

Le défaut de mise en place du CSE après le 1^{er} janvier 2020 : risques et sanctions

La mise en place du comité social et économique (CSE) est obligatoire dans les entreprises dont l'effectif atteint au moins 11 salariés pendant 12 mois consécutifs (*C. trav., art. L. 2311-2*). Lorsque les entreprises sont d'ores et déjà pourvues d'instances représentatives du personnel, le CSE doit être installé au terme des mandats en cours des élus du personnel au plus tard le 31 décembre 2019. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 (*Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 9 III*) a instauré une période transitoire offrant la possibilité aux entreprises d'anticiper cette mise en place ou, au contraire, de la reporter. Les entreprises ont pu dès lors réduire ou proroger les mandats en cours des membres des anciennes institutions représentatives du personnel au plus tard le 31 décembre 2019. Dès le 1^{er} janvier 2020, l'ensemble des mandats des anciennes instances représentatives du personnel prendront automatiquement fin et le CSE devra avoir été créé dans toutes les entreprises de plus de 11 salariés.

À l'approche de cette échéance, quels sont les enjeux pour une entreprise en cas d'absence de respect des dispositions relatives à la mise en place du CSE ?

L'absence de mise en place du CSE après le 1^{er} janvier 2020 pourrait notamment résulter de :

- l'absence de mise en œuvre, par l'employeur, des élections du CSE conformément à ses obligations ;

- le constat, par un procès-verbal de carence établi par l'employeur, de l'absence de mise en place du CSE ;
- l'annulation des élections du CSE à la suite d'une contestation.

Les conséquences résultant de ces absences permettent de rappeler l'intérêt de la mise en place du CSE au sein de l'entreprise.

Quelles sanctions en l'absence de mise en place du CSE au 1^{er} janvier 2020 ?

La perspective, pour une entreprise, de ne pas disposer d'un CSE après le 1^{er} janvier 2020 ne peut donc être écartée. Le défaut de CSE recouvre plusieurs hypothèses dont la plupart sont indépendantes de la volonté de l'entreprise (une annulation des élections par exemple). Seule l'absence de mise en place du CSE (et dans ce cas seulement) est envisagée par le législateur comme susceptible de sanctions. L'entrave à la constitution du CSE ou à la libre désignation de ses membres est ainsi puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 € (*C. trav., art. L. 2317-1*).

Tout salarié pourra également réclamer l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'absence de représentation du personnel. L'employeur commet une faute causant nécessairement un préjudice aux salariés, privés d'une possibilité de représentation



David Fonteneau,
Avocat Associé,
Ellipse Avocats



Louise Augereau,
Avocat
collaborateur,
Ellipse Avocats

et de défense de leurs intérêts, lorsqu'il n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et en l'absence d'établissement d'un procès-verbal de carence (Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852).

Dans le même sens, une organisation syndicale ayant sollicité l'organisation des élections pourra également voir l'employeur condamné à lui verser des dommages-intérêts en raison de la faute commise du fait de l'absence d'organisation des élections (Cass. soc., 7 mai 2002, n° 00-60.282).

Quelles conséquences en l'absence de mise en place du CSE au 1er janvier 2020 ?

Au-delà des sanctions légales fixées par le Code du travail, l'absence de CSE aura également des conséquences en particulier lorsque des informations-consultations sont obligatoires, notamment :

- le **licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle ou non professionnelle** : l'employeur est tenu de consulter le CSE sur l'obligation de reclassement et la recherche des postes proposés au salarié en adéquation avec les préconisations du médecin du travail (C. trav., art. L. 1226-2 et C. trav., art. L. 1226-10). L'absence de respect de cette obligation rend le licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse ;
- le **licenciement collectif pour motif économique** : l'employeur doit informer, consulter voire négocier avec le CSE (C. trav., art. L. 1233-8). Toute procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le CSE n'a pas constitué alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi est irrégulière (C. trav., art. L. 1235-15) ;
- la **dénonciation d'un usage** : afin de dénoncer valablement un usage, l'employeur doit informer individuellement les salariés ainsi que les institutions représentatives du personnel. Lorsqu'il n'informe pas le CSE, la décision de dénonciation n'est pas opposable aux salariés malgré leur information individuelle. En l'absence de CSE et donc d'information de la dénonciation d'un usage, cette décision ne sera pas opposable aux salariés ;
- la **mise en place ou l'opposabilité d'un règlement intérieur** : Le règlement intérieur ne peut être introduit ou modifié qu'après avoir été soumis à l'avis du CSE (C. trav., art. L. 1321-4). Une entreprise qui dispose d'un règlement intérieur seulement soumis à la consultation du CE et non à celle du CSE ne pourra dès lors lui apporter aucune modification ; la **mise en place de l'intéressement au sein de l'entreprise** : la possibilité d'instituer une mesure d'intéressement au

