TRAVAIL

Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? 315n7

L'essentiel -

Fusionnant quatre instances en une, le conseil d'entreprise est l'outil d'une transformation inédite dans le droit de la représentation du personnel. Pourtant, son régime n'est pas avare d'incertitudes. Puissant levier de rationalisation, le conseil d'entreprise est un objet juridique non identifié.

Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales : JO, 23 sept 2017



1. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 produit une évolution et une révolution. Le comité social et économique, continuateur des délégués du personnel, des comités d'entreprise et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ne constitue qu'un changement structurel ; les attributions de la représentation élue sont très largement reprises dans l'instance unique. Du regroupement, la voie était d'ailleurs déjà ouverte

lorsque l'employeur ou les parties au contrat collectif l'envisageaient. Le conseil d'entreprise constitue la véritable innovation. Faisant écho aux propositions des milieux patronaux ^[1] et de certains cercles de réflexion ^[2], effaçant des repères historiques, quoique brouillés, entre légitimité élue et légitimité syndicale, mission de consultation et mission de négociation, cette nouvelle instance pourrait être l'ultime étape de la rationalisation des relations collectives de travail.

2. Pour ses promoteurs, le conseil d'entreprise incarnerait « une codécision à la française » (3). En confiant à une instance élue la mission de négocier les accords collectifs et en introduisant pour certaines matières une procédure d'avis conforme, le législateur pose les conditions d'un « exercice partagé du pouvoir » (4). S'il semble s'inscrire dans les pas du conseil d'établissement allemand

(Betriebstrat), le conseil d'entreprise est loin d'en épouser toutes les caractéristiques, ne serait-ce qu'en raison de l'absence de syndicats dans les entreprises outre-Rhin ^[5]. En outre, le *statu quo* est notable quant à la place des représentants des travailleurs au sein des organes d'administration et de surveillance ^[6]. De la cogestion à l'allemande (Mitbestimmung), un pan essentiel a été oublié par les rédacteurs de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

3. En dépit de ces réserves, le conseil d'entreprise est novateur. Entamant le rôle des organisations syndicales en matière de négociation collective ¹⁷, il n'est aujourd'hui qu'une simple option. Sa place pourrait cependant être majeure dans les années à venir. Rien n'exclut qu'à la manière de l'instance unique, exception devenue principe avec l'avènement du comité social et économique, soit un jour imposée la création d'un conseil d'entreprise dans l'ensemble des entreprises. Analyser son régime est à ce titre précieux. En une dizaine d'articles du Code du travail, régissant tant la naissance (I) que l'existence (II) du conseil d'entreprise, pourrait reposer l'avenir des instances de représentation du personnel.

I. LA NAISSANCE DU CONSEIL D'ENTREPRISE

4. Pour que d'un comité social et économique surgisse un conseil d'entreprise, plusieurs conditions doivent être réunies (A). La conclusion d'un accord collectif acte la transformation (B).

A. Les conditions de la naissance

5. Le législateur consent à ce que le conseil d'entreprise puisse s'implanter dans différents périmètres (1). Sa

⁽¹⁾ Dans le cadre des négociations ayant précédé la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, le Medef et l'UPA proposaient la création d'un conseil d'entreprise réunissant les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le CHSCT et les délégués syndicaux.

⁽²⁾ Dans son rapport rédigé en 2008, la Commission pour la libération de la croissance française (dite « Commission Attali ») préconisait la mise en place d'un conseil d'entreprise dans les entreprises de moins de 250 salariés (décision n° 37). Le rapporteur de cette commission était l'actuel président de la République.

⁽³⁾ Rapp. au président de la République relatif à Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017 : JO, 23 sept. 2017, texte n° 30.

⁽⁴⁾ Teyssié B., « Le conseil d'entreprise », JCP S 2018, 1011, spéc. n° 25.

⁽⁵⁾ V. sur ce sujet, l'étude très complète de Rémy P., « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », Dr. soc. 2017, p. 1050 et s.

⁽⁶⁾ Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, destiné à faire l'objet d'un projet de loi au printemps, ne comporte pas à l'heure actuelle de propositions visant à modifier le régime en vigueur.

⁽⁷⁾ Si le Conseil constitutionnel reconnaît la « vocation naturelle » des organisations syndicales à négocier à la lumière des 6° et 8° alinéas du préambule de la Constitution de 1946, il ne leur confère aucun monopole en la matière (Cons. const., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : JO, 16 sept. 2017, texte n° 6).

