

Absence de mise en place du CSE au 31 décembre 2019 : quelles conséquences et quelles actions juridiques ?



Cher-ères camarades,



Les ordonnances Macron prévoyaient une mise en place obligatoire de l'ensemble des comités sociaux et économiques au 31 décembre 2019. Cependant, elles ne prévoient aucune sanction si le CSE n'a pas été mis en place dans les temps.

Ce numéro du Droit en liberté est donc consacré aux conséquences de l'absence de mise en place de CSE au 31 décembre. Quelles conséquences sur les mandats en cours et quelles actions juridiques sont possibles ? En résumé, les mandats des élus ne seront pas prorogés à compter du 31 décembre, mais l'absence de mise en place du CSE constitue un délit d'entrave, et l'on doit s'en servir pour créer le rapport de force nécessaire pour contraindre les patrons à ouvrir les négociations.

Pour que vous ayez de la lecture pour les Fêtes de Noël, nous vous envoyons dans le même temps un autre numéro du Droit en liberté, consacré à la réforme de la Justice qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

Le pôle DLAJ confédéral vous souhaite des Fêtes de Noël combattives et victorieuses,

Le pôle DLAJ confédéral

Absence de mise en place du CSE au 31 décembre 2019 : quelles conséquences et quelles actions juridiques ?

Une des ordonnances Macron du 22 septembre 2017 prévoit la mise en place du Comité social et économique (CSE) au plus tard le 31 décembre 2019. Cette obligation d'avoir un CSE concerne tous les employeurs d'au moins 11 salariés, sauf s'ils ont déjà organisé les élections CSE et qu'ils justifient d'un procès-verbal de carence de candidats (ord. 2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 9, II). Comme de nombreux employeurs n'ont pas respecté cette obligation, vous trouverez ci-après des réponses aux principales questions que pourront se poser nos syndicats.

Avant tout, **il est essentiel de préciser qu'un enjeu de la réponse syndicale consiste à bien déterminer dans quels cas intervenir**, car il ne sera pas matériellement possible d'engager des actions tous azimuts. En effet, nous savons que, dans la pratique, les procédures pénales ou civiles visant à faire condamner les employeurs sont lourdes à gérer et n'aboutissent pas toujours. D'autant plus que la ministre du Travail a indiqué « *qu'il y aura quelques semaines de battement* » et que l'administration n'allait « *pénaliser personne le 2 janvier* ». Il faudra donc bien choisir les dossiers. Par exemple, pour favoriser les chances de condamnation d'un employeur, il sera préférable qu'il y ait eu effectivement une demande d'organisation des élections dans son entreprise.

De même, il serait dommage que nos démarches se soldent par un procès-verbal de carence de candidature. Ainsi, **avant de demander l'organisation d'élections, il est indispensable de s'être assuré que l'on est potentiellement en mesure de présenter une liste CGT aux élections, voire idéalement de créer une base syndicale dans l'entreprise.**

Ensuite, dès lors que l'employeur a engagé la procédure de mise en place du CSE, **la priorité ne doit pas être de se précipiter, mais au contraire de prendre le temps de négocier un CSE de haut niveau avec le maximum de droits.**

C'est au regard de ces observations préalables que vous pourrez utiliser les éléments juridiques ci-après pour répondre aux questions qui ne manqueront pas de vous être posées les prochaines semaines.

1- Les anciennes institutions représentatives du personnel (DP, CE, CHSCT) peuvent-elles continuer à fonctionner après le 31 décembre 2019 ?

En principe non. En effet, les mandats des représentants du personnel prennent fin au plus tard au 31 décembre 2019 (ord. 2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 9, II). Ils prennent fin par l'effet de la loi, il n'y a pas besoin de démarche particulière pour cela.

En réponse aux questions de l'agence de presse sociale AEF, l'administration du travail (la DGT) a indiqué qu'« *un accord, même unanime, ne peut permettre de proroger les mandats* » (Dépêche AEF info n° 618152 du 12/12/2019).

Après le 31 décembre 2019, les représentants du personnel ne bénéficieront plus du statut protecteur au-delà du délai de 6 mois à partir de l'expiration du mandat ou de la disparition de l'institution (art. L. 2411-5 du Code du travail pour les DP ou les élus dans le cadre d'une DUP, L. 2411-8 pour les élus au CE, art. L. 2411-13 pour les élus au CHSCT). Et l'activité des différentes IRP n'aura a priori plus aucune valeur juridique.

Ainsi, participer au fonctionnement des anciennes IRP après le 31 décembre 2019 présente des risques pour les représentants du personnel.

Prorogation automatique des mandats en cas de saisine de la Direccte ou du tribunal d'instance

En réponse aux questions de l'agence de presse AEF, la DGT estime qu'en cas de saisine de la Direccte ou du tribunal d'instance, les mandats pourront être prorogés automatiquement jusqu'à la proclamation des résultats, y compris au-delà du 31 décembre 2019. Il s'agit donc d'abord des hypothèses de saisine de la Direccte avant le 31/12/2019, soit en contestation de la décision unilatérale de l'employeur fixant les établissements distincts, soit en cas de désaccord sur la répartition des sièges et du personnel entre les collègues.

