FO
ACTION SOCIALE

REPRESEN-TATION DU PERSONNEL

Comment désigner un représentant de proximité ?

ORDONNANCES MACRON

Sylvian Niel, *Avocat Conseil endroit social, Cabinet Fidal*

Trop souvent le représentant de proximité est perçu comme le remplaçant du fameux délégué du personnel et une opportunité pour les nouveaux élus du CSE de reclasser les salariés qui ont perdu leur mandat. Si cette approche est tout à fait envisageable, elle n'est pas tout à fait conforme à l'esprit de cette réforme. La tentation est forte de reconstituer cette délégation perdue avec les représentants de proximité, mais il est possible de casser le modèle existant et d'engager une nouvelle forme de dialogue social. Revenons aujourd'hui sur la mise en place et le rôle des représentants de proximité.

Dans quel cadre mettre en place les représentants de proximité ?

L'accord collectif d'entreprise mettant en place les représentants de proximité fixe ses attributions, notamment en matière de santé-sécurité et de conditions de travail. Plusieurs enjeux sont à prendre en considération pour déterminer les attributions particulières des représentants de proximité.

Tout d'abord, s'il existe plusieurs établissements qui emploient au moins onze salariés, il faut savoir comment se positionne le CSE dans l'organisation de l'entreprise, quelles sont les responsabilités des dirigeants de ces sites.

Concrètement **ces responsables de site bénéficient-ils d'une autonomie de gestion suffisante notamment en matière de gestion du personnel** ? Si cette autonomie de gestion est constatée cela implique, en principe, le lancement de l'élection d'un CSE d'établissement, à moins que l'accord collectif reconnaissant les établissements n'en décide autrement. Le critère d'autonomie de gestion signifie que le chef d'établissement procède entre autres, aux embauches et aux licenciements, qu'il dispose d'une autonomie certaine concernant l'activité bancaire, la procédure budgétaire et qu'il bénéficie d'une délégation de pouvoir en matière juridique, économique et hiérarchique sur l'ensemble du personnel du groupe-agence *(**CE 28 juill. 1993 n° 110705, 110706, 110707, 1e et 4e**)*. En principe le caractère distinct d'un établissement est le reflet des délégations de pouvoir de celui qui le dirige.

Ensuite, **au sein de ces établissements, sites ou services quel est le rôle du représentant de proximité auprès du personnel**. Est-il simplement, à l'écoute du terrain, afin de transmettre au CSE ou à la commission santé-sécurité, les suggestions des salariés en matière de prévention des risques professionnels et de conditions de travail ? Ou comme l'indique la circulaire questions/réponses, le représentant de proximité pourra être chargé de jouer un rôle en matière de présentation des réclamations individuelles ou collectives. C'est le traitement de l'information collectée.

Au-delà de l'attribution en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, **peut-il exercer des prérogatives plus importantes**, comme par exemple

l'amélioration de la qualité de vie au travail, des suggestions sur l'organisation du travail et le développement de l'innovation sociale ?

Avec ces nouvelles prérogatives, l'accord peut prévoir des moyens suffisants pour exercer pleinement ses attributions. Il semble préférable d'être innovant en délaissant la « réunionite » au profit d'une communication rapide sous la forme de forum de discussion, de téléconférence mensuelle ou encore dans le cadre d'un réseau social dédié aux représentants de proximité. La possibilité de réaliser des enquêtes, d'organiser des réunions sous la forme de « brainstorming » ou de « think tank » peut aussi être envisagée.

Ensuite, il faut **discuter de la transmission des informations et suggestions que le représentant de proximité collecte auprès du personnel** pour le CSE et le rôle dans ce cas du responsable d'établissement.

Tout d'abord, s'agissant des sujets concernant l'établissement, il apparaît préférable de transmettre ces observations ou propositions au responsable du site. Ce dernier n'étant pas forcément sur place, la réunion n'est nullement obligatoire et peut donc être avantageusement remplacée par tout autre moyen de communication. Cela peut être par mails, visio-conférence, téléconférence ou forum de discussion. Lors de cet échange, le responsable de site et le représentant de proximité peuvent décider ensemble de faire remonter une thématique au CSE.

Dans ce cas, il convient de négocier dans l'accord la procédure de transmission de ces sujets au CSE, notamment si celle-ci doit reposer sur une requête conjointe ou non. Si elle se fait de concert entre le responsable de site et le représentant de proximité, il est souhaitable d'anticiper aussi le traitement d'un éventuel différent entre ces deux collaborateurs, portant soit sur l'opportunité de cette saisine, soit sur le choix du thème. En effet, cette instance doit pouvoir agir au niveau du terrain afin de résoudre les difficultés qu'elle constate auprès du personnel ; à défaut le CSE risque d'être engorgé de questions.

Comment choisir le représentant de proximité ?

C'est une question primordiale. **De sa réponse dépend la qualité de cette représentation et sa crédibilité auprès du personnel**. Selon la législation, si l'accord collectif précise les modalités de leur désignation, ces représentants sont ou des membres du CSE, ou désignés par lui parmi le personnel. Ainsi, si l'accord fixe les règles de désignation des représentants de proximité, c'est au CSE de les choisir. Par règles de désignation, il faut comprendre tout d'abord, que l'accord peut retenir une désignation proportionnelle à la représentativité syndicale de l'établissement, de l'entreprise ou le principe de candidatures libres indépendantes de toute appartenance syndicale.

Ensuite, l'accord précise si les représentants de proximité sont désignés parmi les seuls membres du CSE ou parmi l'ensemble du personnel. L'accord peut donner la priorité aux élus titulaires du CSE, ou aux suppléants. Il semble possible d'introduire des critères de désignation des candidats afin de privilégier l'appartenance à l'établissement, la connaissance du personnel y travaillant et le sens de l'animation d'un groupe de personnes. Ainsi, **le fait de travailler sur le site ne suffit pas pour**

être éligible : il faut que le candidat développe des aptitudes permettant d'animer le mandat qui lui est confié. Ce choix négocié dans le cadre de l'accord doit permettre de valoriser les aptitudes attendues à ce niveau de mandat : ancienneté sur site, niveau d'expérience et aptitudes professionnelles, par exemple en matière de sécurité, peuvent être retenus prévus comme conditions préalables à toute désignation. Rien n'interdit de prévoir que la désignation se fait à l'aide d'une élection. Selon la circulaire questions-réponses, l'accord d'entreprise ne peut pas prévoir que les représentants de proximité sont désignés par les organisations syndicales représentatives parmi les salariés de l'entreprise L'accord ne peut pas non plus prévoir que les représentants de proximité sont directement élus par les salariés du périmètre d'implantation concerné.

Combien de représentants de proximité par site ?

L'accord d'entreprise définit le nombre de représentants de proximité. Cette question relève de la négociation collective.

Ainsi par exemple avec six établissements dépassent le seuil de 11 salariés, dont trois en dessous du seuil de 50 personnes. En l'absence d'accord cela donne six CSE d'établissement avec 27 titulaires élus, hormis les sièges pour le CSE central. Dans cette hypothèse, il faudra quand même élire un CSE central.

Dans ce cas, la négociation peut porter sur le regroupement des établissements par activité, afin d'obtenir un CSE dédié aux usines et un autre regroupant les services centraux et support, par exemple. Les représentants de proximité sont dès lors mis en place dans les sites dépourvus de CSE soit au sein de huit sites dans notre exemple.

Qu'en est-il des crédits d'heures ?

Inutile de dire que **cette partie de la négociation dépend directement de celle concernant les modalités de désignation et de fonctionnement des représentants de proximité**. En effet, si les réunions périodiques ne sont pas retenues comme l'une de leurs conditions de fonctionnement, et que l'accord favorise la relation directe à l'aide des technologies de l'information *(forums de discussion, mails ou encore téléconférences),* le choix du crédit d'heures sera différent de celui négocié dans le cadre d'une communication établie au sein de sessions avec le responsable de site. Dès lors à ce stade de la négociation, plusieurs options sont envisageables.

En tout premier lieu, les parties à l'accord considèrent que l'utilisation de ces technologies est hors crédit d'heures, soit ils estiment au contraire que ce temps s'impute sur ce crédit. De l'une ou l'autre option dépend déjà l'importance du nombre d'heures de délégation.

