

**ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES – Calcul des effectifs salariés mis à disposition (deux espèces) – Participation à l’activité principale – Prise en compte (première espèce) – Salariés d’entreprises sous-traitantes d’une partie du transport non pris en compte (deuxième espèce).**

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 10 janvier 2006

**Société Brangeon contre M...**

Attendu qu’il est fait grief au jugement (Tribunal d’instance de Cholet, 11 mars 2005) d’avoir annulé les élections des membres de la délégation unique du personnel qui se sont déroulées les 1<sup>er</sup> et 15 décembre 2004 au sein de la société Brangeon environnement, alors, selon le moyen :

1) qu’en vertu des articles L. 421-2 et L. 620-10 du Code du travail, la mise à disposition de travailleurs est une condition nécessaire pour que les travailleurs des entreprises extérieures soient pris en compte dans les effectifs de l’entreprise utilisatrice pour les élections des délégués du personnel ; qu’en s’abstenant de rechercher, ainsi qu’il y était invité, si les salariés des associations Diese et Fil d’Ariane n’intervenaient pas sur les sites de la société Brangeon environnement uniquement dans le cadre de contrats de sous-traitance dont l’objet se limitait à la réalisation d’une prestation, sans que la société Brangeon environnement soit en mesure d’exercer un contrôle ni même de connaître le nombre de salariés que les associations mobilisaient pour l’accomplissement de leur mission, le Tribunal d’instance n’a pas légalement justifié sa décision au regard des articles susvisés ;

2) qu’en ne recherchant pas non plus si les conditions d’intervention des salariés des associations Diese et Fil d’Ariane, en décalage avec celles des salariés de la société

Brangeon environnement, et le défaut d’organisation du travail et des conditions de travail communes aux deux catégories de salariés n’interdisaient pas toute intégration des salariés des associations extérieures au personnel de la société Brangeon environnement, circonstance qui excluait dès lors la prise en compte des intéressés dans le calcul des effectifs de la société, le Tribunal d’instance a de nouveau privé sa décision de base légale au regard des articles L. 421-2 et L. 620-10 du Code du travail ;

Mais attendu que le Tribunal d’instance a retenu, d’une part, que les travailleurs mis à disposition par les associations d’insertion Fil d’Ariane et Diese participaient à l’activité principale de la société Brangeon en intervenant sur les sites de production de celle-ci, d’autre part, que leur nombre était connu de la société ; qu’il a pu en déduire, sans avoir à procéder à la recherche visée par la deuxième branche du moyen, que ces travailleurs étaient mis à disposition de l’entreprise utilisatrice, et devaient, pour le calcul de l’effectif de cette entreprise, être pris en compte pour un nombre qu’il a fixé ; que le moyen n’est pas fondé ;

**PAR CES MOTIFS :**

Rejette le pourvoi.

(M. Bouret, f.f. prés.).

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 février 2006,

**Société Chronopost contre Fédération CGT des activités postales et a.**

Vu les articles L. 412-11 et L. 412-15 du Code du travail ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que la Fédération nationale des salariés du secteur des activités postales et de télécommunications CGT a désigné le 4 mai 2004 M. B. en qualité de délégué syndical au sein de l’agence Chronopost de Strasbourg, entreprise intervenant en qualité de commissionnaire de transport de marchandises ; que la

société a contesté cette désignation au motif que l’effectif de cinquante salariés n’était pas atteint ;

Attendu que pour rejeter cette contestation le jugement retient essentiellement que les salariés mis à disposition de la société Chronopost par une entreprise de transport sous-traitante extérieure qui sont en possession des colis à livrer ou à transmettre à l’agence de tri pour distribution et du

système de poste de saisie mobile permettant à la société Chronopost de suivre chaque colis, participent nécessairement aux activités nécessaires au fonctionnement de cette société utilisatrice et commissionnaire de transport ;

