

Études et doctrine

CHRONIQUE

L'expression du comité social et économique

GILLES AUZERO, Professeur à l'Université de Bordeaux

ROMAIN CHISS, Avocat associé, Karman Associés

1. Ainsi que le laisse entendre son appellation, le comité social et économique doit, en toutes hypothèses, être vu comme une instance collégiale (1). Une telle assertion paraît toutefois devoir être démentie si l'on a égard au fait que le comité peut, compte tenu de l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement, n'être composé que d'un seul élu titulaire (2). Il faut toutefois relever que l'article L 2314-1 du Code du travail dispose, sans aucune réserve, que le comité social et économique « comprend l'employeur et une délégation du personnel comportant un nombre de membres déterminés par décret (...) compte tenu du nombre de salariés ». Venant s'ajouter à l'élu, l'employeur assurera en conséquence la pluralité nécessaire à l'existence d'un « comité » (3). Ces considérations peuvent toutefois apparaître de peu d'importance, dès lors que, dans les entreprises de moins de 50 salariés, les représentants du personnel au comité social et économique « exercent individuellement les droits qui sont reconnus au comité » (4).

2. À s'en tenir là, il y a lieu de considérer que la question de l'expression du comité social et économique en tant qu'instance collégiale ne peut donc être posée que dans les entreprises ou établissements qui occupent au moins 50 salariés. Cela semble d'autant plus avéré si l'on admet que le comité social et économique constitué dans les entités qui n'atteignent pas ce seuil ne dispose pas de la personnalité juridique. Mais, outre qu'un groupement de personnes peut être appelé à s'exprimer sans disposer de la personnalité morale, il peut être soutenu que ledit comité doit bénéficier d'un tel attribut dans les entreprises et établissements de moins de 50 salariés (5). Il n'en demeure pas moins vrai que la problématique de l'expression du comité social et économique prend d'autant plus de relief que l'institution représentative du personnel dispose d'une plénitude de prérogatives.

On sait en effet que c'est à partir de 50 salariés que le comité social et économique va être appelé à formuler des vœux et des avis (6). Ces avis et ces vœux constituent la manifestation la plus classique de l'expression du comité social et économique (7). Mais elle ne saurait être réduite à cela. Il est d'autres

manifestations de volonté du comité qui ne relèvent pas de ces deux catégories. Ainsi et, pour ne prendre qu'un seul exemple, il appartient au comité social et économique de désigner les représentants de proximité, dès lors que leur mise en place a été prévue par accord d'entreprise (8). À cela, il faut aussi ajouter la faculté pour le comité social et économique de consentir sinon à un accord collectif, à tout le moins à un accord « de droit commun ».

3. Dans chacune des hypothèses envisagées, c'est l'activité juridique externe du comité social et économique qui se trouve ainsi placée sur le devant de la scène. Que la manifestation de volonté prenne la forme d'un avis, d'une décision ou encore d'un consentement à un acte juridique, elle doit, au moins en première analyse, être imputée au comité envisagé en tant que groupement personnifié (9). Pour autant, et ainsi qu'il est justement observé, « en raison de leur nature abstraite, les personnes morales se trouvent dans l'impossibilité d'émettre une volonté ; elles sont, en quelque sorte, frappées d'une incapacité d'exercice de fait. Elles ne peuvent donc exercer leur activité externe que par l'intermédiaire de personnes physiques (...), qu'elles investissent du pouvoir d'agir en leur nom et dans leur intérêt » (10).

4. La loi n'ayant pas doté le comité social et économique d'un représentant, son activité externe ne peut donc *a priori* emprunter que la voie de la représentation conventionnelle. Toutefois, celle-ci va se trouver certainement exclue dans tous les cas où le Code du travail exige un vote des membres du comité. C'est de ce vote que vont, en règle très générale, procéder les manifestations de volonté de cette instance collégiale qu'est le comité social et économique. Cela est somme toute logique dès lors que, faut-il le rappeler, le comité social et économique « a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques

(1) Selon le dictionnaire Le Petit Robert, le comité est « une réunion de personnes prises dans un corps plus nombreux ».

(2) En application de l'article R 2314-1 du Code du travail, un seul titulaire est élu lorsque l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement est compris entre 11 et 24 salariés.

(3) Ajoutons que cette pluralité découle aussi de l'existence d'un suppléant. Mais, rappelons qu'en application de l'article L 2314-1, al. 2 du Code du travail « le suppléant assiste aux réunions en l'absence du titulaire ».

(4) C. trav. art. L 2315-19. Nous soulignons.

(5) G. Auzero, « Les transformations du comité social et économique » : JCP S 2018 n° 1227. Voir aussi, pour une opinion plus mesurée, N. Anciaux, « La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés – Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée » : JCP S 2020 n° 1019.

(6) C. trav. art. L 2312-15.

(7) Et avant lui du comité d'entreprise.

(8) C. trav. art. L 2313-7.

(9) Il faut à nouveau insister sur le fait que le comité social et économique institué dans les entreprises de moins de 50 salariés n'est pas concerné. Moins en raison du fait qu'il ne dispose pas de la personnalité juridique – ce que nous contestons – que parce que les droits qui lui sont reconnus sont exercés individuellement par les représentants du personnel. On peut accessoirement remarquer qu'il est curieux de reconnaître des droits à une entité dépourvue de la personnalité juridique...

