

Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales

Christian Thuderoz

**Rapport d'étude, pour le compte de France Stratégie et de la co-présidence du
comité d'évaluation des ordonnances sur le travail de 2017**

Version DEF du 17-10-2021

Ce rapport n'engage en aucune façon la responsabilité de France Stratégie et de la co-présidence du CEO. Son contenu ne reflète pas leur position ou opinion à propos des différents sujets abordés dans ces pages. Il s'agit d'une contribution à leur réflexion.

Table des matières

Synthèse et résumé du rapport

Avant-propos

I. IDÉE

- I.1. Rationaliser
- I.2. Étendre
- I.3. Associer
- I.4. Co-déterminer
- I.5. Projets
- I.6. Désaccords

II. PRATIQUES

- II.1. Accords
- II.2. Négociations
- II.3. Avis conforme

III. RÉFLEXIONS

- III.1. Intérêts
- III.2. Conception
- III.3. Promotion
- III.4. Conditions
- III.5. Pistes

Annexes

SYNTHÈSE ET RESUMÉ DU RAPPORT

RÉSUMÉ

Le dispositif de « conseil d'entreprise » est au croisement de trois démarches, que détaille ce rapport d'étude : *une rationalisation des IRP*, les instances représentatives du personnel, mouvement engagé depuis la création de la DUP, délégation unique du personnel, en 1993 ; *l'élargissement du statut de négociateur* dans l'entreprise à d'autres personnes que le délégué syndical, démarche initiée par l'accord interprofessionnel d'octobre 1995, transcrits dans la loi de novembre 1996 ; et *une meilleure implication des salariés* dans la gouvernance de l'entreprise et leur association aux décisions de l'employeur.

Le dispositif de « Conseil d'entreprise » n'a guère rencontré de succès : seule une petite vingtaine de structures productives, fort diverses – un club sportif, un restaurant, une agence de voyage, une PME de biotechnologie, des associations d'insertion, etc. – l'ont adopté. Pourquoi ce désintérêt ?

Ce rapport propose quelques interprétations. Elles se déduisent : des effets directs des ordonnances de 2017 – la fusion des IRP et la création du CSE, satisfaisant ainsi une revendication de longue date des employeurs des TPE-PME ; de la possibilité donnée à l'employeur de contracter directement avec les salariés, *via* les référendums et l'approbation aux deux-tiers des salariés ; de la faible appétence des dirigeants des TPE et PME à s'engager dans la voie de la codétermination, *via* la procédure de « l'avis conforme » ; et, plus globalement, du caractère inabouti voire ambigu du dispositif.

SYNTHÈSE

Trois fils argumentatifs ont convergé pour inscrire dans le Code du travail, en 2017, cette instance originale qu'est le « conseil d'entreprise ». Il s'agissait, pour ses promoteurs, de :

- *rationaliser les instances du dialogue social* dans l'entreprise en les regroupant et en redéfinissant leurs missions ;
- *développer la négociation collective* en accordant à des élus du personnel le droit de contracter avec l'employeur ;
- et *poursuivre le mouvement d'association des salariés aux décisions* qui les concernent, notamment *via* le dispositif « d'avis conforme ».

Ces trois démarches sont concomitantes ; leurs objectifs, croisés, rythment les exposés des motifs de la douzaine de lois qui ont abordé ces sujets depuis 1982. Le « Conseil d'entreprise », une idée portée par le CJD, le Centre des jeunes dirigeants, depuis 1988 et instituée par les ordonnances de septembre 2017, est une tentative du législateur de répondre à ces trois problématiques.

L'originalité est double. Ce n'est pas un délégué syndical qui signe l'accord collectif, ni un salarié mandaté par une organisation syndicale, ni un élu du CSE, mandaté ou non, mais *un collectif de plusieurs élus*. Cela a été pensé par le législateur comme une solution possible, avec le recours au référendum, à l'absence de délégués syndicaux dans les TPE-PME.

Ce collectif n'est pas seulement consulté par l'employeur dans le cadre de ses attributions, *équivalentes à un CSE*, il peut aussi valider ou invalider des décisions de l'employeur dans le cadre de la procédure dite d'*avis conforme*. Celle-ci existait avant 2017, mais pour des cas précis liés, notamment, aux horaires de travail. Avec le Conseil d'entreprise (désormais écrit : CE), elle s'étend à différents thèmes définis contractuellement (*ex ante*, dès l'accord de création du CE), dont un thème obligatoire (la formation professionnelle).

Cette procédure d'« avis conforme » a conduit le législateur, les premiers mois d'entrée en vigueur des ordonnances, à parler de « co-détermination » à propos du CE, faisant ainsi le parallèle avec le *Betriebsrat* allemand.

Ce dispositif, novateur, n'a cependant guère rencontré de succès. Seule une petite vingtaine de structures productives, fort diverses – un club sportif, un restaurant, une agence de voyage, une PME de biotechnologie, des associations d'insertion, etc. – l'ont adopté, chiffre à rapprocher des 9000 accords collectifs de mise en place du CSE... Peu d'articles académiques ont été publiés à ce sujet, et les sites dédiés aux questions sociales se sont contentés de décrire le dispositif, sans le questionner.

Ce rapport d'étude est ainsi la première enquête un peu systématique sur les CE. Elle s'est fondée sur l'analyse des 17 accords de création d'un CE accessibles sur la base Légifrance et sur une enquête téléphonique auprès de (seulement) 9 entreprises ou associations, beaucoup d'entre elles manifestant peu d'enthousiasme à répondre à nos questions... Elle a été réalisée pendant le deuxième confinement et l'accès aux personnes fut assez difficile.

Les 17 entreprises ou associations concernées sont essentiellement des PME, dans des secteurs d'activités variés (industrie chimique, le commerce de combustibles, la recherche et développement, l'insertion sociale, etc.). Y figurent un club sportif, un grand restaurant à Toulouse, une agence de voyages, une entreprise de démolition, une start-up en biotechnologie, etc.

| Nom | Date de signature | Signataires de l'accord | Code APE et secteur | Effectif salarié |
|--|-------------------|-------------------------|---|------------------|
| SNIE | 29/06/2018 | CFTC | 4321A Installations électriques voie publique | 540 |
| Lea et Leo Grand Est | 27/08/2018 | CFDT CFTC | 7010Z Crèches d'entreprises | 50 à 99 |
| Tarmac (Semble avoir fermé en 2020) | 27/09/2018 | CGT CFE-CGC | 9499Z Hébergement social | 20 à 49 |
| MM Packaging | 07/01/2019 | CGT | 1721B Cartonnages | 191 |

| | | | | |
|--------------------------------|------------|---------------------|---|-----------|
| Cardem | 05/02/2019 | CFTC | 4311Z Démolition | 250 |
| Soven | 19/06/2019 | CFE-CGC | 4671Z Commerce combustibles | 50 à 99 |
| Grands Buffets | 25/06/2019 | CFDT | 5610B Cafétéria Restaurant | 180 |
| De Sangosse | 16/07/2019 | CGC CFTC CFDT | 4675 Commerce produits agrochimiques | 840 |
| Vacanceole | 23/07/2019 | Membres du CSE | 5520Z Hébergement touristique | 280 |
| Yposkesi | 01/08/2019 | CFDT | 7211Z Biotechnologie | 100 à 199 |
| Genethon | 02/10/2019 | CFDT | 7211A Biotechnologie | 100 à 199 |
| Gazel energie | 29/10/2019 | CFE-CGC | 3514Z Commerce d'électricité | 500 à 999 |
| USAP | 05/11/2019 | CFDT | 9312Z Club sportif | 77 |
| Isocel | 08/11/2019 | CFDT | 6202A Conseils en informatique | 50 à 99 |
| D'Hondt Thermal | 12/03/2020 | CFDT | 2825Z Equipement frigorifiques | 100 à 199 |
| Solidarité Estuaire | 17/03/2020 | CGT | 8790B Hébergement social | 50 à 99 |
| Janus | 7/09/2020 | CFDT | 7820Z Insertion et travail temporaire | 20 à 49 |

Après étude des accords et enquête auprès de dirigeants et élus de ces entreprises, il est possible de dégager quelques traits caractéristiques des entreprises ou associations s'étant dotées d'un CE. Ce sont :

La présence d'un « homme-lige » / une « femme lige », c'est-à-dire des personnes dotées d'une appétence pour le dialogue social, et d'une volonté d'expérimenter une pratique (même relative) d'associer les salariés aux décisions ;

Une pratique régulière de concertation avec les élus ou le DS. Plusieurs dirigeants ont indiqué que le passage en CE n'avait, pour eux, « rien changé à leurs pratiques ».

Une entreprise pensée comme une communauté, plus que comme un lieu de confrontation.

Des délégués syndicaux priorisant la communauté d'entreprise, plus que la fédération militante.

Et une *volonté d'autonomie des acteurs locaux* au regard de la branche professionnelle et de l'autorité publique.

Les principales caractéristiques de ces 17 accords sont les suivantes :

Les préambules. Plusieurs de ces accords justifient le passage en conseil d'entreprise par le souci de pratiquer « un dialogue social direct », à destination du personnel « qu'il soit syndiqué ou pas » (accord Les Grands Buffets), et par la volonté d'impliquer l'ensemble des élus : « *Les signataires ont souhaité expérimenter cette modalité de représentation du personnel qui ne fait plus reposer la responsabilité de la négociation et de la signature sur un seul représentant mais sur la collégialité des élus* » (accord MMPackaging France).

La signature. L'accord est signé, à peu près à parité, par les seuls élus au CSE ou par une organisation syndicale (tous les syndicats représentatifs CFDT, CFTC, CGT, CFE-CGC, ont signé au moins un accord, sauf FO, qui n'en a signé aucun).

Les moyens alloués paraissent limités, le bonus des heures de délégation pour la négociation n'allant guère au-delà du minimum légal (sauf l'accord SNIE).

Le texte est souvent identique d'un accord à un autre (un modèle-type, fourni par un cabinet d'avocat, apparaît en premier sur les pages Google et ses formulations se retrouvent dans nombre d'accords...).

Les clauses concernent essentiellement ce que doivent faire ou ne pas faire les élus au CE, sans la symétrie concernant l'employeur...

En résumé, ces accords ressemblent plus à un « règlement intérieur » du Conseil d'entreprise qu'à un dispositif négocié où apparaissent les points de désaccords et les compromis correspondants...

Pourquoi ce désintérêt des partenaires sociaux envers le Conseil d'entreprise ? Plusieurs éléments ont convergé :

Les effets directs des ordonnances de 2017. Le principal attrait, tel que conceptualisé par le CJD dès 1988, le premier à donner corps à l'idée d'un « conseil d'entreprise », était en effet *la fusion des instances de représentation du personnel*. Rappelons que la moitié des DUP, les délégations uniques du personnel, créées depuis la loi Rebsamen de 2015 émanaient de PME. Une fois cette fusion des instances réalisée par le CSE, l'intérêt de recourir à la forme CE s'amenuise puisque ces dirigeants de PME ont, avec le CSE, ce qu'ils souhaitent...

Sauf si des dirigeants d'entreprises, dépourvues de délégué syndical, souhaitent disposer d'un cadre juridique clair pour négocier des accords collectifs *directement avec les élus du personnel*. Pourquoi le feraient-ils ? On peut faire l'hypothèse que les dirigeants d'entreprise ont, dans l'ensemble, jugé plus confortable le fait de négocier avec un élu ou un salarié mandaté qu'avec un collectif de plusieurs personnes, sans appartenance syndicale, donc sans le soutien d'une

organisation. Dans une PME, l'employeur dispose également de la possibilité de faire ratifier un texte qu'il a lui-même rédigé et de le faire valider par les salariés *via* un référendum...

La faible appétence des dirigeants des TPE-PME à s'engager dans la voie d'une « codétermination ». Leurs principales attentes étant pour l'essentiel satisfaites par le législateur, s'amenuisait pour eux l'intérêt de recourir à un dispositif qui, même de façon prudente, ouvrirait la possibilité, *via* la procédure de « l'avis conforme », à un droit de veto des élus du personnel sur certaines de leurs décisions (*a minima* relatives à la formation professionnelle et l'égalité H-F), les rendant dépendants du « bon vouloir » des élus du CE...

Le refus des délégués syndicaux de renoncer à leur « monopole » de négociation. On relève d'ailleurs la présence, sur le site Légifrance, d'accords d'installation du CSE indiquant explicitement dans leur préambule le refus des DS de passer en CE...

Le caractère ambigu et inabouti du dispositif. Il semble en effet à la fois trop prudent et trop contraignant sur la procédure d'avis conforme, en la limitant à un thème obligatoire (au lieu de fournir une liste de thèmes possibles, à charge pour les partenaires sociaux de s'accorder sur certains d'entre eux), dans un article du code à l'écriture alambiquée... Il laisse non résolue la question de la compétence d'un *collectif d'individus* à négocier, et cela sans le support, l'aide, les ressources d'une organisation syndicale. Il crée une situation paradoxale pour l'employeur, présidant l'instance CE le matin, mais négociant avec ce même CE l'après-midi ... Et il n'offre guère de gains substantiels aux délégués syndicaux déjà en poste, qui doivent renoncer à leur monopole de négociation sans véritable compensation...

Le législateur de 2017 a présenté, dans le premier temps de sa communication, la procédure d'avis conforme comme une « co-détermination ». « Le conseil d'entreprise mis en place au niveau de l'entreprise ou de l'unité économique et sociale » pouvait-on lire sur le site web du ministère du travail, en décembre 2019, « est doté d'un *pouvoir de codétermination* sur une liste de thèmes fixés par l'accord qui l'institue, parmi lesquels figure obligatoirement la formation. Sur ces thèmes, l'employeur perdra son pouvoir de décision unilatérale, puisqu'il devra nécessairement obtenir l'accord préalable du conseil d'entreprise (art. L. 2321-3). »

Comment cette procédure s'est-elle expérimentée dans les entreprises et associations dotées d'un Conseil d'entreprise ? Dans la plupart des cas, de l'aveu de leurs dirigeants, l'avis conforme *n'a pas été pensé* comme un dispositif à part entière, encore moins comme les prémises d'une possible codétermination...

La quasi-totalité des 17 accords étudiés se contentent de citer l'item « formation », 2 ou 3 citent « formation et égalité H-F », mais un seul accord cite 6 thèmes possibles relevant de l'avis conforme, (mais pas « formation », qui est obligatoire...).

Dès septembre et octobre 2017, à la lecture des ordonnances, parurent dans la presse plusieurs commentaires regrettant que le texte de loi portant création du CE ne mentionne rien sur les administrateurs salariés, qu'il s'agisse du seuil d'effectifs, du nombre d'administrateurs ou de leurs prérogatives. Le 5 octobre 2017 est publiée une tribune signée par 91 universitaires, dirigeants d'entreprise, syndicalistes et personnalités politiques, françaises et internationales, dans *Le Monde*, dont le titre était : « La codétermination est une idée porteuse d'avenir qui doit trouver sa place dans la loi ».

Rappeler ceci, c'est pointer un premier problème du Conseil d'entreprise : un dispositif « à mi-chemin », qui n'offre pas véritablement la possibilité aux élus du personnel d'être associés aux processus de décision : l'« avis conforme » est surtout une *procédure de validation de la décision de l'employeur* – à charge pour lui de présenter au CE un projet susceptible de recueillir son adhésion... – sans qu'il lui soit accolée une *procédure de co-détermination*, avec, par exemple, la présence d'élus du CE au sein du Conseil d'administration de l'entreprise ou de l'association...

Le deuxième problème concerne l'articulation entre « avis conforme » et « négociation collective ». Si le premier est pensé comme un simple droit de veto et le second comme la possibilité de faire adopter plus facilement un projet par des élus que par des délégués syndicaux aidés et formés par leurs organisations syndicales, nul doute que les deux procédures peinent à fonctionner. On peut imaginer un mécanisme permettant, qu'en cas d'avis non conforme non rendu par les élus du CE sur un thème X, s'ouvre nécessairement un processus de négociation collective à son propos...

Autre problème d'articulation : entre l'expression des salariés, les procédures légales d'information-consultation des élus du CE et l'avis conforme. Il conviendrait de rendre plus lisible, plus cohérent le passage de l'un à l'autre de ces registres, ou la manière dont chaque dispositif peut contribuer à l'efficacité des autres (mais cette question n'est pas seulement valable pour le CE et concerne toutes les entreprises dotées d'un CSE – 90 000 environ).

Demeure entier le problème du CE en tant que « négociateur collectif ». Nous n'avons pas noté (hors les rares entreprises du panel déjà rompues à un dialogue social intense) que le passage en CE ait dynamisé, dans les entreprises passées au CE, *la pratique d'une négociation collective formalisée* et aboutissant à de fréquents accords ou des avenants à des accords collectifs déjà négociés et revisités pour actualisation de leurs clauses.

Ce qui ne signifie pas qu'il n'y ait pas eu « négociation ». Mais il s'agit moins d'une négociation collective, au sens strict du terme, que d'une *discussion* (qui a pu être vive...) d'un projet de la direction avec les élus. Ceux-ci donnent leur point de vue, enrichissent le projet de l'employeur, certes, mais le modifient à la marge, pour des motifs liés à la démarche adoptée, peu conçue dans un esprit de *co-construction*.

La plupart des accords prévoient l'installation d'une *commission de négociation* (comme stipulé dans l'accord-type, proposé par un cabinet d'avocats, qui a servi de modèle pour l'écriture des accords dans près de la moitié des entreprises du panel...). Dans la plupart des cas, le texte de

l'accord en projet est discuté en commission, donc à quelques uns, puis validé en réunion plénière du CE. Ce n'est donc pas avec un collectif nombreux mais en petit comité que l'accord est négocié.

Ouvrir une réflexion sur *une formalisation différente de la contractualisation dans les TPE-PME* est peut-être nécessaire, en expérimentant, sous conditions, et en leur accordant une valeur juridique à préciser, des « Relevés de décision », signés conjointement, ou des « Procès-verbaux de réunion d'échange », etc., de sorte que soient gardées traces des ententes effectivement conclues dans le huis clos d'une réunion du CE et que les partenaires de ces ententes apprennent, progressivement, à formaliser celles-ci dans des *accords collectifs*, au sens juridique du terme...

Quelques suggestions pour contribuer à la réflexion, nécessaire, sur l'évolution du dispositif « Conseil d'entreprise » :

1. Faire le point en 2025, *via* un rapport parlementaire, à l'issue d'une enquête exhaustive auprès des entreprises dotés d'un CE, pour mieux comprendre les pratiques effectives et l'expérience acquise des acteurs locaux.
2. Inciter d'autres CSE à tenter l'aventure, mais de façon expérimentale, avec droit de revenir au CSE au bout de trois ans, par exemple.
3. Parler ouvertement de « co-détermination » en parlant de l'avis conforme et du conseil d'entreprise, pour inscrire l'idée dans les esprits...
4. Eclairer cette question de « l'avis conforme » en le désignant moins comme un droit de veto d'une décision prise par l'employeur, que comme *un droit à la co-construction de décisions stratégiques et à fort impact social et environnemental*...
5. Promouvoir le « conseil d'entreprise », en tant qu'instance dotée du pouvoir de négociation en pensant celle-ci *dans son articulation* avec la codétermination, *via* l'avis conforme, de manière à éclaircir les attributions respectives de ces deux activités et leur nécessaire co-dynamisation.

AVANT-PROPOS

« Puissant levier de rationalisation, le conseil d'entreprise est un objet juridique non identifié. »
La Gazette du Palais, mars 2018¹

« Pourquoi y a-t-il si peu de conseils d'entreprise ? Deux raisons majeures : un, il y a peu de délégués syndicaux qui acceptent de renoncer à leurs prérogatives de négociateurs, et deux, comme le code du travail ne dit pas grand-chose sur ce conseil d'entreprise, cela peut faire peur, et aux directions, de ne pas être dans les clous, et aux élus, qui ne veulent pas trop s'aventurer, ou qui peuvent craindre d'être hors des clous, en l'absence de clauses précises dans le code du travail... ».

A***, juriste, société Cardem

Un « conseil d'entreprise » ? Le *Bilan de la négociation collective 2019* présente ainsi ce dispositif, créé par l'ordonnance « relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales » du n° 2017-1386 du 22 décembre 2017 :

Le conseil d'entreprise est la dénomination du comité social et économique (CSE) lorsque, en plus des attributions qui lui sont normalement dévolues, il devient seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement (art. L. 2321-1). Le fonctionnement du conseil d'entreprise est celui prévu pour le CSE (heures de délégation, participation des titulaires aux réunions notamment).

Il est doté d'un pouvoir de codétermination sur une liste de thèmes fixés par l'accord qui l'institue, parmi lesquels figure obligatoirement la formation. Sur ces thèmes, l'employeur perd son pouvoir de décision unilatérale, puisqu'il doit nécessairement obtenir l'accord préalable du conseil d'entreprise (art. L. 2321-3).

La transformation du CSE en conseil d'entreprise est décidée soit par un accord d'entreprise à durée indéterminée majoritaire au sens du 1^{er} alinéa de l'article L. 2232-12 (donc, nécessairement avec des délégués syndicaux et sans possibilité de validation d'un accord minoritaire par référendum), soit par un accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical (art. L. 2321-1).

Ce dispositif, novateur, est au croisement de trois démarches, que détaille ce rapport d'étude :

¹ « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *La Gazette du Palais*, n° 10, 13 mars 2018. <https://www.labase-lextenso.fr/gazette-du-palais/GPL315n7>

- *Une rationalisation des IRP*, les instances représentatives du personnel, dont l'histoire est ponctuée de créations successives entre 1947 et 1971, puis de fusion, à partir de 1982, jusqu'à leur regroupement dans un CSE, comité social et économique, en 2017 ;
- Un *élargissement du statut de négociateur* dans l'entreprise à d'autres personnes que le délégué syndical, selon les thèmes traités et la taille de l'entreprise, mouvement engagé en France dès le milieu des années 1990 ;
- Et une *meilleure implication des salariés* dans la gouvernance de l'entreprise et la prise de décision en son sein, sur fond d'évolution du droit de l'entreprise.

S'entremêlant ainsi à son sujet trois thématiques, qui ont conduit les gouvernements successifs depuis 1982 à légiférer : *le fonctionnement et les prérogatives des instances de représentation des salariés* (délégués du personnel, comité d'entreprise, comité hygiène, sécurité et conditions de travail, délégués syndicaux, etc.) ; *le développement de la négociation collective* dans les entreprises françaises ; et *la participation des salariés aux décisions* qui affectent leur emploi et leur qualité de vie au travail.

La convergence de ces thématiques autour d'un même dispositif juridique rend passionnante l'étude de ce dernier, du fait de son originalité – octroyer à un collectif d'élus du personnel le droit de contracter avec l'employeur ; ou lui accorder un droit de veto sur certaines décisions de cet employeur. Mais aussi parce que se nouent à son propos d'utiles controverses, qui redessinent les contours du système français de relations professionnelles.

Sauf que ce dispositif novateur n'a guère rencontré de succès – seule une petite vingtaine de structures productives, fort diverses – un club sportif, un restaurant, une agence de voyage, une PME de biotechnologie, des associations d'insertion, etc. – l'ont adopté, chiffre à rapprocher des 81 300 CSE mis en place au 3 juin 2020 dans les différents établissements productifs français. Et les (rares) commentaires des juristes, plusieurs mois après les ordonnances de 2017 laissaient poindre leurs interrogations :

« On ne sait pas trop (...) On est dans quelque chose de très incertain »². « On est tenté de dire qu'il n'est qu'une esquisse »³. « Intellectuellement, un sujet très intéressant ; sur le plan pratique, cela reste à voir... »⁴. « Cet objet, qui a bien des égards intrigue⁵ ». « Un objet juridique non réellement identifié⁶ ».

Peu d'articles académiques ont suivi. La plupart des sites publics d'information se sont contentés de décrire le dispositif et ses modalités – sans vraiment le questionner. Pourquoi ce désintérêt ?

Ce rapport propose quelques interprétations. Elles se déduisent, d'une part, des effets produits par certaines dispositions des ordonnances de 2017 – la création du CSE et la possibilité donnée à l'employeur de contracter directement avec les salariés, notamment – et, d'autre part, de la faible

² Patrick Quinqueton, « Table ronde 2 », *Retour sur les ordonnances Macron*, Frédéric Géa (dir.), *op. cit.*, p. 311

³ Barbara Palli, *Ibid.*, p. 319.

⁴ Stéphane Béal, *Ibid.*, p. 313.

⁵ Frédéric Géa, *Ibid.*, p. 309.

⁶ Christine Neau-Leduc, « La responsabilité sociale des entreprises : quels enjeux juridiques », *op. cit.*, p. 952.

appétence des dirigeants des TPE et PME à s'engager dans la voie de la codétermination, leurs principales attentes étant pour l'essentiel satisfaites par le législateur.

La première partie de ce rapport (*I. Idée*) raconte l'histoire de ce dispositif original qu'est le « conseil d'entreprise ». Elle présente le projet et les arguments de ses promoteurs, les controverses qu'ils ont suscitées. La deuxième partie (*II. Pratiques*) détaille le contenu des accords instituant ce « conseil d'entreprise », se centrant sur quelques éléments clés ; il commente les pratiques des acteurs et leur donne la parole. Une troisième partie (*III. Réflexions*) formule quelques pistes pour rendre plus attractif ce dispositif.

I. IDÉE

Trois fils argumentatifs, disions-nous, ont convergé pour inscrire dans le Code du travail, en 2017, cette instance originale qu'est le « conseil d'entreprise ». Il s'agissait, pour ses promoteurs, de :

- rationaliser les instances du dialogue social dans l'entreprise en les regroupant et en redéfinissant leurs missions ;
- développer la négociation collective en accordant à d'autres salariés que les délégués syndicaux, sous conditions, le droit de contracter avec l'employeur ;
- et de poursuivre le mouvement d'association des salariés aux décisions qui les concernent.

Ces trois démarches sont concomitantes ; leurs objectifs, croisés, rythment les exposés des motifs de la douzaine de lois qui ont abordé ces sujets depuis 1982. Ainsi la volonté gouvernementale, constante depuis les années 1980, de promouvoir la négociation collective au sein des TPE et PME se déduit du constat que la majorité de ces structures sont dépourvues d'IRP, que le dialogue social qui y a cours peine à s'institutionnaliser et qu'il faut donc imaginer des formes originales de négociation et de représentation collectives.

De même, les débats autour de la participation des salariés aux décisions qui les concernent – une volonté présente dès le vote des lois Auroux en novembre 1982 – vont s'émailler de considérations relatives au développement de pratiques effectives de dialogue social dans les entreprises, quel que soit l'effectif salarié. Ce qui conduit le législateur, au mitan des années 1990, à diversifier la liste des personnes habilitées à négocier dans l'entreprise en accordant ce droit aux élus du personnel, sous certaines conditions, et par le mandatement de certains salariés⁷, puis en faisant ratifier par les salariés des textes rédigés par l'employeur (dans le cadre des accords d'épargne salariale, dès 2008, puis, en 2017, pour tous les sujets).

La relecture des exposés des motifs des lois réformatrices du dialogue social contemporain ces trente dernières années est éloquente. Y sont mobilisés et entrelacés, pour asseoir la légitimité de ces réformes, ces trois fils argumentatifs. Chacun d'eux ont été cependant contestés ; une contre-argumentation s'est peu à peu stabilisée, présente dans les débats parlementaires de 1993, au moment de la création de la DUP, la délégation unique du personnel, comme dans ceux de 2016 et de 2017, au moment du vote des lois El Khomry et d'habilitation à légiférer par ordonnance. De sorte qu'écrire l'histoire du « conseil d'entreprise », c'est écrire l'histoire des débats, parfois vifs, que cette idée a suscité.

⁷ Ces deux dispositifs, introduits par la loi du 12 novembre 1996 « relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective », ont été expérimenté dans le cadre de la loi Aubry 1 (13 juin 1998), après avoir été proposés par les partenaires sociaux eux-mêmes, dans le cadre de l'accord national interprofessionnel d'octobre 1995.

Elle a été longtemps portée par le CJD, qui s'en fit, à partir de 1988, l'infatigable promoteur. Nous citerons ainsi, au fil de ce rapport, les nombreux documents produits à ce sujet par le CJD dans les deux décennies suivantes et qui ont conduit à ce que le « conseil d'entreprise », que ces jeunes patrons appelaient de leurs vœux, soit inscrit dans l'ordonnance de 2017.

I.1. RATIONALISER

Le premier argumentaire – il faut regrouper les IRP pour simplifier le dialogue social et l'adapter aux TPE-PME – fonde à l'été 2017 la décision du gouvernement d'Edouard Philippe de regrouper en une instance unique – le CSE – les attributions auparavant dévolues aux délégués du personnel, aux membres élus du comité d'entreprise et aux membres nommés au CHSCT.

L'objectif, tel qu'indiqué dans le dossier législatif des ordonnances de septembre 2017, est de permettre « un dialogue social à la fois plus stratégique et plus concret, moins formel », « un dialogue social simplifié et opérationnel »⁸, cette simplification étant « en phase avec la réalité des entreprises et les enjeux de transformation dont elles ont à débattre »⁹.

La traduction législative de l'argument de la simplification par le regroupement des instances voit le jour en décembre 1993 avec la possibilité donnée, dans les entreprises de moins de 200 salariés, de regrouper en une délégation unique les délégués du personnel et les élus du comité d'entreprise. Il sera successivement enrichi ou assoupli, jusqu'à la loi Rebsamen en 2015. Vingt ans après la loi de 1993 qui introduit l'idée de DUP, le président du CJD, Richard Thiriet, insiste encore sur cette simplicité :

« Le conseil d'entreprise, assemblée unique, réunira les attributions de l'ensemble des institutions actuelles de représentation du personnel. Simple, efficace, adapté à la réalité de toutes les entreprises, le conseil d'entreprise répondra par exemple aux problématiques des seuils. Au travers de ce nouvel organe, c'est l'ensemble des entreprises et donc de l'économie française qui gagnera en souplesse et en créativité¹⁰. »

La stratégie communicationnelle autour de l'ordonnance de septembre 2017 mobilise ce même argument de l'efficacité et de l'adaptation des IRP à « la diversité des entreprises » :

⁸ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.* <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000035607342>

⁹ *Exposé des motifs de loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social...* https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b0237_projet-loi#

¹⁰ « Une solution au dialogue social : le conseil d'entreprise », *Les Affiches parisiennes*, 2 février 2015.

« Pour la première fois, une réforme du code du travail qui donne la priorité aux TPE et PME ». « Un dialogue social simplifié et opérationnel ». « Avec une instance unique, salariés et employeurs discuteront au même endroit de tous sujets relatifs à l'entreprise, c'est plus efficace.¹¹ »

L'Exposé des motifs de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, en date du 15 septembre 2017, développe le même argumentaire :

« Notre pays se distingue par la représentation morcelée des salariés en quatre instances différentes dans l'entreprise (délégués du personnel, comité d'entreprise, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, délégués syndicaux). Cela ne favorise ni la qualité du dialogue social, qui est éclaté et alourdi, ni la capacité d'influence des représentants des salariés, qui se spécialisent sur certaines questions mais sont privés d'une vision d'ensemble.

Il s'agit de rendre le dialogue social plus efficace dans l'entreprise et représenter de manière adéquate la collectivité de travail, de mieux articuler consultation et négociation, de donner les moyens pour que la stratégie de l'entreprise soit mise en œuvre avec l'ensemble des parties prenantes. »

La brochure du CJD, *Le Conseil d'entreprise. La volonté de dialogue* (1988) exposait la même argumentation :

« Aujourd'hui, le dialogue social se disperse dans de trop nombreuses institutions dont on a souvent tendance à oublier les missions respectives quand on ne les confond pas, purement et simplement. Soucieux d'efficacité dans les relations sociales, le CJD propose, avec le Conseil d'entreprise, de réunir les attributions de l'ensemble des institutions actuelles de représentation du personnel au sein d'une assemblée unique.

Par ailleurs, il est admis que la lourdeur administrative ; financière et psychologique du dispositif actuel engendre des effets de seuil pervers et dissuasifs. Pour y remédier, le CJD propose une solution souple puisque le Conseil d'entreprise serait possible dans toutes les entreprises, quels que soient leurs effectifs.¹² »

Ce motif – la simplification du dialogue social par regroupement des instances, garantie de son efficacité et de son adaptation aux TPE-PME – est probablement à l'origine des décisions des directions de ces entreprises d'y recourir assez massivement, dès que la possibilité leur en fut donnée. Ainsi, en 2015, 47 % des entreprises de 50 à 99 salariés (représentant près de la moitié des effectifs salariés travaillant dans des entreprises de cette taille) et 61 % de celles entre 100 et 199 salariés (61 % des effectifs salariés) avait adopté le principe d'une DUP, délégation unique du personnel – contre 15 % des entreprises de 200 à 499 salariés, et 10 % du total des entreprises de 10 à 500 salariés ou plus du secteur marchand non agricole.

¹¹ *Renforcement du dialogue social. Présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation*, Conférence de presse, Hôtel de Matignon, 31 août 2017.

https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2017/08/170831-dp_travail.pdf

¹² *Le Conseil d'entreprise. La volonté de dialogue*, 1988, *op. cit.*, p. 6.

| | DP | | CE | | DUP | | Aucune | |
|----------------------|-------------|-----------|-------------|-----------|-------------|-----------|-------------|-----------|
| | Entreprises | Salariés | Entreprises | Salariés | Entreprises | Salariés | Entreprises | Salariés |
| 10-49 salariés | 28 | 36 | 2 | 2 | 4 | 5 | 65 | 56,0 |
| 50-99 salariés | 33 | 31 | 14 | 14 | 47 | 49 | 16 | 15,0 |
| 100-199 salariés | 27 | 28 | 28 | 29 | 61 | 61 | NR | NR |
| 200-499 salariés | 78 | 81 | 80 | 83 | 15 | 13 | NR | NR |
| 500 salariés ou plus | 94 | 91 | 95 | 91 | NR | NR | NR | NR |
| 50-299 | 35 | 39 | 24 | 34 | 47 | 47 | 12 | 9 |
| 300-499 | 88 | 88 | 89 | 89 | 8 | 7 | 1 | 1 |
| Ensemble | 31 | 63 | 7 | 52 | 10 | 15 | 56 | 18 |

Proportion des IRP dans les entreprises selon leur effectif en 2015. Extrait de *l'Etude d'impact de la loi d'habilitation...* du 15 septembre 2017, p. 26

Tableau n°17 - présence des DUP au sein des établissements dotés d'IRP

17.a/ En effectifs d'établissements

| Tableau n°17.a - Etablissements dotés de DUP ou CE selon la taille de leur entreprise en 2011 | | | Part d'établissements dotés de DUP parmi les établissements qui ont soit un CE soit une DUP | |
|---|-----------|-----------|---|--|
| % établissements | DUP | CE | | |
| taille entreprise | | | | |
| 20à49 | 4 | 5 | | |
| 50à99 | 38 | 23 | 62% | |
| 100à199 | 46 | 36 | 56% | |
| 200à299 | 20 | 64 | 24% | |
| 50à199 | 41 | 28 | 59 % | |

Dares, enquête REPONSE 2010-2011, volet RD Champs : établissements de 20 salariés et plus du secteur marchand non agricole
Lecture : en 2011 41% des établissements de 20 salariés et plus appartenant à des entreprises de 50 à 199 salariés signalent la présence d'une DUP ; 28% celle d'un CE

17.b/ En effectifs de salariés concernés

| Tableau n°17.b - Salariés des établissements dotés de DUP ou CE selon la taille de leur entreprise en 2011 | | | | Part des salariés d'un établissement doté de DUP, parmi les salariés d'établissements qui ont soit un CE soit une DUP | |
|--|-----------|----|-----------|---|------|
| % établissements | DUP | | CE | | |
| | effectifs | % | effectifs | % | |
| taille entreprise | | | | | |
| 20à49 | 77923 | 5 | 89173 | 5 | |
| 50à99 | 451915 | 40 | 260159 | 23 | 63 % |
| 100à199 | 520540 | 52 | 371438 | 37 | 58 % |
| 200à299 | 152460 | 22 | 481268 | 69 | 24 % |
| 50à199 | 972455 | 46 | 631597 | 30 | 60 % |

Dares, enquête REPONSE 2010-2011, volet RD
Champs : établissements de 20 salariés et plus du secteur marchand non agricole
Lecture : En 2011, les établissements des entreprises de 50 à 199 salariés dotés de DUP représentent 46% des salariés de cette catégorie d'établissements.

Cette relative désaffection des plus grosses entreprises envers la DUP est l'un des principaux arguments développés dans *l'Étude d'impact* de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017 pour souligner la nécessité de légiférer à propos du regroupement des instances de représentation du personnel et de la création du CSE :

« Si la DUP a connu un relatif succès et s'est majoritairement installée dans les entreprises de moins de 200 salariés, la formule de regroupement des instances représentatives du personnel dans les entreprises de plus de 300 salariés, conditionnée à un accord, ne s'est pas traduite par un mouvement massif de fusions. Il est donc probable qu'aussi longtemps que l'instance fusionnée restera une possibilité, le processus de fusion des instances n'évolue qu'avec lenteur, privant les entreprises d'un outil de simplification et de dynamisation du dialogue social. Hors les cas déjà prévus par la loi, qui relèvent d'une initiative de l'employeur ou d'un accord mais reste une simple faculté, la généralisation du recours à une instance fusionnée passe nécessairement par des modifications législatives. »

Cette DUP a été instituée sous le gouvernement de M. Edouard Balladur par la *Loi quinquennale n° 93-1313 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle* du 20 décembre 1993. Son article 29 prévoit la possibilité pour l'employeur, dans les entreprises de moins de 200 salariés, de rapprocher les deux délégations de salariés, délégués du personnel et délégués au comité

d'entreprise. Il ne s'agit pas d'une fusion des instances mais d'une juxtaposition, les élus exerçant leur mission, mais alternativement (les réunions des DP et du CE « ont lieu à la suite l'une de l'autre ») :

Art. 29. – Il est inséré, après l'article L. 431-1 du code du travail, un article L. 431-1-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 431-1-1. – Dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à deux cents salariés, le chef d'entreprise a la faculté de décider que les délégués du personnel constituent la délégation du personnel au comité d'entreprise. Il ne peut prendre cette décision qu'après avoir consulté les délégués du personnel et, s'il existe, le comité d'entreprise.

« Dans ce cas, les délégués du personnel, dont le nombre est fixé par décret en Conseil d'Etat, et le comité d'entreprise conservent l'ensemble de leurs attributions. Les réunions prévues aux articles L. 424-4 et L. 434-3, qui se tiennent au moins une fois par mois sur convocation du chef d'entreprise, ont lieu à la suite l'une de l'autre selon les règles propres à chacune de ces instances. Par dérogations aux règles prévues aux articles L. 424-1 et L. 434-1, les délégués du personnel disposent, dans les limites d'une durée qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut excéder vingt heures par mois, du temps nécessaire à l'exercice des attributions dévolues aux délégués du personnel et au comité d'entreprise.

Une quinzaine d'années plus tard, le 23 janvier 2008, paraît le *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de Jacques Attali*¹³. La fusion des instances du personnel concerne deux des 316 propositions du rapport (n° 37, à propos des seuils sociaux, et n° 121, à propos de la négociation collective). Pour cette dernière, on y lit ceci :

« Les PME doivent faire l'objet d'un traitement particulier : la présence des organisations syndicales y est rare (moins d'un quart des établissements de moins de 50 salariés ont un délégués syndical), le dialogue social ne peut donc y être envisagé de la même façon. Pour y remédier, les mesures suivantes sont proposées :

- Développer le mandatement : introduite lors de la réforme de la réduction du temps de travail, cette technique prévoit qu'en l'absence de délégué syndical, un salarié peut être mandaté pour négocier un accord ; l'accord doit ensuite être soumis à la consultation du personnel. Près de quatre accords d'entreprise sur dix concernant la réduction du temps de travail ont ainsi été signés par des salariés mandatés. La loi du 4 mai 2004 confirme le mandatement, avec des représentants élus du personnel ou, à défaut, avec des salariés, mais ne l'autorise que si un accord de branche le prévoit, ce qui restreint son développement. Ce système doit s'appliquer dans chaque PME.
- Expérimenter une représentation unique dans toutes les PME de moins de 250 salariés, sous la forme d'un conseil d'entreprise qui aura les prérogatives du comité d'entreprise, des délégués du personnel et du Comité d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail. »

¹³ XO éditions et La documentation française (2008) :
<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/084000041.pdf>

L'année suivante, en mars 2009, le CJD publie un nouveau document : *Dialogue social : explorons ensemble de nouvelles voies*. Quinze propositions y sont déclinées ; elles concernent la fusion des instances représentatives du personnel et l'attribution d'une nouvelle mission à l'instance regroupée¹⁴ : négocier des accords collectifs. D'autres abordent des sujets connexes, comme la formation des élus, les dotations budgétaires ou les thématiques environnementales¹⁵ :

Proposition n° 4 : Fusionner au sein d'une instance unique toutes les structures préexistantes.

La construction institutionnelle du dialogue social est trop compliquée à l'échelle de nos entreprises et manque de rationalité. Cette architecture mal adaptée doit être modifiée et toutes les structures existantes doivent être fondues en une instance unique de représentation du personnel (IURP) qui reprendra leurs compétences.

Proposition n° 5 : Instaurer l'obligation de créer une IURP pour toute entreprise de 10 salariés et plus.

Les effets de seuils entre les différentes tailles des entreprises ont des effets pervers anti-croissance que le CJD veut supprimer. Ils nuisent aux salariés et aux dirigeants. En créant dans toutes nos entreprises de taille suffisamment importante une instance unique de représentation du personnel, le dialogue social sera plus pérenne et pacifié.

Proposition n° 9 : Exiger qu'un accord d'entreprise soit accepté à la majorité absolue des membres élus de l'IURP pour être validé.

Dans la même logique que les nouvelles règles de la représentativité et avec la volonté de renforcer la légitimité du dialogue social, les accords d'entreprise devront être validés par la majorité absolue des membres de l'instance unique de représentation du personnel.

La vie de l'entreprise dépasse son propre cadre, aujourd'hui et a des conséquences sur son environnement, son territoire, son entourage sociétal. Le dialogue social doit désormais prendre ces éléments en compte. »

En juin 2011 est publié le rapport *Reconstruire le dialogue social*, fruit d'une collaboration de l'Institut Montaigne et d'Entreprise & Personnel, associés pour l'occasion. L'avant-propos du rapport illustre la manière dont, au début de cette décennie 2010, la problématique du « dialogue social », avec ses multiples entrées – représentativité syndicale, négociation collective, « démocratie sociale », etc. – est désormais articulée. À la différence des années 1990 et 2000, il ne s'agit plus seulement de simplifier le fonctionnement des IRP, à des fins d'efficacité, ou d'instituer l'accord majoritaire, pour légitimer l'accord collectif, mais de *réformer en profondeur* le système de relations professionnelles français :

« [Ce rapport] dresse un état des lieux de ce qui nous a semblé être les points clés de notre système de relations professionnelles et formule des propositions dans l'objectif de relancer le débat et

¹⁴ Le terme « conseil d'entreprise » n'y figure plus ; il est remplacé par un sigle : IURP, pour Instance unique de représentation du personnel.

