

## Revue de droit du travail 2018 p.358

### La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme

Yannick Pagnerre, Professeur à l'Université d'Evry-Val d'Essonne  
Emeric Jeansen, Maître de conférences, HDR, à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

#### L'essentiel

*La fusion des institutions représentatives du personnel oblige à prêter une attention renouvelée à la notion d'établissement et aux modes de reconnaissance d'établissements distincts. Les deux études, qu'il a paru utile de publier ensemble, abordent ces questions de grande actualité dans toute leur complexité.*

La collectivité de travail, cette « belle inconnue »<sup>(1)</sup>, est au fondement des relations collectives de travail<sup>(2)</sup>. Son lien avec la notion d'établissement distinct est étroit. Correctement configuré, chaque établissement épouse les communautés de travail (ayant des intérêts propres et distincts des autres en fonction de leurs métiers, des lieux de travail, des conditions de travail, etc.). La mise en place, en leur sein, d'instances de représentation du personnel assure la proximité des représentants et des représentés. En ce sens, la notion d'établissement distinct est l'une des traductions du principe de participation garanti par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; le niveau de l'établissement est spécialement retenu par la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne<sup>(3)</sup>. Pourtant, la division de l'entreprise en établissements distincts est un sujet constant de polémiques<sup>(4)</sup> que l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 tente maladroitement d'apaiser. Si le principe de la division de l'entreprise en établissements distincts est conservé<sup>(5)</sup>, les modes de reconnaissance et les critères retenus par la législation nouvelle soulèvent un grand nombre de questions.

#### I. - Modes de reconnaissance des établissements distincts

Le mode de reconnaissance des établissements distincts est désormais déconnecté de la négociation du protocole d'accord préélectoral. Priorité est donnée à l'accord (A). Mais, cette voie suppose, outre un réel consensus, la présence de représentants du personnel. En l'absence de consensus ou de représentant, la voie est ouverte à la décision unilatérale (B).

##### A. - Reconnaissance conventionnelle

Deux modes conventionnels de reconnaissance des établissements distincts sont prévus : l'accord collectif d'entreprise ou l'accord conclu avec le CSE (1). Assourdissant est le silence des textes relatifs à leur contestation (2).

##### 1. - Accords

Le nombre et le périmètre des établissements distincts sont prioritairement déterminés par accord d'entreprise, éventuellement négocié au niveau de l'UES, signé exclusivement avec des délégués syndicaux (C. trav., art. L. 2313-2 et L. 2313-8, al. 3). L'accord est conclu dans les conditions prévues à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 2232-12 du Code du travail, c'est-à-dire en recueillant la signature de syndicats majoritaires. Cette règle présente une difficulté lors de la reconnaissance d'une UES. Faute d'élections professionnelles antérieures dans ce cadre, aucun syndicat n'y est représentatif. Il n'est pas d'autre solution que de consolider les résultats électoraux des entités concernées pour y faire émerger des

syndicats représentatifs. Il paraît d'ailleurs opportun de négocier, dans un même *instrumentum*, la reconnaissance de l'UES et des établissements distincts<sup>■</sup> (6).

Pour le reste, la négociation relative à la reconnaissance des établissements distincts respecte les règles générales applicables à la négociation d'entreprise. Notamment l'impératif de loyauté conduit à fixer, dès leur engagement, « l'objet et la périodicité des négociations ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux » (C. trav., art. L. 2232-20). Aussi, l'accord peut préciser sa durée d'application ; à défaut, les établissements distincts conventionnels valent pour cinq ans (C. trav., art. L. 2222-4). Le cycle électoral étant, en principe, de quatre ans, la durée quinquennale est inopportune. Puisque l'arrivée du terme emporte disparition de la convention (C. trav., art. L. 2222-4), il pourrait être décidé que cet événement fasse perdre leur assise géographique aux instances élues emportant, par voie de conséquence, la fin des mandats en cours. Même si la nouvelle interdépendance entre l'accord de reconnaissance des établissements distincts et les élections professionnelles pourrait justifier cette solution, elle serait profondément inadaptée. Sur les fondements pris de la sécurité juridique et de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 afin d'éviter un « vide de représentation collective », il pourrait être décidé soit que la survenance du terme de l'accord déterminant les établissements distincts est sans effet sur la régularité des mandats en cours pendant un cycle électoral, soit que les mandats en cours sont maintenus jusqu'à l'organisation imminente de nouvelles élections professionnelles<sup>■</sup> (7). Enfin, quelle que soit sa durée, sa révision lors des élections postérieures devra emprunter les dispositions de l'article L. 2261-7 du Code du travail. À ce titre, la négociation de l'avenant sera engagée avec les syndicats représentatifs, à cette date, dans l'entreprise.

L'articulation entre l'accord relatif à la configuration des établissements distincts et le protocole d'accord préélectoral contient une seconde question : à quel moment engager les négociations de l'un et de l'autre ? *A priori*, les praticiens devraient prendre l'habitude d'engager les deux négociations ensemble. Même si les acteurs syndicaux ne sont pas exactement les mêmes, la pratique est licite puisque le protocole d'accord préélectoral peut renfermer, dans une même négociation, plusieurs accords distincts selon leurs règles de validité<sup>■</sup> (8). L'employeur pourrait ainsi inviter tous les syndicats habilités à négocier le protocole d'accord préélectoral et négocier avec tous sur le périmètre des élections. À tout le moins, la détermination des établissements distincts étant une question prioritaire, elle doit être résolue avant de discuter de toute autre modalité d'organisation des élections. D'ailleurs, afin de respecter les échéances liées à l'expiration des mandats en cours, il peut être utile de préciser, dès l'engagement des négociations, la durée maximale de la négociation relative au nombre et au périmètre des établissements distincts (C. trav., art. L. 2314-4). Faute d'obtenir un accord à l'expiration de cette période, le défaut de signature sera assimilé à un désaccord ouvrant la voie à une décision unilatérale.

La loi prévoit la faculté pour l'employeur ou « les entreprises regroupées au sein de l'unité économique et sociale » de solliciter le comité social et économique afin de conclure un accord relatif au nombre et au périmètre des établissements distincts. Cette voie ne peut être empruntée qu'en « l'absence d'accord et en l'absence de délégué syndical » (C. trav., art. L. 2313-3 et L. 2313-8, al. 4). La double condition signifie que la négociation d'un accord collectif de droit commun est impérative dans l'entreprise constituée d'organisations syndicales représentatives ; l'employeur ne peut pas se dispenser d'inviter les organisations syndicales pour préférer négocier avec les élus du personnel. Mieux, en l'absence d'accord mais en présence de délégué syndical, l'employeur ne peut pas négocier avec le comité social et économique.

