

ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES – Calcul des effectifs – Salariés mis à disposition – Salariés de sous-traitants travaillant sur des chantiers extérieurs non pris en compte (première espèce) – Salariés de sous-traitants de l'entreprise principale travaillant sur le même chantier pris en compte (deuxième espèce).

Première espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 12 juillet 2006
Société Mills contre Union locale CGT et a.

Vu l'article L. 620-10 du Code du travail ;

Attendu que la société Mills, installée dans la région parisienne, exerce une activité de création, location et installations d'échafaudages ; qu'elle a sous-traité à d'autres entreprises, exerçant notamment en province, des marchés de montage et de démontage d'échafaudages que ses clients lui avaient confiés ; que pour l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise de la société Mills qui ont eu lieu le 28 octobre 2005, le protocole préélectoral a déterminé l'effectif en prenant en compte des salariés des entreprises sous-traitantes ; que la société Mills ayant contesté la prise en compte dans ses effectifs des salariés des sous-traitants, le Tribunal d'instance a refusé d'annuler ces élections au motif que les sociétés sous-traitantes avaient participé au processus de production de la société Mills ;

Attendu cependant que les salariés mis à disposition, au sens de l'article L. 620-10 du Code du travail, pris en compte au prorata de leur temps de présence dans le calcul de l'effectif de l'entreprise pour les élections professionnelles, sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de

l'entreprise utilisatrice ; que tel n'est pas le cas des salariés d'un sous-traitant qui, hors toute intégration à la communauté des travailleurs ou participation au fonctionnement de l'entreprise qui a cédé un marché déterminé au sous-traitant, exécutent ce marché ;

Qu'en statuant comme il l'a fait, le Tribunal d'instance a violé le texte susvisé ;

Et attendu qu'en vertu de l'article 627, alinéa 2, de l'article 627 du nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes leurs dispositions, les jugements rendus (...).

Dit n'y avoir lieu à renvoi.

Annule les élections des représentants du personnel.

(M. Sargos, prés. - Mme Andrich, rapp. - M. Mathon, av. gén. - SCP Pivnicka et Molinié, av.)

Deuxième espèce :
TRIBUNAL D'INSTANCE DE MANTES-LA-JOLIE 23 septembre 2005
US CGT de la Construction contre SAS Hervé et a.

EXPOSE DU LITIGE :

Par requête reçue au greffe le 7 septembre 2005, l'union syndicale CGT de la Construction a saisi le Tribunal aux fins de voir :

- ordonner à la société Hervé de produire un décompte d'effectifs pour la période du 30 septembre 2004 au 1^{er} octobre 2005, calculé selon les modalités de l'article 620-10 du Code du travail sur la base du nombre d'heures effectuées chaque mois par les salariés mis à disposition de l'entreprise par des entreprises extérieures ;

- sauf meilleur accord des parties, ordonner le report de la date du premier tour des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel.

Les parties incluant les deux représentants des syndicats CFTD et CFE-CGC signataires du protocole préélectoral ont été convoqués à l'audience du 15 septembre 2005.

Le demandeur a exposé avoir refusé de signer le protocole préélectoral du 29 juillet 2005, qui retient 173 ouvriers, 44,7 Etam, 58,05 cadres et 21,92 intérimaires, et ne tient pas compte des salariés

mis à disposition par les sous-traitants d'Hervé entreprise générale de bâtiment, ce qui représenterait parfois 160 personnes.

Elle fait valoir que le texte applicable ainsi que la jurisprudence ne retiennent que le critère de participation au processus de travail de l'entreprise qui les occupent, peu important le lieu de travail et l'absence de lien de subordination avec l'employeur utilisateur.

Elle sollicite subsidiairement une mesure d'instruction.

La SAS Hervé s'oppose aux demandes et sollicite une indemnité de 1500 euros au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Elle fait valoir que le législateur a introduit une différence notable entre mise à disposition et sous-traitance, laquelle fait l'objet de contrats distincts et approuvés par le maître de l'ouvrage et que la jurisprudence a dégagé des critères précis concernant la mise à disposition notamment :

- travailler dans les mêmes locaux que l'entreprise utilisatrice,
- organisation du travail par la société utilisatrice,

- utilisation du matériel et des stocks de la société utilisatrice, critères faisant écho à la notion de communauté de travail.