Gazette Spécialisée

Dossier

création suppose l'existence préalable d'un comité social et économique (2).

1. Les lieux de la naissance

Le conseil d'entreprise peut être créé au niveau d'une entreprise (a), d'un établissement (b) ou d'une unité économique et sociale (c).

a. L'entreprise

6. Par définition, le périmètre naturel d'implantation du conseil est l'entreprise. Reste à précisément circonscrire les entreprises potentiellement visées. Le législateur ne fixe aucun seuil d'effectif, ce que les dispositions réglementaires semblent confirmer [8]. Pourtant, le fait que le conseil d'entreprise reprenne le rôle de négociation des délégués syndicaux plaide pour soit retenu le seuil de cinquante salariés (9) qui conditionne leur présence. S'il est exact que des délégués syndicaux puissent exister dans des entreprises regroupant un effectif moindre [10]. la désignation ne peut alors viser que des membres de la délégation du personnel au comité social et économique. En outre, le conseil d'entreprise est amené à exercer l'ensemble des attributions définies au chapitre II du titre ler du livre III du Code du travail [11], c'est-à-dire toutes les prérogatives d'un comité social et économique implanté dans une entreprise d'au moins 50 salariés. L'on peine à imaginer que dans une TPE, sous prétexte qu'aurait être constitué un conseil d'entreprise, devraient être effectuées l'ensemble des consultations obligatoires d'un comité social et économique. Encourager l'activité conventionnelle dans les petites entreprises est déjà possible avec les dispositions relatives à la négociation dans les entreprises de moins de 50 salariés et dépourvues de délégués syndicaux. L'esprit du conseil d'entreprise est qu'un même organe combine les missions d'un comité social et économique de plein exercice et celles des délégués syndicaux. Le seuil de cinquante salariés s'impose donc au nom de la logique (12).

b. L'établissement

7. Dans l'entreprise à structure complexe [13], sont mis en place des comités sociaux et économiques d'établissement et un comité social et économique central [14]. L'article L. 2321-1 du Code du travail admet que le conseil d'entreprise puisse négocier des accords d'établissement. Pour autant, une telle autorisation ne saurait être interprétée comme permettant à un conseil implanté dans toute l'entreprise de négocier pour un seul des établissements. L'article L. 2321-2 du Code du travail prévoit que l'accord de création du conseil d'entreprise précise les modalités des négociations au niveau des établissements. La combinaison de ces deux articles dessine l'articulation de la possible transformation de comités sociaux et économiques d'établissement en conseils d'établisse-

ment. À notre sens, elle érige une prééminence du niveau de l'entreprise. Que des conseils d'établissement soient constitués suppose qu'ait été préalablement conclu un accord d'entreprise entérinant la création d'un conseil central d'entreprise. Ce n'est qu'ensuite que des accords d'établissement pourraient prévoir semblable changement au niveau déconcentré. Le maintien de comités sociaux et économiques d'établissement est tout à fait envisageable. Au niveau local, les accords d'établissement seraient toujours négociés par des délégués syndicaux d'établissement, tandis qu'au niveau central, les accords d'entreprise seraient négociés avec le conseil d'entreprise. Les compétences consultatives s'articuleraient de la même façon qu'entre un comité d'établissement et un comité central, nonobstant la métamorphose du second en conseil d'entreprise.

c. L'unité économique et sociale

8. Lorsqu'une unité économique et sociale (UES) est reconnue, elle occupe la place de l'entreprise dans le droit des relations collectives de travail. Fort logiquement, la transformation d'un comité social et économique mis en place dans une UES est envisageable [15]. L'accord est alors conclu soit dans une ou plusieurs entreprises composant l'UES, soit au niveau de l'UES tout entière. Si l'UES, qui correspond à l'entreprise reconstituée au sens du droit du travail, est elle-même divisée en établissements, chacun doté d'un comité du même nom, l'émergence du conseil d'entreprise peut concerner tout ou partie des comités sociaux et économiques implantés dans l'UES. La situation est proche de celle de l'entreprise à structure complexe : un conseil d'entreprise, ayant pour périmètre l'ensemble de l'UES, cohabitera dans chaque « entreprise », ayant la nature d'un établissement distinct pour l'application du droit des relations collectives, avec un conseil d'établissement ou un comité social et économique d'établissement, selon qu'a ou non été fait le choix d'une harmonisation de la carte des instances de représentation du personnel dans l'UES.

