

**1° ELECTIONS PROFESSIONNELLES – Comité d'entreprise et délégués du personnel – Protocole d'accord préélectoral – Négociation – Obligations de l'employeur – Information des organisations syndicales – Contenu – Éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de la régularité de la liste électorale – Salarié mis à disposition par des entreprises extérieures – Droit de vote dans l'entreprise utilisatrice (deux espèces) – Droit d'option – Moment (deuxième espèce).**

**2° TRIBUNAUX – Arrêt de revirement – Règle nouvelle – Application dans le temps – Application à l'instance en cours – Exclusion – Cas – Partie privée d'un procès équitable – Décision du Tribunal d'instance – Contentieux préélectoral – Voies de recours – Détermination (deuxième espèce).**

Première espèce :

TRIBUNAL D'INSTANCE DE NANTES 9 juin 2010

**CGT Airbus Nantes et a. contre Airbus Opérations SAS et a.**

## EXPOSE DU LITIGE :

Par lettres reçues au greffe les 7 et 13 avril 2010, le syndicat CGT Airbus Nantes et le syndicat Force Ouvrière Airbus France Nantes ont saisi le tribunal aux fins notamment d'annulation des protocoles électoraux établis en vue de l'organisation des élections professionnelles prévues au sein de la SAS Airbus Opérations Nantes prévues le 6 mai 2010. (...)

Dans le dernier état de ses conclusions, le syndicat CGT Airbus Nantes demande, vu les articles L. 1111-2 et L. 1222-1, L. 2314-21, L. 2314-18-1 et 2324-17-1 du Code du travail et les principes généraux du droit électoral :

- le rejet de la demande de sursis à statuer de la SAS Airbus Opérations,

- qu'il soit dit que la SAS Airbus Opérations est tenue à une obligation de résultat en ce qui concerne la détermination des effectifs,

- qu'il soit dit que doivent être compris dans l'effectif de l'entreprise tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions de l'article 1111-2 du Code du travail, dont les salariés du comité d'établissement,

- qu'il soit dit que sont électeurs et éligibles tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions des articles L. 2314-18-1 et L.2324-17-1 ayant fait le choix de voter au sein de l'entreprise utilisatrice,

- qu'il soit ordonné à la SAS Airbus Opérations de communiquer aux organisations syndicales négociatrices du protocole électoral la liste de tous les travailleurs mis à disposition répondant aux critères de l'article L.1111-2 comportant leurs nom et prénom, qualification, collègue électoral, lieu d'affectation, société employeur,

- que soit ordonnée la mise à disposition par la SAS Airbus Opérations de tous documents et éléments nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité des listes électorales, en particulier les plans de prévention et de sécurité et les conventions commerciales passées avec les sociétés prestataires ou sous-traitantes,

- qu'il soit dit que la SAS Airbus Opérations devra justifier des modalités d'information individuelle des travailleurs mis à disposition répondant aux conditions légales de présence, de leur possibilité d'exercer un droit de vote aux élections professionnelles d'Airbus s'ils en expriment le choix,

- que ces obligations soient assorties d'une astreinte de 100 € par jour de retard passé un délai de quinze jours après la notification du jugement, le tribunal se réservant la possibilité de liquider l'astreinte,

- que la SAS Airbus Opérations soit déboutée de l'ensemble de ses demandes et condamnée à payer la somme de 2.500 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Le syndicat Force Ouvrière Airbus France Nantes sollicite que soient annulés les protocoles préélectoraux du 6 avril 2010 et les listes électorales publiées le 12 avril 2010, tant pour le renouvellement des

délégués du personnel, que pour le renouvellement du comité d'établissement d'Airbus Nantes Opérations SAS.

La SAS Airbus Opérations conclut vu les articles 378 et 379 du Code de procédure civile, L. 2314-3-1, L. 2314-11 al. 2 et L. 2324-13 al. 2 du Code du travail, la circulaire DGT n° 20 du 13.11.2008 :

- qu'il soit sursis à statuer sur les demandes des syndicats jusqu'à réception de la réponse du Directeur départemental du Travail et de l'Emploi et de la Formation Professionnelle à sa lettre du 8 avril 2010 ;

- en tout état de cause, au débouter des demandes, fins et conclusions des syndicats ; (...)

