

À LA UNE

LES ENJEUX DE LA MISE EN PLACE DU CSE AVANT LE 1^{er} JANVIER 2020

A compter du 1^{er} janvier 2020, les mandats des anciennes instances de représentation du personnel prendront automatiquement fin. Le comité social et économique (CSE) devra avoir été mis en place dans toutes les entreprises de plus de onze salariés – étant précisé que cette obligation s'applique aux entreprises pour lesquelles ce seuil est atteint pendant douze mois consécutifs (C. trav., art. L. 2311-2).

Toutefois, plusieurs cas de figure peuvent conduire à une absence de CSE à cette date butoir :

- l'absence de mise en œuvre, par l'employeur, des élections tendant à mettre en place le CSE ;
- l'absence de mise en place du CSE consécutive à un procès-verbal de carence ;
- la contestation, suivie de l'annulation, des élections du CSE.

Retour sur les risques et sanctions encourus par l'employeur, selon les causes, ainsi que sur les enjeux en matière de vie de l'entreprise et de dialogue social...

Sanctions en l'absence de CSE au 1^{er} janvier 2020

Lorsque l'absence de CSE est indépendante de la volonté de l'employeur, elle ne peut lui être reprochée. Dans les autres cas, elle est susceptible de sanctions.

L'article L. 2317-1 du code du travail prévoit que l'entrave à la constitution du CSE ou à la libre désignation de ses membres est **punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7.500 euros** :

« Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 €.

Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 €. »

De manière plus générale, en l'absence de représentation du personnel :

- les **salariés** peuvent réclamer des dommages et intérêts au titre du préjudice subi du fait de cette absence.

Il a été jugé que l'employeur commet une faute en privant les salariés d'une possibilité de représentation 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) ;

- l'**organisation syndicale** qui a sollicité l'organisation des élections peut réclamer à l'employeur des dommages et intérêts du fait de l'absence fautive d'organisation d'élections (Cass. soc., 7 mai 2002, n° 00-60.282).

Les risques précités ne s'appliquent pas à l'hypothèse où l'absence de CSE est liée à la contestation et à l'annulation totale des élections après le 1^{er} janvier 2020.

La vacance d'instance risque également de présenter de nombreux problèmes pratiques. Les mandats des anciennes instances de représentation du personnel prenant automatiquement fin le 1^{er} janvier 2020, les anciens élus ne sauraient exercer leur mandat dans l'attente des résultats des nouvelles élections...

Problématiques internes inhérentes à l'absence de mise en place du CSE

L'absence de comité social et économique affecte la vie de l'entreprise, s'agissant des thèmes obligatoirement soumis à l'information et/ou la consultation du CSE mais aussi d'interventions plus ponctuelles.

En matière de rupture du contrat de travail, l'absence de CSE rend critiquable :

- le **licenciement collectif pour motif économique**. L'employeur est tenu d'informer et de consulter le CSE, qui peut même être partie aux négociations (C. trav., art. L. 1233-8). En l'absence de CSE, toute procédure de licenciement pour motif économique devient irrégulière – sauf à ce que l'employeur puisse se prévaloir d'un procès-verbal de carence (C. trav., art. L. 1235-15) ;
- le **licenciement pour inaptitude**. Que l'inaptitude soit professionnelle ou non, l'employeur doit informer et 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 L. 1226-10). A défaut, le licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse.

S'agissant du fonctionnement de l'entreprise et des avantages accordés aux salariés :

- le **règlement intérieur** ne peut être mis en place ou modifié qu'une fois l'avis du CSE recueilli (C. trav., art. L. 1321-4) ;
- les **usages** ne peuvent être valablement dénoncés qu'une fois les salariés et le CSE informés. En l'absence de CSE, la décision de dénonciation ne sera pas opposable aux salariés, peu important que chaque salarié ait été individuellement informé ;
- l'**intéressement** ne pourra être mis en place dès lors que l'article L. 3312-2 du code du travail précise que la possibilité d'instaurer une telle mesure 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).

Cette liste n'est pas exhaustive.

Dans une entreprise dépourvue de CSE, c'est tout le dialogue social qui sera affecté.

Il convient donc de veiller à la mise en place rapide de cette instance. Nous ne pouvons que conseiller aux entreprises qui n'ont pas encore lancé le processus d'élections de l'initier dans les prochains jours. Notre équipe reste à votre disposition pour vous accompagner dans ce processus.

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

Cass. soc., 16 octobre 2019, n° 17-31.624

La Cour de cassation apporte deux précisions relatives au régime de l'indemnité d'éviction due en cas de licenciement prononcé en violation des dispositions protectrices sur les AT-MP.

Tout d'abord, cette indemnité se limite au montant des salaires dont le salarié a été privé ce qui signifie donc qu'il **convient de déduire** de celle-ci les **revenus de remplacement** perçus pendant cette période : allocations chômage ou maladie mais également salaire perçus d'un autre employeur.