Les textes relatifs au conseil d'entreprise ne l'envisagent que comme une évolution du comité social et économique préalablement existant

2. Le temps de la naissance

9. Les rédacteurs de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 n'ont rien prévu quant au moment auquel pourrait être conclu l'accord instituant un conseil d'entreprise. Pour s'emparer le plus rapidement possible de la faculté de simplification, il pourrait être tentant d'engager directement une transition des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT vers le conseil d'entreprise, sans passer par une première élection d'un comité social et économique. Une telle voie ne doit toutefois pas être suivie. Les textes relatifs au conseil d'entreprise ne l'envisagent que comme une évolution du comité social et économique préalablement existant. Le conseil n'a

⁽⁸⁾ C. trav., art. R. 2321-1.

⁽⁹⁾ C. trav., art. L. 2143-3.

⁽¹⁰⁾ Paoli L., « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », Cah. soc. févr. 2018, n° 122n0, p. 116.

⁽¹¹⁾ C. trav., art. L. 2321-1.

⁽¹²⁾ V. en ce sens Teyssié B., « Le conseil d'entreprise », JCP S 2018, 1011, spéc. n° 3.

⁽¹³⁾ Une telle entreprise a nécessairement un effectif d'au moins 50 salariés.

⁽¹⁴⁾ C. trav., art. L. 2313-1.

Gazette Spécialisée Dossier

en effet pas d'existence autonome : aucune disposition ne gouverne sa composition ou son élection. Il a pour « structure de base » ^[16] le comité social et économique. Émanation dudit comité, le conseil d'entreprise en adopte la composition et les règles d'élection. À ce constat, les dispositions transitoires n'apportent aucun tempérament. S'il est envisageable que l'accord instituant le conseil d'entreprise soit négocié avant la tenue de la première élection du comité social et économique, c'est-à-dire au plus tard le 31 décembre 2019 ^[17], ses effets ne pourront se produire qu'une fois l'instance élue. Après l'élection du comité social et économique, la métamorphose en conseil d'entreprise peut intervenir à tout moment, sans qu'il soit nécessaire d'attendre que les mandats en cours s'achèvent.

B. Les moyens de la naissance : l'accord collectif

10. Si l'accord portant création du conseil d'entreprise peut être signé à plusieurs niveaux (1), les règles gouvernant son contenu s'appliquent en toute hypothèse (2).

1. Le niveau de l'accord

11. Le conseil d'entreprise peut résulter de la conclusion d'un accord d'entreprise (a) ou d'un accord de branche (b).

a. Un accord d'entreprise

12. En premier lieu, un accord d'entreprise « conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 » (18) peut créer le conseil d'entreprise. En ne visant pas l'intégralité de l'article L. 2232-12 du Code du travail, le renvoi textuel emporte deux conséquences. La négociation avec d'autres acteurs que les délégués syndicaux est exclue [19], ce qui justifie la place subsidiaire conférée à la branche. Pour être valable, l'accord doit impérativement avoir été conclu avec des organisations syndicales représentatives ayant obtenu plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur de ces mêmes organisations au premier tour des dernières élections du comité social et économique. Il n'est pas possible d'organiser un référendum destiné à l'adoption d'un accord signé par des organisations syndicales n'ayant réuni qu'entre 30 et 50 % des suffrages. L'accord d'entreprise est nécessairement à durée indéterminée, ce qui rend possible son éventuelle dénonciation.

13. Les règles gouvernant l'accord d'entreprise s'appliqueront, avec les adaptations nécessaires quant au calcul de ses conditions de conclusion, à l'accord d'établissement qui procéderait à la transformation du comité social et économique d'établissement en conseil d'établissement, ou bien à l'accord conclu au niveau ou dans tout ou partie des entreprises composant l'unité économique et sociale [20].