Ainsi, dans une négociation collective il est possible d'envisager plusieurs formes de crédits d'heures. Il existe plusieurs options :

- 10 heures par mois, à l'instar du nombre d'heures de délégation accordé aux membres du CSE dans la tranche d'effectif de 11 à 24 salariés ;
- 15 à 20 minutes par salariés et par mois calculées sur la base de l'effectif de l'établissement ;
- 100 heures par an pour les sites ne dépassant pas 11 salariés et 120 heures au-delà, etc. ;

Le concept étant d'obtenir pour les représentants de proximité un volume d'heures de délégation en cohérence avec l'exercice de leurs attributions au sein du site.

En second lieu, l'autre option dans cette négociation est de discuter avec les représentants de proximité le contingent qui leur apparait nécessaire, après une période test de 2 à 3 mois. Cette approche permet de fixer ce crédit en fonction des problématiques rencontrées sur le site par le représentant de proximité et du temps nécessaire pour les traiter.

Enfin si l'accord qui institue les représentants de proximité ne prévoit pas, pour les membres du comité social et économique, des heures de délégation supplémentaires, ils utilisent les heures de délégation de membre du comité social et économique pour exercer leurs fonctions de représentants de proximité.

Que faut-il négocier dans l'accord majoritaire ?

Qu'elle est sa durée ?

Comme on l'a vu, l'accord d'entreprise est un accord collectif majoritaire. Il ne s'agit donc pas d'un accord d'établissement, ni de groupe, mais de l'accord qui reconnaît les différents établissements distincts d'un CSE.

Quant à sa durée et en l'absence de précision sur ce point de l'ordonnance, l'accord peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée. Sa durée peut par exemple être fixée en fonction de la durée des mandats, soit entre deux ou quatre ans.

Ou si, au contraire, il faut prévoir une durée indéterminée pour stabiliser le paysage de la représentativité du personnel sur une durée plus longue que celle du cycle électoral.

Quels établissements ?

L'accord doit préciser les institutions concernées. En principe, il porte sur les CSE d'établissement et les représentants de proximité. Toutefois, l'accord peut aussi porter sur l'application de ce périmètre aux délégués syndicaux. En effet, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même, en principe, que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'établissement et donc du CSE, à moins qu'un accord collectif n'en dispose autrement ***(Cass. soc. 18 mai 2011, n° 1060.383)***.

La négociation tend à définir distinctement les établissements au sens du CSE et ceux où seront mis en place un ou plusieurs représentants de proximité. Le

chevauchement des deux instances, CSE et RP, est déconseillé, mais possible si un établissement distinct pour le CSE regroupe en fait plusieurs sites différents.

Combien faut-il de représentants de proximité ?

La négociation doit envisager le nombre de représentants de proximité par site. Pour négocier ce nombre, il convient de dénombrer les établissements où un RP peut être désigné. A priori, il s'agit des sites de petite taille n'excédant pas 11 salariés et de ceux qui, bien que dépassant 11 salariés, sont dépourvus d'un CSE d'établissement. Certains sites peuvent très bien ne pas avoir de RP, si les attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail sont assumées pleinement par la commission du CSE ou lui-même et si l'accord collectif le prévoit. En principe un représentant suffit par site de moins de 11 salariés et deux à trois représentants jusqu'à 50 personnes, pour les établissements où aucun CES n'est mis en place.

Une autre approche des négociations **est d'envisager qu'un représentant de proximité, ou RP, sera désigné si la majorité des salariés présents sur le site le réclame**. Cela peut être, par exemple, une interrogation s'appuyant sur un vote à bulletins secrets soulevée lors d'une réunion sur le droit d'expression collective prévu par l'article L. 2281-1 du Code du travail ou lors d'une consultation par voie électronique, dans la mesure où cet article prévoie que *« l'accès de chacun au droit d'expression collective peut être assuré par le recours aux outils numériques sans que l'exercice de ce droit ne puisse méconnaître les droits et obligations des salariés dans l'entreprise ».* Toute autre forme de consultation peut être envisagée, dès lors qu'elle permet de garantir l'expression libre du personnel.

Comment fonctionne un représentant de proximité ?

La négociation fixe aussi les modalités de fonctionnement des représentants de proximité.

En général on négocie :

- un volume d'heures de délégation, en s'inspirant des limites prévues pour le CSE, en l'occurrence 10 heures mensuelles pour les sites de moins de 25 salariés et 20 heures pour les autres. En principe, ces heures sont mutualisables entre représentants de proximité. Au-delà de ce crédit, un volant mensuel d'heures supplémentaires individuelles et non mutualisables peut être prévu par l'accord ;
- la dotation d'équipements en technologie d'information afin d'assurer d'une manière satisfaisante les attributions du représentant de proximité. Le matériel qu'il est possible de négocier peut être un micro-ordinateur équipé de logiciels standards bureautiques, d'une imprimante-photocopieuse, d'une clé USB par représentant de proximité, des consommables et des coûts de maintenance de ces matériels dans des conditions normales d'utilisation ;
- la mise à disposition d'un téléphone portable si le représentant de proximité a besoin de cette technologie dans ces relations avec le CSE et la direction ;
- des abonnements à des revues techniques entrant dans leurs attributions ;

- un cycle de formation en droit du travail et en santé, sécurité et conditions de travail ;

En fonction des attributions dévolues aux représentants de proximité, il est en outre possible de prévoir afin de communiquer avec le personnel :

- une messagerie dédiée avec une adresse mail personnalisée comme « *jean.dupont@représentant-proximité » ;*
- un forum de discussion interactive qui peut aussi être accessible sur smartphones.

La négociation de ces moyens de fonctionnement s'inscrit dans la logique d'une communication adaptée et efficace pour des salariés qui vont constituer des relais sur le terrain dans des sites de petite taille dépourvus, en principe, d'un représentant de la direction qualifié. Ainsi, tout aussi important que les moyens dont ils disposent pour communiquer avec le personnel, il faut négocier les modalités de communication avec la direction et le CSE.

Comme on l'a déjà signalé, la réunion physique n'est pas forcément adaptée à leurs prérogatives, car ils sont souvent sur un site éloigné d'un centre de décision ou du lieu où siège le CSE. Aussi les moyens de communication suivants peuvent être négociés ;

- des « web-conférence » avec le téléchargement et l'installation des logiciels dédiés ;
- des « espaces collaboratifs » afin de participer à l'amélioration des conditions de santé, sécurité et conditions de travail, en signalant des évolutions ou des difficultés via une interface dédiée ;
- des « communautés »
- des forums de discussion ouverts à plusieurs participants dont les représentants de proximité
- des téléréunions... etc.

A ce niveau de représentation, il n'est pas prévu de local. Il peut toutefois être négocié un droit d'accès à celui du CSE prévu par **l'article L.2325-12 du Code du travail**. Autre point à négocier : celui du droit de circulation. En principe le droit de circulation est limité au seul site qu'il représente et donc aux locaux couverts par le champ géographique de leur mandat, à moins qu'il ne soit membre du CSE. Dans ce dernier cas, il bénéficie d'une totale liberté de circulation dans tous les sites de l'entreprise. En effet, lorsque les représentants de proximité sont membres du comité social et économique, ils bénéficient des moyens garantis aux membres du comité.

Quelles attributions négocier ?

Ici aussi c'est du domaine de la négociation collective. On peut même considérer que c'est une condition essentielle quant à la validité de l'accord dans la mesure où **l'article L. 2313-7**dispose que l'accord définit également les attributions des représentants de proximité, notamment en matière de santé, de sécurité et de

conditions de travail. Il n'existe donc pas de disposition supplétive en cette matière et faute de précision par l'accord, le représentant de proximité est dépourvu d'attributions et l'accord qui l'a mis en place peut faire l'objet d'une action en nullité (**C. trav. art. L. 2262-14**).

Les attributions, si elles comportent celles en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, peuvent très bien être élargies à d'autres domaines, sans empiéter sur celles des élus du CSE. Il peut être négocié qu'en plus ils s'occupent de :

- prévenir les situations de harcèlement ;
- identifier les charges de travail excessives ;
- préconiser des améliorations dans l'organisation du travail du site ;
- recommander des actions de nature à améliorer la qualité de vie au travail du personnel ;
- améliorer la communication interne ;
- promouvoir la reconnaissance au travail.