Le syndicat CFDT Airbus Opérations SAS et M. Gergaud, délégué syndical CFDT, déclarent s'opposer à la demande de sursis à statuer, accepter le nombre de salariés présenté par l'employeur concernant le personnel mis à disposition. Ils indiquent qu'il convient d'arrêter les démarches au vu du peu d'enthousiasme des entreprises sous-traitantes à communiquer les renseignements et qu'il n'y a pas lieu de repousser davantage le déroulement des élections professionnelles. Ils considèrent que les salariés du comité d'établissement qui n'a pas vocation à faire des bénéficiaires, qui n'est pas une entreprise et qui n'est pas inscrit au Registre du commerce et des sociétés, ne doivent pas être pris en compte dans l'effectif, ajoutant qu'ils n'appartiennent pas à la même communauté de travail. (...)

## MOTIFS :

Sur la demande de sursis à statuer :

**L'employeur demande qu'il soit sursis à statuer en l'attente de la décision du Directeur départemental du Travail et de l'Emploi saisi par lettre recommandée avec accusé de réception du 8 avril 2010 aux fins de rendre une décision d'arbitrage dans la mesure où les conditions de validité des protocoles préélectoraux ne sont pas réunies et aux fins de statuer sur la répartition des effectifs dans les collèges contestée par le syndicat CFE-CGC. Or, une décision de sursis à statuer ne s'impose que dans la mesure où l'évènement à venir qui justifierait une telle décision est un préalable à la solution du litige soumis à la juridiction.**

**A cet égard, il convient de constater que :**

- le tribunal est saisi en premier lieu d'une demande d'annulation de protocoles préélectoraux dont aucune des parties ne conteste le défaut de validité : il n'existe donc pas de litige sur ce point et le tribunal ne pourra sur cette question que procéder à un constat, ainsi qu'il sera dit ci-après,

- le tribunal est saisi en second lieu de la question de la détermination des effectifs des salariés ayant la qualité d'électeurs et plus particulièrement de la question de l'intégration des salariés mis à disposition de l'entreprise dans cet effectif : or, dans le cadre de la négociation des protocoles préélectoraux, aucune des parties à cette négociation,

fussent-elles unanimes, ne peut écarter des salariés qui, au regard des dispositions d'ordre public du Code du travail, peuvent prétendre à la qualité d'électeurs, droit que l'employeur reconnaît à ces salariés et qui a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 décembre 2006.

Il en résulte que le litige porte donc sur des contestations relatives à l'électorat qui relèvent, en application des articles L. 2314-25, L. 2324-23, R. 2314-27 et R. 2324-23 du Code du travail, de la compétence du Tribunal d'instance et ne pourront en aucun cas être tranchées par l'autorité administrative, même saisie d'une demande d'arbitrage concernant des protocoles préélectoraux, à supposer que cela relève de sa compétence.

La demande de sursis à statuer sera en conséquence rejetée.

SUR LE FOND :

Sur les protocoles préélectoraux :

Les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail prévoient que la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise.

Il est reconnu par l'ensemble des parties que les protocoles d'accord proposés pour le renouvellement des délégués du personnel et le renouvellement du comité d'établissement et datés du 6 avril 2010 ne remplissent pas ces conditions de validité, ayant été signés par le seul syndicat CFDT.

Dès lors, il sera simplement constaté la nullité de protocoles qui n'ont pu produire le moindre effet à défaut de signature par la majorité des organisations syndicales.

Sur la détermination de l'effectif, l'électorat et l'éligibilité :

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 2314-17-1, L. 2314-18-1 et L. 1111-2 du Code du travail que pour le calcul des effectifs de l'entreprise en vue des élections professionnelles, sont pris en compte 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 et que sont électeurs ceux qui remplissent la condition de présence dans l'entreprise utilisatrice pendant douze mois continus et que sont éligibles ceux qui remplissent la même condition pendant vingt-quatre mois continus.