b. Un accord de branche

14. Le conseil d'entreprise peut être constitué par la voie d'un accord de branche dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Pour produire des effets, il devra cependant passer par le filtre de l'extension. L'intervention ministérielle, dans les conditions des articles L. 2261-15 et suivants du Code du travail, pourrait avoir pour fonction de veiller à ce que l'accord de branche n'impose pas l'institution d'un conseil d'entreprise aux entreprises de la branche qui ne le souhaiteraient pas. Le rôle de la branche devrait en effet se limiter à une « autorisation de transformation » [21] pour les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Il revient alors à chaque employeur de choisir s'il souhaite faire usage de la faculté ouverte par les stipulations de l'accord de branche. Si un conseil d'entreprise a été institué sur ce fondement, l'éventuelle nomination de délégués syndicaux rebattrait les cartes. L'accord de branche perdrait l'une des conditions essentielles de son applicabilité et le conseil d'entreprise redeviendrait un simple comité social et économique, sans pouvoir de négociation. Le maintien du statu quo ante serait conditionné à la conclusion d'un accord d'entreprise, dont la négociation est rendue possible par la présence nouvelle de délégués syndicaux. Les conseils d'entreprise constitués par le jeu de contrats collectifs de branche reposent sur une base plus fragile. La précarité de la situation est renforcée par le fait que l'accord de branche n'est pas nécessairement à durée indéterminée. La lecture de l'article L. 2321-2 indique que seul l'accord d'entreprise est régi par une règle de durée particulière. L'accord de branche pourrait tout à fait être conclu pour une durée déterminée. En l'absence de stipulation particulière, sa durée serait fixée à 5 ans [22].

Le conseil d'entreprise peut être constitué par la voie d'un accord de branche dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux

15. Qu'il soit conclu au niveau de la branche ou de l'entreprise, l'accord instituant le conseil d'entreprise est soumis aux règles de droit commun en matière de révision, de dénonciation ou de mise en cause. S'il venait à ne plus être applicable, le conseil d'entreprise disparaîtrait ; le comité social et économique et les délégués syndicaux retrouveraient leurs compétences respectives dans les conditions légales.

2. Le contenu de l'accord

16. Certaines clauses de l'accord instituant le conseil d'entreprise sont obligatoires (a), d'autres relèvent de la liberté des parties (b).

a. Des clauses obligatoires

17. Lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements distincts, l'accord doit préciser les modalités selon lesquelles des négociations se déroulent au niveau des

⁽¹⁶⁾ Teyssié B., « Le conseil d'entreprise », JCP S 2018, 1011, spéc. n° 3.

⁽¹⁷⁾ Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 9, II: JO, 23 sept. 2017, texte n° 31.

⁽¹⁸⁾ C. trav., art. L. 2321-2, al. 1.

⁽¹⁹⁾ Paoli L., « Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? », préc., Cah. soc. févr. 2018, n° 122n0, p. 116.

⁽²⁰⁾ C. trav., art. L. 2321-10.

⁽²¹⁾ Teyssié B., « Le conseil d'entreprise », préc., JCP S 2018, 1011, spéc. n° 8.

⁽²²⁾ C. trav., art. L. 2222-4.

Gazette Spécialisée

Dossier

établissements ^[23]. La clause vise l'éventuelle transformation de comités sociaux et économiques d'établissement en conseils d'établissement, selon les conditions décrites précédemment.

18. Dans toute entreprise, à structure unitaire ou complexe, l'accord devra également fixer la liste des thèmes soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise. L'égalité professionnelle et la formation professionnelle en font nécessairement partie [24]. Si pour certains, la mention de l'égalité professionnelle n'aurait qu'une valeur d'exemple, l'on ne saurait à notre sens admettre qu'un texte légal n'ait qu'une valeur illustrative. Même si le législateur ne l'indique pas, il est nécessaire que l'accord prévoie les modalités d'expression de l'avis conforme. Ce dernier peut prendre la forme d'une délibération soumise au vote du conseil. À l'accord de trancher ses conditions de validité ? Doit-il être adopté à la majorité ou à l'unanimité des membres du conseil? Le scrutin tiendra-t-il compte des seuls suffrages valablement exprimés ? En cas de divergence, un mécanisme de résolution des conflits peut être utilement prévu, qu'il s'agisse d'une reprise des discussions intégrant obligatoirement les observations des membres du conseil ou de l'éventuelle intervention d'un tiers. Sur ces questions, la liberté contractuelle semble totale.