On observe d'emblée que la définition des attributions ne se limite pas aux domaines dans lesquels le représentant de proximité intervient, mais aussi dans la manière dont il intervient. Entre l'observation de difficultés, la transmission de problématiques, les recommandations, l'action de prévention ou d'amélioration, le représentant de proximité passe d'un rôle statique à une fonction dynamique. C'est à la négociation de préciser l'ampleur de ses attributions.

VOTRE DOCUMENT SUR LEXTENSO.FR - 24/10/2018 09:17 | UNIVERSITE DE STRASBOURG

Lextenso

Les représentants de proximité

Issu de Bulletin Joly Travail - n°01 - page 60
Date de parution : 01/09/2018
Id : BJT110b1
Réf : BJT sept. 2018, n° 110b1, p. 60

Auteurs :
- Stéphanie Guedes Da Costa, avocat au barreau de Paris, associé, Flichy Grangé Avocats, Grégoire Loiseau, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1), codirecteur scientifique du Bulletin Joly Travail

Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Le comité social et économique - » du Bulletin Joly Travail.

Les représentants de proximité sont l'innovation la plus originale de la réforme du droit de la représentation du personnel. Nouvelle catégorie légale mais n'ayant d'existence que conventionnelle pour opérer en qualité d'auxiliaires du CSE, l'étude de leur nature juridique permet de se donner des clés pour comprendre les différentes variables de leur régime.

1. Les représentants de proximité sont probablement l'innovation la plus originale de la réforme du droit de la représentation du personnel[1]. Rien qui leur ressemble n'existait dans le droit antérieur et, si un rapprochement peut être opéré avec les délégués du personnel, il n'y a pas, entre eux, de réel lien de parenté. Les représentants de proximité, s'ils sont prévus par le législateur, ne sont mis en place dans l'entreprise qu'au moyen d'un accord collectif ; ils ne sont pas obligatoires mais facultatifs ; ils ne sont pas en principe élus mais désignés[2] ; ils n'ont pas légalement de compétences d'attribution mais des prérogatives librement déterminées par l'accord ; leur régime n'est pas défini par le Code du travail mais par l'accord qui les institue. Cet objet juridique insolite s'éclaire tout de même à la lumière de son instance de rattachement, le comité social et économique. On retrouve la même faveur pour la norme conventionnelle, poussée ici à l'extrême puisqu'il n'est rien prévu d'autre. On croise aussi l'esprit de déspécialisation qui caractérise le CSE, les représentants de proximité pouvant exercer toutes sortes de prérogatives parmi lesquelles, « notamment », des attributions « en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail »[3].

C'est cependant l'originalité qui domine et plus particulièrement la fonction de représentation qui dépareille car elle ne tire pas, comme d'ordinaire, sa légitimité de l'élection[4]. La légitimité des représentants de proximité a deux ressorts : l'accord collectif qui les institue et le CSE dont ils sont une émanation directe ou indirecte[5]. Sans doute, la formule n'est pas totalement inédite : le représentant syndical au CHSCT avait en principe une origine conventionnelle et faisait l'objet d'une désignation[6]. Mais la combinaison de la conventionalité des représentants de proximité et de leur affiliation à l'instance qu'ils assistent est pour le coup radicalement nouvelle. En y regardant bien, on touche là à la nature de ces représentants hors du commun. Etablis exclusivement par accord collectif, ils s'imposent au CSE qui n'a pas voix au chapitre pour décider de leur mise en place, ni même de leurs attributions ou des modalités de leur désignation. Mais, parce qu'ils sont appelés à exercer un rôle d'auxiliaire du comité, ils ont un lien organique avec celui-ci. L'analyse de leur nature n'est toutefois qu'une première étape. Elle prépare l'examen de leur régime qui relève, lui aussi, du cadre conventionnel – les attributions et les moyens des représentants de proximité, en particulier, sont définis par l'accord collectif – tout en étant étroitement lié au fonctionnement du CSE auquel ces organes participent de manière satellite.

I – La nature des représentants de proximité

2. Les représentants de proximité sont des objets juridiques d'un genre nouveau. D'ascendance conventionnelle,

encore que la catégorie juridique soit prévue par la loi, leur existence s'impose au CSE pour la réalisation de missions qui sont celles du comité avec l'esprit de l'en décharger, du moins de l'assister dans leur exercice. Désignés parmi les membres du CSE ou en dehors de la délégation élue du personnel – mais dans ce dernier cas nécessairement par le comité –, ils ont un statut qui leur est propre dans l'accomplissement de leurs attributions, ce qui les place à part de l'instance élue sans lui être totalement étrangers. Voilà, à grands traits, l'image inhabituelle que donne de ces représentants l'article L. 2313-7 du Code du travail. Pour en avoir une représentation plus fine et plus précise, il faut croiser les points de vue qui sont les marqueurs de leur identité juridique : d'une part, ils constituent une catégorie légale ; d'autre part, leur existence est conventionnelle ; enfin, ils officient en qualité d'auxiliaire du CSE.

A – Une catégorie légale

3. Les représentants de proximité ne sont pas réductibles à une instance conventionnelle, même s'ils doivent à un accord collectif d'être mis en place dans l'entreprise. Ils constituent, avant toute chose, une catégorie légale. C'est la loi qui les institue en tant que nouvelle espèce de représentants du personnel et qui délègue aux partenaires sociaux la possibilité de les constituer. De manière générale, un accord collectif ne peut créer *ex nihilo* une catégorie juridique nouvelle indépendamment de la loi[7]. Un représentant du personnel qui serait une pure création conventionnelle ne ressortissant d'aucune catégorie légale ne pourrait bénéficier de la protection prévue par le Code du travail[8]. Aussi, quoique facultative et dépendant de la conclusion d'un accord collectif, l'existence des représentants de proximité est d'abord une création de la loi.

Leur métissage – catégorie légale ayant besoin d'un accord collectif pour se réaliser – explique tout de même qu'ils sont laissés largement en retrait du Code du travail. Évoqués dans un peu moins d'une vingtaine d'articles, la grande majorité de ces dispositions concerne leur qualité de salarié protégé et la protection qui en découle[9]. Seuls trois textes leur sont spécifiquement ou accessoirement consacrés : l'article L. 2313-7 qui pose le principe du recours à l'accord collectif pour les mettre en place et définir leurs modalités, l'article L. 2315-61 qui fait état de la possibilité pour le CSE de consacrer une partie de son budget de fonctionnement à leur formation et l'article R. 2314-1 qui traite de la question des heures de délégation. C'est peu, mais suffisant pour donner à l'institution un socle légal quand bien même elle est, pour sa mise en œuvre, entièrement façonnée par l'accord collectif.

L'hybridité des représentants de proximité est également perceptible dans les dispositions relatives à leur qualité de salariés protégés. Ils sont visés aussi bien dans la liste des salariés investis légalement d'un mandat, à l'article L. 2411-1 du Code du travail, que dans celle des salariés institués par accord collectif, à l'article L. 2411-2.

B – Une existence conventionnelle

4. Les représentants de proximité n'existent, on l'a dit, que si un accord collectif les prévoit. C'est cet accord qui règle, de surcroît, toutes les modalités permettant de les rendre opératoires, qu'il s'agisse de leur nombre, de leurs attributions, des modalités de leur désignation et de leurs modalités de fonctionnement. Les représentants de proximité sont, à cet égard, un produit conventionnel car il n'est prévu, ni de dispositions supplétives pour le cas où l'accord serait incomplet sur un point ou sur un autre, ni de dispositions d'ordre public pour leur donner un minimum de consistance commune.

La conventionalité est bien dans leur nature : avec l'idée que, à défaut d'être élus, les représentants de proximité ne peuvent tenir leur légitimité que d'un accord conclu par des « organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote »[10], il n'y a qu'un accord collectif qui puisse les instituer. À la différence d'autres adaptations conventionnelles de règles relatives au CSE, l'ordonnance du 22 septembre 2017 n'envisage pas la possibilité, en l'absence de délégué syndical, de conclure un accord avec le CSE.