(10) Rép. civ. Dalloz, voir « Personne morale » par G. Wicker et J.-Ch. Pagnucco n° 83.

de production » (11). Le comité se trouve ainsi investi d'une « compétence attribuée » pour la définition d'un intérêt d'ordre général (12). Pour être déterminé par la loi, cet intérêt n'en reste pas moins mis en œuvre et défendu par chacun des représentants du personnel au comité qui, ensemble, concourent à son expression et ne peuvent en conséquence confier le soin de le porter à un représentant. De ce fait, le comité ne saurait donner à un délégué le pouvoir de formuler en son nom et pour son compte un avis. Il en va également ainsi, par l'effet même de la loi, lorsque le comité social et économique est, en tant que personne morale, appelé à être partie à un accord.

5. On comprend dès lors qu'envisager l'expression du comité social et économique revient à se demander comment, sur un plan juridique, vont pouvoir être imputés à ce groupement personnifié particulier des actes juridiques. Cette interrogation ne revêt pas la même portée selon que sont en cause les décisions unilatérales du comité (I) ou son consentement à un accord (II).

I. Les décisions unilatérales du comité social et économique

6. Dans ses rapports avec les tiers (c'est-à-dire dans l'ordre externe), le comité social et économique va être amené à prendre des décisions. Ces dernières, qui sont autant d'expression de la volonté du comité, seront seules envisagées dans les développements qui suivent, à l'exclusion donc des décisions purement internes. D'un point de vue juridique, ces dernières révèlent moins l'expression de la volonté du comité lui-même que de ses membres. Cette assertion paraît au demeurant démentie par le Code du travail qui dispose, par exemple, que « le comité désigne, parmi ses membres titulaires, un secrétaire et un trésorier » (13). Sans doute peut-on voir dans le renvoi au « comité » une forme d'abus de langage, dans la mesure où la décision en cause, purement interne, ne lui sera pas juridiquement imputable. Aussi serait-il préférable de dire que le secrétaire et le trésorier sont désignés, en son sein, par les membres du comité social et économique. On ajoutera, pour en terminer avec ces décisions relevant de l'ordre interne, qu'au moment de s'exprimer, les membres du comité ne portent pas véritablement les intérêts des salariés dont ils sont chargés d'assurer l'expression collective. S'agissant des décisions qui relèvent de l'organisation externe du comité social et économique, elles peuvent être le fruit d'un vote des membres de l'institution (A) ou de l'intervention d'un représentant de celle-ci (B).

(11) C. trav. art. L 2312-8. Cette fondamentale disposition a trait aux attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

(12) Voir, sur la question, G. Wicker, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de B. Oppetit », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit* : Litec p. 691.

(13) C. trav. art. L 2315-23, al. 3.

(14) Tandis que la résolution peut être définie comme « la décision volontaire arrêtée après délibération et avec l'intention de s'y tenir », la décision est définie comme la « fin de la délibération dans un acte volontaire de faire ou de ne pas faire une chose ».

(15) Voir en ce sens, M. Cohen et L. Milet, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe* : LGDJ 2020, 15^e éd., n^{os} 610 et s. Pour une critique de cette distinction, voir Rép. trav. Dalloz, « Comité d'entreprise : mise en place, composition, fonctionnement » par R. de Quénaudon n^o 427.

(16) Tel est le cas de la désignation du secrétaire, du trésorier, des membres du bureau, des présidents des commissions, etc.

(17) Ce qui signifie notamment qu'il ne peut y avoir de résolution valable sans

A. Les décisions procédant d'un vote

7. Selon les dispositions de l'article L 2315-32 du Code du travail, « les résolutions du comité social et économique sont prises à la majorité des membres présents ». Organisant les modalités du vote, ce texte n'en laisse pas moins entendre que ce même vote constitue la voie privilégiée de l'expression du comité social et économique dans l'ordre externe. Le terme « résolution » doit être tenu pour synonyme de celui de « décision ». Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de l'aboutissement d'une délibération, d'une discussion (14). En conséquence, il nous semble difficile de prétendre distinguer les « résolutions » des « décisions » afin de soutenir que les secondes obéissent à des règles de majorité différentes (15). En revanche, et ainsi qu'il a été dit précédemment, les décisions (ou résolutions) du comité social et économique doivent être distinguées des décisions prises, dans l'ordre interne, par ses membres. Ces dernières ne sont pas concernées par l'article L 2315-32 et peuvent, de ce fait, être adoptées à la majorité des voix exprimées (16).

8. Les résolutions du comité doivent donc être adoptées « à la majorité des membres présents ». Remarquons que, pour être valablement adoptée, la résolution implique, par hypothèse pourrait-on dire, que le comité se soit, en amont, réuni afin de délibérer. Cela exige, par voie de conséquence, que le comité soit régulièrement constitué (17) et convoqué, conformément aux prescriptions légales. Au terme de la réunion, les membres présents vont donc être appelés à voter. Encore que cela puisse relever de l'évidence, le texte exclut tout vote par procuration. Dès lors qu'un titulaire est absent, il est, en application de l'article L 2314-1 du Code du travail, remplacé par son suppléant qui bénéficie alors du droit de vote. Tel n'est en revanche pas le cas des représentants syndicaux au comité social et économique, qui disposent d'une simple voix consultative (18). Cela est somme toute logique dans la mesure où, faut-il le rappeler, le représentant syndical est là pour exprimer, outre son opinion personnelle, celle de l'organisation syndicale qui l'a mandaté (19). Pour le dire autrement, il n'a pas vocation à porter et défendre l'intérêt dont le comité social et économique est en charge en application de la loi. Seuls les représentants élus par les salariés sont en capacité de le faire (20). Cette exigence fondamentale explique que l'avis du comité social et économique ne puisse se traduire par une prise de position des organisations syndicales auxquelles appartiennent les membres élus du comité (21).

9. Elle permet aussi de déterminer les hypothèses dans lesquelles le président du comité social et économique peut participer au vote. À la vérité, et dans la mesure où ce comité a pour

que l'employeur soit présent lors des délibérations, quand bien même il ne serait pas autorisé à participer au vote final. Voir, en ce sens, M. Cohen et L. Milet, ouvrage précité n^o 581, qui soulignent qu'« un comité social et économique ne peut valablement délibérer que s'il est régulièrement composé ».