L'accord est conclu avec le comité social et économique et non, comme en matière de négociation dérogatoire, avec ses membres. Son adoption suppose l'accord exprimé de « la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel »<sup>■</sup> (9). Une majorité en nombre est ainsi imposée alors qu'une majorité en suffrages aurait été plus conforme à l'esprit du texte. Si des comités sociaux et économiques d'établissement ont auparavant été mis en place, l'accord est négocié avec le comité social et économique central (C. trav., art. L. 2316-1). En revanche, au sein d'une UES récemment reconnue, l'accord ne peut pas être conclu avec le comité social et économique commun puisque, par hypothèse, il n'est pas encore constitué. Il semble aussi contraire au texte de négocier avec l'ensemble des comités sociaux et économiques des entités concernées ; la voie unilatérale s'imposerait.

Cette négociation atypique s'articule mal avec celle du protocole d'accord préélectoral, aucun acteur ne

participant conjointement aux deux. Dès lors, les négociations ne peuvent être que séparées. L'invitation à négocier le protocole d'accord préélectoral doit être envoyée aux syndicats représentatifs au niveau national et interprofessionnel une fois l'accord trouvé avec le comité social et économique.

Conformément au droit commun des contrats<sup>(10)</sup>, l'accord de l'employeur et du comité social et économique est présumé conclu pour une durée indéterminée, ce qui autorise sa révision à l'expiration des mandats en cours. Les conditions de la révision sont incertaines. Sans nul doute, la négociation peut être engagée avec le nouveau comité social et économique dans les conditions de la négociation de l'accord initial. Toutefois, si des syndicats ont fait leur apparition dans l'entreprise, la négociation avec le comité social et économique est exclue puisque ce mode de reconnaissance n'est admis qu'en « l'absence d'accord et en l'absence de délégué syndical » (C. trav., art. L. 2313-3 et L. 2313-8, al. 4). Pourtant il n'est pas certain que les délégués syndicaux soient autorisés à réviser l'accord conclu avec le comité social et économique. Le « principe d'équivalence des négociations » instauré en matière de révision des accords collectifs négociés avec des syndicats ou de manière dérogatoire (art. L. 2232-16, L. 2232-21, L. 2232-22-1, L. 2232-23-1, L. 2232-24, L. 2232-25 et L. 2232-26) ne semble pas pouvoir être étendu, faute de texte particulier, à l'accord signé avec le comité social et économique. L'impasse dans laquelle se trouve l'entreprise obligerait à systématiquement dénoncer l'accord conclu pour une durée indéterminée avec le comité social et économique. Cette solution n'est certainement pas satisfaisante. Afin d'éviter de se trouver dans une telle situation, les parties à l'accord seront bien inspirées de fixer un terme tenant dans l'achèvement du cycle électoral.

## 2. - Contestation

Aucune règle n'encadre la contestation de l'accord, qu'il résulte d'une signature syndicale ou de celle du comité social et économique. Auparavant, l'identification par le protocole d'accord préélectoral des établissements distincts justifiait que l'action soit portée devant le tribunal d'instance dans le cadre du contentieux relatif à la régularité des opérations électorales encadré par un délai de forclusion de quinze jours<sup>(11)</sup>. L'ordonnance, en écartant la reconnaissance par accord préélectoral, met à mal cette solution, pourtant gage de sécurité. D'aucuns défendent toujours la compétence du tribunal d'instance en interprétant extensivement les articles L. 2314-32, alinéa 1, et R. 2314-24, alinéa 4, du Code du travail<sup>(12)</sup>. La solution est loin d'être évidente. L'accord est désormais détaché des opérations électorales ; sa contestation paraît relever de la compétence générale du tribunal de grande instance susceptible d'être saisi par tout intéressé, syndicats, employeur ou salarié (C. pr. civ., art. 31). Si l'action est intentée à l'encontre d'un accord collectif, le régime de la prescription de deux mois est applicable (sous réserve de la notification de l'accord aux syndicats ou de sa publication. - C. trav., art. L. 2262-14)<sup>(13)</sup>. Faute de disposition spéciale, la prescription est de cinq ans pour l'action engagée contre l'accord conclu avec le comité social et économique (C. civ., art. 2224). Ces solutions, techniquement justifiées, sont source d'insécurité. Il devrait alors être défendable de continuer à rattacher - même avec quelque artifice - l'action en contestation à la régularité des opérations électorales au sens de l'article L. 2314-32 du Code du travail. En pratique, l'artifice pourrait être de reprendre la solution jurisprudentielle admettant qu'« une clause n'ayant pas strictement de nature préélectorale soit intégrée dans un protocole préélectoral, à la condition que le protocole ait été signé dans les conditions prévues pour la validité d'une telle clause dans le cadre d'un accord collectif »<sup>(14)</sup> ; en effet la contestation d'une telle clause « n'est recevable que si elle est introduite dans le délai de quinze jours suivant ces élections »<sup>(15)</sup> afin de ne pas « remettre en cause, rétroactivement, les éléments sur lesquels tant les électeurs que les candidats ont pu se fonder pour prendre leur décision lors de leur participation au scrutin »<sup>(16)</sup>.

L'éventuelle annulation de l'accord s'étend aux élections subséquentes. Elle oblige à engager sans délai de nouvelles négociations relatives aux établissements distincts et au protocole d'accord préélectoral, le cas échéant, sous astreinte. En outre, quel qu'il soit, le juge compétent pour statuer sur la validité de l'accord ne l'est pas pour procéder au découpage de l'entreprise en établissements distincts<sup>(17)</sup>. Il a seulement le pouvoir de contraindre l'employeur et les organisations syndicales ou le comité social et économique à négocier, sans délai, un nouvel accord déterminant le nombre d'établissements distincts et, le cas échéant, leur périmètre<sup>(18)</sup>.

## B. - Reconnaissance unilatérale

La seconde voie de reconnaissance d'éventuels établissements distincts dépend d'une décision de l'employeur ou de l'un des employeurs mandatés par les autres dans une UES (C. trav., art. L. 2313-4 et L. 2313-8, al. 5). Les modalités de la décision unilatérale (1) et sa contestation (2) contiennent de multiples zones d'ombre.

### 1. - Modalités

Le recours à la décision unilatérale est permis « en l'absence d'accord » conclu avec les délégués syndicaux ou le comité. La formule fait naître un doute s'agissant du caractère subsidiaire de ce mode de reconnaissance<sup>(19)</sup>. Faut-il constater le désaccord avant de pouvoir adopter une décision unilatérale ? L'expression « à défaut », mobilisée par les textes antérieurs, impliquait que des négociations aient été engagées au sein de l'entreprise avant de pouvoir saisir l'administration<sup>(20)</sup>. Désormais, deux situations peuvent être distinguées.

