



HAL
open science

”Nature de l’accord de mise en place des représentants de proximité: le choix de l’interprétation littérale”, obs. sous Cass. soc., 1er juin 2023

Christophe Mariano

► **To cite this version:**

Christophe Mariano. ”Nature de l’accord de mise en place des représentants de proximité: le choix de l’interprétation littérale”, obs. sous Cass. soc., 1er juin 2023. Bulletin Joly Travail, 2023, n° 7-8 (BJT20208), p. 14. hal-04164190

HAL Id: hal-04164190

<https://uca.hal.science/hal-04164190v1>

Submitted on 23 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Nature de l'accord de mise en place des représentants de proximité : le choix de l'interprétation littérale

Cass. soc., 1^{er} juin 2023, n° 22-13.303, FS-B

À peine quelques mois après avoir rendu son premier arrêt en matière de représentants de proximité (Cass. soc., 1^{er} févr. 2023, n° 21-13206, FSB : BJT mars 2023, n° BJT202e8, note C. Mariano), la Cour de cassation précise à nouveau le régime de cette catégorie de représentants créés par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 et tranche l'épineuse question du type de norme conventionnelle en capacité de l'instaurer dans l'entreprise. Au cœur du problème, la rédaction directive de l'article L. 2313-7 du Code du travail qui vise, comme support conventionnel de mise en place des représentants de proximité, « l'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 ». Fallait-il s'en tenir à une interprétation littérale de ce texte et ne tolérer aucune fuite de la thématique en dehors de l'accord opérant découpage de l'entreprise en établissements distincts ? Ou bien pouvait-on s'en remettre à une interprétation plus souple, mettant en valeur l'autonomie des partenaires sociaux pour configurer de tels représentants de proximité et admettant leur mise en orbite par un accord collectif d'entreprise différent de l'accord réglant la physionomie des périmètres électoraux voire cautionnant l'habilitation à y procéder par un accord collectif d'établissement ? (En ce sens, E. Jeansen, « Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner », JCP S 2018, 1084, spéc. n° 3). La Cour de cassation met ici un terme à l'hésitation en optant clairement pour l'interprétation littérale.

En l'espèce, au sein d'une entreprise, après l'échec de négociations portant sur la détermination des établissements distincts pour la mise en place des CSE et sur l'institution de représentants de proximité, la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts a été effectuée par décision unilatérale. Sur recours, l'autorité administrative a validé cette décision et la reconnaissance de trente-trois établissements distincts avant que le juge, saisi d'un recours contre cette décision, ne fixe le nombre d'établissements distincts à trente-trois. À la suite des élections professionnelles s'étant déroulées à partir de ce découpage, un accord d'établissement prévoyant, dans un de ses chapitres, la désignation de vingt-cinq représentants de proximité, a été signé au sein d'un établissement. Sur cette base, et lors des deux premières réunions du comité social et économique d'établissement, les deux organisations syndicales représentatives dans cet établissement ont procédé à la désignation, respectivement, de vingt-et-un et quatre représentants de proximité. Or, une organisation

syndicale non représentative dans l'établissement, mais représentative au niveau de l'entreprise, a contesté la validité des dispositions de l'accord d'établissement prévoyant la mise en place des représentants de proximité ainsi que celles du règlement intérieur adopté par le comité d'établissement et ayant trait à ces représentants. Le syndicat demandeur espérait ainsi obtenir l'annulation des dispositions conventionnelles et des dispositions du règlement intérieur relatives aux représentants de proximité et, subséquemment, l'annulation des mandats de représentants de proximité.

Déboutée de ses demandes par les juges du fond, l'organisation requérante se pourvoit en cassation en arguant qu'afin d'assurer la cohérence et l'homogénéité de la désignation des représentants de proximité entre les différents établissements d'une entreprise ainsi que l'égalité entre ses salariés, notamment au regard du principe constitutionnel de participation, seul peut mettre en place des représentants de proximité l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts visé par l'article L. 2313-2 du code du travail ou, à tout le moins, un accord d'entreprise et non un accord d'établissement.

Au visa des articles L. 2313-7, L. 2313-2 et L. 2232-12 du code du travail, et après avoir rappelé le contenu de ces trois textes, la Cour de cassation juge qu'il en résulte « que les représentants de proximité ne peuvent être mis en place que par l'accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, qui détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts ». Elle réserve toutefois le cas où le nombre et le périmètre des établissements distincts ont été déterminés par décision unilatérale de l'employeur conformément à l'article L. 2313-4 du code du travail ou sur recours contre celle-ci par application de l'article L. 2313-5 du même code. Dans ce cas, il est jugé qu'« un accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du code du travail peut prévoir pour l'ensemble de l'entreprise la mise en place de représentants de proximité rattachés aux différents comités sociaux et économiques d'établissement ».