Ensuite, cette indemnité est **assujettie aux cotisations de sécurité sociale**.

CEDH, Grande chambre, 17 octobre 2019, aff. 1874/13 et 8567/13, Lopez Ribalda et autres c. Espagne

La Cour européenne des droits de l'homme a admis – en fonction du juste équilibre entre les intérêts en présence, en l'espèce, des employées espagnoles soupçonnées d'une action concertée de vol de marchandises – la **possibilité pour employeur d'avoir recours à la vidéosurveillance de salariés sans les en avoir informés au préalable**.

CA Paris, pôle 6, ch. 6, 30 octobre 2019, n° 16/05602

La Cour d'appel de Paris vient de se prononcer sur la **conventionnalité du barème « Macron »** au regard de la convention n°158 de l'OIT, à la CESDH et la CDFUE et retient que l'article 24 de la Charte sociale européenne n'est pas invocable devant les juridictions nationales par les salariés. En revanche, la Cour ne s'est pas prononcée sur la possibilité d'écarter le barème en cas d'atteinte disproportionnée aux droits du salarié.

La Cour d'appel rejoint ainsi la position de la Cour de cassation – sans se référer pour autant à son avis rendu le 17 juillet dernier – et s'écarte de celle de la Cour d'appel de Reims en n'ouvrant pas la possibilité d'y déroger.

Cass. soc., 6 novembre 2019, n° 18-19.752

La Cour de cassation vient **d'invalider** les dispositions permettant de recourir au **forfait-jours** dans le cadre de la **convention collective des organismes gestionnaires de foyers et services pour les jeunes travailleurs** : ces dernières ne garantissent pas que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et ne permettent pas de s'assurer d'une bonne répartition du travail dans le temps.

EN BREF

Un projet de loi, adopté en conseil des ministres le **13 novembre 2019**, prévoit de ratifier trois ordonnances de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social : celle du 28 juin 2018 relative au détachement, l'ordonnance « balai » du 21 août 2019 qui corrige les incohérences de la loi Avenir professionnel et celle du 28 août 2019 qui adapte les dispositions de cette même loi à l'Outre-mer.

Un décret n° **2019-1106 du 30 octobre 2019** modifie le décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage.

Dans une instruction n° **2019-29 du 10 octobre 2019**, Pôle emploi livre une présentation unifiée des conditions d'accès aux deux aides à l'embauche en contrat de professionnalisation dont il assure la gestion.

La violation d'un certain nombre de dispositions légales encadrant le contrat de travail temporaire expose à voir le contrat requalifié par un juge en contrat à durée indéterminée, et ce aux termes d'une procédure accélérée.

La particularité des requalifications des contrats de missions réside dans la possibilité pour le salarié intérimaire de solliciter la requalification de la relation de travail en CDI avec l'entreprise utilisatrice et/ou l'entreprise de travail temporaire.

Si la Cour de cassation met à la charge de l'entreprise de travail temporaire certaines obligations, elle distingue de façon très précise, depuis **un arrêt de principe du 13 avril 2005**, les responsabilités de l'entreprise utilisatrice et celles de l'entreprise de travail temporaire (Cass. soc., 13 avril 2005, n°03-41.967 ; 16 mai 2007, n°06-40.082), conformément aux dispositions des articles L. 1251-43 (pour l'entreprise utilisatrice) et L. 1251-16 du code du travail (pour l'entreprise de travail temporaire) :

- la société de travail temporaire n'est responsable que de la forme de la relation de travail, à savoir le support matériel, sa signature et sa transmission au salarié ;
- l'entreprise utilisatrice est responsable du fond à l'égard des salariés, et en particulier des mentions figurant sur le contrat : motif de recours, conditions de renouvellement, etc.

Afin de sécuriser le recours et la gestion des salariés temporaires amenés à intervenir dans votre entreprise, nous vous proposons une synthèse du cadre juridique applicable.

L'action en requalification contre l'entreprise utilisatrice

La requalification des contrats d'intérim est régie par les articles L. 1251-39 et suivants du Code du travail.

La requalification ne peut intervenir qu'à l'encontre de l'entreprise utilisatrice, et dans des cas strictement limités, prévus par l'article L. 1251-40 du même code soit : « *lorsqu'une*

entreprise utilisatrice a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en méconnaissance des dispositions des articles L. 1251-5 à L. 1251-7, L. 1251-10, L. 1251-11, L. 1251-12-1, L. 1251-30 et L. 1251-35-1, et des stipulations des conventions ou des accords de branche conclus en application des articles L. 1251-12 et L. 1251-35, ce salarié peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission.».

Les causes de requalification qui sont limitativement prévues par ce texte, concernent :

- le motif de recours au travail temporaire ;
- la fixation du terme du contrat et la durée de la mission ;
- le renouvellement du contrat.