Lorsque l'instance est mise en place pour la première fois, l'adoption d'un accord est impossible tant avec des délégués syndicaux qu'avec le comité social et économique, tous deux n'existant pas. L'employeur peut donc immédiatement adopter une décision unilatérale.

Lorsque l'élection est engagée pour renouveler l'instance, l'expression pourrait être interprétée comme renvoyant « au seul constat de l'inexistence d'un accord »<sup>(21)</sup> ne nécessitant pas la présentation d'un procès-verbal de désaccord. L'employeur pourrait alors adopter une solution unilatérale sans chercher à engager des négociations avec les organisations syndicales. Toutefois, une telle solution apparaît directement contraire à l'articulation des articles L. 2313-2, L. 2313-3, L. 2313-4 et R. 2313-1, alinéa 2<sup>(22)</sup>, du Code du travail. L'employeur est, selon nous, tenu d'inviter les syndicats ou le comité social et économique à négocier sur l'existence d'établissements distincts. Seul le refus d'entrée en négociation de la partie salariée, le désaccord manifeste ou l'absence de signature d'un accord à l'issue du délai de négociation formalisé *ab initio* l'autorise à adopter une décision unilatérale<sup>(23)</sup>. La subsidiarité de la voie unilatérale s'applique même si, lors des précédentes élections, les établissements distincts ont été reconnus par décision unilatérale et que la structure de l'entreprise n'a pas été modifiée depuis.

Comme pour la négociation menée avec les organisations syndicales ou le comité social et économique, aucune période n'est prévue pour l'adoption d'une décision unilatérale. Partant, la décision peut être déconnectée du cycle électoral... ce qui s'avère potentiellement inopportun. Si elle est prise en amont du cycle électoral en cours, il serait judicieux de préciser que la décision de l'employeur est dépourvue d'effet immédiat. Même si la décision peut être adoptée pour une durée déterminée ou indéterminée, la prudence conduit à préciser, pour éviter tout inconvénient lié à la survenance du terme ou à une dénonciation, que la décision vaut pour la durée du cycle électoral.

Une fois la décision adoptée, l'employeur doit informer les syndicats ou le comité social et économique (C. trav., art. R. 2313-1 et R. 2313-4, al. 1). Aucun délai n'est prévu. Sans doute, convient-il « d'admettre qu'il doit être raisonnable »<sup>(24)</sup>. En tout état de cause, s'agissant d'un élément essentiel pour l'adoption du protocole préélectoral (l'employeur devant affecter les salariés au sein des divers établissements), l'information doit être réalisée avant la négociation du protocole d'accord préélectoral et l'engagement du processus électoral.

L'information est donnée à deux types de syndicats (C. trav., art. R. 2313-1, al. 1, et R. 2313-4, al. 1) : ceux qui sont représentatifs dans l'entreprise (et non seulement dans l'un des établissements) et ceux ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise (y compris dans un seul établissement). En revanche, les syndicats extérieurs à l'entreprise en sont exclus. Ils ne seront informés de la décision patronale qu'en cas de participation aux négociations du protocole d'accord préélectoral voire, au plus tard, au moment où ils déposeront des listes de candidats. L'information peut être réalisée par « tout moyen permettant de conférer date certaine » (recommandée avec avis de réception, courriel<sup>(25)</sup>, remise en main propre) ; la notification réalisée à l'adresse du syndicat ou à son représentant (délégué syndical ou représentant syndical) suffit ; l'information précise le nombre d'établissements distincts et

leur périmètre ou, le cas échéant, l'absence d'établissement.

Chaque fois qu'un délégué syndical est présent dans l'entreprise, seules les organisations syndicales sont informées de la décision patronale. Le comité social et économique est destinataire de l'information uniquement « lorsque les négociations se sont déroulées conformément à l'article L. 2313-3 » du Code du travail (C. trav., art. R. 2313-1, al. 2) - c'est-à-dire « en l'absence de délégué syndical » - mais qu'elles ont échoué. L'information du comité prend la forme d'une réunion (C. trav., art. R. 2313-1, al. 2, et R. 2313-4, al. 2), ce qui impose la rédaction d'un ordre du jour et d'une convocation des membres mais exclut toute consultation (donc la nécessité d'un avis et le respect d'un délai de consultation).

Enfin, l'information des salariés n'est pas prévue, pas même de manière collective (comme un affichage). Les premiers intéressés par le processus électoral ont ainsi été oubliés du législateur. La solution est regrettable, spécialement dans l'entreprise qui organise pour la première fois des élections : faute d'implantation syndicale et d'élus du personnel, la décision patronale n'est connue de personne... Les salariés n'auront connaissance de l'éventuel établissement dont ils relèvent qu'à compter de l'engagement du processus électoral.

## 2. - Contestations

Les syndicats de l'entreprise ou le comité social et économique « peuvent dans le délai de quinze jours à compter de la date à laquelle ils en ont été informés, contester la décision de l'employeur » devant le Direccte (C. trav., art. R. 2313-1, al. 3, et R. 2313-4, al. 3). En l'absence d'information patronale, la contestation peut intervenir à tout moment.

Les modalités de rédaction de la contestation ne sont pas précisées. La décision de l'administration étant susceptible de causer un grief, une procédure contradictoire, impliquant un échange de pièces et d'arguments, apparaît nécessaire. Les contestataires doivent ainsi communiquer tous les éléments de fait dont ils disposent à la Direccte et les transmettre à l'employeur pour qu'il puisse y répondre. À défaut, deux sanctions sont concevables : 1/ le Direccte n'est pas valablement saisi et l'expiration du délai purge la décision patronale de tout vice ; 2/ la contestation aboutit à une décision de rejet.

Deux mois sont accordés au Direccte, à compter de la réception de la contestation, pour notifier sa décision. Pendant ce délai, obligation lui est faite d'instruire le dossier afin de forger son opinion. Le temps de l'instruction, lorsque la saisine de l'administration « intervient dans le cadre d'un processus électoral global », la négociation du protocole d'accord préélectoral est suspendue « jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin » (C. trav., art. L. 2313-5, al. 1 et L. 2313-8, al. 6). *A contrario*, lorsque la décision est prise avant le processus électoral, la suspension est écartée.

À l'issue du délai de deux mois, le silence conservé vaut décision implicite de rejet, c'est-à-dire confirmation de la décision de l'employeur (C. trav., art. R. 2313-2 et R. 2313-5). À l'inverse, en cas de décision expresse infirmant celle de l'employeur, l'autorité administrative devrait pouvoir apprécier, eu égard aux documents et aux arguments qui lui ont été présentés, les structures de l'entreprise et procéder elle-même à la configuration territoriale des prochaines élections. Quelle qu'elle soit, la décision faisant grief<sup>(26)</sup> doit être motivée, en droit et en fait, si elle est expresse<sup>(27)</sup> ou pouvoir être motivée, si elle est implicite<sup>(28)</sup>.