(18) C. trav. art. L 2314-2.

(19) M. Cohen et L. Milet, ouvrage précité n^o 161.

(20) Il en résulte que, lorsqu'un texte légal exige que la décision soit prise « à la majorité des membres présents », ladite majorité doit s'entendre des membres élus ayant voix délibérative. Voir, en ce sens, Cass. soc. 13-2-2019 n^o 17-27.889 FS-PB : RJS 4/19 n^o 228, Bull. Joly Travail 2019 p. 18 note G. Auzero. Il faut ici rappeler que les membres suppléants n'ont pas vocation à siéger lorsque les titulaires sont présents. À supposer qu'une stipulation conventionnelle autorise leur participation en sus des titulaires, cela ne change rien à la règle dès lors que, pour être autorisés à participer aux réunions, ils ne peuvent voter.

(21) Cass. soc. 5-12-2006 n^o 05-21.641 FS-PB : RJS 3/07 n^o 355, Lexbase Hebdo Éd. Sociale n^o 241 obs. G. Auzero.

mission d'assurer une expression collective des salariés, le fait que l'employeur ou son représentant en soit membre constitue une anomalie. À tout le moins, sa participation au vote devrait être systématiquement exclue (22). Ce n'est pas ainsi que l'a entendu le législateur, le Code du travail disposant que « le président du comité social et économique ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel » (23). À s'en tenir à la lettre du texte, le vote du président du comité n'aurait lieu d'être exclu que lorsqu'il consulte le comité ; ce qui renvoie aux hypothèses dans lesquelles l'employeur est tenu de solliciter l'avis du comité.

On ne saurait cependant s'en tenir à cette seule exclusion qui tombe sous le sens dans la mesure où, ici sans doute plus qu'ailleurs, le comité est appelé à porter et défendre les intérêts des salariés, intérêts à la détermination desquels l'employeur ne saurait concourir. Mais il faut alors admettre que le vote du président devra être écarté chaque fois que la décision du comité social et économique aura partie liée avec les intérêts des salariés et leur expression collective. C'est ce qui explique que le président ne puisse pas prendre part au vote d'une résolution relative à la gestion des activités sociales et culturelles (24), à la désignation des représentants du comité au conseil d'administration ou de surveillance de la société employeur (25) ou encore à la désignation des délégués du comité d'établissement au comité central d'entreprise.

De façon plus générale il semble que, pour ce qui est de l'ordre externe, il est peu de décisions du comité social et économique auxquelles le président pourra participer par son vote dès lors que, de manière directe ou indirecte, sera en cause l'intérêt des salariés porté par le comité au titre de la compétence déléguée par le législateur. Partant, c'est surtout, nous semble-t-il, à l'égard des décisions relevant de l'organisation interne du comité social et économique que la question de la participation du président au vote peut se poser. Il est à souligner que cette organisation interne est exclusive de toute décision ayant un effet à l'égard de tiers au comité social et économique (26). Tel est, notamment, le cas de la désignation du secrétaire ou du trésorier du comité. Or, la Cour de cassation admet de longue date et avec constance que le président du comité est en droit de participer à leur élection (27). De solides arguments peuvent être et sont opposés à cette jurisprudence (28). Mais, à suivre les développements précédents, celle-ci peut se justifier par le fait que, lorsqu'il s'agit de désigner secrétaire et trésorier, l'intérêt que

le comité social et économique a en charge n'est pas concerné (29).

10. Peu précis sur la question qui vient d'être évoquée, le Code du travail est très lacunaire sur les modalités concrètes du vote. En disposant, de façon générale, que les résolutions du comité « sont prises à la majorité des membres présents », l'article L 2315-32 laisse entendre que, si sont seuls pris en compte les membres présents (30), tous le sont nécessairement. En conséquence sont pris en compte les abstentions, les votes blancs et nuls, qui sont autant de votes défavorables à la résolution. Pour le reste, on sera bien en peine de trouver dans le Code du travail des dispositions organisant le vote qui, de ce fait, n'est pas nécessairement à bulletin secret (31).

11. Le législateur n'a pas même pris la peine d'exiger un quorum. La Cour de cassation a, en conséquence, pu affirmer qu'« aucun quorum n'étant fixé pour l'adoption d'une résolution, d'une décision ou d'un avis du comité d'entreprise, la délibération prise par un seul de ses membres du comité à la suite du départ des autres membres est régulière » (32). La solution est curieuse en ce qu'elle nie le caractère collégial de l'institution et revient à permettre à un seul élu de concrétiser l'intérêt collectif dont est porteur le comité. Il a toutefois pu être observé qu'elle « est pourtant indispensable pour éviter la paralysie de l'institution du fait de la mauvaise volonté de certains de ses membres » (33). Sans doute est-elle beaucoup moins indispensable depuis que les avis du comité sont enfermés dans des délais contraints, au terme desquels il est réputé avoir donné un avis négatif...

B. Les décisions procédant de l'intervention d'un représentant

12. Ainsi que cela a déjà été rappelé en introduction, le législateur n'a pas organisé la représentation du comité social et économique. On ne saurait pour autant en déduire que celle-ci n'est pas possible, étant simplement observé que l'absence de représentation légale n'interdit pas la représentation conventionnelle. Il fut d'ailleurs un temps où le Code du travail envisageait une telle représentation. On se souvient que l'ancien article R 432-1 du Code du travail disposait que « pour l'application des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article L 431-6 (34), le comité est valablement représenté par un de ses membres délégué à cet effet ». Victime, avec d'autres, de la recodification, ce texte n'a pas été rétabli par l'ordonnance instituant le comité social

(22) Voir déjà en ce sens, J. Savatier, « Les délibérations du comité d'entreprise » : Dr. soc. 1983 p. 395. On s'accordera avec cet auteur pour considérer que la présence de l'employeur est d'autant plus curieuse que, depuis 1982, le comité d'entreprise n'est plus conçu comme une instance de coopération, mais de contrôle.