¹⁵ « Assurer un financement global, a hauteur de 1% de la masse salariale. » (Proposition n° 6) ; « Ouvrir l'IURP à tous les salariés, dans la limite de 10 % de la masse salariale. » (n° 7) ; « Confier à l'IURP la gestion des heures, du budget et de l'action. » (n° 8) ; « Instaurer l'obligation de sensibilisation de tous les salariés, de la direction et des membres de l'IURP (de la formation aux fonctions spécifiques d'élus). » (n° 10) ; « Intégrer les problématiques environnementales et sociétales dans les sujets obligatoires de l'IURP. » n° 13) ; « Agir auprès des parties prenantes pour une meilleure appréhension des enjeux du dialogue sociétal et territorial. » (n° 14).

l'action (...) L'avancée sur la question de la représentativité laisse entière celle de la syndicalisation ou plutôt celle de la faiblesse du nombre d'adhérents en France (...) L'autonomie des acteurs sociaux reste ambiguë : entre la loi et le contrat, on continue de ne pas choisir et l'inflation des textes législatifs et réglementaires semble sans fin.

La négociation collective, au-delà de données quantitatives trompeuses, souffre d'un manque de crédibilité et de résultats (...) La négociation de branche s'étirole parallèlement à l'émiettement conventionnel. Quant à la négociation d'entreprise, elle semble à la fois s'éloigner des réalités quotidiennes des salariés, comme en témoigne la multiplication des accords d'« intentions » ou « sociétaux » (dont la traduction opérationnelle reste aléatoire) et reste fortement enfermée dans un cadre juridique contraignant (...).

Enfin la démocratie sociale au sein de l'entreprise semble limitée par les impératifs d'ajustement stratégique des entreprises dans le double contexte de la crise et de la globalisation des marchés. Alors même que l'exigence démocratique est forte dans nos sociétés où s'imposent la transparence, la circulation continue de l'information et la volonté de s'exprimer sur les choix possibles à tous niveaux. Le salariat s'est profondément transformé ; la régulation collective est souvent mise en défaut devant l'affirmation des identités individuelles. La reconnaissance de l'individu, de ses attentes, pose de nouveaux défis aux partenaires sociaux. Notre système de relations professionnelles apparaît ainsi de plus en plus inadapté, en décalage avec les réalités économiques et sociales. On ne peut donc se satisfaire de l'existant. C'est le sens de ce travail que de vouloir ouvrir d'autres pistes pour une nécessaire modernisation des règles du jeu social. »

Retenons, parmi les propositions de ces deux organismes, pour les axes 3 (« Rendre plus efficient le système de négociation collective ») et 4 (« Redéfinir le rôle et le mode de fonctionnement des instances représentatives »), les suivantes. Elles nourriront les débats parlementaires et académiques à venir, lors du vote des lois Rebsamen (2015) et El Khomry (2016) et de la loi d'habilitation des ordonnances de 2017. La plupart restent d'actualité :

Proposition n° 8 : Libérer la négociation d'entreprise.

Renforcer la possibilité de déroger par accord collectif aux dispositions légales.

Définir en amont des négociations, dans un accord de méthode, les modalités d'information, de consultation du comité d'entreprise et des salariés.

Établir chaque année dans l'entreprise une évaluation concertée du dialogue social, un bilan du fonctionnement concret et le communiquer à l'ensemble du personnel.

Proposition n° 9 : Clarifier les modalités du dialogue social et de la négociation collective pour renforcer la portée de l'accord.

Distinguer davantage les accords à portée normative et les accords d'orientation, incitatifs.

Proposition n° 10 : Redéfinir le rôle des instances en distinguant ce qui est du ressort de la gouvernance et ce qui renvoie à une gestion opérationnelle au plus près du terrain.

Nous proposons de rompre avec la redondance entre les différentes instances et de clarifier entre ce qui est de l'ordre du local et ce qui relève de la stratégie d'ensemble :

Une instance stratégique dans laquelle sera encouragée la présence régulière des représentants du management au plus haut niveau de pilotage de l'entreprise. Cette instance sera centrée sur la stratégie, les politiques, l'évolution des organisations et les politiques de santé au travail ainsi que les principaux tableaux de bord liés aux pilotages.

Une instance de proximité dédiée à l'examen des conditions opérationnelles de travail (se substituant aux DP et aux CHSCT sous leur forme actuelle).

Un principe clair de subsidiarité sera établi entre les deux instances. Un même sujet ne pourrait être abordé aux deux niveaux de la représentation du personnel.

Proposition n° 11 : Donner plus de souplesse aux instances représentatives.

Rendre possible l'expérimentation quant au mode de fonctionnement des instances (agenda social, nombre, organisation des réunions, contenus...) en laissant les acteurs définir les modalités les plus adaptées à leur contexte, sans risque juridique.

Définir un nouveau processus d'information / consultation sur les projets stratégiques dans un cadre permettant d'associer conjointement des représentants élus et mandatés : Définir les calendriers de façon normative à travers des accords de méthode.

Définir une instance d'arbitrage externe ou de médiation, en dehors du recours au contentieux.

Faciliter davantage les négociations directes avec les élus, là où il n'existe pas de délégués syndicaux.

Privilégier la formation des élus par rapport aux recours aux expertises avec un encadrement de celles-ci : définir une enveloppe globale et limitée, permettant des arbitrages entre formations et recours aux experts.

Été 2014. Le président François Hollande, lors de la 3^{ème} Grande Conférence sociale tenue le 7 juillet 2014 indique que « sur l'ensemble du dialogue social, la représentation des salariés dans les entreprises, il peut y avoir là aussi une négociation ». Un *Document d'orientation pour une négociation nationale interprofessionnelle relative à la qualité et à l'efficacité du dialogue social dans les entreprises et à l'amélioration de la représentation des salariés*¹⁶ est transmis aux organisations patronales et syndicales. Manuel Valls résume ainsi l'objectif de son gouvernement lors d'un séminaire gouvernemental le 1er août 2014 :

« Nos règles de dialogue social sont trop complexes, notamment dans les PME et ce au détriment des employeurs mais aussi, et je veux le rappeler, des salariés. Il faut sortir d'un dialogue social formel et compartimenté pour lui redonner tout son sens et son importance. »

La négociation débute en septembre 2014. Au bout de quatre réunions, le processus s'enlise. « Les divergences sont telles », indique un article de presse, « y compris à l'intérieur du camp patronal qui ne parvient pas à trouver une position commune, que la dernière séance prévue pour les 18 et 19 décembre a dû être annulée. »¹⁷ Suite à l'échec de la négociation, M. Manuel Valls annonce qu'un projet de loi sera déposé, et que cinq principes le guideront :

« Simplifier pour rendre au dialogue social toute sa vitalité ; adapter les règles de la représentation au nombre de salariés de l'entreprise ; permettre aux très petites entreprises de bénéficier d'une forme de représentation adaptée ; valoriser les parcours de celles et ceux qui s'engagent comme représentants des salariés, et susciter des vocations ; assurer la parité des représentants des salariés. »

Le projet est déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 22 avril 2015, aussitôt transmis à la Commission des affaires sociales. Un rapporteur est désigné : M. Christophe Sirugue, député PS. Le projet de loi est adopté par le Parlement le 23 juillet 2015. Parmi les dispositions de cette loi dite

¹⁶ https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/document_d_orientation_dialogue_social_29_07_2014.pdf

¹⁷ « Dernière chance pour la négociation sur le dialogue social », *La Tribune*, 14 janvier 2015.

Rebsamen, outre la création du CPA, compte personnel d'activité, la valorisation des parcours syndicaux, le regroupement en trois blocs des 17 consultations obligatoires du comité d'entreprise, la création de commissions régionales paritaires, la parité hommes-femmes sur les listes électorales, etc., figure une possibilité ouverte aux petites et moyennes entreprises :

« Mettre en place une DUP (délégation unique du personnel) à toutes les entreprises de moins de 300 salariés (à défaut de ce choix, l'entreprise conservera CE, DP, et CHSCT). La DUP sera également élargie au CHSCT. Chaque entité constituant la DUP, conserve toutes ses prérogatives et toutes ses compétences, y compris celle de saisir la justice. »

L'argument de l'étude d'impact de cette loi d'août 2015 anticipe celui de l'ordonnance du 22 septembre 2017 :

« Il ressort des données de la DARES que un quart des entreprises de quarante à cinquante-neuf salariés déclarent qu'aucune institution représentative du personnel n'existe dans leur entreprise et une sur six pour les entreprises de soixante à quatre-vingt-dix-neuf salariés. La situation s'améliore sensiblement à partir de 300 salariés avec une présence quasi systématique d'un délégué syndical et des institutions représentatives du personnel.

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, le fonctionnement des instances représentatives du personnel est souvent ressenti comme trop lourd, peu lisible, surtout lorsque peu de salariés font le choix de s'y investir. La possibilité offerte aux entreprises de moins de deux cent salariés de créer une délégation unique du personnel (DUP), rassemblant délégué du personnel et comité d'entreprise a été choisie par 60 % des entreprises concernées. En se fondant sur cette expérience menée sans heurts depuis vingt ans, il est proposé d'élargir la DUP. Toutes les institutions demeurent, les compétences et missions également ; mais le fonctionnement sera plus simple, avec une délégation du personnel entièrement élue par les salariés. Les moyens actuels des élus seront globalement préservés.

Un autre défi concerne l'adaptation du cadre du dialogue social à la diversité des entreprises de taille plus importante. Les obligations en matière d'institutions représentatives du personnel sont aujourd'hui essentiellement fixées par la loi. Elles s'appliquent de manière uniforme aux entreprises sans possibilité significative d'adaptations.

Cette situation n'est pas adaptée à la diversité des entreprises qui forment le tissu économique de notre pays. Elle ne permet pas non plus de prendre en compte l'aspiration des partenaires sociaux à donner davantage de poids à la négociation, attestée par les nombreux accords d'entreprise signés chaque année. Aussi, il sera possible d'organiser différemment les instances représentatives du personnel dès lors que les syndicats majoritaires auront conclu un accord en ce sens.

La loi vise également à clarifier les rôles respectifs des institutions représentatives du personnel, notamment l'articulation entre les différents niveaux (comité central d'entreprise et comités d'établissement, instance de coordination des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail locaux). Certaines voies d'amélioration sont possibles et souhaitables, dans le respect de l'effet utile des consultations.

La loi s'attache enfin à simplifier le fonctionnement concret des institutions représentatives du personnel. »

Le gouvernement de M. Manuel Valls choisit de ne pas forcer l'allure (et d'imposer un dispositif proche de l'idée du « conseil d'entreprise ») et se contente d'élargir l'assiette des entreprises pouvant se doter d'une DUP :

« L'article 9 du projet de loi prévoit que, par accord majoritaire, dans les entreprises d'au moins trois cent salariés, les IRP peuvent être regroupées.

L'alternative aurait été de créer une instance unique, obligatoire dans l'ensemble des entreprises, les modalités de fonctionnement seules relevant de l'accord. Cette proposition, qui permet moins d'adaptation, a été envisagée par les partenaires sociaux mais n'a pas fait l'objet d'un accord.

Les regroupements d'instance seraient à géométrie variable, en fonction du souhait des partenaires sociaux. La nouvelle instance mise en place comprend l'employeur et une délégation du personnel, et peut exercer, en fonction des stipulations de l'accord, l'ensemble des attributions confiées : soit au CE et aux DP ; soit au CE et au CHSCT ; soit aux DP et au CHSCT ; soit au CE, aux DP et au CHSCT. »

I.2. ÉTENDRE

Deuxième argumentaire structurant de l'idée de « conseil d'entreprise » : l'élargissement du statut de négociateur dans l'entreprise à d'autres salariés que les délégués syndicaux. Cet élargissement est une réponse à la fois technique et politique du législateur et des promoteurs de l'idée du « conseil d'entreprise ».

Elle est d'abord *technique* dans la mesure où elle apparaît solutionner un problème récurrent : l'absence de délégués syndicaux dans TPE-PME et donc, par conséquent, l'absence d'un dialogue social institutionnalisé dans ce type d'entreprises. Comment y développer des pratiques de négociation collective ? La réponse semble simple : accorder à certains salariés de l'entreprise la possibilité de contracter avec leur employeur.

Cette réponse est également *politique* car elle revient, de fait, à ébrécher le monopole syndical de contractualisation, et, plus largement, à interroger la représentativité et la légitimité des organisations syndicales de salariés. C'est donc permettre une reconfiguration du système français de relations professionnelles, autour d'un dialogue social renouvelé, pluralisé et diversifié, car moins arrimé au fait syndical.

Institué par la *Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises*, le rôle du délégué syndical en matière de négociation collective ne sera précisé que dans la *Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du code du travail relatives aux conventions collectives de travail*. L'article 8 de la loi de 1968 stipulait que « chaque syndicat représentatif ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise désigne (...) un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise » mais ne disait mot sur leurs autres missions.

Ce sera chose faite deux ans plus tard, en 1971. Le législateur précise alors que les représentants ainsi désignés par les syndicats « peuvent contracter au nom de l'organisation qu'ils représentent ». Comme nulle disposition du code du travail ne précise d'autres signataires possibles, seuls seront juridiquement valides, jusqu'à la loi de novembre 1996 instituant le mandatement syndical, les accords collectifs négociés et signés par les seuls délégués syndicaux. La *Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre iv-bis du titre ii du livre i du code du travail*

relatives aux conventions collectives de travail reconnaît ainsi – tardivement, comparativement à la législation sociale dans plusieurs pays d’Europe... – « le droit des travailleurs à la négociation collective », mais réserve de fait sa pratique dans l’entreprise aux seuls délégués syndicaux...

L’ordonnance du 16 janvier 1982 qui légalise la réduction du temps hebdomadaire de travail, ce dernier ramené à 39 heures, introduit une première brèche dans ce « monopole » syndical. Elle prévoit, pour certaines thématiques (le contingent annuel d’heures supplémentaires, la modulation annuelle des horaires de travail, etc.) la possibilité que des conventions collectives de branche dérogent aux dispositions légales, leurs clauses s’appliquant alors directement dans les entreprises couvertes par cet accord. Les loi Delabarre du 26 février 1986 et Séguin du 19 juin 1987 élargissent ces possibilités de dérogations.

Emerge quelques années plus tard l’idée d’octroyer à des salariés et aux élus du personnel, sous conditions d’accords de branche le permettant, la possibilité de contracter avec l’employeur, *via* la procédure du mandatement par une organisation syndicale. L’une des principales raisons avancées pour la justifier concerne le très faible nombre de délégués syndicaux dans les entreprises françaises. Les chiffres sont en effet éloquentes : en 1998, rapporte la DARES à partir des résultats de son enquête REPONSE,

« Les délégués syndicaux sont implantés dans seulement 37 % des établissements de 20 salariés ou plus, et près d’un tiers des employeurs de ces établissements déclarent qu’ils ne comptent, dans leurs effectifs, pratiquement aucun salarié syndiqué (...) Si pratiquement tous les établissements de plus de mille salariés disposent de délégués syndicaux, cette proportion n’est plus que de 22 % dans ceux de 20 à 50 salariés. Et même dans ce cas, il s’agit très souvent de petites unités appartenant à des groupes. Cette implantation n’est donc pas seulement faible : elle est aussi très inégalement répartie »¹⁸.

Le dispositif de mandatement est d’abord inventé par les partenaires sociaux, avant d’être transcrit dans la *Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l’information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d’entreprises de dimension communautaire, ainsi qu’au développement de la négociation collective*. L’Accord National Interprofessionnel du 31 octobre 1995, signé par le CNPF, la CGPME, la CGC, la CFDT et la CFTC¹⁹ introduit en effet cette possibilité, en l’assortissant de conditions. Il n’est pas inutile de relire cet ANI, tant il décrit correctement les coordonnées du débat à propos de la négociation collective en général, et dans les TPE-PME, en particulier :

Une autre solution peut consister à admettre que, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, des accords collectifs puissent être conclus avec un ou plusieurs salariés de l’entreprise expressément mandatés pour une négociation déterminée par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Les conditions de protection des salariés ainsi mandatés et d’exercice de leur mandat de négociateur seront arrêtées par l’accord de branche visé à l’alinéa ci-dessous.

18 Daniel Furjot, « Où sont les délégués syndicaux ? », DARES - Premières synthèses, n° 41-2, octobre 2000 41.2., octobre 2000.

19 Accessible via : http://histoirecgtdassault.com/Dassault_Aviation/documents/988018429.pdf

2.3. En l'état actuel des textes, seules les organisations syndicales de salariés représentatives sont habilitées à conclure des accords collectifs au titre de l'élément salarié (2).

Le résultat de cette situation est d'exclure du champ de la négociation d'entreprise, toutes les entreprises, et par conséquent leurs salariés, dépourvues de délégués syndicaux.

Si un premier élément de solution peut être apporté à cette difficulté par la négociation de branche, cette réponse demeure cependant insuffisante. Elle ne permet pas en effet de régler le cas des entreprises, et donc de leurs salariés, dépourvues de délégués syndicaux et appartenant à des branches dans lesquelles la négociation n'a pu aboutir. En outre et surtout, les dispositions nées de la négociation de branche peuvent par leur caractère de généralité ne pas satisfaire exactement aux besoins des entreprises et des salariés concernés qui, en l'absence de délégués syndicaux, ne pourront procéder à leur adaptation.

Dès lors, il apparaît que les efforts qui pourraient être entrepris pour améliorer l'efficacité de notre système de négociation collective seraient privés d'une partie de leur intérêt si un nombre important d'entreprises devait continuer à se trouver dans l'impossibilité de négocier les adaptations qui leur sont nécessaires faute d'interlocuteurs.

Plusieurs mécanismes qui dans un premier temps devront avoir un caractère expérimental sont envisageables à cet effet.

On peut concevoir que, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, les dispositifs négociés avec les représentants élus du personnel et ayant pour objet la mise en œuvre de mesures dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif et portant sur des thèmes ouverts, par accord de branche, à ce mode de négociation, puissent être validés par une commission paritaire de branche dont le fonctionnement sera également fixé par accord de branche.

Ainsi, l'entrée en vigueur de tels dispositifs sera expressément subordonnée à l'accord de ladite commission qui aura pour attribution de contrôler qu'ils n'enfreignent ni les dispositions légales en vigueur ni les dispositions conventionnelles dans le cadre desquelles ils s'inscrivent.

En pratique, les textes négociés avec les représentants élus du personnel n'acquerront la qualité juridique d'accord collectif de travail qu'après avoir reçu l'aval de la commission paritaire précitée et ne pourront entrer en application qu'après avoir été déposés à la direction départementale du travail dans les conditions de droit commun, accompagnés de l'extrait de procès-verbal de la délibération de la commission paritaire les concernant actant son accord.

Un tel mécanisme ouvre la possibilité aux entreprises dépourvues de délégués syndicaux d'accéder à la négociation dans des conditions qui préservent le rôle des organisations syndicales. De la sorte est assuré le respect du rôle d'encadrement fixé à la négociation de branche et évité tout risque de dérive des accords en cause.

Retranscrit dans la loi, ces dispositions sont contestées par les organisations syndicales non signataires. Le Conseil constitutionnel, saisi, rend sa décision le 6 novembre 1996. Y est affirmé, pour la première fois de façon explicite, que si les organisations syndicales sont des représentants légitimes des salariés, ils n'ont pas le monopole de cette représentation, notamment dans l'exercice du « droit des travailleurs à la négociation collective ». Peuvent donc librement contracter avec l'employeur des salariés et des élus, à condition cependant que ce droit respecte la législation concernant le rôle des organisations syndicales :

8. Considérant qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale.. » ; qu'aux termes du huitième alinéa du même préambule : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » ; que si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ;

Au 1^{er} janvier 2018, six modes de contractualisation et de signatures d'accords collectifs étaient donc en vigueur dans les entreprises françaises, selon l'effectif salarié et les thématiques traitées : 1) par des délégués syndicaux ; et, en absence de tels délégués syndicaux : 2) par des salariés (dans des entreprises de moins de 11 salariés ou de moins de 20 salariés, si absence d'élus) ; 3) par des salariés mandatés par une organisation syndicale (dans les entreprises de 11 à 49 salariés, si présence d'élus ; dans celles de 21 à 49 salariés si absence d'élus (cas 3 bis) ; et, cas 3 ter, dans celles de plus de 50 salariés si aucun élu du CSE n'en a exprimé le souhait) ; 4) par des membres élus du CSE mandatés (dans les entreprises de plus de 50 salariés) ; 5) par des membres élus du CSE non-mandatés (dans les entreprises de plus de 50 salariés, en l'absence d'élus du CSE mandatés) ; 6) par le CSE lui-même, devenu par accord majoritaire conseil d'entreprise.

Dans les cas 2, 3 bis, 3 ter et 4, l'accord collectif signé est soumis à approbation des salariés par un vote aux deux-tiers des exprimés ; dans les autres cas, hors le 1, la validation de l'accord s'opère par un vote majoritaire du CSE ou du CE.

Simplifier et rationaliser, disions-nous ?

I.3. ASSOCIER

Un troisième argumentaire colore l'idée de « conseil d'entreprise » et lui donne son originalité. Complexe, il s'écarte des motifs strictement fonctionnels liés à une rationalisation des IRP et au dialogue social dans les TPE-PME. Il entremêle ainsi, selon les locuteurs, des considérations sur la

qualité de vie au travail des salariés, la diffusion d'une culture du compromis²⁰, l'association des salariés aux décisions de gestion, la promotion de la communauté de travail, etc. Cet argumentaire est cependant peu présent dans les textes légaux – notamment l'*Exposé des motifs* ou l'*Étude d'impact* de la loi habilitant les ordonnances du 15 septembre 2017. Il est à l'inverse très présent chez les promoteurs du « conseil d'entreprise », dont le CJD, et dans les propos des dirigeants d'entreprise ou d'associations qui ont adopté ce dispositif en 2018 ou 2019. Nous nous appuyons ici sur leurs productions.

À l'origine, tel qu'il fut imaginé par le CJD au mitant des années 1980, le « conseil d'entreprise » s'inscrivait dans une *réflexion élargie sur l'entreprise et son rapport à la société*, d'une part, et sur la *gouvernance de l'entreprise*, d'autre part. L'argument de *la simplicité et de la souplesse* supposée du dispositif se doublait d'un autre : la capacité du « conseil d'entreprise » à générer *l'implication et la responsabilisation* des salariés, gage d'efficacité décisionnelle :

« Le dialogue social est aussi, pour nous, un des principaux leviers de mise en œuvre de la démarche de performance globale. Celle-ci repose, en effet, sur la recherche permanente d'un équilibre entre les performances économique, sociale, sociétale, environnementale et a pour objectif la satisfaction de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise. Comment trouver cet équilibre entre les intérêts souvent contradictoires des uns et des autres (salariés, dirigeants, fournisseurs, actionnaires...), si ce n'est en pratiquant un dialogue permanent, systématique et sincère ? En mettant en place des structures de dialogue où chacun peut s'exprimer librement, sur tous les thèmes, dans des discussions ouvertes, en respectant les convictions des autres.²¹ »

Ce qui fit le succès du dispositif imaginé par le CJD – à tel point que le législateur de 2017 conserva la dénomination de « conseil d'entreprise »²² – réside probablement dans le subtil entrelacs entre des thématiques *fonctionnelles*, défendues assez tôt par le législateur (par exemple : l'inadaptation pour les TPE-PME d'IRP²³ conçues à partir du modèle de la grande entreprise²⁴), un discours

²⁰ « On ne peut repenser le dialogue social », concluait Richard Thiriet, président du CJD, « qu'en imaginant une solution gagnant-gagnant. Quelle que soit la taille de l'entreprise et à la demande de tout salarié, il est essentiel de garder en tête que le développement d'une activité économique passe forcément par le bien-être de ceux qui contribuent à cet essor ». Entretien avec Richard Thiriet, 2 février 2015, Les Affiches parisiennes : <https://www.affiches-parisiennes.com/une-solution-au-dialogue-social-le-conseil-d-entreprise-5067.html>

²¹ *Vers un nouveau dialogue social territorial*, CJD, mai 2012. <https://fr.slideshare.net/CJD-EMERAUDE/vers-un-nouveau-dialogue-social-territorial>

²² Même s'il était logique de désigner ainsi cette nouvelle instance, les intitulés anciens (« comité d'entreprise ») et nouveaux (« comité social et économique ») laissant peu de place à une autre formulation... Il serait d'ailleurs intéressant de retracer, pendant l'été 2017 et l'écriture des ordonnances, les contacts probables entre rédacteurs des textes de loi et les concepteurs du CJD pour finaliser le futur article L.2232, tant il est vrai, comme il l'écrit lui-même, que « le CJD est certes un trublion, mais aussi une force de proposition respectée et consultée au plus haut niveau de l'État » (texte issu du [site web du CJD Paris : https://cjdparis.com/nos-actions-les-5-piliers-du-cjd/](https://cjdparis.com/nos-actions-les-5-piliers-du-cjd/)).

²³ « La complexité, le dédoublement – voire la schizophrénie – de la construction institutionnelle du dialogue social dans nos entreprises rend le système boiteux, inefficace, et frustrant pour tous ». *Dialogue social, explorons ensemble de nouvelles voies*, CJD, 2009. http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/Rapport_DS.pdf

²⁴ « Rendre les institutions représentatives du personnel plus lisibles et plus efficaces, en s'adaptant davantage à la diversité des entreprises ». *Exposé des motifs loi Rebsamen, op. cit.* :

volontariste sur la nécessaire contractualisation des relations sociales et, plus récemment, un effort pour penser une forme française de codétermination :

« Son idée de “Conseil d’entreprise”, émise dans les années 1980 (...) a permis d’aboutir, en 1993, à la DUP (Délégation unique du personnel) qui a amélioré la représentativité salariale dans les PME et qui est choisie par plus de 70 % des entreprises du champ d’application (PME de 50 à 199 salariés) selon les sources de la DARES. Le CJD a également milité, dès 1968, pour la présence de représentants syndicaux dans les entreprises. Plus récemment en 2003, il a notamment proposé de favoriser les accords d’entreprise en élargissant leur champ de négociation, de réorganiser les branches professionnelles au niveau des métiers, de développer la contractualisation²⁵. En 2009, encore, il a insisté sur la nécessité de sensibiliser et de former dirigeants et représentants du personnel aux modalités de fonctionnement du dialogue social. À chaque fois, ses propositions étaient inspirées par le souci de permettre aux hommes et aux femmes de l’entreprise de négocier leur avenir au plus près de la réalité de leur environnement.²⁶ »

« Aujourd’hui plus que jamais, le développement du dialogue social s’affirme comme une priorité absolue à tous les niveaux.

Or, quelle que soit leur qualité, aucune loi, aucun règlement, par leur caractère général et uniforme, ne remplaceront le dialogue pour régler efficacement les problèmes très divers d’une économie qui se restructure et engendre des situations contrastées. La négociation doit épouser cette diversité et se rapprocher de la réalité vécue ou anticipée, c’est-à-dire de la branche ou de l’entreprise qui apparaît désormais comme le niveau essentiel.

Dès lors, le dialogue, la négociation et le contrat doivent devenir les seuls régulateurs normaux en matière sociale.²⁷

« Une performance harmonieuse de l’entreprise et une nouvelle gouvernance impliquant pleinement les salariés dans les prises de décisions et ce faisant partageant avec l’actionnaire une coresponsabilité (...) Le CJD a pour objet de faire progresser l’entreprise, vers une performance globale, en se fondant sur des valeurs de responsabilité, de solidarité, de loyauté et de respect de la personne humaine ; en mettant en œuvre des principes qui traduisent l’esprit d’entreprendre, le sens de l’engagement, celui du dialogue social et celui du partage.²⁸ »

Jacques Barthélemy et Gilbert Cette, dans leur note pour Terra Nova, *Adapter le droit au travail au 21^{ème} siècle* (2019), font de la reconnaissance instituée de la communauté de travail l’un de leurs arguments de promotion du « conseil d’entreprise ». Ils le présentent ainsi :

« L’institution unique du personnel est fondamentalement un progrès (social) dès lors que cela donne de la consistance (juridique notamment) à la collectivité de travail. La capacité de traiter des problèmes sous l’ensemble des différents aspects susceptibles de matérialiser l’intérêt de la collectivité ne peut qu’avoir des effets positifs. Ce qui précède est encore plus significatif si le Comité

<https://circulaires.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000030513128/>

²⁵ « Il s’agit de rendre le dialogue social plus efficace dans l’entreprise et représenter de manière adéquate la collectivité de travail, de mieux articuler consultation et négociation, de donner les moyens pour que la stratégie de l’entreprise soit mise en œuvre avec l’ensemble des parties prenantes. » (*Étude d’impact*, loi de 2015)

²⁶ *Vers un nouveau dialogue social territorial*, CJD, mai 2012, *op. cit.*

²⁷ *Le conseil d’entreprise. La volonté de dialogue*, CJD, Paris, 1988, *op. cit.*

²⁸ *Dialogue social. Explorons de nouvelles voies*, CJD, mars 2009, *op. cit.*

social et économique (CSE) – qui fusionne les délégués du personnel, le comité d’entreprise et le CHSCT – devient, par accord collectif, le conseil d’entreprise (CE) car lui est alors confié le pouvoir de négociation. On se rapproche alors de l’idée de “conseil d’administration” de la collectivité de travail qui renforce la consistance juridique de celle-ci, d’autant que le CSE est doté de la personnalité morale.²⁹ »

L’accent mis ici sur « l’intérêt de la collectivité de travail » rejoint le projet du CJD d’imaginer un dispositif de représentation des salariés qui assure, indiquait-il dans son rapport de 2009, « la prise en compte des intérêts de la collectivité de travail ». Et celle-ci n’est possible, y était-il écrit, que s’il y a reddition de comptes au personnel par la direction de l’entreprise et un pilotage de l’entreprise prenant en compte la totalité des intérêts présents, pas seulement ceux des actionnaires...

Le « conseil d’entreprise » – « conseil d’administration de la collectivité de travail », comme le définit Jacques Barthélémy³⁰ – fut ainsi imaginé par le CJD comme *un lieu dialogique* (« La création puis le fonctionnement régulier du conseil d’entreprise seront accompagnés d’une action de formation permettant à chacun des partenaires de mieux comprendre les vertus du dialogue, de la concertation et de la négociation. ») et *décisionnel* (le CE devenant alors pleinement un « interlocuteur économique », et pas seulement un gestionnaire d’œuvres sociales), susceptible de produire des accords mutuellement satisfaisants (« On ne peut repenser le dialogue social qu’en imaginant une solution gagnant-gagnant.³¹ »).

Se profilait ainsi, dans l’argumentaire du CJD, une conception *institutionnelle* de l’entreprise et des rapports économiques. La devise, historique, du CJD – « Mettre systématiquement l’économie au service de l’Homme » – en est l’illustration. Le document CJD de 2009, *Dialogue social, explorons de nouvelles voies*, et les propos récurrents de ses dirigeants sont explicites à cet égard :

« Si le dialogue social avance moins vite que ne recule la forêt amazonienne, c’est encore parce que “l’entreprise” n’existe pas formellement : elle n’a aucun compte à rendre. Seule la société de capitaux a des obligations quant aux conséquences que ses décisions ont eues sur la collectivité de travail. La création d’un droit de l’entreprise est donc un premier pas. Mais le CJD va plus loin [en proposant l’idée d’un « conseil d’entreprise»³² ».

Il s’agit cependant d’une approche institutionnelle *renouvelée*. Car la forme institutionnelle que donnait le CJD dans les années 2010 au « conseil d’entreprise » diffère sensiblement de l’approche communautaire, sous l’influence du catholicisme social, qui était la sienne lors de sa fondation. Dans un article de la revue *Vingtième Siècle* paru en 2012, Florent Le Bot rappelle en effet ce que

²⁹ Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, *Adapter le droit du travail au XXIe siècle*, 11 juin 2019, Terra Nova, p. 7. https://pmb.cereq.fr/doc_num.php?explnum_id=6108

³⁰ « Nul doute qu’en donnant au conseil d’entreprise, en plus du pouvoir de concertation qu’il détient déjà de la loi, celui de négociation » écrivait-il dans une Note pour le CJD de 2008 et intitulée *Le conseil d’entreprise : propositions pour un coup de jeune !*, « cette consistance juridique se renforcerait. La collectivité du personnel a des intérêts propres à faire valoir et le comité à compétence élargie serait alors vraiment l’organe de sa représentation. Bref, le conseil deviendrait le conseil d’administration de la collectivité du personnel. » Merci à Jacques Barthélémy de m’avoir communiqué ce document et répondu à quelques questions...

³¹ *Une solution au dialogue social : le conseil d’entreprise*, entretien avec Richard Thiriet, président du CJD France, *op. cit.*

³² *Dialogue social, explorons de nouvelles voies*, CJD, 2009, *op. cit.*

furent les valeurs et normes de *Combat Jeune Patron*, la première forme organisée de ce qui deviendra le CJP, *Centre des Jeunes Patrons*, puis le CJD, *Centre des Jeunes Dirigeants*, et la capacité de ce mouvement patronal d'évoluer sans se renier :

« Dans un contexte de crise économique, le CJP, marqué par l'influence du catholicisme social, s'engouffre dans la voie d'une critique du libéralisme et dans une réflexion quant à un possible corporatisme – un corporatisme d'association, déséquilibré au profit des patrons, en vue de rétablir la plénitude de leur autorité. Avec le régime de Vichy, le CJP s'épanouit. Il se met tout entier au service d'un régime qui porte, exprime, défend ses valeurs.

L'une des originalités de ce mouvement est sans doute à rechercher dans sa capacité à faire évoluer ses propositions et leur expression, en fonction du contexte politique, économique et social, tout en conservant plus ou moins intacts certains fondements de son identité, telle que la volonté de dépasser les clivages sociaux et politiques à travers l'expression spiritualiste d'un bien commun et la recherche de solutions pratiques expérimentées dans le cadre de l'entreprise. »

L'article de *Vingtième siècle* fournit également quelques informations sur la filiation lointaine du « conseil d'entreprise » version CJD : les comités sociaux, institués par le régime de Vichy à l'automne 1941:

« Ils y retrouvent les idées qu'ils défendent depuis l'avant-guerre : la nécessaire collaboration entre tous les membres de l'entreprise, particulièrement à travers la mise en place de comités sociaux, sous la direction de patrons à l'autorité renforcée en même temps que « bienveillante » ; une entreprise organisée, cellule de base de la corporation professionnelle par branche, elle-même au fondement de l'organisation de la société ; une société corporatiste.³³ »

Ces Jeunes Patrons plaidèrent alors, poursuit Florian Le Bot, « pour une élection des délégués par atelier ou par service, en dehors de toute intervention patronale » :

« S'agissant de la participation des syndicalistes à cette instance, il semble que la position du CJP ait évolué du refus vers l'acceptation, d'une part car les syndicats uniques sur lesquels ils espéraient pouvoir s'appuyer n'ont pas été une réussite, d'autre part par pragmatisme, afin d'impliquer les salariés méfiants dans le fonctionnement des comités. »

Cette position de principe des Jeunes Patrons, à rebours d'un syndicalisme patronal majoritaire mais rétif à toute présence syndicale dans l'entreprise, perdue au sein du CJD. Le rapport *Dialogue social, explorons de nouvelles voies, de 2009*, indique ainsi, sans ambiguïté aucune :

« Nous nous engageons à expérimenter au travers des entreprises qui le souhaitent cette nouvelle voie en utilisant la nouvelle donne de la représentativité et que nous convions les syndicats à s'impliquer et à s'implanter dans toutes les entreprises indépendamment de leur taille. »

De même, le dialogue social, dans la conception actuelle du CJD, s'il participe d'un climat social apaisé, est moins une finalité qu'une modalité du rapport social :

« Pourquoi ce dialogue est-il si important à nos yeux, plus important que jamais ? D'abord parce qu'il est un facteur de "bien-être" en entreprise. Le stress, la souffrance au travail, dont les médias

³³ Florent Le Bot, « La naissance du Centre des jeunes patrons (1938-1944). Entre réaction et relève », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 114, n° 2, 2012, p. 99-116. <https://www.cairn.info/revue-vingtieme-siecle-revue-d-histoire-2012-2-page-99.htm#re90no90>

se font largement l'écho, sont très souvent la conséquence d'une absence de dialogue³⁴. "On ne nous entend pas, on ne nous informe pas" se plaignent, à juste titre, nombre de salariés. Et ce sont cette absence d'écoute, cette impossibilité à échanger sur les difficultés dans le travail, cette impuissance à faire reconnaître son point de vue qui créent des tensions et minent le moral des uns et des autres. Le dialogue, au contraire, permet de se comprendre, de faire un pas l'un vers l'autre et d'apaiser les conflits. »

L'approche « communautaire » du CJD dans les années 1940-1950 (ou l'approche dite « unitaire », dans les mots de Burell et Gareth Morgan) a laissé progressivement place à une approche « pluraliste » des relations de travail dans l'entreprise, où le conflit d'intérêts est inhérent à ce rapport social :

« Qu'il soit fait de négociation, de consultation ou de simples échanges d'information, le dialogue social en amont est pourtant une exigence inhérente à toute organisation ayant recours au travail salarié. Celui-ci fonde, dès la première embauche, une nouvelle partie prenante, différente de celle des dirigeants et des actionnaires (qui, dans les PME, sont souvent les mêmes) et dont les intérêts ne peuvent se confondre. Des intérêts communs existent, bien évidemment, sans lesquels cette collaboration salariale n'aurait pas lieu d'être, autour de la réussite commune, de la prospérité et de la pérennité de l'entreprise. Mais les intérêts divergent autour du partage de la valeur ajoutée, des priorités que les dirigeants fixent à l'entreprise et des attentes qu'en ont les hommes et les femmes qui la composent. L'objet d'un dialogue social bien compris est d'essayer, par la discussion, d'inscrire dans la durée des compromis équilibrés entre toutes les parties prenantes pour que chacune y trouve son compte. Le bon dialogue social sert ainsi à mettre de l'huile dans les rouages, de la fluidité et de la plasticité dans l'organisation de l'entreprise. Il est source de performance globale. Son absence, au contraire, en grippe le fonctionnement et met plutôt de l'huile sur le feu. ³⁵ »

Cette approche *pluraliste* des relations de travail était explicite dans le document principes de 1988 du CJD. À une époque où le CNPF n'était pas devenu le Medef – ce ne sera le cas que dix ans après la conférence de presse du CJD du 5 juin 1988 –, le propos pouvait probablement irriter un certain nombre de dirigeants d'entreprise :

« L'installation de relations contractuelles authentiques dans l'entreprise suppose l'existence d'un réel contre-pouvoir, équilibre indispensable au pouvoir détenu par le dirigeant. Les structures actuelles répondent imparfaitement à cette nécessité, particulièrement dans les entreprises petites et moyennes où la représentation du personnel est déficiente, voire inexistante. De plus il convient de reconnaître le rôle des partenaires sociaux au sein même de l'entreprise. C'est pourquoi le projet de Conseil d'entreprise conserve le maintien du monopole syndical de présentation de candidats au premier tour des élections. Enfin, si l'on souhaite véritablement favoriser l'émergence d'un contre pouvoir, il est nécessaire de lui donner les moyens de sa propre légitimité. C'est pourquoi le CJD propose que le ou les délégués syndicaux soient désignés par les organisations syndicales représentatives parmi les membres du Conseil d'entreprise élus par le personnel. ³⁶ »

³⁴ Voir également l'entretien avec Richard Thiriet, *Une solution au dialogue social : le conseil d'entreprise*, op. cit. : « Quelle que soit la taille de l'entreprise et à la demande de tout salarié, il est essentiel de garder en tête que le développement d'une activité économique passe forcément par le bien-être de ceux qui contribuent à cet essor. »

³⁵ *Dialogue social, explorons de nouvelles voies*, CJD, 2009, op. cit.

³⁶ *Le conseil d'entreprise. La volonté de dialogue*, CJD, 1988, op. cit.

I.4. CODÉTERMINER

Une référence a longtemps accompagné la promotion du « conseil d'entreprise » – et continue de l'étayer : le modèle social allemand, avec son *Betriebsrat* (conseil d'entreprise) et sa *Mitbestimmung* (co-détermination).³⁷ Le parallèle a été dressé entre les deux instances, et la procédure française d'« avis conforme » rapprochée de la co-détermination allemande. D'autres commentaires, dès la publication des ordonnances, ont à l'inverse souligné que les deux dispositifs étaient différents et que la version française évitait d'instituer un mécanisme au cœur de la version allemande : *la participation de représentants de salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des entreprises*.

Betriebsrat allemand et « conseil d'entreprise » français : est-ce la même chose ? Le directeur général du Travail, supervisant chaque année le *Bilan de la négociation collective*, estime, dans le bilan 2017 (p.194), qu'il existe « deux principales modalités de participation des représentants du personnel aux décisions de l'employeur :

- « La présence de représentants du personnel dans les organes de direction des entreprises (les administrateurs salariés) ;
- et la mise en place d'un conseil d'entreprise. »

La question à instruire est donc la suivante, au risque de la durcir : le « conseil d'entreprise » : est-ce une structure de *participation aux décisions*, ou une instance de *codétermination* ? Examinons les arguments en faveur des deux hypothèses. D'abord ceux en faveur de la codétermination. Florilège :

« L'essentiel de la réforme du droit du travail [*se trouve*] dans l'ordonnance sur les rapports entre les sources et la création de l'institution unique de représentation du personnel : le comité social économique (CSE). À l'image de l'Allemagne dont le *betriebsrat* est, en quelque sorte, le "*conseil d'administration de la collectivité de travail*"³⁸ »

« Le législateur a ainsi souhaité faire du CSE transformé en Conseil d'entreprise un véritable partenaire de décision de l'employeur, en lui conférant un pouvoir de co-détermination" sur une liste de thèmes déterminés.³⁹ »

« Quand j'ai lu l'expression "conseil d'entreprise", j'ai traduit *Betriebsrat*. Est-on en train d'introduire, à titre facultatif, parallèlement, ou à la place du CSE, quelque chose qui ressemble à la codétermination telle qu'on la connaît outre-Rhin ?⁴⁰ »

³⁷ Voir l'article de Sebastian Sick, « La codétermination en Allemagne : un modèle de participation des travailleurs dans le cadre d'un modèle économique coopératif », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, vol. 2013, n° 3, 2013, p. 26-32.