Les articles L. 2314-17-1 et L. 2314-18-1 du Code du travail ajoutent que les salariés mis à disposition qui remplissent ces conditions choisissent s'ils exercent leur droit de vote et de candidature dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice.

Il en résulte que les salariés susvisés ont un droit à être électeurs ou éligibles lors des élections professionnelles dans l'entreprise utilisatrice et qu'il appartient à l'employeur chargé, en application des dispositions des articles L. 2324-3 et suivants du Code du travail, de l'organisation des élections professionnelles et donc de l'établissement de la liste électorale, de recenser l'ensemble des salariés électeurs aux élections professionnelles organisées dans son entreprise, sans pouvoir prétendre en exclure aucun en considération de difficultés d'ordre pratique.

A cet égard, l'employeur doit aboutir à un résultat précis et déterminé et son obligation s'analyse donc comme une obligation de résultat.

En l'espèce, il est établi que la SAS Airbus Opérations dont l'accès à tous les sites d'exploitation est strictement sécurisé, contrôle ces accès par badges. S'il est certain que tous les badges délivrés ne correspondent pas nécessairement à des salariés mis à disposition, il est tout aussi incontestable que

tous les salariés mis à disposition sont titulaires de badges d'accès : il lui appartient dès lors de recenser, parmi les porteurs de ces badges, ceux qui sont des salariés mis à disposition et remplissent les conditions d'électorat et d'éligibilité susvisées, la SAS Airbus Opérations sachant nécessairement à quel titre chaque porteur de badge est autorisé à pénétrer sur ses sites.

De la même façon, si suite à l'envoi de lettres recommandées aux entreprises mettant des salariés à sa disposition, la SAS s'est heurtée à des absences de réponse ou à des réponses négatives, il lui appartient d'user de toutes voies de droit, y compris judiciaires, pour satisfaire à son obligation de détermination de l'effectif des salariés électeurs et d'établissement de la liste électorale complète, étant en outre précisé que nombre des sociétés sollicitées n'ont pas opposé de moyens de droit et que pour les quelques sociétés qui ont motivé leur refus, il n'est nullement établi juridiquement que ces sociétés puissent s'ériger d'elles-mêmes en juge de la qualité d'électeurs de leurs salariés dans le cadre d'élections professionnelles devant avoir lieu dans le cadre de l'entreprise utilisatrice.

Si, ainsi que le soutient la SAS Airbus Opérations, le fichier informatique répertoriant les porteurs de badge n'a pas fait l'objet d'une déclaration à la CNIL en vue d'une utilisation aux fins d'identification des salariés devant rentrer dans l'effectif de l'électorat pour les élections professionnelles, il appartenait et il appartient toujours à la SAS de formuler auprès de la CNIL une demande d'extension d'autorisation quant aux finalités d'utilisation du fichier.

Enfin, il appartient à la société utilisatrice, dans le cadre de l'organisation de ses élections professionnelles et des obligations qui en résultent pour elle, de mettre en œuvre directement auprès des salariés mis à disposition la faculté d'option offerte à ces salariés par les articles L. 2314-17-1 et L. 2314-18-1 du Code du travail.

Les listes électorales publiées le 12 avril 2010 à partir de données incomplètes quant aux salariés mis à disposition seront annulées.

Il est également constant qu'il appartient à l'employeur, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif dans lequel sont compris les salariés mis à disposition, ainsi qu'au contrôle de la régularité de la liste électorale.

Par contre, cette obligation d'information ne peut inclure une obligation de mise à disposition des conventions commerciales passées avec les sociétés prestataires qui contiennent à l'évidence des éléments confidentiels dont la communication pourrait être nuisible au développement ou à la stratégie de l'entreprise. Pour ce qui concerne les plans de prévention, la SAS indique que leur communication aux organisations syndicales est d'ores et déjà effective, par l'intermédiaire des membres du CHSCT : à supposer que ces documents puissent contenir des informations utiles quant aux salariés mis à disposition, leur communication ne pose donc pas de difficultés.