Pour la DGT « *Dans ces cas de figure, les textes applicables prévoient que, lorsque la saisine de la Direccte intervient dans le cadre d'un processus électoral global, ce processus est suspendu jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation automatique des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin, ce qui doit être entendu, y compris au-delà du 31 décembre 2019. En cas de contestation de la décision de la Direccte avant le 31 décembre 2019 devant le tribunal d'instance, la saisine du tribunal a pour effet de proroger les mandats en cours jusqu'à la proclamation des résultats dès lors que le jugement du tribunal peut se substituer à la décision de la Direccte.* »

Ensuite, toujours selon la DGT, « *la saisine du tribunal d'instance avant le 31 décembre a pour effet de proroger les mandats jusqu'à la proclamation des résultats de l'élection du CSE, y compris au-delà du 31 décembre 2019. Cette saisine peut intervenir soit en l'absence d'accord sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, soit dans le cadre du contentieux préélectoral* » (Dépêche AEF info n° 618152 du 12/12/2019).

2- Que devient le mandat du délégué syndical ?

Depuis la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, le mandat du délégué syndical s'achève au plus tard lors du premier tour des élections, le syndicat devant alors redésigner un délégué syndical.

En l'absence d'élection du CSE dans les délais impartis, la DGT estime que deux situations doivent être distinguées (Dépêche AEF info n° 618152 du 12/12/2019).

« **Dans les entreprises de moins de 50 salariés**, la loi lie explicitement le mandat de délégué syndical à celui de délégué du personnel (titulaire). Par conséquent, le mandat syndical cesse de plein droit à l'échéance du mandat de délégué du personnel ». Donc au plus tard au 31 décembre 2019. Cette position de la DGT est discutable mais elle est assez logique juridiquement et ne sera donc pas facile à contester.

En revanche, pour la DGT, « **dans les entreprises employant au moins 50 salariés**, le délégué syndical n'est pas nécessairement un élu, l'organisation syndicale représentative pouvant désigner un délégué syndical parmi des candidats non élus ou à défaut parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou parmi ses anciens élus. Par suite, le mandat syndical se poursuit jusqu'à l'organisation du premier tour des élections ». Dès lors **le mandat continue au-delà du 31 décembre 2019.**

3- Comment demander l'organisation des élections dans l'entreprise et quelle protection pour les salariés concernés ?

Lorsque l'employeur n'a pas organisé d'élections au CSE et que le seuil d'effectif de 11 salariés est atteint, **un salarié ou une organisation syndicale peut demander l'organisation des élections**. L'employeur est alors tenu d'engager le processus électoral dans un **délai d'un mois** à compter de cette demande (art. L. 2314-8 du Code du travail).

Si cette demande peut être adressée par tout mode d'information (Cass. Crim. 30 mars 1999, n° 97-85963), il est toutefois fortement conseillé de procéder par **courrier recommandé avec accusé de réception**, pour conserver une preuve de cet envoi qui conditionne également, pour le salarié, le bénéfice du statut protecteur.

Signalons que lorsque l'employeur a déjà organisé des élections ayant abouti à une carence de candidature, la demande d'organisation de nouvelles élections ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de 6 mois après l'établissement du procès-verbal de carence (art. L. 2314-8 du Code du travail).

Pour bénéficier de la protection de six mois contre le licenciement, le salarié qui demande les élections doit être mandaté par un syndicat habilité à négocier le protocole d'accord préélectoral et à présenter des candidats au premier tour des élections (art. L. 2411-6 et L. 2411-9 du Code du travail ; Cass. Soc. 15 octobre 2015, n° 14-15995).

Néanmoins un salarié non mandaté par un syndicat bénéficie du statut protecteur à partir de la date à laquelle sa demande est relayée par un syndicat (Cass. Soc. 28 octobre 1996, n° 94-45426, BC V n° 351 ; Cass. Soc. 20 mars 2013, n° 11-28034 ; CE 5 novembre 1993, n° 100132).

4- Quelles sanctions pour l'employeur ?

- **Condamnation pénale pour entrave à la constitution du CSE**

L'employeur qui n'a pas organisé d'élection au CSE dans les délais légaux est passible d'une condamnation pénale pour délit d'entrave à la constitution du CSE. La sanction peut aller **jusqu'à un an de prison et une amende de 7 500 euros** (art. L. 2317-1 du Code du travail).

L'initiative des poursuites appartient aux pouvoirs publics, c'est-à-dire au procureur (art. 31 du Code de procédure pénale). En pratique, pour ce type de délit, les poursuites **font suite à des constatations de l'inspection du travail** ou bien à des **plaintes de salarié ou d'organisations syndicales** transmises au procureur de la République par exemple par les services de l'inspection du travail (art. L. 8112-1 du Code du travail). Cependant, il est rare que le Procureur lance des poursuites contre un employeur pour un délit d'entrave. Il faudra donc certainement, pour qu'un procès se tienne, se constituer partie civile.