Une fois adoptée, la décision administrative peut être contestée par les syndicats représentatifs, le comité social et économique voire l'employeur devant le tribunal d'instance (C. trav., art. R. 2313-2 et R. 2313-5), à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux (C. trav., art. L. 2313-5, al. 2 et L. 2313-8, al. 7). Même si les organisations syndicales non représentatives ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ne sont pas visées par les articles R. 2313-2, alinéa 2, et R. 2313-5, alinéa 2, du Code du travail, alors qu'elles sont expressément admises à contester la décision unilatérale de l'employeur, rien ne devrait faire obstacle à ce qu'elles puissent saisir le juge d'instance (C. pr. civ., art. 31)<sup>(29)</sup>.

La contestation doit être réalisée dans un délai de quinze jours ; deux expressions sont utilisées : soit la

décision « fait l'objet d'un recours », soit il faut « saisir, dans le délai [...], le tribunal ». La notion de « saisine » implique en principe l'enrôlement au greffe (30) ; une telle interprétation, certes stricte, est justifiée car les élections doivent s'organiser rapidement. L'article R. 2313-3, alinéa 1, du Code du travail dispose en ce sens que le tribunal est « saisi des contestations par voie de déclaration au greffe ».

Le délai de 15 jours débute à compter de la réception de la décision expresse ou à l'expiration du délai de décision implicite, sous réserve, conformément à la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, que les voies et délais de recours soient indiqués dans la notification si la décision est expresse (C. trav., art. R. 2313-2, al. 1) ou dans l'accusé de réception de la demande l'ayant fait naître si elle est implicite (31). À défaut d'avoir été portés à la connaissance du justiciable, les délais de recours contentieux lui sont inopposables (CJA, art. R. 421-5). Cela signifie-t-il que la saisine du tribunal peut intervenir à tout moment, éventuellement des années plus tard ? Au nom du principe de sécurité juridique, le Conseil d'État a nuancé l'inopposabilité des délais de recours en l'absence d'information du justiciable, en décidant que la saisine devait intervenir dans un délai raisonnable. Sauf circonstances particulières ou textes spécifiques, ce délai ne saurait excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse a été notifiée au requérant ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance (32).

Une mission quasi-inquisitoire est confiée au juge d'instance. Aux termes des articles R. 2313-3 et R. 2313-6 du Code du travail, « sur demande du greffe », le Direccte « justifie de l'accomplissement de la notification de sa décision auprès de la juridiction saisie ou à défaut, de la réception de la contestation » ; mieux, « si le juge le demande, il communique un rapport précisant les éléments de droit ou de fait ayant fondé sa décision ». À notre avis, en cas de décision implicite, tout requérant peut solliciter du Direccte ou du juge la communication de ce rapport, élément indispensable du respect du contradictoire.

Le tribunal est tenu d'une obligation de célérité ; il « statue dans les dix jours de sa saisine sans frais ni forme de procédure et sur avertissement qu'il donne trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées » ; la décision « est notifiée par le greffe dans les trois jours par lettre recommandée avec avis de réception » (C. trav., art. R. 2313-3, al. 4 et 5, et R. 2313-6, al. 4 et 5). La décision est susceptible d'un pourvoi en cassation dans un délai de dix jours (C. trav., art. R. 2313-3, al. 6, et R. 2313-6, al. 6).

Toutes les règles précitées en matière de contestation sont inapplicables lorsqu'il s'agit des premières élections professionnelles : aucune organisation représentative et aucun CSE susceptible de contester la décision de l'employeur n'existe... qui pourrait alors jouir d'un pouvoir discrétionnaire. Les textes ne reconnaissent pas aux salariés un droit de contestation ; la qualité à agir, au sens de l'article 32 du Code de procédure civile, ne leur a pas été reconnue. Cet oubli est, à notre avis, contraire à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et au droit au juge garanti par l'article 16 de la DDHC et 6 § 1 de la Conv. EDH. Il est donc envisageable que la jurisprudence accorde prochainement aux salariés la faculté de saisir l'administration contre la décision de l'employeur ou, plus vraisemblablement, de saisir (directement) le juge judiciaire.

## II. - Critères de reconnaissance des établissements distincts

Aux termes de l'article 2, b), de la directive 2002/14 du 11 mars 2002, l'établissement est « une unité d'exploitation définie conformément à la législation et aux pratiques nationales, et située sur le territoire d'un État membre, dans laquelle est exercée de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ». Longtemps, en France, la notion d'établissement distinct était exclusivement jurisprudentielle. Afin de briser une jurisprudence naissante, la loi du 5 mars 2014 a défini le cadre dans lequel sont désignés des délégués syndicaux (33). L'ordonnance du 22 septembre 2017 poursuit ce travail législatif en fixant l'établissement dans lequel le comité social et économique est constitué dans le but, cette fois-ci, d'encadrer le futur travail judiciaire (34). Cependant la définition légale est présente dans le seul texte relatif aux établissements déterminés par décision unilatérale (A) ; que décider en cas de reconnaissance conventionnelle (B) ?

### A. - En cas de décision unilatérale

La décision de l'employeur ou, au sein d'une unité économique et sociale, de « l'un des employeurs



mandatés par les autres » relative au nombre et au périmètre des établissements distincts tient compte « de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel » (C. trav., art. L. 2313-4 et L. 2313-8, al. 5). Si le texte impose un critère qualitatif (1), nul critère d'effectif n'est prévu (2).

## 1. - Critère qualitatif

Le critère de « l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel » est rationnel. Le comité social et économique étant appelé à donner son avis sur des décisions économiques et sociales collectives, l'établissement doit être dirigé par un responsable doté d'une autonomie décisionnelle. Auparavant, pour le comité d'établissement, le Conseil d'État retenait trois critères (35) : l'implantation géographique propre (afin d'éviter sur un même territoire un morcellement des instances), la stabilité de l'implantation (ce qui permettait d'exclure les opérations temporaires, comme les chantiers d'une certaine durée) et l'« autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel, l'organisation du travail et l'exécution du service » (36). Pour autant, le critère de l'autonomie décisionnelle dominait (37). Le choix du Gouvernement s'inscrit donc dans la droite ligne des solutions antérieures. Il serait alors de bonne justice de reconduire la jurisprudence relative à l'autonomie de gestion du personnel (38).

