



RAPPORT DE Mme OTT, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 648 du 1^{er} juin 2023 – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-13.303

Décision attaquée : 13 janvier 2022 de la cour d'appel de Paris

**la fédération des syndicats de travailleurs du rail solidaires unitaires
démocratiques**

C/

la société SNCF gares et connexions

**Rapport contenant proposition de rejet non spécialement
motivé du second moyen**

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le Groupe public ferroviaire, créé par la loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, était initialement constitué de trois établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) : l'EPIC SNCF, holding de tête : l'EPIC SNCF mobilités, en charge des missions d'exploitation des services de transport ferroviaire ; l'EPIC SNCF réseau, en charge d'assurer l'accès à l'infrastructure ferroviaire du réseau ferré national et son entretien.

L'EPIC SNCF mobilités comprenait en son sein l'entité « Gares & connexions » chargée de la gestion, de la modernisation et du développement des 3 000 gares ferroviaires sur le réseau et employant environ 3 100 salariés.

Dans la perspective de la mise en place des comités sociaux et économiques instaurés par l'ordonnance n °2017-1386 du 22 septembre 2017, des négociations se sont engagées au plan national dans le groupe public ferroviaire avec les organisations syndicales représentatives, ces négociations portant à la fois sur la détermination des établissements distincts pour la mise en place des CSE et sur la mise en place de représentants de proximité.

Faute d'accord sur le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques, la détermination en a été faite par décision unilatérale et le Dirrecte, sur recours, a validé cette décision et le découpage fait en 33 établissements distincts. Saisi par une organisation syndicale (la fédération Sud Rail), le tribunal d'instance de Saint-Denis, par jugement du 11 octobre 2018, a fixé le nombre d'établissements distincts à 33 comités sociaux et économiques, dont un établissement « Gares et connexions ».

Par arrêt du 19 décembre 2018, publié au rapport annuel, (Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655), notre Cour a rejeté le pourvoi formé contre ce jugement par la même organisation syndicale qui avait déjà saisi le Dirrecte.

Parallèlement, les négociations se poursuivant, le 21 décembre 2018, les quatre organisations syndicales représentatives : la fédération CGT-cheminots, l'UNSA ferroviaire, la fédération Sud Rail et la CFDT-FGTE-cheminots, ont fait parvenir à la direction une lettre commune rejetant la signature d'un accord d'entreprise relatif au fonctionnement des comités sociaux et économiques et prévoyant également la désignation de représentants de proximité. Toutefois, le 8 février 2019, un accord fixant les règles « techniques » de fonctionnement du comité social et économique central et des 33 comités sociaux et économiques d'établissement a été signé par ces quatre organisations syndicales représentatives, avec des lettres de réserve.

Des négociations se sont poursuivies au niveau local. C'est ainsi qu'au sein de l'établissement « Gares & connexions », un accord d'établissement, prévoyant en son chapitre 4 la désignation de 25 représentants de proximité, a été signé le 25 janvier 2019 par l'UNSA - ferroviaire, organisation syndicale représentative au niveau de cet établissement et majoritaire.

En effet, lors des élections professionnelles du 22 novembre 2018 dans l'établissement « Gares & connexions », seules l'UNSA - ferroviaire et la CGT cheminots ont acquis la représentativité, avec respectivement 59% et 18,79 % des voix. La fédération Sud Rail, représentative au niveau du groupe ferroviaire avec 17,28 %, n'a pas franchi le seuil des 10% dans cet établissement, n'ayant obtenu que 7,41 % des voix.

Lors de la première réunion du comité social et économique d'établissement de la SNCF gares et connexions, le 29 janvier 2019, l'UNSA - ferroviaire a désigné 21 représentants de proximité, la CGT cheminot désignant 4 représentants de proximité lors de la réunion suivante du 28 février 2019.

Contestant la validité des dispositions de l'accord du 25 janvier 2019 et du règlement intérieur adopté par le comité social et économique d'établissement relatives à la mise en place des représentants de proximité, la fédération des syndicats de travailleurs solidaires unitaires démocratiques (la fédération Sud Rail), autorisée par ordonnance du 14 mars 2019 à procéder à jour fixe, a fait assigner devant le tribunal de grande instance l'EPIC SNCF mobilités, le comité social et économique gares & connexions, la fédération nationale des travailleurs cadres et techniciens des chemins de fer français CGT et l'union nationale des syndicats autonomes -Ferroviaire (l'UNSA - Ferroviaire) en demandant au tribunal de :

- juger illicites les dispositions contenues au chapitre 4 de « l'accord relatif à la mise en place du comité social économique de la SNCF Gares & Connexions en date du 25 janvier 2019 » et en conséquence en prononcer l'annulation,
- juger illicites les dispositions contenues aux termes de l'article 7.3.4.3 du règlement intérieur adopté le 25 janvier 2019 par le CSE de l'établissement Gares & Connexions et en conséquence en prononcer l'annulation,

Subsidiairement :

- constater que l'accord relatif à la mise en place du comité social et économique de la SNCF Gares & Connexions en date 25 janvier 2019 n'a pas été signé par un délégué syndical UNSA et, en conséquence, en prononcer l'annulation,
- constater que le vote réalisé par le CSE Gares & connexions visant à procéder à la désignation des représentants de proximité n'était pas prévu à l'ordre du jour de la réunion des élus du comité social et économique réalisé le 25 janvier 2019. En conséquence en prononcer l'annulation,

En tout état de cause :

- juger en conséquence que les désignations des représentants de proximité qui auraient été effectuées par application des deux textes précités seront sans effet, et les annuler de plus fort.

Par jugement du 4 juillet 2019, le tribunal de grande instance de Bobigny a dit recevable l'action de la fédération Sud Rail, a débouté celle-ci de l'ensemble de ses demandes et l'a condamnée à payer une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile à l'EPIC SNCF mobilités ainsi qu'à l'UNSA Ferroviaire.

En application de la loi n°2018-515 pour un nouveau pacte ferroviaire du 27 juin 2018 et de son ordonnance d'application n°2019-552 du 3 juin 2019, les trois EPIC constituant le Groupe public ferroviaire ont été remplacés, le 1^{er} janvier 2020, par cinq sociétés composant le nouveau Groupe public unifié : la société nationale SNCF, société mère du groupe ; la société SNCF réseau qui a repris les activités de l'EPIC Réseau ; la société SNCF voyageurs qui assure l'exploitation des services de transport ferroviaire de voyageurs, la société Fret SNCF qui est dédiée au transport ferroviaire de fret et la société SNCF gares et connexions, en charge des activités de prestations et services en gares, cette dernière société correspondant à l'établissement « Gares & connexions » déterminé pour la mise en place d'un des 33 comités sociaux et économiques d'établissement.

Par arrêt du 13 janvier 2022, la cour d'appel de Paris a confirmé en toutes ses dispositions le jugement de première instance et a condamné la fédération Sud Rail aux dépens ainsi qu'à payer à la SNCF gares et connexions, au comité social et économique de la société SNCF gares et connexions et à l'UNSA Ferroviaire, chacun, une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 14 mars 2022, la fédération Sud Rail a déclaré un pourvoi. Elle a déposé le 24 juin 2022 un mémoire ampliatif, notifié le même jour à l'avocat aux conseils constitué par l'UNSA Ferroviaire et aux autres parties par actes d'huissier le 29 juin 2022. Elle sollicite le paiement, par la société SNCF gares et connexions d'une somme de 3 500 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

L'UNSA Ferroviaire a déposé et notifié le 24 août 2022 des observations en défense, puis le 13 septembre 2022 un mémoire en défense. Elle sollicite le paiement par le demandeur au pourvoi d'une somme de 4 200 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 29 août 2022, la société SNCF gares et connexions (la société) a déposé et notifié un mémoire en défense. Elle demande le paiement d'une somme de 3 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure paraît régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen

La fédération Sud Rail fait grief à l'arrêt de la débouter de l'ensemble de ses demandes – dont celle tendant à voir juger illicites les dispositions contenues au chapitre 4 de l'accord relatif à la mise en place du comité social et économique de la SNCF Gares & Connexions en date du 25 janvier 2019 ainsi que celles contenues à l'article 7.3.4.3 du règlement intérieur adopté par le CSE d'établissement Gares & Connexions et à l'annulation de ces dispositions, alors :

« 1°/ qu'afin d'assurer la cohérence et l'homogénéité de la désignation des représentants de proximité entre les différents établissements d'une entreprise ainsi que l'égalité entre ses salariés, notamment au regard du principe constitutionnel de participation, seul l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts visé par l'article L. 2313-2 du code du travail peut mettre en place des représentants de proximité et définir leur nombre, leurs attributions, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, les modalités de leur désignation ainsi que leurs modalités de fonctionnement ; qu'en l'espèce, la Fédération SUD-Rail faisait valoir que l'accord d'établissement conclu le 25 janvier 2019 entre l'employeur et l'UNSA-Ferroviaire, pour la mise en place de représentants de proximité au sein de l'établissement Gares & Connexions, en lieu et place de l'accord d'entreprise prévu par l'article L. 2313-2 du code du travail, était, partant, illicite et encourait donc l'annulation, et qu'il en allait de même, par suite, des dispositions du règlement intérieur adopté par le CSE d'établissement ; que pour écarter la contestation de la Fédération, les juges d'appel ont toutefois jugé, après voir relevé qu'il n'était pas fait de distinction, par la loi, sur les conditions de validité qui sont identiques qu'il s'agisse d'un accord d'entreprise ou d'un accord d'établissement (p. 6, § 6), que la signature de cet accord d'établissement était régulière et portait sur des prérogatives relevant du domaine de la négociation (p. 7, § 1) ; qu'ils ont également retenu que, contrairement à ce que soutenait la Fédération SUD-Rail, aucune disposition légale ou conventionnelle ne s'opposait à la mise en place de représentants de proximité au niveau de l'établissement Gares et Connexions, au seul motif que cette instance de représentation n'avait pas été prévue par l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements de la SNCF Mobilités (p. 7, § 2) ; qu'en statuant ainsi, quand la loi prévoit expressément que seul l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts peut mettre en place des représentants de proximité, la cour d'appel a violé l'article L. 2313-7 du code du travail, ensemble les articles L. 2313-2 et L. 2232-12 du même code, le principe d'égalité et le principe constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, consacré par le 8ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;