Elle ajoute qu'elle n'exerce aucun pouvoir de subordination sur le personnel sous-traitant ni de contrôle sur les effectifs utilisés.

M. G. représentant de la CFDT, a indiqué que la société Hervé avait recouru à des intérimaires pour le gros œuvre.

M. S., représentant le syndicat CFE-CGC, a indiqué que Hervé comptait une centaine de cadres au bureau d'études, à la comptabilité et à l'administration et que quarante personnes coordonnaient les chantiers de gros œuvre.

MOTIFS :

L'article L. 620-10 du Code du travail, issu de l'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 dispose que : "les effectifs de l'entreprise sont calculés selon les dispositions suivantes: les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, d'un contrat de travail intermittent, les travailleurs mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédents (sauf lorsqu'ils remplacent un salarié absent)".

Les travailleurs mis à disposition sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice, cette participation n'étant pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci, selon une jurisprudence constante (Cass. soc. 27 nov 2000, 29 mai 2002, 26 mai 2004).

De plus la mise à disposition n'exige pas un lien de subordination des salariés vis-à-vis de l'utilisateur.

En l'espèce, la SAS Hervé a pour objet social l'activité "bâtiment travaux publics" et agit comme entreprise principale

auprès du maître de l'ouvrage aux termes du contrat de sous-traitance versé aux débats dans l'opération d'édification d'un hôpital à Paris 20^e.

En conséquence, les salariés des sous-traitants de lots divers participent à l'activité nécessaire de l'entreprise générale de bâtiment et doivent être pris en considération dans le calcul des effectifs, nonobstant l'absence de lien de subordination directe de ces salariés avec la SAS Hervé.

Il n'y a pas lieu de recourir à une mesure d'expertise pour connaître les effectifs mis à disposition dès lors que les sociétés sous-traitantes peuvent communiquer l'effectif et la durée d'affectation de son personnel sur le chantier.

Pour des motifs pratiques évidents, le premier tour de scrutin fixé au 29 septembre 2005 sera reporté.

Il n'est pas inéquitable de laisser à la charge de la SAS Hervé les frais exposés au titre de défense.

PAR CES MOTIFS :

- Ordonne à la SAS Hervé de produire le décompte d'effectifs de salariés mis à disposition par les entreprises extérieures pour la période 2004-2005 et de les inclure conformément aux dispositions de l'article L. 620-10 du Code du travail en vue des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel, sur la base d'un décompte précis du nombre d'heures effectuées chaque mois.

- Dit n'y avoir lieu à expertise.

- Ordonne le report de la date du premier tour de scrutin fixé au 29 septembre 2005.

(Mme Ménard, prés. - M^e Baumgarten, SCP Lehman et a., av.)

Note.

Voilà deux affaires de prise en compte de salariés d'entreprises sous-traitantes dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice (ou principale) un peu différentes des décisions récemment évoquées (1).

L'approche factuelle et fine des premiers juges les avait conduit à inclure dans l'effectif les salariés considéré comme mis à disposition. La Cour suprême freine leurs ardeurs dans l'arrêt *Chronopost* précité et ici dans la première espèce (PB) en cassant sans renvoi à chaque fois.

Le contexte de la sous-traitance dans l'arrêt *société Mills* est un peu différent de celui de l'arrêt *Chronopost* : les entreprises sous-traitantes sont chargées par la société Mills d'installer ou de monter des échafaudages ou des tours métalliques d'étagage pour des entreprises clientes de la société Mills qui, elles mêmes, ont la maîtrise de chantiers du bâtiment ou de travaux publics entre autres (2). La Chambre sociale, il faut le noter, tout en réitérant la formule qu'elle avait adoptée dans ses arrêts du 26 mai 2004 les salariés mis à disposition pris en compte dans l'effectif de l'entreprise « sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise » (3) considère là que ces salariés des entreprises sous-traitantes ne sont pas intégrés à la communauté des travailleurs et ne participent pas au fonctionnement de la société Mills qui confie l'exécution d'un marché déterminé à un sous-traitant. L'importance de cette précision est renforcée par le fait que la plupart des dits marchés se trouvaient exécutés sur des lieux probablement assez éloignés (en province...) du siège de l'entreprise Mills. Reste à savoir si les équipes de montage propres à la société Mills ne travaillent pas elles aussi sur des chantiers aussi éloignés. Dans le cas déjà évoqué de *Chronopost* il n'y avait pas de marchés déterminés passés avec un client et "cédés" à des sous-traitants, il y avait une répartition variable du travail sur plusieurs sous traitants. Cela aurait dû conduire la Chambre sociale à rejeter le pourvoi. Léger progrès donc, peut-être, si l'on se prend à espérer que les sous-traitants de la société Mills ne sont pas tout bonnement des équipes de montages métamorphosées en sociétés essayées, les risques et responsabilités liées au montage