L'utilisation de l'adverbe notamment induit la faculté de tenir compte d'autres indices pour faire apparaître le critère de l'autonomie de gestion (39). Le comité social et économique ayant pour mission de formuler un avis sur les décisions économiques affectant la marche générale de l'entreprise, l'existence d'un comité d'établissement suppose que l'établissement soit dirigé par un représentant de l'employeur disposant de pouvoirs effectifs « en matière de gestion du personnel et [surtout] de conduite de l'activité économique de l'établissement » (40). Il est alors indispensable que soient pris en compte l'autonomie de gestion financière et comptable du responsable de l'établissement (41) ; peut aussi être retenue comme indices supplémentaires la liberté de gestion en matière technique, administrative ou commerciale (42).

L'adverbe « notamment » n'est attaché qu'à la caractérisation de l'autonomie de gestion. Il ne semble pas permis, sur son fondement, d'invoquer des critères supplémentaires pour démontrer (ou contester) l'existence d'un établissement distinct dans lequel est mis en place un comité social et économique. Ainsi, les critères de l'implantation géographique et de la stabilité de l'implantation autrefois utilisés, même parcimonieusement, par le juge administratif à propos du comité d'établissement ne devraient pas renaître.

## 2. - Critère quantitatif

Depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, l'article L. 2313-1 du Code du travail ne permet la division en établissements distincts que si l'entreprise emploie au moins 50 salariés. L'alinéa 2 de l'article L. 2313-8 du Code du travail, relatif à l'UES, ne rappelle pas ce seuil ; il serait néanmoins logique de l'étendre.

Faut-il qu'au niveau des établissements, le seuil de 50 salariés soit atteint ? Auparavant, il était décidé qu'aucun texte législatif relatif au comité d'entreprise ne subordonnait la reconnaissance de l'établissement distinct à la condition que l'établissement en cause ait un effectif d'au moins 50 salariés (43). De la même manière, la loi précise désormais que les comités sociaux et économiques sont dotés de la personnalité civile « dans les entreprises d'au moins cinquante salariés » (C. trav., art. L. 2316-25). Le seuil n'étant exigé qu'au niveau de l'entreprise, des comités sociaux et économiques peuvent être créés dans des établissements où travaillent indifféremment plus ou moins de cinquante salariés (44). Tous sont dotés de la personnalité civile et jouissent de la plénitude des attributions (C. trav., art. L. 2316-25 s.). En revanche, il est inconcevable de caractériser un établissement employant moins de onze salariés.

## B. - En cas d'accord

Lorsque la voie conventionnelle est empruntée pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts, aucun critère légal d'identification n'est précisé. Doit-on alors considérer que la notion est, dans cette situation, supplétive de volonté ? Il est regrettable que, sur cette question, le législateur n'ait pas adopté la distinction entre les dispositions « d'ordre public », celles laissées au « champ de la négociation collective » et celles « supplétives ». Diverses interprétations sont alors défendables tant la lettre et l'esprit de la loi manquent de clarté (45) (1), ce qui n'est pas sans conséquences en cas de contestation de l'accord (2).

## 1. - Détermination

Plusieurs arguments favorables au caractère supplétif de la notion d'établissement distinct peuvent être avancés. D'abord, l'esprit des réformes récentes du droit du travail ouvre un champ de plus en plus important à la négociation collective. En ce sens, il est logique de faire confiance aux syndicats ou aux élus, tout autant titulaires et garants de la liberté syndicale et du principe de participation. Ensuite, l'interprétation littérale (et *a contrario*) de l'article L. 2313-4 du Code du travail conduit à confirmer cette idée (46) ; aux partenaires sociaux « de l'imaginer, de le créer, de le façonner au gré de leur volonté... voire d'éventuelles stratégies électorales » (47). C'est d'ailleurs l'interprétation retenue par l'administration du travail (48). La thèse de l'autonomie conventionnelle peut enfin s'appuyer sur le « vent de liberté » qui souffle en matière de représentation collective et de négociation collective depuis plusieurs années (49). La Cour de cassation n'y est pas insensible. Ainsi en est-il de la jurisprudence sur l'égalité de traitement qui présume justifiées les différences instituées par accord collectif dès lors qu'elles sont négociées et signées « par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote » (50). Un tel argument extrapole cependant la portée de la solution jurisprudentielle qui ne fait qu'instituer une présomption « simple » de licéité sans écarter le contrôle de l'ordre public qui s'impose en matière de négociation collective (51). Surtout, ce dernier fondement joue au profit de l'accord collectif ; il n'est pas certain qu'il puisse être étendu à l'accord conclu avec le comité social et économique (52).

Des arguments contraires tendent à considérer d'ordre public la notion d'établissement distinct. Certains sont assis sur un fondement textuel. D'abord, la collectivité de travail, au fondement de l'établissement, fait partie intégrante de l'ordre public constitutionnel via l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (53). Mieux, la notion d'établissement fixée par l'article 2, b), de la Directive 2002/14 du 11 mars 2002 fait partie du « cadre général fixant des exigences minimales pour le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises ou les établissements situés dans la Communauté », dont certains éléments ne peuvent qu'être d'ordre public : « une unité d'exploitation [...] située sur le territoire d'un État membre, dans laquelle est exercée de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens » ; à défaut d'une telle définition uniforme, seraient à notre avis briser « l'objectif consistant à assurer une protection comparable des droits des travailleurs dans les différents États membres » tout comme l'objectif visant à « rapprocher les charges qu'entraînent ces règles de protection pour les entreprises de l'Union » (54). Rappelons qu'il est traditionnel que les définitions relèvent de l'ordre public en ce qu'elles déterminent l'application d'un régime en tout ou partie impératif (C. pr. civ., art. 12). Ensuite, la jurisprudence judiciaire invite, en matière de représentation syndicale, à conférer ce caractère à la notion d'établissement distinct (55). Enfin, il serait, pour le moins, paradoxal de considérer que la notion d'établissement distinct est « supplétive de volonté » alors qu'elle détermine le jeu de la représentativité syndicale, dont les critères sont d'ordre public absolu (56). Ce dernier argument, décisif, est tiré de la finalité de la notion même d'établissement distinct. La collectivité de travail détermine la représentation du personnel ; les représentants du personnel n'en sont que les « serviteurs » (57). Il serait alors illogique de leur conférer le pouvoir de dominer la collectivité de travail en la dessinant au gré de leurs envies. Au demeurant, le risque d'un découpage (ou d'une absence de découpage) dicté par des considérations électorales et opportunistes au détriment de l'intérêt collectif est non négligeable. Dès lors, s'il est légitime de confier aux partenaires sociaux (directement intéressés) le soin d'identifier l'existence éventuelle d'établissements distincts, ce pouvoir doit leur être accordé dans la limite de l'ordre public (58).