2°/ qu'afin d'assurer la cohérence et l'homogénéité de la désignation des représentants de proximité entre les différents établissements d'une entreprise ainsi que l'égalité entre ses salariés, notamment au regard du principe constitutionnel de participation, seul un accord d'entreprise peut prévoir la mise en place de représentants de proximité et définir leur nombre, leurs attributions, leurs modalités de désignation et leurs modalités de fonctionnement ; que pour écarter la contestation de la Fédération SUD-Rail portant sur la signature de l'accord

d'établissement Gares & Connexions du 25 janvier 2019, les juges d'appel ont retenu qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne s'opposait à la mise en place de représentants de proximité au niveau de l'établissement Gares & Connexions, en raison de l'échec de la négociation au niveau de l'entreprise de l'accord relatif au fonctionnement des CSE en décembre 2018, qui s'est soldée par la signature, le 8 février 2019, d'un accord technique ne reprenant pas les dispositions proposées par la direction du groupe ferroviaire, sur les représentants de proximité ; **qu'en statuant ainsi, quand les articles L. 2313-2, L. 2313-7 et L. 2232-12 du code du travail, qui doivent être interprétés en conformité avec le principe constitutionnel d'égalité et le principe constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail consacré par le 8ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, impose que l'accord mettant en place les représentants de proximité soit, en toute hypothèse, un accord d'entreprise et non un accord d'établissement, la cour d'appel a violé les articles L. 2313-2, L. 2313-7 et L. 2232-12 du code du travail, ensemble les principes susvisés. »**

Second moyen

La fédération Sud Rail fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande tendant à l'annulation de la désignation des représentants de proximité lors de la séance du CSE Gares & Connexions du 29 janvier 2019, alors :

« 1°/ que **le juge ne peut modifier l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions des parties exprimées dans leurs conclusions** ; qu'en l'espèce, la Fédération SUD-Rail faisait valoir que la désignation des représentants de proximité par le CSE Gares & Connexions sans fixation préalable à l'ordre du jour de la réunion du 29 janvier 2019 était illicite, car contraire aux dispositions de l'article L. 2315-29 du code du travail ; que pour écarter cette contestation, les juges d'appel ont considéré qu'elle relevait d'un autre contentieux, distinct de celui portant devant eux sur la validité d'un accord d'établissement qui organise la mise en place des représentants de proximité ; **qu'en se déterminant ainsi, tandis qu'elle n'était pas uniquement saisie d'une demande portant sur l'illicéité et l'annulation de l'accord d'établissement conclu le 25 janvier 2019 mais aussi d'une demande d'annulation de la désignation des représentants sur le fondement de cet accord par le CSE Gares & Connexions, la cour d'appel a méconnu l'objet et les termes du litige, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;**

2°/ que le juge ne peut modifier l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions des parties exprimées dans leurs conclusions ; **qu'il ne peut, en ce sens, dénaturer les conclusions des parties** ; qu'en affirmant que les dispositions de l'article 2 du chapitre 4 de l'accord du 25 janvier 2019, relatives aux modalités de désignation des représentants de proximité, choisis par les membres élus du CSE, n'étaient pas contestées, pour en déduire que la nullité de l'accord ne pouvait être poursuivie sur la base d'une irrégularité lors de la réunion du 29 janvier 2019, quand la Fédération SUD-Rail contestait la licéité du chapitre 4 de l'accord d'établissement dans son intégralité, y compris donc celle de l'article 2, **la cour d'appel, qui a dénaturé les conclusions d'appel de la Fédération, a violé l'article 4 du code de procédure civile.**

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Nature de l'accord, au sens de l'article L.2313-7 du code du travail, pour la mise en place de représentants de proximité : est-ce nécessairement l'accord déterminant au niveau de l'entreprise le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques ? Ou est-il possible par un simple accord d'établissement de prévoir des représentants de proximité ? **Question nouvelle posée par le 1^{er} moyen**

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Les textes

4-1-1 Présentés comme « l'innovation la plus originale de la réforme du droit de la représentation du personnel¹ » puisque « nouvelle catégorie légale mais n'ayant d'existence que conventionnelle pour opérer en qualité d'auxiliaire du CSE² », les représentants de proximité ont été créés par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

Ainsi, l'article L.2313-7 du code du travail issu de cette ordonnance dispose que :
L'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 peut mettre en place des représentants de proximité.

L'accord définit également :

1° Le nombre de représentants de proximité ;

2° Les attributions des représentants de proximité, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ;

3° Les modalités de leur désignation ;

4° Leurs modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les représentants de proximité pour l'exercice de leurs attributions.

Les représentants de proximité sont membres du comité social et économique ou désignés par lui pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité.

Cet article constitue, à lui seul, le § 2 « Les Représentants de proximité », de la sous-section 1 « Mise en place au niveau de l'entreprise »³ de la section première « Cadre de mise en place du comité social et économique » du chapitre III « Mise en place et suppression du comité social et économique » du titre Ier « comité social et économique » du Livre troisième du code du travail « Les institutions représentatives du personnel ».

L'article L.2313-2 du code du travail, auquel renvoie l'article L.2313-7 précité, précise que :

Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts.

L'article L.2232-12, premier alinéa, précise quant à lui que :

La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants.

¹ S. Guedes Da Costa et G. Loiseau : « Les représentants de proximité » Bulletin Joly travail, septembre 2018, p.60

² Ibidem

³ L'autre § de cette sous-section, le §1, est intitulé « Mise en place du comité social et économique et des comités sociaux et économiques d'établissement ».

4-1-2 Les représentants de proximité n'étaient pas envisagés dans la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Ainsi, il était prévu à l'article 2 de cette loi que :

« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin de mettre en place une nouvelle organisation du dialogue social dans l'entreprise et de favoriser les conditions d'implantation syndicale et d'exercice de responsabilités syndicales, applicables aux employeurs et aux salariés mentionnés à l'article L. 2211-1 du code du travail, en :

1° Fusionnant en une seule instance les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, et en définissant les conditions de mise en place, les seuils d'effectifs à prendre en compte, la composition, les attributions et le fonctionnement de cette instance, y compris les délais d'information-consultation, la formation de ses membres, ses moyens et les modalités de contrôle de ses comptes et de choix de ses prestataires et fournisseurs, et en fixant à trois, sauf exceptions, le nombre maximal de mandats électifs successifs des membres de l'instance ainsi que les conditions et modalités de recours aux expertises, notamment la sollicitation obligatoire de devis auprès de plusieurs prestataires, et en définissant les conditions dans lesquelles une commission spécifique traitant des questions d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut être créée au sein de cette instance ; »

On voit ainsi que, si à côté de la fusion en une seule des institutions représentatives du personnel antérieures, il était envisagé la possibilité de mettre en place, à l'intérieur de la nouvelle instance, une commission pouvant traiter de questions d'hygiène, de sécurité ou des conditions de travail, il n'était pas du tout prévu d'autre instance .

Les représentants de proximité ne sont pas davantage mentionnés dans le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

Selon ce rapport, l'ordonnance « décline les quatre axes de la réforme en une série de mesures visant à mettre en place une nouvelle organisation du dialogue social dans l'entreprise et à favoriser les conditions d'implantation syndicale et d'exercice de responsabilités syndicales, applicables aux salariés de droit privé ».

Il est ainsi indiqué:

« 2. Faire confiance aux partenaires sociaux pour s'adapter et anticiper grâce à un dialogue social simplifié et opérationnel :

La fusion des trois instances d'information et de consultation en une seule, le comité social et économique (CSE), pour toutes les entreprises de plus de cinquante salariés, permettra un dialogue social à la fois plus stratégique et plus concret, moins formel. Le comité social et économique aura la personnalité morale, pourra ester en justice, recourir à l'expertise et exercera l'ensemble des compétences du délégué du personnel (DP), du comité d'entreprise (CE) et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Une commission santé, sécurité et conditions de travail sera obligatoire dans toutes les entreprises et établissements de plus de trois cents salariés, dans les sites Seveso et les sites nucléaires. Un accord pourra l'instaurer dans toutes les entreprises par ailleurs. »

Ils apparaissent cependant à l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, avec le texte du désormais article L.2313-7 du code du travail.

Le rapport n°369 fait devant l'Assemblée nationale au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social, présenté par le député M. Pietraszewski, fournit quelques explications sur cette nouveauté des représentants de proximité lorsqu'il traite de la mise en place du CSE⁴:

« La mise en place de représentants de proximité par accord d'entreprise

Pour répondre aux inquiétudes relatives à la disparition des délégués du personnel, traditionnellement considérés comme les représentants des salariés les plus proches du terrain, l'article L. 2313-7 permet à l'accord d'entreprise fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts de mettre en place des « représentants de proximité ».

L'institution de ces représentants de proximité s'inspire des anciens délégués du personnel, et vise à éviter que la fusion des instances de représentation du personnel ne se traduise, dans certains cas, par une centralisation trop importante des représentants des salariés. Le représentant de proximité pourra par exemple jouer un rôle en matière de présentation des réclamations individuelles ou collectives dans les différents sites géographiques de l'entreprise, lorsque le périmètre retenu pour la mise en place d'un comité social et économique d'établissement se situe à un niveau plus centralisé.

L'ordonnance est délibérément peu diserte sur le rôle et les compétences desdits représentants. En effet, le souhait du Gouvernement est de laisser une importante marge de manœuvre à la négociation d'entreprise pour définir leurs missions et attributions, en fonction des caractéristiques propres à chaque entreprise, voire à chaque établissement.

L'accord prévoyant la mise en place des représentants de proximité devra tout de même définir a minima :

- le nombre de représentants de proximité (1°) ;
- leurs attributions, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail (2°) ;
- les modalités de leur désignation, pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité social et économique (3°), étant précisé que les représentants ne sont pas forcément membres du comité – ils peuvent être simplement « désignés par lui » ;
- leurs modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation dont ils bénéficient pour l'exercice de leurs attributions.

Compte tenu des marges de manœuvre laissées à la négociation entre les partenaires sociaux, les représentants de proximité ne bénéficieront pas forcément des mêmes prérogatives que les membres du CSE s'ils ont été désignés par ce dernier, ni de prérogatives supplémentaires, notamment en termes d'heures de délégation, s'ils sont membres du comité.

Toutefois, il convient de souligner que tous les représentants de proximité bénéficient d'une protection contre le licenciement au même titre que les autres représentants du personnel, dans les conditions définies au titre Ier du livre IV de la deuxième partie du code du travail, dans sa rédaction issue de l'article 2 de l'ordonnance n° 2017-1386 ([22]). »

⁴ Le CSE, par fusion des instances représentatives du personnel existantes, est présenté comme «la clé de voûte des mesures visant à mettre en place une nouvelle organisation du dialogue social dans l'entreprise ».

Devant le Sénat, le rapport⁵ fait au nom de la commission des affaires sociales, indique :

«b) Les représentants de proximité

L'ordonnance ouvre également la possibilité de mettre en place des représentants de proximité, qui auront vocation à remplir le rôle actuellement dévolu aux délégués du personnel, au contact direct des salariés. Seul l'accord d'entreprise procédant à la détermination des établissements distincts peut le décider (art. L. 2313-7).

