



## **RAPPORT DE Mme CHAMLEY-COULET, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

**Arrêt n° 101 du 1<sup>er</sup> février 2023 – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 21-15.371**

**Décision attaquée : 18 février 2021 de la cour d'appel de Nîmes**

**Syndicat des Pilotes d'Air France (SPAF)**

**C/**

**SA Air France, syndicat CFDT Groupe Air France, syndicat UNSA  
Aérien Air France, syndicat général Force Ouvrière Air France et  
syndicat indépendant des cadres, agents de maîtrise et techniciens du  
groupe Air France KLM (SIMCAT - GAF CFE-CGC)**

---

### **1. Rappel des faits et de la procédure**

Le 22 juin 2018, la société Air France a signé avec le syndicat CFDT Groupe Air France, le syndicat indépendant des cadres, agents de maîtrise et techniciens du groupe Air France, le syndicat Unsa aérien Air France et le syndicat général Force ouvrière Air France, syndicats ayant obtenu 74,41% des suffrages lors des dernières élections professionnelles, un accord d'entreprise intitulé "*accord relatif à la mise en place des comités sociaux et économiques d'établissement et du comité social économique central d'entreprise au sein de l'entreprise Air France - périmètres des établissements distincts et méthode*". Cet accord prévoit, comme précédemment, la division de l'entreprise en sept établissements dont un établissement regroupant, sous le vocable « Exploitation aérienne », la Direction générale des opérations aériennes (assurant la gestion des pilotes) et la Direction générale service en vol (assurant la gestion des personnels navigant commerciaux : hôtesses de l'air, stewards et personnels commerciaux sédentaires).

Le 2 août 2018, le syndicat des pilotes d'Air France (ci-après le SPAF) - syndicat catégoriel - a assigné la société Air France et les syndicats signataires devant le tribunal de grande instance de Bobigny, aux fins de demander l'annulation de l'accord d'entreprise du 22 juin 2018 ainsi que la mise en place d'un établissement distinct et d'un comité social et économique propres aux pilotes.

Par jugement du 23 mai 2019, le tribunal de grande instance de Bobigny a débouté le SPAF de ses demandes. Ce jugement a été confirmé en toutes ses dispositions par arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 février 2021. C'est l'arrêt attaqué.

Pour écarter les moyens de nullité invoqués par le SPAF, l'arrêt énonce d'abord que la loi n'exige pas, pour fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts, une prise en compte de critères particuliers de sorte que les arguments développés par le SPAF, qui établit une spécificité du métier de pilote, ne peut à lui [elle] seul[e] constituer une violation de l'ordre public, alors que les critères retenus pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements relèvent de la seule liberté des partenaires sociaux ou, à défaut, d'accord, du seul employeur à partir du critère économique lié à l'autonomie de gestion des chefs d'établissement.

L'arrêt constate ensuite que les pilotes ne constituent pas une entité économique distincte et autonome au sein de la société Air France puisque rattachés à une direction opérationnelle et, d'autre part, la particularité d'une profession ne peut être un critère de constitution d'un CSE, chaque communauté professionnelle pouvant revendiquer, à ce titre, une spécificité de son métier, une technicité ou une rareté, et séquencer le dialogue social entre autant d'établissements que de professions.

L'arrêt ajoute que si l'application des dispositions de l'ordonnance du 22 septembre 2017 a conduit à la disparition de délégués du personnel et d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail propres aux pilotes, cette circonstance ne peut conduire à alléguer d'une absence de prise en compte des problématiques propres aux pilotes, qu'en effet, leur représentation au sein du comité social et économique « Exploitation aérienne » est assurée, d'une part, par l'élection de délégués dans un collège propre constitué de 20 sièges sur les sièges de titulaires soit une représentativité de 34% alors même qu'ils ne constituent que 22% des effectifs de l'exploitation aérienne et, d'autre part, l'ordonnance du 22 septembre 2017 prévoit la possibilité de négocier la mise en place de plusieurs commissions « santé, sécurité et conditions de travail » au sein d'un même comité social et économique, étant précisé qu'il existe dans le comité social et économique « Exploitation aérienne » une commission pour le personnel au sol, une pour le personnel navigant commercial et une pour les pilotes, les élus du comité social et économique disposant, tous, de la faculté d'actionner un droit d'alerte, qu'en outre, il a été mis en place une délégation d'une centaine de représentants de proximité dont 28 pour les seuls pilotes, qu'enfin il y a lieu de rappeler que le pouvoir de contrôle sur le nombre et le périmètre des établissements distincts est exercé d'abord par l'autorité administrative puis en cas de contestation par le juge judiciaire.

## 2 - Analyse succincte des moyens

Par un **moyen unique** en sept branches, le SPAF fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes tendant à ce que la cour d'appel dise nul l'accord du 22 juin 2018 relatif à la mise en place des comités sociaux et économiques d'établissement et

du comité social et économique central d'entreprise au sein de l'entreprise Air France et dise qu'au sein de cette entreprise, devra être mis en place, en application des articles L. 2313-2 et suivants du code du travail, un établissement propre aux pilotes et un comité social et économique d'établissement propre aux pilotes, alors :

**« 1°) que les règles qui régissent la détermination des établissements distincts sont d'ordre public ; que, pour déterminer, par accord d'entreprise, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution des CSE d'établissement, les partenaires sociaux ont l'obligation de tenir compte des différentes attributions de ces comités, et notamment des deux missions de la délégation du personnel consistant, pour la première, à présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives des salariés, et, pour la seconde, à promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise, afin de favoriser l'exercice efficace de ces missions ; qu'en considérant, pour rejeter la demande du SPAF, que les critères retenus pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts relevaient « de la seule liberté des partenaires sociaux », la cour d'appel a violé l'article 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article L. 2313-2 du code du travail, ensemble l'article L. 2312-5 du même code ;**