³⁸ Jacques Barthélémy, « Vers un changement radical du modèle social », Entretien (avec Yves Fromont), *La Tribune*, 6 mars 2018, *op. cit.*

³⁹ « Le Conseil d'entreprise : décryptage de cette nouvelle institution représentative du personnel », site web *Village de la justice*, Emanuel Destailats, 14/08/2018. <https://www.village-justice.com/articles/conseil-entreprise-decryptage-cette-nouvelle-institution-representative,29194.html>

⁴⁰ Patrick Quinqueton, « Table ronde », *Retour sur les ordonnances Macron*, *Ibid.*, p. 309.

D'autres commentateurs ont, de leur côté, soutenu l'argument inverse. Le 5 octobre 2017, une dizaine de jours après le vote de la loi d'habilitation, 91 universitaires, dirigeants d'entreprise, syndicalistes et personnalités politiques internationales⁴¹, ont jugé « inexplicable et incompréhensible » le silence de la loi d'habilitation en termes de codétermination », ont parlé d'« abandon » d'un dispositif pourtant annoncé lors des consultations préalables avec les organisations syndicales et patronales, ce dernier visant à renforcer « l'équilibre du pouvoir de négociation des acteurs que l'on souhaite voir dialoguer ». Leur tribune indique ceci :

« La codétermination fait l'objet d'un mouvement de fond. Depuis quelques années, des chefs d'entreprise, dirigeants syndicaux, personnalités politiques, économistes, juristes et acteurs sociaux ont pris position en sa faveur en France. Ils demandent un renforcement de la présence des représentants des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance des entreprises, que ce soit sur le mode allemand (une moitié de représentants salariés dans les grandes entreprises) ou scandinave (un tiers de représentants dans les plus petites entreprises), ou selon des formes intermédiaires.

De fait, elle a été logiquement mentionnée dans le texte de la loi d'habilitation, et logiquement évoquée dans la phase de concertation. Son abandon à l'arrivée, inexplicable, est dès lors incompréhensible. Les signataires pensent que cette absence est dommageable pour la France, ses entreprises et ses salariés.

La loi Travail avait été annoncée sous le signe d'une volonté réformatrice innovante et équilibrée. Le premier grand texte social du quinquennat a-t-il réussi le test de cette exigence ? En particulier, comment renouveler le dialogue social au plus près de chaque entreprise, sans veiller à l'équilibre du pouvoir de négociation des acteurs que l'on souhaite voir dialoguer ? Comment créer une dynamique sans instaurer les conditions institutionnelles de la confiance ? Faudrait-il s'en remettre à la bonne volonté de chacun ? C'est une vision naïve, car si rien ne se crée sans les hommes, rien ne dure sans les institutions.⁴² »

Martin Richer, administrateur et responsable du pôle Entreprise, Travail & Emploi de *Terra Nova*, commentant le 18 septembre 2017, quelques jours avant leur promulgation, les dispositions des cinq ordonnances, déplora également, dans un billet de blog, un « renoncement », empêchant la création « d'un dispositif enfin équilibré » :

« Parmi les renoncements : il n'y aura pas de dialogue social loyal et équilibré en France tant que nous n'aurons pas réussi – comme l'on fait 17 autres pays européens parmi les 28 États membres – à donner une place significative aux salariés dans les instances de décision et de gouvernance. C'est ce qui avait été entrepris durant le quinquennat précédent avec la loi de sécurisation de l'emploi (juin 2013), qui ouvrait les conseils d'administration du secteur privé et poursuivi avec la loi "Dialogue social et emploi" (dite loi Rebsamen, août 2015), qui abaissait significativement les seuils de mise en œuvre. Il fallait poursuivre dans cette voie pour aboutir à un dispositif enfin équilibré.⁴³ »

⁴¹ Parmi les premiers signataires : Christophe Clerc, avocat ; Olivier Favereau, professeur d'économie à Paris-Nanterre ; Laurent Berger, secrétaire général de la CFDT ; François Hommeril, président de la CFE-CGC ; Joseph Thouvenel, vice-président de la CFTC.

⁴² « La codétermination est une idée porteuse d'avenir qui doit trouver sa place dans la loi », *Le Monde*, 05/10/2017. https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/10/05/la-codetermination-est-une-idee-porteuse-d-avenir-qui-doit-trouver-sa-place-dans-la-loi_5196511_3232.html

⁴³ « Pour une codétermination à la française », Martin Richer, 18/09/2017. <https://www.metiseurope.eu/2017/09/18/pour-une-codetermination-la-franaise/>

Le 14 juillet 2020, 150 universitaires et 50 personnalités du monde politique, syndical, académique et des entreprises d'horizons divers, à l'initiative de Jean-Baptiste Barfety, Isabelle Berrebi-Hoffmann, Christophe Clerc, Olivier Favereau et Bernard Gazier, publiaient dans le journal *Les Echos* une autre tribune, *Pour une codétermination à la française*, où ils rappellent l'engagement des salariés, au plus fort de la crise sanitaire liée à la Covid-19, et que cela « mériterait une meilleure implication de ces derniers dans les instances de pouvoir de l'entreprise » :

« “Codétermination”, “cogestion”, “codécision”, autant de traductions de l'allemand *Mitbestimmung*. Cette institution n'a aucun équivalent en France : la “cogestion” n'y renvoie qu'à quelques institutions paritaires vestigiales et la “codécision” ne correspond à aucune réalité (...). Le système allemand a une portée bien plus grande (...) La France n'a pas su doter son économie d'instruments de décision partagée.⁴⁴ »

Etait ainsi rappelée l'absence, dans les ordonnances de septembre 2017, de dispositions en faveur d'une « codétermination à la française », comme la CFDT, notamment, avait tenté quelques mois auparavant de conceptualiser⁴⁵. Dès lors, le « conseil d'entreprise », tel que mentionné dans l'ordonnance de 2017 : un premier pas vers la codétermination ?

S'interrogeant à ce sujet (« Est-ce que le conseil d'entreprise, c'est de la codétermination ? »), Stéphane Vernac répond sans détour : « Je dirais que c'est plutôt de l'indétermination »⁴⁶... En appui à sa démonstration : le fait que la *Mitbestimmung* allemande est une *codétermination d'établissement*, avec

« des prérogatives confiées aux conseils d'établissement, par des droits d'information et de consultation, voire par un mécanisme de codécision qui peut aller jusqu'à des droits d'initiative confiés aux conseils d'établissement allemands et, en cas de désaccord, le recours à une instance d'arbitrage ».

Elle est aussi, estime-t-il, une *codétermination d'entreprise*, avec des représentants des salariés dans les organes de surveillance et d'administration », et qu'à côté de ces mécanismes institutionnels existent les règles de la négociation collective, dont s'occupent les syndicats allemands. Le parallèle entre les deux dispositifs, allemands et français, ne semble donc guère possible...

« Le conseil d'entreprise à la française est cependant loin du conseil d'établissement allemand et de son pouvoir de codétermination. Le conseil d'établissement allemand ne relève pas d'un accord collectif mais d'une loi substantielle sur la constitution de l'établissement qui permet son élection à partir de cinq salariés. Le droit de codécision n'est pas un droit de veto discrétionnaire à une mesure

⁴⁴ « Pour une codétermination à la française », *Collectif*, tribune publiée dans le journal *Les Echos*, 14/07/2020.

<https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-pour-une-codetermination-a-la-francaise-1223491>

⁴⁵ « Construire une codétermination à la française », CFDT, 12/01/2018,

https://www.cfdt.fr/portail/actualites/economie/-/developpement-durable/-video-construire-une-codetermination-a-la-francaise-srv1_580098

⁴⁶ Stéphane Vernac, « Table ronde 2 », *Retour sur les ordonnances Macron*, op. cit., p. 315.

patronale, il implique l'initiative de la mesure et en cas de désaccord avec l'employeur, recours à une instance d'arbitrage qui tranche le différend (Rémy, 2017 ; Palli, 2018).⁴⁷»

Avec cet article 2321-1, on serait donc plutôt, comme le note Patrick Quinqueton, « dans un mode plus efficace et plus ramassé d'instances représentatives négociatrices »⁴⁸. D'où une deuxième interrogation : avec qui, sous quelle forme, et sur quels objets négocie ce « conseil d'entreprise » à la française ?

Les prérogatives accordées au « conseil d'entreprise » par les dix articles L.2321 du code du travail qui lui sont consacrés semblent ainsi sous l'effet d'une *triple indétermination* : des acteurs, des lieux et des objets du dialogue.

Premier problème : *l'interlocuteur patronal des élus du « conseil d'entreprise »*. Qui est-il ? C'est l'employeur. Mais celui-ci siège à, et préside ce « conseil d'entreprise ». Il est donc celui qui, tout à la fois, convoque cette instance, anime ses réunions, consulte ses élus, enfin négocie avec elle... Le paradoxe a été relevé : comment, dans la fonction CSE de ce « conseil d'entreprise », l'employeur peut-il, un jour, consulter l'instance et prendre ensuite sa décision, unilatéralement, en vertu de ses droits de gérance, et, un autre jour, dans sa fonction de négociateur, négocier avec cette même instance, ce qui suppose de renoncer, par voie de concessions, à la prise de certaines décisions que son statut autorise ?

Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, soucieux de défendre l'idée selon laquelle le CSE et, *a fortiori*, le « conseil d'entreprise », serait le « "conseil d'administration" de la collectivité de travail », tirent de cela une conséquence pratique :

« Il faut d'abord faire sortir l'employeur du CSE. Sa présidence depuis 1946 était justifiée par l'importance des attributions dans l'ordre social mais aussi par la méfiance patronale à l'égard de ce qui était considéré comme une atteinte au pouvoir de direction. Mais cette présidence revient à ce que l'employeur négocie avec lui-même en présence d'un conseil d'entreprise. Et, en présence d'un CSE, cela signifie que l'employeur ne consulte pas l'institution (qui est une personne morale) au nom de l'intérêt collectif du personnel, mais la délégation du personnel au sein de cette institution (laquelle n'est pas une personne morale). »⁴⁹

Deuxième problème : *l'articulation entre consultation et négociation*.

Consulter, est-ce négocier ? Non, évidemment, puisque l'employeur ne demande qu'un avis aux élus du CSE, et rien n'oblige ce dernier, juridiquement, à le suivre : sa décision finale reste une décision unilatérale. Négocier, est-ce alors consulter ? Non, évidemment, puisqu'il s'agit de décider ensemble d'une série de règles, du travail ou de relations de travail, et que cette décision, sauf dans

⁴⁷ Carole Giraudet, « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *La Revue de l'Ires*, vol. 94-95, n° 1-2, 2018, p. 29-56. <https://www.cairn.info/revue-de-l-ires-2018-1-page-29.htm>

⁴⁸ Patrick Quinqueton, « Table ronde 2 », *op. cit.*, p. 311.

⁴⁹ Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, *Adapter le droit du travail au XXIe siècle*, Note *Terra Nova*, 11 juin 2019. https://tnova.fr/system/contents/files/000/001/795/original/Terra-Nova_Adapter-droit-du-travail-XXIe-siecle_110619.pdf?1560179557

les cas d'une pseudo-négociation, suppose, en tant que *codécision*, qu'il y ait eu confrontation d'arguments, échange de concessions et volonté mutuelle de nouer un compromis, toutes activités qui ne peuvent concerner une « consultation »...

Le problème est cependant complexe ; il faut donc le traiter dans la multiplicité des figures que recèle cette dualité entre consultation et négociation. Nous y revenons plus loin.

Troisième problème : *le droit d'initiative*. L'employeur a le pouvoir légal de consulter ces élus sur des thèmes dont il est le seul juge – même s'il doit le faire pour 17 d'entre eux, estimés obligatoires. Mais ce droit est unilatéral : un CSE devenu CE ne peut prendre l'initiative d'interroger l'employeur, pas plus que la loi ne lui donne le droit de l'obliger à répondre de façon motivée aux propositions alternatives du CSE ou du CE. Ce point a été souligné dans un article de la revue *Droit ouvrier*⁵⁰, dès la publication de la *Loi d'habilitation* du 15 septembre 2017 :

« Le processus de codécision à l'allemande doit être relativisé, puisque les domaines où le conseil d'établissement allemand a un pouvoir de codécision, qui oblige l'employeur à faire des compromis, sont limités aux questions relatives au personnel (embauche, mutation) ou aux affaires sociales (règles de comportement dans l'entreprise, octroi d'heures supplémentaires, grille des salaires, etc.). Ces quelques miettes jetées en pâture ne suffiront pas à évacuer le débat de fond : l'acquiescement (même critique) des élus et mandatés aux projets économiques et sociaux de l'employeur suppose au préalable un partage de l'information.

Or, le patronat français est réticent à partager avec les élus une information qualitative, comme l'atteste le contenu très pauvre des bases de données économiques et sociales aujourd'hui mises en œuvre dans les entreprises. Qui plus est, les élus des comités d'entreprise ne demandent pas, dans leur grande majorité, d'être co-responsables des décisions de l'employeur. En revanche, ils souhaitent que la procédure de consultation, revisitée, instaure un véritable dialogue sur les propositions alternatives du comité, ce qui implique que l'employeur y réponde obligatoirement et de façon motivée avant de mettre en œuvre ses projets, ce qui n'est absolument pas le cas aujourd'hui. C'est le sens des propositions faites le 7 juin 2017 par le cercle Maurice Cohen pour donner un nouvel élan au pouvoir consultatif du comité d'entreprise, visant notamment le renforcement du droit à l'information et du pouvoir consultatif. »

Dans les faits, que se passe-t-il ? L'asymétrie entre les élus et l'employeur s'estompe dès que l'on se place sur un plan pratique, et qu'on rappelle qu'il s'agit ici de petites et très moyennes entreprises. Si le CSE siégeant en CE n'est pas titulaire d'un droit d'interrogation de l'employeur et ne peut l'obliger à contracter, il dispose néanmoins, de par les réunions mensuelles de l'instance et l'obligation annuelle de négocier, d'une part, et du fait qu'il est une instance légitime et représentative du personnel, d'autre part, d'un *pouvoir certain* pour contraindre l'employeur à répondre à ses questions et, si nécessaire, le contraindre à modifier ses choix initiaux. Il ne s'agit pas là d'une vue irénique des relations collectives de travail, mais d'une hypothèse plausible : ne pas lui répondre ou négocier avec lui de mauvaise foi conduirait le conseil d'entreprise à, sous une forme ou sous une autre, refuser le jeu de la coopération avec l'employeur, ce qui revient à l'empêcher de mener à bien la plupart de ses projets ; ce qu'il ne peut s'y risquer.

⁵⁰ Christophe Baumgarten, Amin Ghénim Guillaume Étievant et Laurent Milet, « Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises », *Droit ouvrier*, n° 830, septembre 2017, p. 529-533.

Le problème est différent dans les grandes entreprises ; et ce droit d'initiative pourrait être expérimenté dans quelques entreprises volontaires, sur des thèmes spécifiques et/ou laissés à l'initiative des parties, par voie d'accord majoritaire.

Cela ne réglerait pas, pour autant, deux questions essentielles : à quoi servent, *concrètement*, les procédures légales de consultation du CSE et du CE ? Et pourquoi faut-il négocier dans l'entreprise, petite ou grande ? Nous reprendrons ce débat dans la section suivante, sur l'avis conforme.

Quatrième problème de cette indétermination des acteurs, des lieux et des objets : *le droit d'opposition*. Le « conseil d'entreprise », dans la forme légale qui est aujourd'hui la sienne, ne dispose pas d'un droit de veto de certaines décisions de l'employeur (lorsqu'il juge celles-ci, par exemple, contraires à l'intérêt de la collectivité de travail qu'il représente) sauf elles ont été mentionnées dans l'accord qui instituait ce « conseil d'entreprise ». Faut-il introduire ce mécanisme, et pour quelles raisons ?

L'*avis conforme*, prévu dans l'article L.2321-3 du code du travail est-il un tel droit, ce qui ferait du « conseil d'entreprise » un véritable codécideur, à parité avec l'employeur ? Est-il donc un premier pas vers une *codétermination à la française* ? Répondons en deux temps : d'abord, en examinant la nature de cet « avis conforme » octroyé au « conseil d'entreprise » (mais qui figurait déjà dans la législation et qui peut se lire comme un droit d'opposition à certaines décisions de l'employeur) ; ensuite en interrogeant la fonctionnalité pratique de cet avis conforme au regard des espoirs placés en lui...

Qu'est qu'un « avis conforme » ? L'énoncé est courant dans les procédures administratives de la fonction publique. Une autorité administrative dispose ainsi de la faculté de recueillir un avis (avant de prendre une décision). On distingue *l'avis simple* (et l'autorité administrative peut passer outre la recommandation de l'instance consultée) et *l'avis conforme* (et l'autorité ne peut se soustraire à la recommandation de celles et ceux qu'elle a consulté, sauf en s'abstenant d'édicter la décision).

En droit du travail, la même graduation existe. Sont distingués les cas où la décision de l'employeur est soumise pour avis du CSE (mais un vote défavorable de cette instance « n'a par principe aucune portée de blocage pour le projet de l'employeur »⁵¹) de ceux où l'employeur est contraint de « tenir compte de l'avis exprimé par les élus pour prendre sa décision »⁵². Le code du travail précise ainsi ces consultations obligatoires :

« Indépendamment des consultations mentionnées à l'article L.2312-8 du code du travail liées à l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise (par exemple lorsque l'employeur

⁵¹ *L'existence d'un droit de veto des élus du CSE face à un projet de l'employeur est-elle une fake news ?*, site web des éditions Tissot, 19 juin 2020. <https://www.editions-tissot.fr/actualite/representants-du-personnel-ce/l-existence-d-un-droit-de-veto-des-elus-du-cse-face-a-un-projet-de-l-employeur-est-elle-une-fake-news>

⁵² *Les dispositions des premiers accords instaurant un conseil d'entreprise*, site web *Le blog des CSE*, 21/10/2019. <https://blog-des-cse.fr/les-dispositions-des-premiers-accords-instaurant-un-conseil-dentreprise>

envisage des mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs), le CSE est consulté dans les cas suivants :

- mise en œuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés, selon les modalités prévues à l'article L.2312-38 du Code du travail ;
- restructuration et compression des effectifs, selon les modalités prévues à l'article L.2312-39 du Code du travail ;
- licenciement collectif pour motif économique, selon les modalités prévues à l'article L.2312-40 du Code du travail ;
- opération de concentration, selon les modalités prévues à l'article L.2312-41 ;
- offre publique d'acquisition, selon les modalités prévues par les articles L.2312-42 et L.2312-52 du code du travail ;
- procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire, selon les modalités prévues aux articles L.2312-53 et L.2312-54 du Code du travail. (...)

« La consultation doit impérativement précéder toute prise de décision par l'employeur (sauf avant le lancement d'une offre publique d'acquisition).

C'est l'occasion pour les membres du CSE de formuler des avis et des vœux et d'obtenir des réponses à leurs interrogations. » (...)

« A l'expiration des délais ainsi fixés, ou du délai prolongé par décision du juge (...), le CSE ou, le cas échéant, le CSE central, est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif. L'employeur rend compte, en la motivant, de la suite donnée aux avis et vœux du comité.⁵³ »

Dans certains domaines, spécifiés dans le code du travail, l'employeur ne peut pas prendre une décision sans avoir reçu un avis positif du CSE. Cela concerne :

« Les cas de projet de mise en place d'horaires individualisés (L.3121-48) ;

La mise en place du remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent (L.3121-37) ;

La nomination d'un médecin du travail (R.4623-5) ;

Lorsque l'employeur a le choix entre créer un service de santé autonome et adhérer à un service interentreprises (D.4622-2) ;

En cas de refus de l'employeur de suivi d'un congé de formation économique, sociale et syndicale (L.2145-11) ;

Lorsque l'employeur, dans un projet de licenciement économique de 10 salariés et plus, propose des mesures de reclassement interne avant l'expiration du délai de consultation du CE (L.1233-45-1)⁵⁴ »

Les formulations varient selon les articles. L'article L.3121-48 (les horaires individualisés) mentionne « *après avis conforme du comité social et économique* ». L'article R.4623-5 (nomination du médecin du travail) se contente de « *avec l'accord du comité social et économique* ». L'article L.3121-37 (le paiement des heures supplémentaires) : « *à condition que le comité social et économique, s'il existe, ne s'y oppose pas* »⁵⁵.

⁵³ Site web du ministère travail :

<https://travail-emploi.gouv.fr/dialogue-social/le-comite-social-et-economique/article/cse-information-et-consultation>

⁵⁴ « Principe de la consultation du CSE », site web *Happy CSE*, 23/04/2020. <https://www.happyce.fr/cse-recherche-alphabetique/principe-de-la-consultation-du-cse/>

⁵⁵ L'ancien L. 3122-23, avant les ordonnances de 2017, utilisait cette formule : « sous réserve que le comité d'entreprise ou, s'il n'en existe pas, les délégués du personnel n'y soient pas opposés et que l'inspecteur du travail ou le fonctionnaire de contrôle assimilé soit préalablement informé ». Autre occurrence récente : « l'avis préalablement

Chrystelle Lecœur, de son côté, citant George Borenfreund, use d'une formulation heureuse pour qualifier la nature de cet avis conforme :

« Lorsque le CE approuve le projet de décision qui lui est soumis, on s'accorde pour reconnaître qu'il s'agit d'un "acquiescement à ce qui demeure une décision unilatérale de l'employeur"⁵⁶ ».

La lecture de la procédure de l'avis conforme qu'en fit le Medef est critique. Dans le *Bilan 2018 de la négociation collective*, le Medef n'en détailla pas les raisons. Il se contente de s'abriter derrière un sondage de ses adhérents et d'indiquer que les résistances de ses membres sont dues « à l'exigence de contreparties », sans préciser lesquelles et pour quelles raisons elles seraient superfétatoires :

Plus de 80% des répondants aux questionnaires souhaiteraient dans un moyen/long terme et dès que les conditions seront réunies, la mise en place d'un CE. Mais celle-ci semble se heurter à l'exigence de contreparties (avis conforme) sur lesquelles, à ce stade, il paraît difficile d'établir un consensus.

Pourtant, comme l'indique Chrystelle Lecœur, ces « exigences » n'en sont pas vraiment, et plusieurs parades existent :

« Les organisations patronales ont exprimé leur profond scepticisme face à ce mécanisme de nature à paralyser le fonctionnement de l'entreprise. Certaines s'interrogent « sur la « manoeuvrabilité » de l'entreprise dans le cas où le chef d'entreprise n'aurait d'autre choix que d'allonger la liste des sujets devant être soumis à avis conforme ». Il est vrai que les thèmes entrant dans le cadre de la politique RSE, qui demeure pour l'heure une démarche volontaire, pourraient un jour être intégrés à ce noyau dur. Il faut certainement relativiser ces critiques. En effet, il ne s'agit pas d'une véritable nouveauté puisque l'avis conforme est déjà requis pour d'autres sujets. Sa pratique n'est donc pas inconnue. En outre, solliciter l'avis conforme sur des thèmes entrant dans le champ de la RSE n'entraverait pas nécessairement le pouvoir de décision de l'employeur sur des sujets stratégiques pour l'entreprise touchant, par exemple, à ses investissements, ses choix de gestion, sa production, son développement commercial, ses exportations... De plus, le risque de blocage peut-être considérablement réduit, voire anéanti, par l'ajout de clauses spécifiques dans l'accord constitutif qui peuvent aussi être favorables aux syndicats. Il est possible d'insérer une clause instituant au sein du CE une commission *ad hoc* chargée de préparer en amont les consultations soumises à avis conforme afin d'anticiper les éventuelles difficultés. Ce « rôle de désamorçage » se pratiquait déjà sous l'ère des comités d'entreprise et plus récemment avec le CSE. Par ailleurs, en s'inspirant du modèle allemand, il serait utile d'instituer une instance de départage compétente en cas d'opposition entre l'employeur (ou son représentant) et le CE sur l'un des thèmes soumis à avis conforme. Enfin, à supposer qu'en dépit de ces clauses le fonctionnement de l'entreprise vienne à être paralysé, un « retour en arrière » reste toujours possible puisque l'accord instituant le CE peut faire l'objet d'une dénonciation. »

L'article L.2321-3 indique en effet, et de façon lapidaire :

rendu par le comité social et économique, si l'entreprise en est dotée » pour que l'employeur puisse bénéficier d'un plan de soutien à l'activité partielle de certains salariés. Décret n° 2020-794 du 26 juin 2020 relatif à l'activité partielle.

⁵⁶ Chrystelle Lecœur, « Le conseil d'entreprise », *Droit ouvrier*, septembre 2020, n° 865, p. 624-631. Voir également : George Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », *Revue du Travail*, 2017, p. 608.

« L'accord prévu à l'article L.2321-2⁵⁷ fixe la liste des thèmes tels que l'égalité professionnelle, soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise. La formation professionnelle constitue un thème obligatoire. »

Si l'on comprend correctement ce libellé, cet « avis conforme » concerne *a minima* deux thèmes – la formation professionnelle, thème obligatoire, et l'égalité professionnelle, thème suggéré par le législateur – mais il peut s'étendre à d'autres thèmes, ceux-ci devant figurer dans l'accord collectif instituant le « conseil d'entreprise ».

Coexistent ainsi deux attributions du « conseil d'entreprise » : un, *donner un avis* – un *avis simple*, au titre de sa fonction de CSE, et donc consulté sur 17 thématiques obligatoires⁵⁸ (ou un *avis conforme*, en tant que CSE devant être consulté sur des sujets précis, listés dans le code du travail, ou au titre de sa fonction de CSE devenu « conseil d'entreprise », sur des thèmes spécifiés au préalable dans l'accord collectif qui l'institue) ; et, deux, *négoier un accord* (et, si possible, le signer, puisqu'il s'agit, dans l'esprit du législateur, de :

« mettre un point d'arrêt à la tentation inflationniste de réguler la relation de travail à un niveau trop éloigné des besoins des salariés et des entreprises, en confiant aux acteurs de l'entreprise, au plus près du terrain, la responsabilité de déterminer eux-mêmes, par voie d'accord d'entreprise, les règles régissant cette relation. »⁵⁹

Ce sont là, pourtant, deux missions différentes, et leurs productions ne sont pas similaires : l'avis est *une opinion*, une information communiquée à une personne ou une instance qui le sollicite – ici l'employeur –, à propos d'une action qu'il souhaite engager et dont il est à l'initiative ; l'accord collectif est *un contrat*, engageant deux volontés, à propos d'une action à entreprendre en commun, dont les modalités sont définies conjointement, ou d'un ensemble de règles régissant, partiellement ou non, le cours de l'action socio-productive.

Ces missions, différentes, sont cependant articulées. Si l'accord collectif qui institue le « conseil d'entreprise » prévoit que l'action envisagée par l'employeur concerne un thème préalablement défini par accord comme relevant d'un avis conforme du CSE siégeant en tant que « conseil d'entreprise » et que, soumise à l'approbation de cette instance, celle-ci ne délivre pas à son sujet un avis conforme, on peut imaginer, en toute logique, que l'employeur revoie sa copie, modifie son projet et le resoumet. Plus vraisemblablement, l'employeur ne sollicitera l'avis conforme du « conseil d'entreprise » sur son projet que s'il s'est assuré au préalable et auprès des élus du CSE, de façon informelle et avant d'engager la procédure officielle de demande d'avis conforme, de l'adhésion du CSE siégeant en « conseil d'entreprise » à ce projet. Il y aura donc eu, de fait, une « négociation », même si celle-ci n'épouse pas les modalités d'un processus de négociation

⁵⁷ Qui indique : « Le conseil d'entreprise peut être institué par accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L.2232-12. Cet accord est à durée indéterminée. Il peut également être constitué par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical. »

⁵⁸ Voir la liste précise sur le site des éditions Tissot :

<https://www.editions-tissot.fr/droit-travail/content.aspx?idSGML=c18d8fb5-844a-4b24-871a-f9cb03552e4d&codeCategory=PER&codeSpace=SCE&op=1&chapitre=C1&pageNumber=3§ion=P03C1F055>

⁵⁹ *Étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, 27 juin 2017, p. 17.

collective et ne se clôt pas par un accord avec l'employeur, seulement par un « avis conforme » à une décision que prendra unilatéralement cet employeur. Qualifions cette décision de *décision co-adoptée*.

Il se peut, à l'inverse, que l'employeur, pour des raisons examinées ci-dessous, opte d'emblée pour l'ouverture d'une séquence de négociation collective avec le « conseil d'entreprise », en vue de la signature d'un accord collectif avec cette instance. Désignons par *codécision* ce processus, car celle-ci est *co-construite*, chacun des négociateurs étant réputés être des producteurs de celle-ci.

Mais cette production commune est graduée. Elle peut se matérialiser en cinq formes polaires :

- Ratification par le CE en l'état de la proposition patronale mise à la table des négociations ;
- Ratification par le CE avec modifications mineures par l'employeur de sa proposition ;
- Ratification par le CE avec des modifications majeures du projet de l'employeur ;
- Co-construction de l'accord collectif, avec écriture patronale du projet d'accord, puis ratification par le CE ;
- Co-construction de l'accord collectif, avec écriture conjointe, puis signature par le CE.

Ces formes polaires de production d'un accord collectif ne prennent pas ici en compte le rôle des mandants qui peuvent, pour l'une ou l'autre de ces formes de production de l'accord collectif, compliquer ou fluidifier sa signature. Hormis la première, qui ne nécessite pas un aménagement du projet, les quatre autres formes supposent, de fait, une négociation multiple...

L'avis conforme, lui, est d'une autre nature. Quatre formes polaires en sont possibles, mais aucune n'a de valeur juridique similaire à celle d'un accord collectif ; et peu d'entre elles sont l'occasion d'une confrontation argumentée, caractéristique première d'un *processus de négociation*... :

- Acceptation en l'état de la proposition de l'employeur ;
- Acceptation partielle avec demande de modifications mineures ;
- Refus motivé de la proposition patronale et demande d'une autre proposition ;
- Refus de la proposition patronale.

Deux possibilités, seulement, tendent vers une négociation avec l'employeur. La question est donc celle de l'articulation des objets pour lesquels l'employeur consultera le CSE installé en « conseil d'entreprise » avec ceux pour lesquels il acceptera d'ouvrir une négociation avec les élus du personnel. On comprend mal pourquoi cet employeur leur proposera, si la loi lui permet de décider unilatéralement une fois le conseil consulté dans le cadre des diverses consultations obligatoires, d'engager à ce sujet une négociation collective...

À la lumière des entretiens réalisés auprès des entreprises s'étant dotées d'un « conseil d'entreprise » et après examen des accords collectifs signés dans ce cadre, cette articulation entre « consultation » et « négociation » se résout, *pratiquement*, par une procédure où *s'entremêlent* ces deux activités. Pour forcer le trait, disons que tout semble se passer comme si les élus n'étaient pas vraiment « consultés », au sens juridique du terme, ni qu'ils « négocient » vraiment, au sens usuel du terme, mais qu'ils sont à la fois consultés *et* négociateurs, l'accord collectif qui résulte de

cette interaction étant le produit singulier de ce mélange, sans qu'on puisse deviner, de l'extérieur, comment les règles qu'il stipule ont été édictées, et par quel concours d'opinions contrastées.

Ce qui relativise, et rend un peu factice ce problème d'articulation. Dans les faits, l'accord collectif, une fois préparé par l'équipe dirigeante, fait l'objet d'ajustements, soit en commission de négociation, soit en réunion plénière, et la « double (ou triple) casquette » de l'employeur face à son CSE siégeant en « conseil d'entreprise » – celui qui consulte, celui qui concède (et celui qui préside !) – est en fait un seul couvre-chef, puisque les questions débattues dans un type de procédure nourrissent celles qui sont traitées dans une autre, et ce dernier peut ainsi nourrir sa décision unilatérale après avis motivé de l'instance, ou contractualiser celle-ci, après intégration des remarques des élus du personnel.

Il semble donc judicieux d'introduire un peu de souplesse dans le raisonnement et, pour ne pas trancher un débat complexe, le (re)poser différemment.

Négociation collective, paritarisme et codétermination sont les trois formes typiques (et graduées) d'une activité de *régulation conjointe*. « Régulation », ici, signifie : définir des règles. « Régulation conjointe », au sens que Jean-Daniel Reynaud (1989), après Allan Flanders (1968), donnait à ce terme, indique qu'il s'agit d'une *co-définition de règles*. L'expression spécifie l'objet (produire des règles) et la manière de le faire (conjointement). Mais elle ne dit mot sur le contenu et l'étendue de cette régulation. Pour reprendre le vocabulaire de Gazier et Brugemann, celle-ci peut être, au deux bouts du spectre, « faible et restreinte » ou « forte et étendue », avec différents degrés intermédiaires.

Dans les trois cas – et cette typologie rencontre ici ses limites – il y a *négociation*. Dans le cas d'une négociation collective, c'est l'activité principale des participants : s'ajuster, s'accommoder, concéder, etc. pour nouer un compromis à propos d'une règle ou d'une action à engager. Dans le cas d'une gestion paritaire, l'activité principale est de gérer, piloter, administrer ; ce qui suppose de se mettre d'accord sur l'acte approprié à la situation, sur la manière de piloter le programme ou l'organisme paritaire, sur les arbitrages à opérer en fonction des opportunités et des contraintes, etc. Donc, de résoudre les différents par le nouage de compromis... Dans le cas de la codétermination, même nécessité de négocier. Mais cette mise en accord est plus contraignante puisqu'est requis l'assentiment explicite de l'autre partie.

Assimiler « avis conforme » et « droit de veto », et ce dernier avec « codétermination », semble donc un raccourci. Les activités de construction d'un accord collectif, de gestion paritaire et de codétermination mobilisent chacune un droit de veto. Comment les différencier, et dans lequel de ces registres placer « l'avis conforme » ?

Jean-Emmanuel Ray, dans une de ses chroniques dans le journal *Le Monde*, publiée en janvier 2018. Après avoir qualifié le « conseil d'entreprise » de *super CSE* (car habilité à négocier un accord collectif) et parlé à son sujet de « petite révolution dans notre droit », s'interroge sur l'intérêt

qu'auraient des délégués syndicaux à participer « à leur propre affaiblissement »... Ils le font, répond-il, parce qu'en échange, ils obtiennent des « contreparties classiques, comme une hausse de la subvention au CSE ou une valorisation des parcours syndicaux », mais aussi parce qu'ils gagnent *la possibilité de s'opposer*, et celle-ci, de fait, conduira tous les protagonistes à « rechercher un consensus » :

« Cet "avis conforme" que doit donner le conseil d'entreprise, c'est *beaucoup moins que la codétermination allemande, mais beaucoup plus que notre information-consultation habituelle*. Car dans les domaines définis par l'accord (outre l'obligatoire formation, l'égalité professionnelle, la qualité de vie, voire la gestion prévisionnelle de l'emploi ?), l'employeur ne pourra passer outre ce droit de veto. D'où une nécessaire recherche de consensus.⁶⁰ »

Relisons maintenant les commentaires de l'automne-hiver 2017-2018 et examinons ensuite comment cet « avis conforme » a été traité dans les accords collectifs instituant un « conseil d'entreprise ».

Le 14 août 2018, Emmanuelle Destailats, avocate, publiait un article sur le site *Village de la justice*, intitulé *Le Conseil d'entreprise : décryptage de cette nouvelle institution représentative du personnel*. On y lisait ceci :

« Le Conseil d'entreprise dispose d'un droit de veto dans au moins deux thèmes fixés par l'accord collectif qui l'institue.

Dans ces deux matières, dont doit nécessairement faire partie la formation professionnelle, l'employeur perd son pouvoir de décision unilatérale et doit obligatoirement obtenir l'accord préalable du conseil d'entreprise, sous la forme d'un avis conforme.

Le Conseil d'Entreprise dispose toujours également des droits de veto déjà conférés au CSE (Exemple : pour la mise en plage d'horaires individualisés, le remplacement par tout ou partie du paiement des heures supplémentaires et majorations par un repos compensateur équivalent).⁶¹ »

En appui à ces informations, la page web fournissait un lien avec le site du ministère du travail et sa brochure *100 questions-réponses sur le CSE*, publiée le 19 avril 2018. Celle-ci présentait ainsi la procédure d'avis conforme :

« Le Conseil d'entreprise dispose d'un droit de veto dans au moins deux thèmes fixés par l'accord collectif qui l'institue. »

Une autre version de cette même brochure, toujours disponible sur Internet mais devenue *Le CSE. 117 questions-réponses*, datée de décembre 2019, n'utilise plus la formule de « droit de veto » mais celle de « pouvoir de détermination ». La phase est la suivante (avec son (délicieux) bug de non-lecture du document avant envoi en impression...) :

⁶⁰ Jean-Emmanuel Ray, « Pourquoi instaurer un conseil d'entreprise ? », Chronique, *Le Monde*, 8 janvier 2018. https://www.lemonde.fr/emploi/article/2018/01/08/pourquoi-instaurer-un-conseil-d-entreprise_5238961_1698637.html. (Nous soulignons).

⁶¹ <https://www.village-justice.com/articles/conseil-entreprise-decryptage-cette-nouvelle-institution-representative,29194.html>

« Le conseil d'entreprise mis en place au niveau de l'entreprise ou de l'unité économique et sociale puis poursuivre la phrase avec "est doté... est doté d'un *pouvoir de codétermination* sur une liste de thèmes fixés par l'accord qui l'institue, parmi lesquels figure obligatoirement la formation. Sur ces thèmes, l'employeur perdra son pouvoir de décision unilatérale, puisqu'il devra nécessairement obtenir l'accord préalable du conseil d'entreprise (art. L. 2321-3). »

La version actualisée au 09/03/2021 de cette brochure (mais simplifiée cette fois-ci sous forme de fiches pratiques sur le site du ministère du travail) ne s'autorise plus aucun commentaire sur le droit de veto et la codétermination. Elle indique seulement :

« L'accord instituant le conseil d'entreprise doit fixer la liste des thèmes pour lesquels les décisions de l'employeur ne peuvent être prises sans son avis conforme. »

Comment comprendre l'abandon des formulations précédentes ? Peut-être cela traduit-il une volonté de banaliser la procédure de l'avis conforme, en la dépouillant de sa force subversive... L'expression « droit de veto » a pu en effet paraître, pour certains employeurs soucieux d'exercer pleinement leurs droits de gérance, excessive. Peut-être est-ce, plus simplement, le produit d'un constat lucide du législateur : les partenaires sociaux ayant opté pour la forme « conseil d'entreprise » ne se sont guère emparés de la ressource que le droit leur offrait en leur permettant d'user de ce pouvoir de codétermination...

Trois arguments plaident pour cette hypothèse : un, le faible nombre d'entreprises ayant opté pour ce format d'instances – comme si l'une des mesures-phare, l'avis conforme, n'avait pas été comprise comme telle ou, à l'inverse, avait suscité des craintes et des réticences... ; deux, la liste réduite des thèmes soumis à cet avis conforme dans la quasi-totalité des 17 accords de mise en place du « conseil d'entreprise » ; et trois, la faible attention portée par ces négociateurs à ce dispositif.

Le premier argument n'est pas contestable : le dispositif de « conseil d'entreprise » n'a attiré que 0,02 % des dirigeants d'entreprises susceptibles d'être concernés, et l'on peut comprendre les réticences croisées des employeurs et des syndicalistes à opter pour un format dérogatoire de CSE privant les seconds de leur monopole de négociateurs et obligeant les premiers à rogner sur leur droit de décision unilatérale...

L'examen des thèmes mentionnés dans les accords de mise en place du « conseil d'entreprise » fait apparaître le peu d'appétence des employeurs envers une pratique décomplexée de codétermination : 4 accords ne mentionnent aucun thème soumis à l'avis conforme ; 6 ne mentionnent que « formation professionnelle », le thème obligatoire ; 4 mentionnent les deux thèmes cités dans l'article du code du travail, « formation professionnelle » et « égalité professionnelle homme-femme » ; 1 accord ne fait pas explicitement figurer le thème dans l'exemplaire déposé sur Légifrance ; 1 accord cite « protection sociale » et « mutuelle complémentaire » ; et 1 seul accord cite sept thèmes, mais sans le thème obligatoire (la BDES, le temps de travail, le partage de la valeur ajoutée, la RSE, responsabilité sociale de l'entreprise, la QVT, qualité de vie du travail, la GEPP, gestion des emplois et des parcours professionnels, et l'égalité professionnelle H-F).

Peu de dirigeants, enfin, parmi ceux qui ont répondu à nos questions, parlent spontanément de l'avis conforme. D'autres avouent que cela n'a pas été un enjeu majeur au moment de la rédaction de l'accord de passage en CE ou qu'il s :

« L'avis conforme ? Cela ne s'était jamais posé en ces termes avant la mise en place du CE. Nous n'avons pas, à la SNIE, l'habitude de recueillir de nos élus des avis non conformes... Et nous n'avons pas plus de débats sans fin, et les procédures d'information-consultation ont toujours bien fonctionné... » (DRH, accord SNIE)

« Oui, cela peut susciter des craintes... Mais quand on étudie vraiment le sujet, on réalise qu'il y a peu de risques, que c'est un faux débat ce "droit d'opposition" des élus... Nous avons opté pour la formation professionnelle, cela ne nous pose pas de problèmes car notre budget de formation est bien au-delà des obligations légales ! Et nous avons conçu cet avis conforme comme une obligation pour nous d'être les meilleurs... ». (Juriste, Cardem)

La plupart de ces dirigeants semblent ne pas percevoir cette procédure comme un pas décisif vers la codétermination – ce mot n'est d'ailleurs jamais utilisé hors de la sphère des universitaires et de quelques décideurs publics... Ils insistent plutôt sur *l'association* étroite des salariés et de leurs représentants à la prise de décision, et sur leur volonté de gouverner en toute transparence et de façon consensuelle. Il est donc utile d'explorer une autre hypothèse, que ne capture pas une lecture stricte de l'avis conforme en termes de « droit de veto » : ce droit d'opposition alloué partiellement au « conseil d'entreprise » est en fait une modalité de plus, parmi d'autres et peut-être pas la principale du point de vue de ces dirigeants, d'un régime de *participation* des salariés aux décisions les concernant. Ce qui expliquerait que la procédure de l'avis conforme n'ait été ni un obstacle ni l'enjeu du passage en « conseil d'entreprise ».

Relisons les arguments selon lesquels l'avis conforme serait un « droit de veto », et réinterprétons-les en fonction de cette nouvelle hypothèse :

« C'est une sorte de droit de veto, l'employeur ne pouvant passer outre l'avis des élus »⁶².