Cet accord doit en particulier définir le nombre de représentants de proximité, leurs attributions, leurs conditions de désignation ainsi que leurs moyens, en particulier les heures de délégation dont ils bénéficieront. La loi mentionne seulement qu'ils pourront intervenir en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail. Ils pourront, sans que cela soit obligatoire, être membres du CSE. Lorsqu'ils ne le seront pas mais seront désignés par lui, leurs fonctions s'achèveront au terme du mandat de l'IRP.

Il appartient donc aux partenaires sociaux dans l'entreprise d'évaluer l'opportunité d'instituer ce premier échelon de représentation du personnel, dont l'initiative ne peut revenir au seul employeur ou à l'autorité administrative. Si tel était leur choix, il conviendrait de doter les représentants de proximité d'attributions et de moyens suffisamment importants et de garantir leur représentativité. Ils doivent être bien identifiés par les salariés pour que ceux-ci se tournent vers eux en cas de difficulté et ne doutent pas de leur capacité à faire remonter leurs préoccupations auprès du CSE et à jouer le rôle de médiateur avec l'employeur. »

Il apparaît donc que les représentants de proximité, qui n'avaient pas été initialement imaginés dans le nouvel ordonnancement des instances représentatives du personnel, sont nés des négociations qui se sont ouvertes entre le gouvernement et les partenaires sociaux et que l'idée, par cette nouveauté des représentants de proximité, est de compenser le risque d'une trop grande centralisation de la nouvelle IRP qu'est le CSE (avec le risque d'une paralysie de celle-ci) et de remédier à un éloignement, surtout géographique, auquel peut conduire le nouveau découpage de l'entreprise en établissements distincts selon la définition de ceux-ci donnés par les nouveaux textes.

Les enjeux de cette institution nouvelle sont présentés par Benjamin Dabosville, dans un article « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentants du personnel » (Revue de droit du travail, 2019, p.387) de la façon suivante :

« Deux types d'enjeux se croisent. Le premier, explicite, est de faire échec au risque de "centralisation excessive" liée à la nouvelle architecture légale de représentation du personnel. Ce risque est double. D'une part, en raison de la fusion des institutions représentatives au sein d'une instance unique - le comité social et économique (CSE) - il est à redouter que celle-ci ne puisse remplir correctement l'ensemble des attributions qui lui sont confiées. D'autre part, la nouvelle géographie de représentation du personnel en entreprise risque d'éloigner les élus des salariés. Rappelons que, dans le régime juridique antérieur aux ordonnances, cette géographie était déjà ordonnée autour de la notion d'établissement distinct. Mais celle-ci était fonctionnelle et variait selon l'institution de représentation concernée. Une entreprise pouvait être décomposée en deux ou trois établissements distincts pour l'implantation des comités d'établissement et faire l'objet d'un découpage en une dizaine d'établissements distincts pour l'implantation des délégués du personnel. Or cette géographie a été profondément renouvelée

⁵ Rapport n° 194 (2017-2018) de M. Alain MILON, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 20 décembre 2017

avec les ordonnances. La fusion des instances est allée de pair avec l'adoption d'une définition unifiée de la notion d'établissement distinct. Malgré les incertitudes et critiques qui accompagnent cette définition légale supplétive, la rédaction du texte ne laisse guère de doute quant à l'intention du législateur : la mise en exergue du critère de " l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement notamment en matière de gestion du personnel " tend à aligner le périmètre d'implantation des comités sociaux et économiques d'établissement sur celui des défunts comités d'établissement. Les membres de la délégation du personnel au CSE seront par conséquent élus au sein d'un collège électoral de plus grande dimension que celui autrefois retenu pour les délégués du personnel, ce qui risque d'avoir pour conséquence de réduire les possibilités d'échanges entre élus et salariés.

La création de représentants de proximité doit donc permettre d'éviter tant une dégradation du fonctionnement des institutions qu'un affaiblissement du lien de représentation.

Le second enjeu, plus implicite, est lié à l'articulation entre les représentants de proximité et les autres représentants du personnel. Dans le régime antérieur aux ordonnances, le législateur et la jurisprudence avaient précisé les liens entre représentation élue et représentation syndicale du personnel. Ces liens comportaient une triple dimension et sont, pour l'essentiel, maintenus concernant le comité social et économique. Du point de vue organique, non seulement les syndicats bénéficient d'un monopole de présentation de listes au premier tour des élections du CSE mais, réciproquement, seuls sont considérés comme représentatifs les syndicats ayant recueillis 10 % des suffrages exprimés. Du point de vue fonctionnel, une certaine répartition des rôles est aussi fixée : les délégués syndicaux, lorsqu'ils existent, bénéficient d'un monopole de négociation d'accords collectifs. Enfin, du point de vue matériel, la présence d'un représentant syndical au comité social et économique offre aux organisations syndicales la possibilité de faire connaître leurs points de vue aux autres membres du comité. Jusqu'à récemment, cette articulation entre représentation élue et représentation syndicale était complétée par l'existence de règles venant préciser l'articulation entre les différentes institutions représentatives élues du personnel. Ici encore, des liens organiques étaient prévus. Ainsi les membres de la délégation du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) étaient désignés par un collège des membres élus du comité d'entreprise et des délégués du personnel. Une répartition fonctionnelle des missions était également assurée, certaines étant propres à une instance, tandis que d'autres, notamment celles liées à la protection de la santé, entraient dans le champ de compétence de plusieurs institutions. Côté matériel, le législateur était enfin intervenu, tant pour préciser de quelle manière l'avis du CHSCT devait être transmis au comité d'entreprise que pour donner qualité aux délégués du personnel pour communiquer suggestions et observations au comité d'entreprise.

La création des représentants de proximité marque une rupture dans cette logique d'articulation des canaux de représentation du personnel. En effet, le législateur n'a prévu presque aucune règle en la matière. En conséquence, il appartient aux négociateurs de prévoir quels seront les liens organiques, fonctionnels ou matériels entre, d'une part, les représentants de proximité et, d'autre part, le comité social et économique et les syndicats implantés dans l'entreprise. »

Les travaux préparatoires n'apportant que peu d'indications sur la nouveauté des représentants de proximité, la chambre pourra se reporter à des commentaires de doctrine retracés ci-après.

4- 2 Des éléments de doctrine

4-2-1 Extrait de l'article « Les représentants de proximité » par Stéphanie Guedes Da Costa et Grégoire Loiseau (Bulletin Joly Travail, septembre 2018, p.60 et s.) :

« Les représentants de proximité sont probablement l'innovation la plus originale de la réforme du droit de la représentation du personnel. Rien qui leur ressemble n'existait dans le droit antérieur et, si un rapprochement peut être opéré avec les délégués du personnel, il n'y a pas, entre eux, de réel lien de parenté. Les représentants de proximité, s'ils sont prévus par le législateur, ne sont mis en place dans l'entreprise qu'au moyen d'un accord collectif ; ils ne sont pas obligatoires mais facultatifs ; ils ne sont pas en principe élus mais désignés ; ils n'ont pas légalement de compétences d'attribution mais des prérogatives librement déterminées par l'accord ; leur régime n'est pas défini par le Code du travail mais par l'accord qui les institue. Cet objet juridique insolite s'éclaire tout de même à la lumière de son instance de rattachement, le comité social et économique. On retrouve la même faveur pour la norme conventionnelle, poussée ici à l'extrême puisqu'il n'est rien prévu d'autre. On croise aussi l'esprit de déspecialisation qui caractérise le CSE, les représentants de proximité pouvant exercer toutes sortes de prérogatives parmi lesquelles, « notamment », des attributions « en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ».

C'est cependant l'originalité qui domine et plus particulièrement la fonction de représentation qui dépareille car elle ne tire pas, comme d'ordinaire, sa légitimité de l'élection. La légitimité des représentants de proximité a deux ressorts : l'accord collectif qui les institue et le CSE dont ils sont une émanation directe ou indirecte. Sans doute, la formule n'est pas totalement inédite : le représentant syndical au CHSCT avait en principe une origine conventionnelle et faisait l'objet d'une désignation. Mais la combinaison de la conventionalité des représentants de proximité et de leur affiliation à l'instance qu'ils assistent est pour le coup radicalement nouvelle. En y regardant bien, on touche là à la nature de ces représentants hors du commun. Etablis exclusivement par accord collectif, ils s'imposent au CSE qui n'a pas voix au chapitre pour décider de leur mise en place, ni même de leurs attributions ou des modalités de leur désignation.

Mais, parce qu'ils sont appelés à exercer un rôle d'auxiliaire du comité, ils ont un lien organique avec celui-ci. L'analyse de leur nature n'est toutefois qu'une première étape. Elle prépare l'examen de leur régime qui relève, lui aussi, du cadre conventionnel – les attributions et les moyens des représentants de proximité, en particulier, sont définis par l'accord collectif – tout en étant étroitement lié au fonctionnement du comité social et économique auquel ces organes participent de manière satellite. »

Pour ces auteurs, les représentants de proximité constituent une « catégorie légale » :

« Les représentants de proximité ne sont pas réductibles à une instance conventionnelle, même s'ils doivent à un accord collectif d'être mis en place dans l'entreprise. Ils constituent, avant toute chose, une catégorie légale. C'est la loi qui les institue en tant que nouvelle espèce de représentants du personnel et qui délègue aux partenaires sociaux la possibilité de les constituer. De manière générale, un accord collectif ne peut créer ex nihilo une catégorie juridique nouvelle indépendamment de la loi⁶. Un représentant du personnel qui serait une pure création conventionnelle ne ressortissant d'aucune catégorie légale ne pourrait bénéficier de la protection prévue par le Code du travail⁷. Aussi, quoique facultative et dépendant de la

⁶ « V. par analogie : Cass. soc., 12 juill. 2018, n° 16-26844, PB, à propos du contrat à durée indéterminée intérimaire. »

⁷V. « CE, 8 avr. 2013, n° 348162 : Dr. ouvrier 2013, p. 621, note Grévy M. ; RJS 2013, p. 403, qui décide que la protection contre le licenciement accordée par l'article L. 2411-2 du Code du travail ne peut s'appliquer qu'aux représentants du personnel institués par voie conventionnelle relevant d'une catégorie de même nature que celle prévue par la loi. »

conclusion d'un accord collectif, l'existence des représentants de proximité est d'abord une création de la loi. »

Ces mêmes auteurs soulignent « l'existence conventionnelle » caractérisant les représentants de proximité :

« 4. Les représentants de proximité n'existent, on l'a dit, que si un accord collectif les prévoit. C'est cet accord qui règle, de surcroît, toutes les modalités permettant de les rendre opératoires, qu'il s'agisse de leur nombre, de leurs attributions, des modalités de leur désignation et de leurs modalités de fonctionnement.

Les représentants de proximité sont, à cet égard, un produit conventionnel car il n'est prévu, ni de dispositions supplétives pour le cas où l'accord serait incomplet sur un point ou sur un autre, ni de dispositions d'ordre public pour leur donner un minimum de consistance commune.

