

Droit du CSE en pratique

Remplacement des élus au CSE : casse-tête chinois !

L'ordonnance Macron n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a profondément modifié le droit de la représentation du personnel. La réunion des DP, du CE et du CHSCT en une seule instance, le CSE, perturbe de nombreux représentants du personnel. En effet, des repères bien ancrés ont disparu et des règles nouvelles s'appliquent désormais parmi lesquelles celles relatives aux suppléants qui ont été fortement impactés par cette réforme. Décryptons aujourd'hui comment s'organise la suppléance au CSE.



François Barbé,
Juriste
en droit social
Calix Avocats,
Chargé
d'enseignement
Université Paris
Descartes

Rappel des règles de réunion du CE : l'obligation de convoquer les suppléants

Jusqu'à la parution de l'ordonnance précitée (plus exactement jusqu'à la mise en place du CSE dans les entreprises), le rôle du suppléant au CE ne se limitait pas à remplacer le titulaire en cas d'absence de celui-ci pour démission de l'entreprise ou de son mandat ou parce qu'il était dans l'impossibilité momentanée d'exercer son mandat.

Le Code du travail était très clair : « *Le CE comprend l'employeur et une délégation du personnel comportant un nombre égal de titulaires et de suppléants. Les suppléants assistent aux séances du comité avec voix consultative* » (C. trav., art. L. 2324-1, al. 2 anc.) ».

Les suppléants devaient donc être convoqués aux réunions du CE. **Il ne s'agissait pas que d'un simple droit à être convoqué mais du droit à participer à toutes les réunions plénières du CE.**

En pratique, même si aucun titulaire n'était absent, les suppléants pouvaient participer aux réunions du CE en s'exprimant librement. Certes, les suppléants n'avaient

que voix consultative, c'est-à-dire qu'ils n'avaient pas le droit de voter, mais ils disposaient d'un droit d'expression identique au titulaire. Ils pouvaient prendre part au débat, poser des questions et donner leurs points de vue. Ils devaient disposer également de tous les documents que l'employeur était tenu de fournir aux membres du CE. Le temps passé à ces réunions était considéré comme du temps de travail effectif (C. trav., art. L. 2325-8 anc.).

Ces règles étaient considérées comme étant d'ordre public : il était donc impossible de s'en affranchir. Ainsi, l'absence de convocation des suppléants aux réunions DP ou du CE avait des conséquences qui pouvaient être considérables : les délibérations ou décisions prises par le CE ainsi constitué étaient considérées comme irrégulières (CE, 24 mai 1991, n° 68272).

De plus, sur le plan pénal, l'absence de convocation des suppléants était synonyme de délit d'entrave. Les Hauts Magistrats ont régulièrement rappelé que l'employeur qui s'abstenait volontairement de convoquer les suppléants à une réunion du comité était coupable d'un délit d'entrave (Cass. crim., 16 juin 1970, n° 69-93.132 ; Cass. crim., 18 oct. 1983, n° 83-90.419).

Avec le CSE, les suppléants ne peuvent pas assister aux réunions.

Désormais, dès que le CSE est mis en place dans une entreprise, les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance Macron précitée sont très claires : les suppléants n'assistent pas aux réunions du CSE sauf en cas de remplacement d'un titulaire absent (C. trav., art. L. 2314-1).

La seule obligation de l'employeur en la matière est l'envoi de l'ordre du jour aux suppléants. En effet, l'article L. 2315-30 du Code du travail, traitant de la communication de l'ordre du jour, évoque les membres du CSE et non les titulaires uniquement. C'est la position également adoptée par le ministère du Travail : « L'ordre du jour des réunions du CSE est communiqué par le président aux membres du comité, titulaires et suppléants. Cette transmission a seulement pour effet d'informer le suppléant de l'ordre du jour de la réunion de sorte que, le cas échéant, il puisse remplacer un élu titulaire empêché » (Min. trav., 19 avr. 2018, 100 questions-réponses, n° 77).

Cette absence des suppléants aux réunions du CSE, règle impérative, peut rendre difficile et plus lourd l'exercice du mandat des titulaires. En effet, ceux-ci ne peuvent plus bénéficier de l'apport des suppléants lors des réunions, l'effectif de la délégation salariale se trouve très amoindri et cela nécessite pour les membres du CSE de s'organiser très en amont pour pallier leur absence.