Pour ce qui concerne les salariés du comité d'établissement, le fait que ce comité n'est pas en lien commercial avec la SAS et a une personnalité morale distincte est indifférent. En effet, la notion d'entreprise au sens du Code du travail n'implique pas qu'il s'agisse d'une personne morale à objet commercial inscrite au Registre du commerce et des sociétés : cette notion inclut en particulier des personnes morales à objet non lucratif assurant des prestations non commerciales.

Le comité d'entreprise est une entreprise au sens du Code du travail, entreprise distincte qui emploie des salariés mis à la disposition des salariés de l'entreprise utilisatrice, présents dans les locaux de l'entreprise et faisant partie de la même communauté de travail que les salariés de l'entreprise. Au regard des dispositions susvisées, ils font donc partie des

salariés qui doivent être inclus dans l'effectif de l'entreprise pour les élections professionnelles et qui peuvent prétendre à la qualité d'électeurs ou d'éligibles.

C'est donc à tort que la SAS Airbus Opérations, qui avait pourtant inclu ces personnels lors des élections de 2006, a refusé de les y intégrer à la demande du syndicat CFDT, seul signataire des protocoles préélectoraux.

La SAS demande qu'il lui soit décerné acte de ce qu'elle s'en remet à la justice sur l'intégration des salariés du comité d'établissement dans l'effectif de l'entreprise et l'électorat : une telle disposition serait dépourvue de tout effet juridique et force est de constater qu'en l'état, la SAS a pris la position contraire en n'intégrant pas ces salariés.

Nonobstant l'urgence d'organiser les élections professionnelles, il convient de prendre en compte la lourdeur des opérations du recensement des salariés mis à disposition qui impliquent des démarches auprès des multiples sociétés partenaires, puis la consultation individuelle de chacun de ces salariés pour leur droit d'option. Afin que ces opérations puissent être menées à bien dans des conditions permettant de garantir une mise en œuvre fiable du processus électoral, il sera laissé un délai de deux mois à la SAS Airbus Opérations pour finaliser ces opérations, une astreinte devant par contre être ordonnée à l'issue de ce délai pour éviter des retards trop conséquents dans le renouvellement des institutions représentatives du personnel. Il n'y a pas lieu de déroger à la compétence de droit commun pour l'éventuelle liquidation de l'astreinte.

Il n'appartient pas au tribunal d'inviter les syndicats représentatifs à se rapprocher de l'employeur pour envisager la prorogation des mandats des représentants du personnel. Une telle initiative de rapprochement relève exclusivement de l'appréciation de chacun des syndicats quant à l'opportunité des démarches à entreprendre pour assurer leur mission de défense des intérêts collectifs des salariés.

Il est inéquitable de laisser à la charge du syndicat CGT Airbus Nantes les sommes exposées par lui et non comprises dans les dépens. Il lui sera alloué à ce titre la somme de 500 €.

PAR CES MOTIFS :

- rejette la demande de sursis à statuer,

- constate la nullité des protocoles préélectoraux du 6 avril 2010 et annule les listes électorales publiées le 12 avril 2010, tant pour le renouvellement des délégués du personnel, que pour le renouvellement du comité d'établissement d'Airbus Nantes Opérations SAS,

- dit que la SAS Airbus Opérations est tenue à une obligation de résultat en ce qui concerne la détermination des effectifs en vue des élections professionnelles,

- dit que doivent être compris dans cet effectif tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions de l'article L. 1111-2 du Code du travail, dont les salariés du comité d'établissement,

- dit que seront électeurs et éligibles tous les travailleurs mis à disposition dont les salariés du comité d'établissement répondant aux conditions des articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail qui feront le choix de voter au sein de l'entreprise utilisatrice,

- ordonne à la SAS Airbus Opérations de communiquer aux organisations syndicales négociatrices du protocole électoral, la liste de tous les travailleurs mis à disposition répondant aux critères de l'article L. 1111-2 du Code du travail comportant leurs nom et prénom, qualification, collège électoral, lieu d'affectation, société employeur,