19. Les pouvoirs de négociation du conseil d'entreprise peuvent être façonnés par l'accord. Il revient aux parties d'intégrer des stipulations relatives au nombre d'heures de délégation dont bénéficieront les élus du conseil d'entreprise participant aux négociations de conventions ou d'accords [25] en respectant un plancher réglementaire. Les élus participant aux négociations disposent d'un supplément d'heures de délégation fixé par le règlement qui s'ajoute au crédit déjà octroyé en leur qualité de membre du comité social et économique. Le contingent mensuel. dont l'utilisation suppose a minima la participation à une négociation, ne peut être inférieur à 12 heures dans les entreprises de moins de 150 salariés, 18 heures dans les entreprises de 150 à 499 salariés, et 24 heures dans celles d'au moins 500 salariés [26]. Ce crédit « spécial » n'a vocation à s'imputer que pour les activités de négociation et ne peut permettre de compenser l'épuisement du crédit octroyé en application des textes relatifs au comité social et économique. La gestion des heures de délégation des membres du conseil d'entreprise appelle donc un cloisonnement total.

20. L'indemnisation des frais de déplacement constitue également un thème obligatoire ^[27]. À la différence des heures de délégation, le texte légal ne limite pas l'éventuelle indemnisation aux seuls membres du conseil d'entreprise participant à la négociation d'accords collectifs.

21. Comme pour tout accord collectif, les parties devront prévoir un préambule présentant les objectifs et le contenu de leur accord de manière succincte ^[28]. L'accord contient également les modalités de sa révision ^[29], de son suivi ^[30] et de sa dénonciation ^[31].

b. Des clauses facultatives

22. L'impérativité s'efface concernant le reste du contenu de l'accord. Les parties sont libres de se limiter aux seules clauses obligatoires. Mais elles peuvent aussi prévoir d'autres clauses. Le législateur en suggère deux.

23. L'accord peut tout d'abord fixer la composition de la délégation chargée de la négociation des conventions et accords d'entreprise ou d'établissement [32]. Au premier chef, la règle signifie que faute de stipulation contraire, les conventions et accords peuvent être négociés avec l'ensemble des membres du conseil d'entreprise, c'est-à-dire les membres du comité social et économique. Une délégation pléthorique n'étant pas gage de succès, l'accord peut utilement limiter la fonction de négociation à certains des membres du conseil. La clause peut aussi permettre d'intégrer les délégués syndicaux qui subsistent malgré la perte d'une de leurs fonctions majeures. Les accords pourraient être négociés par une délégation hybride composée à la fois de membres élus et de délégués syndicaux. De la sorte, les délégués syndicaux seraient mieux encouragés à conclure un accord qui acte en théorie leur quasi-disparition.

24. L'accord créant le conseil d'entreprise peut également fixer la périodicité de tout ou partie des thèmes de négociation dudit conseil (331). Devront toutefois être respectées les périodicités minimales prévues par les dispositions « d'ordre public » inscrites dans les textes relatifs à la négociation obligatoire. La négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ainsi que la négociation sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et la qualité de vie au travail doivent être engagées au moins tous les 4 ans (341). Si l'entreprise ou le groupe regroupe au moins 300 salariés ou est de dimension communautaire, une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels est engagée selon le même rythme quadriennal (351).

25. D'autres clauses peuvent utilement être intégrées à l'accord créant le conseil d'entreprise : budgets, formation... L'octroi de moyens supplémentaires pourrait emporter la conviction des organisations syndicales mais réduirait parallèlement l'ampleur de la simplification espérée par l'employeur. Toutefois, devront être respectées les règles relatives au fonctionnement et aux attributions du conseil d'entreprise ^[36]. Dès lors, tout ce qui relève du négociable pour le comité social et économique l'est aussi pour le conseil d'entreprise.

⁽²³⁾ C. trav., art. L. 2321-2, al. 2.

⁽²⁴⁾ C. trav., art. L. 2321-3.

⁽²⁵⁾ C. trav., art. L. 2321-4.

⁽²⁶⁾ C. trav., art. R. 2321-1.

⁽²⁷⁾ C. trav., art. L. 2321-6.

⁽²⁸⁾ C. trav., art. L. 2222-3-3.

⁽²⁹⁾ C. trav., art. L. 2222-5.

⁽³⁰⁾ C. trav., art. L. 2222-5-1.

⁽³¹⁾ C. trav., art. L. 2222-6.

⁽³²⁾ C. trav., art. L. 2321-7.

⁽³³⁾ C. trav., art. L. 2321-8.

⁽³⁴⁾ C. trav., art. L. 2242-1.

⁽³⁵⁾ C. trav., art. L. 2242-2.(36) C. trav., art. L. 2321-1.