sein de l'entreprise est accordée à « toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel » (C. trav., art. L.3312-2). Outre le fait qu'en l'absence de CSE la société ne pourrait valablement conclure un accord d'intéressement avec les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou au sein du CSE, elle ne pourra également pas utiliser la voie de la ratification à la majorité des deux tiers offerte par le législateur.

L'absence de CSE est un réel frein au dialogue social et à la vie de l'entreprise, au-delà même des sanctions qui pourraient être infligées à l'employeur. Ainsi, un employeur ne pourra prononcer aucun licenciement collectif pour motif économique ou pour inaptitude. Il ne pourra pas non plus envisager la mise en place ou la modification de certaines mesures propres au dialogue social.

Avec quelles instances négocier en cas de procès-verbal de carence de mise en place du CSE ?

Dès lors qu'un procès-verbal de carence atteste à la fois du respect de la procédure électorale et aussi de son résultat (pas d'instance), se pose la question de savoir avec qui l'employeur va pouvoir négocier le statut collectif des salariés ?

Le procès-verbal (de carence) établi au titre des élections tenues avant le 31 décembre 2019 permettra de démontrer que l'employeur a rempli ses obligations en matière de représentation du personnel. En revanche, l'élection est nécessaire pour apprécier la représentativité des organisations syndicales comme la capacité des titulaires des mandats de délégués syndicaux à pouvoir occuper le mandat.

Afin de déterminer l'éventuelle représentativité d'organisations syndicales, il convient de décompter le nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste lorsque le quorum n'est pas atteint au premier tour. Le constat de carence ne prive donc pas les organisations syndicales de la possibilité de mesurer leurs audiences et donc d'assoir leur éventuelle représentativité le cas échéant. Les partenaires de négociation de l'entreprise dans ce cas précis dépendent donc de la représentativité ou l'absence de représentativité des organisations syndicales.

Il existe cependant une incertitude concernant les entreprises ayant établi un procès-verbal de carence au titre des dernières élections du comité d'entreprise (donc avant le 31 décembre 2019). La durée du procès-verbal de carence est calquée sur la durée du mandat de l'institution représentative du personnel concernée : 4 ans, sauf durée inférieure prévue par accord. Un procès-verbal de carence établi le 31 mars 2017 devait donc avoir pour terme le

31 mars 2021. L'article 9 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 semble pourtant viser uniquement le terme des mandats en cours et non l'hypothèse d'un procès-verbal de carence établi au titre des dernières élections, puisqu'il énonce que « *Le comité social et économique est mis en place au terme du mandat des délégués du personnel ou des membres élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, de l'instance regroupée mise en place par accord du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, lors du renouvellement de l'une de ces institutions, et au plus tard le 31 décembre 2019* ».

Une entreprise qui dispose d'un procès-verbal de carence établi dans ces circonstances serait-elle libérée de l'échéance du 31 décembre 2019 ? Dans ce cas précis, l'ensemble des procédures qui nécessitent la consultation du CSE et dont l'entreprise serait libérée, compte tenu du procès-verbal de carence établi, seront-elles jugées valables ? Un employeur pourra-t-il valablement notifier à un salarié un licenciement pour motif économique ou pour inaptitude ?

Dans le même sens, un délégué syndical désigné à la suite de l'établissement du procès-verbal de carence, dans l'hypothèse où la représentativité d'une organisation syndicale aurait tout de même été constatée lors du premier tour des élections, conserve-t-il son mandat ?