**2°) que pour déterminer, par accord d'entreprise, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution des CSE d'établissement, les partenaires sociaux doivent tenir compte de la mission de la délégation du personnel consistant à présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives à l'application des conventions et accords applicables dans l'entreprise, afin de favoriser l'exercice efficace de cette mission ; que le SPAF faisait valoir qu'au regard du nombre important d'accords d'entreprise ne concernant que les pilotes, qu'il listait et détaillait (conclusions, p. 23-62) et de la technicité de ceux-ci, il était indispensable que les pilotes disposent de leur propre comité social et économique afin que la bonne application de ces accords soit examinée par un comité compétent ; qu'il précisait que les personnels navigants commerciaux, majoritaires dans le CSE de l'établissement « Exploitation aérienne » n'étaient pas compétents pour apprécier les problématiques propres au pilotes (conclusions, p. 62-63) et que, depuis la mise en place de ce CSE, dont le président et le secrétaire étaient des personnels navigants commerciaux, et malgré les demandes répétées du SPAF, aucune question spécifique au métier de pilote n'avait été portée à l'ordre du jour des réunions du CSE (conclusions, p. 64-73) ; qu'en se bornant, pour rejeter la demande du SPAF, à relever que les délégués des pilotes disposaient de 20 sièges sur 58 au CSE de l'établissement « Exploitation aérienne », soit une représentativité de 34 % et qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre pilotes, commerciaux aux sols et personnel navigant non pilotes, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, p. 15-17, p. 75, p. 82-83 ; p. 85), si le fait que les délégués des pilotes n'aient qu'un vote minoritaire au CSE ne les empêchait pas d'accomplir correctement leur mission consistant à présenter à l'employeur les réclamations relatives à l'application des accords d'entreprise ne concernant que les pilotes, dont la technicité faisait que leur bonne application ne pouvait être utilement appréciée que par des délégués pilotes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2313-2 du code du travail, ensemble l'article L. 2312-5 du même code ;**

**3°) que pour déterminer, par accord d'entreprise, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution des CSE d'établissement, les partenaires sociaux doivent tenir compte de la mission de la délégation du personnel consistant à promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des**

**conditions de travail dans l'entreprise, afin de favoriser l'exercice efficace de cette mission** ; que le SPAF faisait valoir que les missions de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) « pilotes » étaient celles qui lui étaient exclusivement déléguées par le CSE, que l'ordre du jour de la CSSCT « pilotes » était défini unilatéralement par son président, qui était un représentant de la direction, que la CSSCT « pilotes » ne pouvait se substituer au CSE lui-même pour voter à la place de celui-ci sur les questions concernant la santé, les conditions de travail et la sécurité des pilotes, que les propositions de la CSSCT « pilotes » devaient, pour faire l'objet d'un vote, être portées à l'ordre du jour des réunions du CSE composé majoritairement de non-pilotes et que les décisions et avis du CSE sur ces questions étaient subordonnés aux votes de non-pilotes (conclusions, p. 86) ; qu'il précisait qu'aucune des nombreuses propositions de la CSSCT « pilotes » n'avait été mise à l'ordre du jour du CSE de l'établissement « Exploitation aérienne » (conclusions, p. 86-87), et que les membres de la CSSCT peinaient à faire figurer à l'ordre du jour de la commission, qui était imposé par le président de cette dernière, certains sujets importants pour les pilotes (conclusions, p. 88-89) ; qu'en se bornant, pour rejeter la demande du SPAF, à relever qu'il existait une CSSCT pour les pilotes **sans rechercher, comme elle y était invitée, si le fonctionnement de cette CSSCT permettait réellement aux délégués des pilotes, eu égard au pouvoir du CSE composé majoritairement de non-pilotes, de promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail des pilotes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2313-2 du code du travail, ensemble les articles L. 2312-5 et L. 2312-9 du même code** ;

4°) que le SPAF faisait valoir qu'en application de l'accord du 12 novembre 2018, les représentants de proximité « pilotes » n'avaient, en matière d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail, qu'un rôle de remontée de propositions à la CSSCT, qu'ils ne pouvaient voter aucune délibération en la matière, que l'ordre du jour de la commission était établi par la direction et que les inspections étaient subordonnées au vote majoritaire de non-pilotes au CSE (conclusions, p. 89-90) ; qu'il soutenait également qu'en matière de présentation des réclamations individuelles ou collective, les missions des représentants de proximité « pilotes » étaient exclusivement celles qui leur étaient déléguées par la CSE où les pilotes étaient minoritaires et qu'à défaut de délégation, seul le CSE statuait sur les réclamations à présenter à l'employeur (conclusions, p. 91) ; qu'en se bornant, pour rejeter la demande du SPAF, à relever qu'il avait été mis en place pour le CSE de l'établissement « Exploitation aérienne » une délégation d'une centaine de représentants de proximité, dont 28 pour les seuls pilotes, **sans rechercher, comme elle y était invitée, si le fonctionnement concret de cette représentation de proximité permettait réellement aux délégués des pilotes, eu égard au pouvoir du CSE composé majoritairement de non-pilotes, d'assurer les missions du CSE en matière de santé, de sécurité et d'amélioration des conditions de travail des pilotes et en matière de présentation à l'employeur des réclamations des pilotes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2313-2 du code du travail, ensemble les articles L. 2312-5 et L. 2312-9 du même code** ;

5°) ALORS QUE pour déterminer, par accord d'entreprise, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution des CSE d'établissement, les partenaires sociaux doivent tenir compte de la mission de la délégation du personnel consistant à exercer le droit d'alerte en situation de danger grave et imminent, afin de favoriser l'exercice efficace de cette mission ; que le SPAF faisait valoir que l'appréciation des mesures correctives à un danger grave et imminent signalé par un élu pilote au CSE était, en cas de divergence entre le lanceur d'alerte et l'employeur,

laissé à l'appréciation d'un vote majoritaire de non-pilotes, qui ne pourraient statuer en connaissance de cause sur les problèmes techniques propres aux pilotes (conclusions, p. 91-92) ; **qu'en se bornant, pour rejeter la demande du SPAF, à relever que les élus du CSE disposaient tous de la faculté d'actionner un droit d'alerte, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les modalités de l'exercice de ce droit permettaient réellement aux délégués des pilotes, eu égard au pouvoir du CSE composé majoritairement de non-pilotes, de faire un usage effectif de leur droit d'alerte en cas de danger grave et imminent, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2313-2 du code du travail, ensemble les articles L. 2312-5, L. 2312-60 et L. 4132-2 du même code ;**

6°) **ALORS QU'en toute hypothèse, pour déterminer, par accord d'entreprise, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution des CSE d'établissements, les partenaires sociaux doivent tenir compte de l'existence ou non d'un chef d'établissement doté d'une autonomie de gestion ; qu'en considérant, pour rejeter la demande du SPAF, que les pilotes ne constituaient pas une entité économique distincte et autonome au sein de la société Air France dès lors qu'ils étaient « rattachés à une direction opérationnelle » et qu'ils ne dépendaient pas d'un établissement propre pour lequel un chef d'établissement était en place sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, p. 79-82), si l'autonomie du directeur général des opérations aériennes (DG.OA), sous la direction duquel travaillent tous les pilotes, en matière de gestion du personnel, de négociation des accords et de budget, ne permettait pas de faire regarder l'ensemble des pilotes comme un établissement distinct, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2313-2 du code du travail ;**

7°) **ALORS QUE le juge judiciaire est compétent pour connaître directement de la contestation de la validité de l'accord par lequel les partenaires sociaux déterminent le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution des CSE d'établissement ; qu'en considérant, pour rejeter la demande du SPAF, que le pouvoir de contrôle sur le nombre et le périmètre des établissements distincts était exercé d'abord par l'autorité administrative puis en cas de contestation par le juge judiciaire, la cour d'appel a violé l'article L. 2313-2 du code du travail. »**

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

Conditions de validité de l'accord collectif majoritaire qui détermine, en application de l'article L. 2313-2 du code du travail, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la constitution des comités sociaux et économiques : liberté des partenaires sociaux ou nécessaire prise en compte de certains critères, tel celui de l'effectivité de l'exercice des missions du CSE ?

### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

#### **4.1- Sur la notion d'établissement distinct avant l'instauration du CSE**

Naguère cadre de mise en place des anciennes institutions représentatives du personnel, l'établissement distinct se voyait qualifié différemment par la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat en fonction de l'institution concernée.

Selon l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, l'établissement distinct permettant la mise en place des délégués du personnel se caractérisait ainsi par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations (Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 01-60.628, Bulletin civil 2003, V, n° 30 ; Voir également Soc. 13 juillet 2004, n° 03-60.173, Bull. n° 214).

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat résultant notamment de sa décision du 29 juin 1973 (n° 77982, compagnie internationale des wagons lits), complétée par la décision du 27 mars 1996 (n°155791, RATP), l'établissement distinct permettant la mise en place des comités d'entreprise devait répondre à trois critères cumulatifs : une implantation géographique distincte, un caractère de stabilité et, enfin, un degré d'autonomie minimum quant à la gestion du personnel et à l'organisation du travail.

L. Millet ( Le Droit Ouvrier • MAI 2019 • n°850) a relevé que les deux premiers critères (implantation et stabilité) ont été des conditions souvent nécessaires mais non suffisantes. En revanche, le degré d'autonomie a toujours été essentiel dans la définition de l'établissement distinct. Le Conseil d'État a même reconnu le caractère d'établissement distinct à des départements fonctionnels autonomes en ce qui concerne la gestion du personnel, malgré l'absence totale d'implantation géographique identifiable (CE, 27 mars 1996, n° 155791) ou malgré l'existence de services nationaux ou régionaux communs à divers établissements (CE, 3 oct. 1994, n° 111401).

S'agissant de la notion d'établissement distinct au sens des délégués syndicaux, le législateur a choisi en 2014 d'en définir expressément les critères impératifs afin de rétablir une notion fonctionnelle de l'établissement distinct, revenant sur la jurisprudence de la chambre sociale, fixée après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, selon laquelle le périmètre de désignation d'un délégué syndical était le même que celui du comité d'établissement, sauf accord dérogatoire (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.383, Bull. 2011, V, n° 120).

Par arrêt du 31 mai 2016 (pourvoi n° 1521175, FS P+B), la chambre sociale a jugé que les dispositions de l'article L. 2143-3 étant d'ordre public quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux, un accord d'entreprise, conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014 et se référant à un périmètre de désignation des délégués syndicaux identique à celui des élections au comité d'entreprise, ne peut priver un syndicat du droit de désigner un délégué syndical au niveau d'un établissement, au sens de l'article L. 2143-3 du code du travail, peu important que cet accord n'ait pas été dénoncé :

*Sur les premier et second moyens réunis :*

*Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Lagny-sur-Marne, 26 juin 2015), que l'Union locale CGT de Chelles a notifié le 22 avril 2015 à la société Generis la désignation de M. [M] en qualité de délégué syndical de l'établissement de [Localité 1]; que, se prévalant d'un accord d'entreprise conclu le 6 juin 2013, aux termes duquel le périmètre de la désignation devait être l'entreprise, la société a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de cette désignation ;*

*Attendu que la société fait grief au jugement de rejeter sa demande, alors, selon le moyen :*

1°/ qu'en disposant que la désignation d'un délégué syndical « peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques », l'article L. 2143-3, alinéa 4, issu de la loi du 5 mars 2014 qui n'est pas impératif n'a ni pour objet ni pour effet d'invalider les accords collectifs ayant précédemment organisé pour les délégués syndicaux, un niveau de désignation différent de celui qu'autorise la loi nouvelle, de sorte qu'en décidant que l'accord collectif du 6 juin 2013 serait « en contradiction » avec les termes de la loi nouvelle, le tribunal d'instance a violé par fausse application les articles 2 du code civil et L. 2143-3 du code du travail qui offre aux partenaires sociaux une simple faculté, et ne leur confère nullement une prérogative d'ordre public, susceptible de les délier d'un accord collectif régulier et non dénoncé ;

2°/ qu'en faisant prévaloir les dispositions nouvelles de l'article L. 2143-3 au prétexte qu'elles seraient « plus favorables » que les dispositions résultant de l'accord collectif du 6 juin 2013, le juge d'instance, qui s'abstient de constater que les conditions permettant de désigner un délégué syndical d'établissement n'étaient pas déjà remplies au moment de la signature de l'accord susvisé, ne caractérise aucun avantage particulier que la loi du 5 mars 2014 aurait nouvellement conféré au syndicat CGT et ne justifie donc pas légalement sa décision de privilégier la loi nouvelle par rapport à l'accord collectif intervenu dans un contexte qui n'a pas changé ; qu'en statuant comme il l'a fait, le tribunal d'instance a privé sa décision de toute base légale au regard tant des articles L. 2251-1, L. 2143-3, L. 2232-16, L. 2221-1 et L. 2221-2 du code du travail, que du principe de faveur ;

3°/ que l'accord collectif du 6 juin 2013 disposait formellement qu'il pourrait faire l'objet d'une révision ou d'une dénonciation dans le respect des règles prévues aux articles L. 2222-5, L. 2222-6 et L. 2261-9 à L. 2261-14 du code du travail, de sorte que le tribunal d'instance qui reconnaît, à la demande de la société Generis que l'accord du 6 juin 2013 n'a fait l'objet d'aucune dénonciation et que, du fait de la superposition du nouveau périmètre de désignation invoqué par la CGT et utilisé par les autres organisations syndicales, l'entreprise va se trouver en présence de « difficultés pratiques réelles », ne tire pas de ses propres constatations les conséquences qui s'en évincent à savoir que, avant toute revendication concernant une définition du périmètre de représentation, le syndicat doit non seulement, en vertu des textes susvisés, respecter un préavis, mais encore notifier une dénonciation aux autres signataires de l'accord collectif et proposer une révision du champ d'intervention des mandataires désignés sous l'empire de l'accord dénoncé ; en statuant comme il l'a fait, le tribunal d'instance a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

**Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 2143-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, la désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques ; que ces dispositions, même si elles n'ouvrent qu'une faculté aux organisations syndicales représentatives, sont d'ordre public quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux ; qu'il s'ensuit qu'un accord d'entreprise, conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, se référant à un périmètre de désignation des délégués syndicaux identique à celui des élections au comité d'entreprise, ne peut priver un syndicat du droit de désigner un délégué syndical au niveau d'un établissement, au sens de l'article L. 2143-3 du code du travail, peu important que cet accord n'ait pas été dénoncé ;**

