

## LES CHAUSSE-TRAPPES DU PROCÈS-VERBAL DE CARENCE

*Nul besoin de rappeler les changements majeurs opérés par la loi du 20 août 2008, spécialement pour les organisations syndicales de salariés. L'organisation des élections professionnelles est une obligation qui s'impose dans toute entreprise employant au moins 11 salariés. Mais le processus peut ne pas aboutir. Focus sur un acte, le procès verbal de carence, dont le défaut a de lourdes conséquences pour l'employeur.*

L'élection des représentants du personnel est obligatoire dans les associations ou établissements des associations occupant au moins onze salariés pour les délégués du personnel - DP - (C. trav., art. L. 2312-1) ou au moins cinquante salariés pour le comité d'entreprise - CE - (C. trav., art. L. 2322-1) à défaut de dispositions conventionnelles plus favorables abaissant ces seuils. Pourtant, en dépit de l'obligation légale, la tenue des élections n'est pas systématique, notamment dans les entreprises les plus petites. Même si 72 % des établissements de 20 salariés et plus satisfont à l'obligation légale d'élection de DP ou d'une délégation unique du personnel - DUP - (C. trav., art. L. 2326-1). Il n'en reste pas moins qu'un tiers de ces établissements ne dispose d'aucune représentation élue et, par voie de conséquence, d'implantation syndicale. En revanche, 81 % des établissements d'au moins 50 salariés sont dotés d'un CE ou d'une DUP, et même plus de 90 % des établissements d'au moins 100 salariés. Dans ce paysage, le secteur associatif ne dépareille pas ; il est même en dessous des moyennes<sup>1</sup>. Parmi ces petites associations où la présence des élus est la plus faible on retrouve les secteurs des services de l'éducation, de l'action sociale et de la santé ou encore celui des activités récréatives culturelles et sportives.

Concrètement, un mois avant l'expiration des mandats des représentants élus en exercice lorsqu'ils sont présents dans l'association<sup>2</sup>, à tout moment à la demande d'un salarié ou chaque année (V. infra), le directeur doit prendre l'initiative des élections en informant le personnel et en convoquant les organisations syndicales intéressées<sup>3</sup>. Lorsque l'institution n'a pas été mise en place ou renouvelée, un procès-verbal de carence est établi par l'employeur ; il l'affiche dans l'entreprise et le transmet dans les quinze jours à l'inspecteur du travail qui en envoie copie aux organisations syndicales de salariés du département concerné (C. trav., art. L. 2314-5 et L. 2324-8). Quelles sont les modalités de ce procès-verbal, qu'en est-il si le directeur ne remplit pas cette obligation ?

### 1. L'OBLIGATION D'ÉTABLIR LE PROCÈS-VERBAL DE CARENCE

Le procès-verbal est un acte établi par une personne habilitée relatant des constatations normalement destinées à produire des effets de droit. Le terme est familier mais il révèle l'évolution des pratiques. En effet, historiquement, si le procès est verbal c'est parce que les agents publics chargés des constats ne savaient ni lire ni écrire. Aussi faisaient-ils un rapport oral à leur supérieur chargé de transcrire ces constatations ! De nos jours, l'expression est restée mais le procès-verbal est un acte écrit. Le Code du travail envisage plusieurs types de pro-

---

<sup>1</sup> Voir sur ces données, DARES, Première synthèse information, Les institutions représentatives du personnel, février 2007 – n°05.1. On relèvera que dans la catégorie « Associations » sont prises en compte les cliniques privées, organismes de formation, écoles privées...

<sup>2</sup> C. trav., art. L. 2314-2 et L. 2324-3.

<sup>3</sup> C. trav., art. L. L. 2314-3 et L. 2324-4.

cès-verbaux<sup>4</sup>, dont celui dit « de carence » que doit établir l'employeur à l'issue d'un processus électoral lorsque l'institution n'a pas pu être installée ou renouvelée. Cette obligation légale a pour objectif de lutter contre l'abstention de l'employeur en l'absence de demande du personnel ou des syndicats en l'obligeant à prendre des initiatives et à, éventuellement, constater leur échec. Le procès-verbal permettra, le cas échéant, à l'employeur de justifier de ces diligences quant à l'organisation des élections professionnelles. La finalité assignée à cet acte en détermine sa mise en œuvre, faute de précisions réglementaires.

En premier lieu, l'administration du travail et le juge judiciaire ont précisé que ce procès-verbal ne doit être établi que lorsque la mise en place de l'institution s'avère impossible c'est-à-dire seulement à l'issue du second tour<sup>5</sup>. En effet, il n'y a carence qu'en l'absence de candidatures libres présentées pour le second tour, ce dernier devant intervenir dans les 15 jours suivant l'organisation du premier<sup>6</sup>.

En deuxième lieu, bien que les élections soient normalement organisées tous les 4 ans, sauf aménagement conventionnel<sup>7</sup>, la question s'est posée de savoir si l'employeur ayant une première fois satisfait à son obligation doit ou non établir, durant cette période, d'autres procès-verbaux. On rappellera d'abord, qu'en dépit d'un procès-verbal de carence, si un salarié, et ce à tout moment, demande l'organisation d'élections professionnelles, l'employeur est tenu de les organiser dans le mois qui suit<sup>8</sup>. En l'absence d'une telle demande, le Conseil d'État a jugé qu'un procès-verbal doit être dressé chaque année ce qui sous-entend évidemment la préparation d'élections à chaque date anniversaire du précédent procès-verbal<sup>9</sup>.