C'est pourquoi il est recommandé, de négocier qu'il soit possible, pour les suppléants, d'assister aux réunions. Dans ce cas, il convient que les dispositions conventionnelles soient très précises afin d'éviter toute difficulté d'application pratique : les suppléants peuvent-ils tous assister à toutes les réunions ? À certaines réunions uniquement ? etc. (voir sur ce point « Suppléants, bureau du comité et réunions préparatoires : ce que prévoient les accords de mise en place du CSE », Les Cahiers Lamy du CSE n° 186, nov. 2018, M.C. Tual).

A noter : l'assistance aux réunions du CSE doit, en principe, être prévue par accord collectif. Il s'agit d'un accord collectif conclu avec les délégués syndicaux ou, à défaut, avec la majorité des membres titulaires du CSE (Min. trav. 19 avr. 2018, 100 questions-réponses, n° 77, al. 3). Idéalement, c'est une question qui peut être réglée dans l'accord de mise en place du CSE lorsqu'un tel accord est négocié et conclu. Cela peut également, à notre avis, faire l'objet d'une clause du règlement intérieur du CSE dont l'objet est notamment de déterminer les modalités de son fonctionnement (C. trav., art. L. 2315-24).

Causes du remplacement d'un titulaire en cours de mandat

Dans la mesure où les suppléants ne peuvent plus assister aux réunions du CSE, le remplacement des élus titulaires,

même en cas d'absence temporaire, prend encore plus d'importance qu'auparavant lorsqu'ils assistaient de droit aux réunions du CE.

Précisons tout d'abord que la possibilité pour un titulaire d'être remplacé par un suppléant joue dans les mêmes conditions quelle que soit la cause de l'absence du titulaire ou la durée de celle-ci. En effet, un suppléant peut remplacer un titulaire lorsque celui-ci se trouve momentanément absent pour une cause quelconque (C. trav., art. L. 2314-37, al. 1; Cass. soc., 5 oct. 1994, n° 93-42.164).

Le remplacement est définitif, dès lors qu'il s'agit d'une démission de l'entreprise, d'un licenciement ou d'une démission du mandat (C. trav., art. L. 2314-33).

Le remplacement n'est que temporaire lorsque l'élu titulaire est dans l'impossibilité d'exercer son mandat pour des causes diverses : congés, jours RTT ou non travaillés, maladie, maternité, etc.

Il peut même s'agir d'une absence en cours de réunion. Ainsi, il a été jugé que dans le cas d'une courte absence d'un titulaire, le suppléant peut voter à sa place, si nécessaire (Cass. soc., 11 juin 1981, n° 79-41.592).

En revanche, la suspension de l'exécution du contrat de travail ne suspend pas de plein droit l'exécution du mandat (Cass. crim., 16 juin 1970, n° 69-93.132). Ainsi, en cas de suspension du contrat de travail d'un titulaire, comme la maladie par exemple, le remplacement n'est pas automatique car le mandat n'est pas suspendu. En effet, le titulaire dont le contrat de travail est suspendu peut continuer à exercer son mandat. Il lui revient de décider lui-même s'il y a lieu ou non de se faire remplacer pour une période ou au cas par cas.

Le remplacement a lieu sans qu'il soit besoin d'une validation de l'employeur ou d'une décision du comité.

Choix du remplaçant du titulaire

Contrairement à une idée encore largement répandue, il n'y a pas de corrélation nécessaire entre le rang du titulaire à remplacer et le rang du suppléant qui doit le remplacer, sur leur liste respective (Cass. soc., 8 juin 1983, n° 80-41.803).

La mise en œuvre du choix du remplaçant du titulaire absent peut s'avérer complexe. En effet, les règles de remplacement des titulaires absents sont très précises. Il s'agit de dispositions d'ordre public, pour lesquelles aucune dérogation même prévue par une convention collective, le règlement intérieur de l'institution ou encore un usage autorisant les syndicats à choisir le suppléant qu'ils souhaitent n'est possible (Cass. soc., 5 nov. 1986, n° 86-60.053).

Avant la création du CSE, les règles applicables différaient s'il s'agissait de remplacer un titulaire DP (C. trav., art. L. 2314-30 anc.) ou un titulaire du CE (C. trav., art. L. 2324-28 anc.). Pour

les DP, priorité était donnée à l'appartenance syndicale, et pour le CE, l'appartenance catégorielle prévalait.

À notre connaissance, la motivation de cette différence de règles n'a jamais été clairement posée par le législateur. Est-ce en raison des missions propres à chaque institution comme le suggère un auteur (Dominique Fabre : « Représentants du personnel-suppléance : mode d'emploi », *Semaine juridique sociale*, n° 21, 21 mai 2013, n° 1213) ?