« Dans certaines situations, l'employeur doit recueillir un avis conforme des élus pour lancer le projet. Faute de vote favorable exprimé par la majorité des élus titulaires présents lors de la réunion au cours de laquelle a lieu le suffrage, l'employeur doit donc renoncer au projet. »⁶³

« Les élus du personnel ont-ils aucun droit de veto sur les décisions envisagées par l'employeur ? Non. Il est vrai que, dans une grande majorité des cas, les décisions prises par l'employeur qui vont de près ou de loin impacter les salariés ne peuvent être bloquées par les élus du personnel. Cependant, il existe des exceptions.

Et là, le pouvoir des élus est redoutable car faute d'accord donné par la majorité des élus titulaires du CSE, l'employeur ne peut mettre en œuvre son projet. Le cas de figure le plus intéressant ? Le fait de remplacer le paiement des heures supplémentaires par l'octroi de repos compensateur. Sur ce

⁶² Ce qu'indiquait l'étude du blog des CSE après analyse de huit premiers accords de mise en place d'un conseil d'entreprise. <https://blog-des-cse.fr/les-dispositions-des-premiers-accords-instaurant-un-conseil-dentreprise>

⁶³ Rendre un avis sur les changements liés à la durée du travail, Fiche expert, site web Tissot éditions. <https://www.editions-tissot.fr/doc/cse/fiche-expert/rendre-un-avis-sur-les-changements-lies-a-la-duree-du-travail-10244>

point, si des délégués syndicaux sont présents dans l'entreprise, c'est avec eux que l'employeur devra trouver un accord pour mettre en place ce repos compensateur. »⁶⁴

Que disent ces arguments relus à la lumière de l'hypothèse participative ? Qu'il s'agit moins d'un strict droit de veto (ce serait plutôt « *une sorte de droit de veto* »...) que d'une invitation faite à l'employeur de revoir sa copie et s'engager dans un processus de codécision. Les expressions « l'employeur devra trouver un accord... » et « l'employeur ne peut mettre en œuvre son projet / doit donc renoncer à son projet » signifient ici que ce dernier devra *co-construire sa (nouvelle) décision*, en tenant compte des remarques exprimées par la majorité des membres du CSE.

Faut-il qualifier d'un autre mot ce régime d'*association à la décision*, le terme de « codétermination » renvoyant explicitement à la présence d'administrateurs salariés dans les conseils d'administration des entreprises ? Ou le conserver (car est adéquat le sens général de cette expression : « déterminer ensemble » – *déterminer* signifiant ici « prendre une décision, résoudre un problème) mais en le densifiant ?

Bernard Gazier et Frédéric Brugemann (2017) ont proposé de graduer ce qu'ils nomment « les quatre composantes du dialogue social » – à savoir : (a) « information et concertation » ; (b) « négociation » ; (c) « gestion d'institutions sociales » et (d) « codétermination » – en trois versions : « version faible et restreinte » (a + b), « version faible étendue » (a + b + c + d), et « version forte » (A + B + C + D). Dans les deux versions « faibles », les représentants des salariés « participeraient » à la gestion paritaire, et la codétermination y serait « absente » ou « marginale ». Dans la version « forte » (type Allemagne et Scandinavie), ils seraient « co-responsables » de cette gestion paritaire, et la codétermination y serait « étendue ».

La procédure de l'avis conforme serait ainsi plus proche de la version « faible étendue » que de celle incarnée par la *Mitbestimmung* allemande, et assurément distincte d'une codétermination « absente ».

Cette graduation, pour sommaire qu'elle soit, a deux avantages : elle évite de procéder de façon binaire ; elle étend le spectre des formes possibles de codétermination. C'est là, peut-être, un avenir possible pour une codétermination « à la française » : en laissant expérimenter, ici ou là, divers dispositifs d'association aux décisions, selon les ressources locales, les désirs des dirigeants et les besoins des salariés...

Car demeurera, pour quelques décennies encore, des réticences patronales et syndicales à s'engager sur la voie d'une codétermination. Une voie possible est de les prendre en compte et d'atteindre l'objectif – associer les salariés et leurs représentants aux décisions qui impactent leur emploi et leur qualité de vie au travail – par d'autres procédures. Dans son document de 2009, *Dialogue social : explorons de nouvelles voies*, le CJD abordait de front ce problème et esquissait quelques solutions. Notamment une procédure de reddition de comptes qui, bien pensée, pourrait

⁶⁴ *Elus du personnel : vrai/faux sur leurs pouvoirs face à l'employeur*, site web *Alexia-avocats.fr*, 15 mai 2020. <https://www.alexia.fr/fiche/10004/elus-du-personnel-et-pouvoir.htm>

installer dans les esprits l'idée d'une *codétermination par justification*... Il ne s'agirait pas d'un « avis conforme », ni d'une « information-consultation », mais d'un mixte des deux formules... :

« S'agissant de ses compétences et de ses attributions, le Comité d'entreprise ne doit pas pouvoir bloquer une décision de gestion de l'emploi si celle-ci est perçue par l'employeur comme une condition de la survie de l'entreprise, sauf à ce que soient définies les conditions dans lesquelles les deux parties assumeront conjointement, y compris économiquement, l'éventualité d'un échec.

En revanche, lorsqu'elle détruit de l'emploi, l'on doit pouvoir demander à l'entreprise de rendre des comptes sur la manière dont elle avait anticipé ces enjeux et comment l'employeur peut motiver le choix de prendre en compte ou non l'avis des représentants du personnel.

De la même manière, le CHSCT ne saurait imposer des décisions à un employeur tant que la loi fera à ce dernier une obligation de résultat en matière de santé et sécurité, avec les responsabilités civiles et pénales liées.

En revanche, l'on doit pouvoir évaluer la manière dont ils ont contribué ensemble à l'amélioration de la santé et de la sécurité, et la manière dont l'employeur a intégré ou non les préconisations qui lui ont été faites.⁶⁵ »

Une piste similaire a été proposée récemment par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette :

« Il faut aussi, à l'instar de ce qui vaut en Allemagne avec le *Betriebsrat*, que ce "Conseil d'administration" de la collectivité de travail [*le CSE, ndlr*] dispose d'un droit d'opposition à certaines décisions de l'employeur, plus précisément lorsque est susceptible d'être compromis l'intérêt majeur de la collectivité, c'est-à-dire indirectement l'intérêt de l'entreprise.⁶⁶ »

Cette proposition se fonde sur le fait que l'IRP constitue « l'émanation de la collectivité de travail », et qu'une décision de l'employeur pourrait nuire à cette communauté, donc à l'entreprise elle-même. Ces deux arguments ont le mérite d'ouvrir deux débats d'importance, dont les coordonnées sont ici seulement signalées : la « consistance juridique de la collectivité de travail », et le contre-pouvoir de cette collectivité (notamment de ses représentants élus) en cas de décision aberrante de l'employeur. Pour le premier débat, citons ici l'argumentaire de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette :

« On présente, parfois, l'institution unique de représentation du personnel comme l'expression d'une régression sociale. Pour soutenir cette thèse, on met en avant la diminution du nombre des mandats et la concentration des missions sur une seule institution, ce qui ne permettrait pas une action efficace. Cette vision est contestable à plus d'un titre.

D'abord, la division des missions exercées par des institutions différentes présente l'inconvénient de privilégier la forme sur le fond, favorisant une dérive technocratique; ceci d'autant que les différentes institutions étaient susceptibles d'intervenir sur une même décision de l'autorité de l'entreprise, sur un même problème mais sous des angles différents. En outre, cela altérerait considérablement la force de la consultation, l'approche parcellisée du problème, conséquence de la mission particulière des diverses institutions, nuisant à une approche globale de l'intérêt des salariés et de leur collectivité.

⁶⁵ *Dialogue social, explorons ensemble de nouvelles voies*, CJD, 2009.

⁶⁶ Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, *Adapter le droit du travail au XXI^e siècle*, Terra Nova, 11 juin 2019. https://tnova.fr/system/contents/files/000/001/795/original/Terra-Nova_Adapter-droit-du-travail-XXIe-siecle_110619.pdf?1560179557

Ensuite, ce n'est pas le nombre de représentants du personnel, encore moins le nombre total d'heures de délégation qui, en soi, matérialise un avantage car ce ne sont que des moyens au service de l'intérêt de la collectivité de travail ; celle-ci doit pouvoir s'exprimer afin que la décision arrêtée après la consultation par l'employeur le soit vraiment dans l'intérêt de l'entreprise, qui ne se résume pas à celui des détenteurs du capital. Cette parcellisation était d'ailleurs une spécificité française, et les salariés d'autres pays ne paraissaient pas moins protégés par une institution unique.

Enfin, l'institution unique du personnel est fondamentalement un progrès (social) dès lors que cela donne de la consistance (juridique notamment) à la collectivité de travail. La capacité de traiter des problèmes sous l'ensemble des différents aspects susceptibles de matérialiser l'intérêt de la collectivité ne peut qu'avoir des effets positifs. Ce qui précède est encore plus significatif si le Comité social et économique (CSE) – qui fusionne les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT – devient, par accord collectif, le conseil d'entreprise (CE) car lui est alors confié le pouvoir de négociation. On se rapproche alors de l'idée de "conseil d'administration" de la collectivité de travail qui renforce la consistance juridique de celle-ci, d'autant que le CSE est doté de la personnalité morale.»

Pour le second débat – le contre-pouvoir des élus en cas de décision aberrante de l'employeur – citons ici un article de *Challenges* qui, rendant compte de la codétermination en Allemagne, signale l'existence d'une procédure de conciliation en cas de désaccord entre le *Betriebsrat* et l'employeur à propos d'une décision de gestion. L'article indique que les patrons allemands « préfèrent négocier avec le CE » plutôt que recourir à cette procédure. Dans le cas français, « question de culture » donc, un mixte des deux démarches est envisageable. D'où l'intérêt de poursuivre la réflexion en termes d'étendue et de modalités de ce « droit d'opposition »... :

« Autre différence, de l'autre côté de la frontière, les IRP ont des droits plus étendus. "On nous dit que c'est ce qui se passe en Allemagne, mais en Allemagne, il y a la cogestion", renchérit le vice-président de la CFTC, Joseph Thouvenel. "Effectivement, outre-Rhin, les droits des comités d'entreprise sont plus forts. Ils disposent de droits de co-détermination sur tout un panel de sujets. Par exemple, ils peuvent faire usage d'un droit de veto suspensif sur des sujets comme les heures supplémentaires dans une entreprise", précise Udo Rehfeldt. Dans le même cadre, ils sont consultés sur différentes questions relatives à la vie de l'entreprise : la formation, la construction de nouveaux bâtiments ou les procédures de travail. En cas de pépin, les patrons ont la possibilité de *faire appel à une instance de conciliation pour résoudre des négociations tendues*. Dans les faits, ils préfèrent négocier avec le CE. Question de culture.⁶⁷ »

I.5. PROJETS

Détaillons maintenant les différents projets qui ont ponctué l'histoire du « conseil d'entreprise ». Le premier d'entre eux est celui du CJD, présenté à la presse le 5 juin 1988. L'introduction du document, *Le Conseil d'entreprise. La volonté du dialogue*, résumait ainsi l'ambition du dispositif :

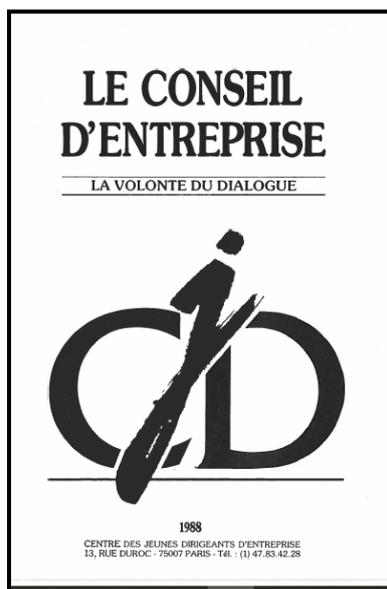
⁶⁷ « Représentants du personnel : le curieux modèle allemand du Medef », *Challenges*, 31-10-2014.

https://www.challenges.fr/france/representants-du-personnel-le-curieux-modele-allemand-du-medef_63369 (nous soulignons).

« Institution unique qui exercerait le rôle et les fonctions dévolus aux diverses instances actuelles de représentation du personnel dans l'entreprise.

Elle serait possible dans toutes les entreprises quels que soient leurs effectifs. Aujourd'hui, ce projet intéresse les partenaires sociaux. Elle fait d'ailleurs l'objet d'une quarantaine d'expériences concrètes. Soutenu par des personnalités aussi diverses que Raymond Barre, Michel Rocard ou Alain Madelin, ce projet est étudié de près par la CFDT. »

Le texte regroupe 34 pages, dont 12 sont consacrées au projet, suivies d'annexes (les chiffres de la représentation collective, une comparaison avec les pays européens, les commentaires de certains dirigeants politiques ou de personnalités, etc.). On apprend en liminaire que ce travail est le fruit d'une Commission nationale, installée par le président de l'époque, Philippe Willaume, et qui a travaillé toute l'année précédente, composée de « jeunes dirigeants qui ont mis en place un Conseil d'entreprise dans leur entreprise ou qui veulent faire avancer le projet ».



Le texte débute ainsi :

« L'entreprise est au centre de trois mutations fondamentales : la mondialisation de l'économie, l'accélération du progrès technologique, et l'évolution des mentalités des salariés, du collectif vers l'individuel, du théorique vers le concret, du quantitatif vers le qualitatif. D'ailleurs, il apparaît à l'évidence que dans un climat de concurrence exacerbée, la ressource essentielle n'est plus seulement la force de travail, ni même l'organisation, mais la créativité et l'engagement personnel. »

Les modalités et le fonctionnement de ce « conseil d'entreprise » sont les suivantes :

« Il peut être institué dans toutes les entreprises, quelle que soit leur taille. Il exerce toutes les attributions dévolues aux anciennes IRP (DP, CE, CHSCT). Les dispositions prévues dans le projet du CJD sont des minimas, qu'il convient d'adopter par accord d'entreprise. En l'absence de délégués syndicaux, la mise en place du Conseil d'entreprise serait soumise à l'assentiment des salariés par voie de référendum.

Le Conseil d'entreprise est composé du chef d'entreprise, de membres ayant voix délibérative (lés élus des salariés et les délégués syndicaux, désignés par leur syndicat parmi ces élus), et de membres avec voix consultative (les représentants syndicaux, l'inspecteur du travail, le médecin du travail, etc., s'ils y sont invités).

Ces élus le sont pour des mandats de 3 ans, renouvelables si possible une seule fois.

Le Conseil d'entreprise a compétence pour négocier des accords collectifs avec le chef d'entreprise, sur la base de la majorité des élus présents.

Ces accords peuvent déroger au droit commun. Ils sont conclus pour une durée déterminée (de 1 à 3 ans), pour permettre une adaptation permanente aux différents enjeux et aux besoins de l'entreprise.

Une Commission paritaire de branche est chargée de régler les différents litiges nés de l'interprétation et de l'application de ces accords d'entreprise.

Chaque élu dispose de 15 d'heures de délégation par mois. Il bénéficie de 5 jours de formation par an. Cette formation est définie en commun, élus et chef d'entreprise.

Le document précise également les thèmes de négociation selon les niveaux (interprofessionnel, branche et entreprise) :

3.2. Négociation des accords d'entreprise

3.2.1. Niveaux et contenu de la négociation

Conformément à ce que nous avons explicitement déclaré dans le préambule à ce document, nous soulignons la nécessité de maintenir plusieurs niveaux de négociation, chacun possédant sa propre spécificité d'intervention.

Dans cet esprit, il est donc proposé, thème par thème, pour chaque négociation considérée, la répartition ci-dessous.

Ne voulant pas tomber dans le piège de l'immobilisme face aux mutations, cette répartition n'est qu'une proposition à l'instant présent, susceptible de variations dans le futur.

Niveau national interprofessionnel (CNPf + Confédérations syndicales)

- Gestion du non-emploi (retraites, chômage, maladie).
- Sécurité de l'emploi.
- Accords-cadres sur la formation.
- Formes de représentation du personnel.
- SMIC.
- Horaire maximal annuel.
- Hygiène, sécurité, santé.

Niveau de la branche (Professions + Fédérations)

- Aménagement du temps de travail annuel.
- Statut professionnel (classification, congés payés, indemnités de licenciement, durée de la période d'essai, prévoyance).
- Formation.
- Conditions minimales d'hygiène, sécurité, conditions de travail.

Niveau de l'entreprise

- Il convient ici de distinguer entre les thèmes qui relèveraient :
 - de la négociation,
 - de la consultation.

La répartition proposée par le CJD des thèmes faisant l'objet d'une négociation collective ou d'une consultation est la suivante :

- Négociation

Y seraient soumis les thèmes ci-dessous :

- rémunérations et primes catégorielles,
- horaires et organisation du temps de travail,
- plan de formation,
- calendrier des congés payés,
- circulation de l'information,
- gestion des conflits,
- intéressement - participation collective,
- représentation du personnel.

- Consultation

Elle s'appliquerait aux thèmes ci-dessous :

- marche générale de l'entreprise,
- conditions de travail,
- organisation du travail,
- sécurité, hygiène,
- cadre du travail,
- intéressement, participation individuelle,
- stratégie commerciale,
- projet d'entreprise,
- nouveaux produits,
- investissements,
- licenciements collectifs ou de salariés protégés,
- dissolution de l'entreprise.

Vingt-cinq plus tard, tentant de surmonter l'échec des négociations de décembre 2014, le Medef et l'UPA proposent le 15 janvier 2015 aux organisations syndicales un projet d'accord interprofessionnel. Parmi leurs propositions : la mise en place d'un « conseil d'entreprise »...

Le titre II, « Conseil d'entreprise », détaille trois articles : « Institution du CE », « Composition du CE », et « Attributions »⁶⁸ :

Article 3.3 - Conditions de mise en place et de suppression

Article 3.3.1 – Condition d'effectif

Le conseil d'entreprise est mis en place dans les entreprises de 11 salariés et plus.

Article 3.3.2 - Niveau de mise en place

Le conseil d'entreprise est mis en place au niveau de l'entreprise.

Dans les entreprises de 50 salariés et plus comportant des établissements distincts, des conseils d'établissements et un conseil central d'entreprise sont constitués.

Un établissement distinct comporte une communauté de salariés placée sous la direction d'un chef d'établissement autonome, bénéficiant d'une délégation de pouvoir en matière économique, juridique et hiérarchique. Cet établissement est également le périmètre de désignation des représentants de section syndicale.

(...)

⁶⁸ Accessible via : <https://fr.slideshare.net/AudeCourmont/negoirp-projet-medef-upa>

Article 4 - Composition du conseil d'entreprise

Article 4.1 - Conseil d'entreprise et d'établissement

Article 4.1.1 - Présidence

Le conseil est présidé par l'employeur ou le chef d'établissement (ou un représentant auquel il a donné délégation), qui peut se faire assister de deux personnes.

Article 4.1.2 - Délégation élue

Le conseil comprend une délégation élue du personnel composée d'un ou des membres titulaires qui peuvent être remplacés par les membres suppléants en cas d'absence.

Les élections du conseil sont organisées selon les modalités actuellement en vigueur pour les élections des représentants du personnel.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, sont applicables les règles relatives au nombre et à la composition des collèges actuellement en vigueur pour les délégués du personnel.

Dans les entreprises de plus de 50 salariés, sont applicables les règles relatives au nombre et à la composition des collèges actuellement en vigueur pour le comité d'entreprise.

(...)

Article 5.1 – Attributions en fonction de l'effectif

Article 5.1.1 – Entreprise de 11 à 49

Dans les entreprises de 11 à 49 salariés, le conseil d'entreprise reprend les prérogatives actuelles des délégués du personnel.

En outre, chaque année, le conseil d'entreprise est informé sur la situation économique et sociale de l'entreprise.

Le conseil d'entreprise a la capacité de négocier des accords d'entreprise dans les conditions définies au titre IV du présent accord.

Le conseil d'entreprise n'a pas la personnalité morale.

Article 5.1.2 – Entreprises de 50 salariés et plus

Le conseil d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives aux orientations stratégiques de l'entreprise, à sa gestion et à son évolution économique et financière, à l'organisation du travail et aux conditions de travail, à

(...)

l'hygiène, la santé et la sécurité, à la formation professionnelle et aux techniques de production.

Article 5.1.2.1 – Consultation

Chaque année, le conseil d'entreprise est consulté sur les orientations stratégiques et leurs conséquences prévisibles sur :

- 1) les investissements :
 - a) sociaux (l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, la formation professionnelle, l'organisation du travail et les conditions de travail) ;
 - b) matériels et immatériels ;
- 2) les fonds propres et l'endettement ;
- 3) la rémunération des salariés et l'épargne salariale ;
- 4) l'emploi des aides publiques et le CICE ;
- 5) la sous-traitance.

Cette consultation se substitue aux consultations récurrentes actuellement prévues par le code du travail et est organisée en trois temps selon les modalités prévues au titre III du présent accord.

Article 5.1.2.2 – Négociation

Le conseil négocie les accords collectifs d'entreprises dans le respect des prérogatives des organisations syndicales et dans les conditions définies par le titre V du présent accord.

Article 5.1.2.3 – Réclamations individuelles

Le conseil présente à l'employeur toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise.

Abordant ensuite les modalités de conclusion des accords collectifs, le texte Medef-UPA prend soin de se démarquer de la proposition du CJD et de raisonner en droits constants. Donc de laisser aux délégués syndicaux, lorsqu'ils sont présents, le monopole de signature :

Lorsqu'ils sont membres du conseil d'entreprise, les délégués syndicaux sont les seuls habilités à négocier et conclure les accords d'entreprise au nom du conseil d'entreprise.

Dans ces conditions, pour être valables, les accords doivent être signés par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au conseil d'entreprise et ne doivent pas faire l'objet d'une opposition d'un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections.

Lorsque la loi prévoit qu'un accord doit être majoritaire, les accords doivent être signés par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au conseil d'entreprise.

En l'absence de délégués syndicaux désignés au conseil d'entreprise par une organisation syndicale représentative, l'accord est négocié et conclu avec les membres élus titulaires du conseil d'entreprise.

Dans ce cas, pour être valable, l'accord doit être signé par la majorité des membres titulaires du conseil d'entreprise.

Lorsqu'il n'existe pas de conseil d'entreprise, les accords d'entreprise peuvent être négociés par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche.

L'accord signé par un ou plusieurs salariés mandatés doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

Trois ans plus tard, dans les pages liminaires du *Bilan de la négociation collective 2017*, ouvertes aux organisations syndicales et patronales, le Medef choisit de présenter le nouveau dispositif de façon sobre :

« Les entreprises peuvent également choisir de mettre en place par accord un conseil d'entreprise. En plus d'assumer les attributions du CSE, cette nouvelle instance est seule compétente pour négocier, conclure et réviser les accords d'entreprise à la place des délégués syndicaux. Il peut être décidé que certains thèmes, dont la formation de façon obligatoire, fassent l'objet d'un avis conforme de l'instance, ouvrant ainsi la voie vers une forme de « codécision » à la française »

Le Medef indique ensuite qu'il « salue cette avancée » mais qu'il « déplore que la mise en place du conseil d'entreprise nécessite un accord collectif et ne soit pas la règle de principe. »

L'année suivante, dans le *Bilan de la négociation collective 2018*, le même regret est cette fois-ci signifié en gras :

- **Le conseil d'entreprise :**

- le MEDEF constate le faible nombre de conseils d'entreprise (CE) (inférieur à dix, cf. retour DGT dans Comité d'évaluation des ordonnances) mis en place en 2018. Le MEDEF aurait **souhaité que la philosophie du projet soit poussée jusqu'au bout de sa logique en faisant du CE, l'institution de droit commun** et en renvoyant à un accord collectif, l'éventuel maintien de la séparation de la fonction de négociation.

Le Medef pose ici un problème intéressant : le « conseil d'entreprise » est-il une dérogation au régime commun des CSE, ou un CSE de plein exercice, donc un modèle dont il faudrait s'inspirer dans quelques années et généraliser ? Le renversement du mécanisme – l'accord majoritaire, au lieu d'instituer le « conseil d'entreprise », comme le prévoit l'ordonnance de 2017, maintient l'ancien dispositif – est une piste possible. Elle signifie cependant un changement radical de perspective ; cela s'ajoutera aux griefs qui ont été formulés à l'encontre du regroupement des instances, de l'extension du statut de négociateur et du « conseil d'entreprise ». Quels furent ces désaccords ?

II.6. DÉSACCORDS

Nulle surprise de constater que de nombreux désaccords ont concerné les trois innovations portées par le « conseil d'entreprise » : le regroupement des IRP ; sa mise en place par accord majoritaire ; et sa capacité de négocier des accords collectifs. Un quatrième argument, plus général, a structuré ces débats, principalement parlementaires : la critique d'un dialogue social jugé asymétrique. Examinons cela en détail.

Un premier désaccord s'affirma au moment de la création de la DUP, la délégation unique du personnel, à l'automne 1993, pendant la discussion au Parlement de la *Loi quinquennale n° 93-1313 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle*. Cette question fut jugée suffisamment importante pour que les sénateurs socialistes saisissent le Conseil constitutionnel à propos des articles 29 (relatif à la DUP) et 30 (relatif à un document unique que devait remettre l'employeur aux élus du comité d'entreprise) au motif qu'ils seraient tous deux « contraires à la Constitution »⁶⁹.

⁶⁹ Notamment au 8^{ème} alinéa de son article 34 (« La loi détermine les principes fondamentaux (...) du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ») et qu'ils portent atteinte au Préambule de la Constitution de 1946 (« Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »)

Les arguments critiques des sénateurs socialistes⁷⁰ sont relatifs à trois points, articulés, du projet de loi : la création de la DUP est à la seule initiative de l'employeur ; un accord collectif pour sa mise en place n'est pas requis ; et cette modification des IRP suppose l'accord des délégués syndicaux. Notons qu'aucun gouvernement, par la suite, ne fit siennes les deux premières options retenues par le gouvernement de M. Edouard Balladur. Ce qui semble aujourd'hui une évidence pour l'analyste et le législateur (la modification d'une IRP n'est possible que par accord majoritaire) ne l'était pas encore en 1993... On mesure ici le chemin parcouru en trente années par les élites politiques et leur acceptation progressive, comme le disait le CJD dès 1988 qu'en « matière sociale », le contrat et la négociation sont « les seuls régulateurs normaux »...

Quelles furent les critiques des sénateurs socialistes ? La saisine du Conseil constitutionnel argumente ainsi :

« Ces dispositions dérogatoires ont été édictées dans le seul intérêt des employeurs, sans aucune prise en considération de l'intérêt des salariés. Dans cet esprit, on comprend qu'elle laisse la faculté de choix au seul employeur.

Ces dispositions sont contraires tant à la lettre qu'aux exigences constitutionnelles qui résultent de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution, précisément en ce qu'elles laissent à l'employeur la faculté de choisir seul la composition et les modalités de la représentation du personnel dans l'entreprise. (...) Ce principe [énoncé dans l'alinéa 8 du Préambule de 1946], qui figure parmi les principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, fonde la démocratie économique, en particulier dans l'entreprise. »

« [Les règles que le législateur édicte] ne sont pas à la disposition de l'employeur. Sur le fondement du principe de participation, et dans le cadre du principe de l'ordre public social, principe général du droit, les partenaires sociaux peuvent toujours améliorer les dispositions légales ou créer des institutions représentatives que la loi ne prévoit pas. Le législateur peut aussi laisser aux partenaires sociaux le soin d'assurer la mise en œuvre des principes fondamentaux qu'il édicte pour les adapter à des situations diversifiées (...). Mais le principe de participation impose nécessairement que cela résulte d'une négociation, voire d'une concertation, avec les représentants des travailleurs. »

« La modification des dispositions légales relatives au nombre de collèges et à la répartition du personnel dans les collèges électoraux (...) ne peut résulter que d'un accord unanime avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. La raison de ce texte est très claire : la modification des conditions dans lesquelles les salariés pourront être représentés touche directement à leur droit d'être représentés. Il est donc nécessaire que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, à qui il incombe d'organiser cette représentation, donnent toutes leur accord. »

Le Conseil constitutionnel rend sa décision le 16 décembre 1993 :

⁷⁰ Saisine par 60 sénateurs à propos de la Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, novembre 1993, Conseil constitutionnel. Voir <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-93-328-dc-du-16-decembre-1993-saisine-par-60-senateurs>

1. Considérant que les sénateurs auteurs de la saisine ont déféré au Conseil constitutionnel la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle en soutenant que les articles 29 et 30 de cette loi sont contraires à la Constitution ;

- SUR L'ARTICLE 29 :

2. Considérant que l'article 29 de la loi ouvre au chef d'entreprise dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à deux cents salariés, la faculté de décider que les délégués du personnel constituent la délégation du personnel au comité d'entreprise ; que les auteurs de la saisine font valoir qu'en prévoyant une telle possibilité, le législateur a méconnu le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'en particulier le législateur ne pouvait, s'agissant de la composition des institutions représentatives du personnel, renvoyer la mise en oeuvre du principe de participation que le Préambule énonce à l'initiative unilatérale de l'employeur ;

3. Considérant que, si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en oeuvre ;

4. Considérant que si cette disposition implique que la détermination des modalités concrètes de cette mise en oeuvre fasse l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives, elle n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs ;

5. Considérant que le législateur a fixé la condition relative à l'effectif des salariés de l'entreprise à laquelle est subordonnée la faculté qu'il a ouverte ; qu'il a indiqué que cette dernière ne pouvait être exercée qu'à l'occasion de la constitution du comité d'entreprise ou lors du renouvellement de l'institution après consultation des délégués du personnel et, s'il existe, du comité d'entreprise ; qu'il a déterminé les limites dans lesquelles le mandat des délégués du personnel pouvait être soit prorogé soit réduit dans la stricte mesure nécessaire à la mise en oeuvre de ladite faculté ; qu'il a prescrit que les délégués du personnel et le comité d'entreprise devaient conserver l'ensemble de leurs attributions ; qu'il a, en vue d'assurer la capacité de représentation collective des salariés, renvoyé à un décret en Conseil d'État la détermination du nombre des délégués du personnel qui devraient dans une telle hypothèse être désignés ;

Cette réponse du Conseil constitutionnel est intéressante sur deux points : le rôle accordé au législateur (considérant 3) et le flou entre concertation et accord collectif (considérant 4).

Le premier argument est connu et l'énoncé du Conseil constitutionnel (« C'est au législateur de déterminer... ») laisse peu de doute quant à la propension de la puissance publique, en France, à définir l'ordre social. Il est donc utile, sur ce point, de rappeler que quelques années auparavant, en 1988, le CJD fondait l'idée de regroupement des IRP dans une seule instance, nommée « conseil d'entreprise », sur la « priorité absolue au dialogue social » et la nécessité de privilégier « le contrat et la négociation ». En 2017, en instituant le « conseil d'entreprise », le législateur décida de renvoyer les modalités et le fonctionnement de cette nouvelle instance à la conclusion d'un accord collectif (« L'accord instituant le conseil d'entreprise... ») – et non, comme pour la mise en place des CSE, d'énoncer de façon très précise leur fonctionnement. Il y a là, en trente ans, une évolution majeure des élites politiques françaises, qu'il importe de souligner...

En revanche, la frontière entre l'accord collectif et les procédures de concertation / consultation semble pour ce même législateur aussi ténue en 2017 qu'en 1993... Négocier et se concerter sont pourtant deux activités sociales non superposables : dans le premier cas, des parties décident *ensemble* d'une règle ou d'une action à engager ; dans le second, une partie décide *seule* de cette règle ou de cette action, après avoir recueilli l'avis de l'autre partie... Le statut d'« accord collectif » (faussement) accordé à un texte rédigé par l'employeur dès lors qu'il a été ratifié par une majorité des 2/3 des salariés de l'entreprise – dispositif prévu dans les ordonnances de 2017 – est une illustration de ce flou définitionnel...

Le autre moment-clé argumentatif à propos de cette DUP est celui de l'examen du projet de *Loi relative au dialogue social et à l'emploi* en avril et mai 2015, qui deviendra la loi Rebsamen. L'étude attentive des amendements qui y furent déposés permet d'identifier les principaux points de désaccord et leur argumentation. Pour les articles concernant la DUP (article 8) et la possibilité, par accord collectif, de regrouper DP, CE et CHSCT (article 9), ils portèrent sur les points suivants :

La pertinence d'une instance unique. Ainsi des amendements du groupe Europe-Écologie-Les Verts, n° 394 et n° 182, et de l'amendement n° 268 du député socialiste M. Cherki :

« Le présent amendement vise à maintenir la législation existante concernant les entreprises de moins de 300 salariés. Il s'agit de favoriser le dialogue social en évitant que l'employeur puisse imposer aux salariés, après leur simple consultation, une délégation unique du personnel (DUP). Le droit actuel permet d'ors et déjà des regroupements d'instances représentatives du personnel, mais avec accord des salariés. C'est bien cet accord entre employeur et salariés qui est recherché par le présent amendement : ne pas faire reculer le dialogue social. » (n°394)

« Cet amendement vise à maintenir les spécificités de chaque instance représentée au sein de la délégation unique du personnel. Cela permet que les différentes questions et thèmes soient bien spécifiés, afin d'éviter que des sujets soient négligés notamment les questions liées à la santé et à la sécurité au travail. La délégation unique doit garantir que l'ensemble des sujets soient sérieusement traités. Il faut maintenir le délai de 15 jours pour la convocation aux réunions, en effet, c'est le

délai nécessaire pour étudier les éléments communiqués et pour aviser les instances extérieures : inspection du travail et médecine du travail notamment. » (n° 182)

« Le projet de loi assouplit déjà suffisamment les attributions et la procédure d'information-consultation des comités d'entreprise en ses articles 10, 12 et 13. De même, les règles de fonctionnement des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont rendues plus flexibles par les articles 10, 11 et 12 du projet de loi. Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des entreprises. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir encore davantage de souplesse pour les entreprises d'au moins 300 salariés, qui disposent des moyens humains et financiers nécessaires pour permettre le fonctionnement d'institutions représentatives du personnel distinctes. D'autant que l'article 9 permet par accord collectif dérogatoire de regrouper l'ensemble des institutions représentatives du personnel sans fixer aucun minima en ce qui concerne le nombre de mandats, le volume d'heures pour les exercer ou le nombre de jours de formation. Ainsi, les salariés pourraient se voir priver des garanties essentielles au droit constitutionnel de participation à la détermination de leurs conditions de travail, au gré de la capacité de négociation des syndicats dans l'entreprise et du 'chantage' éventuellement exercé dans l'entreprise. L'absence de nécessité et le défaut de garanties commandent la suppression de cet article. » (n° 268)

Autre argument académique de poids : la fusion des instances signerait la fin de la concertation dans les entreprises. Ce point de vue a été développé par Christophe Baumgarten et ses collègues dans un article de *Droit ouvrier*, paru en septembre 2017 :

« À travers le projet de fusion des instances, il s'agit d'associer les représentants des salariés à une stratégie d'entreprise davantage tournée vers les contraintes du marché, et ce au détriment de la mission actuelle de contrôle par le comité de la marche générale de l'entreprise, laquelle n'implique pas un partage de responsabilité des décisions prises par l'employeur. Il s'agit là d'une grande réforme de structure, destinée à accompagner la libéralisation du marché du travail, même si de nombreux textes intervenus ces dernières années ont déjà eu pour objectif, sous couvert de renforcement du dialogue social, de limiter les prérogatives des élus et mandatés. »

Trois arguments étayaient l'assertion : « les représentants du personnel auront une vue partielle de l'entreprise » (puisque en nombre réduit et avec des délais de consultation resserrés) ; ils « perdront en compétence » (puisque l'ancienne division du travail de représentation permettait de se spécialiser) ; et « l'instance fusionnée sera une simple chambre d'enregistrement des décisions de l'employeur », (puisque la négociation d'entreprise, en l'absence d'une négociation conséquente dans la branche, « ne portera, en fait, que sur le degré de remise en cause du statut collectif au nom des contraintes de l'entreprise ».). Conclusion :

« La nouvelle instance fusionnée veut mettre fin à toute conflictualité, sans laquelle la partie en position de force se contentera d'imposer ses vues, sans véritable discussion. »

L'article se termine par une proposition :

« Nous préconisons, en outre, que, sans qu'il y ait fusion, le mécanisme de la DUP soit élargi, non pas en fonction de la taille de l'entreprise, mais des sujets traités. En effet, il est tout à fait envisageable de mettre sur pied une réunion commune des diverses instances, dès lors qu'un projet nécessite leur information et leur consultation, ce qui éviterait les redondances et induirait un gain de temps non négligeable. D'ailleurs, une version de cette fusion « ponctuelle », issue de la loi Rebsamen, existe déjà dans le Code du travail. Il suffirait de la généraliser à tous les projets communs et que l'instance réunie sous cette forme rende un avis unique, avec la possibilité, aussi bien pour le CE que pour le CHSCT, de

désigner un expert dans leurs domaines de compétences respectifs. Cela n'empêcherait nullement chaque instance de continuer à exister et d'exercer ses prérogatives au quotidien dans son périmètre d'intervention.⁷¹»

Le non regroupement du CHSCT dans cette instance unique. Ainsi des amendements EELV n° 395, des députés PCF, n° 289 et n° 265, du député PS, M. Cherki :

« Le présent amendement vise à maintenir un CHSCT hors du regroupement des instances pour les entreprises de moins de 300 salariés, tout en maintenant le regroupement des délégués du personnel et comité d'entreprise. Les missions des CHSCT sont extrêmement différentes des missions du CE. Ces instances ne peuvent être regroupées sans un affaiblissement de la capacité des représentants à remplir correctement les missions de ces deux instances. » (n° 395)

« Si les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) sont intégrés à la délégation unique du personnel (DUP), les mêmes élus devront notamment traiter des aspects économiques, connaître les textes de loi, les conventions collectives s'appliquant aux salariés mais aussi les problématiques de santé, sécurité au travail et celles liées aux conditions de travail. Il leur sera difficile de connaître tous ces sujets de façon approfondie. Par conséquent, les questions de santé, sécurité et des conditions de travail risquent d'être moins efficacement traitées que si cette instance reste en dehors de la DUP. » (n° 289)

« Ce regroupement du CHSCT pose problème au regard de la spécialisation du CHSCT qui exige compétence, attention, investigations et actions spécifiques. Or une instance qui s'occupe de tout est une instance qui ne s'occupe de rien. Le risque est que des questions aussi fondamentales que celles de la santé et de la sécurité des travailleurs soient rapidement traitées, d'autant plus à une époque où les chiffres d'épuisement professionnel, de souffrance, voire de suicides au travail sont alarmants et où les méthodes de management et les pressions exercées placent les salariés dans des situations de souffrance au travail sans précédent. Par ailleurs, l'instance unique conduit les mêmes représentants à cumuler l'ensemble des missions et par voie de conséquence, à être spécialisé en tout et omniscient. Cette intégration de la DUP pose également question au regard de l'urgence nécessaire à la tenue d'un certain nombre de réunions du CHSCT, tel que suite à un accident du travail ayant des conséquences graves, lorsqu'il existe un danger grave et imminent ou encore en cas d'évènement grave lié à l'activité de l'établissement en matière d'environnement et de santé publique. Comment, dans le cadre d'une DUP composée de nombreux membres, assurer une rapidité des décisions à prendre notamment au regard de l'exigence de quorum ? Il s'agit donc d'étendre la DUP aux entreprises de 200 à 300 salariés mais d'en exclure le CHSCT. » (n° 265)

L'extension de la possibilité d'une DUP à toutes les entreprises, sans distinction d'effectifs. Ainsi des amendements n° 535, déposé par une dizaine de députés UDI, et n° 27, déposé par une trentaine de députés UMP (les amendements n° 64 de trois députés UMP, du groupe UMP n° 28 et de l'UDI n° 536 proposent par ailleurs d'en porter le seuil « à 500 salariés » ou « à 1000 salariés » :

71 Christophe Baumgarten, Guillaume Etievant, Amin Ghénim, Laurent Milet et Fabrice Signoreto, « Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises », *Droit ouvrier*, n° 830, septembre 2017. <https://ledroitouvrier.cgt.fr/Representation-du-personnel-la-fusion-des-instances-signe-la-fin-de-la-3672>

« Cet amendement vise à élargir la possibilité de mettre en place une délégation unique du personnel non pas à toutes les entreprises, mais à tous les établissements de moins de 300 salariés. La notion d'établissement, récurrente dans le Code du Travail, désigne « une unité de production géographiquement individualisée, mais dépendant juridiquement d'une entreprise », et est donc beaucoup plus large dans son champ d'application. Ainsi rédigé, l'article 8 concernera un périmètre d'entreprises beaucoup plus significatif, incluant les entreprises de taille intermédiaire et notamment les entreprises multi-sites qui sont particulièrement concernées par les redondances du fonctionnement actuel du dialogue social. Pour mémoire, les économies générées par une simplification du dialogue social dans les ETI pourraient atteindre 1,5 milliard d'euros, un gain substantiel pour une catégorie d'entreprises particulièrement stratégique pour l'économie du pays, puisque les 4600 ETI françaises réalisent 27 % du chiffre d'affaires et 34 % des exportations. »

Le maintien des moyens alloués à chaque instance dans la future instance regroupée ou de leurs prérogatives. Ainsi des amendements EELV n° 400, PS n° 184 et n° 185 :

« La Délégation Unique du Personnel est annoncée comme un outil de simplification du dialogue social. Il est important toutefois de s'assurer qu'elle n'a pas pour objectif de faire des économies. Étant donné la diversité et la complexité des sujets qu'elle aura à traiter, il est essentiel que les membres de la DUP disposent d'un nombre d'heures équivalent aux droits actuels. » (n° 400)

« Cet amendement vise à avoir une réunion mensuelle de la délégation. Il est indispensable de maintenir un rythme de consultations importantes sur des sujets qui sont fondamentaux dans la vie de l'entreprise. Cela permettra de réellement traiter les sujets au fond notamment les questions relatives à la santé et à la sécurité auparavant dévolues au CHSCT. » (n° 184)

« Il est fondamental de maintenir les spécificités d'une expertise CE qui éclaire sur les aspects économiques, et une expertise CHSCT qui éclaire sur l'aspect santé et sécurité des salariés. En outre, les cabinets d'experts CHSCT et CE ne sont pas soumis aux mêmes règles d'agrément et un cabinet d'expertise CE n'est pas nécessairement en mesure de remplir les prérogatives d'un expert CHSCT qui regroupe des psychologues, des ergonomes notamment. » (n°185)

Le refus et les risques d'un avis unique rendu par la DUP. Ainsi de l'amendement PS n° 184 :

« Cet amendement vise à maintenir les avis spécifiques des institutions réunies dans la délégation unique du personnel. En effet, l'avis du CHSCT et l'avis du CE ne concernent pas les mêmes domaines. La santé et la sécurité des salariés est un droit absolu, qui prime sur la rentabilité économique d'une société. Il peut y avoir des discordances entre l'avis du comité d'entreprise et celui du CHSCT, il convient de maintenir deux avis. L'avis commun risque de faire passer les questions de conditions de travail après les questions économiques. »

Cet argument a été repris l'année suivante par Carole Giraudet dans un article au titre éloquent : *Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique*, paru au printemps 2018 dans *La Revue de l'Ires* :

« Instance unique signifie cependant avis unique. Or une pluralité d'instances aux différents champs de compétence exigeait non seulement des avis distincts mais aussi des temps de consultation distincts. Le comité d'entreprise était sans doute l'institution « généraliste » (Pécaut-Rivolier, 2017) mais ses missions se comprenaient en articulation avec les autres institutions. La procédure de

consultation était alors séquencée par la pluralité d'institutions aux attributions différentes et aux niveaux complémentaires. Par l'unicité de l'avis, le temps est encore raccourci. Or ce temps est celui de l'expression collective des salariés qui suppose une communication entre représentants et représentés sur les objets de la consultation avant de délivrer un avis. À défaut, l'instance risque de ne plus être un agent de représentation du personnel mais un agent de diffusion *a posteriori* des décisions patronales. Que cette diffusion puisse être critique ne change rien.⁷²»

Un deuxième moment-clé du débat autour de la figure, en projet ou inscrite dans la loi, du « conseil d'entreprise » a concerné l'extension du statut de négociateur. Citons, à titre d'illustration, les échanges, courtois mais sans concession, entre les sénateurs communistes, emmenés par M. Guy Fisher, le rapporteur du projet de loi et la ministre déléguée, Mme Anne-Marie Couderc, lors de l'examen au Sénat⁷³ de la loi qui sera votée à l'Assemblée nationale le 12 novembre 1996. Ces arguments seront aussi ceux utilisés vingt ans plus tard, à propos des ordonnances de 2017. Ils traduisent, au-delà du jeu politique et du rôle d'une opposition parlementaire, une réelle inquiétude chez nombre d'acteurs sociaux et d'analystes... :

M. Guy Fisher. « Du principe du respect du droit syndical découle en particulier l'exigence constitutionnelle de protection des délégués élus et des représentants syndicaux. Cela signifie que, d'une part, la catégorie des salariés protégés est imposée par la Constitution et que, d'autre part, la loi ne pourrait réglementer l'exercice de ce principe qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes constitutionnels. Or, le paragraphe III de cet article 6 prévoit que n'importe quel salarié – pourquoi pas celui qui serait choisi par son patron et que celui-ci aurait envoyé chercher un mandat syndical ? – pourra engager l'ensemble des travailleurs de son entreprise dans des négociations dérogatoires au droit du travail. Il est, par ailleurs, prévu que la protection de ce salarié mandaté soit elle-même un enjeu de négociations puisqu'il est précisé que ce sont les accords de branche, et non les articles relatifs à la protection des représentants du personnel dans le code du travail, qui définiront les modalités de protection et les conditions d'exercice de leur mandat de négociation.