Concernant le contenu de l'acte, en troisième lieu, on retiendra qu'il doit permettre de contrôler le respect par l'employeur de ses obligations. A cette fin, le directeur indiquera a minima, la date de l'information sur les élections donnée aux salariés, celle à laquelle les syndicats habilités ont été invités à négocier le protocole d'accord préélectoral et enfin celles du premier et du second tour avec la mention expresse de l'absence de candidature.

On rappellera, enfin, que ce procès-verbal est affiché dans l'entreprise et transmis dans les quinze jours à l'inspecteur du travail qui en envoie copie aux organisations syndicales de salariés du département concerné. Toute personne intéressée qui entend contester le procès-verbal peut agir, devant le tribunal d'instance, dans un délai de 15 jours<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Il ya bien sûr celui établi par l'inspecteur du travail en cas d'infraction (C. trav., art. L. 4721-4), celui établi par le secrétaire du CE (C. trav., art. L. 2325-20 s.) ou encore celui qui constatera l'échec d'une négociation obligatoire (C. trav., art. L. 2242-4).

<sup>5</sup> Circ. DRT 16 du 25 oct. 1983, §21 JO du 20 déc. 1983, p. 11201 et Soc. 18 mai 1982, n°81-60746, Bull. civ. V, n°326 adde Soc. 7 janv. 1998, n°97-60301.

<sup>6</sup> C. trav., art. L. 2314-24 et L. 2324-22.

<sup>7</sup> C. trav., art. L. 2314-27 et L. 2324-25.

<sup>8</sup> C. trav., art. L. 2234-4 et L. 2324-5 ; Soc. 17 mars 2004, n°02-60699, Bull. civ. V, n°93. Si l'association a l'obligation de mettre en place des délégué du personnel et un comité d'entreprise, la carence de l'une justifie l'organisation d'élections pour l'institution manquante (Soc. 3 avril 1999, n°05-60830, Bull. civ. V, n°172), d'où l'intérêt d'une délégation unique du personnel lorsque l'association compte de 50 à 199 salarié.

<sup>9</sup> CE 28 juin 1989, n°61572 62785, Dr. soc. 1989. 712.

<sup>10</sup> C. trav. L. 2314-25 et L. 2324-23 et R. 2314-28 al. 1.

## 2. LES CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DU PROCÈS-VERBAL DE CARENCE

A l'exception du délit d'entrave, les conséquences tenant au défaut d'établissement ou de transmission à l'inspection du travail du procès-verbal de carence sont largement méconnues. Le Code du travail précise que le fait de porter ou de tenter de porter atteinte à la libre désignation des délégués du personnel (ou du comité d'entreprise) ou à l'exercice régulier de leurs fonctions constitue un délit pénal<sup>11</sup>. A l'évidence, l'absence de procès-verbal suggère que l'employeur n'a pas rempli ses obligations légales d'organisation des élections professionnelles. Pourtant, et alors que plus de 30 % des entreprises employant au moins 11 salariés sont dépourvues de représentation du personnel, l'inspection du travail ne recevrait qu'un nombre dérisoire de procès-verbaux<sup>12</sup>... Cette situation devrait changer avec la nécessité du recueil des résultats des organisations syndicales aux élections professionnelles<sup>13</sup>. Surtout, l'absence de procès-verbal va avoir des conséquences parfois sur la possibilité, plus fréquemment sur la régularité, indirectement sur la validité d'actes que l'employeur aurait à accomplir.

Le Code du travail impose à l'employeur la consultation préalable des représentants du personnel (comité d'entreprise ou, à défaut, délégués du personnel) pour de nombreux actes unilatéraux. Cette obligation de consultation, qui se double d'une obligation d'information, concrétise le droit constitutionnel de participation des salariés<sup>14</sup>. Il s'en suit que pour exercer valablement son pouvoir de direction ou d'organisation, l'employeur doit avoir satisfait à son obligation d'organisation des élections professionnelles ce que permet de constater le procès-verbal de carence. Dès lors qu'un CE, ou des DP, n'a pas été installé par négligence de l'employeur, cette carence va retentir sur l'acte. Le régime juridique attaché aux conséquences du défaut de procès-verbal n'est pas uniforme. Certaines sont fixées par la loi d'autres par les juges. On observera néanmoins, qu'en principe, le défaut procès-verbal rend l'acte irrégulier mais ne l'empêche pas de produire effet. Les conséquences financières peuvent être particulièrement lourdes.

Sans être exhaustif le tableau présente les conséquences attachées à certains actes de l'employeur

---

<sup>11</sup> C. trav., art. L. 2316-1 et L. 2328-1.

<sup>12</sup> Selon M. Cohen, l'inspection du travail n'aurait reçu en 2000-2001 que 4,5 % de procès-verbaux de carence alors que 40 % des entreprises assujetties n'avaient pas de comité d'entreprise.

<sup>13</sup> C. trav., art. D. 2121-6 s.

<sup>14</sup> Article 8 du préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* »