Dans la mesure où le cadre de mise en place du CSE se rapproche de celui du CE et que les modalités de fonctionnement sont en grande majorité celles du CE, la logique aurait voulu que l'on applique les règles propres au remplacement des titulaires au sein du CE. Or, ce n'est pas ce qui a été retenu par la nouvelle législation applicable.

Le nouvel article L. 2314-37 du Code du travail est ainsi rédigé : « Lorsqu'un délégué titulaire cesse ses fonctions pour l'une des causes indiquées à la présente section ou est momentanément absent pour une cause quelconque, il est remplacé par un suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire. La priorité est donnée au suppléant élu de la même catégorie.

S'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par un candidat non élu présenté par la même organisation.

Dans ce cas, le candidat retenu est celui qui vient sur la liste immédiatement après le dernier élu titulaire ou, à défaut, le dernier élu suppléant.

À défaut, le remplacement est assuré par le suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire à remplacer, mais appartenant à la même catégorie et ayant obtenu le plus grand nombre de voix ».

Désormais, priorité est donnée à l'appartenance syndicale et non à la qualité d'élu. Cela signifie que des candidats non élus peuvent se retrouver à siéger en tant que titulaires dans une réunion et donc à voter alors qu'il existe des élus suppléants d'une autre liste.

En clair, le remplacement d'un titulaire doit donc s'effectuer en respectant l'ordre suivant :

1. Suppléant élu du même syndicat et de la même catégorie professionnelle
2. Suppléant élu du même syndicat, d'une autre catégorie et de même collège
3. Suppléant élu du même syndicat, d'un autre collège (Cass. soc., 21 mars 1978, n° 77-60.692)
4. Candidat non élu présenté par le même syndicat : le candidat retenu est celui qui vient sur la liste immédiatement après le dernier titulaire élu ou, à défaut, le dernier élu suppléant

5. Suppléant élu sur une liste d'un syndicat différent et de la même catégorie professionnelle et ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

Hormis dans les cas de figure 4 et 5, lorsqu'il existe plusieurs suppléants pouvant potentiellement remplacer le titulaire, par exemple deux suppléants du même syndicat et de la même catégorie professionnelle, il convient de retenir celui qui a obtenu le plus grand nombre de voix. Ce n'est que lorsque plusieurs suppléants recueillent le même nombre de suffrages qu'il convient de choisir l'ordre de présentation sur la liste. C'est ce qui découle de la jurisprudence appliquée jusqu'à présent pour le CE et les DP, laquelle est à notre sens applicable au CSE (Cass. soc., 15 janv. 1981, n° 80-60.349). Le syndicat n'a donc aucune liberté pour choisir le suppléant remplaçant le titulaire.

À noter : la loi ne mentionne que les élus ou candidats appartenant à une organisation syndicale. Or, il y a de nombreux élus ou candidats sans étiquette. Doivent-ils être écartés dans la mesure ils ne sont pas visés par les textes ? A notre avis, non. Il est donc possible de recourir à un suppléant qui n'appartient à aucune liste syndicale dès lors qu'il remplit les conditions de catégorie ou de collège.

Et le remplacement du suppléant en cours de mandat ?

Seuls les élus titulaires bénéficient de la faculté d'être remplacé par un suppléant ou un candidat non élu. En revanche, un suppléant qui cesse ses fonctions ne peut pas être remplacé en cours de mandat. Il est d'ailleurs important de noter à cette occasion que le refus d'un suppléant de remplacer un titulaire constitue une démission de ses fonctions (Cass. soc., 5 mai 1983, n° 82-60.418).

Il n'existe que deux exceptions : les suppléants ayant cessé leurs fonctions ne seront remplacés que si les conditions sont réunies pour organiser des élections partielles ou si une disposition conventionnelle prévoit expressément ce remplacement. Ainsi, une convention collective ou un protocole d'accord préélectoral peut indiquer la possibilité de remplacer un suppléant en cours de mandat par un appel aux candidats non élus (Cass. soc., 11 oct. 1978, n° 77-41.367 ; Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 05-43.940) alors que cela n'est pas possible par un usage ou une acceptation du remplacement expresse ou tacite.

Les conséquences du non-respect de cette règle sont importantes car, si rien n'est prévu conventionnellement, un candidat non élu, remplaçant un suppléant, ne peut revendiquer le bénéfice de la protection légale accordée aux salariés investis d'un mandat représentatif, et ce même si l'exercice de la mission a duré pendant plusieurs mois et fut accepté par l'employeur.

La rédaction des dispositions conventionnelles doit donc être claire et sans ambiguïté. En effet, sur ce point, la Cour de cassation applique strictement une jurisprudence constante : « *Les institutions représentatives du personnel créées par voie conventionnelle doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice, être de même nature que celles prévues par le code du travail* » (Cass. soc., 12 juil. 2006, n° 04-45.893).