*La conventionalité est bien dans leur nature : avec l'idée que, à défaut d'être élus, les représentants de proximité ne peuvent tenir leur légitimité que d'un accord conclu par des « organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote »⁸, **il n'y a qu'un accord collectif qui puisse les instituer.** À la différence d'autres adaptations conventionnelles de règles relatives au CSE, l'ordonnance du 22 septembre 2017 n'envisage pas la possibilité, en l'absence de délégué syndical, de conclure un accord avec le CSE.*

5. Et ce n'est pas au demeurant n'importe quel accord puisqu'il s'agit nécessairement de l'accord défini à l'article L. 2313-2 du Code du travail pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

C'est le même accord, aussi, qui constitue en principe le support pour mettre en place une ou plusieurs CSSCT, encore que des alternatives existent. Mais est-ce à dire, compte-tenu de l'objet principal de l'accord, que des représentants de proximité ne peuvent être institués que si l'entreprise comporte plusieurs établissements, l'étant alors à l'occasion de l'accord qui les détermine ? Cette compréhension restrictive du texte n'a de sens, ni en droit, ni en pratique. En droit, il n'y a aucun rapport nécessaire entre l'existence d'établissements distincts et celle de représentants de proximité qui justifierait de lier à la reconnaissance des uns la mise en place des autres. Et, en pratique, si la « proximité » des représentants en fait des acteurs de terrain à même d'intervenir dans le périmètre d'action des comité social et économique d'établissement, ils peuvent aussi être utiles dans une entreprise à mono-établissement, notamment lorsque celle-ci comprend des sites qui ne constituent pas des établissements distincts⁹.

Dans ces conditions, pourquoi avoir fait de l'accord collectif relatif aux établissements distincts la matrice des représentants de proximité ainsi que l'acte traitant, en principe, de la ou des CSSCT ? On peut voir dans ce souci de concentration au sein d'un même accord la volonté des auteurs de l'ordonnance du 22 septembre 2017 de favoriser un règlement d'ensemble des éléments de structure oeuvrant à la configuration du CSE : existence, ou non, de CSE d'établissement selon qu'il est convenu de la reconnaissance, ou non, d'établissements multiples ; adjonction, ou non, de représentants de proximité ; mise en place, ou non, d'une CSSCT lorsqu'elle n'est pas obligatoire ou de plusieurs CSSCT. Le fait que l'entreprise soit mono-établissement ne devrait donc pas empêcher de prévoir des représentants de proximité,

⁸ « Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22179 : Bull. civ. V, n° 9 ; RJS 2015, p. 155, note Huglo J.-G. ; Dr. soc. 2015, p. 237, note Fabre A. ; RDT 2015, p. 339, note Peskine E. »

⁹ « C'est d'ailleurs en ce sens que le ministère du Travail s'est prononcé dans les questions/réponses du 19 avril 2018 (question/réponse n° 28). »

l'accord visé à l'article L. 2313-2 pouvant d'ailleurs avoir pour objet de convenir que l'entreprise constitue un seul et même établissement pour la mise en place de la représentation du personnel.

Tout au plus la question pourrait-elle se poser de la possibilité de conclure un accord uniquement sur les représentants de proximité lorsque les partenaires sociaux ne se sont pas accordés sur les établissements.

Dans ce cas, les textes laissent à l'employeur le soin de déterminer unilatéralement le ou les établissements distincts sous réserve d'un recours contre sa décision, comme ils lui permettent, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, de décider unilatéralement de la mise en place d'une ou plusieurs CSSCT.

Cette modalité subsidiaire n'étant pas prévue pour les représentants de proximité, il reviendra à la Cour de cassation de décider si l'absence d'accord des partenaires sociaux sur les établissements ou, le cas échéant, sur l'existence d'un seul établissement leur laisse tout de même la possibilité de conclure un accord sur les représentants de proximité. Pour dire les choses autrement, il lui faudra répondre à la question de savoir s'il suffit d'avoir engagé une négociation sur les établissements pour pouvoir, lorsqu'elle est infructueuse, limiter l'accord aux seuls représentants de proximité.

*6. La communauté d'accord, ou du moins de négociation, pour traiter ensemble des établissements de l'entreprise, des représentants de proximité et d'une ou de plusieurs CSSCT ainsi que de leurs attributions respectives **pose une autre question qui est celle du moment auquel l'accord peut être conclu ou – la problématique est la même – auquel il est susceptible d'être révisé.** Est-ce lors de la mise en place du comité social et économique puis à chaque renouvellement ou à un moment quelconque au cours du cycle électoral ? L'esprit des textes étant de procéder, dans un même accord, au règlement des principaux éléments configurant l'instance, il pourrait être défendu que cette configuration doit demeurer en l'état jusqu'à la fin du cycle électoral¹⁰.*

En ce sens, il a été indiqué dans les questions/réponses diffusées par le ministère du Travail le 19 avril 2018 sur le comité social et économique que, dans l'hypothèse où l'accord fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts serait révisé pendant l'application de l'accord, le nouveau découpage ne serait effectif qu'au moment du renouvellement du CSE¹¹.

Si cette analyse, qui n'est pas sans appeler quelques réserves, devait être suivie, il serait logique qu'elle soit également appliquée aux représentants de proximité.

Il en résulte qu'on ne pourrait pas introduire en cours de cycle électoral des représentants de proximité, les supprimer, en augmenter le nombre ou le réduire. »

*Ces auteurs envisagent également les questions posées par la dénonciation de l'accord et considèrent que « **les règles relatives à la mise en cause, mais également à la dénonciation ou à la révision, ne sont pas adaptées à la spécificité des accords à finalité institutionnelle qui constitue l'espèce dont relève l'accord visé à l'article L. 2313-7 du Code du travail. Il ferait sens, dès lors, de leur consacrer un régime spécifique, la Cour de cassation pouvant procéder à cet effet à des ajustements bien qu'il soit préférable que le législateur reprenne la main.** »*

Ils évoquent enfin la question de la nullité de l'accord en ces termes :

« 7. Il faut dire un mot, enfin, de l'hypothèse de la nullité de l'accord fondateur. Quoique l'action en nullité soit désormais enfermée dans un bref délai de deux mois, un risque demeure que la situation juridique constituée par l'accord soit remise en cause. En cas d'annulation, le

¹⁰ « 12 Ou, si l'accord est à durée déterminée, jusqu'au terme de l'accord. »

¹¹ « 13 Question/réponse n° 26. »

nouvel article L. 2262-15 du Code du travail permet, il est vrai, d'en limiter les effets pour le passé puisque le juge a le pouvoir, soit d'écarter purement et simplement la rétroactivité, soit de faire varier les effets de la nullité dans le temps en fonction des intérêts à préserver. Mais la Cour de cassation a franchi un palier supplémentaire en écartant purement et simplement l'effet rétroactif de la nullité lorsque celle-ci atteint « un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel »¹². Encore faut-il toutefois pouvoir considérer que l'accord instituant des représentants de proximité est « relatif à la mise en place d'IRP ». On peut le concevoir en ce qu'il porte aussi sur les établissements distincts dont la détermination entraîne la mise en place de CSE d'établissement. Sous le seul angle des représentants de proximité, cela pose en revanche la question de savoir s'ils ont la qualité d'institutions représentatives du personnel. »

4-2-2 Puisque les représentants de proximité n'ont d'existence que conventionnelle d'après l'article L.2313-7 du code du travail, comment faut-il comprendre « l'accord » dont il est question dans ce texte ?

C'est là la question centrale posée par le 1^{er} moyen du présent pourvoi.

L'article de doctrine précité aborde la question. D'autres commentaires doctrinaux peuvent être cités.

4-2-2-1 Dans un article « Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner » (JCP Ed. Sociale, n°10, 13 mars 2018, n°1084), Emeric Jeansen écrit :

« 3- Type d'accord

*Les représentants de proximité sont mis en place par "l'accord d'entreprise défini à l'article L.2313-2 du code du travail" (C. trav., art. L.2313-7, al.1). Trois enseignements peuvent être tirés de ce texte s'agissant du type d'accord à négocier. D'abord, la conclusion d'un accord collectif de droit commun et non d'un protocole d'accord préélectoral est nécessaire. La question de leur mise en place ne saurait donc pas être soulevée au cours des négociations au niveau de l'entreprise. **Ensuite, un "accord d'entreprise" étant visé, l'accord requis est a priori négocié au niveau de l'entreprise.** Il serait nécessaire d'inviter à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'ensemble de celle-ci. Toutefois, il est par ailleurs indiqué que "sauf disposition contraire, les termes convention d'entreprise désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement" (C. trav., art. L.2232-11). Une négociation d'établissement pourrait alors envisager la mise en place de représentants de proximité ... dans un périmètre qui ne peut, par hypothèse, dépasser l'établissement considéré. **Enfin, le renvoi à l'article L.2313-2 du code du travail conduit à ce que la négociation relative à la mise en place des représentants de proximité intervienne dans le même acte que l'accord fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts du comité social et économique.** Sur ce point, la précision a peu de sens. L'obligation de coupler la négociation des établissements distincts du comité social et économique et les représentants de proximité ne s'impose pas dès lors que ces derniers ont vocation, en toute hypothèse, à être implantés dans un périmètre distinct de celui des comités sociaux et économiques d'établissement. Il n'apparaît donc pas évident que la négociation d'un accord ayant pour seul objet la mise en place des représentants de proximité soit illicite. D'après nous, un tel accord devrait pouvoir emporter ses effets. »*

¹² « 20 Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21068, PB. »

4-2-2-2 Dans l'article déjà cité¹³, Benjamin Dabosville indique : « *L'accord d'entreprise visé à l'article L. 2313-2 du Code du travail a désormais vocation à devenir l'accord fixant le découpage de l'entreprise tant pour l'implantation des CSE que pour l'implantation des CSSCT ou des représentants de proximité. De fait, l'examen des accords montre une grande diversité des périmètres au sein desquels les représentants de proximité ont vocation à exercer leurs attributions. Certains se réfèrent au périmètre de l'établissement distinct. D'autres retiennent un découpage de l'entreprise non seulement plus fin que celui retenu pour les comités sociaux et économiques d'établissement, mais également différent de celui adopté pour les commissions santé, sécurité et conditions de travail. Cette division est fréquemment effectuée sur une base géographique, de dimension plus ou moins grande, mais peut aussi répondre à une logique industrielle et correspondre à une activité ou à un " métier " de l'entreprise. Par ailleurs, si le découpage de l'entreprise en établissements distincts doit couvrir toute l'entreprise afin que chaque salarié de l'entreprise soit rattaché à un comité social et économique d'établissement, rien de tel n'est prévu pour les représentants de proximité. Certains accords opèrent donc un " ciblage ", en ne prévoyant l'existence de représentants de proximité que pour des sites ou zones spécifiques de l'entreprise.*¹⁴»

