

[Jurisprudence] L'établissement distinct à l'épreuve de la perte de qualité

Réf. : Cass. soc., 20 octobre 2021, n° 20-60.258, F-B ([N° Lexbase : A525249E](#))

N9416BYE



par Quentin Chatelier, doctorant et juriste au sein du cabinet **Economie Avocats**, le 16-11-2021

Mots-clés : établissement distinct • CSE • DREETS • perte de qualité • élections professionnelles • décision unilatérale

Le législateur a décidé, à l'occasion de la mise en place du CSE, d'encadrer strictement la procédure de reconnaissance des établissements distincts. En bout de chaîne, la contestation de la décision unilatérale de l'employeur est réservée aux seules organisations syndicales. Dans un arrêt du 20 octobre 2021, la Chambre sociale de la Cour de cassation applique logiquement ces différents textes à la perte de qualité d'établissement distinct. Les salariés, faute de droit d'agir, ne peuvent obtenir judiciairement la suspension du choix de l'employeur de restructurer la représentation du personnel au sein de l'entreprise.

L'établissement distinct constitue l'une des notions structurantes du droit des relations collectives de travail. Au-delà même de l'application des nouvelles dispositions relatives au comité social et économique (CSE), le législateur et la jurisprudence s'attèlent à lui conférer, parfois en vain, un régime juridique sécurisé. Le droit est en permanente recherche d'un équilibre entre dispositions d'ordre public et liberté offerte aux partenaires sociaux, voire à l'employeur, pour adapter la structure de la représentation du personnel [1] ou de la présence syndicale [2] à leurs réalités opérationnelles. Il s'agit d'un enjeu contentieux récurrent [3].

En l'espèce, le débat judiciaire va se porter sur la « disparition d'un établissement » [4] distinct CSE ou, plus exactement, des modalités dans lesquelles cette perte de qualité peut être constatée (et contestée). Sans originalité, une entreprise organisait au cours de l'année 2018 un processus électoral ayant pour objet la première mise en place du CSE en son sein. Face à l'échec des négociations portant sur le périmètre de la représentation du personnel, l'employeur fixait à 14 le nombre d'établissements distincts. Insatisfaits de ce découpage, plusieurs organisations syndicales saisissaient le DIRECCTE d'une contestation. Sans succès puisque tant l'administration que le tribunal d'instance devaient confirmer les choix unilatéraux de l'employeur. Les élections des membres des CSE étaient finalement organisées puis annulées judiciairement. En parallèle de l'organisation de nouvelles élections, une procédure pour constater la perte de qualité d'établissement distinct était menée à la suite d'une « réorganisation de l'entreprise » (cf. arrêt commenté). Elle aboutissait à une nouvelle décision unilatérale de l'employeur. Malgré l'absence d'accord trouvé lors de la négociation préalable, aucune organisation syndicale ne décidait de former, dans les délais impartis, un recours à son encontre.

L'apparence d'un consensus sur la perte de qualité d'établissement distinct d'une composante de l'entreprise disparaissait lorsque des salariés saisissaient par voie de requête le tribunal d'instance de Courbevoie. Ils demandaient la suspension des effets de la décision unilatérale de l'employeur ainsi que, par voie de conséquence, l'organisation d'élections professionnelles sur « le périmètre de la division » litigieuse.

Le 24 juillet 2020, le tribunal de proximité (remplaçant le tribunal d'instance dans la gestion du contentieux des élections professionnelles) de Courbevoie déboutait les salariés de leur demande. Les juges du fond estimaient que :

- la seule voie possible de contestation d'une décision de l'employeur constatant la perte de qualité d'établissement distinct était celle ouverte par l'article L. 2313-4 du Code du travail ([N° Lexbase : L8475LGY](#)), à savoir la saisine du DREETS (ex-DIRECCTE) ;
- cette voie de contestation était, en présence d'un délégué syndical au sein de l'entreprise, seulement ouverte aux « organisations syndicales représentatives dans l'entreprise » et aux « organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise » en application de l'article R. 2313-1 du Code du travail ([N° Lexbase : L0617LIP](#)).