(23) C. trav. art. L 2315-32, al. 2.

(24) Cass. soc. 25-1-1995 n° 92-16.778 P : RJS 3/95 n° 251, Bull. civ. V n° 38.

(25) Cass. soc. 5-5-1983 n° 81-16.787 : Bull. civ. V n° 235.

(26) À titre d'exemple relève de l'ordre externe la désignation d'un expert-comptable. Appelé à éclairer le comité au moment de donner son avis, cet expert participe de la défense des intérêts des salariés et, de ce fait, il est exclu que le président du comité concoure par son vote à sa désignation (voir, en ce sens, Cass. soc. 26-11-1987 n° 86-14.530 P : Bull. civ. V n° 679). Il en va de même des représentants de proximité. Pour être membres du comité ou désignés par lui, ils ne relèvent pas uniquement de son organisation interne, appelés qu'ils sont à défendre les intérêts des salariés.

(27) S'agissant du secrétaire, voir, notamment, Cass. soc. 10-7-1991 n° 88-20.411 PF : RJS 10/91 n° 1105, Bull. civ. V n° 355 ; Cass. soc. 13-11-2001 n° 99-16.969 FS-D ; Cass. soc. 23-6-2004 n° 02-16.875 F-D : RJS 11/04 n° 1160 ; Cass. soc. 25-9-2013 n° 12-14.489 FS-D : RJS 12/13 n° 828. Pour ce qui est du trésorier, outre l'arrêt précité du 25 septembre 2013, voir Cass. soc. 5-1-2005 n° 02-19.080 F-D : RJS 4/05 n° 402.

(28) Voir M. Cohen et L. Milet, ouvrage précité n° 604 s.

(29) Compte tenu de cela, le président du comité devrait être à même

de participer au vote relatif à la demande d'organisation d'une réunion exceptionnelle du comité social et économique (C. trav. art. L 2315-28). La Cour de cassation l'a toutefois exclu dans un arrêt en date du 13 février 2019 en réservant le droit de vote aux « membres élus ayant voix délibérative » (Cass. soc. 13-2-2019 n° 17-27.889 FS-PB, précité). La solution peut s'expliquer par le fait que, comme il est justement indiqué, permettre au président de voter reviendrait à ce qu'il s'adresse à lui-même une demande de réunion (M. Cohen et L. Milet, ouvrage précité n° 549). On ajoutera à cela que la réunion ne met pas uniquement en cause l'organisation interne du comité, ne serait-ce que parce que c'est au moment des réunions que l'expression collective des salariés va se concrétiser.

(30) Dont on a vu qu'ils s'entendent des membres élus ayant voix délibérative.

(31) Sans doute les modalités du vote peuvent-elles être fixées par le règlement intérieur. Il nous semble cependant qu'écarter systématiquement le vote à bulletin secret serait problématique. Les décisions les plus importantes (on songe notamment aux avis) doivent pouvoir être prises librement, sans être sous le « regard des autres » et spécialement de l'employeur. Le principe constitutionnel de participation l'exige.

(32) Cass. soc. 30-9-2009 n° 07-20.525 FS-PBR : RJS 12/09 n° 915, Bull. civ. V n° 217.

(33) J. Savatier, art. précité p. 401-402.

(34) Ce texte précisait que « le comité d'entreprise est doté de la personnalité civile et gère son patrimoine ».

et économique. Il n'en demeure pas moins que la représentation conventionnelle reste juridiquement ouverte, trouvant qui plus est, désormais, à être fondée sur les articles 1153 et s. du Code civil, dont on sait qu'ils constituent une théorie générale de la représentation, introduite par l'ordonnance du 10 février 2016 (35). On ajoutera qu'une telle représentation s'avère, dans les faits, nécessaire (36).

13. Pour autant, la représentation du comité social et économique ne peut être admise à tous égards. Ainsi que l'a justement souligné un auteur pour expliquer l'absence de représentation légale de cette instance collégiale, « nul obstacle ne saurait entraver la représentation collective des intérêts (...) qu'incarne l'être moral qui a été constitué dans ce but et dont l'objet est précisément la défense de ces intérêts. Il s'en déduit que les conditions d'exécution de la décision d'organisation liée à l'activité du comité personnalisé ne peuvent être que le produit de la volonté collective » (37). En d'autres termes, chaque fois qu'est en cause l'expression de l'intérêt collectif dont le comité social et économique est en charge, il ne saurait être fait appel à la représentation. L'article L 2315-32 du Code du travail ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme et exige que les résolutions du comité soient prises à la majorité des membres présents. Il est de ce fait exclu que l'avis du comité social et économique, sollicité par l'employeur au titre de ses attributions économiques, puisse être formulé par un représentant qu'il aurait mandaté à cette fin.

14. Nul doute, en revanche, que la mise en œuvre des résolutions et autres décisions du comité puisse être dévolue à un représentant (38), à qui sera par exemple délégué le pouvoir de conclure des contrats au nom et pour le compte du comité, notamment dans le cadre de ses activités sociales et culturelles. La question est alors de savoir à qui peut être donnée la délégation de pouvoir. Aux temps du comité d'entreprise, le législateur avait clairement pris parti, affirmant comme il a été dit que le comité devait être représenté « par l'un de ses membres délégués à cet effet ». Dans un arrêt récent, la chambre criminelle a, à juste titre, considéré que, malgré l'abrogation de l'ancien article R 432-1 du Code du travail à l'occasion de la recodification de 2008, cette exigence devait être maintenue, ladite recodification étant intervenue à droit constant (39).