Et attendu que le tribunal, qui a constaté, par des motifs non critiqués, que l'établissement de [localité 1] répondait aux critères exigés par ce texte, a exactement décidé que la désignation de M. [M] en qualité de délégué syndical de cet établissement était régulière ; »

Mme la conseillère Farthouat-Danon, rapporteure dans cette affaire, indiquait ceci dans son rapport écrit :

« Dans un avis du 22 mars 1973, le Conseil d'État a précisé que : “conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par des dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ; qu'en revanche une convention collective de travail ne saurait légalement déroger ni aux dispositions qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles du droit interne ou, le cas échéant, international, lorsque ces principes, ou règles, débordent le domaine du droit du travail ou intéressent les avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels, une convention collective de travail ne saurait modifier la compétence des agents publics, ni fixer des règles assorties de sanctions pénales”.

On distingue en droit du travail, s'agissant des dispositions d'ordre public :

- celles qui ont un caractère impératif, auxquelles les conventions et accords collectifs de travail ne peuvent déroger en aucun cas, même dans un sens favorable aux salariés, qu'on appelle également d'ordre public absolu : ainsi la chambre avait elle jugé, avant l'entrée en vigueur de la loi de 2005, que l'article L. 423-16 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi du 20 décembre 1993, selon lequel les délégués du personnel étaient élus pour 2 ans, avait un caractère d'ordre public absolu, de sorte que ces dispositions prévalaient sur celles d'une convention collective prévoyant l'élection annuelle des délégués du personnel ( Soc 8 novembre 1994, no 94-60.113, Bull 296) .

De même a-t-il été jugé que “les salariés de l'entreprise étant seuls électeurs et éligibles, un accord collectif ne peut déroger à cette règle qui est d'ordre public absolu”, ce dont il a été déduit que les travailleurs handicapés usagers des centres d'aide par le travail ne pouvaient se prévaloir d'un accord d'entreprise étendant leur capacité électorale ( Soc 24 juin 1998, no 97-60.077, Bull. no 341).

- celles qui ont pour seul objet d'instituer au profit des salariés des avantages minimaux ; elles peuvent faire l'objet de dérogations dans les conventions et accords collectifs de travail, mais seulement dans un sens favorable aux salariés.

La chambre juge ainsi que le caractère d'ordre public des dispositions législatives ou réglementaires relatives à la mise en place du comité central d'entreprise ne fait pas obstacle à ce que les avantages minimaux qu'elles instaurent soient accrus ou que des avantages non prévus soient institués par voie conventionnelle, tels l'augmentation du nombre des représentants ( Soc 20 décembre 2006, no 06-60.119, Bull no 398). Il est admis d'une façon générale que les conventions et accords collectifs peuvent abaisser les seuils d'effectifs requis pour la mise en place des institutions, ou augmenter le nombre de représentants du personnel, ainsi que le montant du crédit d'heures attribué aux représentants du personnel, ou déroger dans un sens favorable aux salariés aux conditions de désignation des délégués syndicaux (documentation pratique Francis Lefebvre, série KA, division VII, no 13310). Un accord peut ainsi prévoir la désignation de délégués syndicaux surnuméraires (Soc 15 juin 2011, n° 10-20.761, Bull 158) .

*Il se déduit de cette jurisprudence que lorsqu'une loi postérieure, d'ordre public, comprend des dispositions plus favorables qu'un accord antérieur, les salariés sont en droit de se prévaloir des dispositions légales. »*

La chambre sociale réunie en sa formation plénière (Soc., 2 mars 2022, pourvoi n° 20-18.442, publié), a réaffirmé le caractère d'ordre public du périmètre de désignation des délégués syndicaux :

Sommaire :

*En premier lieu, eu égard au droit à un recours juridictionnel effectif garanti tant par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une organisation syndicale non signataire d'un accord collectif est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif lorsque cette clause est invoquée pour s'opposer à l'exercice de ses droits propres résultant des prérogatives syndicales qui lui sont reconnues par la loi.*

*En second lieu, aux termes de l'article L. 2143-3, alinéa 4, du code du travail, la désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques.*

***Ces dispositions, même si elles n'ouvrent qu'une faculté aux organisations syndicales représentatives, sont d'ordre public quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux.***

***Il s'ensuit que ni un accord collectif de droit commun, ni l'accord d'entreprise prévu par l'article L. 2313-2 du code du travail concernant la mise en place du comité social et économique et des comités sociaux et économiques d'établissement ne peuvent priver un syndicat du droit de désigner un délégué syndical au niveau d'un établissement au sens de l'article L. 2143-3 du code du travail.***

#### ***4.2- Notion d'établissement distinct depuis l'instauration du CSE : quelle place pour l'ordre public ?***

S'agissant de façon générale des contours de l'ordre public en droit du travail, plusieurs auteurs ont relevé « la petite révolution » opérée par la loi du 8 août 2016 et les ordonnances de 2017 en raison de l'instauration d'une nouvelle architecture des normes consistant en un triptyque composé de l'ordre public, du champ de la négociation collective et des dispositions supplétives. L'ordre public est alors à la base d'une construction qui part des principes qui la composent et se prolonge en se subdivisant en deux branches dont l'une n'a d'utilité que si l'autre n'est pas empruntée, les dispositions supplétives n'ayant vocation à s'appliquer qu'à défaut de dispositions conventionnelles (Dalloz Action, Droit de la négociation collective, 2022/2023).

Déjà en 2016, certains des auteurs de cet ouvrage mentionnaient (Droit social 2016 p.886) à propos de la loi du 8 août 2016 : « *En cantonnant l'ordre public à certaines, seulement, des dispositions du droit du travail, la loi du 8 août 2016 a bouleversé la conception transversale de l'ordre public social. Elle ouvre de ce fait un*

*champ de questions fondamentales sur ce que représente désormais la norme en droit du travail, et sur l'avenir de la protection qu'elle y maintient. Le bouleversement est-il si profond ? Nous verrons dans un premier temps qu'en réalité certains principes relevant de l'ordre public fondamental en droit du travail sont non seulement maintenus, mais rendus plus apparents (I). En revanche, deux notions nouvelles déroutent l'analyse habituelle de l'ordre public social, obligeant à en retracer entièrement les contours : l'ordre public conventionnel et les lois supplétives (II). »*  
(...)