(1) Soc. 15 février 2006 société Chronopost, Dr. Ouv. 2006, p. 345 ; TI de Péronne 20 octobre 2005, société Airbus, Dr. Ouv. 2006, p. 445.

(2) mais ce peuvent être aussi des organisatrices des match de football comme lors des drames de Furiani ou de visite de

paquebots avec l'accident de la passerelle du *Queen's Mary* par exemple.

(3) Bull. civ. V nos 140 et 141.

rapide d'échafaudage sont tels... M. Morvan qui dans son commentaire (JCP ed. Sociale n° 46-1901) se félicite de l'arrêt *Chronopost*, regrette les précisions du présent arrêt. C'est plutôt bon signe.

Le Tribunal d'instance de Mantes-la-Jolie dans la deuxième espèce a constaté que les salariés des sous-traitants auxquels l'entreprise principale qui a enlevé le plus gros d'un marché de construction d'un hôpital a confié une partie des travaux y compris de gros œuvre étaient bien mis à disposition et devaient être pris en compte dans l'effectif. Cela parce qu'ils participent aux « *activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise* » (4). Ils mènent à bien la réalisation du chantier en travaillant aussi sur des lots de second œuvre aux côtés des salariés de la SAS Hervé entreprise générale du bâtiment.

Le tribunal n'invoque pas l'existence d'une communauté de travailleurs tellement elle paraît évidente malgré l'apparence formelle de contrats de sous-traitance et des contrats de travail.

L'union syndicale CGT de la construction et la CFE-CGC signataire, elle, du protocole préélectoral contesté avaient fait remarquer que les personnels d'encadrement, d'administration et de coordination des chantiers étaient au nombre de 140 environ pour un effectif de 173 ouvriers Hervé alors que couramment 160 autres ouvriers travaillaient sur les chantiers par le truchement de contrats de sous-traitance. Le "rééquilibrage" de la proportion personnel d'encadrement/ouvriers semble avoir influencé le tribunal et l'avoir amené à faire prendre en compte dans l'effectif les travailleurs nécessaires au fonctionnement de l'entreprise Hervé.

Comme un serpent de mer, des députés de la majorité n'hésitent pas à réintroduire par voie d'amendement (art. 54), cette fois dans la loi sur la participation, des dispositions excluant de l'effectif et de l'électorat « *les salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service* » (5). Ce type de modification avait été retoqué par le Conseil constitutionnel (voir notre commentaire précédent). Le gouvernement avait manifesté dans la présente loi le refus d'accepter cet amendement réinjecté pourtant à la veille de l'adoption de la loi.

Le Conseil constitutionnel saisi à nouveau vient dans sa décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 (6) d'invalider ledit article 54. Il considère que si l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 11 octobre 1946 ne peut bénéficier à la totalité des salariés travaillant à un moment donné dans une entreprise, il doit concerner « *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* ».

Le débat reste donc largement ouvert pour laisser aux syndicats le soin de démontrer que la communauté de travail comprend de nombreux salariés dont les intérêts solidaires doivent trouver leur expression et être défendus.

Le juge éventuellement saisi peut continuer sa mission de requalifier des situations que les entreprises auront tenté de masquer derrière des montages juridiques divers.

Pascal Rennes

(4) Soc. 26 mai 2004 prec.

(5) Modification du troisième alinéa de L. 620-10 et des articles L. 423-7 et L. 433-4 du Code du travail.

(6) JO du 31 déc. 2006 p. 20320.