

## Aux entreprises qui n'ont pas installé leur CSE : vers un grand saut dans le vide...

À l'approche de la date fatidique du 31 décembre 2019, de nombreuses entreprises n'ont pas encore de CSE. Olivier Bach et Ophélie Rodrigo, du cabinet Éole avocats, pointent les risques encourus dès 2020 et recommandent d'installer le CSE au plus vite.



De gauche à droite :

**Olivier BACH**, Avocat associé, cabinet Éole avocats  
**Ophélie RODRIGO**, Avocat, cabinet Éole avocats

**1** Au 31 décembre 2019, les entreprises de 11 salariés et plus devront avoir élu leur comité social et économique (CSE). Tous les mandats d'élus alors en cours, qu'il s'agisse de délégués du personnel, de membres du comité d'entreprise (CE), de membres du CHSCT ou de membres de la délégation unique du personnel prendront automatiquement fin à cette date, conformément à la réforme issue des « ordonnances Macron » (Ord. 2017-1386 du 22-9-2017).

Le législateur a ménagé plus de deux ans aux entreprises pour qu'elles puissent se mettre dans le sens de la marche. Or, à date, force est de constater que certaines d'entre elles n'ont toujours pas installé leur CSE et que celui-ci ne sera manifestement pas élu d'ici au 31 décembre 2019...

Nous formulons ci-après quelques réflexions sur les conséquences pratiques de l'absence de CSE au 31 décembre 2019 et quelques conseils.

### La date butoir du 31 décembre 2019 pour élire son CSE peut-elle être reportée ?

**2** Un nombre important d'entreprises n'a toujours pas élu son CSE en cette fin d'année 2019. Face à ce constat, les syndicats CGT, FO, CFTC et CFE-CGC ont adressé en anticipation, le 24 octobre 2019, une requête commune à la ministre du travail pour demander un report de la date butoir. Ils ont également sollicité le maintien des anciennes instances représentatives du personnel au-delà du 31 décembre 2019, et ce, jusqu'à l'élection effective du CSE dans chaque entreprise.

**3** Muriel Pénicaud leur a opposé une fin de non-recevoir particulièrement claire : elle a estimé que les entreprises avaient bénéficié d'un délai suffisamment important pour élire leur CSE. Le report n'est ainsi pas possible.

### Dans quels cas le CSE n'a-t-il pas pu être mis en place avant le 31 décembre 2019 ?

**4** Trois types de situations sont identifiables :

- la première : **l'entreprise n'a engagé aucune démarche** pour organiser ses élections. Il peut s'agir d'une négligence, mais pas toujours, par exemple si elle s'est trouvée récemment devant une situation nouvelle. C'est le cas classique des entreprises ayant franchi récemment le **seuil** des 11 salariés : il convient alors d'organiser le processus d'installation dans les meilleurs délais pour que le fonctionnement se décline rapidement début 2020 ;
- la deuxième : **l'entreprise a enclenché son processus électoral de manière un peu tardive...** En pareille hypothèse, la date butoir du 31 décembre 2019 sera certes dépassée, mais il est probable que le CSE soit installé dans le courant du mois de janvier 2020 et puisse fonctionner alors immédiatement ;
- la troisième : l'entreprise a organisé son processus électoral en temps et en heure mais a fait et/ou fait toujours face à un **contentieux électoral** (contestation des listes électorales, des résultats...), lequel a suspendu ou annulé l'installation. Dans ce cas, le CSE ne sera pas opérationnel dans les premières semaines (voire les premiers mois) de l'année 2020.

Si la Direccte a été saisie pour répartir le personnel dans les collèges électoraux en l'absence de signature du protocole d'accord électoral, la loi organise un maintien des mandats en cours le temps pour le scrutin de se dérouler. Au cas particulier, les textes sur lesquels reposent le fonctionnement des instances historiques ne pourront plus s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. L'équation paraît ici encore insoluble...

**5** Il convient d'avoir à l'esprit que, au regard des délais légaux à respecter pour l'organisation des élections et du temps que peut prendre la négociation du protocole d'accord préélectoral, il faut compter un **délai** de 3 mois **incompressible** entre l'engagement du processus électoral et la proclamation des résultats de l'élection.

### Quelles sont les sanctions encourues ?

**6** La **sanction théorique** encourue pour ne pas avoir installé son CSE au 31 décembre 2019 est le **délit d'entrave**. Muriel Pénicaud l'a d'ailleurs rappelé à l'occasion de son discours au congrès de la CFTC, au début du mois de novembre.

L'entrave à la constitution du CSE ou à la libre désignation de ses membres est punie d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 €. L'atteinte au fonctionnement régulier du CSE, quant à elle, est, à la suite de la réforme des ordonnances, « simplement » punie d'une amende d'un montant de 7 500 € (C. trav. art. L 2317-1).