Le silence du législateur sur la représentation du comité social et économique lors de son institution en 2017 conduit à se demander si, désormais et en droit, la faculté de représenter le comité peut être dévolue à une personne qui n'en est pas membre. Dans le droit fil de ce qui a été avancé précédemment, il peut être avancé que, parce que le délégataire de pouvoir concourt, dans l'ordre externe, à l'expression du comité social et économique et, de ce fait, à l'expression de l'intérêt collectif dont il a la charge, il ne peut lui être étranger. Mais, compte tenu

du fait que sont nécessairement en cause de simples mesures d'exécution de décisions arrêtées collégalement, on peut concevoir que le pouvoir soit donné au président du comité, n'aurait-il pas participé au vote (40), voire au représentant syndical au comité.

II. Le consentement du comité social et économique à un accord

15. Si le Code du travail admet de longue date que le comité d'entreprise puisse être partie à un accord conclu avec l'employeur, cette situation a longtemps été limitée à la mise en place d'un dispositif d'intéressement ou de participation. Désormais, c'est un nombre bien plus conséquent d'accords qui peuvent lier l'employeur et le comité social et économique (41). Se pose à nouveau nécessairement la question de la manifestation du consentement du comité qui, en tant que tel, ne peut exprimer une quelconque volonté. Là encore, cette expression va exiger, au nom et pour le compte du comité, l'intervention d'une pluralité de personnes physiques membres de l'instance, qui va être partie à l'accord (A). Il n'en va pas, en revanche, ainsi lorsque les membres élus du comité, voire un seul d'entre eux, consentent à un accord collectif de travail (B).

A. Le consentement exprimé par des membres élus du comité en son nom et pour son compte

16. Instituant le comité social et économique, l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 a, comme on le sait, ouvert un large espace à l'adaptation conventionnelle des règles légales gouvernant la mise en place et le fonctionnement de cette institution représentative du personnel. Nombreux sont ainsi les textes du Code du travail qui, se rapportant à tel ou tel objet particulier, visent « un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité » (42). En règle très générale, les dispositions en cause n'envisagent la négociation avec le comité social et économique qu'à titre subsidiaire ; celle-ci ne pouvant intervenir qu'« en l'absence de délégué syndical ». Il faut donc comprendre que la présence d'un délégué syndical exclut toute négociation avec le comité social et économique, alors même que la négociation avec le premier nommé aurait échoué ou qu'il n'aurait pas même souhaité négocier.

17. On peut voir là la traduction de la « vocation naturelle » des organisations syndicales à assurer par la voie de la négociation collective la défense des droits et des intérêts des travailleurs, selon la formule bien connue du Conseil constitutionnel (43). On

(35) Voir notamment G. Wicker, « Le nouveau droit de la représentation dans le Code civil » : D. 2016 p. 1942.

(36) Pour plus de développements sur la représentation du comité social et économique, spécialement aux fins d'action en justice, voir M. Cohen et L. Millet, ouvrage précité, n°s 758 s. ; G. Loiseau, P. Lokiec, L. Pécaut-Rivolier, P.-Y. Verkindt, Droit de la représentation du personnel : Dalloz Action 2019-2020, n°s 534.11 s.

(37) F. Duquesne, obs. sous. Cass. crim. 9-9-2020 n° 19-83.139 F-PBI : RJS 11/20 n° 546, JCP S 2020 n° 3048.

(38) Voir déjà, en ce sens, Cass. soc. 28-10-1975 n° 74-11.814 : Bull. civ. V n° 489 (« Les juges du fond ont constaté que par ses délibérations des 20 et 30 juillet 1970, le comité d'établissement après avoir décidé de confier à trois associations qu'il créait la gestion de certaines des œuvres sociales de l'entreprise avait consenti une délégation de ses pouvoirs au secrétaire et au trésorier du comité pour assurer l'exécution des décisions prises à la majorité »). Il va de soi que la délégation de pouvoir doit elle-même

résulter d'une délibération du comité.

(39) Cass. crim. 9-9-2020 n° 19-83.139 F-PBI, précité. Était en cause dans cette affaire l'action en justice du comité d'entreprise.

(40) Voir en ce sens, pour des actions en justice, Cass. soc. 16-12-1980 n° 79-13.205 : Bull. civ. V n° 900 ; Cass. crim. 6-4-2005 n° 04-85.799 F-D : Dr. soc. 2005 p. 825 obs. P.-Y. Verkindt.

(41) Sur ces différents types d'accords, voir notamment, B. Gauriau, « L'accord, instrument de mise en place du comité social et économique » : JCP S 2018 n° 1204 ; F. Géa, « L'accord sur le comité social et économique » : Bull. Joly Travail sept. 2018 p. 50 ; F. Rosa, « La nature juridique des accords conclus « au sein » du CSE » : Dr. ouvrier 2020 p. 632.