On le voit bien, si la relance du dialogue social est au cœur des préoccupations du Gouvernement, il ne s'agit pas de celle que nous concevons, au côté des travailleurs de notre pays. Imaginez un instant une négociation sur la rémunération, par exemple, avec un salarié mandaté, dont l'accord de branche prévoirait – pourquoi pas ? – que sa qualité de mandaté expire dans un délai d'un mois après la conclusion de la négociation. Dans quel état d'esprit le salarié pourra-t-il intervenir ? Un dialogue entre partenaires sociaux dont l'un aurait, d'une certaine manière, une épée de Damoclès au-dessus de la tête peut-il encore être qualifié de « dialogue » ? Vous m'objecterez que je fais un procès d'intention ; mais il n'est pas besoin d'être grand clerc pour comprendre comment certains patrons bien intentionnés, favorables à un certain type de dialogue social, auront à cœur d'utiliser ce paragraphe III, qui, je l'ai démontré, risque d'être frappé d'inconstitutionnalité tant il s'oppose aux principes fondamentaux à valeur constitutionnelle relatifs aux droits des travailleurs. » (...)

Mme Michelle Demessine. « La question qui nous est posée est en fait très simple : devons-nous donner un rôle nouveau aux représentants du personnel élus – et d'ailleurs quelquefois nommés – sur des listes non syndicales, aux nombreux élus sans étiquette que compte notre pays, en leur

⁷² Carole Giraudet, « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *La Revue de l'Ires*, vol. 94-95, n° 1-2, 2018, p. 29-56.

⁷³ Pour le compte rendu *in extenso* des débats :

<https://www.senat.fr/seances/s199610/s19961003/sc19961003003.html>

reconnaissant la capacité de négocier des accords sans modalité de contrôle ? Devons-nous par conséquent confier à ces élus sans étiquette, voire, à défaut d'élections dûment organisées, à des salariés simplement désignés en l'absence de tout quorum électoral, une mission particulière dans la négociation d'accords dont on sent confusément qu'ils pourraient, sous certains aspects, remettre en cause la teneur des garanties offertes aux salariés de telle ou telle branche par la négociation collective existante et, en l'occurrence, par les textes conventionnels de branche ?
Peut-on faire porter la responsabilité de l'absence de sections syndicales confédérées dans telle ou telle entreprise aux seules organisations syndicales, alors que l'on sait très bien que c'est d'abord et avant tout l'arbitraire de la gestion d'entreprise qui est à l'origine des carences en la matière ?
Les chiffres traduisant cet arbitraire sont connus : chaque année, des milliers de délégués syndicaux et de délégués du personnel sont licenciés. La collectivité publique, notre tradition démocratique et notre droit fiscal lui-même font pourtant toute leur place aux organisations syndicales et admettent la nécessité du développement de leurs activités. Une part non négligeable de la cohésion sociale ne procède-t-elle pas de l'existence d'un mouvement syndical diversifié, élément de la représentation des intérêts matériels et moraux des salariés, catégorie qui regroupe, ne l'oublions pas, le plus grand nombre des travailleurs actifs de ce pays ? »

Dernier moment-clé : les débats parlementaires à propos du « conseil d'entreprise » lors de l'examen de la *Loi d'habilitation d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social* en novembre 2017 au Parlement. Moment important car, en fait... il n'y eut pas de débats ! S'il y eut 232 amendements déposés sur le texte, signés par tous les groupes politiques représentés au Parlement, deux seulement ont concernés le « conseil d'entreprise » ; ils émanaient du groupe de La République en Marche. Le premier (n° 168) a été intégré au projet de loi après examen en Commission des affaires sociales, le second (n° 169) a été retiré :

« L'article L. 2321-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, est ainsi rédigé :

« Art. L. 2321-1. – Le conseil d'entreprise exerce l'ensemble des attributions définies au chapitre II du titre I^{er} du présent livre et est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement.

« Ses modalités de fonctionnement sont celles définies au chapitre V du titre I^{er} du présent livre. »

Exposé :

Cet amendement permet de renforcer les compétences du Conseil de l'entreprise en lui attribuant, outre les compétences de représentation définies au chapitre II du titre I^{er} du code du travail, l'ensemble des compétences de négociation, révision et conclusion de convention et accords d'entreprises et d'établissement.

Pour rappel, les ordonnances organisent la création d'un Comité Social et Economique (CSE), se substituant aux Délégués du personnel (DP), au Comité d'entreprise (CE) et au Comité d'hygiène et de sécurité (CHSCT), dans toute entreprise d'au moins 11 salariés.

Par ailleurs, il est introduit la possibilité par accord d'entreprise d'intégrer les délégués syndicaux au sein du CSE. Cette instance globale dispose alors en sus, d'une compétence de négociation collective. Le CSE prend alors le nom de Conseil d'entreprise" ». (*Amendement LRM n° 168 adopté le 8 novembre en CAS*).

« Art. L. 2321-9-1. – Lorsque le conseil d’entreprise est institué dans les conditions prévues par l’accord mentionné à l’article L. 2321-2, le montant de la subvention de fonctionnement mentionné au 1° de l’article L. 2315-61 est égal à 0,25 % de la masse salariale brute dans les entreprises dont l’effectif est compris entre cinquante et deux mille salariés, et le montant de la subvention de fonctionnement mentionné au 2° du même article est égal à 0,30 % de la masse salariale brute, dans les entreprises dont l’effectif est supérieur à deux mille salariés. »

Exposé sommaire

Cet amendement vise à renforcer la subvention du Conseil d’entreprise afin d’encourager les partenaires sociaux à en instituer dans les entreprises de plus de 50 salariés en augmentant substantiellement le budget.

Pour rappel, les ordonnances organisent la création d’un Comité Social et Economique (CSE), se substituant aux Délégués du personnel (DP), au Comité d’entreprise (CE) et au Comité d’hygiène et de sécurité (CHSCT), dans toute entreprise d’au moins 11 salariés.

Par ailleurs, il est introduit la possibilité par accord d’entreprise d’intégrer les délégués syndicaux au sein du CSE. Cette instance, globale dispose alors en sus, d’une compétence de négociation collective. Le CSE prend alors le nom de Conseil d’entreprise” ». (*Autre amendement LRM, n° 169, retiré*)

Que penser de cette atonie parlementaire à propos du « conseil d’entreprise » de la part de députés d’opposition usuellement critiques ? Disons, en raisonnant de façon gramscienne, que ce concept d’instance fusionnée et dotée de la capacité de négocier était culturellement devenu, en 2017, une évidence, de sorte que peu d’organismes, syndicaux et patronaux, n’ont relayé leurs critiques auprès de certains députés en leur demandant de déposer des amendements à ce sujet...

Un dernier élément de désaccord est au cœur même du projet du CJD : *allouer* au « conseil d’entreprise » le droit de contractualiser et, comme il l’indiquait dans son document de 2009, à travers lui, vouloir bâtir :

« Une nouvelle gouvernance impliquant pleinement les salariés dans les prises de décisions et, ce faisant, partageant avec l’actionnaire une coresponsabilité⁷⁴ ».

Notons que le CJD et le Medef ont pris soin, à différents moments et pour diverses raisons, de ne pas heurter de front les organisations syndicales et laisser aux délégués syndicaux leur monopole de négociateur et de signataire d’accords collectifs, pour ne réserver cette possibilité de « conseil d’entreprise » qu’aux entreprises dépourvues de tout délégué syndical, ou lorsqu’un accord de branche étendu le permettait.

Car les critiques n’ont pas manqué ; et les organisations syndicales, puisque que le délégué syndical, par définition, « assure le lien entre les salariés et l’organisation syndicale à laquelle il appartient. », « anime la section syndicale » et « représente son syndicat auprès de l’employeur »⁷⁵, ont été réticentes à se dessaisir de ce droit exclusif de négociation reconnu par la loi à ces délégués (cf.

⁷⁴ *Dialogue social. Explorons de nouvelles voies*, « Le mot du président, Gontrand Lejeune, CJD, 2009, p. 2-3.

⁷⁵ Fiche technique « Délégué syndical », site web *Service-public.fr* :

<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F102>

l'article 2232-12 et suiv.), puisqu'il leur permet, en étant « de plein droit investi du pouvoir de négocier et conclure des accords collectifs⁷⁶ » avec l'employeur au nom de leur syndicat, de faire bénéficier aux salariés dont ils sont également et légalement des représentants (sans être pour autant élu par le personnel) les avantages issus de cette négociation d'accords collectifs, suite aux réclamations, revendications et propositions des salariés ou à l'initiative de l'employeur.

Si « c'est essentiellement sa fonction de négociateur qui fonde sa spécificité⁷⁷ », pour quelles raisons un ou des délégués syndicaux abandonneraient leurs prérogatives de négociateurs et accepteraient, au profit d'un collectif, de délaissier leur statut de *primus inter pares* ? La réticence à s'en dépouiller volontairement semble ainsi l'une des principales raisons de la désaffection syndicale à l'égard du « conseil d'entreprise » :

« Les règles applicables au CSE le sont aussi au conseil d'entreprise, toutefois ce dernier ne cumule pas seulement les attributions des trois anciennes instances élues mais aussi d'une quatrième, celle réservée aux organisations syndicales représentatives : l'exercice du droit des salariés à la négociation collective. Le comité d'entreprise était devenu un agent supplétif de la négociation collective, le CSE l'est aussi. Un pas est cependant franchi avec le conseil d'entreprise. Les organisations syndicales représentatives des salariés sont invitées à se départir elles-mêmes de leur monopole de la négociation collective en décidant par accord collectif de la création du conseil d'entreprise.⁷⁸ »

D'où les refus explicites de certains CSE de muter en « conseil d'entreprise »... Ainsi six accords d'entreprise (sur les dizaines de milliers qui y sont recensés) de mise en place d'un CSE (tri opéré à partir de la base d'accords d'entreprise Légifrance) mentionnent une discussion à la table de négociation sur l'opportunité de créer ou non un « conseil d'entreprise » au moment de la négociation de l'accord organisant la mise en place du CSE. À l'exception d'un seul accord, muet sur ce point (« Les parties conviennent, dans le cadre du présent accord qu'il ne sera pas mis en place un Conseil d'Entreprise décrit par l'article L2321-2 du code du travail. » ; *accord de l'Association Le Moutier-Notre Dame du 4/12/2019*), les cinq autres (dont trois établissements de BPI France) mentionnent le motif suivant de non création d'un CE : *le maintien des prérogatives des délégués syndicaux*. Extraits :

« Les parties réaffirment le rôle primordial pour la vie économique et sociale de l'entreprise, d'un dialogue social historiquement de qualité au sein de l'entreprise mené avec des interlocuteurs privilégiés. D'un commun accord les Parties ont décidé de maintenir les délégués syndicaux dans leur

⁷⁶ Fiche pratique « Le délégué syndical », site web *CFDT*, août 2020. https://www.cfdt.fr/portail/vos-droits/droits-fondamentaux-et-protection-des-salaries/liberte-syndicale/le-delegue-syndical-rec_69170

⁷⁷ « Fiche réflexe : le Délégué Syndical », site web de *FO-Construction*.

<http://www.foconstruction.com/web/juridique/fiches-pratiques/le%20delegue%20syndicale.pdf?PHPSESSID=smd0nfo1r45gvs5i0o70rc58g3>

⁷⁸ Carole Giraudet, « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *La Revue de l'Ires*, vol. 94-95, n° 1-2, 2018, p. 29-56. <https://www.cairn.info/revue-de-l-ires-2018-1-page-29.htm>

configuration actuelle, et ainsi de ne pas créer un conseil d'entreprise. » (*Accord relatif à la mise en place du Comité Social et Economique, BPI Financement, 26/02/2019*⁷⁹).

« La Direction et les Organisations Syndicales Représentatives conviennent de maintenir les délégués syndicaux d'établissement sur le périmètre défini pour le Comité d'Etablissement et ce pour plusieurs raisons. Ce périmètre s'inscrit dans la continuité du fonctionnement des instances représentatives désignées : il permet d'exercer le droit syndical, à un niveau de pertinence utile et adapté à l'organisation de l'entreprise. De plus au regard de l'ensemble des moyens associés à ces désignations, il permet de disposer de moyens efficaces et supérieurs à ceux reconnus par la loi. » (*Accord Manpower, 21/12/2017*) ;

« Par cette négociation, la Direction entend réaffirmer le rôle prépondérant des organisations syndicales dans la construction du dialogue social et particulièrement dans l'accompagnement et la formation des salariés qui font le choix de s'engager dans la représentation du personnel. Ce rôle est d'autant plus important à l'occasion de changement majeur comme celui de la mise en place du comité social et économique. À cet égard, la Direction s'engage à ne pas mettre en place un conseil d'entreprise regroupant le CSE et les attributions des délégués syndicaux conformément à l'article L. 2321-1 du Code du travail. » (*Accord Les cars Rose, groupe Transdev, 10/9/2019*) ;

« Par ailleurs, et en considération du renforcement de la négociation collective induit par les ordonnances Travail et la loi de ratification du 29 mars 2018, le présent accord a pour autre objet de réaffirmer, en premier lieu, le rôle prépondérant des Délégués Syndicaux Centraux (DSC) dans la permanence d'un dialogue social de qualité au sein et niveau de l'entreprise, et ainsi de créer les conditions optimales d'exercice du droit syndical » (*Accord Limpa Nettoyage, 18 /06/2019*).

Le syndicat Force ouvrière, dès la présentation de la loi d'habilitation fin août 2017, exprime son désaccord. Une *Circulaire confédérale*, la n° 141-2017, du secteur juridique de FO, datée du 30 octobre 2017 rappelle aux militants :

« Avoir subi un sévère coup de rabot avec la nouvelle délégation unique du personnel instaurée par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 dite Rebsamen, la cure d'amaigrissement des droits se poursuit. Mais la fusion des IRP n'était jusqu'alors pas obligatoire. Désormais, la fusion des IRP sera imposée partout, avec à la clé une baisse conséquente des moyens. »

La confédération CFE-CGC explicite ainsi son désaccord avec l'octroi de la capacité de négocier au « conseil d'entreprise » :

« Les ordonnances du 22 septembre 2017 et du 20 décembre 2017 marquent une volonté toujours plus accrue et pressante d'encourager la négociation collective en dehors des organisations syndicales : recours au référendum dans les TPE, négociation avec les élus du comité social et économique (CSE), mise en place du conseil d'entreprise. Or nous ne cesserons de le rappeler : conserver le canal syndical pour la négociation collective est primordial pour la CFE-CGC ! Par ailleurs, la CFE-CGC a toujours été opposée à la fusion des IRP incluant le délégué syndical. La mise en place du conseil d'entreprise a pour conséquence d'évincer le délégué syndical de la négociation collective. Or, le négociateur syndical doit être l'unique interlocuteur de la direction

⁷⁹ Les accords BPI Assurance et BPI Investissement sont rédigés sur ce même modèle d'accord et comportent ce même article 7...

pour négocier car il se situe, par son mandat syndical, *moins dans la relation de subordination qui existe avec l'employeur. Il peut donc rester indépendant avec des moyens propres.*⁸⁰ »

L'Union départementale FO 44, reprenant de larges extraits de la presse confédérale, analyse ainsi, dans un article publié le 14 décembre 2017 sur son site web, la création du « conseil d'entreprise » :

« La visée du CSE n'est pas simplement arithmétique. Sa mise en œuvre a pour ambition d'intégrer les organisations syndicales dans des instances de co-décision, propres à la "communauté de destins" chère à Emmanuel Macron.

Le conseil d'entreprise est à ce titre une extension du CSE, qui répond à une vieille revendication patronale. Il parachève le mouvement de fusion des IRP, en y intégrant les attributions des délégués syndicaux. Le conseil d'entreprise disposerait ainsi de toutes les compétences du CSE, mais également de la fonction de négociation, de conclusion et de révision des accords collectifs d'entreprise, à l'exception des PSE, des protocoles préélectoraux et des accords dits "offensifs", ces derniers permettant à l'employeur de déroger au contrat de travail (...).

Il n'est pas anodin de noter que l'accord collectif instituant un conseil d'entreprise serait conclu pour une durée indéterminée, alors que les accords collectifs sont désormais conclus pour une durée de cinq ans, sauf stipulations contraires (...)

Pour encourager la multiplication, les députés LREM souhaiteraient également favoriser financièrement le conseil d'entreprise par rapport au CSE... Mais la marche est peut-être un poil trop grande : le gouvernement souhaite renvoyer aux négociations d'entreprise la répartition de ces moyens... À chacun ses contradictions. »

La *Fiche 21*, de février 2018, intitulée *Le Conseil d'entreprise*, émanant du secteur « Conventions collectives » de cette organisation, débute par une phrase encadrée de rouge :

The image shows the first page of a document titled 'FICHE N°21 LE CONSEIL D'ENTREPRISE'. The document is dated 'Février 2018' and references 'Art. L 2321-1 et suivants du code du travail'. The main text, highlighted in red, reads: 'Les réformes de ces dernières années en matière de dialogue social ont été dictées par un objectif de rationalisation et une pression patronale. Ainsi, après la loi Rebsamen et la mise en place du comité social et économique (voir fiche 22), les ordonnances du 22 septembre 2017 ouvrent une porte pour la création d'un conseil d'entreprise fusionnant DP, CE, CHSCT ET délégués syndicaux.' Below this, a red-bordered box contains the text: 'FO est fortement opposée à ce dispositif qui tend à remettre en cause l'existence même des syndicats.' The section 'MISSIONS' is partially visible at the bottom, starting with 'Le conseil d'entreprise est une instance élue représentative du personnel qui'.

En page 1 de cette fiche, après avoir présenté les missions dévolues au « conseil d'entreprise », notamment la capacité à contracter, le rédacteur indique :

« Pour FO il s'agit d'une véritable entorse au monopole de négociation des organisations syndicales. »

⁸⁰ *Bilan de la négociation collective 2018*, p. 62-63. Nous soulignons

Page 3, à propos de l'article L 2321-3 du code du travail indiquant que l'accord collectif instituant le conseil d'entreprise « fixe la liste des thèmes tels que l'égalité professionnelle, soumis à l'avis conforme », on lit ceci :

« Cet article est très mal rédigé et prête à confusion sur la liste des thèmes de négociation obligatoire.

Pour FO, il convient de l'interpréter de la manière suivante :

Thèmes de négociation obligatoire

Les règles de la négociation obligatoire en entreprise doivent s'appliquer, notamment les dispositions d'ordre public (art. L 2242-1 du code du travail).

A minima, les négociations devront avoir lieu tous les 4 ans :

- sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ;
- sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail.

Thèmes sur lesquels l'avis conforme du conseil d'entreprise est requis :

La formation professionnelle.

Les autres thèmes sont négociables dans l'accord instituant le conseil d'entreprise. À titre d'exemple, le législateur suggère l'égalité professionnelle.

Périodicité des négociations :

L'accord collectif instituant le conseil d'entreprise fixe la périodicité des thèmes de tout ou partie des thèmes de négociation, dans le respect des dispositions d'ordre public citées plus haut.

Page 4 de cette fiche, enfin, un paragraphe en exergue, à gauche, prévient le lecteur :

« À NOTER : L'ordonnance du 22 septembre 2017 introduit une forme de cogestion à l'allemande, avec l'avis conforme, à laquelle notre organisation syndicale est fortement opposée, en ce qu'elle transfère la responsabilité de l'employeur sur les représentants du personnel. »

Le « conseil d'entreprise » : une machine (patronale) « d'éradication du fait syndical ⁸¹ » ? Le propos est radical, mais la question est sociologiquement légitime. On répondra ici par la négative, pour au moins deux raisons : un, cette instance a surtout été pensée en direction des entreprises dépourvues de délégués syndicaux ; et deux, elle n'était pas destinée à remplacer un délégué nommé et formé par une organisation syndicale représentative par un élu inexpérimenté. Les directions d'entreprises, dans la plupart des cas, préfèrent discuter avec des syndicalistes chevronnés plutôt qu'avec de jeunes élus, sans appartenance syndicale...

Pourquoi une direction, dans ces conditions, opte pour un « Conseil d'entreprise » ? Quels avantages, de court, moyen et long terme, peut-elle envisager en négociant avec un collectif d'individus plutôt qu'un délégué syndical ?

⁸¹ « Cette vieille revendication, aussi ancienne que le Medef, constitue en soi une éradication du fait syndical (...) [Les élus] devront céder le pas à cette organisation patronale qui n'aura d'oreille que pour la productivité, la réduction de la rémunération du travail et des effectifs salariés. Une réforme ? Non, une contre-révolution. Et il faudrait tourner la page ? » *Syndicalistes debout !*, Lettre d'information d'Info-Com' CGT, 23 novembre 2017.

La brochure du CJD 2012 donne une précieuse indication – et l'on mesure alors que l'interprétation de Force ouvrière et des divers opposants à la création du « conseil d'entreprise », si elle n'est pas dénuée de fondement, semble cependant partielle :

« Notre pseudo "dialogue social" actuel s'est organisé, dans les grandes entreprises, autour des organisations syndicales qui se sont historiquement construites dans une culture de lutte et d'opposition davantage que dans une culture de négociation et de recherche de compromis, cette dernière présupposant toujours que l'on soit capable d'accepter que les revendications de l'autre puissent être fondées. En face, elles trouvent des organisations patronales, également en crise, figées, qui veulent imposer une seule vision, la leur, le plus souvent définie par les grandes entreprises au service de leurs seuls actionnaires.⁸² »

Ce qui est probablement en jeu dans l'attitude des directions d'entreprise ou d'association optant pour un « conseil d'entreprise » est leur volonté de se désengager d'un jeu social qu'elles trouvent pervers et que le CJD décrit fort bien : des organisations patronales souhaitant « imposer une seule vision, la leur », opposées à des organisations syndicales habituées à raisonner en liste de revendications et cherchant, de façon légitime, à les voir satisfaites. Tout cela, estime le CJD, ne peut créer un espace de « négociation et de recherche de compromis », donc de résolution pratique de problèmes socio-productifs spécifiques.

Peut-être faut-il, pour comprendre les motifs de ces directions les conduisant à opter pour un « conseil d'entreprise », s'éloigner quelque peu du dispositif lui-même, et prendre en compte leur perception générale de ce qu'est à leurs yeux (ou devrait être) *une négociation d'entreprise*. Considérées sous l'angle d'une négociation collective *pragmatique* parce que décentralisée au niveau de l'entreprise et répondant à de nécessaires adaptations du rythme productif, les mesures contenues dans les ordonnances de 2017 prennent alors une autre coloration.

Et se comprend mieux l'étaillage argumentatif, au complet, que ne peut capturer le seul discours de déploration et que reflète fort bien l'entretien d'Yves Frémont (dans l'extrait ci-dessous : YF) et de Jacques Barthélémy (JB), donné en mars 2018 à *La Tribune Rhône-Alpes*. Y sont présents un ensemble d'items, qu'il importe de saisir dans leur articulation : un *droit du travail* qu'il faut rendre « adaptable au contexte de chaque entreprise » et « à l'impératif économique » ; le *dialogue social* comme « outil de management », plus efficace car « déplacé au niveau de l'entreprise » ; la *prise en compte, concomitante*, des « préoccupations économiques » et des « aspirations des salariés », des « libertés individuelles » et de « l'intérêt de la collectivité » ; *l'entreprise*, saisie comme une communauté, organisée autour d'un « intérêt général » et d'un ensemble « de normes résultant de discussions en vue d'un compromis » ; enfin, *l'accord collectif* y joue un rôle essentiel puisqu'il bâtit une loi commune sur des concessions réciproques. Tout cela « fait système », et le dispositif dit « conseil d'entreprise » est en quelque sorte l'incarnation de cet entrelacs :

« JB : Ce droit, adaptable au contexte de chaque entreprise, l'employeur doit se l'approprier, afin de faire du dialogue social un outil de management. (...) »

⁸² *Vers un nouveau dialogue social territorial*, CJD, mai 2012. <https://fr.slideshare.net/CJD-EMERAUDE/vers-un-nouveau-dialogue-social-territorial>

Y.F. : Le vrai bouleversement est celui qui va résulter - notamment pour les PME et les ETI - de la possibilité de négocier avec le CSE et pour les petites entreprises, par référendum. Ainsi, dans les entreprises de moins de 11 salariés et dans celles entre 11 et 20 salariés (en l'absence de CSE), des accords pourront être négociés sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective (durée du travail, conditions de travail, etc...) par un référendum approuvé à la majorité des deux tiers. Cette possibilité existait mais dans des domaines limités à celui de l'intéressement, de la participation et de la protection sociale. Ainsi, comme en Allemagne où l'employeur peut négocier avec un Conseil d'établissement dans toute entreprise dont l'effectif est supérieur à 5 salariés, les chefs d'entreprise pourront négocier directement avec les salariés ce qui va constituer un changement radical en matière de négociation sociale d'entreprise.

Comment peut-il y parvenir ?

Y.F. : En tant que chef d'entreprise, vous avez besoin de salariés que vous payez pour réaliser un travail afin de développer votre activité, mais vous devez aussi obtenir une garantie d'adaptation des conditions de travail à l'impératif économique. Les ordonnances le permettront. Par la négociation, les préoccupations économiques du chef d'entreprise pourront coïncider avec les aspirations des salariés.(...)

Ce dialogue social peut-il faire peur aux dirigeants ?

J.B. : Des dirigeants s'y intéressent, mais le recours au dialogue social a un risque : si le patron accepte de négocier, il abandonne une partie de son pouvoir ; néanmoins ce sera au nom de l'intérêt général, celui de l'entreprise qui ne se limite pas à la société, c'est à dire à la collectivité des détenteurs du capital.

Y.F. : Mon expérience me fait constater que les chefs d'entreprise ne sont pas effrayés par le dialogue social : encore moins dans les PME. Cependant, ils ont été habitués au modèle français de centralisation qui faisait primer les accords de branche sur les accords d'entreprise. Par ailleurs, dans les PME, en l'absence de représentation syndicale, il n'y avait pas de négociation collective puisque les outils n'existaient pas. Par exemple, vous ne pouviez pas négocier un aménagement de la durée du travail lorsque votre entreprise se trouvait confrontée à une baisse d'activité. L'interlocuteur n'existait pas.

Désormais, ce sera possible. Ainsi, un chef d'entreprise confronté à une baisse d'activité pourra négocier avec les salariés les modalités d'une récupération et les compensations accordées. La promotion de l'accord d'entreprise se trouvera renforcée par la perte de la primauté du mandatement syndical (élu ou salarié) dans les entreprises de moins de 50 salariés. Le dialogue social sortira nécessairement renforcé, peu importe qu'il soit désormais déplacé au niveau des entreprises. (...)

J.B. : Nous sommes entrés dans une phase de pragmatisme, encore faut-il que les employeurs et les organisations syndicales sachent se saisir des outils mis à leur disposition. Il faut inventer une autre manière de concilier la somme des libertés individuelles avec l'intérêt de la collectivité.(...)

Avec ces ordonnances, le dialogue social va-t-il sortir grandi ?

J.B. : À condition, une nouvelle fois, que les employeurs - notamment dans les PME - prennent conscience de leur vecteur d'efficacité. Remplacer un mode d'organisation fondé sur l'idée que le chef d'entreprise décide seul parce qu'il est seul responsable économique par une organisation fruit de normes résultant de discussions en vue d'un compromis a pour effet que l'employeur perd une partie de son pouvoir, mais au nom de l'intérêt général.

Cela nécessitera des évolutions de comportement. Quant aux organisations syndicales, elles doivent posséder une meilleure maîtrise de la technique contractuelle. Il faut condamner l'idée que, si une

décision est bonne pour l'employeur, elle est mauvaise pour le salarié et inversement car il est possible de construire un projet profitable aux deux ; l'accord collectif y joue un rôle essentiel puisqu'il bâtit une loi commune sur des concessions réciproques.⁸³ »

Sans citer nommément le « conseil d'entreprise », plusieurs commentateurs, parlementaires, journalistes et universitaires, ont donné, en 2016 et 2017, une lecture assez critique du dialogue social en France. Il n'est pas inutile d'en rendre ici brièvement compte. Commençons par citer l'amendement n° 186, déposé par le groupe *La France Insoumise* au moment des débats relatifs au CSE. Il fournit, dans sa radicalité, une illustration des critiques, assez vives, portées sur les réformes du dialogue social contenues dans les ordonnances de 2017 :

« Désormais, celles et ceux qui étaient chargés de se concentrer sur la sécurité et la santé des salariés seront aussi associés aux réflexions sur la situation financière de l'entreprise.(...) La mission de proximité des délégués du personnel et des élus du CHSCT, les plus proches des sites et des salariés, sera gommée dans cette instance unique.

En ayant face à lui un seul interlocuteur que plusieurs instances, le patronat sera renforcé dans un rapport de force qui ne correspond certainement pas au "dialogue social" que l'ordonnance prétend promouvoir.

Les moyens en temps et en argent des instances seront réduits dans cette instance unique (...) Les moyens financiers du CSE seront inférieures à celui des instances jusqu'alors existantes. (...) Le CSE qui combine les fonctions du CHSCT et du CE devra prendre en charge l'expertise à hauteur de 20 % (...) L'égalité professionnelle est également menacée par la fusion des instances représentatives. (...) Des attributions d'actions n'apparaissent plus dans le texte (consultations, pouvoir d'enquête, etc.) et les moyens sont minorés (droit à l'expertise indépendante, budget).

Les auteurs de cet amendement attirent l'attention de la représentation nationale sur le fait que l'ordonnance n°2 ne correspond à aucun besoin dans les entreprises : Depuis la loi Rebsamen de 2013 instaurant la possibilité, par accord d'entreprise, de fusionner les instances en une Délégation Unique du Personnel (DUP), une douzaine d'accords seulement ont été signés. Pourquoi instaurer de façon autoritaire une mesure qui n'a pas été choisie par le terrain ? Pour renforcer l'employeur dans ses prérogatives et réduire la souveraineté des salariés. C'est l'inverse du dialogue social. Ce sont les conditions d'un monologue patronal que cette ordonnance instaure. »

Cet argument d'un dialogue social contrarié ou entravé traverse d'autres prises de positions. Sans se référer explicitement au « conseil d'entreprise », certains universitaires soulignent le danger d'un brouillage récurrent, depuis plusieurs années, *entre consultation et négociation*. Ainsi de ce commentaire de Sophie Bérout, Kevin Guillas-Cavan et Catherine Vincent dans un article d'introduction à un dossier paru dans *La revue de l'Ires* en 2018 (« Les CE sont morts, vivent les CSE » ?) :

« À partir de 2005, le partage des compétences de dialogue social entre négociation (les DS) et consultation (le CE) bascule à l'avantage des premiers avec la création d'une obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la possibilité de négocier les

⁸³ « Vers un changement radical du modèle social ». Entretien avec Jacques Barthélémy et Yves Fromont, *La Tribune Auvergne Rhône-Alpes*, 6 mars 2018. <https://region-aura.latribune.fr/debats/grands-entretiens/2018-03-05/barthelemy-fromont-vers-un-changement-radical-du-modele-social-770204.html>

modalités des plans de sauvegarde de l'emploi. Afin de favoriser une meilleure anticipation des restructurations, le CE se voit le destinataire de nouvelles informations sur la stratégie. L'apogée est atteint avec la loi de sécurisation de l'emploi (LSE) de 2013 qui instaure de nouvelles procédures de consultation en matière de stratégie économique de l'entreprise et équipe le CE de nouveaux outils de diagnostic (la base de données économiques et sociales, BDES). Dans le même temps, l'accompagnement des licenciements collectifs devient une compétence entière de la négociation.⁸⁴ »

Ce qui est ici suggéré est le risque que les instances *de représentation* (du personnel) mutent tôt ou tard en instance *de gestion* (de l'entreprise). L'argumentation du CJD en appelant à développer des « relations contractuelles authentiques » et en invitant les salariés et leurs représentants « à partager avec l'actionnaire une coresponsabilité », est explicite de ce point de vue :

« Reconnaître cette nouvelle entreprise, c'est reconnaître la collectivité de travail comme une communauté à part entière et ses instances de représentations comme légitimes à négocier les équilibres à trouver.⁸⁵ »

Resurgit ainsi la critique séculaire d'une pratique contractuelle qui conduirait à un repli, jugé néfaste, sur l'entreprise. Se réactive le débat classique entre communauté et société, corporatisme et solidarité. Nul doute que les reproches faits, ici ou là, au « conseil d'entreprise », empruntent à ce registre critique :

« Peut-être l'inspiration d'un rapprochement vient-elle de l'idée de confiance réciproque devant se substituer à la conflictualité ? L'idée nourrie par la comparaison n'est alors pas nouvelle pour les juristes français (Despax, 1957:296 et s). *Confier toutes les prérogatives de représentation du personnel à une instance élue pour déterminer avec l'employeur le bien commun de l'entreprise était déjà une proposition portée par Paul Durand dès les années 1950.* Les représentants élus devaient pouvoir conclure des accords d'établissement susceptibles, en cas de nécessité pour l'entreprise, de déroger à la convention collective, loi de la profession et de s'imposer au contrat de travail même dans ses dispositions moins favorables.⁸⁶ »

Structurant la vie juridique et académique dans les années 1940 et 1950 et traduisant des désaccords politiques, cette controverse semble aujourd'hui mal fondée. Relire les textes du CJD, c'est découvrir combien ces deux argumentaires, du contrat et de l'institution, coexistent et se dynamisent. Reprocher au législateur de 2017 de mettre en œuvre la conception qui fut celle de Paul Durand en 1945 ou 1947, c'est un peu se tromper d'époque. Comme le notait, dès 2008, François Gaudu, « dans la lutte qui a opposé le contrat et l'institution, c'est assurément le premier qui l'a emporté⁸⁷ ». Et nul juriste, aujourd'hui, considère un établissement industriel comme « l'institution la mieux caractérisée du droit du travail », *institution* signifiant chez Paul Durand « un organisme, composé d'humains et de moyens matériels, et organisé en vertu d'une fin

⁸⁴ Sophie Bérout, Kevin Guillas-Cavan, et Catherine Vincent. « Introduction. « Les CE sont morts, vivent les CSE » ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *La Revue de l'Ires*, vol. 94-95, n° 1-2, 2018, p. 3-28. <https://www.cairn.info/revue-de-l-ires-2018-1-page-3.htm>

⁸⁵ *Vers un nouveau dialogue social territorial*, CJD, mai 2012.

⁸⁶ Carole Giraudet, « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *La Revue de l'Ires*, vol. 94-95, n° 1-2, 2018, p. 29-56. <https://www.cairn.info/revue-de-l-ires-2018-1-page-29.htm>. (nous soulignons).

⁸⁷ François Gaudu. *L'entreprise définie par ses responsabilités*, 2008. Document HAL-00344628.

commune »⁸⁸, ni soutiendrait, sans sourciller, que « l'existence, au sein de l'entreprise, même capitaliste, d'une solidarité entre les travailleurs et la direction, n'est pas discutable⁸⁹ » ou que :

« L'entreprise est une communauté de travail : dirigeants et salariés sont liés par une solidarité organique ; cette solidarité, l'existence d'intérêts communs à tous les membres de l'entreprise, fondent les prérogatives du chef d'entreprise ; ces prérogatives s'exercent, dès lors, à l'égard de tous les membres de l'entreprise, même en l'absence de contrat de travail ; mais elles n'ont qu'un but : la recherche du bien commun de l'entreprise.⁹⁰ »

Ces propos sont datés. Mais la conception *communautaire* de l'entreprise qui les structure n'est pas incompatible avec la conception *contractuelle* qui a prévalu, et qui organise depuis les années 1980 la réflexion et les travaux de la communauté académique contemporaine. Autrement dit, les deux approches sont nécessaires pour rendre compte de la complexité des rapports sociaux dans l'entreprise. Car les salariés sont autant enclins à coopérer avec leur direction qu'à s'y opposer, selon les moments et selon les enjeux. Tous deux ont besoin l'un de l'autre, et les modalités de cette solidarité conflictuelle se définissent *autour d'une table de négociation*. Le document princeps du CJD de 1988 ne disait pas autre chose...

Terminons cette section sur un point d'humour. Dès la publication des ordonnances, la fédération CGT Info-Com' avait publié un montage photographique dans sa *Lettre d'information* de novembre 2017. L'illustration est un tableau peint par Adolphe Déchenaud en 1914 ; il représente la commission de direction du Comité des forges de France en 1914, réunie au siège de Schneider, rue de Madrid⁹¹). Au-delà de la caricature et du message un peu sommaire, on discerne la réalité d'un sentiment de danger face au dispositif « conseil d'entreprise », perçu ici comme une structure aux ordres d'un patronat rétrograde. Nous reviendrons sur cette perception, car l'avenir de ce type d'IRP dépend aussi de la manière dont se construit son imaginaire social...



⁸⁸ Paul Durand, *Traité de droit du travail*, vol.1, Dalloz, 1947, p. 195.

⁸⁹ Jean Rivero et Jean Savatier, *Droit du travail*, coll. Que sais-je, PUF, 1960, p. 97

⁹⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁹¹ Cf. la fiche « Comité des forges » de Wikipédia : https://fr.wikipedia.org/wiki/Comit%C3%A9_des_forges

II. PRATIQUES

Au 1^{er} avril 2021, dix-neuf entités (entreprises ou associations) avaient opté, d'après la base d'accords collectifs Légifrance⁹², pour un « conseil d'entreprise ». Dix-sept accords collectifs y ont accessibles.⁹³

La section 1 de cette seconde partie présente les caractéristiques principales de ces 17 entités, ainsi que le contenu des accords. La prise de contact a été longue et laborieuse – et peu couronnée de succès. Malgré des relances, par courriel et par téléphone, certaines entreprises ou associations n'ont pas souhaité répondre à notre sollicitation. D'autres n'ont pu être contactées, faute de coordonnées exactes. L'une, une association d'hébergement pour adultes, a semble-t-il fermé ses portes début 2020. La direction d'une autre, méfiante, a souhaité être contactée par la Direccte, etc. Seules les directions de SNIE, Cardem, Genethon, De Sangosse, Grands Buffets et Vacanceole (celle-ci *via* son avocat), ont accepté de répondre à nos questions. Nous les remercions vivement. Il a été difficile également de joindre des membres de ces conseils et les délégués syndicaux qui ont signé ces accords (certains ont quitté leur entreprise ; d'autres étaient difficilement accessibles ou n'ont pas répondu à nos courriels).

Après l'examen méthodique du contenu de ces accords (section 1, ci-après), cette seconde partie du rapport porte attention aux deux caractéristiques principales d'un « conseil d'entreprise » : la capacité à négocier avec l'employeur (section 2), et l'exercice d'un droit d'opposition, *via* l'avis conforme (section 3).

II.1. ACCORDS

La signature des 17 accords de mise en place des conseils d'entreprise présents dans la base d'accord Légifrance s'est échelonnée entre juin 2018 et septembre 2020 (trois ont été signés en 2018 ; onze en 2019 ; trois en 2020) :

| Nom | Date de signature |
|---------------------|-------------------|
| AGAPA | Non recensé |
| Insertion 17 | Non recensé |
| SNIE | 29/06/2018 |

⁹² <https://www.legifrance.gouv.fr/liste/acco>

⁹³ Manque ceux d'Insertion 17, une société d'insertion sociale en Charente-Maritime, et Agapa, un EPHAD en Guyane.

| | |
|-----------------------------|------------|
| Léa et Léo Grand Est | 27/07/2018 |
| Tarmac | 27/09/2018 |
| MM Packaging | 07/01/2019 |
| Cardem | 05/02/2019 |
| Soven | 19/06/2019 |
| Grands Buffets | 25/06/2019 |
| De Sangosse | 16/07/2019 |
| Vacanceole | 23/07/2019 |
| Yposkesi | 01/08/2019 |
| Genethon | 02/10/2019 |
| Gazel energie | 29/10/2019 |
| USAP | 05/11/2019 |
| Isocel | 08/11/2019 |
| D'Hondt Thermal | 12/03/2020 |
| Solidarité Estuaire | 17/03/2020 |
| Janus | 07/09/2020 |

Sur ces 17 entreprises, 2 ont un effectif inférieur à 49 salariés, 5 ont un effectif inférieur à 99 salariés, 7 ont un effectif compris entre 100 et 499 salariés, et 3 ont un effectif supérieur à 500 salariés. On ne peut donc inférer de corrélation entre *la taille de l'entreprise* et l'adoption du « conseil d'entreprise » ; le dispositif semble convenir à toutes, petites, moyennes et grandes...