4-2-2-3 Dans un article « CSE et représentants de proximité : un kaléidoscope conventionnel » (JCP Ed. Sociale, n°43-44, 29 octobre 2018, n°1343), Steven Rioche indique « *1. Mise en place des représentants de proximité : La liberté contractuelle semble totale, sous réserve que soit respectée la règle induite par l'article L.2313-7 du code du travail. En renvoyant à l'accord défini à l'article L.2313-2 du même code, ce texte semble imposer que la mise en place des représentants de proximité résulte de l'accord collectif relatif à la détermination d'éventuels établissements distincts.* » et il observe que « *Si la portée de ce renvoi textuel pourrait être limité aux conditions de conclusion de l'accord, l'ensemble des accords ici sélectionnés¹⁵ traitent à la fois du périmètre d'implantation du comité social et économique et de la mise en place des représentants de proximité. En tout état de cause, rien ne saurait exclure la mise en place de représentants de proximité dans une entreprise mono-établissement.* »

4-2-2-4 L'ouvrage « Droit de la représentation du personnel » (Daloz action 2019-2020)¹⁶ mentionne :

* au point 422.06 : « *De la déconcentration des pouvoirs à l'instauration de relais de proximité*

La fusion des trois instances qu'opère le CSE entraîne une massification des compétences et une concentration des prérogatives que ce dernier est, en principe, seul en capacité d'exercer. Cette concentration présente un risque de rejaillir sur l'activité du comité qui, en tension, pourrait conduire à prioriser certaines problématiques par rapport à d'autres. La crainte a en particulier été exprimée que les questions relatives à la santé et à la sécurité, dont le traitement était jusqu'à présent porté par le CHSCT qui bénéficiait d'une compétence de spécialité, soient moins sujettes à préoccupation que les questions économiques et sociales dans une instance généraliste. On mesure dans ces conditions l'intérêt qu'il peut y avoir à doter le CSE d'entités

¹³ « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentants du personnel » (Revue de droit du travail, 2019, p.387)

¹⁴ Cet auteur illustre l'article en se reportant à plusieurs accords ayant mis en place des représentants de proximité listés en fin de l'étude.

¹⁵ L'auteur renvoie à un tableau, en annexe de son article, dressé des 12 accords sélectionnés dans son étude.

¹⁶ G. Loiseau, P. Lockiec, L. Pécaut-Rivolier et P.-Y. Verkindt

qui l'assistent, voire le déchargent de certaines de ses missions. C'est le rôle des commissions et des représentants de proximité. [...] S'agissant des seconds, seul un accord collectif peut en revanche prévoir la désignation de représentants de proximité. La faveur pour la norme négociée en fait ici une exclusivité. ».

* au point 422.51 : « Les représentants de proximité ne peuvent être mis en place que par la volonté des partenaires sociaux et uniquement dans le cadre de l'accord d'entreprise conclu en application de l'article L.2313-2 du code du travail pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts. »

* au points 515.21 et 515.22 : « 515-21 Contenu obligatoire de l'accord.

L'emploi de l'indicatif ("L'accord définit également...") implique-t-il, comme le prévoit la légistique, que l'accord doit obligatoirement traiter de l'ensemble des thèmes listés à l'article L.2313-7 ? Une réponse affirmative s'impose en droit, et en tout état de cause en pratique, puisque le législateur n'a pas prévu de régime supplétif et qu'on peut difficilement concevoir que le juge construise de toute pièce un régime sur lequel aucune référence légale n'existe.

515.22 Règlement intérieur du CSE et contenu de l'accord.

De même, à défaut de précision en ce sens dans le code du travail (...), le règlement intérieur du CSE ne peut pas se substituer à l'accord collectif de mise en place des représentants de proximité. Il n'est pas exclu qu'on puisse y inclure des clauses (celles-ci ne pouvant porter que sur des points accessoires au regard de la liste des thèmes devant figurer dans l'accord) traitant, par exemple, de la présence des représentants de proximité aux réunions des commissions du CSE prévues par l'accord et, plus généralement, des modalités concrètes permettant leur articulation concrète avec le CSE.[...] ».

4-2-2-5 Enfin, on peut citer la doctrine de l'administration présentée par le Ministère du travail, du plein emploi et de l'insertion dans « Comité social et économique - 117 questions réponses »¹⁷, à la question n°33.

« 33. Quelle est la fonction des représentants de proximité et comment sont-ils mis en place ?

Les représentants de proximité sont des représentants du personnel intervenant dans un champ de compétence plus restreint que celui du comité social et économique d'établissement ou que celui du comité social et économique qui l'a désigné. Leur mise en place peut être décidée dans l'accord collectif d'entreprise majoritaire déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts, afin d'éviter que la fusion des institutions représentatives du personnel au sein d'une instance unique (le comité social et économique) et l'unification du périmètre de la représentation du personnel qui en découle ne se traduisent, dans certains cas, par une centralisation excessive de cette représentation au niveau de l'entreprise. L'accord collectif qui fixe le périmètre et le nombre des établissements distincts peut ainsi instituer des représentants de proximité. Cet accord a toute latitude pour adapter leur nombre, leurs attributions et leurs modalités de fonctionnement au regard des besoins identifiés dans l'entreprise en matière de représentation du personnel (art. L. 2313-7). Dans le cas où le nombre et le périmètre des établissements distincts seraient établis par décision unilatérale de l'employeur, la mise en place des représentants de proximité pourra être décidée par accord collectif majoritaire en cours de cycle. Par exemple, le représentant de proximité pourra être chargé de jouer un rôle en matière de présentation des réclamations individuelles ou collectives dans les différents sites géographiques de l'entreprise

¹⁷ https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_cse_16_01_2020_ok.pdf

lorsque le périmètre des établissements distincts de l'entreprise retenu se situe à un niveau plus centralisé. »

4-3 Par ailleurs, il faut rappeler que les représentants de proximité bénéficient de la protection contre le licenciement prévue par l'article L2411-1 du code du travail puisque l'article L.2411-2 du même code précise que :

Bénéficient également de la protection contre le licenciement prévue par le présent chapitre, le délégué syndical, le membre de la délégation du personnel du comité social et économique, le représentant de proximité, institués par convention ou accord collectif de travail.

Or notre chambre juge que « *Les institutions représentatives du personnel créées par voie conventionnelle doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le code du travail.* » : Soc., 22 janvier 2020, pourvoi n° 18-21.206, publié, qui a cassé une décision ayant reconnu le bénéfice du statut protecteur à un membre syndical d'une commissions interne à une entreprise compétente en matière de procédure disciplinaire, dont l'existence n'est pas prévue par le code du travail.

Voir également Soc., 20 février 1991, pourvoi n° 89-42.288, Bulletin 1991 V N° 85 ayant rejeté le pourvoi formé contre une décision qui avait refusé le bénéfice du statut protecteur pour un représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dont l'existence n'est pas prévue par le code du travail.

A cet égard, la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat convergent: voir notamment Conseil d'État, 4ème et 5ème sous-sections réunies, 8 avril 2013, n° 348162.

La chambre pourrait donc s'interroger pour savoir si des représentants de proximité, mis en place par seulement un accord d'établissement, bénéficient de la protection contre le licenciement.

4-4 Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel, confirmant le jugement entrepris, a considéré qu'un accord d'établissement pouvait mettre en place des représentants de proximité au sein de l'établissement considéré, en écartant donc que cette mise en place ne puisse résulter que d'un accord d'entreprise et de l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts.

La cour d'appel s'est prononcée selon les motifs suivants :

« Ces dispositions [de l'article L.2232-12] sont fixées au sein de la section III intitulée "Conventions et accords d'entreprise ou d'établissement", de sorte qu'il n'est pas fait de distinction par la loi, sur les conditions de validité qui sont identiques qu'il s'agisse d'un accord d'entreprise ou d'un accord d'établissement.

En l'espèce, l'argumentation développée par la Fédération Sud-Rail opère une confusion entre les niveaux de négociation des accords d'entreprise signés au sein du groupe ferroviaire courant 2018 et début 2019, à une époque de restructuration du groupe.

Ainsi, l'accord contesté, signé le 25 janvier 2019 par l'UNSA-Ferroviaire, l'a été après la mise en place du comité social de l'établissement Gares et Connexions, dont les membres ont été élus à l'issue du scrutin qui s'est déroulé le 22 novembre 2018, donnant la représentativité à deux organisations syndicales, l'UNSA-Ferroviaire qui a obtenu 59% des votes, et la CGT Cheminot qui a obtenu 18,79% des votes au sein de cet établissement, devenu depuis le 1er janvier 2020 une nouvelle entité commerciale Gares et Connexions.

La signature d'un accord est par suite régulière au sein de cet établissement, sur des prérogatives qui relèvent du domaine de la négociation, dont celle de mettre en place des représentants de proximité en application de l'article L. 2313-7 du code du travail, qui précise que l'accord définit également leur nombre, leurs attributions, les modalités de leur désignation et de leur fonctionnement.

Contrairement à ce qui est soutenu par la Fédération Sud-Rail, **aucune disposition légale ou conventionnelle ne s'oppose à la mise en place de représentants de proximité au niveau de l'établissement Gares et Connexions**, au seul motif que cette instance de représentation n'avait pas été prévue par l'accord d'entreprise qui a déterminé le nombre et le périmètre des établissements de la SNCF Mobilités, ou en raison de l'échec de la négociation au niveau de l'entreprise, de l'accord relatif au fonctionnement des CSE en décembre 2018, qui s'est soldée par la signature le 8 février 2019 d'un accord technique ne reprenant pas les dispositions proposées par la direction du groupe ferroviaire, sur les représentants de proximité.

De même, la Fédération Sud-Rail ne peut pas contester la représentativité de l'UNSA-Ferroviaire et sa qualité pour signer l'Accord du 25 janvier 2019, en invoquant la faiblesse de sa représentativité au niveau national qui est de l'ordre de 24%, alors que la signature de l'accord d'établissement suppose que cette organisation syndicale remplisse la condition de représentativité au niveau de l'établissement.