(42) Sans souci d'exhaustivité peuvent être cités les articles L 2312-16 (délais de consultation) ; L 2312-19 (consultations récurrentes) ; L 2312-21 (base de données économiques et sociales) ; L 2312-55 (consultations ponctuelles) ; L. 2313-3 (établissements distincts) ; L 2315-42 et L 2315-43 (commission santé, sécurité et des conditions de travail) ; L 2315-85 (délai d'expertise).

peut toutefois considérer que la prééminence ainsi conférée aux syndicats n'avait pas nécessairement sa place ici. En effet, la plupart des accords envisagés ont moins pour objet les droits et intérêts des travailleurs que le fonctionnement interne du comité social et économique et, de ce fait, ses prérogatives propres (44). Sans doute peut-il être rétorqué que tout cela est à relier au principe constitutionnel de participation et, par voie de conséquence, à la défense des droits et des intérêts des travailleurs. Mais, admettons-le, c'est de manière tout à fait médiante. Par suite, il nous semble que le législateur aurait tout aussi bien pu, si ce n'est réserver la négociation de ces accords au comité social et économique, à tout le moins ne pas en faire une négociation subsidiaire (45) ; ce qui est au demeurant parfois le cas (46). Le comité n'est-il pas le mieux à même, entre autres choses, de déterminer les délais nécessaires à la formulation de ses avis, le contenu, la périodicité et les modalités des consultations (47) ? On rappellera à cet égard que, antérieurement à sa modification par la loi Rebsamen du 17 août 2015, l'ancien article L 2323-3 du Code du travail renvoyait uniquement à un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise le soin de fixer les délais de consultation de celui-ci.

18. Cela étant dit, et pour en revenir à l'expression du consentement du comité à l'accord, elle va *a priori* se traduire par un vote, la loi renvoyant systématiquement, ainsi qu'il a été dit, à un accord « adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité ». La formule semble exclure qu'un projet d'accord soit soumis individuellement et séparément à l'approbation de chaque élu titulaire. Il y a même lieu de penser que le vote doit être précédé sinon d'une phase de négociation avec l'ensemble des élus titulaires, à tout le moins d'un temps de discussion collective au cours d'une réunion dédiée. Ainsi qu'il a été à juste titre souligné, « quoiqu'il ne l'ait nulle part exprimé dans le Code, le législateur semble rechercher, pour les accords conclus avec le CSE, l'expression d'une volonté propre à l'institution – et une volonté commune résultant d'un vote égalitaire » (48). Partant, on ne voit pas comment cette volonté commune ne pourrait pas dépendre d'une discussion collective, lors d'une réunion. Ajoutons que, même si ne pourront voter que les élus titulaires, il y a sans doute lieu de convoquer aussi à cette réunion les représentants syndicaux au comité (49). C'est aussi parce qu'est recherchée, comme il a été dit, « une volonté propre à l'institution » que le législateur exige que l'accord soit adopté à la « majorité des membres titulaires » et non simplement, à l'instar des résolutions, « à la majorité des membres présents ». Par suite, si un ou plusieurs élus titulaires quittent, avant son terme, la réunion au cours de laquelle l'accord est discuté, ils n'en restent pas moins pris en compte pour l'appréciation de la majorité (50).

19. Dans la mesure où l'accord doit être adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique, il est exclu que ces mêmes membres donnent délégation de pouvoir à l'un d'entre eux pour consentir à l'accord. En revanche, il nous semble qu'un délégataire de pouvoir pourrait être désigné aux fins de négocier l'accord. Pour autant, et dans le droit fil de ce qui a été dit précédemment, le projet d'accord ainsi négocié devra être soumis à une discussion collective au cours d'une réunion, afin que puisse le cas échéant être caractérisée, au terme du vote conclusif, la volonté propre de l'institution. Car, au final, ce sera bien le comité social et économique qui sera partie à l'accord, ainsi que le laisse clairement entendre la loi en évoquant un « accord entre l'employeur et le comité social et économique ». Les élus titulaires de la délégation du personnel au comité social et économique ne consentent donc pas à l'accord en leur nom personnel, mais au nom et pour le compte du comité. C'est en conséquence une situation de représentation légale que consacre le Code du travail, serait-elle collective. Au regard de tout ce qui vient d'être dit, on doit alors s'étonner de la solution retenue par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 8 juillet 2020, retenant l'existence d'un accord entre un employeur et un comité d'entreprise visant à prolonger les délais de consultation de l'instance, sans qu'ait été aucunement constaté un vote majoritaire des élus titulaires ni une discussion collective ayant précisément cet objet (51). La Cour de cassation avait pourtant fait preuve de plus de rigueur dans un arrêt antérieur, considérant qu'en l'absence de vote dans les conditions prévues par la loi, un comité central d'entreprise ne peut se prévaloir de la tenue d'une réunion pour établir que le délai de consultation a été prolongé (52). Seule cette dernière solution, respectueuse des exigences légales, est de nature à garantir l'expression d'une volonté propre du comité social et économique.

20. Puisque c'est le comité social et économique qui est partie à l'accord en tant que personne morale, il y a lieu d'en déduire que l'accord a vocation à survivre à l'échéance des mandats de ceux qui le composent. Pour le dire autrement, en l'absence de stipulations particulières au sein de l'accord, celui-ci est conclu pour une durée indéterminée. Cela ne va pas sans poser un certain nombre de difficultés concrètes (53), découlant du fait que, ledit accord n'étant pas un accord collectif « classique », il ne peut être soumis aux règles figurant dans le Code du travail qui organisent la révision ou la dénonciation des conventions et accords collectifs de travail. À dire vrai, c'est surtout l'absence de survie temporaire de l'accord en cas de dénonciation qui est de nature à poser problème (54). Il n'est toutefois pas certain que ce constat permette de considérer que l'accord conclu entre l'employeur et le comité « mériterait de se voir assigner

(43) Cons. const. 6-11-1996 n° 96-383 DC : RJS 12/96 n° 1296.

(44) La preuve en est que les accords conclus avec le comité social et économique ne sont pas des accords collectifs au sens propre du terme (voir infra).

(45) Sans doute convient-il de procéder à des distinctions. À titre d'exemple, la « vocation naturelle » des syndicats doit être préservée s'agissant de la détermination des établissements distincts qui a partie liée avec la mesure de la représentativité.

