

Mai 2018

# DÉCRYPTAGES

Les fiches outils à destination des élus

## LE CONSEIL D'ENTREPRISE : ETHIX REMET SON AVIS (CONFORME ? )

Parmi les changements introduits par les ordonnances Macron s'agissant de la représentation des salariés, outre le CSE, figure la possibilité pour les partenaires sociaux de créer, par accord d'entreprise, une nouvelle instance : **le conseil d'entreprise**. Ce dernier, en plus des prérogatives du CSE et de la compétence de négocier et de signer des accords, est doté du pouvoir de rendre des « avis conformes ». Zoom sur cette nouvelle instance, et tout particulièrement sur **l'avis conforme**.

L'EXPERT-COMPTABLE DES CE

**éthix**

37, rue de La Rochefoucauld - 75009 Paris  
Tél. 01 58 53 53 00 - Fax. 01 43 49 08 14  
[www.ethix.fr](http://www.ethix.fr) - [courrier@ethix.fr](mailto:courrier@ethix.fr)

# LE CONSEIL D'ENTREPRISE

Reprenant une revendication du MEDEF, le conseil d'entreprise fusionne l'ensemble des attributions des anciennes IRP au sein de l'entreprise, c'est-à-dire non seulement celles des instances relatives à l'information et à la consultation (CE, CHSCT et DP ; CSE aujourd'hui) mais aussi celles des délégués syndicaux<sup>1</sup>. Ainsi, en plus de disposer des attributions du CSE en matière d'information/consultation, le conseil d'entreprise est « seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement »<sup>2</sup>.

L'instauration du conseil d'entreprise requiert un accord d'entreprise. Il peut aussi être mis en place dans les entreprises appartenant à une UES.

Les modalités de fonctionnement du conseil d'entreprise sont calquées sur celles relatives au CSE. L'accord détermine les conditions pratiques des négociations (modalités, périodicité,...) ainsi que la liste des thèmes soumis à l'avis conforme. Si une délégation de négociation peut être instaurée, il incombe au CSE de signer les accords, selon des règles de validité précisées à l'article L. 2321-9<sup>3</sup>.

## Que contient l'accord d'entreprise établissant un conseil d'entreprise ?

L'accord d'entreprise **doit** fixer :

■ Les modalités des **négociations au niveau des établissements** ;

■ La liste des thèmes (tels que l'égalité professionnelle) soumis à l'**avis conforme**, la formation professionnelle étant un thème obligatoire ;

■ Le **nombre d'heures de délégation** des élus participant aux négociations ;

- Cette durée, s'ajoutant aux heures de délégation prévues

dans le cadre des attributions consultatives, ne peut pas, sauf circonstance exceptionnelle, être inférieure au nombre d'heures prévu pour les délégués (12 heures dans les entreprises jusqu'à 149 salariés, 18 heures entre 150 et 499 salariés et 24 heures si au moins 500 salariés, art. R. 2321-1) ;  
- Le temps passé à la négociation est de plein droit considéré comme temps de travail.

■ L'**indemnisation des frais de déplacement**.

L'accord **peut** aussi fixer :

■ La **composition de la délégation qui négocie** les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement ;

■ La **périodicité de tout ou partie des thèmes de négociation**.

Si l'instauration d'un conseil d'entreprise implique le regroupement de l'ensemble des attributions des anciennes IRP en une seule instance, les législateurs ont

voulu accroître les compétences de cette instance en élargissant la liste des thèmes soumis à l'avis conforme.

## EN QUOI CONSISTE L'AVIS CONFORME ?

L'avis conforme ne représente pas une capacité nouvelle pour les IRP. Néanmoins, paradoxalement, ce droit à l'avis conforme, détenu principalement par le CE (le CSE

désormais), tendait à se contracter au fur et à mesure des réformes (loi Rebsamen, loi El Khomri, etc.) et concerne aujourd'hui pour les CSE un nombre assez limité de sujets.

