur les réunions des DP, des CHSCT et des CE ?

Yannick PAGNERRE

Les clauses des accords de branche relatives à des dispositions sur les CE ne produisent plus d'effets. L'accord de branche peut tenir, mais pas la clause concernant le CE, par exemple. Par conséquent, elle n'est plus applicable.

Johann PHILIP

Ce point de vue va à l'encontre du principe de l'indivisibilité de l'accord.

Yannick PAGNERRE

En effet, mais comme le principe d'indivisibilité n'a pas de valeur constitutionnelle, ce n'est pas dérangeant.

Dans le sillage des premiers CSE

Retours d'expériences de deux élus

Yves COUSSEMENT

Je suis secrétaire d'un CSE d'un groupe hôtelier qui gère vingt établissements à la montagne et dont le siège social est situé à Saint-Laurent-du-Var, près de Nice. Je débute en vous présentant le contexte, à savoir une entreprise qui compte de nombreux saisonniers et qui a fusionné en 2018 juste avant les accords CSE. En effet, il existait trois entreprises dont deux qui géraient respectivement des hôtels-clubs et des résidences-clubs, et une agence de voyages. À cette époque, les dirigeants avaient indiqué qu'ils ne négocieraient pas de CSE avec les entités existantes, mais avec la future équipe. Nous avons ainsi longtemps travaillé sur l'accord de fusion, dont l'obtention a été très positive. Ensuite, la mise en place du CSE s'est avérée très difficile compte tenu des sommes dépensées dans le cadre de l'accord de fusion. Nous sommes parvenus à ce que la fusion des trois conventions collectives soit basée sur les grands principes de la convention collective des agences de voyages. Tous les salariés bénéficient donc de primes d'ancienneté, de la carence, des jours de congés supplémentaires, ce qui représente un coût supplémentaire pour l'entreprise. La Direction a donc débuté la négociation des accords CSE en demandant que les IRP fassent des efforts compte tenu de ces dépenses.

Toujours s'agissant du contexte, l'entreprise emploie 1 200 saisonniers, puisque nos hôtels sont essentiellement ouverts en périodes estivales et hivernales. Cela équivaut en temps plein à 485 salariés pour 120 permanents. Les ayants-droits aux œuvres sociales, c'est-à-dire ceux qui affichent huit mois d'ancienneté, sont quant à eux 250. Par ailleurs, nous avons été confrontés à un manque de volontaires du côté des IRP. En effet, avec la fusion des trois instances, nombre d'anciens élus ne souhaitaient pas agrandir leur périmètre de responsabilités. Nous avions la possibilité d'avoir treize postes, mais compte tenu de cette carence, nous n'avons réussi qu'à créer une liste de dix personnes titulaires avec deux suppléants. En d'autres termes, le CSE qui pouvait compter jusqu'à 26 membres, n'en compte donc que douze pour négocier.

La négociation de l'accord CSE a été longue, elle a duré cinq mois, avec de nombreux allers-retours puisque l'entreprise ne possède pas de véritable DRH. Une directrice administrative et financière fait office de DRH, aidée d'une RH qui gère l'urgence. Par conséquent, toutes nos propositions sont transmises au cabinet d'avocats, qui ensuite revient vers nous avec des demandes de documents. Les négociations sont longues mais ce fonctionnement présente l'avantage pour nous d'être proactifs, nous soumettons les accords, et ils sont ensuite validés ou non. Les retours prennent du temps, d'autant que les avocats ne nous ménagent pas, par exemple sur le projet de règlement intérieur de quatre pages, que nous leur avons transmis, et qui est revenu avec 27 pages. Nous avons donc dû le retravailler. Ensuite, nous sommes parvenus à constituer six commissions respectivement dédiées à l'économie, à la formation, au handicap, à l'égalité, à l'animation, et au logement. Cela nous a permis d'attirer des élus plus intéressés par une commission qu'une autre et de les répartir en fonction. Le budget a également été très difficile à négocier au regard des dépenses consenties par la Direction lors des accords de fusion et des pourcentages très divers sur les budgets des trois anciennes sociétés. De plus, les agences de voyages géraient des tickets restaurant contrairement aux hôteliers dont les salariés sont le plus souvent nourris et logés. Il a donc été décidé de supprimer les tickets restaurants pour obtenir un pourcentage intéressant.



YVES COUSSEMENT

secrétaire du CSE MMV
(Mer Montagne Vacances)



ZAHIR MECHKOUR

secrétaire de CSE (industrie)
Président de l'ANCSE

Par ailleurs, nous avons mis en place des représentants de proximité dans la difficulté, car nous n'avons que des saisonniers au niveau des hôtels. En effet, les seuls permanents sont le directeur et la personne en charge de l'entretien, qui peut même avoir deux hôtels à sa charge selon les stations. Cela supposait donc que le représentant serait un salarié protégé, non élu, ce qui représentait une inquiétude compte tenu du turnover au niveau des saisonniers. C'est pourquoi nous avons mis en place une phase expérimentale de deux ans sur cet accord, en choisissant trois stations de ski comprenant deux hôtels chacun, et pour lesquelles un représentant de proximité sera nommé pour la saison. Il sera donc élu de décembre à décembre, et nous n'avons pour l'heure obtenu que le minimum de deux heures par mois afin de remonter les informations au CSE. Nous espérons que ce concept fonctionnera afin d'élargir les responsabilités de ces représentants de proximité.

S'agissant de la fréquence des séances, elles sont organisées tous les deux mois, tandis que les commissions se réuniront une à deux fois par an.

L'autre difficulté de cet accord est que toutes nos propositions doivent être justifiées financièrement et que le dialogue social avec notre interlocuteur est restreint à une courte durée mensuelle. En revanche, l'une des réussites est la mise en place d'observatoires qui facilitent la validation de nos propositions. Le budget a quant à lui été indexé sur les bénéfices par tranche après impôts, et l'objectif est de signer cette indexation à chaque négociation.

Une autre particularité est que notre CSE est sponsorisé par l'entreprise dès qu'elle réalise une action publique mettant en valeur son image, telle que des stages de premiers secours ou les soirées dédiées aux directeurs. Notre proactivité est donc abondée.

Zahir MECHKOUR

Je serai très synthétique car notre entreprise a été la première à évoluer vers le CSE, avec la signature de notre protocole d'accord préélectoral (PAP) en novembre 2017, juste après les ordonnances, sans attendre la parution des décrets du mois de décembre. Nous avons d'abord construit notre PAP avant de discuter pendant trois mois de l'accord CSE.

Être les premiers permet d'éviter les benchmarks et de ne pas s'inspirer des autres, au risque d'être nivelés par le bas. Il conviendra d'attendre l'analyse de l'ensemble des accords en France, mais il semble que ce soit le cas. Nous avons donc eu la chance de partir d'une page blanche avec des règles applicables, même si elles sont critiquables. Les élections étaient initialement prévues en décembre 2017, mais la loi obligeait de facto à ce qu'elles soient organisées après le 31 décembre de la même année. Elles ont donc eu lieu le 1er février 2018, avec une innovation dans notre accord qui consiste à faire du secrétaire un manager, un leader du CSE, compte tenu du nombre de prérogatives de

cette instance. La Direction a donné son accord pour qu'un capitaine pilote avec la mise en place d'un outil, à savoir un volant d'heures. En effet, le grand débat qui agite les discussions sur les futurs CSE concerne le nombre d'heures de délégation, car la Direction se réfère à la loi, tandis que les élus sortants s'attachent à l'organisation précédente. C'est pourquoi nous avons expliqué à la direction que le CSE diminuerait le nombre de réunions et de suppléants, et nous avons pu conserver le nombre d'heures de délégation, en créant en plus un volant d'heures. Il est chaque année à disposition du secrétaire-manager pour octroyer des heures à des élus en fonction des besoins. En effet, certains titulaires risquent de s'épuiser sur la durée du mandat, sans utiliser les heures. Le volant d'heures permet ainsi de remettre les compteurs à zéro chaque année, le secrétaire informant le DRH des répartitions. Cet outil apparaît ainsi essentiel pour répondre aux critiques au sujet des heures de délégation peu ou mal utilisées. Il s'agit alors d'un moyen de contrôle, même si je conviens que l'une des facilités de mon entreprise est qu'elle n'abrite qu'une seule organisation syndicale.