(46) Cf. par exemple l'art. L 2315-85.

(47) Il n'est d'ailleurs pas à exclure que les membres du comité social et économique ne partagent pas les choix faits par les délégués syndicaux ; ce qui peut faire naître des litiges sur l'application des stipulations conventionnelles.

(48) F. Rosa, art. précité, p. 635.

(49) Rappelons que, dans la mesure où, en règle générale, l'accord avec le comité ne peut intervenir qu'en l'absence de délégué syndical, il sera rare que l'entreprise soit privée de celui-ci, tandis que les syndicats représentatifs auront

pu désigner un représentant syndical au comité.

(50) À titre d'exemple, si le comité est composé de 10 élus titulaires et que 4 d'entre eux quittent la réunion avant son terme, la majorité d'adoption reste fixée à 6 voix.

(51) Cass. soc. 8-7-2020 n° 19-10.987 FS-PBI : RJS 10/20 n° 477, JCP E 2020 n° 1448 note critique J.-M. Chonnier, Bulletin Joly Travail sept. 2020 p. 30 note Ch. Mariano, Bull. Joly octobre 2020 p. 12 note G. Auzero. C'est aussi le consentement de l'employeur qui, en l'espèce, est entendu de manière très compréhensive.

(52) Cass. soc. 21-9-2016 n° 15-19.003 FS-PB : RJS 12/16 n° 785, Bull. Joly 2016 p. 637 note G. Auzero, Cah. soc. nov. p. 553 note F. Bergeron-Canut.

(53) Voir sur la question les articles précités de F. Géa et F. Rosa.

(54) En tant que telle, la dénonciation, comme d'ailleurs la révision, ne fait pas difficulté. Pour ce faire, il suffit de s'en remettre à une règle de « parallélisme des formes ». Ainsi, l'accord peut être dénoncé par l'employeur ou par le comité statuant à la majorité des élus titulaires.

une durée déterminée, correspondant à la durée des mandats de ceux qui l'ont approuvé » (55). C'est la volonté propre de l'institution que ces derniers ont exprimée et ils doivent s'effacer derrière elle, qui survit à l'échéance de leur mandat. Mais, il faut le redire, il est toujours possible de stipuler un terme au sein de l'accord.

B. Le consentement d'un ou de plusieurs membres élus du comité à un accord collectif de travail

21. Il n'est guère besoin de rappeler que, depuis un certain nombre d'années désormais, les représentants du personnel élus sont habilités par la loi à signer des conventions et accords collectifs de travail, en l'absence de délégué syndical (56). Que ce soit dans les entreprises de moins de 50 salariés (57) ou dans celles qui occupent au moins 50 salariés (58), les élus peuvent être acteurs de la négociation collective soit sur mandatement syndical, soit en qualité de simple élu. L'hypothèse dans laquelle les élus au comité social et économique négocient et concluent un accord en vertu d'un mandat syndical ne sera pas ici évoquée. En ce cas, en effet, il est exclu de considérer que les élus s'expriment au nom et pour le compte du comité social et économique. C'est l'organisation syndicale mandante qui, le cas échéant, se trouvera investie de la qualité de partie à la norme conventionnelle (59).

22. À s'en tenir à la négociation menée avec de simples élus au comité social et économique, on ne peut cependant affirmer, sans autre démonstration, qu'ils agissent au nom et pour le compte du comité social et économique. Si l'on considère qu'il en va ainsi, il faut alors admettre que c'est le comité qui, en tant que personne morale, est partie à l'accord finalement conclu. Force est de constater que la loi n'en dispose pas ainsi. Là où, s'agissant des accords de configuration du comité social et économique évoqués précédemment, le Code du travail envisage explicitement un accord entre l'employeur et le comité, les textes relatifs à la négociation substitutive (60) menée avec élus n'évoquent rien en ce sens. Tandis que l'article L. 2232-23-1 du Code du travail vise la faculté de négocier, conclure, réviser ou dénoncer un accord « par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique », l'article L. 2232-25 dispose « qu'en l'absence de membres de la délégation du personnel du comité social et économique mandaté en application de l'article L. 2232-24, les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique qui n'ont pas été expressément mandatés par une organisation (...) peuvent négocier, conclure, réviser ou dénoncer des accords collectifs de travail ».

Il est pour le moins difficile de déceler dans les textes

règlementant la négociation avec les élus un mécanisme de représentation légale qui aboutirait à rendre le comité social et économique partie à l'accord collectif par l'effet de la signature de l'un ou de plusieurs de ses membres titulaires. Bien plus, ce qu'un auteur a pu nommer la « procéduralisation » de l'entrée en négociation des acteurs de substitution aboutit à individualiser les élus du personnel lorsqu'ils sont considérés dans leur rapport à la fonction de négociation (61). On ajoutera encore que, à supposer qu'un mécanisme de représentation légale puisse être déduit des textes, sa mise en œuvre serait de nature à faire difficulté dans les entreprises de moins de 50 salariés, dès lors que l'on considère que le comité social et économique qui y est institué est dépourvu de personnalité juridique (62).

23. À s'en tenir là, il y a lieu de considérer que ce n'est pas le comité social et économique qui est partie à l'accord signé par un ou plusieurs de ses élus titulaires (63). Mais, si ce n'est pas l'instance qui est partie à l'accord, ce sont alors nécessairement la ou les personnes physiques qui l'ont signé (64). Il y a là une rupture très nette avec la conception classique de l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement liant un employeur et une ou plusieurs personnes morales, en l'occurrence des organisations syndicales. Pour rompre, pourrait-on dire, avec les habitudes, la situation n'est pas nécessairement choquante. Investis par la loi du pouvoir de négocier, les élus au comité exercent par là même le droit individuel des salariés à la négociation collective, sans à proprement parler porter et défendre l'intérêt collectif dont l'instance collégiale a la charge, qui reste de ce fait en marge de la négociation et de la conclusion de l'accord. Il importe à cet égard de rappeler que l'accord collectif n'est valable que s'il est signé par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité lors des dernières élections professionnelles. La règle majoritaire, dont procède la légitimité des acteurs et de la norme conventionnelle, pourrait d'ailleurs accréditer l'idée que, si représentation il y avait, ce serait celle des salariés et non du comité (65).