Attendu cependant que lorsque le commissionnaire, en qualité d'intermédiaire, organise le transport en concluant avec le transporteur un contrat de transport, son exécution par les salariés du transporteur exclut qu'ils soient, au sens de l'article L. 412-5 du Code du travail, mis à disposition du commissionnaire, peu important les directives générales données par celui-ci au transporteur ;

Qu'en statuant comme il l'a fait, le Tribunal d'instance a violé les textes sus-visés ;

#### Note.

Ces deux espèces chronologiquement rapprochées et portant sur des situations voisines apparemment sont pourtant traitées fort différemment. La clarté revendiquée par son président pour la mission de la Chambre sociale reste dans ce cas plutôt sombre (P. Sargos "L'organisation et le fonctionnement de la Chambre sociale de la Cour de cassation : la mission normative au péril de l'effet de masse", Dr. soc. 2006 p. 48).

Il s'agissait dans les deux cas de déterminer si des salariés étaient mis à disposition d'une entreprise et s'ils devaient être pris en compte dans le calcul des effectifs de cette dernière et permettre ainsi que le seuil de cinquante soit atteint. Dans un cas (deuxième espèce), il fallait que ce seuil soit atteint pour la désignation d'un délégué syndical d'établissement, dans l'autre (première espèce) il le fallait pour l'élection de délégué du personnel faisant fonction de membre du comité d'entreprise (délégation unique) dans une PME.

Dans la première espèce, de façon assez classique (Soc. 28 mars 2000 Dr. Ouv. 2001 p. 307 note Cl. Lévy), le tribunal ne s'est pas laissé influencer par l'absence alléguée de subordination ou de conditions de travail communes, ni par la nature exacte des contrats de sous-traitance passés entre l'entreprise "utilisatrice" et les associations (intermédiaires ?) apportant une prestation de service. La participation à l'activité principale de l'entreprise sur les sites de production de celle-ci suffit à caractériser la mise à disposition des salariés dont le nombre connu doit être pris en compte pour calculer l'effectif. On remarquera que la condition de participation à l'activité principale ici retenue est plus restrictive que celle « *d'activité nécessaire au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice* » dans l'acception large et claire des arrêts de 2004 (Soc. 26 mai 2004 n° 03-60.125 et n° 03-30.358 Renault SAS c/CGT et Syndicat CGT Renault Grand Couronne/ Sté Renault Grand Couronne, RJS 2004 n° 935).

Ce qui est applicable dans une PME ne le serait plus pour un établissement d'une grande entreprise (deuxième espèce) ? Chronopost, entreprise de plusieurs milliers de salariés a, parmi bien d'autres, une agence à Strasbourg qui utilise par le biais de contrats de sous-traitance des salariés qui participent nécessairement au fonctionnement de l'entreprise puisqu'ils sont en possession des colis à livrer, ou à transmettre à l'agence de tri pour distribution, en possession aussi de postes de saisie mobile, etc. C'est ce qu'a constaté le Tribunal d'instance dans la foulée de l'arrêt du 26 mai 2004. Ces salariés participent à l'activité principale même si l'on retenait la formule plus restrictive de 2000.

Alors de façon assez surprenante, la Chambre sociale, pour censurer le juge de Schiltigheim et exclure la mise à disposition de salariés, restaure le paravent des contrats d'entreprise dans leur éclat trompeur et met en avant la qualité de Chronopost en tant que commissionnaire de transport de marchandises et parfois intermédiaire. Si une partie du transport est ainsi sous-traitée au moyen d'un contrat de transport, la Chambre sociale en conclut que les salariés qui participent pourtant à l'activité principale ou au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice ne sont pas mis à disposition, même s'ils travaillent dans le cadre de directives techniques très contraignantes qualifiées en l'occurrence de directives « générales ». La Chambre sociale met en avant la spécificité du statut de Chronopost comme commissionnaire de transport et son contrat avec le donneur d'ordre pour en déduire bizarrement l'autonomie de ses propres sous-traitants. Ceux-ci assument pourtant de façon très intégrée une partie de l'activité de transport de Chronopost.