Le cas particulier du remplacement du suppléant devenu titulaire en cours de mandat

Le remplacement d'un suppléant qui cesse ses fonctions n'est pas organisé par la loi comme nous l'avons vu précédemment mais le remplacement d'un suppléant devenu titulaire en cours de mandat est-il possible ? Non, selon la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu à propos des DP,

celle-ci précise que la loi n'ayant pas prévu le remplacement des suppléants devenus titulaires en cours de mandat, seule une disposition spécifique d'une convention collective peut prévoir un remplacement par appel aux candidats non élus (Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 05-43.940).

Cette solution retenue par la Haute Juridiction pose question. En effet, lorsqu'un suppléant remplace un titulaire ayant cessé définitivement d'exercer son mandat, pourquoi ne pourrait-il pas bénéficier de l'application des règles légales de suppléance lorsqu'il vient, lui-même, à cesser ses fonctions, temporairement ou définitivement ?

En effet, le suppléant remplaçant un titulaire, devient lui-même titulaire à part entière. Il ne s'agit plus de remplacer un suppléant mais de remplacer un titulaire. Ce titulaire ne pourrait donc pas se faire remplacer uniquement parce qu'à l'origine, il a été élu en qualité de suppléant ? Juridiquement, à notre sens, il ne devrait pas être fait de différence entre la liste d'origine du titulaire (élu comme titulaire ou élu comme suppléant devenu titulaire).

Exemple :

Une organisation syndicale présente des candidats dans les deux collèges. Elle n'obtient pas d'élus dans le premier collège et obtient deux élus dans le second collège : un titulaire et une suppléante.

Second collège :

Titulaires : Olivier (élu), Marie, Jean ;

Suppléants : Françoise (élue), Jacques, Annie.

Olivier démissionne de l'entreprise. Françoise, élue suppléante dans la même catégorie et le même collège, remplace alors Olivier comme titulaire. Celle-ci démissionne à son tour de l'entreprise.

Selon l'application du raisonnement de la Cour de cassation, Marie ne pourra pas remplacer Françoise car celle-ci, à l'origine, a été élue comme suppléante.

Ce syndicat n'aura donc plus de représentant au CSE.

Ainsi, lorsque la liste à laquelle appartient un suppléant remplaçant un titulaire n'a pas d'autre suppléant que lui, la solution dégagée par la Cour de cassation privera ce syndicat d'un représentant alors même que le nouveau texte de loi (C. trav., art. L. 2314-37) entend privilégier l'étiquette syndicale au fait d'être élu.

Notre point de vue : une clarification législative serait la bienvenue, car la question va se poser avec acuité dans la mesure où il y a beaucoup moins d'élus avec le CSE qu'avec les précédentes IRP. En effet, il convient de faciliter le bon fonctionnement du CSE et d'éviter des contentieux qui peuvent être nombreux.

L'absence de convocation du bon remplaçant du titulaire absent, la présence irrégulière d'un suppléant ou d'un candidat non élu aux réunions du CSE peut rendre nulle la délibération ou la consultation. De même, cela peut avoir des conséquences importantes en termes de protection, tout particulièrement des candidats non élus remplaçant un titulaire. La loi ne prévoit rien dans ce cas de figure.

Par ailleurs, en matière d'information, l'absence d'information délivrée au suppléant pourrait permettre d'intenter une action en suspension de la mise en œuvre de la mesure envisagée par l'employeur.

Cela peut également avoir également des conséquences sur le déclenchement des élections partielles (C. trav., art. L. 2314-10). Celles-ci ne peuvent, en effet, être déclenchées que si toutes les règles de suppléance ont été déclinées.

Enfin, sur le plan pénal, les conséquences peuvent être lourdes : commet un délit d'entrave à l'exercice régulier des fonctions d'un élu, l'employeur qui s'abstient de convoquer cet élu aux réunions de l'instance et ce malgré l'absence de régime légal de convocation obligatoire (Cass. crim., 27 fév. 2018, n° 17-81.457).

Tribunal compétent en cas de litige lors du remplacement du titulaire

Les contestations relatives au remplacement d'un titulaire relèvent de la compétence du TGI. Il ne s'agit pas d'un contentieux électoral : le tribunal d'instance n'est donc pas compétent (Cass. soc., 10 mai 1984, n° 83-63.193), même si en pratique certains tribunaux d'instance ne se déclarent pas incompétents et statuent sur les règles de remplacement des membres élus.