5. Et ce n'est pas au demeurant n'importe quel accord puisqu'il s'agit nécessairement de l'accord défini à l'article L. 2313-2 du Code du travail pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts. C'est le même accord, aussi, qui constitue en principe le support pour mettre en place une ou plusieurs CSSCT, encore que des alternatives existent. Mais est-ce à dire, compte-tenu de l'objet principal de l'accord, que des représentants de proximité ne peuvent être institués que si l'entreprise comporte plusieurs établissements, l'étant alors à l'occasion de l'accord qui les détermine ? Cette compréhension restrictive du texte n'a de sens, ni en droit, ni en pratique. En droit, il n'y a aucun rapport nécessaire entre l'existence d'établissements distincts et celle de représentants de proximité qui justifierait de lier à la reconnaissance des uns la mise en place des autres. Et, en pratique, si la « proximité » des représentants en fait des acteurs de terrain à même d'intervenir dans le périmètre d'action des CSE d'établissement, ils peuvent aussi être utiles dans une entreprise à mono-établissement, notamment lorsque celle-ci comprend des sites qui ne constituent pas des établissements distincts[11].

Dans ces conditions, pourquoi avoir fait de l'accord collectif relatif aux établissements distincts la matrice des représentants de proximité ainsi que l'acte traitant, en principe, de la ou des CSSCT ? On peut voir dans ce souci de concentration au sein d'un même accord la volonté des auteurs de l'ordonnance du 22 septembre 2017 de favoriser un règlement d'ensemble des éléments de structure œuvrant à la configuration du CSE : existence, ou non, de CSE d'établissement selon qu'il est convenu de la reconnaissance, ou non, d'établissements multiples ; adjonction, ou non, de représentants de proximité ; mise en place, ou non, d'une CSSCT lorsqu'elle n'est pas obligatoire ou de plusieurs CSSCT. Le fait que l'entreprise soit mono-établissement ne devrait donc pas empêcher de prévoir des représentants de proximité, l'accord visé à l'article L. 2313-2 pouvant d'ailleurs avoir pour objet de convenir que l'entreprise constitue un seul et même établissement pour la mise en place de la représentation du personnel.

Tout au plus la question pourrait-elle se poser de la possibilité de conclure un accord uniquement sur les représentants de proximité lorsque les partenaires sociaux ne se sont pas accordés sur les établissements. Dans ce cas, les textes laissent à l'employeur le soin de déterminer unilatéralement le ou les établissements distincts sous réserve d'un recours contre sa décision, comme ils lui permettent, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, de décider unilatéralement de la mise en place d'une ou plusieurs CSSCT. Cette modalité subsidiaire n'étant pas prévue pour les représentants de proximité, il reviendra à la Cour de cassation de décider si l'absence d'accord des partenaires sociaux sur les établissements ou, le cas échéant, sur l'existence d'un seul établissement leur laisse tout de même la possibilité de conclure un accord sur les représentants de proximité. Pour dire les choses autrement, il lui faudra répondre à la question de savoir s'il suffit d'avoir engagé une négociation sur les établissements pour pouvoir, lorsqu'elle est infructueuse, limiter l'accord aux seuls représentants de proximité.

6 . La communauté d'accord, ou du moins de négociation, pour traiter ensemble des établissements de l'entreprise, des représentants de proximité et d'une ou de plusieurs CSSCT ainsi que de leurs attributions respectives pose une autre question qui est celle du moment auquel l'accord peut être conclu ou – la problématique est la même – auquel il est susceptible d'être révisé. Est-ce lors de la mise en place du CSE puis à chaque renouvellement ou à un moment quelconque au cours du cycle électoral ? L'esprit des textes étant de procéder, dans un même accord, au règlement des principaux éléments configurant l'instance, il pourrait être défendu que cette configuration doit demeurer en l'état jusqu'à la fin du cycle électoral[12]. En ce sens, il a été indiqué dans les questions/réponses diffusées par le ministère du Travail le 19 avril 2018 sur le comité social et économique que, dans l'hypothèse où l'accord fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts serait révisé pendant l'application de l'accord, le nouveau découpage ne serait effectif qu'au moment du renouvellement du CSE[13]. Si cette analyse, qui n'est pas sans appeler quelques réserves, devait être suivie, il serait logique qu'elle soit également appliquée aux représentants de proximité. Il en résulte qu'on ne pourrait pas introduire en cours de cycle électoral des représentants de proximité, les supprimer, en augmenter le nombre ou le réduire.

La question se pose en des termes voisins en ce qui concerne la dénonciation de l'accord : faut-il attendre le renouvellement de l'instance pour que l'accord de substitution produise effet ? S'il n'y a pas, à ce stade, de solution certaine, on peut quand même être sûr d'une chose : la dénonciation partielle n'étant pas en principe admise, une dénonciation ferait table rase de tous les volets de l'accord et obligerait à renégocier aussi bien sur les établissements distincts que sur les représentants de proximité, voire la CSSCT, sachant que, en cas d'échec, il n'existe pas de dispositions supplétives concernant les représentants de proximité.

La mise en cause de l'accord est susceptible de donner lieu à d'autres difficultés. Le principe, en pareil cas, est que l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis[14]. L'accord sur les représentants de proximité peut cependant ne pas être adapté à la nouvelle situation de l'entreprise issue d'une fusion, d'une cession ou encore d'une scission. Pour éviter son maintien après l'opération, il est possible de conclure avant celle-ci un accord de substitution qui entrera en vigueur à la date de réalisation de l'évènement. Mais cet accord, qui doit être négocié entre les employeurs des entreprises concernées et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise qui emploie les salariés dont les contrats de travail sont susceptibles d'être transférés, a une durée maximale de trois ans et ne s'applique qu'aux salariés transférés[15]. Une autre possibilité est d'adapter les accords relatifs aux représentants de proximité applicables dans les entreprises concernées par l'opération au moyen d'un accord conclu entre les employeurs et les OSR desdites entreprises, lequel se substitue à l'accord mis en cause et révise celui applicable dans l'entreprise dans laquelle les contrats de travail sont transférés[16]. Il reste que, à défaut de parvenir à conclure de tels accords, l'accord initial sur les représentants de proximité peut devoir continuer à s'appliquer dans un nouveau contexte qui ne lui correspond pas jusqu'à un an après l'expiration du délai de préavis, sauf à considérer qu'il y a lieu de transposer les règles concernant le sort des mandats des élus du CSE en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur[17].

On voit bien, dans ces conditions, que les règles relatives à la mise en cause, mais également à la dénonciation ou à la révision, ne sont pas adaptées à la spécificité des accords à finalité institutionnelle[18] qui constitue l'espèce dont relève l'accord visé à l'article L. 2313-7 du Code du travail. Il ferait sens, dès lors, de leur consacrer un régime spécifique[19], la Cour de cassation pouvant procéder à cet effet à des ajustements bien qu'il soit préférable que le législateur reprenne la main.

7. Il faut dire un mot, enfin, de l'hypothèse de la nullité de l'accord fondateur. Quoique l'action en nullité soit désormais enfermée dans un bref délai de deux mois, un risque demeure que la situation juridique constituée par l'accord soit remise en cause. En cas d'annulation, le nouvel article L. 2262-15 du Code du travail permet, il est vrai, d'en limiter les effets pour le passé puisque le juge a le pouvoir, soit d'écarter purement et simplement la rétroactivité, soit de faire varier les effets de la nullité dans le temps en fonction des intérêts à préserver. Mais la Cour de cassation a franchi un palier supplémentaire en écartant purement et simplement l'effet rétroactif de la nullité lorsque celle-ci atteint « un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel »[20]. Encore faut-il toutefois pouvoir considérer que l'accord instituant des représentants de proximité est « relatif à la mise en place d'IRP ». On peut le concevoir en ce qu'il porte aussi sur les établissements distincts dont la détermination entraîne la mise en place de CSE d'établissement. Sous le seul angle des représentants de proximité, cela pose en revanche la question de savoir s'ils ont la qualité d'institutions représentatives du personnel. On reviendra sur ce point.