Il n'existe à ce jour aucune disposition ni précision qui permette de se prononcer de façon certaine. Il est donc évidemment recommandé aux entreprises de respecter l'échéance du 31 décembre 2019 lorsqu'elles disposent d'un procès-verbal de carence antérieur même si le doute subsiste.

Quelles conséquences et avec quelles instances négocier en cas de contestation des élections du CSE ?

Si le législateur a prévu une sanction en cas d'absence - volontaire - de constitution du CSE, qu'en est-il lorsque cette absence résultera, non pas d'un défaut de mise en place par l'employeur, mais d'une annulation totale des élections après le 1^{er} janvier 2020 ?

Des litiges qui pourraient entraîner l'annulation des élections du CSE peuvent naître des conditions de tenue des élections, de l'électorat ou encore de la régularité des opérations électorales... Lorsque ces irrégularités sont de nature à fausser le résultat du scrutin, le tribunal d'instance (tribunal judiciaire à compter du 1^{er} janvier 2020) peut prononcer la nullité totale ou partielle des élections.

Cette annulation met un terme immédiat (dès la notification du jugement) au mandat des représentants du personnel irrégulièrement élus. Elle contraint également :

- l'employeur à organiser de nouvelles élections, dans un délai parfois fixé aux termes du jugement rendu par le tribunal d'instance ;
- les syndicats à présenter et déposer de nouvelles listes.

Au-delà de la nécessité de recommencer le processus électoral, se posent des questions pratiques pendant la vacance d'instance. Les anciens élus (CE) ayant perdu - automatiquement - leur mandat au plus tard le 1^{er} janvier 2020, ils ne seront plus en droit de l'exercer dans l'attente des résultats de la nouvelle élection. Les opérations de dévolution des biens sont suspendues. Le transfert des contrats de travail des anciens salariés du CE - qui doit avoir lieu, sauf accord contraire, au jour du prononcé des résultats des élections du CSE - est impossible, ce qui pose la question de leurs salaires pendant la carence (le CE n'existe plus, le CSE n'existe pas ou plus depuis la notification du jugement annulant les élections du CSE).

Les mêmes interrogations peuvent se poser vis-à-vis de la représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise. Assise sur les résultats du premier tour des élections des titulaires du CE (et désormais du CSE) depuis le 20 août 2008, la représentativité des organisations syndicales - dont découle la capacité à négocier et à conclure des accords collectifs - est elle aussi en difficulté. En cas d'annulation totale par le tribunal d'instance des élections du CSE et à défaut de pouvoir se baser sur les résultats précédents du CE après le 31 décembre 2019, avec qui l'entreprise peut-elle négocier ?

A priori, jusqu'à l'organisation de nouvelles élections, l'entreprise ne pourrait négocier qu'avec un salarié mandaté par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou au niveau national.

Ce propos peut toutefois être nuancé si l'on raisonne par analogie avec des décisions de jurisprudence rendues sous l'empire des dispositions antérieures à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. Aux termes de ces décisions, l'annulation des élections des membres du CE n'a pas d'effet rétroactif, de sorte qu'elle est sans incidence sur la régularité des désignations, en qualité de délégué syndical (*Cass. soc., 11 mai 2016, n° 15-60.171 et Cass. soc., 11 mai 2016, n° 15-60.172*).

Pour mémoire, le mandat de délégué syndical prend fin au plus tard lors du premier tour des élections de l'institution représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné (*C. trav., art. L. 2143-11*).

Dans l'hypothèse où un délégué syndical aurait été désigné par une organisation syndicale représentative avant la notification de la décision d'annulation des élections, pourrait-il être soutenu que sa désignation

resterait régulière en s'appuyant sur les décisions évoquées ci-dessus ?

Les élections du CSE n'ont pas pour objet ni pour effet de renouveler l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné. Les élections du CSE permettent la création d'une nouvelle institution remplaçant l'ensemble des institutions représentatives précédentes.

De surcroît les mandats des anciennes institutions prendront fin, automatiquement, à compter du 1^{er} janvier 2020.

Dans ces circonstances, il semblerait que la jurisprudence antérieure ne puisse être transposée en cas d'annulation des élections du CSE et que, de facto, les éventuelles désignations des délégués syndicaux intervenues avant cette annulation ne demeurent pas régulières.