- ordonne la mise à disposition par la SAS Airbus Opérations de tous documents et éléments nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité des listes électorales, en particulier les plans de prévention et de sécurité,

- dit que la SAS Airbus Opérations devra justifier des modalités d'information individuelle des travailleurs mis à disposition répondant aux conditions légales de présence, de leur possibilité d'exercer un droit de vote aux élections professionnelles d'Airbus s'ils en expriment le choix,

- dit que les obligations ci-dessus mises à la charge de la SAS Airbus Opérations devront être exécutées dans un délai maximum de deux mois à compter de la notification du jugement et que passé ce délai, elles seront assorties d'une astreinte provisoire de 100 € par jour de retard.

(M. Leroux, prés. - M<sup>es</sup> Boussard-Verrecchia, Porcher-Moreau, Morand)

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 26 mai 2010

Sud Rail contre SNCF (pourvoi n° 09-60.400)

Attendu que les élections des représentants du personnel de l'établissement Technicentre de Quatre Mares de la Société nationale des Chemins de fer français (SNCF) se sont déroulées du 20 au 26 mars 2009 ; que trente-huit salariés, mis à disposition de cette société par la société La Pyrénéenne, ont déclaré vouloir exercer leur droit de vote dans cet établissement en indiquant qu'ils remplissaient les conditions légales prévues par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ; que lors de la négociation du protocole préélectoral en vue de ces élections, le syndicat Sud rail a demandé que ces salariés soient décomptés dans les effectifs, de sorte que le nombre de délégués à élire devait être de treize et non de onze, et qu'ils soient inscrits sur la liste électorale ; que la SNCF a demandé par écrit à la société La Pyrénéenne de lui donner les informations nécessaires pour contrôler que ces salariés remplissaient les conditions légales de présence et de durée de travail dans l'entreprise utilisatrice ; que, sans donner ces informations, La Pyrénéenne a répondu que ces salariés avaient été inscrits sur sa propre liste électorale lors des élections qui s'y étaient déroulées en octobre 2008 et y avaient voté ; que le syndicat Sud rail a saisi le Tribunal d'instance de

Rouen d'une demande en annulation des élections de l'établissement Technicentre de Quatre Mares de la SNCF en alléguant notamment que la SNCF ne pouvait se prévaloir du refus de la société La Pyrénéenne de lui fournir les informations nécessaires pour exclure ces salariés de l'effectif de l'établissement ou refuser des les inscrire sur la liste électorale et qu'ils n'avaient pas été mis en mesure d'exercer leur droit d'option ;

Sur l'autorité de la chose jugée du jugement préélectoral du 12 mars 2009 :

Attendu que l'application immédiate de la règle résultant d'un revirement de jurisprudence selon laquelle le pourvoi contre un jugement préélectoral est immédiatement recevable ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, priver le demandeur au pourvoi contre un jugement ayant statué sur la validité des élections du droit de critiquer les dispositions du jugement préélectoral non frappé de pourvoi en raison de la jurisprudence antérieure au revirement ;

Sur le moyen unique pris en ses quatre premières branches :