## 2. - Contestation

Tout intéressé (salarié ou organisation syndicale) peut contester le découpage opéré par l'accord devant le juge judiciaire<sup>(59)</sup>. Il reste à déterminer le contenu du contrôle juridictionnel. Si l'on retient l'autonomie conventionnelle, les partenaires sociaux peuvent décider librement du nombre et du périmètre des établissements distincts. Le rôle du juge est restreint à la seule vérification de la licéité externe de l'accord : les négociations ont-elles été menées dans le respect de la loyauté ; l'accord a-t-il reçu les signatures suffisantes pour être majoritaires ?

À l'inverse, si l'on retient le caractère d'ordre public de la notion d'établissement distinct, l'absence de définition législative n'est pas en soi un obstacle dirimant au contrôle du juge. Auparavant, il n'existait pas de définition légale, ce qui n'a pas empêché la jurisprudence de préciser la notion afin d'exercer son pouvoir de contrôle sur les périmètres adoptés. En cette matière, le critère principal tient dans l'idée que le cadre dans lequel l'instance de représentation est élue ou désignée doit lui permettre d'exécuter, de manière optimale, sa mission<sup>(60)</sup>. Dès lors, rien n'interdit aux juges d'étendre le critère de l'autonomie de gestion - lequel est le plus rationnel eu égard à la nature des missions du comité social et économique - voire les éléments retenus par l'article 2, b), de la directive 2002/14 du 11 mars 2002.

Une voie médiane pourrait être privilégiée. La grande liberté laissée aux négociateurs pourrait être exercée dans la limite d'un ordre public tenant dans la seule réserve de la fraude. Ainsi, celui qui conteste le découpage conventionnel pourrait démontrer la collusion frauduleuse de l'employeur et des signataires qui ont retenu un nombre et un périmètre d'établissements distincts dans le seul but de garantir leur implantation et leur élection. À titre de sanction, les parties seraient invitées à procéder à une nouvelle négociation.

| Mots   | clés  | :           |
|--|---|-------------|
| <b>INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL</b> | * Etablissements distincts * Cadre de mise en place                 | * Evolution |
| <b>NEGOCIATION COLLECTIVE</b>                    | * Cadre de la négociation * Etablissement distinct * Reconnaissance |             |

(1) P.-Y. Verkindt, « La collectivité de travail ou la belle inconnue », Dr. soc. 2012. 1006<sup>(1)</sup>.

(2) P. Sargos, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », Rapp. Cass. 2004, p. 97 s.

(3) Avec un seuil minimal fixé à 20 travailleurs (Dir. 2002/14/CE, art. 2, b) et 3, §1).

(4) L. Pécaut-Rivolier, « La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel », JCP S 2012. 1305. - F. Favennec-Héry, « Les entreprises à établissements distincts : nouveaux enjeux », JCP S 2012. 1304. - I. Desbarats, « Définition de l'établissement distinct », D. 2004. 99<sup>(2)</sup>. - G. Borenfreund, « La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins », RDT 2011. 24<sup>(3)</sup>.

(5) V. J. Crédoz-Rosier, « La mise en place des nouvelles dispositions relatives au comité social et économique dans les entreprises à établissements distincts (1<sup>re</sup> partie) », Sem. soc. Lamy 18 déc. 2017, n° 1795. - du même auteur, « La mise en place des nouvelles dispositions relatives au comité social et économique dans les entreprises à établissements distincts (2<sup>e</sup> partie) », Sem. soc. Lamy 2017, n° 1796. - J.-Y. Kerbourc'h, « La refonte des institutions représentatives du personnel », JCP S 2017. 1313, n°s 11 et 12. - S. Béal et M. Marguerite, « Le comité social et économique : Mise en place et fonctionnement », JCP E 2017. 1578, n° 5. - G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel : Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017. 608<sup>(4)</sup>. - G. Loiseau, «

Le comité social et économique », Dr. soc. 2017. 1044.

(6) Même si la nature de l'accord de reconnaissance d'une UES est encore sujette à discussion (v. Y. Pagnerre, « Retour sur l'accord de reconnaissance d'une UES », JCP S 2018. 1065).

(7) Des questions similaires se posent en cas de dénonciation de l'accord de configuration des établissements distincts à durée indéterminée. À supposer qu'elle entraîne l'application des articles L. 2261-9 et suivants du Code du travail, l'accord collectif devrait être maintenu pendant un délai de préavis puis un délai de survie d'une durée maximale de 12 mois (C. trav., art. L. 2261-9 s.), une fois ces périodes achevées, il pourrait être décidé que les mandats cessent de plein droit impliquant l'organisation de nouvelles élections ou que la disparition de l'accord ne produise ses effets que pour les prochaines élections professionnelles. La dénonciation est toutefois différente de l'arrivée du terme ; par l'acte de dénonciation, l'une des parties estime que le découpage n'est plus conforme à la réalité ; cet élément justifierait l'organisation de nouvelles élections avec l'ouverture d'une nouvelle phase de négociation sur l'existence ou non d'établissements distincts.

(8) Soc., 28 sept. 2011, n° 10-27.370 P, D. 2011. 2406 ; *ibid.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2012. 164, obs. F. Signoretto ; RJS 12/2011, n° 1005 ; JCP S 2011. 1549, obs. F. Petit.

(9) Les suppléants ne participent pas à la négociation.

(10) Com., 8 févr. 2017, n° 14-28.232, D. 2017. 678, note A. Etienney-de Sainte Marie ; *ibid.* 2018. 371, obs. M. Mekki ; *ibid.* 479, obs. J.-P. Clavier, N. Martial-Braz et C. Zolynski ; AJ Contrat 2017. 222, obs. G. Cattalano-Cloarec ; Dalloz IP/IT 2017. 336, obs. K. Disdier-Mikus et Nancy Larrieu ; RTD civ. 2017. 389, obs. H. Barbier.

(11) Soc., 28 oct. 1997, n° 96-60.369, D. 1997. 246, RJS 12/1997, n° 1404. ; 2 mars 2011, n° 09-60.483, D. 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2011. 873, obs. F. Petit ; RDT 2011. 326, obs. I. Odoul-Asorey ; RJS 5/2011, n° 433 ; JCP S 2011 1217, note E. Jeansen.

(12) L. Dauxerre, préc.

(13) V. sur la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761, cons. 34 et 35.

(14) Obs. *in* Mensuel de droit du travail, déc. 2009, E 1, ss. Soc. 16 déc. 2009, n° 09-60.149, RJS 3/2010, n° 280 ; JCP S 2010. 1094, note J.-Y. Kerbouc'h ; BICC 1<sup>er</sup> juin 2010 n° 760.