Débat

David VERDIER

À ce sujet, la mésentente entre les syndicats dans les instances complique souvent les échanges.

Zahir MECHKOUR

Je ne l'ai jamais vécu, mais j'imagine qu'une majorité se dégage, et le secrétaire élu dispose des outils et peut avoir une attitude « bienveillante » vis-à-vis des élus de son syndicat. C'est le jeu, mais je pense qu'il peut exister de l'intelligence, même s'il conviendrait d'être prudent au sein d'une instance affichant plusieurs étiquettes syndicales.

David VERDIER

La mise en place de ce volant d'heures est-elle valable durant tout le PAP ?

Zahir MECHKOUR

Oui, pendant 4 ans. Après un an, certains élus s'aperçoivent qu'ils ne sont pas faits pour ce mandat. C'est donc l'intérêt de ce volant d'heures.

Un autre point, sur lequel cette fois nous n'avons pas trouvé d'accord, concerne les représentants de proximité. Ce sujet a surgi à la fin des débats sur les ordonnances, quand certains ont contesté la disparation des DP, la première instance créée en 1936. Le gouvernement est donc intervenu pour créer ces représentants de proximité. J'étais pour, la Direction était contre et a gagné l'arbitrage. Cependant, je pense qu'elle a eu tort car, sur certains ateliers, nous constatons un besoin en représentant de proximité. En effet, le « super élu » du CSE qui est sur tous les fronts, ne peut donc être partout. Sur un atelier symptomatique de difficultés,

QUATRIÈME THÈME

le représentant de proximité a alors tout son sens. Si c'était à refaire, je demanderais donc à disposer de représentants de proximité ciblés, dans le cadre d'un observatoire. Par exemple, le CSE élirait un représentant de proximité issu d'un atelier constamment sous tension et vivant des difficultés chroniques.

David VERDIER

Votre directeur des relations sociales souhaite-t-il réagir ?

Arnaud G, directeur des relations sociales

Je souscris à votre propos, néanmoins il existe un multipartisme au sein de l'entreprise même si votre syndicat est très majoritaire. Je n'ai pas changé d'avis concernant les représentants de proximité, et je crains fort qu'il en soit ainsi jusqu'en 2023 car je pense d'une part que la loi nous a apporté nombre de nouveautés. Je pense à la présence accrue des représentants du personnel au CSE, avec un taux de présence atteignant presque 100 %, contre 60 à 70 % dans l'ancienne organisation. D'autre part, je pense que ce nombre d'élus ayant été majoré, il n'est pas nécessaire d'augmenter le nombre de représentants de proximité, même si j'entends votre proposition. Un autre problème doit par ailleurs être évoqué, c'est que nous possédons déjà suffisamment de salariés protégés, et il n'était donc pas nécessaire d'ajouter « à l'arrache » cette création dans la loi de ratification. La création des représentants de proximité a été communiquée sur le tard, et il s'agit selon moi d'une erreur.

David VERDIER

Peut-être qu'au sein de votre entreprise, la discussion est ouverte, mais il existe également des entreprises qui disposent de nombreux sites répartis dans l'Hexagone

et qui ont absolument besoin de représentants de proximité.

Yves COUSSEMENT

Concernant mon entreprise, nous avons obtenu des représentants de proximité dans 6 établissements sur 20 tout de même. Sur les établissements dépourvus de représentants de proximité, nous n'aurons pas d'alertes, ce qui fut le cas l'an passé dans un établissement qui a pourtant connu un problème avec un directeur.

Emmanuelle DUGUÉ-CHAUVIN

Après plus d'un an de fonctionnement pour votre CSE, le bilan apparaît-il positif selon vous ?

Zahir MECHKOUR

Sur ce point oui, mais il existe d'autres sujets que je n'ai pas abordés. Je n'ai par exemple pas évoqué la commission santé qui selon moi ne fonctionne pas correctement.

Question dans la salle :

Je voulais intervenir au sujet des représentants de proximité. En tant que directrice des relations sociales, et contrairement aux propos précédents, j'accorde une importance à ce rôle. En effet, la mission des délégués du personnel a été supprimée, alors qu'ils permettaient de faire remonter les irritants auprès de l'employeur. Il s'agit souvent du grain de sable qui enraye la belle mécanique de l'entreprise. Les représentants de proximité seraient donc éventuellement présents pour remonter ces irritants et tirer la sonnette d'alarme auprès de l'employeur. Il convient de réfléchir aux sites où ils doivent évoluer, ce qui peut être réalisé dans le cadre d'un observatoire. Je pense que les conflits peuvent ainsi être remontés pour être purgés en amont afin d'éviter la cristallisation des difficultés pouvant mener à des grèves importantes.



ZAHIR MECHKOUR

secrétaire de CSE (industrie)

Président de l'ANCSE

Droit comparé : prendre le large avec l'exemple québécois

Zahir MECHKOUR

J'ai rencontré avec des collègues une organisation nommée CSN, qui est la principale organisation syndicale québécoise. Nous avons ainsi pu échanger et comprendre le mode de fonctionnement. Il nous semble que ce qui se passe chez nos cousins de l'autre côté de l'Atlantique pourrait être les prémises de ce que nous vivons en France.

Au Québec, l'organisation est la suivante : il existe des syndicats, qui ne possèdent pas d'œuvres sociales comme en France. Pour disposer d'un syndicat au sein d'une entreprise québécoise, il doit y avoir 50 % des salariés souhaitant se syndiquer. Comme les employeurs sont aussi réticents qu'en France, on nous a expliqué que la recherche de ces 50 % était réalisée dans la clandestinité pour éviter les répressions. Une fois les noms obtenus, le syndicat demande une accréditation auprès des autorités, donnant ensuite lieu à une reconnaissance de la part de l'entreprise. La configuration n'est pas sans rappeler le chemin pris en France, puisque le Canada affiche un code très mince, avec quelques règles de la province et beaucoup plus de l'entreprise. Tout est ainsi négocié au sein de l'entreprise pour une période variant de 3 à 12 ans. Par exemple, les salaires sont donc négociés une fois pour toute, à l'inverse de nos NAO actuelles.

Ensuite, le syndicalisme québécois présente la particularité de subir un encadrement temporel du droit de grève. En effet, les salariés peuvent uniquement faire grève le temps de la négociation de leur accord. Après signature, ce droit n'existe plus, y compris par exemple sur une période de 12 ans. Néanmoins, on nous a raconté des cas de grèves après la signature de l'accord, qui sont donc déclenchées en toute illégalité. L'entreprise peut alors se retourner contre le syndicat afin de lui demander des comptes sur la perte financière journalière de production. Des chiffres incroyables ont été évoqués, à hauteur de millions de dollars canadiens, le syndicat devant assumer le caractère illicite de la grève.