Pour le tribunal de proximité de Courbevoie, les salariés ne pouvaient donc agir à l'encontre de la décision unilatérale de l'employeur constatant la perte de qualité d'établissement distinct. Le législateur ayant souhaité réserver cette action aux acteurs syndicaux, il ne pouvait en être autrement. Mécontents de cette conclusion, les salariés demandeurs décidaient pourtant de former un pourvoi, conformément aux dispositions de l'alinéa 6 l'article R. 2313-3 du Code du travail ([N° Lexbase : L9386LTS](#)). Il était « formé, instruit et jugé dans les conditions fixées » par le Code de procédure civile pour le contentieux des élections professionnelles [5]. Dans un arrêt rendu le 20 octobre et ayant les honneurs de la publication au Bulletin et aux lettres de chambre, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par les salariés.

La règle. La Chambre sociale de la Cour de cassation prend soin de rappeler le contexte légal dans lequel s'inscrit sa décision. Elle cite trois articles du Code du travail dans leurs rédactions issues de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 ([N° Lexbase : L7628LGM](#)) et du décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 ([N° Lexbase : L8153LHG](#)) :

- L. 2313-2 ([N° Lexbase : L8477LG3](#))
- L. 2313-4 ([N° Lexbase : L8475LGY](#))
- R. 2313-1 ([N° Lexbase : L0617LIP](#)).

Selon le premier d'entre eux, « un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 (nb : un accord majoritaire), détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts ». Aux termes du second, en l'absence d'accord sur le nombre et le périmètre des établissements distincts, il appartient à l'employeur de les fixer « compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement,

notamment en matière de gestion du personnel ». Le troisième, certainement le plus important à la résolution du litige d'espèce, dispose quant à lui que « la décision unilatérale de l'employeur peut être contestée devant le DIRECCTE par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise » (arrêt commenté). Le caractère limitatif de ce droit d'agir à l'encontre de la décision unilatérale de l'employeur n'est pas clairement affirmé, mais ne fait l'objet d'aucun doute véritable [6]. En conséquence, un salarié ne peut agir lorsque l'employeur a, au terme d'une négociation infructueuse, unilatéralement structuré la représentation du personnel au sein de l'entreprise [7]. Il en est également ainsi d'une section syndicale, « dépourvue de la personnalité juridique et dès lors du droit d'agir » [8].

L'application. Une question demeurait : ces dispositions légales s'appliquaient-elles en cas de modification ultérieure du périmètre de la représentation, du fait de la disparition d'un établissement distinct ? La réponse positive de la Cour de cassation dans l'arrêt commenté est dépourvue de toute ambiguïté : « le constat de la perte de qualité d'établissement distinct, au sens des articles L. 2313-1 et suivants du Code du travail, relève des mêmes dispositions puisqu'il conduit à modifier le nombre et le périmètre des établissements distincts au niveau desquels les comités sociaux et économiques sont mis en place dans l'entreprise ». Elle ne surprend pas [9]. Elle peut en effet s'appuyer sur un argument textuel fort. L'article L. 2313-6 du Code du travail ([N° Lexbase : L8473LGW](#)) dispose que « la perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5 emporte la cessation des fonctions des membres de la délégation du personnel du comité social et économique de cet établissement [...] ». Si ce texte ne brille pas par sa clarté [10], il sous-entend néanmoins que « la perte de la qualité d'établissement distinct » s'effectue dans « les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5 du Code du travail » et donc, selon les conditions et limites posées par ces textes. L'arrêt commenté confirme cette impression et offre à la pratique une sécurité juridique appréciable.