C – Une qualité d'auxiliaire

8. Auxiliaire pour signifier que les représentants de proximité apportent leur concours au CSE pour l'exercice de certaines de ses prérogatives, sans être indispensables puisqu'il s'agit d'attributions de l'instance dont celle-ci reste investie. Auxiliaire, aussi, pour indiquer que les représentants de proximité ont un statut propre qui ne se confond pas avec celui des membres de l'instance quand bien même ils y seraient élus. On mesure ici toute l'originalité de ces organes qui sont tout à la fois indissociables du CSE – les représentants de proximité n'ont de raison d'être que pour l'assister dans la réalisation de certaines de ses missions – et détachés de celui-ci – les représentants de proximité sont des organes facultatifs qui officient dans l'orbite du comité.

Ce particularisme des représentants de proximité se manifeste de différentes manières. Ayant une fonction de représentation du personnel, ils bénéficient du même statut protecteur que les représentants élus[21], ce qui n'était pas le cas du représentant syndical au CHSCT. Mais, ne constituant pas une institution représentative du personnel à part entière, il n'est pas prévu que l'exercice de leurs attributions soit protégé par le délit d'entrave[22]. Pour la même raison, les règles applicables aux élus du CSE ne le sont pas aux représentants de proximité, qu'il s'agisse de la parité, du cumul des mandats ou de l'obligation de discrétion, à moins que l'accord le prévoie.

On peut toutefois se demander si cette différence de condition, qui est nette lorsque les représentants de proximité ne sont pas des élus du CSE, n'est pas brouillée dans l'hypothèse contraire. Autrement dit, lorsque les représentants de proximité sont membres du CSE, ne sont-ils pas *ipso jure* assujettis aux règles qui obligent les élus de l'instance ? Rien ne justifie, en réalité, d'amalgamer des statuts qui s'additionnent. Si les membres du CSE doivent respecter, ès-qualité, certaines règles, ils n'y sont pas tenus ès-qualité de représentants de proximité. Bien sûr, les choses peuvent être en pratique plus complexes et l'appartenance des représentants de proximité à la délégation élue du personnel est susceptible d'entraîner des problèmes de frontière comme on en a connu entre les délégués du personnel et les délégués syndicaux. La mixité des qualités d'élu du CSE et de représentant de proximité, lorsqu'elles sont réunies sur la même tête, permet aussi de surmonter des questions de répartition des compétences quand certaines sont *a priori* réservées aux élus du CSE, comme l'enquête[23]. Une qualité peut justifier l'exercice d'une prérogative que l'autre ne permettrait pas d'accomplir. Il n'en reste pas moins que, juridiquement, les qualités pas plus que les statuts ne se confondent. On peut d'ailleurs estimer que, en cas de licenciement d'un représentant ayant la double qualité, il faudrait demander à l'inspecteur du travail d'autoriser celui-ci en chacune des qualités d'élu du CSE et de représentant de proximité.

9. Peut-on parler, dans ces conditions, d'autonomie des représentants de proximité ? Celle-ci n'est, tout bien considéré, que relative. Si les représentants tiennent leurs prérogatives de l'accord collectif, ces dernières sont enchâssées dans celles de l'instance élue. Les représentants de proximité, répétons-le, n'ont aucune prérogative propre. En outre, le CSE n'est pas privé de celles qui leur sont dévolues, les textes ne prévoyant pas, à la différence de la CSSCT, que ses attributions font l'objet d'une délégation aux représentants de proximité, ce qui impliquerait que le comité ne puisse plus les exercer lui-même. On en comprend la raison : une chose est de décider, par accord collectif, de déléguer certaines prérogatives à un organe interne au CSE, ce qu'est la CSSCT ; autre chose que de réduire, au moyen de l'accord qui met en place les représentants de proximité, les attributions de l'instance en les transférant à des représentants extérieurs au CSE, même si certains y sont élus.

Mais on l'a dit : les choses, en pratique, n'ont pas cette finesse du trait. On constate en particulier que certains

accords collectifs conclus à ce sujet font état d'une délégation de prérogatives au bénéfice des représentants de proximité[24]. La nature conventionnelle de ces représentants prend le dessus et, en l'absence d'ordre public encadrant ou structurant leur mise en place, est la plus forte pour faire de leur régime une réalisation des partenaires sociaux.

II – Le régime des représentants de proximité

10. Les prescriptions légales concernant le régime des représentants de proximité sont minimales et c'est bien là aussi que réside la principale nouveauté. Le législateur a souhaité doter cette nouvelle figure de représentation du personnel d'une plasticité maximale en bridant le moins possible les négociateurs, libres de l'adapter pour tenir compte des spécificités et besoins propres à chaque entreprise. Si la négociation collective est un cadre désormais classique pour traiter des moyens et du fonctionnement des institutions représentatives du personnel, la loi n'avait jusqu'ici jamais délégué aux partenaires sociaux le soin de définir eux-mêmes les attributions d'une instance. La représentation du personnel est décidément avec cette réforme beaucoup moins empreinte d'ordre public qu'elle ne l'était auparavant.

A – Un régime conventionnel

11. Le Code du travail ne fait qu'esquisser un régime : les représentants de proximité sont membres du CSE ou désignés par lui pour une durée qui prend fin avec celle des membres élus du CSE[25] ; leurs attributions comprennent « notamment » la santé, la sécurité et les conditions de travail ; ils peuvent bénéficier d'heures de délégation mais celles-ci peuvent être celles dont ils disposent en tant que membres du CSE[26] ; ils bénéficient ès-qualité d'une protection à partir du dépôt de leur candidature, pendant le mandat et six mois après son expiration ou la disparition de l'institution.

La loi délègue aux partenaires sociaux le soin de déterminer : le nombre de représentants de proximité ; leurs attributions, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ; les modalités de leur désignation ; les modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation. L'emploi, à l'article L. 2313-7 du Code du travail, du présent de l'indicatif (« définit ») doit-il être compris comme obligeant les négociateurs à traiter dans l'accord l'ensemble des thèmes prévus par cette disposition ? On peut objecter à cela que l'accord n'a pas à prévoir nécessairement des heures de délégation supplémentaires pour les représentants de proximité par ailleurs membres du CSE[27]. Ce point est confirmé par les questions-réponses du ministère[28]. Toutefois, il est difficile de concevoir en pratique qu'un accord n'aborde pas l'ensemble de ces thèmes. Les représentants de proximité ne peuvent avoir de consistance et fonctionner sans que soient déterminés leur nombre, leurs attributions ou encore les modalités d'exercice de leurs fonctions. Aucune disposition législative supplétive ne pourra venir pallier le vide conventionnel : tout dans l'accord et rien que l'accord. De même, si l'accord n'est pas précis et complet, le juge pourra difficilement, dans le silence de celui-ci, se substituer à la volonté des parties en complétant la règle conventionnelle. La méthode d'interprétation qui doit normalement guider le juge pour interpréter les accords collectifs risque ici de trouver des limites s'agissant d'une instance pour laquelle il n'existe pas de références légales[29].

12. Peut-on imaginer que le règlement intérieur du CSE traite les thèmes visés à l'article L. 2313-7 ? On peut en douter. Le législateur a expressément confié à l'accord majoritaire d'entreprise, non seulement le soin d'instituer les représentants de proximité, mais aussi de prévoir leur régime. Alors que, s'agissant du régime de la CSSCT, la voie de l'accord avec le CSE est envisagée – en l'absence de délégué syndical – tout comme celle du règlement intérieur – à défaut d'accord majoritaire ou d'accord avec le CSE –, tel n'est pas le cas ici. S'il paraît possible pour le règlement intérieur de traiter certains aspects qui intéresseraient les représentants de proximité – par exemple la question de leur présence aux réunions des commissions du CSE prévues par l'accord et, plus généralement, les règlages permettant leur articulation concrète avec le CSE –, il semble beaucoup plus délicat d'aborder exclusivement dans le règlement intérieur un ou des thèmes relevant légalement de l'accord. Rien ne paraît en revanche s'opposer à ce que des avantages supplémentaires s'appliquent en vertu d'un usage ou d'un engagement unilatéral, même si le Code du travail ne l'envisage expressément que pour le CSE[30].

En attendant, il ne peut qu'être recommandé aux négociateurs d'aborder tous ces aspects et de prévoir, le cas échéant, des dispositifs permettant de réviser le texte ou d'ajuster l'instance. Se ménager cette souplesse peut se révéler extrêmement utile dans le cadre d'une catégorie nouvelle de représentants du personnel pour laquelle on n'a aucune expérience, ni recul, et qui a vocation à être adaptée *intuitu firmae*. On peut à cet égard relever qu'un accord a prévu une commission de suivi, d'interprétation et d'ajustement[31].