Autre point intéressant, lors des ordonnances a été soulevée la question de la cotisation pouvant être versée par l'employeur. Il s'agit d'un débat perpétuel en France, qui au Québec n'existe pas, puisque l'employeur considère que tous les salariés sont syndiqués et les prélèvent donc à la source. Les syndicats disposent donc de ressources importantes. Ce prélèvement a été obtenu par les syndicats en échange de l'encadrement du droit de grève en 1977.

Je pense que cet exemple doit nous interpeller et nous permettre d'imaginer les possibles évolutions françaises. Lors de nos échanges, je me suis souvent dit que c'est le chemin qui était pris par la France.

Joute d'experts : ce qui est conventionnel est-il "juste" ?

Comment concevoir un équilibre dans l'élaboration des accords collectifs au regard du déséquilibre existant entre les acteurs à la négociation ?

Bernard GAURIAU

De nombreuses questions ont été abordées lors de ces échanges et j'aborderai tout d'abord quelques remarques au sujet de cette réforme. Un premier point est historique et nécessite de remonter à 1982, à l'époque des lois Auroux. Les CHSCT ont été créés en fusionnant deux institutions, ce qui montre le mouvement perpétuel de l'Histoire du droit. Existait également des mandats DP d'une durée d'un an, et des mandats CE de deux ans. Alors que la durée d'un mandat est aujourd'hui de quatre ans, de nombreuses entreprises ont maintenu par accord des mandats de deux ans, privilégiant un rythme régulier d'élections. Les élus peuvent préférer également ce système, car ils prennent parfois conscience que le mandat ne leur convient pas. Les lois Auroux ont supprimé le seuil de la section syndicale fixé à l'origine (cad en 1968) à 50 salariés. Ce n'était pas forcément la meilleure idée : le délégué syndical est souvent le porte-parole de la section syndicale mais suppose que l'entreprise possède au moins 50 salariés alors qu'un simple militant membre d'une section syndicale n'est pas un salarié protégé. L'écart entre le seuil d'effectif DS et celui de la section syndicale n'est pas heureux.

À l'époque des lois Auroux, fut mise en place la négociation obligatoire afin de réduire le pouvoir unilatéral de l'employeur au contenu du règlement intérieur. Il suffisait d'avoir un seul délégué syndical pour valider l'accord. C'est pourquoi – en l'absence de délégué syndical – nombre d'accords atypiques ont été signés par de simples élus. Par exemple à Angers, Motorola possédait 8 accords sur la durée du temps de travail, tous négociés avec le comité d'entreprise, qui n'avait pas le pouvoir de négocier à l'époque. (dans les années 90)

Aujourd'hui, il existe moins d'espace pour l'accord atypique, puisque la négociation a été légalement ouverte à d'autres que des délégués syndicaux. Le risque de négocier avec une personne qui n'a pas la capacité de le faire est donc nettement plus rare. Toujours en 1982, fut créé le droit d'opposition, subordonné à une certaine audience du syndicat qui l'exerçait. Cette opposition n'était possible que pour les accords dérogatoires, qui concernaient l'annualisation et la modulation du temps de travail. Ces accords étaient négociés avec un délégué syndical, mais le syndicat majoritaire pouvait s'y opposer. À cette occasion, son audience était mesurée par référence à son score aux élections. Aujourd'hui, l'accord dérogatoire désigne un accord qui est conclu avec une personne autre qu'un délégué syndical.

Si j'évoque mon expérience personnelle, j'ai été salarié pendant 10 ans dans le secteur privé et j'étais élu quelque temps du comité d'entreprise. Mon constat est qu'il existait une certaine rivalité de personnes entre les délégués du personnel et



DAVID VERDIER

Avocat associé, VERDIER
MOUCHABAC & Associés



BERNARD GAURIAU

Professeur de droit privé,
Université d'Anger



PASCAL LOKIEC

professeur de droit social
Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

JOUTE D'EXPERTS : CE QUI EST CONVENTIONNEL EST-IL "JUSTE" ?

les élus du CE. Dès que l'un disait blanc, l'autre disait noir. Ma participation au CE a donc été une mauvaise expérience, car à 29 ans, les plus anciens me donnaient des consignes de vote. Je me souviens par ailleurs que les mêmes questions étaient traitées dans les réunions DP et les réunions CE, chacun sortant de son domaine de compétence. La multiplication des instances pouvait être problématique.

Je me souviens également de l'expérience des suppléants, et notamment d'un qui était finalement considéré comme un titulaire, dans la mesure où le véritable titulaire était toujours absent. Mon sentiment sur ces institutions reste mitigé.

Pour revenir à la mise en place du CSE et au recours à la négociation, j'ai recensé dans une publication écrite 8 accords possibles. Le régime des accords collectifs n'a donc pas été simplifié. Lors des échanges, nous avons vu qu'il existait une partie forte et une partie faible dans la négociation collective. Nous apprenons d'ailleurs en droit du travail, que l'accord collectif compense par la négociation ce que le salarié ne peut obtenir dans sa relation individuelle avec son employeur. Il est également vrai que les négociateurs salariés sont parfois en position d'infériorité, mais en tant qu'avocat, je connais des exemples inverses. Le DS connaît par exemple le dernier arrêt de la Cour de cassation, qu'ignore le dirigeant. Ce rapport inversé concerne néanmoins les entreprises de petite taille.

Concernant le référendum, le Parti communiste, alors que le PS était seul majoritaire, a présenté en 1982 de nombreux amendements afin de l'intégrer dans le processus de négociation des accords. Jean Auroux avait alors affirmé que le référendum était « la mort du fait syndical ». Le référendum correspond à un exercice de démocratie directe (Jean-Jacques Rousseau), mais prudence. La place du référendum demeure restreinte en droit du travail, malgré son expansion récente. Je crois qu'il en existe deux types, l'un consistant à consulter le personnel et l'autre qui permet de valider l'accord. (Référendum consultatif et référendum décisionnel)

J'ai deux exemples de négociation d'accord dans les entreprises de moins de 11 salariés soumis à une majorité des deux tiers du personnel. Le premier concerne un petit magasin de vêtements, dans lequel le responsable a négocié avec ses trois vendeuses un accord sur les horaires du samedi matin. Cet accord a été adopté à l'unanimité. Le deuxième exemple est celui d'un parlementaire français qui a négocié un accord avec ses collaborateurs parlementaires, au sujet de leurs rémunérations, à la majorité des deux tiers. Convenons qu'il ne s'agit pas de véritables négociations, mais d'un acte de l'employeur qu'il soumet au référendum.

La difficulté est de penser à tout lors de la rédaction de l'accord. En effet, certains principes ne peuvent être mis en place qu'à l'origine, tels que l'architecture, le périmètre (les établissements distincts, les représentants de proximité).

S'agissant du fonctionnement, la visioconférence me semble un bon outil pour permettre à des élus éloignés de participer sans avoir à subir les contraintes du déplacement. Je pense également aux entreprises qui possèdent des implantations outre-mer. Cependant, la visioconférence suppose un matériel de bonne qualité sous peine que les élus ne puissent pas réellement participer aux réunions.

Concernant les représentants de proximité, des accords les positionnent comme des personnes de terrain. Dans certaines entreprises, ils sont même conviés à toutes les réunions de la commission santé et sécurité. D'autres leur ont affecté un certain périmètre de responsabilité, c'est pourquoi il ne s'agit plus de délégués du personnel bis. D'autres accords se sont limités à un copier-coller des anciens DP.