En l'occurrence, Chronopost n'a pas sous-traité la totalité du transport et n'a pas substitué une entreprise à son activité.

Il semble que les relations commerciales et les questions de responsabilité traitées par la Chambre commerciale (Ch. com. 10 mai 2005, 14 janvier 2004, 4 février 2003) aient pris le pas sur l'examen des conditions concrètes de travail des salariés concernés.

#### PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 22 février 2005, entre les parties, par le Tribunal d'instance de Schiltigheim ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Annule la désignation de M. B. en qualité de délégué syndical à laquelle la Fédération nationale des salariés du secteur des activités postales et de télécommunications CGT a procédé le 4 mai 2004 ;

(M. Sargos, prés. - Mme Andrich, rapp. - M. Cuinat, av. gén. - SCP Monod et Colin av.)

A l'échelle de Chronopost et de ses multiples agences (établissements distincts), la sous-traitance émiettée d'une partie des activités principales constitue un système d'organisation du travail à la limite de la fausse sous-traitance et du marchandage. Ce type d'organisation impliquerait la mise en place d'une unité économique et sociale formée par les entreprises concernées si elles avaient une activité complémentaire exclusivement en direction de Chronopost, ce qui ne doit pas être le cas. Il semble que la Chambre sociale ait eu des difficultés à imaginer que des chauffeurs puissent former avec d'autres chauffeurs circulant sur des routes voisines, parallèles ou se croisant une communauté de travail en mouvement.

Cette décision, qui fait primer l'apparence des contrats tombe au moment où par amendement et sous amendement, a été adopté encore à la sauvette un article 21 dans la loi célèbre si l'en est sur l'égalité des chances. Cet article prévoyait de modifier l'article L. 620-10 issu pourtant de l'ordonnance récente du 24 juin 2004 qui a unifié la formulation du calcul des effectifs en droit du travail. Pour répondre aux pressions du lobby patronal voulant anéantir l'appréciation jurisprudentielle de la notion de salariés mis à disposition, l'article 21 proposait d'exclure de l'effectif les salariés des entreprises sous-traitantes et même d'exclure de l'électorat les salariés qui n'étaient pas liés par un contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice. La formulation adoptée pour modifier l'article L.423-7 était élégamment libellée « *sont électeurs dans l'entreprise ses salariés...* ».

A toute chose malheur est bon : dans sa décision non moins célèbre (déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006), le Conseil constitutionnel a censuré l'article 21 comme étant dépourvu de tout lien avec le projet de loi. Cela n'empêche pas le gouvernement d'insérer à nouveau ces restrictions dans l'article 31 du projet de loi pour "*le développement de la participation et de l'actionnariat salarié*".

La construction jurisprudentielle laborieuse de ces vingt dernières années en matière d'appréciation des effectifs devrait-elle marquer le pas au motif que la commission De Virville ou le Medef la taxent d'extensive ?

Il s'agit pourtant d'un domaine où les formes de structuration des entreprises et d'organisation du travail et de l'emploi évoluent vite. Avec l'exclusion dans le décompte des effectifs des contrats d'apprentissage, de tous les contrats aidés, des salariés de moins de 26 ans (déjà eux) même si heureusement l'application de l'ordonnance du 2 août 2005 est suspendue par l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 novembre 2005 (req. n° 286-440), s'orienterait-on vers une sous-représentation des salariés travaillant dans les entreprises les plus grandes en particulier utilisatrices de façon cumulative de l'ensemble des dispositifs de précarité ? On risquerait de réserver les droits d'organisation et de représentation au noyau de plus en plus réduit des salariés que les entreprises utilisatrices voudront bien conserver pour encadrer tous les autres.

**Pascal Rennes**