Par suite, les moyens relatifs à l'absence d'un accord préalable au niveau de l'entreprise pour mettre en place des représentants de proximité par un accord d'établissement, seront rejetés. » (arrêt, p.6)

Le tribunal de grande instance avait quant à lui retenu les motifs suivants (jugement, p.6) : « Il paraît important de rappeler que l'esprit de l'ordonnance du 22 septembre 2017 n'est pas de créer une instance de représentation des salariés dans le domaine de la santé monolithique mais au contraire de descendre via le recours à des représentants de proximité au plus près des attentes du personnel. De la même façon, l'ordonnance de septembre 2017 parce qu'elle entend développer la négociation en toute strate de l'entreprise ne peut être limitée à une lecture des textes restreignant les possibilités de négocier au seul plan de l'entreprise. Il résulte de la combinaison des textes précités [art. L.2313-7, L.2232-12, L.2312-4 et L.2232-11] comme du but recherché par les ordonnances Macron qu'après un accord d'entreprise sur les établissements distincts, peut être négocié au sein de chacun des établissements un accord sur la désignation des représentants de proximité. Contrairement aux allégations [de la fédération Sud Rail], les textes n'empêchent pas les acteurs sociaux favorables à la négociation de rechercher ensemble – en dehors du cadre restrictif de l'entité "entreprise" – des accords dans le cadre des établissements distincts ce qui permet d'assurer la décentralisation de la représentation du personnel recherchée par les ordonnances de 2017. Rien ne permet d'affirmer que des accords doivent être obligatoirement pris au plan de l'entreprise étant observé qu'au cas présent c'est parce qu'aucun accord ne recevait l'aval des organisations syndicales que la négociation sur les représentants de proximité était renvoyée sur les organisations syndicales représentatives au plan des établissements coupant ainsi court à tout blocage dogmatique ou pas sur l'avancée de la mise en place de ces représentants dont chacun convient que, dans un établissement d'importance, leur rôle – parce qu'ils sont proches des personnels – est particulièrement important quant aux questions relatives à la santé et à la sécurité au travail. Il convient de dire que l'accord d'établissement signé entre la direction SNCF mobilités et les syndicats représentatifs au sein de l'établissement Gares et Connexions parfaitement valable. »

4-5 Le premier moyen et les thèses des parties

Le 1^{er} moyen, en ses deux branches, invoque une violation de l'article L.2313-7 du code du travail et des articles L.2313-2 et L.2232-12 du même code ainsi que du principe d'égalité et du principe constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail consacré par le 8^e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁸.

Elles se fondent toutes deux sur la nécessité d'assurer la cohérence et l'homogénéité de la désignation des représentants de proximité entre les différents établissements d'une entreprise ainsi que l'égalité entre ses salariés, notamment au regard du principe constitutionnel de représentation.

La 1^{ère} branche soutient que seul l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts visé par l'article L.2313-2 peut mettre en place de représentants de proximité, définir leur nombre et leurs attributions notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, les modalités de leur désignation ainsi que leurs modalités de fonctionnement.

Cette branche repose ainsi **sur une interprétation littérale du texte de l'article L.2313-7** du code du travail, en reprochant à la cour d'appel d'avoir violé ce texte alors que la loi prévoit expressément que seul l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts peut mettre en place des représentants de proximité.

La seconde branche invite à **une interprétation de l'article L.2313-7, au-delà de sa lettre, par référence à l'esprit du texte au regard des principes constitutionnels d'égalité et de participation des travailleurs**, en soutenant que seul un accord d'entreprise peut prévoir la mise en place de représentants de proximité et que l'interprétation de cet « accord », devant se faire en conformité avec ces principes constitutionnels, impose que l'accord mettant en place les représentants de proximité soit, en toute hypothèse, un accord d'entreprise et non un accord d'établissement.

4-5-1 le mémoire ampliatif

La fédération Sud Rail fait valoir que les représentants de proximité ne peuvent être mis en place que par l'accord d'entreprise défini à l'article L.2313-2 déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts, aucune autre disposition législative, réglementaire ou même conventionnelle ne permettant leur mise en place dans un autre cadre et en particulier dans le cadre d'un simple accord d'établissement.

Elle invoque en ce sens :

▪ l'arrêt publié de notre chambre du 31 mars 2021, Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-25.233, par lequel nous avons jugé que : « *Il résulte des articles L. 2314-18 et L. 2314-19 du code du travail que ne peuvent ni exercer un mandat de représentation du personnel ni être électeurs les salariés qui, soit disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise, soit*

¹⁸ Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel.

Il résulte, par ailleurs, de l'article L. 2313-7 du code du travail que l'accord d'entreprise défini à l'article L. 2313-2 peut mettre en place des représentants de proximité et que ceux-ci sont membres du comité social et économique ou désignés par celui-ci pour une durée qui prend fin avec celle des mandats des membres élus du comité.

Dès lors, le tribunal qui, pour ordonner la radiation des membres titulaires et suppléants du comité social et économique d'établissement de la région Nord-Est de la société de l'ensemble des quatre-vingt directeurs de magasins, a retenu, d'une part que, même si le directeur du magasin ne disposait pas d'une pleine liberté dans l'embauche, la discipline et le licenciement des salariés de son magasin à raison de son appartenance au groupe Carrefour et qu'il devait faire valider ses choix avant décision grave, licenciement notamment, il représentait l'employeur vis-à-vis des salariés à ces occasions et en exerçait alors tous les attributs - embauche, discipline, licenciement -, et d'autre part que le directeur de magasin représentait effectivement l'employeur devant les représentants de proximité, a légalement justifié sa décision. » (sommaire)

On observera cependant que dans cette espèce, était en cause une question d'électorat, afin de savoir si certains salariés (ici, des représentants de proximité) pouvaient être électeurs, très différente de celle posée dans le présent dossier.

▪ la position de la doctrine, en se reportant, outre à certains des commentaires déjà cités, aux extraits suivants :

- « *l'accord visé par le premier alinéa de l'article L. 2313-7 reproduit ci-dessus est celui relatif à la mise en place du CSE qui détermine, notamment, le nombre et le périmètre des établissements distincts. Il s'agit d'un accord majoritaire sans référendum. À défaut d'un tel accord, notamment s'il n'existe pas de délégué syndical pour négocier, il ne peut y avoir de représentant de proximité dans l'entreprise, sauf engagement unilatéral de l'employeur. Si, initialement cet accord ne met pas en place des représentants de proximité, rien n'empêche, en cours de mandature, de négocier un avenant audit accord dans le but d'y introduire des dispositions plus favorables. Et cela d'autant plus que la désignation des représentants de proximité n'implique pas une élection spécifique, ceux-ci étant désignés par le CSR* » (M. Cohen et L. Milet, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 17e éd., LGDJ, § 342, p. 299). »

- « *la suppression des délégués du personnel opérée par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 prive les salariés d'élus proches d'eux, susceptibles de recueillir et transmettre leurs éventuelles réclamations sur des éléments du quotidien, notamment en matière de conditions de travail, ce qui peut se révéler fâcheux dans une entreprise de grande taille rassemblant des centaines, voire des milliers de salariés.*

L'article L. 2313-7 du Code du travail, tel qu'issu de l'ordonnance précédente, permet d'apporter une réponse à cette difficulté par voie conventionnelle :

l'accord conclu dans le cadre d'une entreprise afin de déterminer le nombre et le périmètre des établissements la composant peut décider la mise en place, dès lors que l'entreprise a fait l'objet d'un tel découpage, de représentants de proximité.

Le législateur s'étant borné, pour l'essentiel, à autoriser leur présence, il revient à l'accord de régler les questions relatives à leur désignation, leurs moyens et leur mission » (Pr. Bernard Teyssie *Droit du travail – Relations collectives*, 11e éd., LexisNexis, § 730, p. 358) »

▪ la réponse à la question n°28 apportée par le ministère du travail dans sa publication sur le comité social et économique, déjà citée.

Le mémoire ampliatif fait valoir que « *le fait d'imposer aux partenaires sociaux de mettre en place, s'ils entendent le faire, des représentants de proximité dans le cadre de l'accord d'entreprise déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts et visant la mise en place des CSE, permet en effet de garantir le caractère homogène et cohérent de la représentation locale et de proximité au sein de l'entreprise. Le fait de négocier la mise en place de RPX à l'occasion de la négociation de l'accord d'entreprise prévu par l'article L. 2313-2 du code du travail garantit l'adéquation de leur nombre, de leurs attributions et de leurs modalités de fonctionnement au nombre et au périmètre des établissements de l'entreprise parallèlement déterminés. (...) À l'opposé, autoriser la mise en place de représentants de proximité à l'occasion de la signature d'un accord d'établissement reviendrait inmanquablement à permettre de créer une distorsion de représentation au sein d'une même entreprise et, ce faisant, une rupture d'égalité entre les salariés et leurs représentants, ce qui aboutirait à méconnaître à la fois le principe constitutionnel d'égalité et le principe constitutionnel de participation des travailleurs consacré par le 8ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.* »

Il rappelle que si la loi doit être interprétée, le juge, dans son office d'interprétation, doit avoir pour guide, notamment, le principe dit « d'interprétation conforme » afin d'assurer la conformité et la compatibilité de la norme légale avec les normes et principes qui lui sont supérieures, issus de l'ordre constitutionnel ou conventionnel, et observe, que la Cour de cassation pratique ce mode d'interprétation de façon « usuelle et constante », en se référant notamment l'arrêt publié au rapport annuel Soc., 26 février 2020, pourvoi n° 18-22.556.

Le mémoire ajoute, au regard de la situation du groupe ferroviaire, que « *Passer par des accords d'établissements, a fortiori au sein d'entreprises comprenant de multiples établissements distincts, telles la SNCF, conduirait en effet inéluctablement à une représentation à géométrie variable, avec l'existence même de représentants de proximité, un nombre de représentants de proximité, des attributions, des modalités de fonctionnement et de désignation, qui pourraient différer d'un établissement à l'autre.*

Il y aurait ainsi, pour prendre le groupe SNCF, trente-trois manières différentes de mettre en place, ou non d'ailleurs, des représentants de proximité. Car cette lecture (...) permettrait en effet à certains établissements de se doter de représentants de proximité, quand d'autres n'en disposeraient tout simplement pas, faute d'accord d'établissement. »

Le mémoire fait enfin observer que cela « *ne fait, au reste, nullement obstacle à la prise en considération d'éventuelles différences entre les établissements, justifiant que certains, par exemple, aient moins de représentants de proximité que d'autres, ou que, au regard de spécificités locales, les fonctionnements soient adaptés. Mais ces ajustements*

et ces affinements doivent impérativement intervenir dans un cadre global et cohérent, garantissant une prise en considération égale – ce qui ne veut pas dire uniforme in fine – de la situation et des intérêts de l'ensemble des salariés de l'entreprise. Autrement dit, si des ajustements sont envisageables en fonction des situations, ce ne peut être qu'avec la garantie que cela sera fait dans le cadre d'une appréhension panoramique de la situation d'ensemble des différents établissements de l'entreprise et respectueuse du principe d'égalité entre tous les salariés, et non pas de manière disparate, cloisonnée et hétérogène, au niveau de chaque établissement, n'ayant par hypothèse aucune visibilité pertinente sur la situation des autres, ce qui ne peut que susciter des différences de traitement injustifiées. Aussi, à supposer même, pour les seuls besoins du raisonnement, que la mise en place de représentants de proximité ne relève pas du seul accord d'entreprise visé par l'article L. 2313-2 du code du travail – ce qu'exclut toutefois clairement le libellé de l'article L. 2313-7 du même code, qui fait exclusivement référence à cet accord -, il est, à tout le moins, nécessaire qu'elle se fasse dans le cadre d'un accord d'entreprise conclu dans les conditions fixées à l'article L. 2232-12 du code du travail. »