En pratique, les accords abordent l'ensemble des thèmes et vont même parfois au-delà en encadrant des points plus spécifiques. On y trouve fréquemment des dispositions visant à prévoir : le remplacement du représentant de

proximité qui cesserait ses fonctions32, le régime des heures de délégation (mutualisation, report, etc.), l'encadrement des déplacements, les moyens mis à disposition et notamment la formation. Même si on a vu que les représentants de proximité n'ont pas vocation à remplacer les délégués du personnel, les anciennes dispositions légales encadrant ces derniers peuvent inspirer les négociateurs, qu'il s'agisse de la désignation – conditions à remplir pour être désigné (âge, ancienneté dans l'entreprise, jouissance des droits civiques, etc.) – du remplacement d'un représentant de proximité temporairement ou définitivement absent33, des moyens – droit à un local34, droit d'affichage35, liberté de déplacement et de circulation36, etc.

13. On le voit, le législateur témoigne la plus grande confiance aux négociateurs pour modeler l'instance. Leur liberté est-elle totale ? La liberté des négociateurs trouve une première limite dans les quelques maigres prescriptions légales concernant les représentants de proximité. Même si ces dernières ne sont pas estampillées « ordre public », elles paraissent bien se présenter comme des règles s'imposant aux partenaires sociaux. C'est ainsi, par exemple, que les représentants de proximité « sont membres du comité social et économique ou désignés par lui ». Les questions-réponses élaborées par le ministère du Travail rappellent ainsi que les représentants de proximité sont : *soit* des membres du CSE et, dans ce cas, la désignation peut émaner non seulement du CSE mais également, par exemple, des organisations syndicales représentatives37 ; *soit* des personnes désignées par le CSE, telles que, par exemple, des salariés devant présenter certains prérequis fixés par l'accord (ancienneté, appartenance au site, à une catégorie professionnelle, aptitudes particulières, etc.). Dans cette dernière hypothèse, l'administration précise que l'accord ne peut prévoir que des salariés non élus du CSE sont désignés par des organisations syndicales représentatives. Il est également indiqué que l'accord ne peut prévoir que les représentants de proximité sont directement élus par les salariés du périmètre d'implantation concerné38.

Qu'adviendrait-il si le mode de désignation prévu conventionnellement ne respectait pas ces prescriptions ? L'illégalité de la clause pourrait sans doute être excipée par voie d'exception au-delà du délai légal de deux mois pour contester l'accord à l'occasion d'un contentieux sur la désignation des représentants de proximité. Quel serait le tribunal compétent pour connaître d'une contestation de désignation de représentant de proximité ? Les juges seront peut-être amenés à considérer, par analogie avec les solutions dégagées pour les représentants syndicaux aux CHSCT, que les contestations devront être portées devant le tribunal de grande instance, le délai de contestation n'étant, en l'absence de disposition contraire expresse, enfermé dans aucun délai39.

Une deuxième limite pourrait résider dans les dispositions d'ordre public encadrant les autres instances de représentation du personnel qui dessine en creux le champ du possible pour les partenaires sociaux, une sorte d'ordre public négatif. Ainsi, la règle suivant laquelle le CSE est informé et consulté sur la marche générale de l'entreprise relève de l'ordre public. Plusieurs accords prévoyant des « délégations » aux représentants de proximité fixent comme limites le pouvoir d'émettre un avis ou de désigner un expert40. De la même manière, seul le délégué syndical est investi d'une mission de négociation et de revendication. L'interprétation restrictive de la mission des délégués du personnel par rapport à celle des délégués syndicaux pourrait bien, à l'avenir, s'appliquer aux représentants de proximité.

Une troisième limite pourrait tenir à ce que les moyens prévus par l'accord doivent nécessairement permettre aux représentants de proximité d'exercer les attributions qui leur sont conventionnellement confiées. Si cette directive est explicitement posée aux négociateurs de la BDES41, elle ne l'est pas pour les représentants de proximité. On peut se demander quelles seraient, en pratique, les sanctions d'une disproportion manifeste entre les attributions et les moyens, alors même qu'aucune attribution ni aucun moyen ne sont légalement définis et ne peuvent servir de référent.

B – Les attributions

14. Il revient à l'accord collectif de définir les attributions, « notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ». Faut-il comprendre que l'accord doit nécessairement reconnaître aux représentants de proximité des attributions en matière de santé et de sécurité ? À s'en tenir à la lettre de l'article L. 2313-7, la réponse est positive. La question qui se pose alors est celle du rôle des représentants de proximité par rapport au CSE et à la CSSCT lorsqu'elle est mise en place. Leurs interventions respectives pourraient se concevoir comme complémentaires et non concurrentes dans le cadre d'un « triptyque articulé » : le représentant de proximité prendrait la mesure des difficultés concrètes et pourrait résoudre les problèmes quotidiens, la CCSCT serait le lieu d'approfondissement et d'analyse, préparant les délibérations du CSE, niveau où la santé et la sécurité sont abordées sous un angle plus politique et stratégique42.

Certains accords font effectivement jouer aux représentants de proximité un rôle de partenaires du CSE ou de la CSSCT, chargés de lui remonter les problématiques locales sur les sujets relatifs à la santé et à la sécurité. Les représentants de proximité peuvent également être mandatés pour réaliser des visites de site. D'autres accords,

allant plus loin, « délèguent » aux représentants de proximité les attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail au niveau local[43]. Sont parfois même prévues des attributions récurrentes exclusivement dévolues aux représentants de proximité[44]. Selon cette approche, la répartition obéit plus à une logique central/local que fonctionnelle même s'il peut parfois être prévu que certaines missions, comme l'enquête ou l'inspection, s'effectuent en lien avec un membre du CSE ou de la CSCCT. Les questions-réponses retiennent un peu cette logique lorsqu'il est affirmé que « les représentants de proximité sont des représentants du personnel intervenant dans un champ de compétence plus restreint que celui du comité social et économique d'établissement ou que celui du comité social économique qui l'a désigné ». Est abordé, à tire d'illustration, « un rôle en matière de présentation des réclamations individuelles et collectives » sans que soit évoqué l'aspect santé, sécurité et conditions de travail[45]. De fait, la plupart des accords confient aux représentants de proximité le traitement des réclamations individuelles et collectives en reprenant la terminologie définissant les anciennes missions des délégués du personnel désormais dévolues au premier chef au CSE, ceci allant parfois jusqu'à une forme de délégation totale.

15. Il reviendra à la jurisprudence de dire si ces délégations conventionnelles sont possibles ou pas. En faveur de cette thèse, on peut relever que c'est la loi qui délègue aux partenaires sociaux, par la voie solennelle de l'accord majoritaire, le soin de définir les attributions des représentants de proximité. Aucune restriction n'est fixée et on relève même qu'un des pans essentiels des attributions du CSE – la santé, la sécurité et les conditions de travail – est prévu comme devant relever des compétences des représentants de proximité lorsqu'ils sont institués, et ce sans limitation particulière.

À cela, il est cependant possible de répliquer que les attributions du CSE sont d'ordre public et ne peuvent lui être retirées par accord. La loi prévoit expressément que l'accord peut préciser les missions déléguées par le CSE à la CSCCT, démembrement spécialisé du CSE. Et encore : il est exclu de confier à cette commission le recours à un expert et les attributions consultatives. Aucune délégation n'est envisagée et ne peut être de ce fait opérée en direction des représentants de proximité, instance non collégiale, non spécialisée, qui n'a pas de légitimité élective lorsque les représentants de proximité ne sont pas membres du CSE. Dès lors, toute attribution confiée aux représentants de proximité devrait pouvoir rester dans l'orbite du CSE voulu omnipotent par le législateur.

On imagine que, même si cette analyse plus restrictive devait être retenue, des distinctions pourraient tout de même être opérées selon que sont en cause les questions de santé, sécurité et conditions de travail et les réclamations individuelles et collectives ou selon que les représentants de proximité sont ou non membres du CSE. Mais les textes ne font pas apparaître les lignes de démarcation avec évidence. En attendant, tout l'art des négociateurs consistera à définir des agencements pertinents et efficients sans créer des difficultés insurmontables issues de chevauchements ou de concurrences que l'ordonnance avait précisément pour objet d'éviter. Cela d'autant que les moyens peuvent ne pas être les mêmes selon que l'on agit comme représentant de proximité ou comme membre du CSE.