Le représentant de proximité est à cette réforme Macron, ce que fut le représentant de la section syndicale à la réforme de 2008. En effet, quand il a été décidé en 2008 que la représentativité syndicale proviendrait des élections, on n'avait pas pensé aux représentants de la section syndicale au bénéfice des syndicats non représentatifs, mais légalement constitués. J'avais suivi la négociation de la Position commune qui a conduit à la loi du 20 août. Le RSS ne fut introduit qu'à la fin des négociations. Un rôle lui a été attribué ainsi que quelques heures de délégation mais pas la possibilité de négocier des accords.

Aujourd'hui, le représentant de proximité obéit à une démarche identique avec une législation pensée trop rapidement.

Par parenthèse, la loi « Pacte » qui entrera en vigueur en 2020, et qui réforme notamment les seuils d'effectif, est une loi très imparfaite. À l'inverse, les lois Auroux sont de bonne facture.

Pour conclure au sujet du représentant de proximité, disons qu'il s'agit d'un homme de terrain, un DP qui ne dit pas son nom dans de nombreux accords, mais aussi l'interface entre la base et les élus centraux, ou la base et les commissions santé-sécurité des élus, dans les accords les plus audacieux. Nombre d'accords impliquent également sa présence dans les réunions du CSE, et un pouvoir d'accompagnement en cas d'inspection sur site. Concernant le cumul des mandats et des compétences par l'expérience, je précise que dans les entreprises de moins de 50 salariés, il n'existe aucune limitation du cumul des mandats dans le temps. Les élus ne sont donc pas élus pour 12 ans au maximum. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, ce sont les mandats continus qui sont interdits.

Concernant le conseil d'entreprise, trois accords ont jusqu'à présent été conclus. Personnellement, je ne dispose que d'un seul, à savoir celui conclu au sein de la SNIE. Ces accords ne semblent pas attirer les foules, à raison de deux craintes. Crainte pour le DS de perdre son pouvoir de négocier. Crainte pour l'employeur de soumettre à avis conforme, en clair à un droit de veto,

un certain nombre de ses décisions. Dans l'accord SNIE du 29 juin 2018, dans la commission de négociation du Conseil d'entreprise a été intégré le délégué syndical. Par conséquent, il conserve sa compétence de négociation, ce qui est une solution astucieuse. En contrepartie, l'employeur n'est soumis à un droit de veto que sur la formation professionnelle comme l'impose la loi. En conclusion, je ne suis ni favorable, ni défavorable aux ordonnances Macron et au CSE, car cela n'aurait pas de sens. Tout dépend de notre attitude, et si nous voulons que cela fonctionne, il y a des chances que cela soit le cas ; dans le cas contraire, nous irons à l'échec. Il s'agit peut-être d'une attitude typiquement française.

Pascal LOKIEC

Je suis globalement défavorable aux évolutions que subit le droit du travail depuis quelques années. Néanmoins, mon propos ne consiste pas en un retour en arrière, mais à émettre des points de vigilance sur ces évolutions qui sous-tendent le CSE. Vous évoquiez la loi Pacte, et nous pouvons constater un mouvement continu de dérégulation avec un phénomène de boîte de Pandore. En effet, les évolutions qui se dessinent se renforcent. Par exemple, je ne partage pas la vision sur le référendum, qui peut effectivement être de deux types. Il existe d'abord les référendums de rattrapage à l'initiative des syndicats ou des employeurs lorsque les 50 % ne sont pas atteints. Ils ne fonctionnent pas, à l'inverse du référendum TPE, pour lequel je suis très critique. Selon moi, il suscite une véritable inquiétude. Par ailleurs, dans la loi Pacte, des dispositifs prévoient que les effets du franchissement de seuil nécessiteront 5 ans. C'est pourquoi cette loi possède un impact important sur l'application des règles. Quand on voit qu'un certain nombre de dispositifs sont touchés, nous pouvons craindre que la règle générale s'étende d'ici quelques années au CSE. Deux points de vigilance méritent une attention particulière en matière de CSE, qui correspondent à des tendances générales du droit du travail. Le premier est la simplification, qui gouverne la fusion des trois instances élues. Néanmoins, en droit du travail, la simplification n'est jamais aussi simple qu'elle n'y paraît. Tout d'abord, ce passage au CSE peut apparaître comme un mouvement continu, après la DUP de moins de 200 salariés autorisée par la loi Rebsamen jusqu'à 299 salariés et même par cette loi, la possibilité de regrouper les DP, CE et CHSCT au-delà de 300 salariés... Cela n'a pas fonctionné, et la négociation collective n'est pas naturelle, mais forcée. En effet, si le CSE n'était pas une obligation au 1er janvier 2020, mais une simple possibilité, alors le dispositif n'aurait sans doute fonctionné que dans des proportions limitées.

Nous savons que la négociation est la plus efficace car lorsqu'il n'y a pas de signature de l'accord, il y a application d'un dispositif supplétif défavorable aux salariés. C'est une surprise, mais l'une des négociations qui fonctionne le plus est celle sur les plans sociaux, car le

PSE est mis en œuvre sur une décision unilatérale de l'employeur, faute d'accord collectif. C'est pourquoi la négociation sur les PSE présente un intérêt patronal car l'accord collectif laisse moins de latitude d'appréciation à la DIRECCTE. Dans le cadre du CSE, c'est un autre régime qui s'applique, puisqu'à défaut d'accord collectif, il existe des dispositions supplétives. S'ils ne signent pas l'accord, les syndicats savent que le modèle prévu par le Code du travail s'applique. Or, le modèle de CSE supplétif s'avère moins favorable que l'ancien cumul CE-CHSCT-DP sur le nombre d'élus, le sort des suppléants, ou la commission santé et sécurité qui soulève nombre d'inquiétudes. À ce sujet, il paraît impossible d'aboutir à un fonctionnement de la CSSCT similaire à celui de l'ancien CHSCT. En effet, la commission SSCT ne possède pas la personnalité juridique, ne peut pas désigner d'expert, ni rendre d'avis.

Si le passage au CSE n'est pas un mouvement naturel, c'est aussi parce que l'évolution du droit de la représentation du personnel a contribué à l'essor continu du CHSCT. Depuis une quinzaine d'années, le CHSCT montait en puissance, et le CSE vient réduire le poids de ces thématiques au travers d'une simple commission. Une autre question est de savoir s'il est possible de nommer des membres extérieurs au CSE au sein de la CSSCT. L'objectif est de disposer de membres ayant davantage de temps et d'expertise.

Je poursuis toujours sur ce premier point lié à la simplification, en évoquant une tendance à aller vers un modèle électif non syndical. L'exemple le plus probant est le conseil d'entreprise, qui est une instance élue, actrice de la négociation collective. Il s'agit d'un mouvement qui, si nous faisons du droit comparé, existe dans d'autres pays. La France dispose d'un modèle dualiste, avec les élus et les syndicats, alors que les Américains, les Anglais ou les Italiens disposent d'un canal unique de représentation avec les syndicats. On peut ainsi regretter ce paradoxe français avec un mouvement qui écarterait le rôle des syndicats.