4-5-2 les mémoires en défense

4-5-2-1 Pour la société, le renvoi par l'article L.2313-7 du code du travail s'interprète comme visant l'accord collectif conclu aux conditions de l'article L.2313-2, 1^{er} alinéa, c'est-à-dire un accord conclu avec les organisations syndicales représentatives : *« Selon une première lecture, rapide, de l'article L. 2313-7 du code du travail, ce texte semble signifier, pris à la lettre, que seul l'accord d'entreprise qui détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts peut mettre en place des représentants de proximité, puisqu'il vise « l'accord d'entreprise défini par l'article L.2313-2 » et que ce texte prévoit qu' « un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts ». Mais, en y regardant de plus près, l'article L. 2313-2 du code du travail définit l'accord collectif qu'il évoque non seulement par son objet (la définition du découpage de l'entreprise en établissements distincts), mais aussi par ses conditions de conclusion. En exigeant que l'accord soit conclu dans « les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 » du code du travail, l'article L. 2313-2 réserve aux seuls accords collectifs conclus avec des organisations syndicales représentatives majoritaires au premier tour la faculté de déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts et exclut, ce faisant, les accords collectifs conclus avec des syndicats minoritaires et ayant fait l'objet d'une approbation par les salariés. Il exclut également les accords collectifs conclus, en l'absence de délégué syndical, avec le CSE ou un salarié mandaté. »*

Se prévalant des dispositions de l'article L.2232-11code du travail¹⁹, le mémoire en défense fait observer que *« le terme « accord d'entreprise » employé par l'article L. 2313-7 du code du travail n'implique pas nécessairement que l'accord mettant en place les représentants de proximité soit conclu au niveau de l'entreprise, avec ces organisations syndicales représentatives à ce niveau »,* de sorte qu'il existe en principe une équivalence entre *« accord d'entreprise »* et *« accord d'établissement »* pour de nombreux textes du code du travail (par ex., l'article L.2232-16²⁰). Il conteste ainsi l'interprétation littérale *« extrêmement restrictive »* et *« injustifiée »*, soutenue par la fédération Sud Rail, en soulignant que *« sur la question spécifique de la représentation du personnel, les accords d'établissement ont toujours pu, comme les accords d'entreprise, créer des représentants du personnel conventionnels dans l'établissement ou améliorer, par des dispositions plus favorables, le nombre de représentants, leurs moyens ou les conditions de fonctionnement des instances légales établies dans l'établissement. »*

Quant à l'esprit du texte, le mémoire fait valoir que *« le législateur a entendu encourager les partenaires sociaux à user de la faculté - dont ils ont toujours disposé - de créer des représentants du personnel conventionnels, afin de pallier les effets de la centralisation de la représentation du personnel légale et l'accroissement des missions des élus induite par la fusion des anciennes instances au sein du CSE »,* sans pour autant avoir *« pour finalité de restreindre la faculté des partenaires sociaux d'améliorer la qualité de la représentation du personnel, en enfermant la création de représentants de proximité dans un carcan de règles*

¹⁹« La présente section détermine les conditions dans lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise et dans le groupe.

Sauf disposition contraire, les termes " convention d'entreprise " désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement. »

²⁰ Alinéa 1 : « La convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise. Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions. »

impératives ou en lui imposant un cadre contraignant. ». Pour la société, « il serait pour le moins curieux que la mise en place de représentants de proximité ne puisse être décidée qu'à l'occasion de la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts (ce qui exclut, de fait, les entreprises mono-établissement qui n'ont pas à procéder à un découpage électoral et ce qui interdit la mise en place de représentants de proximité pour répondre à des besoins apparus postérieurement à la mise en place des CSE) et, surtout, qu'à la condition que l'employeur et les syndicats représentatifs dans l'entreprise s'accordent sur la définition du nombre et des périmètres des établissements distincts. Il serait également incompréhensible qu'en cas d'échec des négociations engagées avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise sur le découpage en établissements distincts, l'employeur ne puisse, en fonction de la configuration et des particularités de certains établissements, négocier avec les organisations syndicales représentatives dans chaque établissement la mise en place de représentants de proximité. »

Le mémoire invite donc à opérer une interprétation « souple » de l'article L.2313-7 du code du travail, d'autant que, selon la société, le lien opéré par cet article entre le découpage de l'entreprise en établissements distincts et la création de représentants de proximité n'est pas aussi évident qu'il y paraît à première vue, puisque le périmètre d'implantation des représentants de proximité n'a pas vocation à être celui des établissements distincts (en deçà de ce périmètre, la plupart du temps) et puisque surtout « leur création, leur cadre d'implantation et les missions qui leur sont dévolues dépendent des configurations particulières de terrain, différentes d'un établissement à l'autre ». Il s'oppose ainsi à l'interprétation faite par le demandeur au pourvoi, qui conduit à « imposer une uniformité de la représentation du personnel conventionnelle dans toute l'entreprise, à rebours là encore de l'objectif de l'institution du représentant de proximité. »

La société s'appuie elle-aussi sur la réponse apportée par le ministère du travail et, tout en faisant observer que la doctrine citée par le demandeur ne condamne pas l'interprétation qu'elle donne de l'article L.2313-7, sur des commentaires doctrinaux (l'article de E. Jeansen, précédemment cité) et notamment :

« Chronique Santé et sécurité au travail et fusion des IRP : quelles adaptations par la négociation ? » , par Alexia Gardin, Professeure à l'Université de Lorraine, Institut François Geny (RJS n°06/2018) :

« La piste d'amélioration du traitement collectif des questions de santé et de sécurité au travail (pouvant) être identifiée dans la possibilité ouverte par l'ordonnance d'ajouter au CSE des représentants dits de proximité [...] suscite néanmoins un certain nombre d'interrogations , en particulier celle de l'identification des entreprises pouvant effectivement recourir aux représentants de proximité. En effet, la loi n'apportant pour l'essentiel de précisions que sur l'accord nécessaire à leur mise en place, c'est uniquement en partant des exigences en la matière que l'identification peut être réalisée. Or, à nouveau, il est question de « l'accord d'entreprise défini à l'article L 2313-2 ». De ce renvoi découlent plusieurs conséquences. La première est que seules les entreprises où est présente une représentation syndicale peuvent l'envisager puisque l'accord d'entreprise ici visé est l'accord majoritaire de l'article L 2232-12, al. 1er sus-évoqué. La deuxième conduit à réserver le dispositif aux entreprises organisées conventionnellement en établissements distincts puisque, à suivre à la lettre le renvoi, la mise en place des représentants de proximité se fait par l'accord déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts. Si l'on peut sans difficulté admettre que c'est dans les structures dont le personnel est dispersé sur de nombreux sites que le besoin de restaurer de la proximité est le plus évident, on comprend mal le couplage réalisé et ce d'autant que les représentants de proximité n'ont pas vocation à être implantés dans le même périmètre que celui des CSE d'établissement. Partant de là, il est possible de se demander si un accord majoritaire ayant pour seul objet de mettre en place des représentants de proximité ne pourrait pas valablement produire ses effets. Certains le pensent. Pour l'admettre, il faudrait se détacher de la lettre du

texte et considérer, comme vu précédemment, que le renvoi est limité aux conditions de conclusion de ce type d'accord. Une telle lecture aurait l'avantage de redonner quelques couleurs à l'idée. Offrir aux entreprises la possibilité de construire une représentation collective adaptée à son contexte milite pour le choix de l'interprétation favorisant l'accès du plus grand nombre d'entreprises à l'opportunité. »

Quant aux principes d'égalité et de participation invoqués par la fédération demanderesse, la société fait observer que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à des différences selon les situations tant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, lequel admet de façon constante que *« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »* (par ex. : Décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009 Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion), que dans la jurisprudence de la Cour de cassation (voir ainsi, Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, Bull. 2016, V, n° 206 pour des différences de traitement entre salariés d'une même entreprise, opérées au sein des établissements, par des accords d'établissement négociés et signés 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).

S'élevant contre l'homogénéité de la représentation prônée par le mémoire ampliatif, la société réplique que la thèse de la fédération demanderesse revient à *« nier la légitimité des acteurs syndicaux représentatifs au niveau d'un établissement et leur refuser la faculté de négocier, dans l'établissement, des règles adaptées à la configuration de l'établissement. »* et se révèle *« contraire à la logique même du représentant de proximité dans les entreprises à établissements multiples, à savoir mettre en place, sur le terrain, des relais à l'action du CSE, des correspondants locaux chargés d'exercer, au plus près des collectivités de travail, certaines missions déléguées. Cette logique conduit naturellement, non à décider au niveau central, mais au contraire à définir dans les établissements, par accord collectif majoritaire, au cas par cas, le principe de la mise en place de représentants de proximité, leur nombre, leur cadre d'implantation, leurs missions et leurs moyens. »*. Elle souligne enfin que *« Les représentants de proximité tirent donc leur légitimité à la fois de l'accord collectif qui les met en place, et des instances élues dont ils proviennent ou qui procèdent à leur désignation. Il n'y a dès lors aucune atteinte au principe de participation qui puisse s'induire de ces modalités de désignation, étant rappelé de nouveau que les modalités de mise en oeuvre du principe de participation, dont relèvent les conditions de désignation des représentants de proximité, procèdent du libre choix du législateur. »*

Quant à la situation particulière de l'établissement en cause, la société s'interroge sur la démarche de la fédération Sud Rail, qui *« a signé l'accord du 8 février 2019²¹, dont le préambule acte de l'engagement de négociations au sein des établissements en vue de l'organisation de la représentation locale et a elle-même participé, dans plusieurs établissements, en tant qu'organisation syndicale représentative dans ces établissements, à la conclusion d'accords collectifs créant des représentants de proximité »*.

4-5-2-2 Pour l'UNSA ferroviaire et le CSE gares & connexions, le renvoi fait à l'accord défini à l'article L.2232-12 du code du travail signifie également qu'il s'agit de l'accord conclu dans les conditions du premier alinéa de cet article, pour les accords d'entreprise ou d'établissement. Le mémoire en défense insiste sur le terme même de

²¹ En production n°1 au mémoire en défense de la société

« proximité », terme « peu courant en droit du travail, pour désigner ces représentants d'un nouveau genre (qui) a été utilisée à dessein : la proximité est le coeur de leur mission et c'est dans cette optique que les dispositions qui les concernent doivent être comprises », les représentants de proximité étant conçus par opposition au nouveau comité social et économique fondé sur la centralisation.