**Vu les articles L. 1111-2, L. 2312-8 et L. 2322-6 du Code du travail et 1315 du Code civil ;**

Attendu que pour rejeter la requête du syndicat Sud rail en annulation des élections des représentants du personnel de l'établissement Technicentre de Quatre Mares de la SNCF, le tribunal retient que les salariés mis à disposition doivent être intégrés dans l'effectif de la société utilisatrice pour le calcul des sièges à pourvoir dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par l'article L. 1111-2 du Code du travail, qu'il appartient au syndicat demandeur en application de l'article 9 du Code de procédure civile d'apporter les éléments de preuve nécessaires au succès de sa prétention et donc d'identifier les salariés dont il entend obtenir l'intégration dans les effectifs ; que trente-huit salariés ont établi une déclaration personnelle aux termes de laquelle ils déclarent avoir pris connaissance de la loi du 20 août 2008, remplir les conditions pour être électeurs et éligibles et vouloir participer au scrutin de la SNCF, transmise à cette dernière par le syndicat Sud rail ; que ces déclarations sont insuffisantes à établir le respect par les salariés des conditions de présence et d'ancienneté, et que si l'employeur est tenu de fournir aux organisations syndicales, lors de la négociation du protocole préélectoral, les éléments nécessaires au contrôle des effectifs, cette obligation n'est impérative qu'en ce qui concerne ses propres salariés, et ne peut l'être s'agissant des salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui détient les informations nécessaires, qu'en l'absence de disposition légale sur ce point, la SNCF s'est conformée à la circulaire du 13 novembre 2008 en écrivant à la société La Pyrénéenne qui ne lui a pas donné la liste des salariés mis à disposition qui rempliraient les critères légaux ; qu'il en résulte que le syndicat Sud rail échoue à apporter la preuve que les trente-huit salariés mis à disposition rempliraient les conditions légales pour être décomptés dans les effectifs de l'établissement Technicentre de Quatre Mares ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartient à l'employeur responsable de l'organisation de l'élection de fournir aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat et que s'agissant des salariés mis à disposition il doit, sans se borner à interroger les entreprises extérieures, fournir aux organisations syndicales les éléments dont il dispose ou dont il peut demander judiciairement la production par ces entreprises, le tribunal a violé les textes susvisés ;

Et sur les cinquième et sixième branches du moyen :

**Vu les articles L. 2314-18-1, L. 2324-17-1, R. 2324-25 et R. 2314-29 du Code du travail ;**

## Note.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a apporté d'importantes modifications concernant la situation des travailleurs mis à disposition d'une entreprise utilisatrice dans le cadre de l'organisation des élections professionnelles (1). Ceux-ci sont désormais pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise utilisatrice à la double condition qu'ils soient présents dans les locaux et y travaillent depuis au moins un an (1 bis).

Ils peuvent en outre choisir de voter dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise dans laquelle ils exercent leurs fonctions (l'entreprise utilisatrice). S'ils choisissent de participer aux élections professionnelles de l'entreprise utilisatrice, ils sont de droit électeurs aux élections des délégués du personnel après douze mois continus de présence et éligibles après vingt-quatre mois (2). Ils sont électeurs aux élections du comité d'entreprise et ne peuvent en revanche y être éligibles (3).

L'un des enjeux posés par ces dispositions nouvelles tient au décompte précis des effectifs de l'entreprise utilisatrice et à l'élaboration de la liste électorale qui doivent comprendre les salariés mis à disposition. Les

Attendu que pour débouter le syndicat de sa demande d'annulation des élections de l'établissement Technicentre de Quatre Mares de la SNCF en raison du refus d'inscription sur la liste électorale des salariés de la société La Pyrénéenne mis à disposition de cet établissement qui avaient déclaré vouloir voter à ces élections, le tribunal retient qu'il n'appartient pas à la première de pallier le défaut d'information de la seconde sur l'option qui s'offre aux salariés mis à disposition lorsqu'ils ont voté le 31 octobre 2008 dans l'entreprise de leur employeur, aucun texte n'imposant à la société utilisatrice de recueillir le choix des salariés, de sorte que le syndicat ne démontre pas que les trente-huit salariés ayant déclaré vouloir voter dans l'entreprise utilisatrice en remplissaient les conditions légales ; que le tribunal retient encore que M. X... qui n'avait pas voté lors des élections de la société La Pyrénéenne n'était pas éligible dès lors qu'il n'avait pas été inscrit sur la liste électorale ;

Attendu cependant que selon les articles L. 2314-18-1 al. 2 et L. 2324-17-1 al. 2 du Code du travail, les salariés mis à disposition, décomptés dans les effectifs en application de l'article L. 1111-2 2° du Code du travail, qui remplissent les conditions de présence continue de douze mois dans l'entreprise utilisatrice pour être électeurs et de vingt-quatre mois pour être éligibles aux élections des délégués du personnel, choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice ; que ces conditions devant être appréciées lors de l'organisation des élections dans l'entreprise utilisatrice, c'est à cette date que les salariés mis à disposition doivent être mis en mesure d'exercer leur droit d'option ;