Cette solution conduit ainsi à distinguer deux cas de figure : celui où un accord collectif détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts et celui où cette question n'a pu faire l'objet d'un accord collectif. Dans les deux configurations, la Cour de cassation condamne le recours à l'accord d'établissement mais dans la seconde, elle admet que la mise en place de représentants de proximité puisse être actée en dehors de l'accord collectif relatif aux établissements distincts.

Instauration de représentants de proximité en présence d'un accord relatif aux établissements distincts – Dans le cas où un accord collectif est conclu en application de l'article L. 2313-2 du code du travail et détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts, les hauts magistrats imposent, dans l'arrêt sous commentaire, que l'organisation conventionnelle des représentants de proximité s'insère dans cet accord. Bien que facultatif, le recours négocié à cette catégorie de représentants doit, lorsqu'il est décidé, emprunter, sans pouvoir s'en évader, une voie normative bien balisée correspondant à l'accord réglant les périmètres électoraux pour la mise en place des CSE. Ce faisant, la Cour de cassation valide l'interprétation littérale de l'article L. 2313-7 et refuse toute autonomie à cet objet de négociation qui ne peut se déployer hors des frontières de la norme conventionnelle « dominante » visée à l'article L. 2313-2 du code du travail. La question des représentants de proximité doit donc être considérée comme une thématique accessoire ne pouvant bénéficier d'une viabilité conventionnelle propre.

Ce faisant, la Haute juridiction appréhende le renvoi effectué par l'article L. 2313-7 à « l'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 », non comme une préconisation de regroupement, au sein du même accord, de thématiques connexes, mais comme une obligation de concentration, dans le même matériau conventionnel, d'objets de négociation ne pouvant être traités indépendamment. Les juges donnent ainsi à l'opération d'assemblage une tonalité impérative et refusent d'y voir un simple guide légal suggérant l'unicité d'acte. Se trouve par là même concrétisée, par une contrainte formelle à laquelle les négociateurs ne peuvent déroger, « la volonté des auteurs de l'ordonnance du 22 septembre 2017 de favoriser un règlement d'ensemble des éléments de structure œuvrant à la configuration du CSE » (S. Guedes Da Costa et G. Loiseau, « Les représentants de proximité », BJT sept. 2018, n° 110b1, p. 60, spéc. n° 5).

Dès lors, la mise en place de représentants de proximité ne peut être opérée par un accord d'entreprise différent de l'accord relatif aux établissements distincts même s'il use du même registre majoritaire que celui-ci. Ainsi, même conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, c'est-à-dire sans sauvetage référendaire, et même adopté au niveau de l'entreprise, un accord collectif distinct de l'accord visé à l'article L. 2313-2 reste impuissant à créer des représentants de proximité. La même solution devrait, en toute logique, s'imposer en matière de mise en place de la commission hygiène, sécurité et conditions de travail (CSSCT) puisque le Code du travail renvoie, à la fois pour la fixation des modalités de mise en place de la CSSCT lorsque celle-ci est obligatoire (C. trav., art. L.

2315-41) et pour sa mise en place, même en dehors des cas où l'institution de celle-ci n'est pas obligatoire (C. trav., art. L. 2315-43), à « l'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 ». Pourtant, le questions-réponses édicté par le Ministère du Travail analyse ici le renvoi, dans les deux cas, comme imposant simplement la conclusion d'un « accord d'entreprise majoritaire au sens du 1^{er} alinéa de l'article L. 2232-12 (sans possibilité de validation d'un accord minoritaire par référendum) » (Q/R n° 100 et n° 104, 117 questions/réponses du ministère du Travail, « Comité social et économique », 16 janvier 2020). On ne voit toutefois pas ce qui justifierait une analyse différente de la part de la Haute juridiction au regard de l'identité des formules légales.

Il résulte de la position des hauts magistrats qu'à défaut d'avoir été imaginée au moment de la négociation de l'accord réglant le nombre et le périmètre des établissements distincts, la mise en place de représentants de proximité ne pourra être actée en cours de cycle électoral. À moins de considérer qu'un avenant à l'accord déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts se conforme à l'unicité d'acte voulu par le législateur et peut donc orchestrer, en cours de cycle électoral, la mise en place de représentants de proximité en réponse à un besoin de proximité et de décentralisation de la représentation révélé postérieurement aux élections. Mais, à proprement parler, cet avenant ne détermine pas le nombre et le périmètre des établissements distincts qui demeureront en dehors de l'opération de révision, la cartographie électorale ayant été figée avant le début du cycle électoral et n'ayant vocation à évoluer qu'en vue des prochaines élections. Sous cet angle, seul l'avenant signé dans la perspective des prochaines élections aura véritablement pour rôle de déterminer, à nouveau, le nombre et le périmètre des établissements distincts (Sur ce point : E. Jeansen, « Sort des établissements distincts lors du renouvellement des CSE », JCP S 2022, 1290). Toutefois, l'avenant signé en cours de cycle, et ayant pour seul objet de mettre en place des représentants de proximité, relierait bien les deux questions dans le même *instrumentum* même s'il démontre une désynchronisation des discussions autour de celles-ci.