Le mémoire en défense fait ainsi valoir que « Les attributions des représentants de proximité n'étant pas fixées par le code du travail, le seul aspect déterminant à prendre en compte est leur rôle de proximité auprès des salariés. En prévoyant la mise en place de représentants de proximité par un accord d'entreprise, l'article L.2313-7 du code du travail n'oblige pas leur mise en place par un tel accord, et n'interdit pas non plus leur mise en place par un accord d'établissement, sinon le législateur l'aurait précisé ou aurait ajouté que « seul » l'accord d'entreprise pouvait le faire. Cette précision aurait été indispensable, car le code du travail réunit les dispositions qui garantissent a minima les droits essentiels des salariés et les partenaires sociaux peuvent toujours, en particulier sous l'impulsion des syndicats, se mettre d'accord conventionnellement afin d'améliorer les droits des salariés, en leur permettant par exemple de bénéficier d'institutions représentatives du personnel supplémentaires les mettant dans une situation plus favorable par rapport à la loi, ce qui peut justement consister par exemple en la mise en place de représentants de proximité par un établissement. Un accord d'établissement sur la création de délégués de proximité permet notamment de prendre en compte la représentativité syndicale particulière à l'établissement et de définir, en fonction des besoins spécifiques de cet établissement, le nombre de représentants de proximité le plus approprié, leurs attributions les plus adaptées, leurs modalités de désignation les plus pratiques ainsi que leurs modalités de fonctionnement les plus pertinentes. Il serait contradictoire de considérer que le législateur aurait prévu des représentants de proximité qui ne pourraient être mis en place que par un accord d'entreprise, et non par un accord d'établissement pourtant très précisément d'une plus grande proximité avec les salariés concernés. »

Il se prévaut également des dispositions de l'article L.2232-11 du code du travail dont il observe que ce texte figure dans la deuxième partie législative du code du travail consacrée aux relations collectives de travail, incluant aussi l'article L.2313-7 créant les représentants de proximité²². Il ajoute que « D'autres dispositions du code du travail encore font mention des représentants de proximité et permettent d'en déduire qu'ils sont susceptibles d'être mis en place par un établissement et pas seulement par l'entreprise », citant la protection contre le licenciement reconnue par l'article L.2411-1 au salarié investi d'un des mandats suivants « 4° Représentant de proximité ; » et complétée par l'article L.2411-2 précisant que « Bénéficiaire également de la protection contre le licenciement prévue par le présent chapitre, le délégué syndical, le membre de la délégation du personnel du comité social et économique, le représentant de proximité, institués par convention ou accord collectif de travail. » Se prévalant notamment des dispositions de l'article L.2411-8²³ et de l'emploi de l'expression « ou la disparition de l'institution », le mémoire soutient que « Le code du travail voit donc dans le représentant de proximité une institution, ce qui implique qu'elle puisse être créée par tout établissement comme par toute entreprise, à défaut de toute restriction sur ce point ».

²² Observons cependant que si l'article L.2232-11 et l'article L.2313-7 figurent dans la 2^e partie du code du travail « Les relations collectives de travail », le 1^{er} est inscrit au livre II « La négociation collective - Les conventions et accords collectifs de travail » tandis que le second est inscrit au livre III « Les institutions représentatives du personnel ».

²³ « Le licenciement d'un représentant de proximité ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail.

Cette autorisation est également requise durant les six mois suivant l'expiration du mandat de représentant de proximité ou **la disparition de l'institution.** »

Le mémoire fait remarquer qu'aucune conclusion ne peut être tirée, quant à la question ici posée, de l'arrêt de la chambre du 31 mars 2021 invoqué par le mémoire ampliatif. Il soutient que le principe invoqué d'égalité entre salariés n'est pas en jeu, rejoignant ici les observations de la société sur les différences de situation admises par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation. Il affirme qu'il n'y a pas davantage d'atteinte au principe de participation puisqu'au contraire, la possibilité de créer des représentants de proximité par un accord d'établissement « *permet aux salariés de bénéficier des moyens nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise (C.constit. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, § 52), en tenant compte de leurs particularités au sein de chacun des établissements. Sinon, en interdisant la création de représentants de proximité par un accord d'établissement, le législateur créerait une limitation constituant une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, en méconnaissance de la liberté contractuelle en matière de négociation collective découlant des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 4 de la Déclaration de 1789 (C.constit. 29 novembre 2019, n° 2019-816 QPC, § 9 et 10)*²⁴. »

Le mémoire en défense souligne enfin que la possibilité de recourir à des accords d'établissement « participe au large mouvement de conventionnalisation du droit de la représentation du personnel », le législateur contemporain privilégiant en effet « de plus en plus la norme conventionnelle locale, mieux adaptée à chaque situation » et conclut que « *A tous égards, qu'ils soient lus à la lettre ou doivent être interprétés, les articles L.2313-2, L.2313-7 et L.2232-12 du code du travail permettent la mise en place de représentants de proximité par un accord d'établissement.* »

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il reviendra à notre chambre de dire si l'arrêt peut être approuvé en ce qu'il a admis que les représentants de proximité peuvent être mis en place par un accord d'établissement ou si, ces représentants de proximité devant être mis en place par l'accord d'entreprise défini à l'article L2313-2, c'est-à-dire l'accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L.2232-12 déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts, l'arrêt doit être censuré.

A cet égard, notre chambre pourrait s'interroger sur le point de savoir si la mise en place de représentants de proximité pourrait ou non relever du champ de la négociation au niveau d'un établissement distinct, notamment au regard de la définition de l'établissement distinct, donnée par l'article L.2313-4 du code du travail au cas de fixation par l'employeur, en l'absence d'accord conclu, du nombre et du périmètre des établissements distincts, renvoyant à l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel, étant rappelé qu'au cas d'espèce le découpage de l'entreprise en établissements distincts résulte, in fine, d'une décision judiciaire rendue sur le recours formé contre la décision du Direccte statuant lui-même sur recours contre la décision unilatérale de l'employeur.

²⁴Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019

Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre [Restructuration des branches professionnelles]

(...) 10. En matière de négociation collective, la liberté contractuelle découle des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Il est loisible au législateur d'y apporter des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

4-6 Le second moyen : Proposition de rejet non spécialement motivé

Le second moyen, en ses deux branches, invoque une violation de l'article 4 du code de procédure civile, en reprochant à la cour d'appel d'avoir méconnu l'objet et les termes du litige (1^{ère} branche), alors qu'elle était aussi saisie d'une demande d'annulation de la désignation des représentants de proximité sur le fondement de l'accord d'établissement du 25 janvier 2019 dont l'annulation était demandée par ailleurs, et d'avoir dénaturé les conclusions d'appel de la fédération Sud Rail en affirmant que les dispositions de l'article 2 du chapitre 4 de l'accord du 25 janvier 2019, relatives aux modalités de désignation des représentants de proximité, choisis par les membres élus du CSE, n'étaient pas contestées alors que la fédération contestait la licéité du chapitre 4 dans son intégralité, y compris donc de l'article 2 inclus dans ce chapitre 4.

Ce moyen critique les motifs suivants de l'arrêt (p.7) : « *S'agissant enfin de la désignation des représentants de proximité sans fixation préalable à l'ordre du jour de la réunion du 29 janvier 2019, première réunion du CSE de la SNCF Gares et Connexions, il convient de relever que ce moyen vise à contester la régularité de la désignation des représentants de proximité, contestation qui relève d'un autre contentieux, distinct de celui portant sur la validité d'un accord d'établissement qui organise la mise en place des représentants de proximité.*

Les dispositions de l'article 2 du chapitre 4 de l'Accord du 25 janvier 2019, relatives aux modalités de désignation des représentants de proximité, choisis parmi les membres élus du CSE, ne sont pas contestées, de sorte que la nullité de l'accord ne peut être poursuivie sur la base d'une irrégularité lors de la réunion du 29 janvier 2019. »

Il sera d'abord rappelé que selon l'article 954, alinéa 3, du code de procédure civile, La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion.

Les conclusions de la fédération Sud Rail figurent en production n°3. Dans le dispositif de ces conclusions, la fédération Sud Rail demandait à la cour d'appel de :

« Juger illicite les dispositions contenues au chapitre 4 de « l'accord relatif à la mise en place du comité social économique de la SNCF Gares et Connexions en date du 25 janvier 2019 » et en conséquence en prononcer l'annulation

Juger illicite les dispositions contenues aux termes de l'article 7.3.4.3 du règlement intérieur adopté le 25 janvier 2019 par le CSE de l'établissement Gares & Connexions et en conséquence en prononcer l'annulation

Subsidiairement :

Constater que l'accord relatif à la mise en place du comité social et économique de la SNCF Gares et Connexions en date 25 janvier 2019 n'a pas été signé par un délégué syndical UNSA et, en conséquence, en prononcer l'annulation.

Constater que le vote réalisé par le CSE Gares et connexions visant à procéder à la désignation des représentants de proximité n'était pas prévu à l'ordre du jour de la réunion des élus du CSE réalisé le 25 janvier 2019. En conséquence en prononcer l'annulation.

En tout état de cause :

Juger en conséquence que les désignations des représentants de proximité qui auraient été effectuées par application des deux textes précités seront sans effet, et les annuler de plus fort. »

Il ressort de ces conclusions que la fédération Sud Rail fondait sa demande subsidiaire, d'une part sur « A/ le défaut de qualité de pouvoir du signataire « UNSA » (p.16), d'autre part sur « B/ Sur l'absence de validité de la désignation des représentants de proximité pour défaut d'inscription à l'ordre du jour. » (p.18).

Sur le premier point, la cour d'appel a répondu par des motifs qui ne sont pas critiqués par le pourvoi (arrêt, p.7).

Le second moyen ne critique que la réponse apportée sur le second point. Or **ce moyen est inopérant.**

En effet, le jugement, confirmé en toutes ses dispositions par la cour d'appel, énonce (p. 7) :

« Sur la régularité du vote du 29 mai 2019 :

Aux termes de l'alinéa 1 de l'article L.2315-9 du code du travail "l'ordre du jour de chaque réunion du comité social et économique est établi par le président et le secrétaire". Il n'est pas discuté que la désignation des représentants de proximité n'était pas à l'origine mentionnée à l'ordre du jour de la réunion du CSE du 29 mai 2019. Il résulte toutefois de l'examen des pièces remises par SNCF Mobilités que ce point a été ajouté à l'ordre du jour sur proposition du secrétaire du CSE et après un vote majoritaire des élus. En application du texte précité, il n'y a pas lieu de procéder à l'annulation de la désignation des représentants de proximité. »

Par ces motifs adoptés par la cour d'appel dans son arrêt confirmatif, celle-ci a donc statué sur la prétention formulée au dispositif des conclusions de la fédération Sud Rail et le moyen, en ses deux branches, est inopérant.

Le second moyen n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation, il peut en être proposé le rejet par arrêt non spécialement motivé.