Celles-ci ne relèvent que de la responsabilité de la Société utilisatrice, qui en détient seule les éléments (Cass. soc, 19 juin 2013, n°11-26.620 ; Circulaire DRT n°90/18 du 30 octobre 1990).

La jurisprudence a cependant considéré que, dans les cas suivants, la relation de travail entre le salarié temporaire et l'entreprise utilisatrice ne pouvait pas entraîner la requalification :

- au seul motif que l'ETT ne lui a pas remis un contrat de mission écrit, dès lors qu'un contrat de mise à disposition a bien été conclu entre l'ETT et l'entreprise utilisatrice (Cass. soc., 17 sept. 2008, n° 07-40.704) ;
- en invoquant l'absence de transmission du contrat de mission dans les 2 jours ouvrables suivant la mise à disposition. En revanche cette violation ouvre droit à une indemnité maximale d'un mois de salaire (C. trav., art. L. 1251-40).

L'action en requalification contre l'entreprise de travail temporaire

Le code du travail ne prévoit pas la possibilité pour le salarié intérimaire d'exercer une action en requalification à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire (« ETT »).

C'est la jurisprudence qui vient considérer qu'il est possible pour le salarié temporaire de se retourner contre l'ETT, et de solliciter la requalification de son contrat de mission en CDI.

Ainsi, sous réserve d'une intention frauduleuse du salarié, celui-ci peut demander la requalification de son contrat de mission en CDI en l'absence d'une des mentions visées à l'article L. 1251-16 du code du travail, notamment :

- absence de mention du terme de la mission (Cass. soc., 19 avr. 2000, n° 97-45-508) ;
- absence de mention de la qualification des salariés remplacés et la méconnaissance du délai de 2 jours (Cass. soc., 19 juin 2002, n° 00-41.354 ; 17 mars 2010, n° 08-44.880) ;
- absence de mention relative à l'indemnité de fin de contrat (Cass. soc., 11 mars 2015, n° 12-27.855).

Il a été également jugé que l'absence de signature de l'intéressé pouvait justifier une demande de requalification auprès de l'ETT (Cass. soc., 7 mars 2000, n° 97-41.463).

L'absence de condamnation in solidum

Conformément aux dispositions de l'article 1310 du Code civil, la solidarité ne se présume pas. Ainsi en l'absence de texte spécifique, la condamnation solidaire n'est pas possible.

La jurisprudence n'admet le principe d'une condamnation *in solidum* de la société de travail temporaire et de l'entreprise utilisatrice que lorsque les deux conditions suivantes sont remplies (Cass. soc. 11 juillet 2007 n°06-41.732 ; 19 juin 2013, n°11-26.620):

- un manquement de l'entreprise de travail temporaire à ses obligations ;
- une entente illicite ou une action de concert entre les deux sociétés.

La procédure applicable

Seul le salarié concerné (voire une organisation syndicale représentative) peut saisir le Conseil de prud'hommes pour demander la requalification du CDD.

La procédure applicable est dérogatoire au droit commun. **Le salarié peut en effet porter**

directement sa demande devant le bureau de jugement, sans passer par un bureau de conciliation et d'orientation (C. trav., art. L. 1251-41).

Le Conseil de prud'hommes est en outre tenu de se prononcer dans un délai d'un mois à compter de la saisine.

Les conséquences de la requalification

La requalification du contrat de travail temporaire entraîne la possibilité pour le salarié de faire valoir l'ensemble des droits afférents à un contrat de travail à durée indéterminée **au premier jour de sa mission** (sous réserve des règles de prescriptions applicables).

L'article L. 1251-41 du code du travail prévoit également que « *si le conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'entreprise utilisatrice, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire* ».

Seule l'action en requalification contre l'entreprise utilisatrice ouvre droit à cette indemnité.

Il est important de noter que quel que soit le nombre de contrats de mission conclus, la requalification est applicable à l'ensemble des contrats de mission et non pas à chaque contrat irrégulier.

Outre cette indemnisation, la requalification du CDD en CDI peut entraîner de **nombreuses autres conséquences**. Par exemple :

- **le cumul de l'indemnité de préavis avec l'indemnité de fin de mission** ;
- **remboursement des allocations chômage** versées par Pôle emploi au salarié après la fin de la dernière mission.

VIE DU CABINET

Mickaël d'Allende était membre du jury du Grand Oral du CRFPA, à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, le 14 novembre 2019.

Le **cabinet**, créé le 4 novembre 2009, vient de souffler ses dix bougies. Un évènement sera prochainement organisé afin de fêter ensemble les dix ans d'Altana.

ALTANA
VOCATS • PARIS

45 rue de Tocqueville • 75017 Paris, France
Tél. : +33 (0)1 79 97 93 00
www.altanalaw.com