Gazette Spécialisée Dossier

L'attrait majeur du conseil d'entreprise est la combinaison en une seule instance des missions de consultation et de négociation

II. L'EXISTENCE DU CONSEIL D'ENTREPRISE

26. L'attrait principal du conseil d'entreprise est la combinaison en une seule instance des missions de négociation (A) et de consultation (B). Le caractère hybride du conseil appelle pour chacune d'elles l'application de règles originales.

A. La négociation avec le conseil d'entreprise

27. Absorbant l'une des fonctions des délégués syndicaux, le conseil d'entreprise négocie les accords collectifs (1) dont les conditions de conclusion sont adaptées à cet acteur particulier (2).

1. La conduite de la négociation

28. Au nom du conseil d'entreprise, les accords collectifs peuvent être négociés par plusieurs acteurs. Si les parties à l'accord instituant le conseil restent silencieuses, l'employeur négociera avec les représentants élus titulaires, auxquels le législateur renvoie pour l'octroi d'heures de délégation consacrées à l'activité de négociation [37]. Comme indiqué précédemment, l'accord peut retenir une autre composition de la délégation appelée à négocier les accords en intégrant, par exemple, les délégués syndicaux, voire des personnes extérieures à l'entreprise. Au nom d'un principe d'égalité entre les organisations syndicales représentatives, une stipulation réservant un tel avantage aux seules organisations signataires serait illicite. Quelle que soit l'identité des négociateurs, le temps passé à la négociation est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale [38].

29. La compétence du conseil d'entreprise concerne l'ensemble des conventions et accords d'entreprise. Il est « seul compétent » pour la négociation, la conclusion et la révision de tels accords (39). Un éventuel conseil d'établissement négociera les conventions et accords du même nom (40). Aucune réserve n'est apportée. L'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (41) a supprimé les quatre exceptions qu'avait retenu le texte initial (accord déterminant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi, protocole d'accord préélectoral, accord modifiant le nombre et la composition des collèges électoraux, et accord décidant que l'élection des représentants du personnel a lieu pendant le temps de travail). Une telle

solution est gage de clarté et devrait davantage inciter les parties à s'engager dans la voie du conseil d'entreprise. Les délégués syndicaux sont donc écartés de la mission de négociation. Il leur reste uniquement la fonction revendicative, sauf s'ils sont intégrés à la délégation chargée de la négociation.

2. Le succès de la négociation

a. La conclusion de l'accord

30. La validité de la convention ou de l'accord conclu par le conseil d'entreprise suppose qu'il ait été signé soit par la majorité des membres titulaires élus dudit conseil [42], soit par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Pour l'appréciation d'un tel seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis au premier tour pour les élus au premier tour, et des suffrages recueillis au second tour pour les autres élus (43). Le législateur prévoit deux conditions de conclusion, sans en privilégier aucune. Il est loisible aux parties à l'accord instituant le conseil d'entreprise d'opter pour l'une des branches de l'alternative. La majorité semble pouvoir être plus facilement atteinte avec la première technique [44]. Les deux modes de calcul reposent uniquement sur les membres élus titulaires du conseil d'entreprise. Même si leur participation aux négociations pourrait être envisagée par l'accord instituant le conseil d'entreprise, les délégués syndicaux ne sont donc pas habilités à conclure les accords.

b. Le devenir de l'accord

31. Le conseil d'entreprise disparaît lorsque s'éteint l'accord d'entreprise ou de branche qui l'a fondé. Cette instance a pu entre-temps conclure des accords. Ceux-ci demeurent applicables malgré la disparition du conseil. Leur révision ou leur dénonciation relèverait alors des délégués syndicaux, redevenus compétents en matière de négociation collective. En l'absence de délégués syndicaux, que pouvait pallier l'institution d'un conseil d'entreprise par voie d'accord de branche, les stipulations des accords conclus avec un conseil d'entreprise, disparu sans laisser d'« héritier », devraient être considérées comme caduques [45]; nul ne saurait plus s'en prévaloir.

B. La consultation du conseil d'entreprise

32. Les pouvoirs consultatifs du conseil d'entreprise témoignent de sa dualité, entre comité social et économique (1) et instance nouvelle (2).