. - V. Soc., 23 juin 1999, n° 96-44.717 P, D. 1999. 191, RJS 8-9/1999, n° 1098 ; JCP 2000. I. 263, obs. F. Bousez.

(15) Soc. 16 déc. 2009, préc.

(16) Obs. *in* Mensuel de droit du travail, préc.

(17) Soc. 2 mars 2011, préc.

(18) Soc. 22 avr. 1982, n° 81-60.903, Bull. civ. V, n° 258.

(19) D'un point de vue étymologique, l'expression « en l'absence de » suppose « une relation purement temporelle, une relation temporelle-causale [ou] une relation de cause ».

(20) CE, 12 févr. 2003, n° 252277, *Vincent*, Lebon 35 ; AJDA 2003. 1294 ; RJS 7/2003, n° 903.

(21) J. Crédoz-Rosier, « La mise en place des nouvelles dispositions relatives au comité social et économique dans les entreprises à établissements distincts (1<sup>re</sup> partie) », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1795.

(22) Qui dispose que le CSE est informé « lorsque les négociations se sont déroulées » avec lui, ce qui implique des négociations préalables pour prendre une décision unilatérale.

(23) C'est, au demeurant, la position retenue par la DGT (100 Questions/réponses, Comité économique et social, 19 avr. 2018, Ministère du Travail, Q. 24, p. 19).

(24) L. Dauxerre, préc.

(25) Le recours au courriel impose de s'assurer de sa réception par le bon destinataire. Mais il n'est pas nécessaire de vérifier sa lecture par ce dernier (élément inutile, même dans le cadre d'une information par recommandé).

(26) CRPA, art. L. 211-2, 8°, art. L. 211-5 s.

(27) En cas de décision explicite, l'administration doit la motiver par écrit. Les motifs de la décision peuvent être indiqués dans un document joint (lettre d'accompagnement, rapport, avis, etc.). La motivation doit être claire, précise et adaptée aux faits de l'affaire. Elle ne doit pas seulement mentionner la loi. Le juge peut annuler une décision si elle n'est pas ou insuffisamment motivée.

(28) En principe, en cas de silence de l'administration (décision implicite de rejet), l'intéressé peut demander les motifs de la décision dans le délai de 2 mois du recours contentieux. Les motifs doivent lui être communiqués dans le mois suivant sa demande. Il s'agit par exemple d'une administration qui ne répond pas à la demande d'un étranger sollicitant un titre de séjour. Le régime spécial prévu pour la décision relative à la reconnaissance des établissements distincts suppose un délai plus court qui n'a pas été prévu par le législateur et le gouvernement.

(29) L. Dauxerre, préc.

(30) Sur la question, Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.002 : Bull. civ. avis, n° 2, D. 2010. 1347 ; *ibid.* 2011. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2010. 535, obs. J. Hauser ; *ibid.* 614, obs. R. Perrot ; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 2015, n° 14-23.411, D. 2015. 2441 ; AJ fam. 2016. 54, obs. A. Dionisi-

Peyrusse <sup>1</sup> ; RTD civ. 2016. 92, obs. J. Hauser <sup>2</sup> ; Gaz. Pal. 9 févr. 2016. 63, note H. Herman ; BICC 15 avr. 2016, n° 536 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2015, n° 14-13.544, D. 2015. 1207 <sup>3</sup> ; *ibid.* 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot <sup>4</sup> ; AJ fam. 2015. 402, obs. S. Thouret <sup>5</sup> - C. pr. civ., art. 750 et 757.

(31) V. CE, 7 déc. 2015, n° 387872, Lebon <sup>6</sup> ; AJDA 2015. 2410 <sup>7</sup>.

(32) CE, 13 juill. 2016, n° 387763, Lebon avec les conclusions <sup>8</sup> ; AJDA 2016. 1479 <sup>9</sup> ; *ibid.* 1629 <sup>10</sup>, chron. L. Dutheil de Lamoignon et G. Odinet <sup>11</sup> ; AJFP 2016. 356, et les obs. <sup>12</sup> ; AJCT 2016. 572 <sup>13</sup>, obs. M.-C. Rouault <sup>14</sup> ; RDT 2016. 718, obs. L. Crusoé <sup>15</sup> ; RFDA 2016. 927, concl. O. Henrard <sup>16</sup> ; RTD com. 2016. 715, obs. F. Lombard <sup>17</sup> . - V. CE 7 févr. 2018, n° 397247, RJS 4/2018, n° 270.

(33) C. trav., art. L. 2143-3 : la désignation « peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques ». ; Soc. 24 mai 2016, n° 15-20.168, RJS 8-9/2016, n° 573. ; Soc., 31 mai 2016, n° 15-21.175, D. 2016. 1260 <sup>18</sup> ; RDT 2016. 575, obs. I. Odoul-Asorey <sup>19</sup> ; RJS 8-9/2016, n° 573 ; JCP S 2016. 1280, note Y. Pagnerre.

(34) G. Borenfreund, préc. : « la fusion devrait bel et bien conduire à retenir un espace de représentation (entreprise ou établissement) davantage adapté aux prérogatives précédemment confiées au comité d'entreprise qu'à celles attribuées aux délégués du personnel voire au CHSCT, lesquelles nécessitaient à des degrés divers une plus grande proximité avec les salariés ».

(35) CE 14 déc. 1998, n° 148883, RJS 2/1999, n° 224.



(36) CE, 1<sup>er</sup> juin 1979, n° 10777, *Société Siemens*, Lebon <sup>20</sup> . - 7 juin 1985, n° 55671, *Fédération syndicaliste force ouvrière des cheminots*, Lebon <sup>21</sup> . - 27 mars 1996, n° 155791, *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme et Régie autonome des transports parisiens*, Lebon 103 <sup>22</sup> ; AJDA 1996. 802 <sup>23</sup>, obs. H. Ghérari <sup>24</sup> ; Dr. soc. 1996. 938, concl. C. Maugué <sup>25</sup>, RJS 5/1996, n° 556.




(37) CE 23 juill. 2003, n° 247577, RJS 12/2003, n° 1409. - 15 mai 1991, n° 84840, *Société Rivoire et Carret*, Lebon <sup>26</sup> ; AJDA 1991. 653 <sup>27</sup>, note J.-L. Rey <sup>28</sup> ; D. 1991. 168 <sup>29</sup> ; Dr. soc. 1992. 39, note J. Savatier <sup>30</sup>, RJS 7/1991, n° 850. - Sur la relative indifférence du critère de l'implantation géographique propre, v. CE 26 juill. 1996, n° 152444, RJS 10/1996, n° 1056. - 27 mars 1996, n° 155791, *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme et Régie autonome des transports parisiens*, Lebon 103 <sup>31</sup> ; AJDA 1996. 802 <sup>32</sup>, obs. H. Ghérari <sup>33</sup> ; Dr. soc. 1996. 938, concl. C. Maugué <sup>34</sup> ; RJS 5/1996, n° 556.