**7** Malgré l'annonce de la ministre du travail, le risque pour l'entreprise d'être condamnée pour délit d'entrave reste en principe, à notre sens, relativement virtuel. En effet, la **volonté d'entraver** la mise en place de l'instance, ou son fonctionnement, doit être caractérisée pour que l'infraction puisse être constituée et punie. Dans l'hypothèse où un élément externe (contentieux électoral par exemple) contraint à la suspension du processus d'installation, cet **élément moral** fera défaut et le délit ne pourra pas être poursuivi. Un simple « retard » dans la mise en œuvre devrait également être traité de la sorte, sous réserve que tout se résolve rapidement dans les premières semaines de 2020.

**8** Pour nuancer le propos, les entreprises qui n'auront entrepris aucune démarche au 1<sup>er</sup> janvier 2020 alors que la loi les y oblige clairement, sans qu'elles puissent évoquer de fait justificatif, pourraient en théorie manifester cette volonté de faire obstacle à la constitution du CSE (ce par leur seule **inertie**) et ainsi, toujours en théorie, s'approcher de la qualification de l'infraction d'entrave. Nul doute d'ailleurs que les Direccte seront alors sollicitées pour surveiller plus particulièrement ces situations.

**9** L'entreprise s'expose enfin au risque de voir sa **responsabilité civile engagée**, soit par un salarié, soit par un syndicat, puisque l'absence d'organisation d'élections et donc de mise en place du CSE peut causer un préjudice.

### Quelles conséquences, pour ce retard, sur le fonctionnement de l'entreprise ?

**10** Les mandats des représentants du personnel (DP, CE, CHSCT, DUP) prennent fin au 31 décembre 2019. Au 1<sup>er</sup> janvier 2020, les anciennes instances représentatives du personnel ne pourront plus fonctionner.

L'ordonnance à l'origine de la création du CSE prévoyait, au titre de ses dispositions transitoires, des modalités de réduction et de prorogation des mandats en cours, dérogeant au droit commun. Rien n'a été prévu au-delà du 31 décembre 2019... Passé cette date, l'entreprise et ses salariés se retrouvent sans représentation du personnel.

**11** C'est alors tout le fonctionnement de l'entreprise qui peut être **ralenti**, voire paralysé en hypothèse extrême, par l'absence de CSE... En effet, toutes les **décisions de gouvernance**, notamment celles qui engagent la marche générale de l'entreprise, exigent à peine d'annulation le respect du processus d'information-consultation du CSE. Son absence fragilise grandement le processus décisionnel de l'entreprise, et c'est une problématique majeure qui ne doit pas être occultée.

Si l'entreprise tente de continuer à faire vivre le CE en 2020, les avis rendus n'auront aucune portée juridique puisqu'ils ne reposeront plus sur aucune base légale. Par conséquent, toutes les décisions qui seront prises sur la base de ces avis seront nulles, ce que le juge des référés pourrait d'ailleurs relever dans l'urgence pour bloquer le processus décisionnel de l'entreprise.

**12** Par ailleurs, l'absence de CSE dans une structure d'au moins 50 salariés peut empêcher l'implantation d'un délégué syndical et donc bloquer toute possibilité de **négoce collective**. Il en est de même, en l'absence de syndicat, de toute possibilité de négociation directe avec un CSE inexistant.

Pour les délégués syndicaux déjà désignés sur la base de leur représentativité mesurée aux dernières élections professionnelles, il n'est pas certain qu'ils perdent leur représentativité et leur qualité de délégué syndical au 1<sup>er</sup> janvier 2020 du fait de la cessation des mandats des représentants élus lors de ces élections. Toutefois, il paraît prudent d'éviter de leur faire signer des accords collectifs dans l'intervalle entre le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et la date d'installation du CSE, afin d'éviter tout risque de contestation.

**13** Concernant le **budget** de l'ancien CE, il ne peut pas être utilisé dans l'intervalle entre le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et l'installation du CSE : la dévolution des biens du CE au CSE est suspendue, puisque le CE est censé ne plus exister.

### En l'absence de CSE au 1<sup>er</sup> janvier 2020, comment limiter les risques ?

**14** L'organisation de l'installation du CSE est urgente. Dans l'idéal, selon la taille de l'entreprise (plus ou moins de 300 salariés) qui détermine la périodicité obligatoire des réunions de l'instance, celui-ci devra être installé au plus tard le 31 janvier ou le 29 février 2020.

**15** Dans l'intervalle, et si la situation se prolonge, il est impératif de suspendre et de repousser toutes les décisions importantes nécessitant l'**information-consultation** du CSE, pour ne pas fragiliser la structure au titre d'une annulation potentielle. Ainsi, par exemple, aucun licenciement pour inaptitude ou aucune dénonciation d'usage ne pourra intervenir avant la mise en place effective du CSE.

**16** À notre sens, il sera nécessaire et déterminant d'organiser la réunion d'**installation** de l'instance dans la continuité immédiate de la **proclamation** des résultats, ce pour manifester la volonté de l'entreprise de voir l'instance fonctionner au plus vite. Il s'agit là d'un gage patronal de bonne volonté de l'entreprise.

## 🔊 L'absence de CSE au 1-1-2020 fragilise les décisions de l'entreprise qui doivent être précédées d'une information-consultation