En tant que victime, **un salarié ou une organisation syndicale peut en effet se porter partie civile**. Cela permet d'une part de forcer la tenue d'une enquête et d'un procès, si le procureur décide de classer l'affaire sans poursuivre. Cela permet également de ne pas se contenter de faire condamner l'employeur, mais d'obtenir également réparation du préjudice subi à titre personnel (art. 2 du Code de procédure pénale). Cette démarche

lui permet enfin d'être associé à la procédure pénale, et ainsi, notamment, d'avoir accès à certains éléments du dossier.

S'agissant d'un délit, le jugement de l'employeur relève de la compétence du **tribunal correctionnel** (art. 381 et 382 du Code de procédure pénale).

Pour de plus amples détails quant à la procédure à suivre, voir encadré.

- **Condamnation civile à des dommages-intérêts pour absence de mise en place du CSE**

L'employeur qui n'a pas organisé d'élection du CSE peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, soit dans le cadre d'une procédure pénale avec constitution de partie civile, soit en dehors de toute procédure pénale. En effet, il a déjà été jugé que l'employeur qui ne respecte pas la réglementation relative à la mise en place des institutions représentatives du personnel commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, car ceux-ci se trouvent privés de toute possibilité de représentation et de défense de leurs droits et intérêts (Cass. Soc. 17 mai 2011, n° 10-12852, BC V n° 108 ; Cass. Soc. 17 octobre 2018, n° 17-14392 FSPB ; Cass. Soc. 15 mai 2019, n° 17-22224).

Une telle demande peut être formée par **tout salarié concerné** à l'occasion d'un procès prud'homal portant sur cette demande uniquement ou également sur d'autres demandes, par exemple suite à son licenciement, comme dans les affaires citées ci-dessus.

De même, **une organisation syndicale qui a demandé l'organisation d'élections** peut également demander réparation à l'employeur (Cass. Soc. 7 mai 2002, n° 00-60282, BC V n° 149 ; Cass. Soc. 22 juin 2005, n° 04-60396). Une telle demande pourra être formée dans le cadre d'un contentieux devant le nouveau tribunal judiciaire mis en place à compter du 1^{er} janvier 2020.

Comment faire poursuivre un employeur au pénal :

Le salarié ou l'organisation syndicale qui s'estime victime du délit d'entrave à la constitution du CSE doit commencer par **saisir le procureur de la République**. Il peut le faire soit par l'intermédiaire de **l'inspecteur du travail** qui a compétence pour constater les infractions aux dispositions du Code du travail (c. trav. art. L. 8112-1 du Code du travail). L'inspecteur peut alors dresser un procès-verbal, qui sera transmis au procureur. Soit directement en lui adressant un courrier (ses services se trouvent au siège du TGI ou du tribunal judiciaire à compter du 1^{er} janvier 2020), ou en déposant une plainte au commissariat ou à la gendarmerie. Dans le cas d'un délit d'entrave, il vaut mieux saisir l'inspecteur du travail ou écrire au procureur.

Le procureur peut décider de ne pas poursuivre l'employeur en classant la plainte sans suite (art. 40-2 du Code de procédure pénale). Il est alors possible de renoncer, de contester sa décision en formant un recours ou de **se constituer partie civile** devant le **juge d'instruction**. Dans ce dernier cas, le salarié ou l'organisation syndicale peut se voir demander de verser une somme à titre de garantie en cas de condamnation pour procédure abusive (art. 85 et 88 du Code de procédure pénale).

Le juge d'instruction recherche les éléments démontrant la culpabilité ou l'innocence de l'employeur (art. 81 du Code de procédure pénale). Il peut l'interroger, auditionner des

salariés, se rendre dans l'entreprise, etc. À l'issue de l'instruction, il décide s'il convient ou non de poursuivre la procédure, soit en prononçant un non-lieu, par exemple si les charges sont insuffisantes, soit en renvoyant la personne mise en cause devant la juridiction compétente. Cette décision du juge d'instruction peut être contestée (art. 177, 179 et 186 du Code de procédure pénale).

À l'issue de l'audience de jugement, si **le tribunal** estime que la culpabilité de l'employeur n'est pas établie, il prononce sa relaxe. En revanche, s'il l'estime coupable, il peut prononcer des peines d'amende ou d'emprisonnement et attribuer des dommages-intérêts aux victimes. Le jugement du tribunal est susceptible d'appel (art. 464 et 496 à 498 du Code de procédure pénale).

Enfin, signalons que les victimes du délit d'entrave disposent de 6 ans pour porter plainte (art. 8 du Code de procédure pénale) et que devant les juridictions pénales les infractions peuvent être établies en principe par tout mode de preuve (art. 427 du Code de procédure pénale)

Clément Geiger
Conseiller confédéral DLAJ