1. Des fonctions issues du comité social et économique

33. En exerçant l'ensemble des attributions définies au chapitre II du titre l^{er} du Livre II du Code du travail, le conseil d'entreprise reprend les compétences du comité social et économique. D'autres attributions du comité figurent toutefois dans d'autres subdivisions du Code du travail (46)

⁽³⁷⁾ C. trav., art. R. 2321-1.

⁽³⁸⁾ C. trav., art. L. 2321-5.

⁽³⁹⁾ C. trav., art. L. 2321-1.

⁽⁴⁰⁾ Teyssié B., « Le conseil d'entreprise », préc., JCP S 2018, spéc. n° 19.

⁽⁴¹⁾ Ord. n° 2017-1718, 20 déc. 2017, visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : JO, 21 déc. 2017, texte n° 46.

⁽⁴²⁾ Cette première branche de l'alternative rappelle que le conseil d'entreprise est un organe élu de la même manière que le comité social et économique.

⁽⁴³⁾ C. trav., art. L. 2321-9.

⁽⁴⁴⁾ Niel S., « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », SSL, n° 1785, p. 8.

⁽⁴⁵⁾ Teyssié B., « Le conseil d'entreprise », préc., JCP S 2018, spéc. n° 22.

⁽⁴⁶⁾ L'on peut songer aux compétences relatives au règlement intérieur ou à la durée du travail.

Gazette Spécialisée Dossier

et doivent être, à fins de cohérence, également exercées par le conseil d'entreprise. Le pouvoir d'un comité social et économique est en soi déjà considérable eu égard à la fusion qu'il réalise entre trois instances. Mesurer l'ampleur d'un tel regroupement peut inciter à patienter avant d'envisager la création du conseil d'entreprise.

2. Une fonction nouvelle: l'avis conforme

34. Les pouvoirs consultatifs du conseil d'entreprise ne diffèrent pas de ceux du comité social et économique. Seule la façon de les exercer est cependant spécifique. L'introduction d'une procédure d'avis conforme est obligatoire. Elle concerne a minima l'égalité professionnelle et la formation professionnelle [47], deux thèmes en apparence consensuels. Le législateur passe sous silence d'autres avis conformes devant être recueillis auprès du comité social et économique, notamment en matière d'horaires individualisés [48] et de congé de formation économique, sociale et syndicale [49]. Il y a lieu de les ajouter aux sujets nécessitant l'avis conforme du conseil d'entreprise. Les parties à l'accord de création du conseil d'entreprise peuvent enrichir la liste, en prenant toutefois soin de ne pas entraver la liberté d'entreprendre (50). Le choix des thèmes doit être mûrement réfléchi pour éviter tout risque de paralysie. Notion familière au droit public, la

procédure d'avis conforme prend la forme d'un acquiescement ^[51] du conseil à un projet que lui soumet l'employeur. Le législateur ne reconnaît aucun droit d'initiative au profit du conseil. Toutefois, la décision adoptée *in fine* est nourrie des remarques, suggestions et observations des représentants. Par le dialogue tissé pour obtenir un avis conforme, la « codécision » s'exprime.

35. Dans le conseil d'entreprise, deux conceptions du dialogue social cohabitent. La première – l'avis conforme –, inspirée de l'exemple allemand, n'associe pas les représentants du personnel à la production de la norme, reposant in fine sur une décision unilatérale de l'employeur. La seconde – la négociation collective –, modèle de « codécision » à la française, place, du moins en apparence, les représentants sur un pied d'égalité. Différentes dans leur nature, mais pouvant porter sur les mêmes thèmes, les deux techniques ne sauraient se confondre au sein du conseil d'entreprise. Le législateur n'en privilégie aucune. L'apport majeur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 est de confier ces pouvoirs à un seul acteur. Confronté à un interlocuteur au pouvoir inédit, l'employeur est conduit à un dialogue constant. Le succès du conseil d'entreprise dépend du volontarisme des partenaires sociaux. Que l'attentisme prime et il intégrerait la – trop longue – liste des promesses déçues...

⁽⁴⁷⁾ C. trav., art. L. 2321-3.

⁽⁴⁸⁾ C. trav., art. L. 3121-48.

⁽⁴⁹⁾ C. trav., art. L. 2145-11.

⁽⁵⁰⁾ Rémy P., « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », Dr. soc. 2017, p. 1050 et s., spéc. n° 24.

⁽⁵¹⁾ Borenfreund G., « La fusion des institutions représentatives du personnel, appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p. 608 et s.