*« L'ordre public conventionnel procède, comparativement, d'une autre logique. Dans la compartimentation des trois ordres de règles appelées à traiter d'une question de droit, il constitue la première pièce nécessaire à la constitution de la norme juridique. L'ordre public conventionnel est à la base des autres règles dans une construction qui, partant des principes que le composent, se prolonge en se subdivisant en deux branches, dont l'une n'a d'utilité que si l'autre n'est pas empruntée, les dispositions supplétives n'ayant vocation à s'appliquer, par hypothèse, qu'à défaut de dispositions conventionnelles. La contiguïté des trois ensembles souligne tout de même que l'ordre public n'est pas un bloc autonome, et encore moins autarcique, à la périphérie duquel peuvent être conçues des normes conventionnelles ou peuvent, à défaut, s'appliquer des dispositions supplétives. Autrement dit, l'ordre public n'est pas l'antimatière quand les dispositions conventionnelles et supplétives formeraient la matière.*

*La composition les imbrique. L'ordre public conventionnel est le référentiel de règles sur la base desquelles les partenaires sociaux sont libres d'élaborer leurs propres normes pour aller au-delà, en complétant ou en précisant ces règles. Il ne s'agit pas d'un noyau dur indérogeable car l'esprit n'est pas forcément de limiter la liberté conventionnelle. On y voit plutôt un socle normatif inamovible au sens où il ne peut être modifié par les dispositions conventionnelles ou supplétives. C'est en quelque sorte l'infrastructure dans le prolongement de laquelle les règles deviennent variables ou susceptibles de varier selon leur origine conventionnelle ou légale. Sa fonction, de ce point de vue, est de fournir un cadre commun de référence qui doit être complété, soit par des dispositions conventionnelles, soit à défaut par des dispositions légales supplétives. Les dispositions qui en relèvent ne sont pas en cela autosuffisantes puisque, en l'absence de dispositions conventionnelles qui y ajoutent, elles s'accompagnent de dispositions supplétives qui rendent l'ensemble opératoire.*

*On peut, plus précisément, dégager trois fonctions de l'ordre public conventionnel, en lien les unes avec les autres. La première consiste en une hiérarchisation des règles. Quand, jusqu'à présent, l'ordre public social rassemble principalement les règles protectrices des salariés sans distinction entre elles, l'ordre public conventionnel opère une sélection parmi celles-ci en ne retenant que les principes structurants, essentiels à la conception du régime sur une question de droit particulière. Les autres dispositions sont reléguées au sein des dispositions supplétives qui ne s'appliqueront qu'en l'absence de norme négociée. Les règles légales sont donc scindées dans un esprit de hiérarchie puisque certaines sont nécessairement applicables tandis que les autres ne le sont que par défaut. Il en résulte que des règles qui relevaient jusqu'à présent de l'ordre public social n'ont plus leur place dans l'ordre public conventionnel et peuvent être préemptées par des dispositions conventionnelles indépendamment de l'application du principe de faveur. L'émergence de l'ordre public conventionnel conduit en conséquence à un démembrement de l'ordre public social.*

*Ce démembrement correspond à l'esprit de la loi du 8 août 2016, qui est de favoriser la négociation collective et la fabrication des normes au moyen, en particulier, d'accords*

*d'entreprise. Le droit à venir sera, plus demain qu'aujourd'hui, variable quand la construction du droit du travail s'est faite dans un esprit d'unité et d'uniformisation. Ce pluralisme normatif favorisant des droits spéciaux pour ne pas dire locaux, ratione societatis, ne prospère cependant qu'à partir d'un tronc commun de règles. C'est la deuxième fonction de l'ordre public conventionnel que de faire exister - subsister ? - un droit commun du travail entendu comme un corps de règles incompressible. Sont fédérés à cet effet des principes d'importance inégale dont l'objet est de constituer un fond commun, gage d'une unité normative irréductible encore que la mise en oeuvre de ces principes soit laissée à la négociation collective et organisée à défaut par des dispositions supplétives.*

*C'est l'idée d'un cadre commun de référence institué à la base des mesures d'application pour l'élaboration desquelles la voie conventionnelle est privilégiée afin de prendre en compte les spécificités de l'entreprise ou de la branche. Le pluralisme est dans ces conditions enchâssé avec l'appoint, en tant que de besoin, de dispositions supplétives. L'ordre public conventionnel remplit de cette manière une fonction de régulation de la conception de la norme qui, si elle peut être plurielle dans ses terminaisons, a pour socle des principes communs. Il se présente à cet égard comme un état préparatoire qui peut être en soi prescriptif (11) ou renvoyer à des dispositions complémentaires(12). »*

Depuis la fusion des institutions représentatives du personnel organisée par les ordonnances de 2017, l'entreprise ou le cas échéant l'établissement distinct est toujours le cadre de mise en place du nouveau comité social et économique.

En effet, le code du travail prévoit qu'un comité social et économique doit être mis en place au niveau de l'entreprise comptant au moins 11 salariés pendant 12 mois consécutifs (article L. 2311-2 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017). Dans les entreprises comptant au moins cinquante salariés et deux établissements distincts, l'article L. 2313-1 prévoit la mise en place de comités économiques sociaux d'établissements et d'un comité social et économique central.

Par ailleurs, même si la définition des établissements distincts par accords collectifs était déjà possible auparavant (anciens L2314-31 et L2322-5), le code du travail consacre dorénavant le principe selon lequel le nombre et le périmètre des établissements distincts sont définis par un accord collectif majoritaire conclu avec les organisations syndicales représentatives (article L. 2312-2) ou avec le comité social et économique (article L. 2313-2), confiant ainsi au premier chef aux partenaires sociaux le soin de procéder au découpage de l'entreprise.

Toutefois, à la différence de ce qui est prévu pour l'établissement distinct au sens des délégués syndicaux par l'article L. 2143-3 précité, le code du travail ne définit toujours pas l'établissement distinct au sens du CSE, l'article L. 2313-4 prévoyant seulement, de façon supplétive, un critère unique de "l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel", lorsque le découpage est fait par décision unilatérale de l'employeur à défaut d'accord.