Le troisième écueil de cette simplification est la question de la proximité, et la disparition des DP inquiète car ils permettaient de faire remonter les problèmes de santé et de sécurité sur les sites. Ce système était à la fois favorable aux salariés et aux entreprises car ces problèmes peuvent avoir des conséquences dramatiques. Il existe trois solutions sur ce point, le premier étant l'adoption d'un CSE central et de CSE d'établissement, qui suggère un point de vigilance sur la nouvelle définition des établissements distincts. En effet, en cas d'absence d'accord collectif, la décision unilatérale de l'employeur est rapidement prise, le nouveau critère de décision étant l'autonomie de gestion, notamment en termes de personnel. L'entreprise peut par exemple configurer le pouvoir de son organisation afin d'éviter cette gestion à l'échelle de l'établissement. Cette première voie pour la proximité ne semble pas être satisfaisante. La deuxième solution implique des représentants de proximité.

La question a été abordée tardivement dans les ordonnances, ce qui a engendré un dispositif peu encadré par le Code du travail. Enfin, la troisième solution est la CSSCT, et je pense que l'intérêt des négociations est d'en faire une instance de proximité, parce que les questions de proximité concernent majoritairement la santé et la sécurité. Il n'existe aucune obligation d'implanter la CSSCT au même niveau que l'établissement distinct. Elle peut donc être implantée sur des sites de moins de 300 salariés, présentant de forts enjeux en termes de santé et de sécurité.

Ensuite, le deuxième point de vigilance relevé est la primauté accordée à la négociation collective dans la construction des règles. Nous disposons déjà de nombreux exemples tels que sur le temps de travail. Un changement important est survenu dans les années 2000 avec les accords de méthode sur la consultation du CE dans les licenciements économiques. Il s'agit évidemment d'un facteur de perturbation pour les partenaires sociaux, car il est inhabituel de négocier sur la représentation du personnel. S'agissant de la mise en place du CSE, certains salariés se sentent visiblement éloignés de cette négociation, et ne prennent pas suffisamment conscience de ses enjeux. C'est d'autant plus perturbateur qu'il est possible de négocier sur tout, ce qui implique un renforcement de la responsabilisation des partenaires sociaux. En effet, pendant longtemps, le droit du travail impliquait des règles impératives avec un code indiquant la marche à suivre, et donc rassurant pour les délégués syndicaux qui disposaient d'un cadre protecteur. Désormais, il existe un enjeu considérable lors de la négociation car seules quelques règles de l'ordre public continueront à s'appliquer. Par exemple, le délégué syndical concède à l'employeur une consultation biannuelle, et non plus annuelle, en échange d'un nombre supérieur d'heures de délégation. Doit-il signer ou non ? Désormais, les possibilités sont ouvertes. Un autre exemple de négociation peut impliquer le nombre d'élus par rapport au nombre d'heures de délégation. Les garde-fous législatifs sont donc devenus trop faibles car les différents acteurs ne disposent pas de toutes les compétences juridiques pour négocier.

En conclusion, il existe également un principe critiquable sur le fait que ce qui est conventionnel est juste. Cela caractérise la nouvelle philosophie du droit du travail, qui, à l'origine, s'était construite contre le « qui dit contractuel dit juste ». Tout le monde était d'accord pour dire qu'il fallait des garde-fous puisque ce qui était signé à titre individuel entre le salarié et son employeur ne pouvait être juste. Avec le nouveau système, le modèle est la négociation collective, qui serait donc forcément juste. Les garde-fous sont ainsi réduits, et la vigilance est nécessaire car ce qui est négocié n'est pas forcément juste. Je me permets de sortir du cadre du CSE pour illustrer ce propos, en évoquant les accords de performance collective. Ce dispositif attire, mais il convient d'être vigilant car le salarié ne peut, dans les faits, refuser ces accords sous peine d'être licencié. Les délégués

syndicaux doivent donc être vigilants car il existe une différence énorme entre la signature d'un accord classique et d'un accord de performance collective, notamment en termes de licenciement et de contrôle du juge prud'homal. Pourtant, la frontière entre ces deux types d'accords n'est pas toujours évidente.

Il est très positif d'avoir ouvert la négociation, mais j'insiste sur la nécessité de négocier en sachant que les garde-fous de l'époque n'existent malheureusement plus.

Bernard GAURIAU

J'apporte deux compléments, en citant tout d'abord le livre Droit du travail, une technique réversible, écrit par Gérard Lyon-Caen : si le législateur crée des règles pour favoriser les salariés, ces mêmes règles peuvent ensuite se retourner contre eux. Je prends deux exemples. En 1982, la gauche voulait favoriser la négociation d'entreprise, et donc la décentralisation des règles au niveau de l'entreprise. Aujourd'hui, beaucoup de thèmes peuvent être négociés par accord d'entreprise en dérogeant à la branche et l'on redoute que la négociation d'entreprise n'aboutisse à une régression. Le deuxième exemple concerne l'unité économique et sociale (UES) qui avait été créée par les lois Auroux pour lutter contre les fraudes pratiquées par certaines entreprises instituant plusieurs sociétés à petits effectifs afin d'éviter la mise en place d'un CE. Aujourd'hui, l'UES est utilisée par les employeurs pour réorganiser l'entreprise, au point que des organisations syndicales estiment que l'outil se retourne contre eux. Le Droit peut ainsi instituer des techniques qui favorisent des personnes dans une relation sociale, avant qu'elles ne se retournent contre elles. S'agissant de l'accord de performance collective, nombre d'entre eux ont été négociés avec des élus mandatés. Selon la décision du Conseil constitutionnel rendue en mars 2018, il n'est possible de négocier cet accord qu'avec des syndicats, comme un accord majoritaire, ce que n'indique pas le Code du travail. Or, la pratique semble ignorer la décision du Conseil constitutionnel. La possibilité de contester et demander l'annulation de ces accords négociés sans délégués syndicaux existe.

Pascal LOKIEC

La tendance du législateur a consisté, ces dernières années, à rapprocher la négociation avec les délégués syndicaux et la négociation avec d'autres acteurs. Des résistances se dessinent effectivement, et une autre question en attente d'éclaircissement concerne la présomption de légitimité des accords collectifs contenant une inégalité de traitement. La Cour de cassation a rendu un arrêt le 3 avril 2019 qui freine cette présomption et la question sera de savoir si elle sera valable pour les accords collectifs négociés sans délégués syndicaux. Je pense a priori que non, car la formulation de cet arrêt (reprise des fameux arrêts de janvier 2015) laisse sous-entendre que seuls les syndicats sont concernés. Dans tous les cas, il est important de ne pas aligner les deux régimes.

David VERDIER

Vous avez évoqué la difficulté à déterminer qu'un accord est un accord de performance collective ou non. Dans mon cabinet, nous avons reçu de nombreux accords à analyser rédigés de manière ambiguë : nous avons donc tout simplement regardé au delà du préambule souvent équivoque, s'ils modifiaient les contrats de travail. Effectivement, dès qu'une clause de l'accord modifie un élément contractuel, nous l'avons qualifié d'accord de performance collective et averti les IRP et syndicats du danger à signer de tels accords et de leurs conséquences si les salariés les refusent. Les IRP et DS étaient souvent perdus. Je suppose que beaucoup d'IRP et DS ont dû laisser « passer » et signer de tels accords.

Pascal LOKIEC

Je pense que dans le préambule, il faut que l'article L. 2254-2 soit visé, ou au moins l'un des trois objectifs, à savoir la préservation de l'emploi, le développement de l'emploi ou la nécessité du fonctionnement. Selon moi, sans ces éléments, un accord de ce type ne serait pas recevable auprès d'un juge.