Une autre variable ne semble pas plus opératoire : le *secteur professionnel*. On constate, à part égales, la présence d'activités industrielles classiques (équipements électriques et frigorifiques, commerce de combustibles, impression sur emballages, démolition, conseil en informatique : SNIE, D'Hondt Thermal, Gazel énergie, Soven, MM Packaging, Cardem et Isocel), d'activités de niche (biotechnologies, ou agro-biochimie : Genethon, Yposkesi, De Sangosse) et d'activités de service aux personnes (hébergement social ou touristique, travail temporaire, insertion sociale, restauration, crèches d'entreprise, agence de voyage et club sportif: Solidarité Estuaire, Janus, Vacanceole, Grands Buffets, Léa et Léo- Gd Est, Tarmac, USAP).

Une dernière variable, elle, semble structurer un peu ce panel : 9 accords sur 17, soit 53 %, ont été signés par la CFDT, seule ou en compagnie d'un autre syndicat ; 3 accords ont été signés par la CGT, et 4 par la CFTC et la CGC.

| Nom | Date de signature | Signataires de l'accord | Code APE et secteur | Effectif salarié |
|-----------------------------|--------------------------|--------------------------------|---|-------------------------|
| SNIE | 29/06/2018 | CFTC | 4321A Installations électriques voie publique | 540 |
| LEA ET LEO GRAND EST | 27/08/2018 | CFDT CFTC | 7010Z Crèches d'entreprises | 50 à 99 |

| | | | | |
|--------------------------------|------------|---------------------|---|--|
| Tarmac | 27/09/2018 | CGT CFE-CGC | 9499Z Hébergement social pour adultes | 20 à 49 (NB : Semble avoir fermé définitivement en janvier 2020) |
| MM Packaging | 07/01/2019 | CGT | 1721B Cartonnages | 191 |
| Cardem | 05/02/2019 | CFTC | 4311Z Démolition | 250 |
| Soven | 19/06/2019 | CFE-CGC | 4671Z Commerce gros combustibles | 50 à 99 |
| Grands Buffets | 25/06/2019 | CFDT | 5610B Cafétéria | 180 |
| De Sangosse | 16/07/2019 | CGC CFTC CFDT | 4675 Commerce produits agrochimiques | 840 |
| Vacanceole | 23/07/2019 | Membres du CSE | 5520Z Hébergement touristique | 280 |
| Yposkesi | 01/08/2019 | CFDT | 7211Z Biotechnologie | 100 à 199 |
| Genethon | 02/10/2019 | CFDT | 7211A Biotechnologie | 100 à 199 |
| Gazel energie | 29/10/2019 | CFE-CGC | 3514Z Commerce d'électricité | 500 à 999 |
| USAP | 05/11/2019 | CFDT | 9312Z Club sportif | 77 |
| Isocel | 08/11/2019 | CFDT | 6202A Conseils en informatique | 50 à 99 |
| D'Hondt Thermal | 12/03/2020 | CFDT | 2825Z Equipement frigorifiques | 100 à 199 |
| Solidarité Estuaire | 17/03/2020 | CGT | 8790B Hébergement social | 50 à 99 |
| Janus | 7/09/2020 | CFDT | 7820Z Insertion et travail temporaire | 20 à 49 |

Le 19 novembre 2020 une fiche de la DGT opérait une première synthèse des accords instituant le « conseil d'entreprise ». On y lisait ceci :

« Un accord instituant un conseil comporte des clauses obligatoires :

- Il doit respecter le principe de la compétence exclusive du Conseil d'entreprise pour négocier ou conclure des accords
- Il fixe les thèmes soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise
- Il fixe le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les élus du conseil d'entreprise participant aux négociations
- Il comporte des stipulations relatives au frais de déplacement

Il peut aussi fixer la périodicité de tout ou partie des thèmes de négociation du conseil d'entreprise.

Au 19 novembre 2020, 17 accords de mise en place d'un conseil d'entreprise ont été répertoriés à partir de la base des accords d'entreprise.

Une première analyse de ces accords montre que :

- Les entreprises concernées sont essentiellement des PME, dans des secteurs d'activités variés (industrie, commerce, recherche et développement, social...).
- Certains accords ne respectent pas l'intégralité des clauses obligatoires :
 - o 1 accord ne respecte pas le principe de la compétence exclusive du Conseil d'entreprise pour négocier ou conclure des accords, et maintient la compétence des délégués syndicaux
 - o 3 accords ne fixent pas les thèmes soumis à l'avis conforme du conseil
 - o 2 accords ne fixent pas le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les élus du conseil d'entreprise participant aux négociations
 - o 3 accords ne comportent pas de stipulations relatives au frais de déplacement. »

Un an plus tôt, le 21 octobre 2019, le site web *Dynamique CE*, animé par le cabinet d'expertise-comptable Rostaing⁹⁴, publiait une étude, à partir des huit premiers accords signés et déposés sur la base Légifrance⁹⁵. Cela concernait les entreprises : Yposkesi, Vacancéole, De Sangosse, Les Grands Buffets, Soven, Cardem, MMP et SNIE. Extraits de leur analyse :

« Les préambules justifient parfois l'adoption du conseil d'entreprise par le souci de confier le dialogue social au personnel « qu'il soit syndiqué ou pas » (accord Les Grands Buffets) en sortant d'un tête à tête entre un seul délégué syndical et l'employeur (accord MMP France).

Il s'agit souvent d'établissements uniques, soit d'UES, passant soit directement au conseil d'entreprise, ou parfois le faisant à partir d'un CSE déjà installé. Ce sont plutôt des PME, un accord portant même la mention du cabinet d'avocat qui l'a rédigé, qui voient dans le conseil d'entreprise la possibilité d'un dialogue social plus efficace.

L'accord est souvent signé par une seule organisation syndicale (CFDT, CFTC, CGT, CFE-CGC) ou par les seuls élus. Les moyens paraissent limités, le bonus des heures de délégation pour la négociation n'allant guère au-delà du minimum légal. Toutefois, un accord, celui du SNIE, porte de 11 à 16 le nombre d'élus titulaires à l'occasion du passage en conseil d'entreprise. »

Nos constats prolongent ceux de *Dynamique CE*.

⁹⁴ <https://dynamique-ce.fr/>

⁹⁵ <https://dynamique-ce.fr/les-dispositions-des-premiers-accords-instaurant-un-conseil-dentreprise>

Lire un accord collectif, c'est s'obliger à trois lectures différentes : ce qui est dit ; ce qui n'est pas dit ; et comment cela est dit. Une première lecture, en diagonale, permet de repérer trois types d'accords instituant un « conseil d'entreprise » : les accords *sommaires*, allant à l'essentiel, de moins d'une dizaine de pages, préambule, présentation des soussignés et liste des signatures comprises ; les accords *bavards*, 29 pages pour l'un d'entre eux, codifiant les pratiques et anticipant les comportements ; et le reste des accords, oscillant entre ces deux pôles.

Trois caractéristiques différencient (ou rassemblent) les textes de ce corpus : leur formalisation, leur généralité et leurs similitudes (de leurs clauses ou de leur construction). La plupart de ces accords sont en effet des accords *très formels*, avec mention explicite des articles concernés du code du travail et/ou recopiage du texte de loi ou de certaines de ses dispositions :

« L'effectif étant compris entre 150 et 499 salariés, le nombre d'heures de délégation dont dispose chaque membre titulaire participant aux négociations est de 18 heures par mois. »

« Le conseil d'entreprise est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise. »

« Les représentants du personnel au Conseil d'entreprise sont élus pour quatre ans. »

Car ce sont moins, la plupart du temps, des textes *contractuels*, stipulant ce qui a été convenu entre les parties, après un échange d'arguments, éventuellement de concessions, que des textes *réglementaires*, normalisant des pratiques – celles-ci ne concernant, dans la quasi-totalité des documents étudiés, que celles des élus du personnel...

Ce sont d'autant moins des contrats que leur objectif, loin de rendre compte d'engagements synallagmatiques, est de décrire des procédures et détailler des dispositifs. Il s'agit plutôt de *régléments intérieurs* du « conseil d'entreprise », et l'on ne peut discerner, à leur lecture, les efforts des uns et des autres pour en définir les contours et les modalités...

Deuxième caractéristiques de ces accords : la *grande généralité* de leurs clauses, ou, à l'inverse, leur *extrême précision* – et cela, parfois, dans le même document... La rédaction du texte étant faite par l'employeur et/ou par son conseil, cette généralité ou cette précision semble refléter les préoccupations (ou les souhaits) de ce dernier. Certains d'accords mentionnent ainsi des interdictions (ou des impossibilités) imposés aux élus du personnel, dessinant, en creux, des usages sociaux et des volontés patronales de les circonscrire...

« Ces heures ne peuvent être utilisées que dans le cadre de la préparation, l'organisation et le déroulé de la négociation. Elles ne peuvent être reportées d'un mois sur l'autre ni entre les bénéficiaires. En l'absence de négociation au cours du mois, le représentant ne pourra prétendre à aucune heure de délégation à ce titre. » (Accord Gazel)

« Les Parties s'accordent d'ores et déjà sur le fait que dans l'hypothèse où une évolution législative conduirait à ne plus rendre obligatoire l'un des thèmes de négociation visés ci-après, celui-ci ne

ferait plus l'objet d'une négociation selon les modalités définies ci-dessus. » (Accord Léa et Léo Gd Est)

Autre caractéristique prégnante de ces accords : *la similitude de leurs clauses et de leur construction*. Ce qui laisse penser qu'un modèle-type d'accord a été utilisé (dont celui établi par le cabinet d'avocats Pardieu et qui apparaît en haut des pages de Google consacrées au CE...⁹⁶) et que la lecture de la presse professionnelle a probablement fourni aux rédacteurs de ces accords de mêmes éléments de langage. Ainsi des formules suivantes, utilisées dans plusieurs accords :

« La validation de l'accord négocié au sein de la commission est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise qui fait suite à la dernière réunion de la commission de négociation »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de [nom de l'entreprise] ont décidé de... »

« La partie à l'initiative de ces négociations en informe l'autre. L'employeur et le secrétaire du conseil d'entreprise s'entendent sur le(s) thème(s) de la négociation et le calendrier prévisionnel de la négociation. »

Ces textes se ressemblent également par leur construction. Cette normalisation a ses avantages : ce sont des textes conventionnels juridiquement sécurisés, et il faut s'en féliciter. Mais les inconvénients sont nombreux. Parmi ceux-ci : le dessaisissement par ses producteurs des règles qu'ils édictent ; la signature d' « accords-PDF », où les élus du personnels sont invités à signer un accord déjà rédigé, sans possibilité de l'amender – *sans qu'il y ait eu co-construction*⁹⁷ ; des partenaires sociaux soumis à des logiques juridiques dans des situations où existe nulle exigence juridique, etc.

Exemple : l'accord L***, accord de méthode préalable à la négociation de l'accord de mise en place du CE, en date du 10/07/2018, indique ceci :

« Les organisations syndicales recevront les informations suivantes pour préparer la négociation :

- Le projet d'accord sur la mise en place d'un conseil d'entreprise au sein de la société L*** ;
- Le procès-verbal des élections des membres titulaires aux dernières élections du CSE.

Ces informations seront communiquées au plus tard le 10 juillet 2018. » (nous soulignons)

⁹⁶ Notamment l'accord-type proposé par Philippe Rozec, Louise Thiebaut et Vincent Manigot, du cabinet d'avocats Pardieu et associés publié dans *JCP / La Semaine juridique, édition sociale* n° 35, 4 septembre 2018. <https://www.de-pardieu.com/wp-content/uploads/2018/09/Accord-relatif---la-mise-en-place-dun-conseil-dentreprise.pdf>

⁹⁷ « Les conditions à réunir pour qu'une véritable co-construction puisse émerger ne me semblent toutefois pas encore rassemblées. » Entretien avec George Meyer, « Inviter le travail à la table des négociations. Décrypter les Ordonnances Travail. Dynamiser le dialogue social. Accompagner les entreprises », *Travail & Changement*, revue de l'Anact, n° 370, 2018.

Certains documents, disions-nous, s'apparentent à *un règlement intérieur* ; d'autres, à l'inverse, ne comportent que quelques rubriques et peu de phrases. La plupart reprennent le schéma de présentation d'un CSE ou d'un CE, tel qu'énoncé dans le code du travail : les attributions, le périmètre, la composition, les consultations, les négociations, etc., y compris, nous l'avons dit, en recopiant les phrases du code. Les principales clauses de certains accords (par exemple l'accord Cardem) sont biffées.

Citons deux exemples de table des matières d'accords de mise en place du CE. La première est issue d'un accord rédigé par l'avocat du dirigeant, puis discuté avec les élus et la direction en séance et hors séance ; la seconde provient d'une entreprise promouvant le dialogue social comme méthode de management :

« Préambule

Pourquoi après avoir mis en place une gestion harmonisée du personnel dans le cadre de V*** définir des règles de fonctionnement pérennes?

Chapitre 1 – L'extension des prérogatives du CSE sur l'UES V*** et les règles de fonctionnement

Article 1. Le CSE devient le CE de l'UES V***

Article 1.1. Le pouvoir de négocier est donné au CSE de l'UES V*** qui du fait de ses prérogatives élargies prend la dénomination de Conseil d'entreprise

Article 1.2. Les thèmes de négociations fixes

Article 2. Les membres du conseil d'entreprise

Article 2.1. Le président du conseil d'entreprise et son rôle

Article 2.2. Composition du bureau du conseil d'entreprise et son rôle

Article 3. Moyens de fonctionnement du conseil d'entreprise

Article 3.1. Local et équipement du local du conseil d'entreprise

Article 3.2. Les ressources financières et leurs modalités de gestion

Article 3.3. Les crédits d'heures

Article 3.4. La gestion des déplacements des membres titulaires du conseil d'entreprise

Article 3.5. La formation des membres du conseil d'entreprise

Article 3.6. L'obligation de secret et de discrétion des membres du conseil d'entreprise et de leur invités aux réunions

Article 3.7. Fin de mandat des membres du conseil d'entreprise

Chapitre 2 – L'expression collective et la périodicité des consultations et négociations

Article 4. Le principe de réunions périodiques maintenu avec de la souplesse

Article 4.1. Réunions préparatoires

Article 4.2. Périodicité et date des réunions

Article 4.3. Convocations aux réunions périodiques

Article 4.3. Convocations aux réunions périodiques

Article 4.4. Ordre du jour possible dans le cadre des réunions périodiques

Article 4.5. Participants aux réunions

Article 4.6. Visioconférence

Article 4.7. Obligation de confidentialité

Article 4.8. Les modalités pour délibérer

Article 4.9. L'établissement des procès-verbaux

Article 5. La possibilité d'activer une commission Santé, Sécurité et Conditions de Travail

Article 6. Les réunions spécifiques relatives aux thématiques de négociation

Chapitre 3. Dispositions finales

Article 7. Durée de validité, date d'entrée en vigueur et force obligatoire

Article 8. Actions en justice -Dénonciation
Article 9. Dépôt et publicité de l'accord
Article 10. Modification et révision »

« Préambule

Chapitre 1 : Objet

Chapitre 2 : Mise en place du conseil d'entreprise

Article 2.1. Périmètre de mise en place

Article 2.2) Membres du conseil d'entreprise

Article 2.3) Composition du conseil d'entreprise

Chapitre 3 : Attributions du conseil d'entreprise

Article 3.1) Attributions en matière de négociation collective

3.1.a) Dispositions communes aux négociations

3.1.b) Négociations obligatoires

3.1.c) Autres négociations

3.1.d) Approbation et conclusion de l'accord

Article 3.2. Thèmes soumis a l'avis conforme du conseil d'entreprise

Chapitre 4 : Suivi, durée, révision et dénonciation de l'accord

Article 4.1. Suivi de l'accord

article 4.2. Révision

Article 4.3. Durée et entrée en vigueur

Article 4.4. Dénonciation de l'accord

4.4.a) Modalités

4.4.b) Effets de la dénonciation ou de la mise en cause

Chapitre 5 : publicité, dépôt

Article 5.1. Publicité

Article 5.2. Dépôt de l'accord

Citons maintenant l'essentiel des préambules de ces accords. Cette lecture sera probablement peu roborative pour le lecteur. Mais elle renseigne sur l'ingénierie de production des accords collectifs. Observons ici : le choix des mots, des expressions, et les références constantes aux articles du code ;

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de C*** ont décidé de transformer le comité économique et social, en conseil d'entreprise, comme le prévoient les articles L. 2321-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de D*** ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L. 2312-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« L'objet du présent accord est une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise I***, les partenaires sociaux ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L.2312-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de J*** ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L. 2321-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Dans une recherche d'efficacité et d'amélioration du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de G*** avaient précédemment décidé de mettre en place une délégation unique du personnel. Afin de poursuivre ces objectifs et dans une recherche de faciliter la négociation d'entreprise, les partenaires sociaux ont décidé par le présent accord de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L. 2321-1 et suivants du Code du travail. »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'association S***, les partenaires sociaux ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L.2312-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Le présent accord s'inscrit dans le cadre de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, complétée par l'ordonnance de « mise en cohérence » n°2017-1718 du 20 décembre 2017.

Les élections professionnelles concourant à la mise en place du Comité Social et Economique au sein de la société S*** ont eu lieu du 12 au 19 octobre 2018 pour le premier tour et du 07 au 14 novembre 2018 pour le second tour conformément au protocole préélectoral conclu le 13 septembre 2018.

Dans la perspective des négociations à mener dans l'entreprise sur de nombreuses thématiques et soucieuses d'instaurer un dialogue social collégial au sein de S*** ne reposant pas sur un seul représentant, les parties au présent accord se sont rapprochées et sont convenues de transformer le Comité Social et Economique en place en Conseil d'Entreprise, tel que prévu aux articles L. 2321-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, dite ordonnance « Macron », réforme les dispositions du Code du travail en matière de représentation du personnel, notamment en instaurant une instance unique dénommée "conseil d'entreprise".

Le "Conseil d'entreprise" est la dénomination du comité social et économique lorsqu'en plus des attributions qui lui sont normalement dévolues, il devient seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise.

L'objectif de cette réforme est d'améliorer l'efficacité et la qualité du dialogue social au sein de l'entreprise G***, en particulier par la mise en place d'une instance unique de représentation du personnel à même de négocier les accords. »

« L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, dite ordonnance « Macron », réforme les dispositions du Code du travail en matière de représentation du personnel, notamment en instaurant une instance unique dénommée "conseil d'entreprise".

Le "Conseil d'entreprise" est la dénomination du comité social et économique lorsqu'en plus des attributions qui lui sont normalement dévolues, il devient seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise.

Cette instance, créée par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, regroupe et fusionne les attributions du comité social et économique (Comité d'entreprise, CHSCT et Délégués du personnel) et celles de négociation des délégués syndicaux.

L'objectif de cette réforme est d'améliorer l'efficacité et la qualité du dialogue social au sein de l'entreprise Y*** en particulier par la mise en place d'une instance unique de représentation du personnel à même de négocier les accords.

Au sein de Y***, il existe depuis la création de la Société un dialogue social constructif et il est apparu utile aux parties signataires d'envisager ensemble les moyens de continuer à faire évoluer ce

dialogue en permettant directement aux élus d'être partie prenante à la négociation des accords d'entreprise, de façon à assurer une meilleure représentativité des salariés.

Les parties signataires ont ainsi décidé de saisir l'opportunité des évolutions législatives récentes pour convenir ensemble des modalités de mise en place du Conseil d'entreprise au sein de l'entreprise, tout en réaffirmant et renforçant les moyens et garanties des représentants du personnel. »

« L'entreprise G*** depuis sa création a fondé ses règles de fonctionnement et ses valeurs d'entreprise sur la qualité du dialogue social. Les partenaires sociaux participent de manière active à l'évolution du concept mis en place par les grands Buffets et sont associés en qualité de co-rédacteurs de tous les accords d'entreprise ou dans la définition des pratiques et protocoles d'entreprise.

C'est dans ce contexte que les partenaires sociaux dans la finalité de concourir au renforcement du dialogue social et d'en assurer son efficacité ont pris la décision de rédiger le présent accord d'adaptation comme le prévoit l'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 ayant également valeur de loi désormais. »

« La troisième étape consiste à proposer aux salariés de toutes les entités rattachées à l'UES V*** d'associer les membres élus du Conseil d'Entreprise de l'UES V*** en tant que co-rédacteurs de tous les accords d'entreprise ou dans la définition des pratiques et protocoles d'entreprise.

C'est dans ce contexte que les partenaires sociaux dans la finalité de concourir au renforcement du dialogue social et d'en assurer son efficacité ont pris la décision de rédiger le présent accord d'adaptation comme le prévoit l'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 ayant également valeur de loi désormais. »

« Les organisations syndicales représentatives et la SARL L*** se sont convenues, par le présent accord, de mettre en place un Conseil d'Entreprise afin de regrouper les attributions des délégués syndicaux et celles du Comité Social et Economique, permettant ainsi une meilleure fluidité du dialogue social et d'avoir un seul interlocuteur (le Conseil d'Entreprise). »

« L'ordonnance n° 2017-1986 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, complétée par l'ordonnance de « mise en cohérence » n°2017-1718 du 20 décembre 2017, a profondément modifié l'organisation des instances représentatives du personnel élues dans les entreprises en confiant à une seule instance l'ensemble des compétences qui relevaient du Comité d'Entreprise, des délégués du personnel et du C.H.S.C.T. Les nouveaux textes donnent la possibilité d'élargir la compétence du CSE à la négociation et la signature des accords d'entreprise.

Les signataires ont souhaité expérimenter cette modalité de représentation du personnel qui ne fait plus reposer la responsabilité de la négociation et de la signature sur un seul représentant mais sur la collégialité des élus. Il leur est apparu que cette organisation plus participative correspondait mieux à la réalité actuelle des relations sociales de M***. »

« Afin de renforcer des liens déjà étroits, les partenaires sociaux de S*** ont décidé de mettre en place un Conseil d'Entreprise tel que prévu aux articles L2321-1 à L2321-10 du Code du travail. »

« Convaincues de l'importance pour la société S*** d'organiser la représentation du personnel afin de la rendre encore plus efficace et en lui accordant, outre sa fonction consultative, le pouvoir de négocier des accords collectifs, tout en conservant un rôle actif à l'organisation syndicale présente dans l'entreprise, la Direction et l'organisation syndicale représentative CFTC ont souhaité mettre en place un Conseil d'Entreprise au sein de la société S***.

En effet, les parties signataires partagent la conviction que la qualité du dialogue social nécessite une représentation élue du personnel proche des préoccupations et des priorités des salariés, mais aussi impliquée dans les projets et accords négociés et conclus avec la Direction ».

« Si la loi prévoit des règles générales applicables à la constitution de cette instance au niveau de l'entreprise, le législateur a souhaité accorder une marge de manœuvre aux partenaires sociaux pour les aménager, afin de tenir compte des spécificités internes des structures. Les organisations syndicales et la direction de T*** sont donc convenues d'adapter le nouveau dispositif légal au fonctionnement de leur association. »

Que retirer de cette lecture de ces préambules ? D'abord, que la volonté du législateur (loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite « Loi Travail ») d'inciter les négociateurs à présenter, dans un préambule⁹⁸, « de manière succincte ses objectifs et son contenu », mais sans leur indiquer, dans une circulaire ou un décret, comment le faire, et sans conseiller aux avocats, juristes d'entreprise, formateurs, consultants, etc., de fournir à leurs clients des fiches pratiques de rédaction d'un préambule, cette volonté du législateur, donc, semble se heurter à celle des rédacteurs de l'accord, avant tout soucieux, non d'exposer les enjeux, les vœux, la substance de l'accord concerné, mais de montrer *qu'ils s'inscrivent dans la légalité* et qu'ils contribuent à l'effort gouvernemental plus qu'ils n'utilisent un dispositif mis à leur disposition...

Remarquons aussi que les rédacteurs de ces préambules ne présentent guère *leurs propres objectifs*. Nulle mention que les directions souhaitent négocier directement avec les élus, bénéficiant ainsi d'une diversité de statuts et de points de vue ; ou que les élus souhaitent s'impliquer dans les processus de régulation conjointe, sans laisser ce soin aux seuls DS, etc. Les formules *générales* (« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise », etc.) viennent alors se substituer à une réflexion *singulière*, propre à l'entreprise et à ses particularités...

Présentons maintenant les principales dispositions des accords à propos du fonctionnement du « conseil d'entreprise » : composition, budget, commissions, heures de délégation, modalités de délibération, etc. La plupart des accords

« 8.1.2 Bureau du Conseil d'entreprise

Le bureau du Conseil d'entreprise est constitué :

- D'un secrétaire ;
- D'un secrétaire adjoint en charge des attributions en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail ;
- D'un trésorier,
- D'un trésorier adjoint.

Exemple : « Le secrétaire a pour missions principales, sous réserve des attributions réservées au secrétaire adjoint :

- D'arrêter conjointement avec l'employeur l'ordre du jour des réunions du Conseil d'entreprise au moins 6 jours calendaires avant la séance.

⁹⁸ Rappelons que cet article L. 2222-3-3 - Code du Travail prévoyant ce préambule indique aussitôt : « L'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord. »...

- De rédiger, de signer et de diffuser le procès-verbal des réunions du Conseil d'entreprise à l'employeur dans les 15 jours suivant la réunion à laquelle il se rapporte ou, si une nouvelle réunion est prévue dans ce délai de 15 jours, avant cette réunion. Le procès-verbal contient au moins le résumé des délibérations du comité et la décision motivée de l'employeur sur les propositions faites lors de la précédente réunion.
- D'assurer les liaisons avec la Direction
- De s'occuper de la correspondance du Conseil d'entreprise

Si nécessaire, le secrétaire du Conseil d'entreprise bénéficie, outre le crédit d'heures de délégation légal dû au titre de son mandat, d'un crédit supplémentaire de 2 heures mensuelles pour l'exercice de ses attributions de secrétaire et notamment pour la rédaction des PV de réunion.

(...) Le trésorier doit notamment :

- Ouvrir et gérer les comptes bancaires du Conseil d'entreprise;
- Régler les factures du Conseil d'entreprise, gérer ses ressources et son patrimoine et archiver les documents comptables ;
- Gérer la dotation de fonctionnement du Conseil d'entreprise ;
- Être l'interlocuteur privilégié de l'expert-comptable du Conseil d'entreprise ou de son commissaire aux comptes, le cas échéant ;
- Préparer le rapport présentant des informations qualitatives sur ses activités et sur sa gestion financière visé à l'article L.2315-69 du Code du travail ;
- Présenter, un rapport sur les conventions passées, directement, indirectement ou par personne interposée, entre le comité social et économique d'établissement et l'un de ses membres ;
- Assurer que les comptes annuels du Conseil d'entreprise soient portés à la connaissance des salariés par tous moyens.

Le trésorier du Conseil d'entreprise bénéficie, outre le crédit d'heures de délégation légal au titre de son mandat, d'un crédit supplémentaire de 2 heures mensuelles pour l'exercice de ses attributions. »
(Accord Genethon)

Outre la commission « Négociation », traitée dans la section suivante, quelques accords mentionnent l'installation d'une commission « Santé, sécurité et conditions de travail » :

« Il est ici rappelé que la Société Y*** compte moins de 300 salariés et n'est donc pas légalement tenue de mettre en place une commission santé, sécurité et conditions de travail. Toutefois, les parties conviennent de mettre en place une commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) compte tenu des risques particuliers liés à l'activité de la Société Y*** » (Accord Yposkesi)

« Cette CSSCT est une émanation du Conseil d'entreprise et sera composée d'une délégation du personnel composée de 3 membres et présidée par l'employeur ou son représentant.

Ce dernier pourra, s'il l'estime nécessaire, inviter à la commission des experts et techniciens appartenant à l'entreprise qui disposeront d'une voix consultative.

Les membres de la CSSCT sont désignés par une résolution du Conseil d'entreprise parmi ses membres titulaires ou suppléants, pour une durée prenant fin avec celle des mandats des membres élus du Conseil d'entreprise.

La CSSCT sera notamment en charge de :

- l'analyse des risques professionnels ainsi que des effets de l'exposition à ces risques;
- faciliter l'accès et le maintien des personnes handicapées à tous les emplois au cours de leur vie professionnelle;
- susciter toute initiative et proposer notamment des actions de prévention et d'amélioration de la qualité de vie au travail ;
- participer aux enquêtes en cas d'accident du travail, sur les sites ;
- participer aux visites « sécurité » des sites.

- La commission SSCT se voit confier, par délégation du CSEE, l'ensemble de ses attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail en vue de la préparation des réunions du CSEE consacrées aux questions entrant dans ce champ, à l'exception de ses attributions consultatives en la matière et de la possibilité de recourir à un expert.
- Susciter toute initiative et proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral, harcèlement sexuel et des agissements sexistes. Le refus de l'employeur est possible mais doit être motivé.

Elle dispose, par l'intermédiaire de ses membres de la délégation du personnel qui la compose, du droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes et de danger grave et imminent.

Il est expressément rappelé que, conformément aux dispositions de l'article L. 2315-38 du Code du travail, la CSSCT ne peut pas être consultée en lieu et place du Conseil d'entreprise et ne dispose pas de la possibilité de recourir à un expert.

La commission se réunira au moins quatre fois par an en vue de la préparation des réunions du Conseil d'entreprise entrant dans le champ de la santé, la sécurité et les conditions de travail.

Lors de la première réunion, un secrétaire sera désigné parmi ses membres.

L'ordre du jour est élaboré conjointement entre le président de la commission ou une personne ayant qualité pour représenter la direction et le secrétaire de la commission, et est communiqué avec la convocation aux membres 8 jours calendaires au moins avant la date de chaque réunion, sauf circonstances exceptionnelles.

Le secrétaire de la commission est en charge de rédiger le procès-verbal de la réunion, dans les conditions prévues pour la rédaction des procès-verbaux des réunions du Conseil d'entreprise. » (Accord Genethon)

« Les Parties conviennent de mettre en place une commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT). Cette CSSCT est une émanation du conseil d'entreprise. Elle est composée de l'employeur et d'une délégation du personnel composée de 4 membres, qui seront désignés lors de la première réunion du conseil d'entreprise.

Elle a vocation à exercer l'intégralité des attributions du conseil d'entreprise en matière de santé, sécurité et conditions de travail. » (Accord Janus)

« Le Conseil d'entreprise se réunit physiquement sur convocation du président, dans le cadre de réunions ordinaires, au moins une fois tous les deux mois sur convocation du président.

Des réunions extraordinaires peuvent également se tenir sur convocation du président ou sur demande écrite signée de la majorité des membres titulaires, accompagnée du projet d'ordre du jour.

Les convocations aux réunions du Conseil d'entreprise sont adressées par tous moyens écrits (mail, courrier, etc.).

Les membres suppléants assistent aux réunions du Conseil d'entreprise uniquement dans les deux situations suivantes :

- En l'absence du titulaire : ce dernier informe en amont la Direction de son absence et indique le nom de son remplaçant suppléant avant la tenue de la réunion.
- Lorsqu'un des points à l'ordre du jour de la réunion relève de la commission santé, sécurité et conditions de travail dont ils sont le cas échéant membres.

L'ordre du jour est communiqué par le président aux membres au moins 6 jours calendaires avant la réunion.

Un procès-verbal de chaque réunion sera établi par le secrétaire dans les 15 jours calendaires et sera transmis pour approbation aux autres membres de l'instance, dont son président, dans ce délai maximum. Après approbation par tous moyens probants (échanges de mails, courrier, adoption en réunion plénière) le procès-verbal pourra être diffusé par la voie électronique sur un espace dédié sur l'intranet de l'entreprise.

En cas de désaccord persistant sur les modalités de rédaction du procès-verbal, la Direction ou l'un des membres de l'instance en désaccord pourra demander à ce que sa position écrite soit jointe au procès-verbal et diffusée selon les mêmes modalités que le procès-verbal.

Les résolutions du Conseil d'entreprise sont prises à la majorité des membres présents. Ses délibérations sont consignées dans un procès-verbal établi par le secrétaire du Conseil d'entreprise selon les modalités prévues par le présent accord.

Le président du Conseil d'entreprise ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel. » (Accord Genéthon)

« Le Conseil d'Entreprise de l'UES V*** ne peut délibérer valablement qu'en présence de son Président ou de toute personne s'y substituant. Conformément à l'article L 2325-18 du Code du travail, celui-ci ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du Conseil d'Entreprise de l'UES V*** en tant que délégation du personnel. Seuls les membres élus du Conseil d'Entreprise de l'UES V*** ayant voix délibérative peuvent participer au vote. Les délibérations peuvent être valablement adoptées quel que soit le nombre des membres présents.

Les votes ont en principe lieu à main levée. Toutefois, le scrutin a lieu à bulletin secret chaque fois que la loi l'impose. En outre, en dehors de ces cas, le scrutin a lieu à bulletin secret toutes les fois où cela est requis.

Les avis, décisions et résolutions du Conseil d'Entreprise de l'UES V*** sont pris à la majorité des membres présents. Ainsi, un avis, une décision ou une résolution n'est adopté que si au moins la moitié plus un des membres présents ayant voix délibérative votent pour (les votes nuls ou blancs et les abstentions étant assimilés à des votes contre). L'élection ou la révocation des membres du bureau du Conseil d'Entreprise de l'UES V*** a lieu à la majorité des voix exprimées (les votes blancs ou nuls et les abstentions ne comptant pas).

Sauf disposition légale contraire, lorsque le Conseil d'Entreprise de l'UES V*** désigne certains de ses membres pour exercer d'autres attributions particulières, ou révoque ceux-ci, les désignations ou révocations sont également soumises à la règle de la majorité des voix exprimées. En cas de partage des voix lors d'un vote du Conseil d'Entreprise de l'UES V***, un deuxième tour à scrutin secret est effectué.

Si le deuxième tour ne permet toujours pas le départage des voix et si le vote concerne une élection ou une désignation, le candidat - *le plus âgé- le plus ancien dans l'entreprise- ayant obtenu le plus de suffrages lors de l'élection du Conseil d'Entreprise de l'UES V****, est proclamé élu. » (Accord Vacancéole)

Notons enfin une certaine disparité dans l'allocation des heures de délégation. Exemples :

« Ce crédit d'heures peut également être réparti chaque mois entre titulaires et suppléants. Dans ce cas également, les membres titulaires doivent informer l'employeur du nombre d'heures réparties au titre de chaque mois au plus tard huit jours avant la date prévue pour leur utilisation. (...)

Ce crédit d'heures individuel est cumulable d'un mois sur l'autre, dans la limite de 12 mois. Cette règle ne peut conduire un membre à disposer, dans le mois, de plus d'une fois et demi le crédit d'heures de délégation dont il bénéficie.

Le représentant doit en informer l'employeur au plus tard huit jours avant la date prévue pour l'utilisation des heures cumulées (L.2315-8 et R.2315-5).

2.3.4. Ce crédit d'heures peut également être réparti chaque mois entre titulaires et suppléants. Dans ce cas également, les membres titulaires doivent informer l'employeur du nombre d'heures

réparties au titre de chaque mois au plus tard huit jours avant la date prévue pour leur utilisation. » (Accord Léa et Léo Gd Est)

« Les 6 titulaires non cadre et les 2 titulaires cadre bénéficieront d'un volume global mensuel de 126 heures à se répartir : une mutualisation de ces heures entre élus sera possible, sous réserve d'une traçabilité mensuelle et d'une transmission d'un outil de suivi adapté et fonctionnel au service RH. A cet effet, l'outil sera proposé par les membres élus (outil créé à la date de la mise en place du Conseil d'Entreprise).

La présence des suppléants en réunion pourra être autorisée par la Direction sur invitation demandée au préalable par les membres élus. » (Accord Tarmac)

Comment sont gérés les désaccords et litiges ? La plupart du temps et du fait de son statut (il s'agit d'un document contractuel et non d'une synthèse de débats...), l'accord collectif instituant le « conseil d'entreprise » rend peu compte des positions d'origine des uns et des autres. L'on devine cependant les points litigieux. Certaines formulations laissent penser que certaines clauses ont fait l'objet d'argumentation et de contre-argumentation. Ainsi des suivantes, qui peuvent être lues comme le produit de questions ou de demandes posées par la délégation des salariés :

« Ces heures ne peuvent être utilisées que dans le cadre de la préparation, l'organisation et le déroulé de la négociation. Elles ne peuvent être reportées d'un mois sur l'autre ni entre les bénéficiaires » (Accord Gazel)

« Les membres de la délégation du personnel du Conseil d'entreprise peuvent saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle. » (Accord Tarmac)

De même, la régularité de la mention de certaines dispositions laisse penser que les directions d'entreprises entendaient légiférer certaines d'entre elles en leur faveur, sans accorder de réciprocité aux élus du personnel. Par exemple :

« Les parties signataires conviennent d'adapter la périodicité des négociations obligatoires. »

Un seul accord mentionne l'établissement d'un PV de désaccord :

« En cas de désaccord, un procès-verbal de désaccord est établi par la société et signé par les membres du conseil d'entreprise.

La signature de ce procès-verbal est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise qui fait suite au constat du désaccord. » (Accord D'Hondt)

II.2. Négociations

Le code du travail indique : « Le conseil d'entreprise est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise. » Il est donc intéressant de porter le regard sur *les pratiques de négociation* dans les entreprises et associations qui ont adopté cette forme d'IRP.

À partir du 1er janvier 2010, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 autorise, sur l'essentiel des sujets conditionnés à la signature d'un accord collectif, les représentants élus du personnel à ratifier des accords dans les entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégué syndical (et non couvertes par un accord de branche étendu précisant les conditions de négociation dans ce contexte particulier).

« Cette disposition qui assouplit davantage les conditions requises pour la signature d'un accord d'entreprise par les élus », indiquait un document de la DARES d'août 2012⁹⁹, « *ne semble pas se traduire, en 2010, par un renouvellement significatif des interlocuteurs de la négociation, ni par un bouleversement des pratiques.* En effet, la grande majorité des accords ratifiés par les élus du personnel porte toujours sur l'épargne salariale : 92 % en 2010 (contre 89 % en 2009, et 96 % en 2008). » (nous soulignons)

Cette tendance a perduré ces dernières années. Ainsi, en 2015, indique le *Bilan 2015 de la négociation collective*, « les accords signés par les élus portent toujours dans une grande majorité de cas (85 %) sur l'épargne salariale (contre 78 % en 2008) ; le nombre de textes signés par des élus sur d'autres thèmes que l'épargne salariale diminue même d'un tiers, passant de 1 200 en 2014 à 800 en 2015 »¹⁰⁰. En 2019, seuls 10,8 % des accords hors épargne salariale sont signés par des élus du personnel non mandatés¹⁰¹.

Si l'on examine sur durée longue (de 2005 à 2019, soit sur quinze années¹⁰²), le nombre d'accords collectifs signés par des élus du personnel (délégués du personnel, élus au comité d'entreprise ou DUP), on constate qu'il a beaucoup varié, oscillant entre 10-12 % (2008, 2018) et 20 % (23 % en 2012) :

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2010 | 2011 |
|---|------|------|------|------|--------|------|
| Accords signés par des élus (DP, CE, DUP) | 6832 | 6522 | 7052 | 9563 | 11 538 | 9249 |
| % | 13,3 | 11,9 | 13,6 | 9,6 | 13 | 19 |

⁹⁹ « Les accords collectifs d'entreprise conclus en 2010 : moins de textes signés après la forte activité de négociation sur l'emploi des seniors de 2009 », *Dares Analyse*, août 2012, n° 54. (nous soulignons).

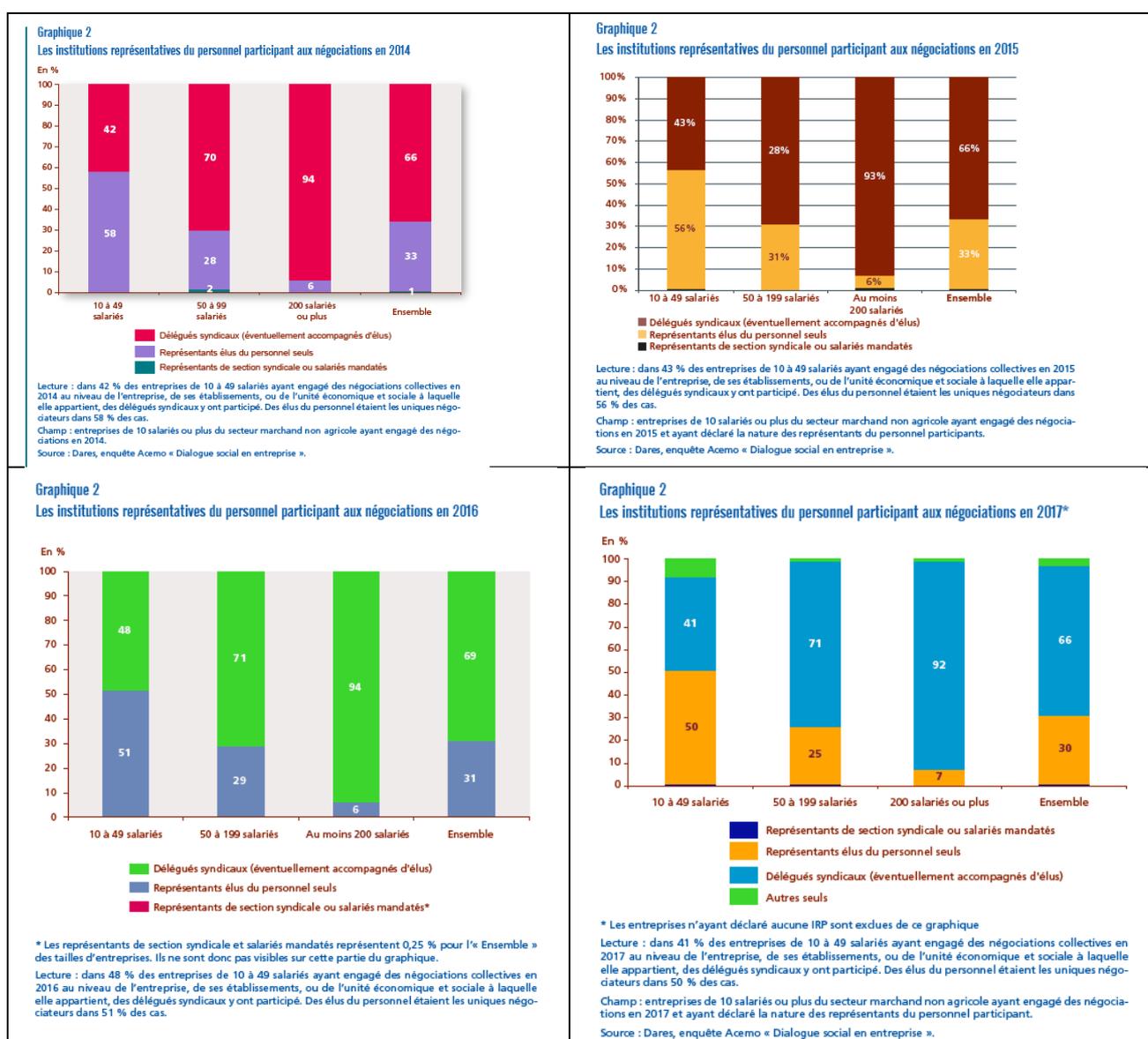
¹⁰⁰ Bilan de la négociation collective, 2015, p. 600.