C – Les moyens et le fonctionnement

16. C'est l'accord collectif qui définit les modalités de fonctionnement et les moyens. S'agissant des heures de délégation, leur nombre relève de l'entière volonté des parties et devrait naturellement dépendre de l'importance des attributions confiées aux représentants de proximité. Cela dit, non seulement la loi n'a pas prévu de nombre minimal, mais il serait même possible de ne pas accorder de crédit d'heures particulier. L'article R. 2314-1 du Code du travail précise en effet que l'accord peut ne pas prévoir d'heures de délégation supplémentaires pour les membres du CSE qui sont également représentants de proximité. Si des représentants de proximité sont choisis en dehors du CSE, il paraît cependant difficile de ne pas leur allouer d'heures de délégation ou, à tout le moins, un aménagement de la charge de travail[46] pour leur permettre d'exercer leur mandat. En pratique, la plupart des accords publiés à ce jour ont prévu l'octroi d'un crédit d'heures spécifique.

Si le texte réglementaire envisage que le membre élu du CSE puisse utiliser les heures de délégation qui lui sont accordées au titre de ce mandat pour assurer les missions de représentant de proximité, faute de disposer d'un crédit d'heures spécifique à ce titre, il n'est pas évident de considérer que tous les moyens accordés au titre du mandat d'élu du CSE puissent être utilisés en qualité de représentant de proximité par un salarié qui serait titulaire des deux mandats. Cette transférabilité semble pourtant envisagée par le ministère du Travail[47] alors même que les mandats sont différents tout comme les moyens qui y sont attachés.

En particulier, le législateur n'a pas fait bénéficier les représentants de proximité de la possibilité de se déplacer à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise. L'article L. 2315-14 du Code du travail réserve cette liberté aux membres et aux représentants syndicaux du CSE. Les négociateurs peuvent pallier cette omission, sans doute en limitant cette liberté au périmètre d'exercice du mandat. Lorsque cette liberté leur est reconnue par l'accord ou que des missions spécifiques nécessitant des déplacements sont fixées, les dépenses y afférentes peuvent être

prises en charge par l'employeur[48]. Il peut notamment être prévu que les dépenses seront supportées par l'employeur lorsqu'elles sont liées aux réunions convoquées par lui.

S'agissant de la formation, le législateur, tout en prévoyant que les représentants de proximité peuvent être désignés en dehors du CSE, n'a pas prévu que l'accord définisse les modalités de leur formation contrairement à ce qui est envisagé pour la CSCCT dont le régime est pour une grande part renvoyé également à la négociation. Toutefois, comme pour le comité d'entreprise par le passé, le CSE peut, de lui-même, décider de consacrer une partie de son budget de fonctionnement au financement de la formation des représentants de proximité[49]. Rien n'interdit par ailleurs de prévoir par accord une formation pour les représentants de proximité, ce que plusieurs accords envisagent[50].

17. L'instance « représentants de proximité » ne paraît pas pouvoir se voir allouer un budget propre mais, comme on vient de le voir, plusieurs dépenses peuvent être prises en charge. Un local et des panneaux d'affichage peuvent également être accordés comme d'autres moyens matériels : documentation, moyens de communication, panneaux d'affichage, espace digital d'échange, etc.

Plusieurs accords prévoient l'accès des représentants de proximité, éventuellement limité à leur établissement de rattachement, à la BDES[51]. Ils organisent aussi, plus fréquemment, pour ce qui est du fonctionnement proprement dit :

- des réunions régulières avec l'employeur ainsi que les modalités d'organisation de celles-ci (établissement de l'ordre du jour, modalités et délai de convocation, leur non-imputation sur le crédit d'heures, etc.) ;
- la désignation, parmi les représentants de proximité, d'un secrétaire chargé des relations avec la Direction[52] ;
- les liens avec le CSE et ses commissions, en particulier avec la CSSCT. Les représentants de proximité sont par exemple chargés de relayer auprès d'eux les informations qu'ils jugent utiles. Ils sont également conviés à certaines réunions du CSE consacrées aux domaines relevant de leurs attributions[53]. Un accord prévoit même une commission de liaison des représentants de proximité[54].

18. Au terme de cette étude dont on a conscience qu'elle n'a aucun recul pour aller au-delà des questions, une interrogation diffuse continument en fond d'écran : les représentants de proximité constituent-ils une nouvelle espèce d'institution représentative du personnel ? On sait que cette dernière notion ne repose pas sur des critères précis et on identifie mieux les caractères indifférents à la qualification d'institution représentative du personnel que ceux qui lui sont nécessaires. En particulier, il est volontiers considéré que l'élection n'est pas décisive de cette qualification[55]. La conventionalité de l'instance et son caractère facultatif ne le sont pas davantage, à tout le moins lorsqu'il s'agit de représentants du personnel institués par voie conventionnelle qui relèvent d'une catégorie de même nature que celle prévue par la loi[56]. On a notamment à l'esprit, à ce sujet, les CHSCT centraux instaurés par accords collectifs dans certaines sociétés, auxquels la jurisprudence reconnaissait la possibilité d'être consultés, certes sans déposséder les instances locales de leurs prérogatives légales, voire de recourir à l'expertise[57].

Ces caractères indifférents mis à part, existe-t-il des indices militant pour la qualification d'institution représentative du personnel ? Un indice faible peut être tiré des textes, en l'occurrence de l'article L. 2411-8 du Code du travail qui, propos de l'exigence d'une autorisation préalable de licenciement au titre de la protection légale du représentant de proximité, indique que « cette autorisation est également requise durant les six mois suivant l'expiration du mandat de représentant de proximité ou la disparition de l'institution ». Un indice plus persuasif s'évince, justement, du bénéfice d'une protection légale. Le statut protecteur n'est pas, il est vrai, réservé aux seules institutions représentatives du personnel ; mais tous les salariés appartenant à une instance représentative y ont droit. Un autre indice signifiant s'infère des attributions susceptibles d'être exercées par les représentants de proximité. La Cour de cassation y voit un signe tangible et écarte la qualification d'institution représentative du personnel lorsque les attributions de l'organe en question présentent un caractère limité et/ou spécial[58]. À cet égard, les attributions des représentants de proximité peuvent certes être plus ou moins étendues ou, à l'inverse, plus ou moins limitées par l'accord collectif. Mais, sous réserve d'un ordre public négatif qui reste à déterminer, ce sont les prérogatives de l'instance élue qui peuvent leur être confiées. On pourrait objecter, d'un autre point de vue, que les représentants de proximité n'ont pas de prérogatives propres et que celles qui leur sont dévolues sont en principe partagées avec l'instance élue. Cela compte cependant probablement moins que le fait que ces missions sont celles d'une institution représentative du personnel pour l'exécution desquelles les représentants de proximité agissent dans l'intérêt d'une collectivité de salariés. On ajoutera que, lorsqu'ils ne sont pas des élus du CSE, les représentants sont désignés par l'institution représentative, ce qui leur donne, directement ou indirectement, une légitimité.

Les ultimes répliques sont d'une intensité faible : l'instance de proximité n'a pas la personnalité juridique et ne dispose pas de budget. Le CHSCT en était également dépourvu à l'origine et, si la Cour de cassation lui a reconnu la personnalité civile, il n'a jamais bénéficié d'un financement propre. Le CSE des entreprises de onze à quarante-neuf salariés est dans la même situation, sans personnalité, ni budget. Des représentants de proximité à l'instance de proximité, nouvelle espèce d'institution représentative du personnel, on ne serait pas dès lors surpris que le pas soit franchi.

NOTES DE BAS DE PAGE

1 – V. sur cette nouvelle catégorie de représentants du personnel : Jeansen E., « Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner », JCP S 2018, 1084 ; Niel S., « À quoi sert le représentant de proximité ? », SSL 12 déc. 2018, n° 1802, p. 8.

2 – S'inspirant de la pratique concernant les membres du CHSCT, qui devaient être désignés (C. trav., ancien article L. 4613-1) mais qui étaient en réalité élus, certains accords collectifs prévoient une élection des représentants de proximité par le CSE (accord *France Télévision* du 9 mars 2018 ; accord *MAIF* du 30 avril 2018).