David VERDIER

Il existait toujours un préambule, mais soit bref soit peu clair ou précis, qui ne permettait pas de caractériser l'accord. S'agissant du dogme que vous avez évoqué sensé relier le juste et le contractuel ou le conventionnel, il est d'autant plus controuvé que la négociation se situe au niveau de l'entreprise ce qui implique que le salarié-négociateur se retrouve face à son employeur, à l'inverse d'une négociation au niveau de la branche.

DÉBATS

Thierry PH

Je croire vivre quelque chose de nouveau dans les comités d'entreprise et dans les comités de groupe, un bouleversement total. Quels acteurs sommes-nous donc au sein des CSE ? L'exemple québécois nous a été présenté, et je rappelle que le premier syndicat est la Confédération des travailleurs catholiques québécoise. Vous évoquiez le fait de ne pas remettre en cause tout ce qui a été légiféré, et bien je dis pourquoi pas au contraire s'il existe demain une possibilité au niveau du gouvernement pour revenir à un autre système plus équilibré. Vous avez évoqué une logique qui a débuté avec les DUP qui se sont d'ailleurs traduits parfois par « des marchés de dupes » ! Aujourd'hui, nous constatons que tout a changé par exemple sur les procédures prudhommales. Selon moi, un comité d'entreprise doit rester tel quel sans qu'il n'y ait des enveloppes d'heures. Par ailleurs, l'un des premiers enseignements en formation était que dans un comité d'entreprise, c'est la majorité qui gouverne. Je ne comprends pas aujourd'hui comment un secrétaire qui dispose de 22 heures de délégation peut remplir sa mission, compte tenu de la

rédaction des procès-verbaux, de la gestion du CE, etc., à part s'il est proche de sa Direction, et qu'il bénéficie d'un détachement plus ou moins permanent au risque d'être déconnecté du monde du travail. Auparavant, avec le cumul de mandats, les élus parvenaient à faire correctement leur travail. Aujourd'hui, je suis quelque peu dépassé par ces évolutions qui semblent mélanger les genres et retirer petit à petit toutes les clés de voute de l'édifice. On s'aperçoit également que le gouvernement a su s'entourer pour faire évoluer la loi, afin que les points et les PSE qui passaient mal auprès des juges judiciaires, dont les conseils de prud'hommes, posent moins de difficultés. Les ruptures conventionnelles remplacent par exemple les PSE, et il n'est pas rare que des sociétés en comptent une vingtaine en deux ans. Les calculs sont même préparés vis-à-vis de Pôle Emploi. Je pense donc qu'une modification substantielle des lois Macron et de la loi du 13 juin 2013 sur les PSE devra être envisagée dès que possible politiquement.

David VERDIER

Je pense que le propos de Monsieur Lokiec était de dire que la logique des lois adoptées depuis une dizaine d'années se poursuit, même si un retour est peut-être possible à l'avenir. Le mouvement est lancé, et il est peu probable que nous puissions assister rapidement à une révolution juridique qui aboutirait à un retour au système précédent.

Pascal LOKIEC

Exactement, je comprends votre vision, mais il s'agit d'un mouvement puissant. S'agissant d'un retour en arrière, il existe des possibilités. Je pense par exemple au fait que toutes les primes soient intégrées dans le bloc 3 et donnent lieu à l'application d'un accord d'entreprise. On pourrait prévoir que toutes les primes en lien avec l'exécution du contrat de travail figurent dans le bloc 2, et soient donc maîtrisées par la branche. Améliorer les garde-fous serait, je pense, déjà un premier pas.

Michel ROSE

Pour revenir à la négociation collective, je constate l'existence d'un double prisme. D'un côté, il existe le prisme des entreprises de moins de 50 salariés, dans lesquelles est favorisé le référendum ou le choix des acteurs. De l'autre côté, on trouve des groupes considérablement renforcés avec la possibilité de mettre en place des accords collectifs qui verrouillent, assurent la temporalité et substituent des règles par rapport à des accords d'entreprise. Il s'agit donc d'une double hypocrisie, entre libération des petites entreprises, et renforcement des groupes.

Bernard GAURIAU

Oui tout à fait. La force de l'accord de groupe est passée relativement inaperçue, alors qu'elle permet par exemple de priver une entreprise de son pouvoir de négociateur sur certains thèmes. J'ai eu des retours d'employeurs (au

JOUTE D'EXPERTS : CE QUI EST CONVENTIONNEL EST-IL "JUSTE" ?

niveau des entreprises) qui se sont plaints de menaces discrètes de la part de la Direction de leur groupe de négociier à leur place s'ils ne cédaient pas à leur volonté. La loi le permet, puisque c'est écrit noir sur blanc dans le Code du travail. Certains employeurs ont ainsi été surpris de découvrir que ces accords de groupe pouvaient se substituer aux accords d'entreprise. Il ne s'agit donc plus d'un débat entre employeurs et délégués syndicaux.

David VERDIER

L'idée est de favoriser les très grosses entreprises, dans le sens d'une logique néolibérale.

Pascal LOKIEC

Il existe effectivement un véritable sujet sur la prise en compte des intérêts des petites entreprises. Le droit du travail se construit davantage sur les groupes, au détriment de la protection des petites entreprises, même s'il existe certaines dispositions telles que les conditions d'extension des accords de branche. Il convient

également de s'interroger sur la définition de la petite entreprise de nos jours. En France, elle est définie par rapport aux effectifs, ce qui ne fonctionne plus. En effet, une start-up comptant 8 salariés peut générer un chiffre d'affaires dix fois supérieur à celui d'une entreprise du BTP qui emploie plus de 300 personnes. Or, les seuils applicables aux licenciements pour motif économique dépendent uniquement des effectifs.

Bernard GAURIAU

Je tiens à préciser, pour revenir sur les propos tenus ce matin, qu'il existe une exception s'agissant des CSE des entreprises de moins de 50 salariés, concernant la personnalité civile. Les CSE d'établissements distincts de moins de 50 salariés mais appartenant à des entreprises de plus de 50 salariés disposent de la personnalité civile. Il est toujours possible auprès d'un juge de faire valoir ce point. Les CSE d'entreprises de moins de 50 salariés sont tout de même les parents pauvres de cette réforme.

Tangage sur mer : houleuse, la santé au travail

Témoignage de Madame Gladys LEROY TESTUD

Madame Gladys LEROY TESTUD

Je vous remercie de me laisser vous faire part de mon expérience douloureuse vécue il y a quatre ans, lorsque j'ai été licenciée de l'industrie pharmaceutique. Après avoir collaboré pendant vingt ans dans la même entreprise à des postes divers, jusqu'à finir à la direction régionale de ventes, je dois ma survie à un élu du CHSCT, qui m'a épaulée dès le début de la procédure.

Le mot « travail » vient du mot *tripalium*, qui signifie « torture » en latin. J'ai débuté ma carrière il y a plus de vingt ans dans l'industrie pharmaceutique en tant que déléguée médicale. Puis je suis passée à la formation, à la communication. J'ai ensuite monté les échelons de mon entreprise jusqu'à finir à un poste de manager. Profondément passionnée par mon travail, j'ai collaboré avec des élus de tous bords, que ce soit en France ou à l'international.

En vingt ans, le travail s'est progressivement transformé. À la fin des années 1990, le travail faisait la part belle aux notions d'acquisition, d'absorption, de profit, de rentabilité, d'actionnaires, d'objectifs atteints toujours insuffisamment dépassés, de procédures et process. Alors que nous avions 90 process à appliquer pour engager la moindre action, les élus à qui nous demandions comment les faire appliquer nous répondaient qu'il fallait éviter de se faire prendre en cas d'irrespect. Ainsi, la perfidie de cette multinationale était d'emmener ses managers et ses collaborateurs à flirter avec le non-respect de la loi.