(38) Sur les pouvoirs en matière d'embauche (CE 6 mars 2002, n°s 230225 et 233473), de notation, de formation, de promotion (CE 16 janv. 1987, D. 1989. Somm. 69), de sanction disciplinaire (CE 7 juin 1985, préc.) ou de licenciement (CE 12 juin 1995, n° 11004), peu important que la gestion des cadres relève toujours de la direction générale de l'entreprise.

(39) L. Dauxerre, préc.

(40) Soc. 19 nov. 2014, n° 13-10.415. ; 9 nov. 2011, n° 10-16.702, JCP S 2012. 1100, note Y. Pagnerre. - D. Chatard, « L'établissement », *in Notions et normes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.),

(41) Devrait perdurer la position du Conseil d'État selon laquelle l'absence de comptabilité propre ou le défaut d'autonomie de gestion budgétaire et de gestion des dépenses écarte l'existence d'un établissement distinct (CE, 29 juin 1973, n° 77982, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits*, Lebon . - 14 déc. 1998, n° 148883. - 29 nov. 1989, n° 78654 - 4 juin 2003, n° 252276) ; en revanche, l'autonomie bancaire et budgétaire est un indice de reconnaissance d'un établissement distinct (CE 28 juill. 1989 : JCP E 1990. II. 15768, obs. D. Gatumel. - 28 juill. 1993, n°s 110705, 110706 et 110707, *Syndicat national du personnel de la Société Générale CFTC, Fédération française des syndicats CFDT des banques et des sociétés financières et Syndicat Force-Ouvrière-Société Générale*, Lebon . - 12 juin 1995, n° 110044). Si la Cour de cassation a pu considérer que l'existence d'un budget ou d'une comptabilité propre n'est pas déterminante pour qu'un comité d'établissement sollicite l'assistance d'un expert-comptable (Soc. 23 mars 2011, n° 09-67.512. ; 31 mars 2010, n° 09-11.065), cette jurisprudence est désormais obsolète (C. trav., art. L. 2312-22, al. 5, L. 2315-87 et L. 2315-88).

(42) CE 11 déc. 1991, n° 92935. - 31 janv. 1994, n° 96614, *Syndicat des mineurs CGT de l'unité d'exploitation du Gard des houillères des Cévennes*, Lebon  ; D. 1996. 226 , obs. D. Chelle et X. Prétot . - 25 juin 2003, n° 252280.

(43) CE 26 juill. 1996, n° 152444, RJS 10/1996, n° 1056. - 26 juill. 1996, n° 153952, RJS 10/1996, n° 1056. Si l'effectif n'était pas une condition impérative dans la reconnaissance de l'établissement distinct, il était cependant pris en compte pour apprécier le degré d'autonomie de l'établissement (CE, 15 mai 1991, n° 84840, *Société Rivoire et Carret*, Lebon  ; AJDA 1991. 653 , note J.-L. Rey  ; D. 1991. 168  ; Dr. soc. 1992. 39, note J. Savatier . - 19 oct. 1992, n° 92630)

(44) 100 Questions/réponses, Comité économique et social, 19 avr. 2018, Min. trav., Q. 20, p. 17.







(45) Rien dans les travaux n'éclaire la volonté du réformateur.


(46) J. Crédoz-Rosier, « La mise en place des nouvelles dispositions relatives au comité social et économique dans les entreprises à établissements distincts (2<sup>e</sup> partie) » Sem. soc. Lamy, 24 déc. 2017.

(47) L. Dauxerre, « L'établissement distinct dans le droit du comité social et économique », JCP S 2018. 1102.

(48) 100 Questions/réponses, Comité économique et social, 19 avr. 2018, Min. trav., Q. 25, p. 19 : « la loi n'impose pas la prise en compte de critères spécifiques. Ces critères peuvent donc être librement déterminés par les partenaires sociaux ».

(49) V. J.-E. Ray, « Le juge et les accords sur l'emploi », Dr. soc. 2017. 107 .



(50) Soc. 27 janv. 2015, Bull. civ. V, n°s 8, 9 et 10. ; 8 juin 2016, n° 15-11.324, D. 2016. 1259, obs. N. explicative de la Cour de cassation  ; *ibid.* 1588, chron. P. Flores, E. Wurtz, N. Sabotier, F. Ducloz et S. Mariette  ; 3 nov. 2016, n° 15-18.444, D. 2016. 2286, obs. N. explicative de la Cour de cassation  ; *ibid.* 235, chron. F. Ducloz, P. Flores, F. Salomon, E. Wurtz et N. Sabotier  ; *ibid.* 2270, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2017. 87, obs. P.-H. Antonmattai  ; RDT 2017. 140, obs. I. Odoul-



Asorey  ; JCP S 2016. 1392, note J.-F. Cesaro.





(51) C. trav., art. L. 2251-1.

(52) Sauf à considérer que la légitimité des acteurs d'un accord vient exclusivement du vote, ce qui permet aux élus de bénéficier de la présomption reconnue par la jurisprudence.

(53) V Rapp. Cass., *L'ordre public*, 2013, p. 194, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)




(54) V. CJUE, 30 avr. 2015, C-80/14, *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) & B. Wilson / WW Realisation 1 Ltd (en liquidation), Ethel Austin Ltd, & Secretary of State for Business, Innovation and Skills*, § 62, RDT 2015. 400, obs. A. Fabre  ; RTD eur. 2015. 445, obs. S. Robin-Olivier .


(55) Soc., 31 mai 2016, n° 15-21.175, D. 2016. 1260  ; RDT 2016. 575, obs. I. Odoul-Asorey  ; RJS 8-9/2016, n° 573 ; JCP S 2016. 1280, note Y. Pagnerre.

(56) Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406, D. 2011. 1492  ; *ibid.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2011. 1002, obs. F. Petit  ; RDT 2011. 449, obs. A. Brousse  ; RJS 7/2011, n° 624 ; JCP S 2011. 1404, note J.-Y. Kerbourc'h.

(57) L'employeur et les partenaires sociaux ne sont pas les titulaires du principe de participation prévu à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

(58) Les partenaires sociaux « ne peuvent pas s'affranchir des principes supérieurs d'ordre public qui gouvernent la législation du travail », v. L. Dauxerre, préc., n° 4.

(59) C. pr. civ., art. 31. - V. Soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035, D. 2011. 2546  ; *ibid.* 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta  ; Dr. soc. 2011. 1313, obs. F. Petit  ; RJS 12/2011, n° 1004.

(60) J. Savatier, « La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel », Dr. soc. 1991. 40 .