1. La question de l'existence des délégués syndicaux en cas de conseil d'entreprise se pose du fait que leur principale compétence, la négociation et signature d'accords, leur est retirée. Un doute subsiste notamment sur le rôle des organisations syndicales pour négocier et signer le protocole d'accord préélectoral et le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ;

2. Art. L. 2321-1 ;

3. Art. L. 2321-9 : « La validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature par la majorité des membres titulaires élus du conseil ou par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Pour l'appréciation de ce dernier seuil, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin. »

## Les principales consultations pour lesquelles le CSE doit rendre un avis conforme

■ « L'employeur peut, à la demande de certains salariés, mettre en place un dispositif d'**horaires individualisés** permettant un report d'heures d'une semaine à une autre, [...] après avis conforme du CSE » (art. L. 3121-48)

■ « Le **congé de formation économique et sociale et de formation syndicale** est de droit, sauf dans le cas où l'employeur estime, après avis conforme du CSE, que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise » (art. L. 2145-11)

■ « Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un **repos**

**compensateur équivalent** peut être mis en place par l'employeur à condition que le CSE, s'il existe, ne s'y oppose pas. » (art. L. 3121-37)

■ « Le **médecin du travail est nommé et affecté** avec l'accord du CSE ou, dans les services de santé au travail interentreprises, avec l'accord du comité interentreprises ou de la commission de contrôle, ainsi que du conseil d'administration. » (art. R. 4623-5)

■ Même procédure lors d'un changement de secteur ou d'affectation du médecin du travail lorsque ce changement fait l'objet d'une contestation (art. R. 4623-12)

■ « Lorsque, pour **organiser le service de santé au travail**, l'entreprise a le choix entre les deux formes de service [...], ce choix est fait par

l'employeur. Le CSE préalablement consulté peut s'opposer à cette décision. » (art. D. 4622-2)

■ « La **cessation de l'adhésion à un service de santé au travail interentreprises** est décidée par l'employeur, sauf opposition du CSE préalablement consulté » (art. D. 4622-23)

■ Lorsqu'un salarié est désigné pour assurer la **représentation d'associations familiales**, l'autorisation d'absence ne peut être refusée par l'employeur que dans le cas où il estime, après avis conforme du CSE, que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise. (art. L. 211-13, code de l'action sociale et des familles)

Si l'effet immédiat d'un avis « conforme » favorable ou défavorable est connu (l'employeur peut agir dans le premier cas, il ne peut pas dans le deuxième cas), une incertitude demeure dans le cas où l'IRP concernée ne rend pas d'avis, la question étant d'autant plus prégnante depuis l'instauration des délais<sup>4</sup> : l'avis du CSE (ou du conseil d'entreprise) est-il nécessaire pour qu'un employeur puisse mettre en œuvre une décision ou l'absence d'avis représente-t-elle une acceptation implicite ?

Au vu de la formulation dans les dispositions relatives à l'avis conforme pour les conseils d'entreprise (« L'accord fixe la liste des thèmes tels que l'égalité professionnelle, soumis à l'avis conforme »<sup>5</sup>), **on peut penser que l'accord du conseil d'entreprise est nécessaire pour que l'employeur puisse mettre en œuvre ses décisions.**

Comparé au CSE, le conseil d'entreprise doit remettre un avis conforme sur des thèmes pour lesquels l'employeur a une responsabilité devant la loi en cas d'inaction<sup>6</sup> : la formation continue doit y

figurer, l'égalité professionnelle est suggérée. Cela soulève une interrogation sur la portée du droit de veto du conseil d'entreprise : en cas d'avis négatif (ou d'absence d'avis), la direction pourrait-elle déployer un plan de formation ? Quelle mise en œuvre d'une charte sur l'égalité professionnelle si le conseil d'entreprise émet un avis négatif ? L'employeur ne pouvant se soustraire à ses obligations, l'enjeu réside dans les suites du rendu d'un avis négatif (ou de l'absence d'avis) dans le cadre d'un avis conforme. Ainsi, parmi les cas d'avis conformes à rendre par le CSE (ou le conseil d'entreprise), lorsque l'avis de ce dernier est négatif, la législation prévoit des instances d'arbitrage :

■ **L'inspecteur du travail** pour la nomination d'un médecin du travail et en cas de changement d'affectation/de secteur (saisine par l'employeur, autorisation prise après avis du médecin inspecteur du travail)<sup>7</sup> ou lorsque l'employeur refuse au salarié un des congés prévus (voir encadré).

4. Selon l'article L. 2312-16, à l'expiration des délais fixés par un accord ou, à défaut, par les stipulations du décret, le CSE est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif ;

5. Art. L. 3121-37 ;

6. Obligation de formation des salariés pour la formation professionnelle ; établir au moins une charte pour l'égalité professionnelle ;

7. Art. R. 4623-8 ;

La **DIRECCTE** (saisine par l'employeur) s'agissant de la cessation de l'adhésion à un service de santé au travail interentreprises<sup>8</sup> et l'organisation des services de santé<sup>9</sup>.