Qu'en statuant comme il a fait, alors que le fait que les salariés mis à disposition de la société La Pyrénéenne aient déjà voté dans leur entreprise d'origine ne pouvait en soi les priver de leur droit d'option, le tribunal a violé les textes susvisés ;

Qu'en statuant comme il a fait, le tribunal a violé le texte susvisés ;

### PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 7 septembre 2009, entre les parties, par le Tribunal d'instance de Rouen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le Tribunal d'instance de Dieppe.

(Mme Collomp, prés. – Mme Morin, rapp. – M. Carre-Pierrat, av. gén. – SCP Monod et Colin, av.)

(1) Ph. Masson "Les sous-traitants, la loi... et les juges", Dr. Ouv. 2009 p. 17.

(1 bis) Art. L. 1111-2 du Code du travail.

(2) Art. L. 2314-18-1.

(3) Art. L. 2324-17-1.

organisations syndicales appelées à négocier le protocole préélectoral doivent pouvoir contrôler le contenu et la véracité des informations figurant sur ces listes. En effet, les seuils d'effectifs vont impacter la structure et la composition des institutions représentatives du personnel. On comprend alors que certaines entreprises se montrent réticentes à fournir des informations précises et fiables concernant le nombre de salariés mis à disposition, d'autant que ces informations ne sont pas naturellement à la disposition des organisations syndicales et ressortent de contrats commerciaux conclus entre l'entreprise utilisatrice et le prestataire.

Dans la première espèce reproduite ci-dessus, le Tribunal d'instance de Nantes avait été saisi par deux organisations syndicales aux fins de voir annuler les protocoles électoraux de la SAS Airbus Operations, reprochant à l'entreprise de ne pas avoir pris en compte dans les effectifs l'ensemble des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures, d'avoir exclu de ces mêmes effectifs les salariés employés par le comité d'entreprise et de faire obstacle au contrôle par les organisations du nombre de salariés mis à disposition réellement présents dans l'entreprise.

La SAS Airbus Operations soutenait avoir respecté les dispositions d'une circulaire DGT du 13 novembre 2008 qui limitait les obligations des entreprises utilisatrices à interroger leurs sous-traitants sur le nombre de salariés présents dans leurs locaux (4). Elle précisait avoir adressé à ses prestataires extérieurs des lettres recommandées qui s'étaient soldées par des absences de réponses ou des refus.

Le Tribunal d'instance a fait droit aux demandes des organisations syndicales et retient que l'employeur en charge des élections professionnelles doit établir la liste électorale. Il doit à ce titre déterminer précisément l'ensemble des salariés électeurs (5) et n'a pas la possibilité de se prévaloir de difficultés d'ordre technique pour en exclure nombre d'entre eux. Le tribunal écarte d'ailleurs la réalité des difficultés d'ordre technique alléguées par l'entreprise et relève qu'en l'espèce, celle-ci était dotée d'un système d'accès à ses locaux par badge qui lui permettait incontestablement de recenser l'ensemble des salariés mis à disposition remplissant les conditions d'électorat et d'éligibilité.

Il faut donc retenir que l'entreprise utilisatrice ne peut se contenter d'interroger ses prestataires sur le nombre de salariés concernés, comme le prévoit la circulaire DGT du 13 novembre 2008, et *a fortiori* se satisfaire de leurs réponses négatives ou évasives. En effet, les préconisations de cette circulaire permettraient aux seuls prestataires de décider quels sont les salariés qui peuvent avoir la qualité d'électeurs dans le cadre des élections de l'entreprise utilisatrice. Cela conduirait en outre les organisations syndicales appelées à la négociation du protocole à tenir pour vraies les informations fournies par l'entreprise extérieure et les priverait de toute possibilité de contrôle.