Aux environs de 2010, de nouveaux mots sont apparus : PSE et restructuration. Nous avons compris que nos CDI et ceux de nos collaborateurs étaient régulièrement remis en jeu, ce qui nous questionnait sur la façon de rester performants dans ce contexte. En réponse à nos interrogations, les élus nous conseillaient de monter le niveau d'exigence des collaborateurs, qui entraînerait celui des élus eux-mêmes et des dirigeants, ce qui aboutirait à noyer les salariés pour les empêcher de penser et de réfléchir et à laisser les mains libres aux dirigeants. Des restructurations se sont d'abord produites tous les deux ans, puis tous les ans, et tous les six mois. À la fin de ma carrière, je changeais de territoire géographique, d'équipe et d'aire thérapeutique tous les six mois. C'était très usant. Quant aux élus, ils atteignaient eux-mêmes leurs limites de compétence et n'arrivaient plus à obtenir

grand-chose de la direction.

Ensuite le digital a fait son apparition dans le monde du travail, d'abord sous forme de téléphones, puis de tablettes et d'ordinateurs. Dès ce moment, nous sommes rentrés dans une machine à broyer de l'humain : ayant perdu tout sens de la réalité. Nous recevions un nombre incalculable de messages de toutes natures, sans compter les inévitables ordres et contre-ordres extrêmement usants au quotidien. Les élus vivaient la même situation que nous, mais ils devaient en plus nous aider, ou faire appliquer les règles de l'entreprise. De mon point de vue, le digital a entraîné avant tout une accélération du mouvement déjà entamé auparavant.

Au moment des suicides chez France Telecom, la souffrance au travail avait été actée dans notre entreprise, et nos institutions avaient mené différentes enquêtes, dont l'une par l'intermédiaire d'un cabinet spécialisé. Cependant, quand ce dernier a rendu son rapport, la présidente pour la France de mon laboratoire a eu comme seule et unique réponse : « Nous en reparlerons après le premier pendu. »

Je crois profondément que le monde du travail a besoin des élus, malgré les difficultés que semble poser le CSE. Je vous invite vraiment à vous en emparer pour en faire un outil au service de la santé au travail. N'oublions pas que si nous perdons tous les salariés des entreprises, nous connaissons à l'avenir des problématiques de société et d'économie encore plus fortes. Même si la tâche est ardue, elle mérite réellement de s'y attarder.

Je vous remercie de votre écoute.

David VERDIER

Que s'est-il passé exactement ? Comment vous êtes-vous tirée d'affaire ?

Madame Gladys LEROY TESTUD

Le 15 juin 2015, alors que mon équipe avait fêté sa position dominante en France, ma responsable m'a informée par téléphone que j'allais être licenciée. J'ai connu à partir de ce moment-là une véritable descente aux enfers, qui a pris la forme d'un choc psycho-traumatique avec état de sidération émotionnelle. Après plusieurs tentatives de suicide, j'ai compris que j'étais devenue une work addict par des techniques d'aliénation et de dépendance ; j'étais devenue accro au travail.

Quelques semaines après cet appel téléphonique, un élu du CHSCT m'a contactée, fait sortir du lit et m'a fait faire 5 000 impressions, afin de lancer cinq procès contre l'industrie pharmaceutique. Je lui en suis particulièrement reconnaissante : nous avons gagné cinq fois contre une multinationale, et nous retournons en procès en septembre 2019. Je suis donc la preuve vivante que nous pouvons nous relever de tout. Entre-temps, je suis toutefois restée internée pendant un an dans un établissement psychiatrique. J'insiste sur le fait que le combat est gagnable, mais à condition d'être vraiment accompagné. Les élus doivent donc rester à nos côtés. J'espère maintenant que ces expériences douloureuses et malheureuses serviront au plus grand nombre.

Zahir MECHKOUR

En tant qu'élu depuis vingt ans, je comprends tout à fait que des personnes du haut de l'échelle finissent par penser que de telles expériences ne peuvent pas leur arriver, surtout sans signe avant-coureur. Votre témoignage poignant montre que l'élu du personnel a justement vocation à rééquilibrer les pouvoirs et aider ses collègues en détresse.

Votre supérieure vous a-t-elle vraiment annoncé la décision de votre entreprise de vous licencier par téléphone ? Ce serait contraire à toutes les règles légales en vigueur.

Gladys LEROY TESTUD

Non, elle ne m'a pas fait part de la décision de l'entreprise par téléphone. Elle m'a seulement prévenue que la direction avait en sa possession des éléments qui nécessitaient de me présenter à la RH la semaine suivante pour un entretien préalable à licenciement, dont le courrier venait de partir.

Zahir MECHKOUR

Quels étaient les motifs de votre licenciement ?

Gladys LEROY TESTUD

J'ai reçu cette lettre le 16 juin 2015 pour un entretien préalable de licenciement prévu le 23 juin 2015. Sur les conseils de mes avocats, je ne m'y suis pas rendue, et j'étais assurément dans l'incapacité physique

et mentale de m'y rendre.

Le courrier de licenciement contenait six pages de récriminations : j'étais accusée de propos racistes et discriminants envers certains membres de mon équipe et de manque d'exemplarité.

En particulier, la direction me reprochait de ne pas avoir participé à la marche en hommage aux victimes de l'attentat de Charlie Hebdo et d'avoir traité un pneumologue roumain, avec lequel je travaillais, de « sale Roumain ». Lorsque je suis allée le voir pour en savoir plus, j'ai pu mesurer son étonnement de voir son nom cité dans un courrier de licenciement alors qu'il n'avait été approché par personne, et qu'aucune enquête préliminaire n'avait eu lieu par les syndicats ou le CHSCT. Heureusement, il a accepté de rédiger une attestation qui me disculpait, et m'a ainsi permis de gagner aux prud'hommes.

J'insiste sur la profonde déstabilisation que ce type de reproche suscite chez une mère de famille, engagée socialement, qui a cohabité avec des personnes de tous les horizons. En tant que femme blanche, soi-disant proche du FN, il m'était très difficile de me défendre. J'aurais tout à fait pu ne pas y arriver si mon avocate et cet élu n'avaient pas été là.

Bernard GAURIAU

Merci pour votre témoignage bouleversant. Christophe DEJOURS, un psychiatre et psychanalyste, a inventé et développé le concept de psycho-dynamique du travail dans ses ouvrages Travail et usure mentale ou encore Souffrance en France. Votre histoire correspond tout à fait à ce qu'il y décrit.

Gladys LEROY TESTUD

Je pense qu'il nous faut collectivement revenir au bon sens terrien. Je vous invite aussi à lire le livre DRH, la machine à broyer, de Didier BILLE, qui a été le DRH du laboratoire où j'ai travaillé. Il a commencé à entrouvrir une porte et à dénoncer les pratiques de certaines DRH qui ont comme objectif de monter une cabale tellement énorme qu'elle a pour seule ambition d'anéantir le collaborateur et de l'empêcher de pouvoir se défendre. Soyez donc vigilants dans vos négociations avec les DRH : demandez-vous toujours ce qu'ils cachent derrière leurs propositions.

Retour au port, le grand branle-bas

Comment préparer l'après-mandat ?