Reste le cas des entreprises à structure unitaire à propos desquelles l'avocat général a estimé, dans son avis, que « l'interprétation littérale de l'article L. 2313-7 pourrait faire obstacle à la mise en place des représentants de proximité dans les entreprises ne comprenant qu'un établissement » (Avis de Mme BERRIAT, Première avocate générale, disponible sur le site de la Cour de cassation). Or, il est acquis que de telles entreprises sont également amenées à négocier au titre de l'article L. 2313-2. Simplement, l'accord a alors comme seul horizon de constater l'absence de reconnaissance d'établissements distincts et la mise en place d'un seul

et unique CSE dans l'entreprise. Dans cette configuration, c'est cet accord qui devrait, selon nous, pouvoir mettre en place des représentants de proximité même si, rigoureusement, il ne détermine pas le nombre et le périmètre des établissements distincts mais se contente d'acter la non-pertinence de leur reconnaissance. Or, ce constat ne devrait pas empêcher l'institution de représentants de proximité dont l'utilité n'est pas liée à la reconnaissance préalable de plusieurs établissements distincts puisqu'ils sont bien souvent conçus pour agir à un autre niveau. Pour le dire autrement, « si la « proximité » des représentants en fait des acteurs de terrain à même d'intervenir dans le périmètre d'action des CSE d'établissement, ils peuvent aussi être utiles dans une entreprise à mono-établissement, notamment lorsque celle-ci comprend des sites qui ne constituent pas des établissements distincts » (S. Guedes Da Costa et G. Loiseau, « Les représentants de proximité », BJT sept. 2018, n° 110b1, p. 60, spéc. n° 5).

Instauration de représentants de proximité en l'absence d'accord relatif aux établissements distincts – Respectueuse de la lettre de l'article L. 2313-7 du Code du travail, la Cour de cassation ne pouvait toutefois ignorer l'hypothèse, fréquente en pratique, où l'échec des négociations déporte la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts vers la décision unilatérale (C. trav., art. L. 2313-4), laquelle est susceptible d'un recours devant l'autorité administrative (C. trav., art. L. 2313-5, al. 1) dont la décision est elle-même susceptible d'un recours devant le juge judiciaire (C. trav., art. L. 2313-5, al. 2). C'est d'ailleurs ce schéma que l'on retrouvait dans l'affaire ayant conduit au présent arrêt. Dans ce cas de figure, subordonner la mise en place de représentants de proximité à la conclusion de l'accord relatif aux établissements distincts visé à l'article L. 2313-2 du Code du travail aurait été excessif puisque cela conduirait mécaniquement à paralyser le recours à cette institution du simple fait d'un désaccord sur la question des établissements distincts. C'est la raison pour laquelle le présent arrêt permet, en cas d'échec des négociations, de mettre en place les représentants de proximité par « un accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 ».

Dans cette configuration, l'accord de mise en place des représentants de proximité n'est donc plus celui visé à l'article L. 2313-2, dès lors que ce dernier n'a pu être conclu, mais il en respecte le calibre majoritaire et l'échelle de conclusion, à savoir l'entreprise. La Cour de cassation impose également à cet accord de « prévoir pour l'ensemble de l'entreprise la mise en place de représentants de proximité rattachés aux différents comités sociaux et économiques d'établissement », ce qui paraît donc exclure la mise en place de représentants

de proximité dans certaines parties de l'entreprise, où un risque de centralisation plus important a été détecté, et pas dans d'autres où le découpage en établissements distincts révèle un maillage de représentation plus performant. Ici encore, la formule employée, en s'articulant autour de la figure des CSE d'établissement, omet le cas de l'entreprise dépourvue d'établissements distincts et dont l'absence de périmètres électoraux décentralisés peut très bien résulter d'une décision unilatérale ou d'une décision administrative voire judiciaire prises sur recours contre la norme patronale.