Parfois, les différends peuvent se régler devant le conseil de Prud'hommes, par exemple lorsqu'un employeur refuse un congé de formation économique et sociale.

Une autre possibilité réside dans l'arbitrage réalisé par une instance tierce au sein de l'entreprise. Ainsi, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2016, dans les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), le plan de formation était approuvé par délibération du CE. A défaut, le plan de formation était soumis à délibération du conseil d'administration<sup>10</sup>.

Faute de précision par les dispositions légales et

réglementaires, l'impact et la portée d'un avis négatif (ou de l'absence d'avis) dans le cadre d'un avis conforme par le conseil d'entreprise **restent assez flous**, rendant difficile l'analyse de la véritable capacité d'action de ce dernier s'agissant des thèmes soumis à l'avis conforme. Attention toutefois aux directions désireuses de confondre avis conforme du conseil d'entreprise et négociation collective, un avis dans le cadre d'une consultation ne pouvant remplacer une négociation en bonne et due forme entre les partenaires sociaux. En revanche, certaines directions pourraient être rétives à instaurer un conseil d'entreprise du fait de l'élargissement des thèmes soumis à l'avis conforme.

## AVIS D'ETHIX

### **Le conseil d'entreprise ne répond pas aux besoins d'une plus forte implication des représentants de salariés dans les prises de décision**

Madame Muriel Pénicaud, Ministre du travail, a salué la faculté ouverte de mettre en place des conseils d'entreprise « *disposant de la compétence pour négocier et d'un pouvoir de codécision dans les domaines définis par l'accord* »<sup>11</sup>. Dans l'étude d'impact précédant les ordonnances, l'avis conforme est intégré à la partie sur la représentation des salariés dans les organes délibérants des entreprises<sup>12</sup>.

Néanmoins, le gouvernement s'est refusé dans les ordonnances à accroître tant le nombre d'entreprises couvertes par la représentation des salariés dans les organes de direction que la place de ces représentants dans la gouvernance d'entreprise. La création d'une instance facultative disposant d'un droit à avis conforme ne peut suffire à combler le manque d'ambition du gouvernement à cet égard.

Alors que l'élargissement de l'avis conforme fait partie dans l'étude d'impact des actions possibles « *dans une conception plus participative de l'entreprise* »<sup>13</sup>, la faiblesse des dispositions légales à ce sujet laisse songeur sur la réelle intention du gouvernement de permettre aux salariés de peser davantage sur la stratégie de l'entreprise. Une comparaison internationale est aussi riche

d'enseignements. Par exemple, en Allemagne, la « codécision » repose non seulement sur une IRP dans l'entreprise (à l'instar du CSE) disposant d'une capacité de négociation et d'un droit plus étendu à l'avis conforme, mais aussi sur une représentation plus affirmée et plus acceptée des représentants de salariés dans les organes de décision des entreprises. Il est à espérer que le gouvernement va s'atteler à combler ces manques dans la prochaine loi sur l'entreprise (dite loi PACTE).

Par ailleurs, la faculté pour le conseil d'entreprise de négocier et de conclure des accords d'entreprise représente une nouvelle brèche au monopole des organisations syndicales en matière de négociation : aucun mandatement donné par une organisation syndicale représentative ne lui est nécessaire et aucune limitation n'est donnée sur le champ ouvert à la négociation pour le conseil d'entreprise.

Dès lors, bien qu'ils perdurent avec l'instauration du conseil d'entreprise, les délégués syndicaux perdent l'essentiel de leurs prérogatives, ce qui interroge sur leur place et leur rôle dans l'entreprise, voire leur légitimité. Finalement c'est la position des organisations syndicales dans le dialogue social qui se trouve questionnée au sein de l'entreprise. Avec quelles conséquences pour leur rôle au sein des autres instances auxquelles elles participent ?

8. Art. D. 4622-23 ;  
9. Art. D. 4622-3 ;  
10. Art. L. 2323-39 ;

11. Interview de Muriel Pénicaud, <http://www.wk-ce.fr/actualites/detail/100752/muriel-penicaud-justifie-les-axes-de-sa-reforme.html> ;

12. Etude d'impact, 27 juin 2017, pp. 27 et 28 ;

13. Idem, p. 34 ;