Bernard GAURIAU

En tant qu'avocat, j'ai été témoin notamment de deux situations particulières. Bien avant la réforme du CSE, j'ai connu un élu qui, après avoir perdu son mandat, est tombé en dépression et a dû se mettre en arrêt de travail pour maladie de longue durée. Cet informaticien de métier, totalement impliqué dans son activité syndicale, cumulait les mandats (DP, CE, CHSCT, délégué central) et n'a pas su gérer leur perte soudaine. Quelques années plus tard, il n'avait pas encore totalement recouvré la pleine santé.

Plus récemment, un grand groupe français a anticipé le passage en CSE et la disparition des 2 500 à 3 000 mandats qu'il allait occasionner. Pour ce faire, il a négocié un accord qui contenait plusieurs clauses. Tout d'abord, ont été maintenus des mandats conventionnels afin d'augmenter le nombre d'élus par rapport à la loi. Ensuite, ils ont trouvé une solution pour ceux qui avaient un nombre d'heures de délégation raisonnable (entre 15 et 30 heures par mois). La plupart rebasculeront pleinement dans le monde professionnel, et l'entreprise cherche seulement à refaire de ces salariés des salariés à temps complet.

Cependant, cette entreprise se trouve confrontée à un problème épineux pour les élus permanents, qui n'avaient plus de contact avec leur métier d'origine. L'entreprise, qui doit leur retrouver un travail, se trouve contrainte parfois de modifier leur contrat de travail alors qu'ils ne l'exécutaient plus depuis des années. Or ces élus peuvent tout à fait refuser cette modification. Dans ce cas, l'entreprise pourrait envisager un licenciement, mais il est quasiment impossible d'en obtenir l'autorisation par l'inspection du travail dans ces circonstances. L'entreprise n'a donc pas encore résolu ce problème ; de nombreux élus ont déjà refusé les propositions de postes émises. En tant que professeur, j'ai étudié les textes de loi, les décrets et les arrêtés. Deux arrêtés du 18 juin 2018 expliquent comment tirer profit de son expérience d'élu sur le champ professionnel. Il est possible de faire certifier les compétences acquises au cours du mandat, puis d'acquérir des titres professionnels reconnus par le ministère du Travail.

Le premier arrêté fixe les conditions de certification des anciens élus, tandis que le second détaille le système d'équivalence entre la certification et les titres professionnels. L'AFPA, au cœur de ce dispositif, est à contacter pour faire valider cette expérience. Il existe six certificats de compétence professionnelle qu'un élu ou un mandaté syndical peut obtenir :

- encadrement et animation d'équipe ;
- gestion et traitement de l'information ;
- assistance dans la prise en charge de projets ;
- mise en œuvre d'un service de médiation sociale ;
- prospection et négociation commerciale ;
- suivi de dossier social d'entreprise.

Face à ces certifications, le second arrêté liste des équivalences à faire valoir en termes de titre professionnel ou de diplôme. Par exemple, la certification en encadrement et animation d'équipe permet d'obtenir un titre professionnel de responsable d'une petite et moyenne structure pour animer une équipe, gérer des ressources financières, etc.



DAVID VERDIER

Avocat associé, VERDIER
MOUCHABAC & Associés



BERNARD GAURIAU

Professeur de droit privé,
Université d'Anger

RETOUR AU PORT, LE GRAND BRANLE-BAS

Cependant, cette démarche suppose un véritable suivi de toute la carrière de l' élu. Sur ce point, des accords d'entreprise peuvent concerner la formation des représentants du personnel, ou la valorisation de leurs compétences dans le cadre de leurs mandats. Une telle démarche exige également de mener correctement les entretiens professionnels de début, milieu ou fin de mandat pour connaître l'état d'esprit et l'évolution du salarié.

En tant qu'universitaire, je suis parfois membre de commissions de validation des acquis d'expérience ou d'acquis professionnels. Au titre de la formation professionnelle, j'ai le souvenir d'un ancien élu, titulaire d'un bac+2 obtenu il y a 25 ans, dont nous avons validé l'inscription au titre de son expérience d' élu. Une fois la formation d'un an achevée, il a trouvé un travail très facilement. J'insiste néanmoins sur le fait que ce type de parcours ne se décide pas au dernier moment ; au contraire, il doit être pensé à l'avance et facilité par les entreprises. En outre, les entreprises doivent sérieusement suivre la carrière des délégués syndicaux pour éviter tout écart de rémunération avec leurs collègues. Sur ce point, je citerai l'exemple du groupe Safran, qui avait négocié un accord pour mesurer les carrières syndicales des salariés élus afin qu'ils ne soient pas perdants. La délégation CGT de la métallurgie avait lancé une action de groupe contre l'entreprise et saisi le Défenseur des droits à ce sujet en invoquant la discrimination.

Dans ses observations datées du 13 mai 2019, le Défenseur des droits a relevé notamment que les panels

choisis par Safran pour mesurer la rémunération, fondés sur les catégories professionnelles, étaient beaucoup trop larges. Selon lui, l'analyse des rémunérations doit s'effectuer à partir de panels bien plus détaillés.

Par ailleurs, alors que l'accord prévoyait de tenir compte de l'ancienneté et de l'âge des salariés, le Défenseur des droits a relevé que l'âge représentait un facteur de discrimination.

De même, il préconise de prendre en compte, dans la méthode de calcul de la rémunération, non seulement le salaire brut, mais aussi toutes les primes, alors que l'accord prévoyait de se fonder uniquement sur le salaire brut.

Enfin, l'accord prévoyait de mesurer par période de trois ans l'évolution salariale du délégué syndical par rapport à ses collègues, mais le Défenseur des droits a considéré qu'il fallait plutôt tenir compte de la date d'entrée en fonction du collaborateur comme délégué syndical pour mesurer la réalité d'un désavantage salarial éventuel.

Les erreurs commises par Safran pourront servir aux autres groupes souhaitant instaurer ce type d'accord visant à veiller à ce que les délégués syndicaux et les élus ne subissent pas de retard dans leur carrière du fait de l'exercice de leurs mandats.

David VERDIER

Je vous remercie pour votre présence nombreuse à ce colloque, tout au long de cette journée et pour votre participation.

Nos partenaires

DIAGORIS

DIAGNOSTIC & ORIENTATION SOCIALE
Cabinet d'expertise comptable

43 rue de Rennes
75006 - PARIS
Email: contact@diagoris.fr
Tél: 01 42 17 04 15
Fax: 01 42 17 04 10

Troyes
Email: contact@diagoris.fr
Tél: 01 42 17 04 15
Fax: 01 42 17 04 10

www.diagoris.fr

VERDIER MOUCHABAC & ASSOCIÉS CABINET D'AVOCATS

Assistance et conseils juridiques des CSE
Email: conseil.cse@avocatsvma.fr

13 bis rue au coq
BP133 27401 Louviers Cedex
Tél : 02 32 40 48 01 - Fax : 02 32 25 09 83
Email : louviers@avocatsvma.fr

425, rue Clément ADER - rdc droit
BP 371 27003 Evreux Cedex
Tél : 02 32 33 99 95 - Fax : 02 32 25 09 83
Email : evreux@avocatsvma.fr

www.avocatsvma.fr

LIAISONS SOCIALES

www.liaisons-sociales.fr

MALAKOFF MÉDÉRIC HUMANIS

www.malakoffmederic.com



malakoff médéric
humanis

SANTÉ - PRÉVOYANCE - RETRAITE - ÉPARGNE



12, rue Monge
75005 PARIS



contact@ancse.fr



ancse.fr



06 24 10 48 486.95.47.50

an
cse