3 – C. trav., art. L. 2313-7.

4 – Les membres du CHSCT étaient certes, d'après l'ancien article L. 4613-1 du Code du travail, « désignés » mais il s'agissait en réalité d'une élection par un collège composé des élus du comité d'entreprise et des délégués élus du personnel.

5 – Lorsque les représentants de proximité sont choisis parmi les membres élus du CSE, ils ne sont pas forcément désignés par celui-ci et pourraient l'être par exemple, si l'accord collectif le prévoit, par les organisations syndicales représentatives. Qu'ils soient ou non désignés par le CSE, il existe néanmoins toujours un lien organique entre eux.

6 – V. Loiseau G., Pécaut-Rivolier L. et Verkindt P.-Y., *Le guide du CHSCT*, 2e éd., 2017, § 143-21 et s. La jurisprudence admettait que l'existence du représentant syndical puisse également résulter d'un usage.

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

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

9 – Dispositions du Livre IV de la deuxième partie du Code du travail.

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

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

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

13 – Question/réponse n° 26.

14 – C. trav., art. L. 2261-14.

15 – C. trav., art. L. 2261-14-2.

16 – C. trav., art. L. 2261-14-3.

17 – C. trav., art. L. 2314-35.

18 – Rapp. Marquet de Vasselot L. et Martinon A., « Les moyens du comité social et économique », JCP S 2018, 1226, qui parlent de « négociation institutionnelle » pour désigner les accords portant sur l'existence ou le fonctionnement du CSE.

19 – On rappellera qu'il existe un régime spécifique s'agissant d'un usage ou d'un accord conclu avec le comité d'entreprise relatif au fonctionnement de celui-ci : sa dénonciation requiert seulement une information de l'instance et le respect d'un délai raisonnable pour permettre l'ouverture de négociations (Cass. soc., 21 nov. 1989, n° 89-13699).

20 – Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21068, PB.

21 – L'article L. 2411-8 soumet à l'autorisation préalable de l'inspection du travail le licenciement d'un

représentant de proximité. Cette protection s'applique aussi au candidat aux fonctions de représentant de proximité. Elle joue également en cas de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée (C. trav., art. L. 2412-1 et C. trav., art. L. 2412-4) ou de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement.

22 – Le délit n'est prévu, à l'article L. 2317-1 qu'en cas d'entrave au fonctionnement régulier du CSE.

23 – L'enquête en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle ou à caractère professionnel doit être réalisée par une délégation comprenant au moins un représentant du personnel siégeant au CSE (C. trav., art. R. 2313-2).

24 – V. *infra* n° 11.

25 – Si le CSE désigne les représentants de proximité, peut-il les révoquer ? Même si l'accord collectif le prévoit, cela semble douteux car l'article L. 2313-7 du Code du travail indique, sans laisser de marge de manœuvre à l'accord collectif, que les représentants de proximité sont désignés pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité.

26 – C. trav., art. R. 2314-1.

27 – C. trav., art. R. 2314-1. Mais, même s'il ne prévoit pas d'heures supplémentaires, l'accord devrait tout de même traiter de la question des heures de délégation comme le suggère la lettre de l'article R. 2314-1.

28 – Question/réponse n° 32.

29 – Note explicative de la Cour de cassation sur son arrêt n° 623 d'Assemblée plénière du 23 octobre 2015 : « La convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte ».

30 – C. trav., art. L. 2312-4 et C. trav., art. L. 2315-2.

31 – Accord *France Télévision* du 9 mars 2018 qui institue une commission de suivi, d'interprétation et d'ajustement des représentants de proximité pour la durée de la première mandature.

32 – V. par exemple l'accord *France Télévision* du 9 mars 2018.

33 – C. trav., ancien L. 2314-1.

34 – C. trav., ancien L. 2315-6.

35 – C. trav., ancien L. 2315-7.

36 – C. trav., ancien L. 2315-5.

37 – C'est ce que prévoit, par exemple, l'accord *Renault* du 17 juillet 2018.

38 – Question/réponse n° 31. Certains accords prévoient tout de même, pour conférer une forme de légitimité électorale aux représentants de proximité, que les organisations syndicales représentatives présentant des candidats à l'élection du CSE annexent à titre informatif, à leurs listes de candidats au CSE, une liste des salariés qu'elles envisagent de proposer comme représentants de proximité, la désignation de représentants de proximité s'opérant par un vote du CSE sur la base d'une liste commune proposée par les organisations syndicales représentatives (Accord *MAIF* du 30 avril 2018).

39 – Cass. soc., 15 oct. 1987, n° 86-60552 ; Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 09-68821.

40 – Accord *Axa France* du 14 juin 2018.

41 – C. trav., art. L. 2312-21, à propos de la BDES établie par accord collectif : « L'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données sont tels qu'ils permettent au comité social et économique et, le cas échéant, aux délégués syndicaux d'exercer utilement leurs compétences ».

42 – Lanouzière H., « Du CHSCT au CSE. Pour une lecture articulée du nouveau triptyque de la représentation collective en matière de santé au travail », SSL 4 déc. 2017, n° 1793, p. 5.

43 – V. par exemple l'accord *France Télévision* du 9 mars 2018.

44 – Accord *Axa France* du 14 juin 2018.

45 – Question/réponse n° 28.

46 – L'accord *MAIF* du 30 avril 2018 prévoit un crédit d'heures et un aménagement de la charge de travail. L'accord *Renault* du 17 juillet 2018 fixe un contingent de dix heures de délégation.

47 – Question/réponse n° 32 : « Les représentants de proximité ont-ils les mêmes garanties en termes d'accès

aux locaux, de formation, de moyens, d'heures de délégation que les membres élus au comité social et économique ? Lorsque les représentants de proximité sont membres du comité social et économique, ils bénéficient des moyens garantis aux membres du comité (...). Lorsqu'ils ne sont pas membres du comité social et économique, les représentants de proximité ne peuvent bénéficier "de plein droit" des mêmes droits que ceux reconnus aux membres du comité ».

48 – Accord *MAIF* du 30 avril 2018.

49 – C. trav., art. L. 2315-61.

50 – L'accord *Groupe Total* du 11 juillet 2018 comme l'accord *PSA Retail* du 9 mars 2018 prévoient de faire bénéficier les représentants de proximité d'une formation santé, sécurité et conditions de travail au même titre que les membres du CSE.

51 – Accord *Groupe Total* du 11 juillet 2018 ; accord *Axa France* du 14 juin 2018.

52 – Accord *Groupe Total* du 11 juillet 2018.

53 – Accord *PSA Retail* du 9 mars 2018.

54 – Accord *GIE PMU* du 11 avril 2018. L'accord *Renault* du 17 juillet 2018 prévoit la constitution de commissions de proximité dans le périmètre de chaque établissement. Un membre de chaque commission a un rôle de rapporteur et est membre de la CSSCT.

55 – Auzero G., Baugard D. et Dockès E., *Droit du travail*, 31e éd., 2018, n° 1100, p. 1272. V. aussi Petit F., « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », Dr. soc. 2002, p. 1370, pour qui « l'élection n'est pas, pour un représentant du personnel, la seule voie d'accès au statut d'institution représentative du personnel. La désignation peut en être à la source, dès lors que la personne qui désigne le représentant est considérée elle-même comme représentative ».

56 – CE, 8 avr. 2013, préc.

57 – V. Loiseau G., Pécaut-Rivolier L. et Verkindt P.-Y., préc., § 241-21 et s.

58 – Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-41893 : Bull. civ. V, n° 223 ; Dr. soc. 2002, p. 1029, note Bossu B., jugeant en conséquence que le représentant des salariés désigné lors de l'ouverture d'une procédure collective ne peut pas être considéré comme une institution représentative du personnel au sens du Code du travail.

Issu de Bulletin Joly Travail - n°01 - page 60
Date de parution : 01/09/2018
Id : BJT110b1
Réf : BJT sept. 2018, n° 110b1, p. 60

Auteurs :
- Stéphanie Guedes Da Costa, avocat au barreau de Paris, associé, Flichy Grangé Avocats, Grégoire Loiseau, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1), codirecteur scientifique du Bulletin Joly Travail