24. D'un point de vue plus technique, le fait que soient parties à l'accord un ou plusieurs élus plutôt que le comité lui-même n'empêche pas de difficultés particulières lors de l'application de l'accord. En effet, les textes légaux ouvrent largement les possibilités de révision et de dénonciation des accords conclus en l'absence de délégué syndical. Pour le dire autrement, le fait que, par exemple, l'élu signataire de l'accord perde *a posteriori* son mandat n'interdit pas que l'accord puisse être révisé ou dénoncé par un ou plusieurs salariés nouvellement élus, qui auraient recueilli une majorité des suffrages exprimés et, de ce fait, une habilitation à négocier. Cela nous conduit

(55) F. Géa, art. précité.

(56) Pour une étude complète et approfondie de la question, voir notamment, Ch. Mariano, *La négociation substitutive d'entreprise* : Thèse Montpellier 2018 ; Voir Armillei, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs : essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale* : Thèse Paris 2 2019.

(57) C. trav. art. L. 2232-23-1.

(58) C. trav. art. L. 2232-24 s.

(59) C'est là la conséquence nécessaire de l'existence préalable d'un mandat.

(60) Selon l'heureuse formule de Ch. Mariano (thèse précitée.)

(61) Ch. Mariano, thèse précitée p. 289. L'auteur se fonde sur les dispositions de l'art. L. 2232-25-1, qui visent « les élus » qui souhaitent négocier et une négociation qui s'engage avec « des salariés, élus non mandatés ».

(62) Opinion dont il a déjà été souligné qu'elle n'est pas partagée par l'un des auteurs du présent article. Voir G. Auzero, « Les transformations du comité social et économique », article précité.

(63) Pour une opinion contraire, voir notamment, B. Teyssié, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical » : JCP S 2018

n° 1112, spéc., n° 10 (« L'existence, ou non, d'un mandatement pèse, en revanche, sur la détermination de la « partie salariale » à la convention ou l'accord conclu ; – dès lors que mandat avait été donné aux négociateurs, la convention ou l'accord est conclu avec le ou les mandants ; – dans le cas contraire, le contrat collectif est conclu avec le comité social et économique pris en tant que personne morale ») ; L. Aluome et V. Armillei, « La négociation collective des accords de substitution en l'absence de délégué syndical » : JCP S 2020 n° 3114, spéc. n° 16 (« Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés et en l'absence de mandatement des membres élus du comité social et économique, l'accord collectif est directement conclu avec le comité, lequel dispose de la personnalité morale »).

(64) Il est vrai que le législateur n'a pas craint d'instituer des « accords » sans partie côté salarié. On songe ici aux « projets d'accord » validés par les deux tiers du personnel (C. trav. art. L. 2232-22).

(65) Sur cette idée, voir G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire » : Dr. soc. 2018 p. 154 ; « Les syndicats, mandataires des salariés ? », Semaine sociale Lamy 2015 n° 1666 p. 10.

d'ailleurs à penser qu'il n'y a pas ici place pour une représentation conventionnelle du comité social et économique. Outre que cela ne saurait remettre en cause les exigences légales en termes de « signature majoritaire » par un ou plusieurs élus, le comité serait, par l'effet de la représentation, partie à un accord sur lequel il n'aurait aucune prise.

25. Au final, il y a lieu de considérer que, pour être exprimé par des élus titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique, le consentement à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement n'engage pas l'instance (66).

Ce n'est donc pas l'expression du comité qui est en cause ici, mais celle des salariés de l'entreprise ou de l'établissement par l'intermédiaire d'un acteur de la négociation identifié par la loi et habilité par ces derniers. On constate, ce faisant, que le consentement du comité à un accord par le truchement d'un représentant personne physique occupe une place résiduelle, pour n'intéresser principalement que des contrats conclus pour le compte du comité social et économique aux fins de mise en œuvre de ses attributions sociales et économiques (67).

(66) En revanche, et ainsi que l'affirme l'article L 2321-9 du Code du travail, « La validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement 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 » (nous soulignons). C'est donc le comité qui, en quelque sorte, exerce le droit individuel des salariés à la négociation collective. Pour cette raison, c'est la majorité en termes de suffrages exprimés qui aurait dû être privilégiée par rapport à une simple majorité arithmétique. Cela étant, pour cette raison et parce que c'est au final le conseil qui est partie à l'accord, aurait dû être exigée la signature de la majorité des membres élus dont ceux ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés. Juridiquement

fondée, cette exigence n'aurait évidemment pas facilité la signature des accords. Ajoutons que le législateur institue ici une représentation légale puisque la signature de l'accord par un ou plusieurs élus engage l'instance collégiale.

(67) Elle est sans doute possible également lorsqu'un comité social et économique d'établissement conclut avec le comité social et économique central d'entreprise une convention confiant à ce dernier la gestion de certaines activités communes. L'article L 2316-23 du Code du travail se borne en effet à exiger la conclusion d'« une convention entre les comités sociaux et économiques d'établissement et le comité social et économique central ». Mais la convention ne constitue alors que la mise en œuvre d'une décision nécessairement collective et préalable visant au transfert d'activité d'une instance à une autre.