Dans le document intitulé « Le CSE en 117 Questions-Réponses », le ministère du Travail a indiqué que :

*« L'établissement distinct correspond à un cadre approprié à l'exercice des missions dévolues aux représentants du personnel. L'établissement distinct est une notion*

*juridique, qui ne correspond pas nécessairement à un établissement physique et qui peut regrouper plusieurs établissements au sens de l'Insee (SIRET). Son périmètre est déterminé par accord ou décision unilatérale de l'employeur.*

*La détermination d'établissements distincts a pour objet de définir le niveau au sein duquel les représentants du personnel seront élus. Par conséquent, la reconnaissance d'un établissement distinct entraîne pour l'employeur l'obligation d'y organiser des élections professionnelles.*

*Le découpage de l'entreprise en établissements distincts doit permettre d'assurer la représentation de tous les salariés de l'entreprise. » (QR n°25)*

*« Lorsque le périmètre des établissements distincts est négocié dans le cadre de l'accord d'entreprise ou dans le cadre de l'accord avec le comité social et économique, la loi n'impose pas la prise en compte de critères spécifiques (article L. 2313-2 et L. 2313-3). Ces critères peuvent être librement déterminés par les partenaires sociaux » (QR n°29)*

La définition de l'établissement distinct paraît donc bien relever essentiellement de l'autonomie contractuelle. C'est ce qu'enseignent la doctrine pour laquelle c'est aux partenaires sociaux de décider s'il y a des établissements distincts. Ainsi pour les auteurs de l'ouvrage Dalloz Action, Droit de la représentation du personnel, n° 113.22 et 113.34, 2019/2020, *« en évoquant expressément l'existence d'un critère à défaut d'accord, le législateur paraît en effet laisser entendre qu'il n'y a pas de critère légal lorsque le découpage est conventionnel ; le juge pourrait toutefois intervenir si le découpage est contraire à l'ordre public, frauduleux ou discriminatoire. »*

Pour L. Millet, dans l'article précité de la revue Droit ouvrier, *« cette référence à l'autonomie de gestion du responsable signifie que la loi entend permettre à l'employeur de privilégier le périmètre d'implantation des nouveaux comités sociaux et économiques d'établissement sur celui des anciens comités d'établissement. Sauf accord plus favorable, cela risque de priver de nombreux établissements, n'ayant pas de caractère distinct au sens du CSE, d'une représentation du personnel en raison de la disparition des délégués du personnel qui pouvaient être élus dans des établissements distincts au sens de cette institution. »*

Cette liberté contractuelle des partenaires sociaux n'est pas contestée par le SPAF qui soutient toutefois qu'elle est limitée par le respect de l'ordre public, conformément à l'article L. 2251-1 du code du travail qui dispose : *Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.*

A cet égard, le pourvoi soutient, en substance, dans les cinq premières branches du moyen tirées notamment d'un défaut de recherche, que l'établissement distinct doit permettre l'exercice efficace des prérogatives du comité social et économique pour lequel il est mis en place, à savoir, dorénavant, tant les prérogatives des anciens délégués du personnel, que celles des anciens comités d'entreprise et comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

Devant la cour d'appel, le SPAF faisait notamment valoir les arguments suivants (p. 20 et suivantes des conclusions) :

*« l'établissement distinct doit répondre à sa finalité d'ordre public qui est d'assurer de manière optimale, le plus efficace possible, la mission de l'Institution représentative du Personnel.*

*La non-effectivité du contrôle au sein du CSE de l'Exploitation Aérienne défini par l'accord du 22 juin 2018 où les pilotes sont minoritaires, des réglementations et accords multiples et complexes, souvent d'une très grande technicité, qui régissent la profession de pilote et qui retentissent sur la sécurité du transport aérien, justifie, au nom de l'effectivité des missions confiées au CSE, la création d'un établissement distinct spécifique aux pilotes et d'un CSE également spécifique aux pilotes ; et donc la remise en cause de l'accord du 22 juin 2018.*

*4) A cela s'ajoute une autre considération : à partir du moment où le CSE regroupe les prérogatives qui étaient antérieurement celles du Comité d'Etablissement (ou d'entreprise), mais aussi celles des Délégués du Personnel et du CHSCT, la notion d'établissement distinct doit répondre aux définitions qui permettaient de répondre aux finalités d'ordre public de chacune de ces institutions.*

*(...)*

*« au sein du CSE de l'Exploitation Aérienne résultant de l'accord du 22 juin 2018, les pilotes doivent s'en remettre à l'avis majoritaire de non-pilotes (L. 2315-32), c'est-à-dire à l'avis de représentants d'une "communauté de travail" qui n'est pas la leur.*

*Et ceci prend un relief particulier en l'espèce ; d'une part, en raison de la multiplicité et de la technicité des règles qui régissent la profession de pilotes avec ses impacts sur la sécurité des vols ; d'autre part, en raison de l'existence de syndicats catégoriels de pilotes, créés par le législateur en raison de la particulière spécificité du métier de pilote, avec la possibilité pour ces syndicats de signer des accords propres à la catégorie des pilotes, dont l'application serait alors contrôlée par des non-pilotes.*

*5) La notion fonctionnelle de l'établissement doit donc garantir la pertinence entre le découpage de l'entreprise en établissements distincts et le fonctionnement de l'Institution Représentative du Personnel.*

*La notion d'établissement distinct n'est pas une notion laissée à la décision arbitraire des partenaires sociaux, mais est une notion au service d'une institution représentative du personnel dont le bon fonctionnement relève de l'ordre public. »*

Le SPAF pointait par ailleurs des dysfonctionnements tenant à la non inscription de questions spécifiques à l'ordre du jour du CSE et l'absence de prise en compte de l'emploi du temps et des contraintes spécifiques du métier de pilote.

S'agissant des palliatifs permettant une prise en compte des problématiques propres aux pilotes, envisagés par le tribunal et repris par la cour d'appel, le SPAF indiquait (p.85 et suivants des conclusions) :

*« En d'autres termes, selon le Tribunal, les pilotes peuvent faire entendre leurs voix au CSE : ils bénéficient d'un collège électoral spécifique, ils sont surreprésentés au sein du CSE, il y a possibilité de mise en place de commissions, dont la CSSCT, il y a un nombre de représentants de proximité pilotes, et enfin, chaque membre du CSE, dont les pilotes, est susceptible de mettre en oeuvre un droit d'alerte.*

*Tout ceci est exact, mais tout ceci n'oblitére pas le fait que les délibérations qui se rapporteront aux pilotes au sein du CSE, si tant est que de telles délibérations soient portées à l'ordre du jour (v. supra 1ère partie, V-B), seront prises par des non-pilotes.*

*Ce n'est évidemment pas la même chose de s'exprimer en qualité de minoritaire, que de voter en qualité de majoritaire. »*

Le mémoire ampliatif rappelle que la grande majorité des accords d'entreprises qui régissent l'activité des pilotes ne concernent que les pilotes : ils ont été négociés au niveau de l'établissement « Pilotes » (pour l'élection des délégués du personnel) par les syndicats représentatifs des pilotes. Il est important de préciser, à cet égard, que le code des transports contient des dispositions particulières relatives à la représentation syndicale des pilotes. En vertu de l'article L. 6524-2 de ce code, lorsque le nombre de pilotes (personnels navigants techniques) de la compagnie est au moins égal à 25, les pilotes constituent un collège spécial pour les élections professionnelles.