L'exclusion. De l'application des dispositions des articles L. 2313-2, L. 2313-4 et R. 2313-1 du Code du travail au constat par l'employeur de la perte de qualité d'établissement distinct, la Cour de cassation en tire une conséquence logique : « la contestation de la décision unilatérale de l'employeur décidant de la perte de qualité d'établissement distinct n'est donc ouverte devant le DIRECCTE qu'aux seules organisations syndicales, représentatives ou ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise, qui représentent les intérêts des salariés dans le cadre de la détermination des périmètres de mise en place des comités sociaux et économiques ». Comme au moment de la détermination initiale du périmètre des établissements distincts au sein de l'entreprise, seules les organisations syndicales disposent de la capacité de contester la décision de l'employeur remettant en cause la structuration de la représentation du personnel. Naturellement, les salariés en sont exclus. Dès lors, toujours selon la Cour régulatrice, « le tribunal en déduit à bon droit que les salariés n'étaient pas recevables à demander la suspension des effets de [la] décision unilatérale et l'organisation d'élections sur un périmètre n'étant plus reconnu comme constituant un établissement distinct ». En cas de réorganisation de la représentation du personnel en cours de mandat, des salariés ou acteurs syndicaux non véritablement implantés dans l'entreprise ne pourront instrumentaliser des actions judiciaires afin d'y faire obstacle. Les demandes de suspension de la décision unilatérale sont vouées à l'échec. Seuls les acteurs mentionnés au dernier alinéa de l'article R. 2313-1 du Code du travail pourront « contester la décision de l'employeur devant » le DREETS et ce, dans un délai restreint de 15 jours à compter de leur information. La suite du contentieux est également encadrée par de stricts délais : la décision de la DREETS [11] ainsi que l'éventuelle saisine [12] et jugement du tribunal judiciaire [13]. Afin d'éviter les situations inextricables, le législateur a pris soin de préciser que « lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un processus électoral global, la saisine de l'autorité administrative suspend ce processus jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin » [14]. La rigueur affichée par le droit dans la procédure de contestation de la décision unilatérale se comprend. Cette dernière est en effet contrainte par un cadre strict. Si l'employeur peut in fine fixer « le nombre et le périmètre des établissements distincts », il doit le faire « compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel » [15]. La Cour de cassation, suivie par certaines juridictions du fond [16], affiche déjà son exigence : « 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 » [17]. Tout laisse à penser que la même exigence s'appliquera en cas de constat unilatéral de la perte de qualité d'un établissement distinct.

L'obligation ? En l'espèce, l'employeur avait engagé une négociation avec les partenaires sociaux sur la perte de qualité d'établissement distinct de l'une des composantes de l'entreprise. Ce n'est qu'après avoir constaté son échec qu'il avait eu recours à la décision unilatérale. Une question se pose : était-il tenu de procéder à cette négociation ? Si oui, dans quelles conditions ? Une réponse positive s'impose. En effet, selon la Cour de cassation, « il résulte [des dispositions légales] que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts » [18]. Elle s'appliquera également à la perte de qualité d'établissement distinct. L'utilisation par le législateur de l'expression « en l'absence d'accord » justifie cette solution. Il faut dire que le contexte, plus généralement, est favorable à l'obligation préalable de négociation de l'employeur. La Cour de cassation semble la lui imposer chaque fois qu'un texte permet la décision unilatérale « à défaut » d'accord collectif. Il en est ainsi en matière de vote électronique : « ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut prévoir par décision unilatérale la possibilité et les modalités d'un vote électronique » [19]. Elle s'imposera certainement demain à l'employeur souhaitant mettre en place un PSE ou recourir au télétravail [20]. Ce ne sont là que des exemples des nombreux textes utilisant l'expression « à défaut » ou une formulation similaire. Une « tentative loyale de négociation » devra donc être menée par l'employeur. De prochains arrêts permettront d'y voir plus clair sur le contenu minimum de celle-ci [21].

La liberté. L'arrêt commenté s'inscrit dans une série d'interrogations. Elles portent sur les nouvelles dispositions légales relatives au périmètre des établissements distincts CSE. La Cour de cassation va devoir y apporter des réponses, « l'heure des choix » [22] étant venue. L'une d'entre elles est particulièrement attendue de la doctrine. Elle concerne la liberté des partenaires sociaux pour fixer la structure de la représentation du personnel au sein de l'entreprise. Les négociateurs sont-ils tenus par une définition de l'établissement distinct ? À la lecture des textes, une réponse négative paraît s'imposer. Seul l'article L. 2313-4 du Code du travail (**N° Lexbase : L8475LGY**) dispose « [qu']en l'absence d'accord [...], l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel ». Au stade de la négociation collective, le législateur ne s'est pas étendu : « 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 » [23]. Nulle trace d'un cadre imposé aux partenaires sociaux. La cour d'appel de Paris ne s'y trompe pas en affirmant que « les critères retenus pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements relèvent de la seule liberté des partenaires sociaux » [24]. Tout comme le ministère du Travail selon lequel « la loi n'impose pas la prise en compte de critères spécifiques. Ces critères peuvent donc être librement déterminés par les partenaires sociaux » [25]. La Cour régulatrice sera inévitablement amenée à prendre position. Déjà, les auteurs se divisent : certains plaident pour une liberté conventionnelle totale [26] quand d'autres mettent en avant la limite de l'abus ou de la fraude [27]. En tout état de cause, une certitude s'impose : si exception au principe de liberté conventionnelle il devait y avoir, celle-ci doit être rare et qualifiée avec beaucoup de rigueur. Il ne peut être question d'imposer le cadre impératif de l'article L. 2313-4 du Code du travail aux partenaires sociaux. Le législateur a souhaité le réserver, comme en l'espèce, aux seules décisions unilatérales de l'employeur. Sa volonté doit être respectée.