¹⁰¹ Bilan de la négociation collective, 2019, p. 219. Notons cependant que ce pourcentage grimpe à 24,7 % dans les entreprises de moins de 50 salariés...

¹⁰² Chiffres de 2005 à 2008 : Antoine Naboulet, « Que recouvre la négociation collective d'entreprise en France ? », *Document d'étude, Dares*, n° 163, août 2011, p. 52. Chiffres de 2010 à 2016 : *Dares Analyse*. Chiffre 2017 à 2019 : *Bilans annuels de la négociation collective*.

| 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|--------|--------|------|------|------|------|------|---------------|
| 12 214 | 10 309 | 7443 | 6586 | 9049 | 5750 | 8826 | 13 790 103 |
| 22,6 | 18,2 | 14,9 | 13,2 | 16,3 | 14,9 | 11,7 | 13,6 |

Examinés au regard du nombre d'effectifs salariés, les évolutions ne sont guère différentes : si les élus du personnel sont plus nombreux à signer des accords dans les entreprises de 10 à 49 salariés, ce pourcentage s'amenuise au fil du temps dans cette catégorie d'entreprise (58 % des entreprises en 2014 ; 50 % en 2018...). Et, au fil du temps, la part des élus du personnel relativement à celle des délégués syndicaux semble moindre dans les autres catégories d'effectifs d'entreprise :



¹⁰³ Dont 2790 accords signés par un « élu ou salarié mandaté », et 11 000 par un « élu non mandaté », sur un total de 61 340 accords collectifs (« Négociations avec des IRP »).

Commençons cet examen par un tableau d'ensemble des dispositions des accords :

| | Compétence exclusive de négociation | Périodicité des thèmes de négociation | Conditions de validité des accords |
|----------------------------|--|---|---|
| Solidarité Estuaire | Oui | « La rémunération, le temps de travail L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes La qualité au travail La gestion des emplois et des parcours professionnels » Une fois par mois, en plus des réunions du CE | Négocié au sein d'une commission de négociation et validé selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| MM Packaging | Oui | Non renseigné | Négocié en commission de négociation et validé selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| Janus | Oui | « Tous les ans pour la négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ; Tous les 2 ans pour la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes les hommes et la qualité de vie au travail ; Tous les 4 ans pour la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels » Négociations engagées « à l'initiative de l'employeur ou de la délégation du personnel au conseil d'entreprise par délibération à la majorité de ses membres présents » | Négocié en commission de négociation et validé selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| Isocel | Oui | 1 an pour la négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ; 1 an pour la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes, les hommes et la qualité de vie au travail ; 1 an pour la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels Négociations engagées « à l'initiative de l'employeur ou par les membres du conseil d'entreprise par délibération à la majorité de ses membres présents » | « La validation de l'accord négocié est inscrite à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise. » |
| Yposkesi | Oui | Tous les ans pour la négociation sur la rémunération, le temps de travail et le | Négocié en commission de négociation et validé |

| | | | |
|----------------------------------|-----|---|--|
| | | partage de la valeur ajoutée ; Tous les 3 ans pour la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail. | selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| Cardem | Oui | Non renseigné dans l'exemplaire déposé sur Légifrance | Non renseigné dans l'exemplaire déposé sur Légifrance |
| UES De Sangosse | Oui | Mentionne seulement « Les négociations visées aux articles L2242-1 et suivants du Code du travail » sans les expliciter | « Afin de préparer certaines négociations, il pourra être créé une commission ad hoc. Cette commission sera formée par décision majoritaire du Conseil d'Entreprise. Son but sera de négocier et de préparer les accords. La signature reste la prérogative exclusive du Conseil d'Entreprise. » Accord validé selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| D'Hondt Thermal Solutions | Oui | Les négociations visées aux articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail sont menées au sein du conseil d'entreprise. Leur périodicité est la suivante : – annuelle pour la négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ; – annuelle pour la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes les hommes et la qualité de vie au travail ; – annuelle pour la négociation sur la gestion des emplois, des parcours professionnels et la formation professionnelle. | « Le présent accord est soumis à une condition d'unanimité de signature des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. » |
| Gazel Energie Solutions | Oui | Non renseigné dans l'accord | Négocié au sein de la commission de négociation puis validé selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| Soven | Oui | Non renseigné dans l'accord. | Validé selon les |

| | | | |
|-------------------|-----|--|---|
| | | Mention que direction et secrétaire du CE s'entendent au sujet des négociations à engager | conditions de l'article L.2321-9 |
| SNIE | Oui | Non renseigné dans l'accord | Accord négocié en commission de négociation puis soumis à consultation interne par les tous membres du CE. Si majorité de pour, vote définitif en CE selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| Genethon | Oui | Tous les ans pour la négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ; Tous les 2 ans « pour la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail, étant précisé que cette négociation aura lieu les 2 ^{ème} et 4 ^{ème} années du mandat. » | Négocié au sein de la commission de négociation puis « entériné » par le CE selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| Vacanceole | Oui | Le fonctionnement du CSE (devenant CE) et l'accès aux informations avec la BDES (base de données économiques et sociales) sécurisée La gestion du temps de travail, des temps de déplacements, les temps de repos, la gestion de l'activité par le temps partiel choisi, le travail intermittent, le recours aux travailleurs saisonniers, le télétravail Le partage de la valeur ajoutée : les avantages sociaux, l'intéressement, la participation et l'épargne salariale (A ce jour, les plans d'épargne d'entreprise, plan d'épargne pour la mise à la retraite collectif) La RSE, le bien-être au travail, l'incorporation des nouvelles technologies et le droit à la déconnexion, la pénibilité, les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés, La gestion des emplois et des parcours professionnels, la revalorisation des salaires en fonction de la grille socio professionnelle interne, la formation, l'insertion des travailleurs handicapés et des seniors L'égalité professionnelle entre les | Selon les conditions de l'article L.2321-9 |

| | | | |
|--------------------------|--------------------------|--|--|
| | | femmes et les hommes, le suivi de la mise en œuvre des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les salariés, la lutte contre les discriminations. | |
| Grands Buffets | Oui | La négociation sur les salaires L'accord d'intéressement, l'épargne en entreprise L'accord sur la gestion du temps de travail, les temps de repos, la gestion de l'activité par le temps partiel choisi, le travail intermittent, le recours aux travailleurs saisonniers L'accord sur le bien-être au travail, l'incorporation des nouvelles technologies, la pénibilité, la RSE L'accord sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés, la lutte contre les discriminations L'accord sur la gestion des parcours professionnels, la formation, l'insertion des travailleurs handicapés et des séniors | Validation « en amont à la majorité des membres des titulaires élus du CEGB » ou « signés à la majorité des membres titulaires élus ». |
| Lea et Leo Gd Est | Non ¹⁰⁴ | « Périodicité biennale pour les négociations obligatoires suivantes : Négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ; Négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail ; | Selon les conditions de l'article L.2321-9 |
| Insertion 17 | Oui (Information DGT) | Accord non présent dans la base Légifrance | Accord non présent dans la base Légifrance |
| Tarmac | Oui | Non renseigné dans l'accord | Négocié (NAO et hors NAO) en commission NAO |

¹⁰⁴ L'accord indique : « Prérogatives conservées pour les DS pour les thèmes suivants : Accord portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi ; Accord sur le protocole d'accord électoral ; Les nouveaux accords liés au fonctionnement de l'entreprise défini à l'article L 2254-2 du Code du travail ».

Les deux tiers des accords mentionnant les modalités des négociations collectives prévoient une commission de négociation. Le code du travail n'indique rien à ce sujet. On peut donc penser, outre la volonté propre des négociateurs de se doter d'un tel dispositif, que l'accord-type proposé sur le site web du cabinet d'avocats Pardieu a probablement joué un rôle dans sa mise en place...

Cet accord-type proposait la rédaction suivante¹⁰⁵ :

« Article 5.3.1 : Négociation des accords d'entreprise (*Éventuellement*)

Il est institué une commission de négociation au sein de laquelle se déroule la négociation des accords d'entreprise ou d'établissements. La commission de négociation est une émanation du conseil d'entreprise. Elle est composée de l'employeur et d'une délégation du personnel composée de... (*à préciser*) membres.

Les membres de la délégation du personnel sont désignés par le conseil d'entreprise parmi ses membres pour une durée de... (*à préciser*).

La désignation des membres de la commission de négociation est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la première réunion du conseil d'entreprise ou : La désignation des membres de la commission de négociation ne vaut que pour une seule négociation. Une nouvelle désignation par le conseil d'entreprise doit intervenir à chaque négociation. La désignation des membres de la commission de négociation est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise qui fait suite à la décision d'engager des négociations visée à l'article 5.2 du présent accord. »

Plusieurs accords de mise en place d'un CE ont repris ces mêmes formulations ou des formulations proches. Par exemple :

« Il est institué une commission de négociation au sein de laquelle se déroule la négociation des accords d'entreprise ou d'établissements.

La commission de négociation est une émanation du conseil d'entreprise. Elle est composée de l'employeur et d'une délégation du personnel composée de 4 membres.

Les membres de la délégation du personnel sont désignés par le conseil d'entreprise parmi ses membres, titulaires ou suppléants, pour la durée du mandat.

La désignation des membres de la commission de négociation est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la première réunion du conseil d'entreprise. » (Accord Janus)

« Les parties signataires mettent en place au sein du conseil d'entreprise une délégation appelée « commission de négociation » qui sera chargée de négocier les accords d'entreprise avec l'employeur.

Elle est composée de l'ensemble des membres titulaires du conseil d'entreprise. Dans l'éventualité où plusieurs organisations syndicales devaient être représentatives dans l'entreprise, cette commission de négociation serait alors composée d'au maximum trois représentants titulaires du conseil d'entreprise et par organisation représentative. Les membres désignés à la commission sont le reflet de la représentativité syndicale. Dans la mesure du possible, chaque organisation syndicale ayant obtenu au moins 10% lors des suffrages au conseil d'entreprise doit bénéficier d'au moins un représentant titulaire du conseil d'entreprise à la commission.

¹⁰⁵ <https://www.de-pardieu.com/wp-content/uploads/2018/09/Accord-relatif---la-mise-en-place-dun-conseil-dentreprise.pdf>

Les membres de la commission de négociation sont désignés le cas échéant par une résolution du conseil d'entreprise adoptée à la majorité des membres titulaires présents lors de la première réunion du conseil d'entreprise pour la durée du mandat.

La désignation des membres de la commission de négociation est, le cas échéant, inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la première réunion du conseil d'entreprise » (Accord Gazel)

« Il est institué une commission de négociation composée de l'employeur et d'une délégation du personnel de 4 membres, dont 2 membres titulaires du collège technicien agent de maîtrise et 2 membres titulaires du collège cadre.

Les membres de la commission de négociation sont désignés par le Conseil d'entreprise parmi ses membres, pour chaque sujet de négociation. » (Accord Genethon)

Quelques accords collectifs détaillent ainsi la composition et l'activité de cette commission de négociation (elle peut être permanente ou dédiés à un processus de négociation particulier¹⁰⁶) :

« Les parties signataires ont entendu mettre en place au sein du Conseil d'Entreprise une délégation qui sera chargée de négocier les accords d'entreprise avec l'employeur.

Cette délégation sera composée d'un total de 3 membres titulaires (quel que soit le collège).

Les membres de la Commission de négociation seront désignés par une résolution du Conseil d'Entreprise adoptée à la majorité des membres titulaires présents lors de la première réunion du Conseil d'Entreprise.

En cas de pluralité de candidatures dans un collège et de candidats obtenant le même nombre de voix, le candidat ayant le plus d'ancienneté au sein de l'entreprise sera désigné membre de la Commission de négociation.

Un bilan annuel sera réalisé concernant l'activité de la Commission de négociation au cours du premier trimestre de chaque année.

A cette occasion, un point sera fait quant à la composition de la Commission de négociation et quant au souhait de ses membres de poursuivre leur fonction. Si un membre de la Commission de négociation entend quitter la Commission, il sera procédé à son remplacement selon les modalités ci-dessus exposées. » (Accord MM Packaging)

« En effet, la délégation négocie avec l'employeur. Cette délégation sera composée : du Délégué syndical de chaque organisation représentative au niveau de l'entreprise ; et de trois membres représentants du personnel titulaires au sein du Conseil d'Entreprise, à savoir : Un représentant du collège Ouvriers – Employés ; Un représentant du Collège Techniciens – Agents de maîtrise ; Un représentant du collège Cadre.

Les membres de la Commission de négociation seront désignés par une résolution du Conseil d'Entreprise adoptée à la majorité des membres titulaires présents lors de la première réunion du Conseil d'Entreprise.

En cas de pluralité de candidatures dans un collège et de candidats obtenant le même nombre de voix, le candidat ayant le plus d'ancienneté au sein de l'entreprise sera désigné membre de la Commission de négociation.

Un bilan annuel sera réalisé concernant l'activité de la Commission de négociation au cours du premier trimestre de chaque année.

¹⁰⁶ « On change pour chaque processus de négociation. On s'est dit que traiter des différents thèmes supposait des compétences différentes. La commission de négociation n'est donc pas permanente et se modifie en fonction des thèmes de négociation et donc de l'appétence des élus à leur égard. » (Juriste, Cardem)

A cette occasion, un point sera fait quant à la composition de la Commission de négociation et quant au souhait de ses membres de poursuivre leur fonction. Si un membre de la Commission de négociation entend quitter la Commission, il sera procédé à son remplacement selon les modalités ci-dessus exposées.

Un premier bilan sera dressé au premier trimestre 2019.

(...) Il a été convenu entre les parties signataires que lorsqu'une négociation sera engagée en vue de la conclusion d'un accord d'entreprise sur un ou plusieurs thèmes spécifiques, la Commission de négociation participera à l'élaboration d'un projet d'accord avec l'employeur.

Ce projet sera présenté et soumis aux membres titulaires du Conseil d'Entreprise qui devront se prononcer sur le projet d'accord selon les modalités suivantes.» (Accord SNIE)

Peu d'accords détaillent le processus de négociation et ses conditions de déroulement. Ce que font, par exemple, les accords signés chez Léa et Léo Gd Est et à la SNIE :

« Lors des réunions de négociation, la délégation du personnel du Conseil d'Entreprise est composée de l'ensemble des membres du Conseil d'entreprise (soit l'ensemble des membres du CSE). (...)

3.3.1. Les membres de la délégation du personnel au Conseil d'Entreprise sont convoqués par lettre remise en main propre contre décharge ou lettre recommandée avec accusé de réception.

3.3.2. Les organisations syndicales représentatives et la direction conviennent d'un délai de convocation raisonnable et suffisant de 15 jours francs.

3.3.3. La direction de l'entreprise remettra aux membres de la délégation les informations nécessaires à la négociation 15 jours francs avant la tenue de la première réunion. (...)

3.4.1. Au cours de la première réunion, si les membres de la délégation du Conseil d'Entreprise le sollicitent, la direction apportera des précisions aux informations qu'elle a préalablement communiquées.

3.4.2. Ensuite, les membres de la délégation du personnel au Conseil d'Entreprise feront part à la direction de leurs propositions auxquelles il sera apporté des réponses.

Lors de la réunion, il pourra être procédé à la négociation et signature de l'accord. » (Accord Léa et Léo Grand est)

« Dans un premier temps, les parties signataires souhaitent que le projet d'accord négocié par la Commission de négociation soit l'objet d'une consultation de l'ensemble des membres composant le Conseil d'Entreprise y compris ceux n'ayant pas participé à la négociation.

Cette consultation interne au Conseil d'Entreprise ne pourra avoir lieu que si au moins les 3/4 des membres titulaires (ou suppléant remplaçant définitivement un titulaire) sont présents. A défaut, cette consultation sera reportée à une séance ultérieure. Un seul report est possible.

L'accord ne pourra être soumis au Conseil d'Entreprise que si y sont favorables, la majorité en nombre des membres du Conseil. A défaut de recueillir cet avis favorable, l'accord ne pourra être soumis à la signature du Conseil d'Entreprise.

Il sera renvoyé devant la Commission de négociation afin de reprendre la négociation avec l'employeur en vue d'aboutir à un projet modifié.

Une fois les conditions ci-dessus satisfaites, le Conseil d'Entreprise procède au vote sur le projet d'accord. » (Accord SNIE)

D'autres accords collectifs n'instituent pas de commission de négociation ou la désignent comme un simple dispositif préparatoire, et la délégation des élus est celle qui participe en totalité aux réunions de négociation. Dans tous les cas, seul le Conseil d'entreprise est habilité à signer l'accord :

« Afin de préparer certaines négociations, il pourra être créé une commission ad hoc. Cette commission sera formée par décision majoritaire du Conseil d'Entreprise. Son but sera de négocier et de préparer les accords. La signature reste la prérogative exclusive du Conseil d'Entreprise. » (Accord De Sangosse)

« Toute la délégation du personnel bénéficie de ces attributions en matière de négociation collective. Les 9 membres titulaires du Conseil d'entreprise d'Y*** seront convoqués pour négocier, conclure et réviser les accords d'entreprise. En cas d'absence du membre titulaire, le membre suppléant peut remplacer le membre titulaire. » (Accord Yposkesi)

La totalité des accords de mise en place d'un CE mentionnant cette procédure reprennent les conditions de validation détaillées dans l'article L. 2321-9 :

« La validation de l'accord négocié au sein de la commission de négociation devra être entérinée par le Conseil d'entreprise. La validation dudit accord est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise qui fait suite à la dernière réunion de la commission de négociation. Conformément à l'article L. 2321-9 du Code du travail, la validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature par :

- la majorité des membres titulaires élus du conseil ;
ou
 - par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.
- Pour l'appréciation de ce dernier score, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

Le Président du Conseil d'entreprise ne prend pas part au vote. » (Accord Yposkesi)

« Pour être valide, l'accord devra être signé par :

- 3.5.1. la majorité des membres titulaires élus du Conseil d'entreprise.
Les modalités d'adoption des décisions au Conseil d'Entreprise pourront se faire à la majorité des membres présents (article L 2315-32 du Code du travail).
- 3.5.2. ou par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (pour calculer la majorité requise, tous les votes sont pris en compte (y compris les votes blancs ou nuls et les abstentions qui équivalent à un vote négatif). (...)

Lors de la dernière réunion, il sera constaté :

- soit un accord ; ce qui aura pour conséquence la signature de l'accord collectif ;
- soit un désaccord ; ce qui aura pour conséquence la rédaction d'un procès-verbal de désaccord. » (Accord Léa et Léo Grand est)

« Conformément à l'article L2321-9 du Code du travail, la validité de l'accord est subordonnée à l'une des deux conditions suivantes :

L'accord est approuvé et signé par la majorité des membres titulaires élus du Conseil d'Entreprise
Ou

L'accord est approuvé et signé par les membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (le score étant apprécié au premier tour pour les candidats élus lors de ce tour, et au second pour les autres).

La signature est constatée par un procès-verbal annexé à l'accord et donnant pouvoir à l'un des membres signataires pour ratifier l'accord avec l'employeur. » (Accord De Sangosse)

« Quand la négociation aboutit à un accord, le texte du projet d'accord est soumis à la signature des membres du Conseil d'Entreprise.

En application de l'article L.2321-9 du code du travail, la validité d'un accord d'entreprise conclu par le Conseil d'Entreprise est subordonnée à sa signature :

- par la majorité, en nombre, des membres titulaires élus du Conseil,
ou
- par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Pour l'appréciation de ce seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus du premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin. (Accord MMP)

« Le texte du projet d'accord fruit de la négociation avec la commission est soumis par l'employeur à la signature des membres du conseil d'entreprise.

Conformément aux dispositions de l'article L.2321-9 du Code du travail, la validité d'un accord d'entreprise conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature :

- par la majorité, en nombre, des membres titulaires élus du conseil d'entreprise,
OU
- par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Pour l'appréciation de ce seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus du premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

Le président du conseil d'entreprise ne prend pas part au vote. (Accord Gazel)

« La validation de l'accord négocié au sein de la commission de négociation devra être entérinée par le Conseil d'entreprise. La validation dudit accord est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise qui fait suite à la dernière réunion de la commission de négociation.

Conformément à l'article L. 2321-9 du Code du travail, la validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature par :

- la majorité des membres titulaires élus du conseil ;
ou
- par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Pour l'appréciation de ce dernier score, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

Le Président du Conseil d'entreprise ne prend pas part au vote. » (Accord Genethon)

« La validation de l'accord négocié est inscrite à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise.

Conformément aux dispositions de l'article L.2321-9 du code du travail, la validité de l'accord est subordonnée à sa signature, soit :

- Par la majorité des membres titulaires élus du conseil ;
- Par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Pour l'appréciation de ce second seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

Le président du conseil d'entreprise ou son représentant ne prend pas part à ce vote. » (Accord Isocel)

« Le pouvoir de conclure un accord collectif appartient au conseil d'entreprise et ne peut être délégué à la commission de négociation.

La validation de l'accord négocié au sein de la commission est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'entreprise qui fait suite à la dernière réunion de la commission de négociation.

Conformément aux dispositions de l'article L. 2321-9 du Code du travail, la validité de l'accord est subordonnée à sa signature, soit :

- par la majorité des membres titulaires élus du conseil ;
- par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Pour l'appréciation de ce second seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

Le président du conseil d'entreprise ou son représentant ne prend pas part à ce vote. » (Accord Janus).

Assurément, les pratiques de négociation collective dans les entreprises ayant opté pour un « conseil d'entreprise » sont réelles, et leurs dirigeants ne manquent pas de souligner combien ils sont attachés au dialogue social. Il n'a pas été possible de calculer avec précision la fréquence de ces négociations pour chaque entreprise du corpus – du fait des délais de dépôt et d'enregistrement des accords mais aussi, avouons-le, d'une procédure de recherche un peu fastidieuse sur la base de données Légifrance... Un rapide focus sur quelques entreprises montre, pour certaines, *une activité contractuelle soutenue* (par exemple, De Sangosse, avec parfois 5 ou 6 accords et avenants signés annuellement) et, pour d'autres, une activité que l'on peut qualifier de *transactionnelle*, moins formalisée mais toute aussi réelle, avec des rencontres régulières, sur des thèmes dédiés,

| Entreprises | Thèmes des accords | Date de signature |
|------------------------|--|-------------------|
| | Accord NAO 2018 | 12/01/2018 |
| | Accord de mise en place d'une UES en prévision d'un CSE-CE | 15/07/2019 |
| | Accord sur le droit à la déconnexion | 22/01/2018 |
| | Accord sur la prorogation des mandats CE, CHSCT et DP | 03/04/2018 |
| UES De Sangosse | Accord sur les repos quotidien et hebdomadaire | 11/07/2018 |
| | Accord sur la mise en œuvre de la BDES | 09/11/2018 |
| | Accord relatif à la mise en œuvre du Dispositif d'alerte | 12/11/2018 |

| | | |
|--|--|-------------------|
| | Accord NAO 2019 | 08/04/2019 |
| | Avenant n° 1 à l'accord de Groupe relatif à la Représentation du Personnel du 10 Juin 2014 | 15/07/2019 |
| | Accord de mise en place du Conseil d'entreprise | 16/07/2019 |
| | Avenant n° 1 à l'accord de Groupe autorisant le vote par voie électronique du 10 Juin 2014 | 16/07/2019 |
| | Accord sur les garanties collectives invalidité, décès" (non-cadres) | 06/11/2019 |
| | Accord régime compl. de remboursement frais de santé | 06/11/2019 |
| | Accord relatif aux Garanties Collectives (cadres et art. 36) | 06/11/2019 |
| | Accord NAO 2020 | 15/01/2020 |
| | Accord sur le complément d'indemnisation des heures chômées | 10/09/2020 |
| | Avenant n° 1 à l'accord sur les garanties collectives (non cadres) | 14/09/2020 |
| | Avenant n° 2 à l'accord sur les garanties collectives (cadres) | 14/09/2020 |

| | | |
|--------------------------|--|------------|
| | Accord de méthode préalable à la mise en place du CE | 10/07/2018 |
| | Accord de mise en place du Conseil d'entreprise | 27/07/2018 |
| | Accord sur la durée et l'aménagement du temps de travail | 20/06/2019 |
| Léa et Léo Gd Est | Accord sur l'harmonisation des normes | 18/09/2019 |
| | Accord sur l'occultation partielle de l'accord collectif sur l'organisation des congés payés | 22/04/2020 |
| | Accord égalité H-F | 16/06/2020 |
| | Accord sur les évolutions salariales | 11/09/2020 |

| | | |
|--|---------------------------|------------|
| | Accord NAO Salaires 2018 | 13/04/2018 |
| | Accord sur le télétravail | 18/12/2018 |

| | | |
|-----------------|---|------------|
| | Accord NAO Salaires 2019 | 18/04/2019 |
| Yposkesi | Accord de mise en place du Conseil d'entreprise | 01/08/2019 |
| | Accord sur le recours au vote électronique pour les élections du CE | 18/10/2019 |
| | Avenant n° 1 à l'accord de mise en place du Conseil d'entreprise | 11/06/2020 |

II.3. Avis conforme

Nous (re)discuterons de cette disposition dans la prochaine section (*II.2. Controverses*). La procédure est ici seulement présentée, telle qu'elle figure dans les accords instituant un « conseil d'entreprise ».

Le code du travail stipule dans son article L.2321-3, suite à l'ordonnance du 22 septembre 2017, complétée par celle du 20 décembre 2017 :

« L'accord prévu à l'article L.2321-2 fixe la liste des thèmes tels que l'égalité professionnelle, soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise. La formation professionnelle constitue un thème obligatoire. »

Comment cette obligation est-elle traitée dans la petite vingtaine d'accords instituant un « conseil d'entreprise » ? Réponse : de façon très variable. La clause peut être minimaliste ou, à l'inverse, définir concrètement le processus de l'avis de conformité du projet de l'employeur. Pour le minimalisme de l'énoncé, citons :

« Conformément l'article L.2321-3 du Code du travail, le thème de la formation professionnelle visé l'article L.2321-26 du Code du travail fera l'objet d'un avis conforme du Conseil d'Entreprise. » (Accord MM Packaging)

« À défaut d'avis conforme à l'issue du délai d'un mois de consultation, la commission de négociation est réunie afin de négocier les conditions d'obtention d'un avis conforme. » (Accord Gazel)

« Conformément à l'article L.2321-3 du Code du travail, le thème de la formation professionnelle visé à l'article L.2312-26 du Code du travail fera l'objet d'un avis conforme du Conseil d'Entreprise. » (Accord SNIE)

D'autres accords sont plus loquaces ; en détaillant les conditions de collecte et de rendu de l'avis conforme :

« Conformément à l'article L. 2321-3 du Code du travail, le thème de la formation professionnelle visé à l'article L. 2312-26 du Code du travail ainsi que celui de l'égalité professionnelle visé à l'article L. 2242-17, 2° feront l'objet d'un avis conforme du Conseil d'entreprise.

L'avis conforme du Conseil d'entreprise sera obtenu après un vote à la majorité des membres titulaires présents lors de la réunion.

Tant que le Conseil d'entreprise n'a pas émis d'avis conforme sur le projet qui lui est soumis, l'employeur ne peut prendre de décision unilatérale de nature collective s'y rapportant.

En cas de blocage, une instance de départage ad hoc pourra être constituée afin de poursuivre les négociations et trouver un consensus emportant l'avis conforme du Conseil d'entreprise.

Cette instance de départage ad hoc serait composée de 4 membres titulaires du Conseil d'entreprise dont deux n'appartenant pas à la commission de négociation. Ces membres seraient désignés à l'issue de la réunion au cours de laquelle après comptage des voix, aucun avis conforme n'a pu être trouvé.

A l'aune des réflexions et des avancées faites par l'instance de départage ad hoc, le Conseil d'entreprise sera consulté une nouvelle fois dans les meilleurs délais et au plus tard dans les 2 mois suivant l'avis non conforme initialement émis. » (Accord Genethon)

« Tout projet de nature collective ne pourra être mis en œuvre avant d'avoir au préalable fait l'objet d'un avis conforme du conseil d'entreprise dans les domaines suivants :

- La formation professionnelle ;
- L'égalité professionnelle

Le projet soumis par l'employeur est réputé avoir recueilli l'avis conforme du conseil d'entreprise s'il est approuvé par la majorité des membres élus présents au moment du vote. » (Accord Isocel)

« Tout projet de nature collective ne pourra être mis en œuvre avant d'avoir au préalable fait l'objet d'un avis conforme du conseil d'entreprise dans les domaines suivants :

- la formation professionnelle (plan annuel de formation des permanents et des intérimaires) ; et
- l'égalité professionnelle.

Le projet soumis par l'employeur est réputé avoir recueilli l'avis conforme du conseil d'entreprise s'il est approuvé :

- soit par la majorité des membres titulaires élus du conseil d'entreprise ;
- soit par un ou plusieurs membres titulaires du conseil d'entreprise ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Pour l'appréciation de ce second seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

Tant que le conseil d'entreprise n'a pas émis d'avis conforme sur le projet qui lui est soumis, l'employeur ne peut prendre de décisions unilatérales de nature collective s'y rapportant, sauf si l'urgence le justifie. » (Accord Janus)

« 3.7.1. Le Conseil d'Entreprise dispose d'un droit de veto sur le thème de la formation professionnelle.

Les dispositions en cette matière sont donc soumises à un avis conforme des membres de la délégation du personnel au Conseil d'entreprise.

3.7.2. Le Conseil d'Entreprise dispose également d'un droit de veto dans les domaines spécifiques prévus par la loi pour le Comité Social et Economique.

3.7.3.. Les parties s'accordent d'ores et déjà sur le fait que dans l'hypothèse où une évolution législative conduirait à ne plus rendre obligatoire l'avis conforme visés ci-dessus, celui-ci ne sera plus applicable. » (Accord Léa et Léo)

Quels sont les thèmes relatifs à cet avis conforme qui ont été retenus par les négociateurs ? Le tableau ci-joint, que nous commenterons plus loin, les recense :

| | Thèmes soumis à avis conforme |
|----------------------------------|---|
| Solidarité Estuaire | Formation professionnelle |
| MM Packaging | Formation professionnelle |
| Janus | Formation professionnelle et égalité professionnelle |
| Isocel | Formation professionnelle et égalité professionnelle « Le projet soumis par l'employeur est réputé avoir recueilli l'avis conforme du conseil d'entreprise s'il est approuvé par la majorité des membres élus présents au moment du vote » |
| Yposkesi | Formation professionnelle Égalité professionnelle |
| Cardem | Non renseigné dans l'exemplaire déposé sur Légifrance |
| UES De Sangosse | Formation professionnelle Protection Sociale Complémentaire des salariés |
| D'Hondt Thermal Solutions | Non renseigné dans l'accord |
| Gazel Energie Solutions | Formation professionnelle |
| Soven | Formation professionnelle |
| SNIE | Formation professionnelle |
| Genethon | Formation professionnelle et égalité professionnelle |
| Vacanceole | CSE et BDES Temps de travail Partage valeur ajoutée RSE, QVT, GEPP Égalité professionnelle |
| Grands Buffets | <i>Non renseigné dans l'accord</i> |
| Lea et Leo Gd Est | Formation professionnelle |
| Insertion 17 | <i>Non renseigné dans l'accord</i> (information DGT. Accord non présent dans la base Légifrance) |

III. RÉFLEXIONS

Suggérant, à juste titre, de ne pas s'intéresser « uniquement au conseil d'entreprise », mais d'« envisager le problème un peu différemment, de façon plus globale, en intégrant dans la réflexion (...) la participation des salariés au conseil d'administration ou de surveillance », Stéphane Béal remarque que cette approche suscite, chez les dirigeants d'entreprise, nombre de craintes et de réticences. Celles-ci, estime-t-il, « sont la traduction d'une absence de culture du dialogue social et du fait que, manifestement, les partenaires sociaux ne font pas confiance au dialogue social ». Si perdurent « les postures d'opposition » des uns et « les résistances » des autres, alors, conclut-il,

« Passons à autre chose, enterrons le conseil d'entreprise, il n'a aucun avenir ! Le conseil d'entreprise restera dans ce cas *une curiosité* dans un très petit nombre d'entreprises et cette disposition n'aura servi à rien »¹⁰⁷ ...

Le « conseil d'entreprise » : une innovation sans lendemain ? Peut-être est-ce le cas. Le déséquilibre des chiffres est en effet une information fiable sur l'écho de ce dispositif chez les partenaires sociaux : il n'a été adopté que par 0,02 % des entreprises et associations dotées d'un CSE ; et l'on voit mal les raisons pour lesquelles une part significative de ces CSE déciderait, ces prochains mois, de muter en « conseil d'entreprise...

Tentons de comprendre les motifs de cette désaffection ; ils sont divers. Peuvent-ils se résumer à un problème d'absence de culture française du dialogue social ? Oui, car cette culture préférée de la confrontation, dans les deux camps, et la peur, mutuelle, du face-à-face et du contrat obérera, pendant de longues années encore, la possibilité d'un dialogue social apaisé, méthodique, efficient. Non, car peut-être ont convergé différents facteurs, politiques, organisationnels et communicationnels, qui ont produit cette désaffection. Identifiés, ils peuvent être désamorçés.

III.1. Intérêt

L'originalité du « conseil d'entreprise », dans les versions successives du projet du CJD consistait à coupler regroupement des IRP et association des salariés et de leurs représentants à la gouvernance des entreprises. Cette double ambition lui donnait force et modernité. Les ordonnances de 2017 ont rempli une part de cette feuille de route. Et la plupart des propositions du CJD de 2009 figurent désormais dans le code du travail. Mais ce qui était présenté par ses promoteurs comme une solution élégante et efficace aux maux français d'un dialogue social appauvri, une fois le dispositif de « conseil d'entreprise » offert aux partenaires sociaux, peu d'entre eux s'en sont emparés. Pour quelles raisons ?

¹⁰⁷ Stéphane Béal, dans Frédéric Géa (dir.), *Retour sur les ordonnances Macron*, op. cit., p. 314. Nous soulignons.

Il est probable que la ressource principale du dispositif alors conçu par le CJD résidait dans le regroupement des IRP – son document de 2009 ne parle plus d’ailleurs que d’IURP, l’*instance unique de représentation du personnel* – et que la forme « CSE » – soit le regroupement de ces IRP – a semblé suffire à nombre de dirigeants d’entreprises, petites et grandes. En témoigne le fait que plus de la moitié des dirigeants de PME, après 2015 et la loi Rebsamen, avaient adopté le principe de la DUP, la délégation unique du personnel. Une fois cette DUP renommée CSE, pourquoi auraient-ils opté pour la forme « conseil d’entreprise » ? Autrement dit : quel *intérêt* avaient-ils à le faire ?

Ce qui différencie un « comité social et économique » d’un « conseil d’entreprise » est la faculté donnée à cette instance, dotée des attributions d’un CSE, de négocier et conclure des accords collectifs, d’une part, mais aussi d’*user d’un droit de veto* sur certaines décisions de l’employeur, *via* l’avis conforme. Est-ce que ces deux facultés, négocier et autoriser, sont de nature à soulever l’enthousiasme des dirigeants d’entreprise ? On se doute que non...

Chrystelle Lecœur, dans un article paru dans *Droit ouvrier* en septembre 2020, confirme le trait :

« Les critiques formulées se cristallisent principalement autour de la suppression du rôle essentiel des DS dans l’entreprise, à savoir la faculté de négocier des accords. Il est très probable que les organisations inquiètes quant à leur avenir vont difficilement souhaiter basculer vers la mise en place d’un CE. Elles font également valoir que le dispositif n’impose pas suffisamment de thèmes devant être soumis à l’avis conforme. En conséquence, si les entreprises ne jouent pas le jeu en allongeant la liste des thèmes soumis à avis, la mise en place du CE ne présentera, de leur point de vue, qu’un faible intérêt. À la lecture des accords conclus, il faut reconnaître que leur crainte semble pour l’heure justifiée puisque sur les treize accords trois seulement envisagent d’élargir la liste¹⁰⁸ »

Quels autres éléments peuvent rendre attractive pour un employeur la mutation d’un CSE en CE ? Plusieurs sont éligibles. Lesquels sont suffisamment intéressants ?

La *rationalisation des moyens*, avec une réduction des mandats et des heures de délégation ? Pas en ce qui concerne le « conseil d’entreprise » puisque la loi prévoit, pour les négociateurs salariés, des minimum de 12, 18 et 24 heures de délégation par titulaire, selon la taille des établissements, et qui s’ajoutent à leur contingent d’élus. Notons également que cette réduction des mandats et des heures prévues dans les ordonnances de 2017 a principalement concerné les grandes entreprises. La loi prévoit d’ailleurs que des contingents différents d’heures de délégation peuvent être déterminés par accord d’entreprise. Plus simplement : on a du mal à imaginer que des dirigeants d’entreprise adoptent un type d’IRP plutôt qu’un autre en fonction du seul gain de quelques centaines d’heures annuelles de délégation...

Le fait de *pouvoir négocier avec des élus* plutôt que des délégués syndicaux ? Pour quelques dirigeants, cela est en effet positif :

¹⁰⁸ Chrystelle Lecœur, « Le conseil d’entreprise », *Droit ouvrier*, septembre 2020, n° 865, p. 624-631. (53) Il s’agit des accords *Sangosse*, *Vacanceole* et *Les Grands Buffets*.

« Négocier avec tout le monde nous semble cohérent : c'est en partager tous le poids... » (DRH, accord SNIE)

« Nous voulions négocier avec les élus du personnel, car ils représentent les salariés dans leur diversité. Siègent ainsi au Conseil d'entreprise des élus aux profils différents et de catégories professionnelles différentes. On a ainsi des ouvriers, des ETAM et des cadres. L'idée d'opter pour le conseil d'entreprise nous est venue après une bonne expérience : lors de la reprise d'autres agences, début 2018, nous avons dû négocier des accords d'harmonisation. Or, il n'y avait pas de délégués syndicaux, juste un CSE. On a donc négocié à l'époque avec des élus, et nous avons beaucoup apprécié la qualité des discussions avec eux. Quand il a fallu passer en CSE, nous avons donc proposé aux délégués syndicaux, CGT, CFDT et CFTC, ce syndicat étant à l'époque majoritaire, de passer en conseil d'entreprise. » (Juriste, Cardem)

Cette possibilité, d'un autre côté, semble offrir peu d'intérêt : il vaut mieux en effet négocier avec trois ou quatre personnes plutôt qu'avec un collectif d'une douzaine¹⁰⁹ ; et plutôt négocier avec des personnes expérimentées, qui peuvent solliciter leur syndicat ou mobiliser des ressources, mieux que le ferait un simple élu, syndiqué ou non...

Deux autres éléments sont évoqués par Chrystelle Lecœur dans son article :

« Pour [*les directions d'entreprise*], il serait plus simple de répartir les rôles entre plusieurs instances, ou encore de trouver un accord avec quelques DS seulement. En effet, un grand nombre d'acteurs autour de la table des négociations peut, au-delà des tensions, induire des contraintes en termes de logistique, de coût et de calendrier.¹¹⁰ »

Ces arguments sont, à notre avis, centraux – en tous cas, pour les PME, ETI et GE avec présence syndicale. Le jeu négociatoire y est souvent dynamisé par la concurrence entre délégués syndicaux, aboutissant à des accords mutuellement satisfaisants, et probablement plus riches et plus durables du fait qu'il y a eu confrontation et contre-argumentation. Négocier en collectif, pour quiconque a tenté de le faire, s'avère un exercice impossible, d'autant plus que le délégué syndical ne jouant plus son rôle de responsable syndical et d'animateur de l'équipe de négociation, les membres de la délégation du personnel auront tendance à agir de manière plus désordonnée...

Cette faculté donnée au « conseil d'entreprise » de négocier des accords collectifs n'est donc attractive qu'à condition que le dirigeant ait l'intention de négocier de tels accords. Pourquoi le ferait-il ? Là réside le problème de fond : *l'intérêt qu'ont les directions d'entreprise à contracter avec les représentants des salariés*. Lequel est-il ?

Hors les cas, sommes toute rares, où l'octroi de subventions est liée à la signature d'un accord collectif, comme ce fut le cas pour le dispositif APLD, activité partielle de longue durée, les cas de négociation administrée (plans d'action, accords sur l'égalité professionnelle, etc.) et les NAO, négociations annuelles obligatoires, portant essentiellement sur les rémunérations, le principal

¹⁰⁹ « Négocier en nombre ? Nous avons créé une commission « Négociation », bien que l'on soit moins de 300, pour être moins nombreux et pouvoir discuter plus aisément des choses un peu techniques. Ils ont accès à toutes les informations dont ils auraient besoin. J'ai besoin d'avoir des personnes qui signent un accord collectif de façon éclairée. » (DRH, accord Genethon)

¹¹⁰ Chrystelle Lecœur, « Le conseil d'entreprise », *Droit ouvrier*, septembre 2020, n° 865, p. 628.

intérêt d'une régulation conjointe, pour un employeur, est l'actualisation des règles nécessaires au fonctionnement de l'entreprise et la possibilité de rapidement modifier l'organisation du travail, en fonction de l'évolution de la situation socio-productive.

Cette adaptation des règles socio-productives est possible sans négocier avec le CSE / CE, en se contentant d'une information-consultation ? La réponse est oui ; et nombre d'entreprises se limitent à cette pratique. Pour quelles raisons ces directions décideraient alors de négocier un accord collectif ? Répondons ainsi : parce qu'elles en ont pris l'habitude ; parce qu'elles adhèrent à l'idée du dialogue social comme levier de performance et comme mode de gouvernance de l'entreprise ; parce que cela sécurise la gestion quotidienne de la relation de travail. Ces trois raisons émergent de notre enquête auprès de quelques directions et de leurs conseils. Verbatim :

« Nous avons l'habitude de nous concerter avec nos élus. Notre façon de travailler est celle-ci » (DRH, Genethon).

« Cette solution s'imposait car nous fonctionnions déjà de cette façon par le passé. En fait, on a fait coïncider le dispositif juridique avec la situation sur le terrain – et non l'inverse... Passer en conseil d'entreprise, honnêtement, cela n'a rien changé pour nous : nous avons fonctionné en groupe, on a toujours travaillé ensemble. On se met à plusieurs autour d'une table, on passe en revue les problèmes à résoudre, et on se met d'accord sur une solution... » (DG, Les Grands Buffets)

« Notre entreprise se veut à la point du dialogue social. On travaille dans un format très ouvert, avec beaucoup de consultations des salariés. On a donc saisi l'opportunité offerte par cette nouvelle instance pour poursuivre ce dialogue social. (...) La SNIE n'était pas encore éligible car le mandat des élus venait de commencer. On leur a proposé de tous démissionner, aux fins d'organiser des nouvelles élections et instituer le conseil d'entreprise (...) On soumet une idée au Conseil d'entreprise, à propos d'un de nos projets, ou d'un problème à régler ; on leur donne les grandes lignes, on en discute, puis on rédige l'accord, et en une seule séance, c'est fait ! » (Directeur, accord SNIE)

« La SNIE est une société atypique. Le CHSCT, auparavant, fonctionnait déjà comme un service de prévention. Notre méthode est d'aller dans les ateliers pour voir comment les problèmes ont été résolus et quelles solutions ont été mises en place. On travaille en toute transparence, avec la Carsat, avec la médecine du travail, avec l'inspection du travail, etc. Chacun de nous, au début de la crise sanitaire, s'est mis à la disposition de la direction pour définir les modalités de la reprise de l'activité. C'est fusionnel, ici. Et on sait tous ce qui est fait par la direction en faveur des employés. Il n'y a pas de barrière entre nous... » (Secrétaire de la CSSCT, accord SNIE)

Comme on le constate dans ces trois exemples, la propension des directions à contracter dépend surtout de leurs convictions et d'un fonctionnement quasi collégial, affiné au fil des années. Il n'est pas dit que cet habitus soit généralisé au sein des TPE-PME...

III.2. Conception

L'ambition du législateur, exposée lors de la conférence de presse de présentation des ordonnances, fin août 2017 à l'hôtel Matignon peut se lire, fin 2021 et au regard du « conseil d'entreprise », de deux façons, selon le degré d'optimisme et de pessimisme de l'observateur.

Cela traduit – version *vitaliste* – un moment significatif dans la longue marche vers une codétermination assumée, une sorte d'étape obligée, ou « un premier pas »¹¹¹, avant, dans quelques années, la généralisation de la présence d'administrateurs salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance, et un partage de la construction des orientations stratégiques. Ou, à l'inverse – version *expectante* – un attermoisement de plus dans la politique d'alignement de la France sur les standards d'Europe du Nord, la codétermination devant être désormais considérée, la démonstration en a été faite récemment par Christophe Clerc et Olivier Favereau, « le mode normal de gouvernement d'entreprise »¹¹².

Les deux arguments sont recevables ; ils ont leur école et leurs partisans. Contentons-nous ici d'étayer l'hypothèse d'un manque certain d'attractivité du dispositif, et pour les deux camps, employeurs et représentants des salariés.

Le discours de promotion du « conseil d'entreprise » dans les ordonnances de 2017 explicitait clairement les intentions du législateur : *mieux outiller les acteurs du dialogue social, décloisonner ce dernier, l'élargir aux questions stratégiques* :

« La première étape consiste à permettre, très rapidement, aux acteurs du dialogue social et économique d'avoir tous les leviers pour négocier des règles qui prennent mieux en compte les attentes des salariés comme les besoins des entreprises.

Proposition n° 14. La possibilité accrue de promouvoir le dialogue social et la co-construction de la stratégie avec les salariés et leurs représentants, par la mise en place par accord majoritaire d'un conseil d'entreprise intégrant l'ensemble des fonctions de représentant du personnel (information, consultation, négociation). »¹¹³

Comment cette co-construction de la stratégie fut pensée, et quels en furent les impensés ?

Il y eut d'abord – et cela est une constante du législateur depuis une vingtaine d'années – la volonté d'instituer ce « conseil d'entreprise » par la voie d'un accord collectif majoritaire. L'idée n'était pas

¹¹¹ Pour reprendre le titre de l'article de Patrick Rémy, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Droit social*, n° 12, décembre 2017.

¹¹² « L'analyse théorique conventionnaliste de la firme fait apparaître que le modèle pluraliste de la codétermination est bien le mode le plus rationnel de gouvernement d'entreprise: le seul qui offre une solution pragmatique (conventionnelle) à l'écart entre la "société, entité juridique (dont les seuls membres sont les actionnaires), et "l'entreprise", organisation économique (dont l'efficacité suppose la coopération de multiples parties prenantes). En intégrant les salariés aux conseils d'administration ou de surveillance, et en donnant aux comités d'entreprise un droit de regard sur l'organisation du travail, la codétermination dénoue le double problème d'incomplétude des contrats de travail et de société – insoluble pour la théorie économique *mainstream* – en faisant des salariés, des managers et des actionnaires les trois "parties constituantes" de la firme. » Christophe Clerc et Olivier Favereau, *Modèles de gouvernance de l'entreprise: Structure, diversité, évaluation et prospective*, Rapport pour l'OIT, novembre 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms_758033.pdf

¹¹³ *Renforcement du dialogue social. Présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation*. Dossier de presse, Hôtel de Matignon, 31 août 2017. (Nous soulignons)

nouvelle, et rejoignait une des propositions-phares du rapport de Gilbert Cette et Jacques Barthélémy, *Réformer le droit du travail*, réalisé pour Terra Nova et publié en septembre 2015 :

« Dans cette approche globale, ce sont les partenaires sociaux qui, par accord collectif, ont la main pour substituer des normes conventionnelles aux normes réglementaires. Dès lors, en rapport avec une situation spécifique, l'accord collectif sert à concrétiser des compromis locaux protecteurs (l'accord est par définition majoritaire) et plus efficaces sur le plan économique que la situation sans accord. Le développement du tissu conventionnel, la qualité du dialogue social ainsi que la capacité de négocier et de signer des accords deviendront ainsi des éléments de concurrence entre les entreprises. Dans chaque entreprise et chaque branche, il deviendra possible d'adapter par accord collectif les normes du code du travail qui brident l'activité économique (IRP, seuils sociaux, ...) en définissant, grâce au contrat, les contreparties d'un compromis gagnant-gagnant.¹¹⁴ »

On ne pouvait donc mieux faire – sur le papier : les uns n'étaient pas dessaisis de leurs prérogatives (puisqu'ils signaient l'accord instituant cette nouvelle IRP), les autres étaient obligés à lâcher du lest et concéder certains avantages aux DS pour obtenir leur consentement à renoncer à leur monopole ; et tous pouvaient bâtir un compromis équilibré, en fonction des volitions et des besoins. Par quel aspect ce raisonnement a-t-il pêché ?

Parce que le *deal* n'a pu paraître *attractif* aux délégués syndicaux. L'examen des thèmes relevant de l'avis conforme semble appuyer cette hypothèse : la quasi-totalité des accords (à l'exception, notable, de celui de Vacancéole, prévoyant qu'une demi-douzaine de thèmes seraient assujettis à l'avis conforme du « conseil d'entreprise ») ne mentionne que le thème obligatoire, la formation professionnelle ; et notre enquête montre que cette disposition d'avis conforme n'a pas vraiment été un enjeu dans la décision des directions ni un point litigieux dans les négociations pour créer un « conseil d'entreprise »...

Cette hypothèse avait été suggérée dans le rapport d'étape du Comité d'évaluation des ordonnances, publié en décembre 2018 :

« En ce qui concerne le Conseil d'entreprise, tant du côté des employeurs que de celui des organisations syndicales, des responsables sont favorables à des formes de codécision. Mais le cadre proposé en fixe les objets, qui ne sont pas toujours ceux sur lesquels employeurs et représentants des salariés vont considérer possible ou souhaitable de s'engager dans une pratique inédite. En liant la possibilité de codécision à l'abandon du rôle du délégué syndical dans la négociation, on réduit en outre fortement l'attrait de ce dispositif.¹¹⁵ »

L'idée de « compenser » la perte du monopole de négociation des délégués syndicaux par l'octroi d'un droit d'opposition à certaines décisions de l'employeur, intéressante en soi, ne pouvait être attractive que *si le gain* (un certain « pouvoir de codétermination » comme l'écrivait à l'origine le ministère du travail...) *était jugé supérieur à la perte* (la fin du monopole de négociation), et si des signaux explicites étaient adressés aux organisations syndicales par le législateur relatifs à sa volonté d'accélérer le tempo de la présence d'administrateurs salariés dans les conseils

¹¹⁴ <https://tnova.fr/rapports/reformer-le-droit-du-travail>

¹¹⁵ *Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail. Note d'étape*, France Stratégie, décembre 2018, p. 40. <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-rapport-ordonnances-travail-final-web-14122018.pdf>

d'administration, cette disposition, comme l'écrivent Patricia Crifo et Antoine Reberieux¹¹⁶, constituant « la forme la plus aboutie de participation des salariés aux décisions », cheminant vers « une gouvernance plus horizontale centrée sur un meilleur équilibre des relations entre les différentes parties prenantes de l'entreprise ».

Autrement dit, le travail de réforme de notre droit du travail en matière de codétermination a pu sembler s'arrêter en chemin. Là réside l'impensé du gouvernement d'Edouard Philippe : proposer aux organisations syndicales et professionnelles un échange raisonnable, certes, (l'abandon du monopole vs. l'avis conforme) mais à coûts politiques réduits, sans y mettre le prix – par exemple en obligeant les deux partenaires à accepter un deal *autrement plus attractif* : un véritable droit à la négociation collective pour le CE, avec droit d'initiative et droit d'opposition à certains projets de l'employeur de ses membres, et où les délégués syndicaux seraient un élément moteur tout en perdant leur monopole ; et un droit accordé à l'employeur de contracter librement avec ce CE, y compris en dérogeant à certaines dispositions non couvertes par un accord de branche...

Bien sûr, les délégués syndicaux, présents aux réunions des « conseils d'entreprise » et le plus souvent membres des délégations des élus aux réunions de négociation, peuvent contribuer au succès de celles-ci et conseiller utilement leurs collègues élus dans cette IRP¹¹⁷. Mais en les privant de leur rôle moteur sans compenser cette perte par un droit accru à discuter les décisions de l'employeur, le législateur est resté à mi-chemin...

III.3. Promotion

Ce troisième motif de désaffection envers le « conseil d'entreprise » n'est pas à négliger : en septembre 2017, la publication des ordonnances oblige les partenaires sociaux et les experts, et en urgence, à lire, comprendre, évaluer les importants changements opérés dans le droit du travail. Le « conseil d'entreprise » est l'une de ces modifications majeures ; mais n'a guère été au cœur de l'activité promotionnelle du ministère du Travail. Pour quelles raisons ?

Quelques hypothèses sont vraisemblables. D'abord, les conseillers dans les cabinets ministériels concernés, savent que les partenaires sociaux sont, pour des raisons différentes, parfois antagoniques, en désaccord avec le dispositif : le Medef, car il ouvre, avec l'avis conforme, à une codétermination qu'il redoute ; FO, CGC et CGT, car ces trois centrales le tiennent pour une illustration de la volonté étatique de réduire la présence et la prépondérance syndicale ; la CFDT, car elle n'a pas réussi à convaincre Matignon d'en profiter pour légiférer sur la participation des

¹¹⁶ Patricia Crifo et Antoine Reberieux, *La participation des salariés*, SciencesPo Les Presses, Paris, 2019, p. 111.

¹¹⁷ « Chez nous, le délégué syndical est resté en place, il n'a pas vraiment perdu son pouvoir de négociation ; avant, il faisait ce qu'il fait maintenant : discuter avec tous les autres élus... » (DG, Les Grands Buffets)

représentants de salariés dans les Conseils d'administration, etc. Tout cela ne conduit pas à promouvoir, de façon bruyante, le dispositif...

Autre raison, liée à cette faible promotion : la relative méconnaissance du dispositif par les acteurs de terrain. Cette hypothèse se déduit, dans le panel des entités ayant installé un « conseil d'entreprise », de la présence d'une avocate, ardente propagandiste de ce dispositif, et qui l'a proposé à trois de ces clients, peu habitués aux arcanes du droit du travail. Interrogés, ceux-ci déclarent faire pleinement confiance en leur conseil et ne pas s'être intéressés personnellement à ce dispositif...

III.4. Conditions

Quelles sont alors les conditions nécessaires et suffisantes pour que le dispositif « conseil d'entreprise » soit adopté par d'autres entreprises et que s'expérimente en leur sein cette forme originale d'IRP ? Identifier ces conditions permissives permet d'en déduire quelques propositions pragmatiques :

Un *homme lige*. C'est-à-dire : une personne « dévouée à la cause » du dialogue social, et qui croit en ses vertus. Ce peut être le dirigeant, ou son conseil ; ce rôle peut être partagé par toute l'équipe de direction, ou endossé par un seul esprit éclairé ; c'est quelqu'un qui croit dans le dispositif, qui le fait vivre.

Une appétence au dialogue social (et sa pratique régulière et décomplexée). C'est-à-dire : un management fondé sur une pratique de direction d'entreprise qui recherche le consensus, évite la confrontation et tend à l'association des salariés aux décisions:

« Dans les autres entreprises, il y a des clivages avec les syndicats. Moi-même, j'ai connu cela. Je suis fils d'entrepreneur, j'ai même dirigé l'entreprise familiale. Mais l'ambiance était mauvaise, il y avait de l'affrontement, et il fallait en permanence faire des concessions. Je porte le sentiment qu'il est possible de diriger autrement. (...) Notre façon de faire est simple : être en totale concertation avec les salariés, sur tous les sujets, et cela sous le parrainage de M^e NB. Nous pratiquons cette concertation depuis le début, dès 1999, à l'époque de la loi Aubry. On avait, à l'époque, un dialogue social très soutenu, et très transparent. Le dispositif de Mme Aubry nous a permis d'affirmer notre volonté d'être dans l'échange. On a négocié un accord de réduction du temps de travail à 35 h – nous étions le premier restaurant de France à le faire ! – et avec un taux à 15 %...

J'ai souhaité construire une vraie relation sociale avec les délégués, j'ai leur numéro de téléphone, ils ont tous le mien, on s'appelle, on fait le point. Il n'y a pas de messes basses ici. On fait appel à leur compréhension, on ne cherche pas à les piéger. Chacun est dans son rôle, et on se respecte tous. Il n'y a jamais de choc frontal... » (DG, Les Grands buffets).

« L'avantage d'un conseil d'entreprise ? Mais c'est notre culture ! Quand je prépare un projet et que je le présente en vue de signer un accord d'entreprise, je recueille d'abord un maximum d'avis auprès des clients, auprès des managers et auprès des élus du personnel (...) Nos raisons d'avoir opté pour un conseil d'entreprise ? Travailler le plus en amont sur le projet avec les élus, recueillir leurs avis éclairés, et bâtir ainsi un accord le plus gagnant possible pour tout le monde. » (DRH, Genethon)

« Nos négociations salariales se sont toujours effectuées comme cela, avec des enquêtes sur les rémunérations faites directement auprès des salariés. » (DRH, accord SNIE)

« V*** un groupe qui est rapidement monté en puissance, de 30 à 280 personnes, en comptant les saisonniers. Ils vendent des voyages et des séjours ; ils sont en grande difficulté aujourd'hui avec la Covid-19. Ils ont été près de 500 il y a peu d'années ! C'est une entreprise jeune et performante. Le dialogue social y est très actif. Les salariés participent à la prise de décisions dans l'entreprise, il existe un accord d'intéressement, les salariés possèdent même des stocks options... La gestion y est très transparente. Le dirigeant est l'ex-directeur d'un centre de vacances. Il est dans une volonté de partage et de co-construction » (Conseil du dirigeant, accord Vacancéole)

Des délégués syndicaux priorisant cette communauté d'entreprise. Au-delà de la singularité de chaque cas d'entreprise ayant opté pour un « conseil d'entreprise » se profile une variable commune : la volonté des délégués syndicaux – quels que soient leurs syndicats, à l'exception de FO, non signataire d'accords instituant des CE – de prioriser la collectivité de travail plutôt que la fédération militante.

« Tout le monde participe à la négociation des salaires, et cela est mieux que négocier avec une seule personne et dépendre de son bon vouloir. D'ailleurs, le délégué syndical lui-même, membre de la CFTC, en était d'accord... Il ne souhaitait plus négocier seul, mais le faire avec tous les représentants élus du personnel. Il est ainsi plus fort, accompagné des autres élus » (Directeur, accord SNIE)

« On a donc proposé cette formule de CE au DS, qui a aussitôt accepté et qui m'a dit que cela l'arrangeait car il parlait déjà de son travail de DS et de négociateur avec l'ensemble de la DUP. » (DRH, accord Genethon)

Une entreprise pensée comme une communauté... Il n'est pas surprenant, en lisant les pages de quelques sites web d'entreprises ayant opté pour un « conseil d'entreprise », de constater une rhétorique communautaire prégnante :

« Le développement durable, l'innovation et les valeurs humaines sont les trois piliers de l'entreprise. Il faut aussi rappeler que notre actionariat est détenu pour 74 % par 600 de nos salariés qui sont donc au capital de l'entreprise.

Cela revient à dire qu'ils possèdent chacun une part de la table autour de laquelle ils se réunissent. Notre modèle, qui date de 1989, est donc impliquant. C'est une aventure humaine et professionnelle exceptionnelle. On partage beaucoup d'informations lors de réunions de proximité si bien que chaque salarié dispose d'une culture économique qui lui permet de comprendre les enjeux de l'entreprise.¹¹⁸ »

« Les gens se sentent bien dans l'entreprise. Depuis que j'y travaille, 1983, j'ai vu grandir, évoluer la société. C'est une entreprise familiale, plus de 500 salariés. Les gens peuvent évoluer dans leur poste, ils bénéficient de formation, et leurs postes de travail sont intéressants. On a un dialogue social en direct, franc, très bon » (Réfèrent CSSCT, accord SNIE)

« Nous sommes très satisfaits de la qualité des élus du personnel, de leur niveau de réflexion. Nos discussions sont toujours appropriées au seul fonctionnement de l'entreprise, sans dogmatisme

¹¹⁸ « Le naturel paie. Entretien avec le P-DG de De Sangosse », *Sud-Ouest*, 07/11/2019.

<https://www.desangosse.fr/revue/de-sangosse-le-naturel-paie-interview-avec-le-pdg-du-groupe-sud-ouest-du-7-11-19/>

syndical, et les solutions que nous adoptons toujours dimensionnées Cardem. Nos accords contiennent peu de bla bla, ils visent l'efficacité, et ceux qui les négocient avec nous sont des personnes de terrain... ». (Juriste, Cardem)

Une autonomie vis-à-vis de l'autorité publique et/ou de la branche professionnelle. Corollaire de cet esprit communautaire : une volonté certaine d'inventer des solutions appropriées à une situation locale et spécifique, sans puiser nécessairement dans les outils offerts par la législation ou par l'accord de branche :

« On finalisait, début 2020, un nouvel accord collectif. La Covid-19 arrive, et le premier confinement. Le restaurant ferme ; on maintient l'intégralité des salaires, l'entreprise étant aidée par l'Etat, il y avait report du versement des charges sociales, etc. C'était logique d'agir ainsi. Le confinement terminé, le restaurant reste fermé. S'offrait une opportunité : en profiter pour entreprendre d'importants travaux, et transformer le restaurant pour accueillir les publics, compte tenu des mesures de protection. Cela a été un travail d'adaptation très important, et il était profitable de le faire puisque nous étions fermés et que les investissements avaient été réalisés... Arrive le deuxième confinement ; j'annonce au personnel que je suis prêt à nouveau à maintenir 100 % de leur salaire. Les délégués me disent alors : "Si vous faites cela, nous, on va voir comment on peut vous aider". Ils sont revenus après avoir discuté entre eux. Ils nous ont dit : "Si vous maintenez votre offre, nous, on accepte de vous céder 6 jours de nos congés annuels...". On a loué un grand espace, on a réuni tout le personnel, on a présenté notre projet, on les a écouté. Puis, avec notre avocat, on a travaillé sur un accord collectif pour formaliser cet échange. » (DG, Les Grands Buffets)

« Il y a douze titulaires, et tous les métiers siègent au CSE. Tous les élus l'ont été à plus de 80 % des voix exprimées. Notre procédure de validation des accords collectifs prévoit l'assentiment des trois-quarts des élus, et pas seulement des deux-tiers, comme le dit la loi... » (DRH, accord SNIE)

III.5. Pistes

Pour que le dispositif « conseil d'entreprise » devienne plus attractif, quelques pistes peuvent être explorées. Deux d'entre elles se déduisant de l'analyse des accords collectifs, de l'étude des pratiques sociales et des trois problèmes identifiés (l'intérêt à adopter ce format d'IRP ; la conception du dispositif ; et sa promotion et valorisation, *cf. supra*). Résumons-le par deux verbes d'action : inciter et inscrire.

Inciter. Il convient ici de comprendre l'origine des réticences actuelles et réduire leurs effets. Deux scénarios semblent utiles : un, *laisser expérimenter*, pour une période temporaire, des formes dérivées de « conseil d'entreprise », en gardant l'essentiel des dispositions mais en encourageant les partenaires sociaux à faire évoluer leur CSE vers un schéma *de type du* « conseil d'entreprise », avec transfert de la compétence de négociation mais sans le retirer en totalité aux délégués syndicaux et en testant des formes souples d'avis conforme, sur différentes thématiques ; et deux, *partager ces expériences*, en débattre dans des forums académiques et lors de rencontres dédiées entre praticiens, dans les départements et région, *via* les ODDS, les CPRI et les DREETS.

Inscrire. Si le problème est le découplage entre la forme « conseil d'entreprise » et le processus de codétermination, il faut peut-être prendre au mot la façon dont Mme Muriel Pénicaud présentait le

« conseil d'entreprise » le 14 septembre 2017, à l'occasion du cinquantenaire de l'Association des journalistes d'information sociale :

« Une invitation à aller plus loin que le CSE vers la cogestion. Un avis conforme des élus sera requis sur la formation, mais je l'espère aussi sur de nombreux autres thèmes déterminés par accord ¹¹⁹».

Ce qui suppose deux scénarios, complémentaires : un, *autoriser, par circulaire ministérielle*, à instituer, par accord collectif majoritaire, ce « conseil d'entreprise » « de type nouveau », avec des dispositions originales et efficaces, notamment sur l'avis conforme¹²⁰ et les thèmes de négociation ; et deux, *raisonner clairement en « codétermination »* quand le dispositif est examiné par le législateur ou que l'exécutif discourt à son sujet.

Mais cette inscription explicite du « conseil d'entreprise » dans un schéma général de « codétermination à la française » ne vaut que si sont, au préalable, éclaircies deux problématiques – la nature du « l'avis conforme » et « l'obligation de négocier / codéterminer ».

Le premier débat, sous sa forme académique, n'a pas eu lieu ; il convient de l'organiser autour de quelques questions-clé : est-il (ou doit-il être) un droit de veto, ou d'opposition aux décisions de l'employeur ? Ou, ce qui serait plus fécond, *un droit à la co-construction de décisions stratégiques et à fort impact social et environnemental ?*

Le second débat prolonge le précédent : la prise de décisions communes n'est-elle pas l'objectif, et le seul qui vaille ? Dans ce cas, rien de mieux que la négociation collective ! Négocier dans l'entreprise, c'est définir ensemble des règles, de travail ou relationnelles¹²¹. Qu'est-ce que la codétermination ? La prise de décisions communes. La codétermination est donc le mode institutionnalisé d'une procédure décisionnelle par voie de compromis, à partir d'intérêts différents et de positions divergentes, tous deux mis en compatibilité¹²². Promouvoir le « conseil d'entreprise » revient donc à réfléchir *aux formes possibles d'une négociation collective pensée dans son articulation avec la codétermination*¹²³.

¹¹⁹ Rapporté dans le bulletin de l'UD-FO44 : <https://www.fo44.org/2017/12/comite-social-et-economique-conseil.html>.

¹²⁰ Il serait envisageable de soumettre à avis conforme les décisions qui porteraient sur des thèmes susceptibles d'intégrer une politique RSE. Il en va ainsi des sujets touchant à l'environnement, aux droits de l'homme et de la femme, à la diversité, à l'achat responsable, à la répartition de la richesse et des bénéfices. (...) On peut supposer, en pratique, que l'insertion des travailleurs handicapés, les chartes informatiques, les processus de recrutement, les partenariats ou encore la question du mécénat puissent intégrer le socle des sujets soumis à avis conforme. » Chrystelle Lecœur, « Le conseil d'entreprise », 2020, *op. cit.*

¹²¹ Jean-Daniel Reynaud, « Ce que produit une négociation collective, ce sont des règles », *Négociations*, vol. n° 4, n° 2, 2005, p. 139-159.

¹²² Voir Ch. Thuderoz, *Petit traité du compromis*, PUF, 2015.

¹²³ Une part de ce travail de conceptualisation a déjà été effectuée par Alan Flanders dès 1968, avec ses concepts de *joint regulation*, de *private legislators*, etc. Il serait utile de poursuivre l'effort de théorisation de la négociation collective à partir de l'expérience française contemporaine. Allan Flanders, « Eléments pour une théorie de la négociation collective », *Sociologie du travail*, 10^e année n° 1, janvier-mars 1968. p. 13-35.

Annexes

Annexe 1 : Types de négociateurs et conditions de validité des accords collectif

| | Négociateurs | Thèmes | Conditions validité accord |
|---|--|--|--|
| Entreprises de moins de 11 salariés Entreprises de 11 à 20 salariés (si absence d' élu) | Salariés | Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise | Référendum (ratification à la majorité des 2/3 du personnel) |
| Entreprises de 11 à 49 salariés (si présence d' élu) Entreprises de 21 à 49 salariés (si absence d' élu) | Salarié(s) mandaté(s) ¹ Ou Membre(s) élu(s) du CSE, mandaté(s) ou non | Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise | Négociation avec des élus du CSE mandatés ou non : signature par des membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles Négociation avec des salariés non élus et mandatés : référendum (approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés) |
| Entreprises d'au moins 50 salariés | Membre(s) élu(s) du CSE mandaté(s) ² | Tous les thèmes ouverts à la négociation collective | Référendum (approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés) |
| | Membre(s) élu(s) du CSE non mandaté(s) (en l'absence d' élus du CSE mandatés) | Thèmes limités : mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif | Signature par un ou des membres élus du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés |
| | Salarié(s) mandaté(s) ¹ (si aucun élu du CSE n'a manifesté son souhait de négocier ou si PV de carence | Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise | Référendum (approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés) |

¹ Salariés mandatés par une organisation syndicale représentative dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel.

« Art. L. 2232-21. – Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord ou un avenant de révision aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code. La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord. Les conditions d'application de ces dispositions, en particulier les modalités d'organisation de la consultation du personnel, sont fixées par décret en Conseil d'État. » ;

« Art. L. 2232-22. – Lorsque le projet d'accord ou d'avenant de révision mentionné à l'article L. 2232-21 est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide.

« Art. L. 2232-23. – Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique, les articles L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-22-1 s'appliquent. ».

Annexe 2 : Les préambules des accords de création du « conseil d'entreprise »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de C*** ont décidé de transformer le comité économique et social, en conseil d'entreprise, comme le prévoient les articles L. 2321-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de D*** ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L. 2312-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« L'objet du présent accord est une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise I***, les partenaires sociaux ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L.2312-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de J*** ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L. 2321-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Dans une recherche d'efficacité et d'amélioration du dialogue social dans l'entreprise, les partenaires sociaux de G*** avaient précédemment décidé de mettre en place une délégation unique du personnel. Afin de poursuivre ces objectifs et dans une recherche de faciliter la négociation d'entreprise, les partenaires sociaux ont décidé par le présent accord de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L. 2321-1 et suivants du Code du travail. »

« Dans une recherche constante d'amélioration des échanges et du dialogue social dans l'association S***, les partenaires sociaux ont décidé de mettre en place un conseil d'entreprise, tel que prévu aux articles L.2312-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« Le présent accord s'inscrit dans le cadre de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, complétée par l'ordonnance de « mise en cohérence » n°2017-1718 du 20 décembre 2017.

Les élections professionnelles concourant à la mise en place du Comité Social et Economique au sein de la société S*** ont eu lieu du 12 au 19 octobre 2018 pour le premier tour et du 07 au 14 novembre 2018 pour le second tour conformément au protocole préélectoral conclu le 13 septembre 2018.

Dans la perspective des négociations à mener dans l'entreprise sur de nombreuses thématiques et soucieuses d'instaurer un dialogue social collégial au sein de S*** ne reposant pas sur un seul représentant, les parties au présent accord se sont rapprochées et sont convenues de transformer le Comité Social et Economique en place en Conseil d'Entreprise, tel que prévu aux articles L. 2321-1 à 2321-10 du Code du travail. »

« L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, dite ordonnance « Macron », réforme les dispositions du Code du travail en matière de représentation du personnel, notamment en instaurant une instance unique dénommée "conseil d'entreprise".

Le “Conseil d’entreprise” est la dénomination du comité social et économique lorsqu’en plus des attributions qui lui sont normalement dévolues, il devient seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d’entreprise.

L’objectif de cette réforme est d’améliorer l’efficacité et la qualité du dialogue social au sein de l’entreprise G***, en particulier par la mise en place d’une instance unique de représentation du personnel à même de négocier les accords. »

« L’ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l’entreprise et favorisant l’exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, dite ordonnance « Macron », réforme les dispositions du Code du travail en matière de représentation du personnel, notamment en instaurant une instance unique dénommée “conseil d’entreprise”.

Le “Conseil d’entreprise” est la dénomination du comité social et économique lorsqu’en plus des attributions qui lui sont normalement dévolues, il devient seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d’entreprise.

Cette instance, créée par l’ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l’entreprise, regroupe et fusionne les attributions du comité social et économique (Comité d’entreprise, CHSCT et Délégués du personnel) et celles de négociation des délégués syndicaux.

L’objectif de cette réforme est d’améliorer l’efficacité et la qualité du dialogue social au sein de l’entreprise Y*** en particulier par la mise en place d’une instance unique de représentation du personnel à même de négocier les accords.

Au sein de Y***, il existe depuis la création de la Société un dialogue social constructif et il est apparu utile aux parties signataires d’envisager ensemble les moyens de continuer à faire évoluer ce dialogue en permettant directement aux élus d’être partie prenante à la négociation des accords d’entreprise, de façon à assurer une meilleure représentativité des salariés.

Les parties signataires ont ainsi décidé de saisir l’opportunité des évolutions législatives récentes pour convenir ensemble des modalités de mise en place du Conseil d’entreprise au sein de l’entreprise, tout en réaffirmant et renforçant les moyens et garanties des représentants du personnel. »

« L’entreprise G*** depuis sa création a fondé ses règles de fonctionnement et ses valeurs d’entreprise sur la qualité du dialogue social. Les partenaires sociaux participent de manière active à l’évolution du concept mis en place par les grands Buffets et sont associés en qualité de co-rédacteurs de tous les accords d’entreprise ou dans la définition des pratiques et protocoles d’entreprise.

C’est dans ce contexte que les partenaires sociaux dans la finalité de concourir au renforcement du dialogue social et d’en assurer son efficacité ont pris la décision de rédiger le présent accord d’adaptation comme le prévoit l’ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 ayant également valeur de loi désormais. »

« La troisième étape consiste à proposer aux salariés de toutes les entités rattachées à l’UES V*** d’associer les membres élus du Conseil d’Entreprise de l’UES V*** en tant que co-rédacteurs de tous les accords d’entreprise ou dans la définition des pratiques et protocoles d’entreprise.

C’est dans ce contexte que les partenaires sociaux dans la finalité de concourir au renforcement du dialogue social et d’en assurer son efficacité ont pris la décision de rédiger le présent accord d’adaptation comme le prévoit l’ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 ayant également valeur de loi désormais. »

« Les organisations syndicales représentatives et la SARL L*** se sont convenues, par le présent accord, de mettre en place un Conseil d’Entreprise afin de regrouper les attributions des délégués

syndicaux et celles du Comité Social et Economique, permettant ainsi une meilleure fluidité du dialogue social et d'avoir un seul interlocuteur (le Conseil d'Entreprise). »

« L'ordonnance n° 2017-1986 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, complétée par l'ordonnance de « mise en cohérence » n°2017-1718 du 20 décembre 2017, a profondément modifié l'organisation des instances représentatives du personnel élues dans les entreprises en confiant à une seule instance l'ensemble des compétences qui relevaient du Comité d'Entreprise, des délégués du personnel et du C.H.S.C.T. Les nouveaux textes donnent la possibilité d'élargir la compétence du CSE à la négociation et la signature des accords d'entreprise.

Les signataires ont souhaité expérimenter cette modalité de représentation du personnel qui ne fait plus reposer la responsabilité de la négociation et de la signature sur un seul représentant mais sur la collégialité des élus. Il leur est apparu que cette organisation plus participative correspondait mieux à la réalité actuelle des relations sociales de M***. »

« Afin de renforcer des liens déjà étroits, les partenaires sociaux de S*** ont décidé de mettre en place un Conseil d'Entreprise tel que prévu aux articles L2321-1 à L2321-10 du Code du travail. »

« Convaincues de l'importance pour la société S*** d'organiser la représentation du personnel afin de la rendre encore plus efficace et en lui accordant, outre sa fonction consultative, le pouvoir de négocier des accords collectifs, tout en conservant un rôle actif à l'organisation syndicale présente dans l'entreprise, la Direction et l'organisation syndicale représentative CFTC ont souhaité mettre en place un Conseil d'Entreprise au sein de la société S***.

En effet, les parties signataires partagent la conviction que la qualité du dialogue social nécessite une représentation élue du personnel proche des préoccupations et des priorités des salariés, mais aussi impliquée dans les projets et accords négociés et conclus avec la Direction ».

« Si la loi prévoit des règles générales applicables à la constitution de cette instance au niveau de l'entreprise, le législateur a souhaité accorder une marge de manœuvre aux partenaires sociaux pour les aménager, afin de tenir compte des spécificités internes des structures. Les organisations syndicales et la direction de T*** sont donc convenues d'adapter le nouveau dispositif légal au fonctionnement de leur association. »

Annexe 3 : Extraits de l'accord « Les Grands buffets ». Un exemple de codification du fonctionnement du CE

« À la première réunion qui suit son élection, le CEGB procède successivement à la désignation : d'un secrétaire choisi parmi ses membres élus titulaires, d'un secrétaire suppléant parmi ses membres élus titulaires, d'un trésorier choisi parmi ses membres élus titulaires, d'un trésorier suppléant choisi parmi ses membres élus titulaires, un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes choisi par les membres titulaires du CEGB qui constituent le «Bureau» du CEGB. (...)

Le secrétaire du CEGB fixe l'ordre du jour des réunions conjointement avec l'employeur. Il rédige et diffuse les procès-verbaux de ces réunions. Il veille à la mise en œuvre des décisions du CEGB. Il reçoit toute la correspondance, non décachetée, adressée au CEGB, à l'exception de la correspondance adressée personnellement au Président. Il la communique au CEGB. Il signe et expédie la correspondance émanant du CEGB. Il est chargé de l'administration du CEGB (demande et notification officielles, rapports avec les administrations, conservation des archives, etc.). Il signe les contrats au nom du CEGB. Il organise la procédure d'arrêté, d'approbation et de communication des comptes du CEGB.

Le secrétaire est habilité à recruter du personnel pour les besoins du fonctionnement du CEGB et pour la gestion des activités sociales et culturelles, moyennant une délibération préalable de cet organe. Il exerce le pouvoir disciplinaire sur ce personnel.

Le secrétaire est habilité à exercer en justice, au nom et pour le compte du CEGB, toute action nécessaire à la défense et la préservation de ses intérêts et de son patrimoine.

Il est habilité à intenter tout recours dans le cadre des litiges opposant le CEGB au personnel qu'il emploie. Toutefois, le CEGB peut mandater spécialement l'un de ses membres autres que son secrétaire pour le représenter pour une affaire déterminée.

En cas d'absence ou d'indisponibilité du secrétaire, c'est le secrétaire adjoint choisi parmi les membres du CEGB qui occupe le poste de secrétaire et se charge des affaires courantes.

Le trésorier est accrédité pour l'ouverture de deux comptes bancaires au nom et pour le compte du CEGB (budget de fonctionnement et budget des œuvres sociales et culturelles). Il est responsable de la tenue des comptes du CEGB. Il procède aux opérations financières décidées par celui-ci, perçoit les sommes dues au CEGB ; il est responsable des fonds ainsi perçus. Le trésorier informe le CEGB sur sa situation financière régulièrement et en toute transparence à première demande. A la fin de chaque année, le trésorier participe à la procédure d'arrêté et d'approbation des comptes du CEGB. En fin de mandat, il participe à l'élaboration et à la présentation du compte-rendu de fin de mandat.

En cas d'absence ou d'indisponibilité du trésorier, le trésorier adjoint désigné parmi les membres du CEGB se substitue au trésorier afin d'assumer le poste de trésorier et se charge des affaires courantes. » (Accord Les Grands Buffets).

« La subvention pourra être en partie, utilisée pour le financement des activités sociales et culturelles dans le cadre des dispositions réglementaires d'ordre public à respecter. Il est précisé que le CEGB à la majorité de ses membres pourra une fois par an décider du transfert d'une partie du reliquat annuel du budget de fonctionnement vers les activités sociales et culturelles du moment qu'il reste en solde dans le compte du budget de fonctionnement. Dans ce cas, une délibération sera prise en réunion plénière du CEGB avec au préalable une inscription à l'ordre du jour de la séance par le secrétaire du CEGB. Ainsi le CEGB peut décider, par une délibération prise à la majorité des membres présents ayant voix délibérative, de transférer une partie du montant de l'excédent annuel du budget de fonctionnement au financement des activités sociales et culturelles, dans des conditions et limites fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le budget de fonctionnement permet de : faire face au paiement des frais de personnel et d'achat de matériel bureautique ; financer la formation économique des membres du CEGB définie à l'article

L2315-63 du CT ; Recourir à un expert-comptable pour l'établissement de la comptabilité du CEGB ou la présentation des comptes et leur certification ; recourir ou défrayer un Conseil, un expert dans tous les domaines • Financer une expertise légale ; rembourser les frais de déplacement et de trajet des membres du CEGB (hors réunions plénières convoquées par l'employeur) ; communiquer avec les salariés sur des supports physiques ou numériques ; financer le déploiement des NTIC pour communiquer avec les salariés ; faire face aux dépenses administratives nécessaires au fonctionnement du CEGB (photocopies, frais de rédaction des procès-verbaux, fiches, note de synthèse, études, etc..) ; faire face au coût engendré par la mise à disposition éventuelle d'un salarié de l'entreprise affecté partiellement à des tâches se rattachant au fonctionnement administratif du CEGB ; financer les frais de fonctionnement de la commission santé, sécurité et conditions de travail. Chaque année une délibération sera prise par le CEGB avec un vote auquel l'employeur ne participe pas afin de vérifier la conformité d'utilisation des fonds reçus au titre du budget de fonctionnement, les dépenses devant s'inscrire dans le cadre de son fonctionnement et de ses missions économiques. Le CEGB dispose, pour le financement des activités sociales et culturelles qu'il gère, à la gestion desquelles il participe ou dont il contrôle la gestion, d'une contribution de l'entreprise dont le montant global est un montant fixe. Suite à la création du CEGB et transmission de arrêtes des comptes par la DU au CEGB, le budget pour 2019 a été arrêté à la somme de 7100 € à ce jour et à titre indicatif, cela représente 0.25% de la masse salariale. Le budget sera établi chaque année sur la base a minima de ce montant fixe qui est renégociable ; il pourra être réactualisé après l'arrêté de compte et en fonction des projets proposés.

Cette contribution est versée par l'employeur par virement, au cours du dernier trimestre de l'année pour l'année suivante.

La contribution annuelle n'a pas à être nécessairement versée en une seule fois. Son versement peut être effectué selon le budget du CEGB, son programme de dépenses et ses besoins de trésorerie

Par ailleurs, le CEGB dispose pour les besoins de ces activités d'autres ressources : les cotisations facultatives des salariés de l'entreprise dont le comité fixe éventuellement les conditions de perception et les effets ; les subventions accordées par les collectivités publiques ou les organisations syndicales ; les dons et legs ; les recettes procurées par les manifestations organisées par le CEGB ; les revenus des biens meubles et immeubles du CEGB ; les versements exceptionnels fait par l'employeur dans le cadre d'une obligation de secours des compléments de dotations pour le financement d'événements exceptionnels.

En cas de reliquat budgétaire, les membres de la délégation du personnel au CEGB peuvent décider, par une délibération, de transférer tout ou partie du montant de l'excédent annuel du budget destiné aux activités sociales et culturelles au budget de fonctionnement ou à des associations, dans des conditions et limites fixées par l'article R. 2312-51 du Code du travail (soit à titre informatif, 10 % de cet excédent).

Le CEGB doit tenir une comptabilité, plus ou moins détaillée selon le niveau de ses ressources, arrêter, approuver et conserver ces comptes et établir un rapport annuel d'activité et de gestion financière. Par dérogation, ils peuvent se contenter d'une comptabilité ultra-simplifiée.

Le CEGB doit tenir un livre des recettes et dépenses qui fonctionne comme un livre de caisse : il retrace, au fur et à mesure de leur réalisation, les recettes et les dépenses. En mentionnant au minimum pour chaque opération : sa date ; son objet (exemples : achat de matériel de bureau, participation des salariés au voyage aux USA) ; le numéro du ou des pièces correspondantes (factures, numéro de chèques, numéro du bordereau de remise de chèques, etc.) ; son montant ; son mode de règlement ; ainsi que la section (attributions économiques ou activités sociales et culturelles) et la sous-section (tâches administratives, subvention de fonctionnement, manifestations...) correspondante de l'état annuel des recettes et dépenses.

Il doit établir, une fois par an, un état des recettes et dépenses ainsi qu'un état de situation patrimoniale. » (Accord Les Grands Buffets).