Les syndicats qui recueillent au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections sont représentatifs à l'égard des pilotes (art.L. 6524-3 du code des transports). C'est le cas du SPAF. Pour Air France, on décompte environ 80 accords « pilotes », et 45 avenants à ces accords, soit plus de 125 textes en tout. Certains de ces accords sont très techniques. Le mémoire rappelle également que contrairement aux autres catégories de personnels, les pilotes sont soumis à un nombre très important de réglementations, portant notamment sur la sécurité des vols. A cet égard, le mémoire expose qu'une délégation du personnel propre aux pilotes étaient particulièrement justifiée puisque les délégués du personnel avaient la mission de « présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives (...) à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant (...) la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise ».

#### **4.3- Eléments de jurisprudence**

Jusqu'à présent, la Cour de cassation ne s'est prononcée sur la notion d'établissement distinct qu'à l'occasion de contentieux ayant pour objet le découpage unilatéral de l'employeur suivant le critère d'autonomie de gestion.

En 2018, la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi jugé qu'en application de l'article L. 2313-4 du code du travail, caractérise un établissement distinct celui qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service (Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655, publié et au Rapport annuel). A cet égard, la centralisation de fonctions support et l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure l'autonomie de gestion des responsables d'établissement (Soc., 11 décembre 2019, pourvoi n° 19-17.298, publié). La chambre sociale a également admis un partage de la charge de la preuve de l'existence d'établissements distincts entre, d'une part, l'employeur qui dispose des documents relatifs à l'organisation interne de l'entreprise et, d'autre part, ceux qui contestent la décision unilatérale prise par ce dernier (Soc., 22 janvier 2020, pourvoi n° 19-12.011, publié).

Par deux arrêts du 9 juin 2021 (Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° 19-23.153, FS-P+R et Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° 19-23.745, FS-P+R), la chambre sociale a précisé que le niveau auquel devait se situer la reconnaissance d'établissements distincts pour la

mise en place des comités sociaux et économiques devait être de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel :

sommaire :

*Selon l'article L. 2313-4 du code du travail, en l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3 du même code, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques est fixé compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel.*

*Il en résulte que caractérise au sens de ce texte un établissement distinct l'établissement qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service.*

*Lorsqu'ils sont saisis d'un recours dirigé contre la décision unilatérale de l'employeur, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (le directe), par une décision motivée, et le tribunal judiciaire se fondent, pour apprécier l'existence d'établissements distincts au regard du critère d'autonomie de gestion ainsi défini, sur les documents relatifs à l'organisation interne de l'entreprise que fournit l'employeur, et sur les documents remis par les organisations syndicales à l'appui de leur contestation de la décision unilatérale prise par ce dernier.*

*La centralisation de fonctions support ou l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure en elles-mêmes l'autonomie de gestion des responsables d'établissement.*

*Il appartient dès lors au tribunal judiciaire de rechercher, au regard des éléments produits tant par l'employeur que par les organisations syndicales, si les directeurs des établissements concernés ont effectivement une autonomie de décision suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service, et si la reconnaissance à ce niveau d'établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques est de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel.*

Le commentaire au rapport annuel de ces décisions mentionne :

*Dans les deux arrêts ici commentés, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte des précisions relatives aux éléments permettant de retenir l'existence d'établissements distincts pour la mise en place d'un comité social et économique au regard de la notion d'autonomie de gestion.*

*Dans la première affaire dont était saisie la chambre sociale, en l'absence d'accord entre l'employeur et les organisations syndicales concernant le nombre et le périmètre des établissements distincts, l'employeur avait décidé unilatéralement la mise en place d'un comité social et économique (CSE) unique.*

*Sur recours des organisations syndicales, le 22 mars 2019, le directeur régional des entreprises, de l'économie, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (directe) avait fixé à trois le nombre des établissements distincts.*

*Saisi d'une contestation de cette décision par l'employeur, le tribunal d'instance avait, par un jugement du 16 octobre 2019, débouté la société de sa demande aux motifs que la décision motivée de l'autorité administrative avait été adoptée après une étude sérieuse des éléments fournis par les parties, que les critères légaux avaient été pris en compte dans l'analyse de la situation de l'entreprise et qu'ainsi il n'y avait pas lieu de l'annuler ou de la modifier.*

*Dans la seconde affaire, à l'inverse, le direccte, saisi du recours de l'ensemble des organisations syndicales contre la décision unilatérale de l'employeur fixant à sept le nombre d'établissements distincts, avait décidé, par décision motivée du 20 septembre 2019, que l'entreprise (une association comptant environ 250 salariés et onze établissements) n'était constituée que d'un seul et unique établissement car, en substance, en dépit de larges délégations de pouvoirs, les directeurs d'établissement ne disposaient pas d'une véritable autonomie de décision et que du fait des effectifs des établissements (certains comptant moins de vingt salariés), la charge des élus aux comités sociaux et économiques ne reposerait que sur un seul titulaire dans deux des sept établissements et sur deux personnes uniquement dans les quatre autres, cette situation pouvant être considérée comme ne permettant pas l'exercice effectif et complet des prérogatives de l'institution représentative du personnel.*

*Le tribunal d'instance a annulé la décision du direccte et validé la décision de l'employeur, considérant que les directeurs des sept établissements avaient une autonomie de gestion suffisante.*

*Censurant ces décisions, la chambre sociale a d'abord rappelé, conformément à sa jurisprudence, qu'en application de l'article L. 2313-4 du code du travail, caractérise un établissement distinct l'établissement qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service et que la centralisation de fonctions support ou l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure en elles-mêmes l'autonomie de gestion des responsables d'établissement (Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655, publié), ensuite, que la centralisation de fonctions support et l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure l'autonomie de gestion des responsables d'établissement (Soc., 11 décembre 2019, pourvoi n° 19-17.298 et Soc., 22 janvier 2020, pourvoi n° 19-12.011, tous deux en cours de publication).*

*Elle a également rappelé qu'en application de l'article L. 2313-5 du code du travail, relèvent de la compétence du tribunal d'instance, en dernier ressort, à l'exclusion de tout autre recours, les contestations élevées contre la décision de l'autorité administrative fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts et qu'il appartient en conséquence au tribunal d'examiner l'ensemble des contestations, qu'elles portent sur la légalité externe ou sur la légalité interne de la décision du direccte et, s'il les dit mal fondées, de confirmer la décision, s'il les accueille partiellement ou totalement, de statuer à nouveau, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative, sur les questions demeurant en litige (Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n°18-23.655, au rapport annuel).*

***Mais la chambre sociale a surtout, en s'inscrivant dans la continuité de sa propre jurisprudence en matière d'institutions représentatives du personnel, tant plus ancienne (Soc., 18 février 1982, pourvoi n° 81-60.856, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale, n°118) que récente (Soc., 25 novembre 2020, pourvoi***