[1] C. trav., art. L. 2313-1 (**N° Lexbase : L1430LK8**) et s..

[2] V. C. trav., art. L. 2143-3 (**N° Lexbase : L1436LKE**).

[3] V. encore Cass. soc., 29 septembre 2021, n° 20-15.870, F-D (**N° Lexbase : A049248Q**) et Cass. soc., 3 mars 2021, n° 19-21.086, F-P (**N° Lexbase : A00814K9**).

[4] Y. Pagnerre, E. Jeansen, *Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise*, RJS, 8-9/20, p. 571.

[5] CPC, art. 999 (**N° Lexbase : L6822LEE**) et s.

[6] V. néanmoins Y. Pagnerre, E. Jeansen, *La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme*, RDT, 2018, p. 358.

[7] Rappr. J.-Y. Kerbourc'h, *Détermination des établissements distincts : le juge ne peut pas substituer ses propres motifs à ceux du Dreets irrégulièrement saisi*, JCP S, 2021, n° 14, 1094.

[8] Cass. soc., 3 mars 2021, n° 19-21.086, F-P (**N° Lexbase : A00814K9**).

[9] Rappr. Y. Pagnerre, E. Jeansen, *Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise*, RJS, 8-9/20, p. 571.

- [10] Rappr. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2020, 33e éd., p. 1362.
- [11] C. trav., art. R. 2313-5 ([N° Lexbase : L4715LTS](#)).
- [12] C. trav., art. R. 2313-5, préc..
- [13] C. trav., art. R. 2313-6 ([N° Lexbase : L9387LTT](#)).
- [14] C. trav., art. L. 2313-5 ([N° Lexbase : L0972LT8](#)).
- [15] C. trav., art. L. 2313-4 ([N° Lexbase : L8475LGY](#)).
- [16] TI Caen, 5 juillet 2019, n° 11-19-000706.
- [17] Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 18-23.655, FS-P+B+R+I ([N° Lexbase : A0670YRA](#)). V. égal. Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 19-17.298, F-P+B ([N° Lexbase : A1441Z8U](#)) et Cass. soc., 22 janvier 2020, n° 19-12.011, FS-P+B ([N° Lexbase : A58943CB](#)).
- [18] Cass. soc., 17 avril 2019, n° 18-22.948, FS-P ([N° Lexbase : A3539Y9X](#)).
- [19] Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-23.533, FS-P+R+I ([N° Lexbase : A23054CD](#)).
- [20] Rappr. G. François, *Le préalable de négociation obligatoire*, Droit social, 2021, p. 356.
- [21] Rappr. J.-Y. Kerbourc'h, *L'obligation de négocier loyalement l'accord de détermination des établissements distincts*, JCP S, 2019, n° 23, 1172.
- [22] E. Jeansen, *Le contentieux de la reconnaissance conventionnelle des établissements distincts : l'heure des choix*, Bull. Joly Travail, 2021, n° 6, p. 29.
- [23] C. trav., art. L. 2313-2 ([N° Lexbase : L8477LG3](#)).
- [24] CA Paris, Pôle 6, 2ème ch., 18 février 2021, n° 19/14084 ([N° Lexbase : A69564H4](#)).
- [25] Min. Travail, Q/R Comité social et économique [[en ligne](#)].
- [26] V. not. L. Dauxerre, N. Dauxerre, *CSE : autonomie des partenaires sociaux dans la détermination des établissements distincts*, JCP S, 2021, n° 22, 1142.
- [27] V. not. J.-F. Cesaro, A. Teissier, *L'implantation du comité social et économique*, JCP S, 2018, n° 26, 1224 ; Y. Pagnerre, E. Jeansen, *La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme*, RDT, 2018, p. 358.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable