

Où l'on reparle des salariés mis à disposition et de la communauté de travail

par *Philippe MASSON*,

responsable du collectif national "Droits, libertés, actions juridiques" de la CGT

1. L'année 2008, pourtant riche en épisodes législatifs et judiciaires (1), n'a pas mis un terme au débat sur la représentation électorale des « salariés mis à disposition ».

Un arrêt récent de la Chambre sociale et deux décisions de tribunaux d'instance méritent une attention particulière.

2. L'arrêt *Equant* (2) rendu le 13 mai 2009, revient sur la question des informations permettant la détermination des effectifs à prendre en compte au titre de l'article L. 1111-2, et l'établissement de la liste électorale. Rappelons que les employeurs ont soutenu avec une belle constance leur incapacité à identifier les salariés des entreprises sous-traitantes, renvoyant aux organisations syndicales la charge de dresser la liste nominative des personnes dont ils demandent la prise en compte.

L'arrêt *Peugeot* (3) du 13 novembre 2008 avait déjà mis un terme à ces errements en énonçant : « *Attendu que l'employeur étant tenu d'établir la liste électorale, il lui appartient, en cas de contestation, de fournir les éléments nécessaires au contrôle de sa régularité (...)* »

Le pourvoi imprudemment déposé (4) par Equant-France, filiale à 100 % de France Télécom, donne à la Chambre sociale l'occasion de franchir un pas supplémentaire : les obligations de l'employeur ne valent pas seulement en cas de litige, mais sont une condition de validité du protocole préélectoral. Il doit fournir « *aux organisations syndicales appelées à la négociation l'ensemble des informations utiles à la détermination de l'effectif et des listes électorales* ». A défaut, le protocole qui en résulte doit nécessairement être annulé.

3. On notera également que cet arrêt n'évoque pas seulement l'élaboration de la liste électorale, mais vise explicitement la détermination des effectifs. C'est un rappel fort opportun, car cette détermination a des conséquences qui vont bien au-delà du processus

électoral, l'article L. 1111-2 servant de référence à toutes les règles sociales et fiscales qui comportent un seuil d'effectif. Les organisations syndicales pourraient, par exemple, en faire un usage systématique en matière de calcul de la masse salariale servant de base à la contribution patronale au budget de fonctionnement du comité d'entreprise, démarche validée par l'arrêt *Systra* du 7 novembre 2007 (5).

4. La question est-elle définitivement close ? Pas tout à fait, car une malencontreuse circulaire de la DGT en date du 13 novembre 2008, prise en application de la loi du 20 août, suggère que les obligations de l'entreprise utilisatrice seraient limitées à « interroger » les prestataires et à établir la liste électorale à partir des seuls éléments que ceux-ci auront bien voulu transmettre.

Cette disposition a été invoquée par Thalès Service IS à l'occasion de ses dernières élections, mais n'a pas convaincu le Tribunal d'instance de Versailles : « *Il résulte de ce qui précède que la société Thalès ne pouvait en aucun cas déterminer les effectifs de l'entreprise, et partant le nombre de sièges à pourvoir et de délégués à élire, en se fondant sur les données fournies par les entreprises extérieures (...)* » (5 bis). La société Thalès s'est néanmoins pourvue en cassation, avec le curieux argument que la loi ne prévoyait aucune méthode de recensement des salariés mis à disposition et qu'elle-même n'en connaissait pas d'autre que d'écrire à ses sous-traitants. En oubliant, entre autres détails, que toute personne pénétrant sur un de ses sites a droit à une saisie informatique détaillée, comportant dates et heures de présence, objet de la visite et édition d'un badge...

5. Cette constance des employeurs à jouer les ignorants sur ce qui se passe dans leur entreprise rappelle leur réticence à fournir les éléments exigés par l'article R. 2323-10, 5° (6), à savoir « *l'information trimestrielle du comité*

(1) Voir « Les sous-traitants, la loi... et les juges », Philippe Masson, Dr. Ouv. n° 726, janvier 2009, p. 17.

(2) Cass. soc. 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60530, F-P+B, ci-après p. 527.

(3) Cass. soc. 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-60434, Dr. Ouv. n° 726, janvier 2009, p. 20.

(4) Par jugement du 16 octobre 2008, le Tribunal d'instance du 13e arrondissement de Paris avait annulé des élections tenues les 10 et 24 juin 2008, quelques semaines avant la

promulgation des nouvelles dispositions contenues dans la loi du 20 août 2008. Le mémoire ampliatif produit par Equant-France à l'appui de son pourvoi fut déposé quinze jours après les arrêts du 13 novembre.

(5) Cass. soc. 7 novembre 2007, pourvoi n° 06-12309, Dr. Ouv. n° 716, mars 2008, p. 128 n. C. Ménard, Droit Social, novembre 2007 p. 131 note Maurice Cohen.

(5 bis) 30 juin 2009, RG 1-09-000523.

(6) Anciennement L. 432-4-1.

d'entreprise (...) en retraçant mois par mois l'évolution des effectifs et de la qualification des salariés par sexe, en faisant apparaître (...) le nombre de salariés appartenant à une entreprise extérieure ».

Ne pourrait-on considérer que ces récidivistes de l'ignorance commettent un délit d'entrave au bon déroulement des élections, en analogie avec l'arrêt *Cegelec* (7) constatant que commet un délit d'entrave l'employeur prétendant échapper à l'obligation d'information rappelée ci-dessus au prétexte « *que l'entreprise passait des commandes globales et forfaitaires, n'avait pas le contrôle des salariés, ignorait le nombre de personnes affectées à une tâche et pouvait donner seulement le montant global des prestations sous-traitées* ».

6. C'est un autre aspect du problème des sous-traitants qu'ont traité les deux autres espèces commentées ici.

L'entreprise Heppner est un transporteur de marchandises qui emploie deux mille salariés dans une quinzaine d'établissements. A l'occasion de la préparation des prochaines élections, aucun protocole d'accord n'a pu être signé, la plupart des syndicats exigeant la prise en compte des salariés des « louageurs », c'est-à-dire des entreprises auxquelles Heppner soustraite certains de ses contrats de transport en fonction de sa charge de travail, ce que la société Heppner refusait.

La société a alors pris l'initiative de saisir dix tribunaux d'instance pour leur demander de trancher la question. Leurs réponses ont été variables. Les deux décisions analysées sont d'autant plus intéressantes qu'elles réfèrent à des événements postérieurs à la loi du 20 août 2008.

7. Deux questions délicates étaient posées :

– Comment interpréter la condition de « *présence dans les locaux de l'entreprise utilisatrice* », s'agissant de salariés par nature itinérants (8) ?

– Comment « contourner » l'habillage donné par Heppner aux contrats commerciaux passés avec les louageurs ?

En effet, Heppner prétend ne pas agir en tant que transporteur sous-traitant une partie de son activité, mais en tant que commissionnaire, entreprise purement commerciale et administrative démarchant des contrats mais ne les exécutant pas. La société en tire comme conséquence qu'aucune communauté ne saurait exister entre les emplois sédentaires et de bureau d'un commissionnaire et les emplois de conducteurs routiers des louageurs... Et elle s'appuie sur la très contestable jurisprudence *Chronopost* (9) dans laquelle la Cour de

cassation avait accepté ce raisonnement pour refuser la prise en compte dans les effectifs des transporteurs de colis agissant pour cette entreprise.

8. Sur la première question, le juge de Nantes écarte l'interprétation littérale (et inopérante en l'espèce) de la notion de « locaux » assimilés à une installation fixe et propriété de l'entreprise, dans laquelle le travail s'exécute en permanence.

« *La condition de présence dans les locaux de l'entreprise utilisatrice doit de la même façon être appréciée en considération des conditions d'exercice de l'activité du salarié : elle ne saurait avoir pour effet d'exclure d'office du bénéfice des dispositions susvisées des travailleurs qui du fait de leurs conditions de travail pour l'essentiel itinérantes, ne sont pas physiquement présents dans l'entreprise pendant une partie notable de leur temps de travail* ».

Cette appréciation *in concreto* doit alors se faire par comparaison des conditions d'exercice de l'emploi avec « *celles des salariés de l'entreprise utilisatrice exerçant les mêmes fonctions* ».

Même raisonnement pour le juge d'Angers selon lequel « *la condition de présence dans les locaux de la société Heppner, entreprise utilisatrice, doit s'apprécier de manière particulière quand les salariés concernés sont itinérants, comme cela est le cas dans le domaine du transport de marchandises* ».

Les deux tribunaux constatent alors que les conducteurs salariés d'Heppner et ceux des louageurs sont présents dans les locaux aux mêmes horaires et pour y accomplir les mêmes tâches de chargement, prise de consigne, contrôle, compte rendu, etc. « *sans donc qu'il apparaisse une quelconque spécificité sur le terrain entre ces différents groupes de travailleurs* » (T1 Angers, ci-après deuxième espèce p. 528).

9. Sur la deuxième question, les deux décisions écartent d'abord l'argument d'Heppner selon lequel il ne serait qu'accessoirement transporteur, l'activité de commissionnaire étant principale : « *Il importe peu que les travailleurs mis à disposition le soient au titre de l'activité principale ou au titre d'une activité secondaire de celle-ci, dès lors qu'il est établi que ces travailleurs mis à disposition dans le cadre de cette activité secondaire sont intégrés à la communauté de travail formée par les salariés de la société utilisatrice* » (T1 Nantes, ci-après troisième espèce p. 530).

« *Au-delà de cette répartition d'activités dans le domaine du transport terrestre de marchandise [entre transporteur et commissionnaire] seul présente donc un*

(7) Cass. crim. 19 juin 2001, Bull. crim. n° 150.

(8) Sur le débat concernant une éventuelle distinction entre sous-traitants « *in situ* » et « *ex situ* », déjà présent avant la loi du 20 août 2008, voir « *Regards croisés sur la communauté de*

travail » par Emmanuelle Boussard-Verrecchia et Xavier Petrachi, Dr. Ouv. n° 720, juillet 2008, p. 361.

(9) Cass. soc. 15 février 2006, pourvoi n° 05-60088, Dr. Ouv. n° 696, juillet 2006, p. 345 note Pascal Rennes.

intérêt l'examen de la question de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail que constitue la Société Heppner (...), à savoir si ces mêmes salariés d'entreprises extérieures et qui sont mis à disposition de la Société Heppner sont bien présents dans ses locaux et y travaillent depuis au moins un an comme l'exige l'article L. 1111-2/2^e du Code du travail » (TI Angers).

Ils reprennent ainsi un principe déjà dégagé par la jurisprudence antérieure à la loi du 20 août (10).

10. Mais surtout, ils opèrent un recentrage essentiel de l'analyse juridique : ce n'est pas la dénomination ni même la nature du contrat commercial qui est importante, mais le travail exercé par les salariés des prestataires et la plus ou moins grande proximité avec ceux d'Heppner dans les conditions d'exercice de l'activité. Pour cela, ils s'appuient à la fois :

– sur la lettre de l'article L. 1111-2 dans sa nouvelle rédaction, qui énonce deux critères précis de prise en compte des salariés mis à disposition (présence dans les locaux, travail depuis un an), ce qui permet d'écarter les autres critères sociaux ou économiques dont les employeurs voudraient imposer l'utilisation (tels que la proximité des normes collectives applicables, la direction et l'organisation du travail par l'entreprise utilisatrice, la communauté d'intérêts économiques entre les entreprises concernées, etc.) ;

– sur la notion de communauté de travail, suivant ainsi la voie tracée par les arrêts du 13 novembre 2008 (cf. note (1)) rendus sur des faits antérieurs à la loi du 20 août, mais évidemment porteurs d'un message sur

l'interprétation de celle-ci : « sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs ».

11. On ne peut qu'approuver l'usage complémentaire de ces deux approches, qui correspondent tout à fait à nos préoccupations syndicales.

En effet, si la participation des travailleurs mis à disposition au processus électoral de l'entreprise utilisatrice est un point d'entrée important, qui a souvent permis de prendre conscience de l'ampleur des phénomènes de sous-traitance et de réintroduire la responsabilité du donneur d'ordre, ce n'est pas une fin en soi.

Ce qu'il faut construire, avec les intéressés, c'est une communauté revendicative, ressentie comme porteuse d'intérêts solidaires et donc génératrice de rapport de force.

C'est aussi sur cette base que la CGT réfléchit aux institutions représentatives et aux modes de structuration syndicale, qui permettraient de pallier les divisions et l'éclatement du salariat provoqués par ces formes d'organisation de l'entreprise et de dilution apparente des responsabilités de gestion.

Philippe Masson

(10) Cass. soc. 26 mai 2004, pourvoi n° 03-60125 : « Les salariés mis à disposition (...) sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice. Il en

résulte que cette participation n'est pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci ».

Annexes

ELECTIONS PROFESSIONNELLES – Protocole d'accord préélectoral – Effectifs – Obligations de l'employeur – Information des organisations syndicales – Prise en compte dans les effectifs des salariés des entreprises sous-traitantes (trois espèces).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 13 mai 2009

Equant France contre **Syndicat CGT des activités postales et télécommunications d'Ile et Vilaine**
et a. (pourvoi n° 08-60.530)

Attendu, selon le jugement attaqué (Tribunal d'instance de Paris 13^e, 16 octobre 2008), qu'à la suite de l'échec des négociations préélectorales pour l'organisation des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel devant avoir lieu en juin 2008 au sein de la société Equant France, l'employeur a fixé seul les modalités d'organisation du scrutin dans un document du 30 avril 2008 et notamment la détermination des effectifs et du corps électoral ; que le syndicat CGT a saisi, le 27 mai 2008, le

tribunal d'instance d'une contestation relative à l'organisation des élections puis, par requêtes complémentaires des 16 juin et 2 juillet 2008, de demandes d'annulation du premier et du second tour des élections ; que le tribunal d'instance a annulé les dispositions relatives à la détermination des effectifs du "protocole" du 30 avril 2008, renvoyé les parties à négocier un nouveau protocole d'accord préélectoral, dit que la direction de la société devrait dans le cadre de cette négociation communiquer aux organisations syndicales qui en font la

demande les documents nécessaires à la détermination des effectifs, et annulé les élections ;

Attendu que la société Equant France fait grief au jugement d'avoir ainsi statué alors, selon le moyen :

1°/ qu'il est constant qu'un protocole d'accord préélectoral n'avait pas été conclu, qu'il n'y avait donc pas lieu de l'annuler et que le tribunal a violé les articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du Code du travail ;

2°/ qu'en l'absence d'accord sur l'effectif à retenir en vue de l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise il appartient au juge saisi d'en décider et qu'en annulant l'accord préélectoral parce que l'entreprise n'avait pas fourni aux organisations syndicales d'informations utiles à la détermination de l'effectif, le tribunal a de nouveau violé les textes susvisés ;

3°/ qu'en statuant ainsi sans constater d'éléments relatifs aux effectifs en cause, le tribunal d'instance n'a pas permis à la Cour de cassation d'exercer son contrôle au regard des dispositions de l'article L. 1111-2 du Code du travail ;

Mais attendu que l'employeur est tenu, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale ;

Qu'il s'ensuit, qu'abstraction faite de la simple impropriété rédactionnelle dénoncée par la 1^{re} branche du moyen demeurée sans incidence sur la solution, le tribunal d'instance, qui a constaté que l'employeur n'avait pas fourni aux organisations syndicales appelées à la négociation l'ensemble des informations utiles à la détermination de l'effectif et des listes électorales a décidé à bon droit l'annulation du document du 30 avril 2008 par lequel l'employeur avait fixé unilatéralement les modalités de l'élection et enjoint aux parties de négocier un protocole d'accord préélectoral ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(Mme Collomp, prés. - Mme Pécaut-Rivolier, cons. rapp. - M. Carré-Pierrat, av. gén. - SCP Delvolvé, SCP Didier et Pinet, av.)

Deuxième espèce :

TRIBUNAL D'INSTANCE D'ANGERS 26 juin 2009

Sté Heppner contre Union départementale CGT du Maine et Loire et a.

FAITS ET PROCÉDURE

Suivant une requête introductive reçue au greffe du Tribunal d'instance d'Angers le 5 mai 2009, et à l'examen de ses écritures en demande soutenues lors de l'audience des débats le 19 juin 2009, la société Heppner sollicite qu'il soit dit et jugé que les salariés des entreprises sous-traitantes, ou louageurs, ne doivent pas être pris en compte dans ses effectifs, en sa qualité de commissionnaire de transport, à l'occasion des élections des représentants du personnel.

Au soutien de sa demande, la société Heppner expose qu'en vue du renouvellement des mandats des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'établissement, elle a invité les organisations syndicales représentatives à négocier un protocole préélectoral ; qu'une difficulté est apparue relative à l'appréciation de l'effectif, puisque si les syndicats entendent que soient pris en compte les salariés des sous-traitants dits louageurs auxquels elle fait appel dans l'exercice de son activité, pour sa part elle s'y oppose dans la mesure où « les salariés des louageurs, en ce qu'ils exercent une activité de transport, ne sont pas intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail que composent les salariés de la société Heppner, lesquels exercent une activité de commissionnaire de transport » ; que dans ces conditions et plus précisément il ne peut être admis juridiquement que les salariés de ces sous-traitants, qui interviennent au profit de ses agences d'Angers et de Cholet, soient pris en compte dans les effectifs de celles-ci ; que si la loi du 20 août 2008 applicable au litige a maintenu le principe de prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise d'accueil (article L. 1111-2 du Code du travail), elle a posé deux conditions ayant pour finalité de donner un sens objectif à la notion d'« intégration étroite et permanente à la communauté de travail » – décision du Conseil constitutionnel du 7 août 2008 – en disposant que ces mêmes salariés soient « présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis un an au moins » ; qu'en l'espèce, pour l'essentiel, son activité est celle d'un commissionnaire de transport agissant comme intermédiaire chargé de réaliser non pas les actes matériels de transport mais seulement « les actes juridiques et administratifs nécessaires au déplacement de la marchandise », en sorte que dans pareil schéma organisationnel les salariés des louageurs exécutent eux-mêmes l'opération de transport sous les seules instructions de leur employeur ; et qu'ainsi ces salariés des louageurs « ne participent pas à l'activité d'organisation des opérations de transport, qui est celle d'un

commissionnaire de transport » au sens de l'arrêté du 15 février 2006 et, comme tels, demeurent étrangers à la communauté des travailleurs de la société Heppner.

L'union départementale CGT de Maine-et-Loire représentée par M. Boursin, et assistée de son conseil, M^e Paul Cao, demande au Tribunal de :

- dire que les salariés des louageurs sont mis à disposition au sens de l'article L. 1111-2 du Code du travail ;

- ordonner à la Société Heppner de communiquer la liste des salariés des entreprises prestataires, avec leur ancienneté ;

- dire que soit reprise sans délai la négociation du protocole d'accord préélectoral sur la base de ces éléments ;

- condamner la Société Heppner à lui payer la somme de 1 000 € au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile.

La CGT invoque les dispositions de l'article L. 1111-2 du Code du travail (loi du 20 août 2008) intégrant dans les effectifs de l'entreprise, notamment, « les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an ».

Elle relève que la société demanderesse exerce plusieurs activités dont celle de commissionnaire de transport et de transporteur de marchandises, et la question de savoir si l'activité principale de la société Heppner est celle de commissionnaire de transport ou de transporteur pour le compte d'autrui n'apparaît pas pertinente au regard des exigences jurisprudentielles antérieures à la loi du 20 août 2008 mais toujours d'actualité.

Elle observe enfin qu'au-delà même du mode d'organisation retenu par la société Heppner, les tournées confiées aux conducteurs salariés des louageurs sont identiques à celles réalisées par ses propres salariés, il n'y a en effet aucune différence dans le mode d'exécution de la prestation, et c'est bien la présence durable et régulière de conducteurs mis à disposition pour effectuer une partie des missions du transporteur Heppner qui génère des conditions de travail en partie communes avec les salariés Heppner (tournées analogues voire identiques, chargement aux mêmes lieux et selon les mêmes modalités, respect des mêmes normes de prestation vis-à-vis des clients et notamment dans la tenue vestimentaire, contrôle de l'état des véhicules par les mêmes préposés Heppner).

L'union départementale CFDT de Maine-et-Loire représentée par M. Galland, demande qu'il soit jugé que les salariés des louageurs ou entreprises sous-traitantes, quand ils ont travaillé au moins une année au sein de la société Heppner, doivent être décomptés dans l'effectif de celle-ci pour l'application des dispositions relatives à la représentation du personnel.

La CFDT indique que la loi du 20 août 2008 a modifié les règles de prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice, en exigeant désormais leur présence et l'accomplissement d'une prestation de travail en son sein depuis au minimum un an ; pour partager des conditions de travail au moins en partie communes et susceptibles de générer des intérêts communs.

Selon elle, tel est bien le cas en l'espèce, dans la mesure où la société Heppner effectue directement des opérations de transport, à côté de son autre activité de commissionnaire de transport. (...)

Le syndicat FO s'associe aux moyens et arguments tant de la CGT que de la CFDT.

A l'audience des débats, la société Heppner conclut enfin à l'irrecevabilité de la CFDT à revendiquer une mesure contraire à celle sur laquelle elle s'est explicitement engagée, cela pour avoir signé les protocoles préélectorales excluant expressément les salariés des louageurs. (...)

MOTIFS :

Il est produit aux débats deux protocoles d'accord préélectorales en vue d'organiser les élections des délégués du personnel ainsi que des représentants du personnel du comité d'établissement au sein de la société Heppner située à Saint-Barthélémy-d'Anjou, protocoles datés du 19 février 2009 et que seule l'organisation syndicale CFDT a signés.

Dans ces deux protocoles préélectorales (article 1^{er}), l'effectif annoncé est de 52 salariés (élection des délégués du personnel) et de 57 salariés (élection des représentants du personnel au sein du comité d'établissement).

Le présent litige porte précisément sur la détermination de l'effectif à prendre en compte à l'occasion des opérations électorales se trouvant de fait suspendues.

**

En application des articles L. 2314-3-1 (délégués du personnel) et L. 2324-4-1 du Code du travail (représentants du personnel au comité d'entreprise ou d'établissement), tels qu'issus de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la validité d'un accord préélectoral est subordonnée à une double condition de majorité :

- d'une part, il doit être signé par la majorité des organisations syndicales intéressées ayant participé à sa négociation ;

- d'autre part, parmi ces organisations syndicales signataires, il doit se trouver celles représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles organisées, ou quand ces résultats électoraux ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise.

Il est de principe que l'absence d'accord majoritaire sur le protocole préélectoral ne fait pas obstacle en soi à l'organisation des élections, et que dès lors qu'une organisation syndicale l'a signé, elle ne peut plus ensuite en contester l'application.

Toutefois, on considère plus généralement qu'un syndicat peut toujours discuter l'effectif de l'entreprise tel qu'indiqué dans ledit protocole qu'il a signé, en cas d'erreur manifeste de sa part ou d'erreur d'analyse purement technique.

En l'espèce, la CFDT, organisation syndicale représentative au sein de la société Heppner et seule signataire des deux protocoles préélectorales du 19 février 2009, est bien recevable à revendiquer la possible – prise en compte dans les effectifs de la société Heppner des salariés des "louageurs" ou entreprises sous-traitantes, à l'occasion des prochaines élections professionnelles, nonobstant les dispositions de l'article 1^{er}

desdits protocoles (nombre de délégués à élire) n'en faisant pas spécialement état.

**

L'article L. 1111-2/2° du Code du travail, issu de la loi du 20 août 2008 applicable au litige, précise que : « pour la mise en œuvre des dispositions du présent code, les effectifs de l'entreprise sont calculés conformément aux dispositions suivantes... les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an... »

Ce texte se situe dans le prolongement d'une décision du Conseil constitutionnel – n° 2006-545 DC – du 28 décembre 2006 rappelant que : « le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ».

En complément nécessaire avec les conditions nouvelles fixées par la loi du 20 août 2008 – article L 1111-2/2° du Code du travail –, outre les indications retenues par le juge constitutionnel, il est encore plus généralement admis que sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant de fait des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs.

Ainsi, il est désormais fait application du critère tiré d'une comparaison des conditions de travail entre les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure et les salariés de l'entreprise utilisatrice ou d'accueil, critère plus large que celui de la matérialité des tâches effectuées par le salarié mis à disposition.

**

En l'espèce, la société Heppner a comme activité, notamment, celle de commissionnaire de transport et de transporteur terrestre de marchandises pour le compte d'autrui (extrait Kbis du greffe du Tribunal de commerce de Créteil, pièce n° 13 de son dossier de plaiderie), et elle justifie bien de son inscription au registre des commissionnaires de transport auprès de l'autorité administrative (pièce n° 14).

A l'audience des débats, la société Heppner rappelle que son activité de commissionnaire de transport représente 61 % de son chiffre d'affaires annuel, les 39 % restants concernant son activité de transporteur en tant que telle.

Au-delà de cette répartition d'activités dans le domaine du transport terrestre de marchandises, le résultat d'une politique arrêtée et assumée par les instances dirigeantes de la société Heppner, politique ou orientation stratégique qu'il n'appartient pas au Tribunal d'apprécier dans le cadre du présent litige, seul présente donc un intérêt l'examen de la question de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail que constitue la société Heppner – entreprise d'accueil – des salariés mis à sa disposition par les entreprises extérieures, sous-traitantes ou "louageurs", avec lesquelles elle est en relation d'affaires ; à savoir si ces mêmes salariés d'entreprises extérieures et qui sont mis à la disposition de la société Heppner sont bien présents dans ses locaux et y travaillent "depuis au moins un an" comme l'exige l'article L 111-2/2° du Code du travail.

La condition de présence dans les locaux de la société Heppner, entreprise utilisatrice, doit s'apprécier de manière particulière quand les salariés concernés sont itinérants,

comme cela est le cas dans le domaine du transport de marchandises.

L'union départementale CGT de Maine-et-Loire produit aux débats des attestations émanant de salariés de la société Heppner qui précisent que leurs conditions de travail sont identiques à celles des salariés d'entreprises extérieures, mis à la disposition de leur employeur (camions aux couleurs Heppner, même prestation de travail exigée, même dormeur d'ordre Heppner qui en contrôle la bonne exécution, même lieu de chargement dans les locaux Heppner mêmes horaires).

Les salariés ainsi mis à la disposition de la société Heppner prennent leur service dans les locaux de celle-ci aux mêmes conditions et aux mêmes horaires que les salariés permanents de la demanderesse, tout comme le personnel itinérant de la société Heppner ils reçoivent les consignes de l'entreprise avant d'entamer leur tournée de livraison, sans donc qu'il apparaisse une quelconque spécificité sur le terrain entre ces différents groupes de travailleurs.

La ligne directrice de la société Heppner est d'ailleurs rappelée dans le préambule de chacun des "contrats de sous-traitance transport" qu'elle signe avec ses partenaires commerciaux, es-qualités de donneur d'ordre : « *le groupe Heppner opérateur de transport effectue des prestations de transport pour le compte de ses clients-pour des raisons essentiellement liées à la nécessité d'ajuster les moyens au volume d'activité, le groupe Heppner a souhaité confier de façon régulière à un transporteur sous-traitant la partie des opérations de transport correspondant à une tournée* ».

**

Il s'en déduit bien une intégration étroite et permanente à la communauté de travail Heppner de ces salariés mis à disposition par des entreprises extérieures, salariés présents par nécessité dans les locaux de la société Heppner – entreprise utilisatrice ou d'accueil –, y travaillant par prestation à caractère itinérant –, et partageant de fait avec les salariés permanents de la société Heppner des conditions de travail analogues, ou au moins en partie communes, susceptibles de générer des intérêts communs.

En conséquence, le Tribunal rejette la demande de la société Heppner aux fins de juger que « *les salariés des entreprises sous-traitantes dites louageurs ne doivent pas être pris en compte dans l'effectif de la société Heppner, en sa qualité de commissionnaire de transport, pour les élections des représentants du personnel* ».

Il y a donc lieu de juger que les salariés des entreprises sous-traitantes dites "louageurs", mis à la disposition de la société Heppner dans les conditions de l'article L. 1111-2/2° du Code du travail, doivent être pris en compte dans ses effectifs à l'occasion des prochaines élections professionnelles (délégués du personnel, représentants du personnel au comité d'établissement), avec reprise sans délai de la négociation sur cette base d'un protocole d'accord préélectoral.

**

La société Heppner est condamnée à payer aux organisations syndicales CGT et CGT-FO, chacune, la somme de 1 000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, représentant les frais irrépétibles qu'elles ont été contraintes d'exposer.

**

Les dépens restent à la charge du Trésor public.

PAR CES MOTIFS :

- Vu l'article L. 1111-2/2° du Code du travail ;
- Dit et juge recevable l'union départementale CFTD de Maine-et-Loire.
- Déboute la société Heppner de sa demande.
- Dit et juge que les salariés des entreprises sous-traitantes dites "louageurs", mis à la disposition de la société Heppner dans les conditions requises par l'article L. 1111-2/2° du Code du travail, doivent être pris en compte dans ses effectifs à l'occasion des prochaines élections en son sein des délégués du personnel et des représentants du personnel du comité d'établissement de Saint-Barthélemy-d'Anjou.
- Invite sans délai la société Heppner à reprendre sur cette même base la négociation d'un protocole d'accord préélectoral avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives.

(M. Holleaux, prés. - M^{es} Claus, Paul Cao, av.)

Troisième espèce :

TRIBUNAL D'INSTANCE DE NANTES 22 juillet 2009

SA Heppner contre Syndicat FO et a.

EXPOSE DU LITIGE :

Par lettre reçue au greffe le 5 mai 2009, la société Heppner prise en son établissement de Thouaré-sur-Loire a saisi le tribunal d'une requête en matière de régularité des élections professionnelles, sur le fondement des articles R. 2314-28 et R. 2324-24 du Code du travail, suite à des difficultés rencontrées lors de la négociation du protocole d'accord préélectoral, dans la mesure où les organisations syndicales considéraient que pour déterminer l'effectif de l'établissement, il convenait de prendre en compte les salariés des sous-traitants dits "louageurs" auxquels la société fait appel, ce que la société refusait. (...)

MOTIFS :

L'article L. 1111-2 du Code du travail prévoit :

« - Pour la mise en œuvre des dispositions du présent code, les effectifs de l'entreprise sont calculés conformément aux dispositions suivantes :

1°) *Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein et les travailleurs à domicile sont pris intégralement en compte dans l'effectif de l'entreprise ;*

2°) *Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail*

intermittent, les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents. Toutefois, les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée et les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé de maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation ;

3°) *Les salariés à temps partiel, quelle que soit la nature de leur contrat de travail, sont pris en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leurs contrats de travail par la durée légale ou la durée conventionnelle du travail. »*

Les dispositions de cet article qui résulte de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 sont, pour ce qui concerne les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, inchangées par rapport aux dispositions antérieures, hormis le fait qu'elles visent désormais les

salariés « *qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice* ».

Les travailleurs visés par ces dispositions doivent s'entendre de ceux qui sont intégrés à la communauté de travail que cette entreprise constitue, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, dès lors qu'ils sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice depuis un an partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs.

La notion d'intégration à la communauté de travail doit s'apprécier *in concreto*, c'est-à-dire en considération des conditions effectives d'exercice de l'emploi occupé qui doivent être similaires à celles des salariés de l'entreprise utilisatrice exerçant les mêmes fonctions.

La condition de présence dans les locaux de l'entreprise utilisatrice doit de la même façon, être appréciée en considération des conditions d'exercice de l'activité du salarié elle ne saurait avoir pour effet d'exclure d'office du bénéfice des dispositions susvisées, des travailleurs qui du fait de leurs conditions de travail pour l'essentiel itinérantes, ne sont pas physiquement présents dans l'entreprise pendant une partie notable de leur temps de travail.

Il importe peu que les travailleurs mis à disposition le soient au titre de l'activité principale de l'entreprise ou au titre d'une activité secondaire de celle-ci, dès lors qu'il est établi que ces travailleurs mis à disposition dans le cadre de cette activité secondaire sont intégrés à la communauté de travail formée par les salariés de la société utilisatrice.

La société Heppner qui soutient que son activité de transporteur, constitue une activité secondaire par rapport à son activité de commissionnaire de transporteur, reconnaît « *que les salariés des louageurs effectuent le même travail que les salariés Heppner lorsque ces derniers sont amenés à réaliser des opérations de transport* », activité qu'elle qualifie de *minoritaire* par rapport à celle de commissionnaire qu'elle évalue à 61 % de son chiffre d'affaires global, sans toutefois tenir compte de l'activité spécifique de son établissement nantais.

Comme ses propres salariés, ceux des "louageurs" viennent dans ses locaux pour charger la marchandise des clients qu'ils doivent livrer et pour y déposer les marchandises collectées chez les clients en vue de leur acheminement ultérieur vers leurs destinataires.

Tous, qu'ils soient salariés de la société ou d'un sous-traitant, effectuent les mêmes tâches de chargement et de déchargement et de mise en forme des documents nécessaires.

Il résulte encore des attestations produites que l'ensemble des chauffeurs exercent au sein des mêmes entrepôts, participent aux mêmes réunions d'information, se voient répartir par le même responsable camionnage la charge de travail et sont présents dans les locaux de la société (entrepôts, locaux de repos ou sanitaires) de la même façon. Les horaires de travail des salariés employés par les sous-traitants ne diffèrent pas de ceux des chauffeurs directement employés par la société utilisatrice et il n'est pas contesté que tous doivent faire des comptes-rendus de livraison journaliers auprès du service administratif de la société Heppner.

Cette notion de communauté de travail est encore accentuée par le fait que les salariés des "louageurs" circulent dans des véhicules aux couleurs de l'entreprise utilisatrice et sont obligés de porter une tenue vestimentaire Heppner. Le fait que ces obligations des salariés résultent des contrats de transport conclus par la société Heppner et aient été imposés dans un but publicitaire est indifférent : bien au contraire, ils

montrent que les salariés quels que soient leurs statuts, effectuent un même travail pour une même enseigne. Cette communauté d'image vaut certes pour le public et les tiers, mais également au quotidien pour les salariés dans l'exercice de leur travail.

Comme les salariés de la SA Heppner, ceux des "louageurs" laissent leurs véhicules dans l'enceinte de la société Heppner et cette remise marque la fin de leur temps de travail.

Le fait que les sous-traitants soient propriétaires de leurs véhicules et responsables des opérations de transport qu'ils effectuent pour le compte de la société Heppner est indifférent dans la mesure où il n'influe en rien sur les conditions effectives d'exercice du travail des salariés.

L'absence d'obligation d'exclusivité liant les sous-traitants à la société Heppner est tout autant indifférente l'article susvisé ne prévoit pas l'intégration dans l'effectif à prendre en compte de tous les salariés du sous-traitant, mais uniquement des salariés mis à disposition de l'entreprise utilisatrice à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents. Ainsi, il n'est pas contesté que le sous-traitant qui indique travailler seulement à 10 % pour la société Heppner, affecte en permanence trois salariés aux activités de transport demandées par cette société.

Il n'a jamais été question d'intégrer dans l'effectif, les artisans sous-traitants de la société Heppner pour ses activités de transport : l'article susvisé ne concerne à l'évidence que les salariés.

Il résulte de ce qui précède que les chauffeurs des sous-traitants qui travaillent dans les mêmes conditions dans les locaux de l'entreprise utilisatrice que les chauffeurs salariés de la société utilisatrice, sont intégrés à la communauté de travail que cette entreprise constitue, dans la mesure où ils partagent des conditions de travail communes susceptibles de générer des intérêts communs. Ils doivent dès lors être considérés comme mis à disposition de la société Heppner au sens de l'article L. 1111-2 du Code du travail et être intégrés dans l'effectif de l'entreprise pour l'application des dispositions du Code du travail et notamment pour celles relatives aux élections professionnelles, dès lors qu'ils remplissent la condition de présence depuis douze mois.

Le tribunal n'est saisi en l'état que d'une question de principe concernant l'intégration dans l'effectif, des salariés mis à disposition. Il appartiendra à l'employeur et aux organisations syndicales dans le cadre de la négociation du protocole préélectoral de mettre en oeuvre cette intégration en considération du présent jugement qui met fin au litige. Il n'y a donc pas lieu d'ordonner la communication dans le cadre du débat judiciaire de listes de salariés, étant précisé qu'en cas de différend concernant l'établissement de la liste électorale, il appartiendra à la partie la plus diligente de saisir le tribunal de la difficulté.

L'employeur est toutefois tenu, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale.

Il lui appartient à ce titre, et ainsi que le rappelle la circulaire de la direction générale du travail n° 20 du 13 novembre 2008 d'interroger les entreprises prestataires qui mettent à sa disposition des salariés travaillant dans ses locaux afin que ces entreprises lui fournissent la liste des salariés mis à disposition, liste qui doit comporter les éléments de réponse quant aux critères de présence dans les locaux et de l'ancienneté.

En conséquence, il sera ordonné, au vu de la demande des syndicats CGT et CFDT, à l'employeur de communiquer dans le cadre de la négociation du protocole préélectoral, aux

organisations syndicales représentatives, les listes des salariés mis à disposition, depuis au moins douze mois, soit depuis le 1^{er} juillet 2008. Une astreinte sera ordonnée pour garantir l'exécution de cette obligation et la reprise de la négociation préélectorale sera ordonnée.

Par contre, il n'apparaît pas y avoir lieu d'ordonner à la société Heppner de communiquer les annexes de volume visées à l'article VII des contrats de sous-traitance, ces documents qui font état de volume d'affaires confié par le donneur d'ordres n'étant pas de nature à établir la liste des salariés mis à disposition.

Il est inéquitable de laisser à la charge des défendeurs les sommes exposées par eux et non comprises dans les dépens et il convient de leur allouer à ce titre et à chacun une somme de 300 €.

PAR CES MOTIFS :

Dit que les salariés mis à disposition par les entreprises sous-traitantes dites «louageurs» au niveau de l'établissement composé des sites de Thouaré-sur-Loire et de Bouguenais de la société Heppner, doivent être considérés comme des salariés présents dans les locaux de l'établissement au sens de l'article L. 1111-2 du Code du travail,

Dit que ces salariés doivent être pris en compte dans les effectifs de l'établissement, dès lors qu'ils remplissent, à la date du premier tour des élections professionnelles, la

condition d'ancienneté de douze mois posée par l'article L. 1111-2 du Code du travail,

Ordonne à la SA Heppner de communiquer aux organisations syndicales représentatives, dans le cadre de la négociation du protocole pré-électoral la liste des salariés des entreprises qui interviennent sur l'établissement de Thouaré-sur-Loire depuis le 1^{er} juillet 2008, avec l'ancienneté de chacun des salariés,

Dit que cette communication devra intervenir au plus tard dans un délai de dix jours après la notification du jugement, et passé ce délai, sous astreinte provisoire de 100 € par jour de retard,

Dit que dès l'expiration de ce délai, la négociation du protocole préélectoral devra être reprise,

Condamne la SA Heppner à verser à chacun des Syndicat régional des transports CGT des Pays de Loire, Syndicat général des transports CFDT de Loire-Atlantique et Vendée et Syndicat Force Ouvrière la somme de 300 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires.

(M. Leroux, prés. - M^{es} Bathmanabane, Leconte, Ardisson, av.)

L'entreprise et sa crise sous le regard des juges

Organisé par le Centre de droit de l'entreprise (CDE)
en partenariat avec le service de formation continu de l'Ecole de la magistrature (ENM)
sous le patronage de l'AFDT

COLLOQUE 20 NOVEMBRE 2009 STRASBOURG

Matinée

Présidence : Marie-France Mazars

Présentation de la journée : Antoine Lyon-Caen

I. SUR LA CRISE DU MODÈLE DE L'ENTREPRISE

A) LA DÉCOMPOSITION DU MODÈLE

Histoire du modèle et de sa décomposition

Intervenants Armand Hatchuel et Blanche Segrestin

B) A LES FORMES NOUVELLES DU TRAVAIL

- Les organisations et les solidarités nouvelles.

Intervenant Christian Le Gall du Tertre

- Les difficultés d'inscription du droit du travail dans la nouvelle économie. Intervenant Quentin Urban

Après-midi

Présidence : François Gaudu

II. LA CRISE DES SCHÈMES D'IMPUTATION ET L'ENTREPRISE

A) FINANCE ET IMPUTATION

Grammaire comptable et difficultés de représentation de l'entreprise

Intervenant : Samuel Jubé

B) SANTÉ, ENVIRONNEMENT ET IMPUTATION

Le dommage écologique et la notion d'entreprise

Intervenants Charley Hannoun et Marie-Pierre Camproux

CONCLUSION : François Gaudu

RENSEIGNEMENTS PRATIQUES

1) Droits d'inscription : tarif normal 100 € - Tarif réduit (membres de l'AFDT, avocats en 1^{re}, 2^e et 3^e année d'exercice) : 50 €

Inscription au buffet : 30 €

2) Lieu du colloque : Université de Strasbourg - Faculté de droit, salle Alex Weill (5e étage), 1, place d'Athènes, 67000 Strasbourg

3) Inscriptions : Aurélie Kraft, université de Strasbourg, Fédération de recherche n° 3241, 11, rue du Maréchal Juin, BP 68, 67046 Strasbourg - Tél. 03 88 14 30 23 - Courriel : aurelie.kraft@unistra.fr

Association française de Droit du travail (AFDT)
Salle des Criées - Palais de justice de Paris - entrée libre - 17 h 30

Vendredi 27 novembre 2009 (attention changement de date)

**"L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux
dans la jurisprudence de la CJCE"** par *Pierre RODIÈRE*

www.afdt-asso.fr