L'émancipation conventionnelle des représentants de proximité invite à s'intéresser au sort de cet accord séparé lors du renouvellement des CSE dans l'entreprise, notamment dans l'hypothèse où un accord de découpage en établissements distincts aura été trouvé en vue des prochaines élections. Il semble alors que la question des représentants de proximité doive réintégrer l'accord relatif aux établissements distincts, ce qui commande, lorsque la durée d'application de l'accord séparé n'aura pas été calquée sur la durée du cycle électoral, de considérer comme caduque l'accord séparé dont la durée est indéterminée ou dépasse l'achèvement du cycle électoral. Cette solution aurait vocation à s'appliquer que l'accord relatif aux établissements distincts intègre ou non des dispositions sur les représentants de proximité. Redevenant le support imposé du recours aux représentants de proximité, l'accord relatif aux établissements distincts ne peut subir la concurrence d'une norme conventionnelle autonome, fût-elle antérieure et pleinement justifiée par le contexte initial de carence conventionnelle y ayant mené.

La solution de la Haute juridiction soulèvera assurément des critiques et pourrait être vue comme une entrave supplémentaire au recours aux représentants de proximité. Déjà inaccessible dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, faute pour le législateur d'avoir prévu une modalité subsidiaire de mise en place, l'institution se trouve désormais obligatoirement enserrée dans l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts visé à l'article L. 2313-2 - ce qui neutralise tous les accords collectifs séparés sur cette question - ou, en cas d'échec des négociations, dans un accord d'entreprise sans levier référendaire de sauvetage - ce qui neutralise les accords collectifs d'établissements comme en l'espèce. Dans ces conditions, il ne faudra pas s'étonner si le constat d'un recours très limité aux représentants de proximité perdure (*Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, Rapport du comité d'évaluation, décembre 2021, spéc. p. 39 où il est mentionné que 1,1% des entreprises et 15,3% des salariés sont couverts par des représentants de proximité).

Pour autant, la position des juges du droit ne surprend pas au regard de la rédaction de l'article L. 2313-7 du Code du travail. Surprend davantage les conséquences que la Haute juridiction paraît attacher au recours aux représentants de proximité par un type d'accord collectif non autorisé. En effet, réglant la portée et les conséquences de la cassation de l'arrêt d'appel, la Cour de cassation estime que « la nullité du chapitre 4 de l'accord d'établissement précité emporte la caducité des mandats de représentants de proximité ». Pourtant, un accord collectif demeure classiquement libre de créer des représentants du personnel non prévus par la loi. Simple, dans ce cas, la jurisprudence n'accorde un statut protecteur à ces institutions représentatives créées par voie conventionnelle qu'à condition qu'elles soient de même nature que celles prévues par le Code du travail (Cass. soc., 19 juin 1991, n° 90-43.411 : Bull. civ. V, n° 306. – Cass. soc. 1^{er} déc. 1993, n° 92-40.072 : Bull. civ. V, n° 298). À cet égard, le rapport de la conseillère, relatif à l'affaire sous examen, mobilisait bien cette logique puisqu'il mentionne que « la chambre pourrait donc s'interroger pour savoir si des représentants de proximité, mis en place par seulement un accord d'établissement, bénéficient de la protection contre le licenciement » (Rapport de Mme Ott, conseillère, disponible sur le site internet de la Cour de cassation). Quant à l'avocat général, il retient que « les partenaires sociaux disposent toujours de la liberté d'instituer des représentants au niveau de l'établissement, mais ceux-ci ne peuvent bénéficier de la protection contre le licenciement prévue par les articles L. 2411-8 et L. 2411-9 au titre des fonctions de représentant de proximité » (Avis de Mme BERRIAT, Première avocate générale, disponible sur le site de la Cour de cassation). Dans ces conditions, ne devait-on pas considérer que l'accord d'établissement conclu en l'espèce ne pouvait créer « les » représentants de proximité correspondant à la « catégorie légale » (S. Guedes Da Costa et G. Loiseau, « Les représentants de proximité », art. préc., spéc. n° 3) inscrite à l'article L. 2313-7 mais pouvait tout de même instaurer « des » représentants de proximité ?

Ce n'est pourtant pas la voie retenue dans l'arrêt sous examen qui conclut purement et simplement à la nullité de l'accord d'établissement. Peut-être les hauts magistrats n'ont pas souhaité faire entrer cette configuration dans la catégorie des créations conventionnelles « libres » de représentants du personnel au regard du risque de concurrence voire de confusion que provoqueraient de tels représentants avec les « vrais » représentants de proximité. Se réclamant d'une institution légale déterminée sans en respecter la méthodologie légale de mise en place, l'accord d'établissement ne pouvait alors bénéficier d'aucune tolérance. Reste que le pouvoir d'initiative conventionnel en la matière n'en sort pas grandi...

Christophe Mariano