**n° 19-18.681, publié, concernant le comité d'entreprise), précisé les contours de la notion d'établissement distinct. Elle a en effet affirmé que le niveau auquel devait se situer la reconnaissance d'établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques devait être de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel. Elle a d'ailleurs, ce faisant, statué en adoptant une position similaire à celle du Conseil d'Etat lorsqu'il avait à connaître du contentieux relatif au découpage électoral (CE, 1<sup>er</sup> juin 1979, n° 10777, Siemens).**

Cette référence à la finalité de l'institution représentative du personnel ou à « l'effet utile » n'est effectivement pas nouvelle.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 1<sup>er</sup> juin 1979, Siemens, n° 10777 est ainsi rédigé :

*« ... cons. Qu'il ressort des pièces du dossier, qu'a la suite de la réorganisation de ses structures régionales, la société siemens a centralise au siège social de [Localité 2] la gestion administrative, budgétaire et commerciale de ses établissements commerciaux de province ; que si ces établissements ont bien une implantation géographique distincte et un caractère de stabilité, **ils ne présentent plus en revanche qu'un degré d'autonomie très réduit tant en ce qui concerne la gestion du personnel qu'en ce qui a trait a l'exécution du service ; que les chefs de ces établissements ne disposent d'aucun pouvoir de coordination et d'animation à l'égard des responsables des différents départements constitués en leur sein qui relèvent directement des directeurs des divisions techniques installés au siège ; que des lors, les établissements de [Localité 3] [Localité 4] [Localité 5] [Localité 6] [Localité 7] et [Localité 8] ne réunissent pas les conditions nécessaires pour que les principales missions et le fonctionnement normal de comités d'établissements puissent être à ce niveau assurés ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, la société Siemens est fondée à demander l'annulation de la décision du ministre du travail en date du 18 novembre 1977 ; (annulation) »***

V. Également Soc., 25 novembre 2020, pourvoi n° 19-18.681 publié :

*En application de l'article L. 2325-1, alinéa 2, du code du travail, alors applicable, le comité d'entreprise est présidé par l'employeur, assisté éventuellement de deux collaborateurs qui ont voix consultative.*

*L'employeur peut déléguer cette attribution qui lui incombe légalement, à la condition que la personne assurant la présidence par délégation de l'employeur ait la qualité et le pouvoir nécessaires à l'information et à la consultation de l' institution représentative du personnel , **de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de celle-ci**, peu important que le délégataire soit mis à disposition de l'employeur par une autre entreprise.*

Soc., 17 février 2016, pourvoi n° 14-25.062 :

*Mais attendu qu'ayant constaté que la délégataire de l'employeur occupait des fonctions et une position au sein de l'entreprise lui permettant d'être directement impliquée dans les différents projets ayant un impact sur la santé des salariés et leurs conditions de travail, notamment en matière de risques psychosociaux, **et que les difficultés rencontrées dans le fonctionnement du CHSCT n'avaient pas empêché le comité d'exercer ses prérogatives**, la cour d'appel, répondant ainsi aux*

*conclusions prétendument délaissées et sans modifier l'objet du litige, a légalement justifié sa décision ;*

Et déjà Soc., 18 février 1982, pourvoi n° 81-60.856, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale n°118 :

*En l'état des énonciations desquelles il résulte que la modification par une banque du ressort géographique de certains groupes d'agences dans le cadre d'une opération de régionalisation, avait laissé subsister le cadre dans lesquels les délégués syndicaux d'un des groupes avaient été désignés sans qu'il fut allégué ni que les conditions de travail du personnel de cet ex groupe incorporé dans un autre groupe eussent été modifiées ni que la représentation de ses salariés auprès de l'employeur **n'eut plus été nécessaire pour assurer la finalité de l'institution**, peu important à cet égard la décision du directeur départemental du travail et de l'emploi concernant uniquement le comité d'établissement, dès lors que la notion d'établissement distinct s'apprécie différemment pour chaque institution représentative du personnel , justifie légalement sa décision le tribunal d'instance qui rejette la demande de l'employeur tendant à supprimer les mandats des délégués syndicaux désignés dans cet ex groupe d'agences.*

#### **4.4- Problématiques**

Certains auteurs relèvent que cette condition d'exercice effectif pourrait très bien s'appliquer à la détermination conventionnelle de l'établissement distinct. V. notamment Marguerite Kocher, « les acteurs, le juge et la fabrique de l'établissement distinct », D. ouvrier avril 2022, n° 884.

Mais comment, dans la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts, rendre effectives des prérogatives diversifiées, qui supposent d'une part une proximité (notamment les prérogatives en matière de santé et de sécurité autrefois dévolues aux CHSCT ou l'expression des revendications spécifiques d'une communauté de travail relevant auparavant des délégués du personnel), d'autre part une certaine centralisation (Notamment en matière de consultation sur l'organisation et la marche de l'entreprise, la politique sociale et les orientations stratégiques...) ?

Selon Mme Kocher, cela suppose que les partenaires sociaux conçoivent un espace de représentation multifonctionnel favorable à un usage pluriel. Ainsi, dans l'hypothèse d'un CSE centralisé, il s'agirait d'apprécier l'existence de relais ou dispositifs d'appui mis en place à différentes échelles, leur articulation avec le CSE afin de caractériser un espace de représentation adapté à l'exercice effectif des prérogatives, y compris de proximité. Il s'agit en définitive d'apprécier si le CSE est en capacité d'exercer correctement sa mission.

Pour autant, cette exigence de pluralité et d'exercice efficient des missions peut-elle être contrôlée par le juge judiciaire, nonobstant la liberté contractuelle des partenaires sociaux ? Relève-t-elle de l'ordre public et constitue-t-elle une condition de validité de l'accord collectif ? Si oui comment l'apprécier ?

Telles sont les problématiques que le présent pourvoi paraît poser dans ses cinq premières branches.

La formation devra également examiner s'il peut être reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'autonomie de gestion du directeur sous l'autorité duquel l'ensemble des pilotes étaient placés, ne permettait pas de retenir l'existence d'un établissement distinct. (sixième branche).

La formation appréciera enfin si les motifs critiqués par la 7<sup>ème</sup> branche ne sont pas certes erronés mais surabondants.

L'arrêt énonce que d'une manière générale le pouvoir de contrôle sur le nombre et le périmètre des établissements distincts est d'abord exercé par l'autorité administrative, puis en cas de contestation, par le juge judiciaire (arrêt, p. 7). Or, conformément aux dispositions de l'article L. 2313-5 du code du travail, pour la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts, ce n'est qu'en cas d'échec de la négociation collective et d'une décision unilatérale de l'employeur, que l'autorité administrative saisie d'une contestation de la décision unilatérale de l'employeur doit vérifier les critères retenus par l'employeur, la décision de l'autorité administrative étant elle-même susceptible d'un recours devant le juge judiciaire.

La formation pourrait toutefois considérer que ces motifs, bien qu'erronés, ne sont pas le support de la décision attaquée.