Sur la faculté de contrôle des organisations, le tribunal précise qu'il appartient à l'employeur de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires à la vérification des effectifs et de la liste électorale, incluant les salariés mis à disposition (6).

Le tribunal ajoute que l'employeur doit aboutir à un résultat précis et déterminé, cette obligation s'analysant en « *une obligation de résultat* ».

Le juge ayant fait le constat de ce que les listes électorales étaient nécessairement incomplètes, elles sont annulées, tandis que l'employeur doit, sous astreinte, communiquer aux organisations syndicales la liste de tous les travailleurs mis à disposition répondant aux critères légaux, avec leur nom, prénom, qualification, collège électoral, lieu d'affectation et société employeur.

Le tribunal livre également une analyse intéressante concernant la question des salariés employés par le comité d'entreprise. Il était objecté que le comité d'entreprise n'avait pas d'objet commercial et n'avait aucun lien commercial avec la SAS, ce dont il se déduisait que ses salariés ne pouvaient être des salariés mis à disposition par une « *entreprise extérieure* » conformément aux prévisions légales. Le tribunal retient au contraire que la notion d'entreprise au sens du Code du travail n'implique pas qu'il s'agisse d'une personne morale à objet commercial. Le comité d'entreprise emploie des salariés mis à disposition de l'entreprise utilisatrice, présents dans ses locaux et faisant partie de la même communauté de travail. Ces salariés doivent donc être inclus dans les effectifs et peuvent prétendre à la qualité d'électeurs ou d'éligibles.

(4) Circulaire DGT n°20 du 13 nov. 2008.

(5) Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60.530, Bull. civ. V, n° 130, Dr. Ouv. 2009 p. 527, n. Ph. Masson.

(6) Dans une affaire similaire le Tribunal d'instance d'Asnières a retenu que la circulaire du 13 nov. 2008 dérogeait aux dispositions légales qui imposent de négocier le protocole de

manière loyale, de déterminer l'effectif des salariés mis à disposition et de fournir aux syndicats participant à la négociation tous les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise, cette obligation étant une obligation de résultat (TI Asnières, 15 mars 2010, *FTM-CGT c/ UPS*, RG n° 11-10-000027).

Le 26 mai 2010, la Cour de cassation était appelée à rendre un arrêt sur la problématique de la détermination précise des effectifs et de la liste électorale (deuxième espèce). L'employeur prétendait qu'il appartenait aux seules organisations syndicales demanderesse d'identifier les salariés mis à disposition qu'elles prétendaient voir intégrer à l'effectif. Il soutenait en outre que l'obligation légale de l'entreprise utilisatrice se limitait, dans le cadre de la négociation du protocole préélectoral, à justifier des effectifs des salariés employés par ses soins et non de ceux mis à sa disposition en ses locaux. Il ajoutait par ailleurs avoir respecté les termes de la circulaire DGT du 13 novembre 2008 puisqu'il avait interrogé son prestataire extérieur qui ne lui avait pas fourni de réponse.

La Cour de cassation ne fait pas droit à cette argumentation et pose en principe que l'employeur, responsable de l'organisation de l'élection, doit permettre aux organisations syndicales de contrôler les effectifs et l'électorat en leur fournissant les éléments concernant notamment les salariés mis à disposition. L'entreprise ne peut se contenter d'interroger son prestataire extérieur (comme le préconisait la circulaire), et doit au contraire remettre tous les éléments dont elle dispose et même dont elle pourrait disposer en demandant judiciairement la production (7). Elle fait donc implicitement peser une obligation de résultat sur l'entreprise utilisatrice.

Le second argument opposé par l'entreprise utilisatrice concernait la faculté de choix dont disposait le salarié mis à disposition entre exercer son droit de vote dans son entreprise d'origine ou dans l'entreprise utilisatrice. Dans le cas d'espèce les salariés mis à disposition avaient voté dans l'entreprise de leur employeur lors de l'organisation de ses propres élections professionnelles. L'entreprise utilisatrice prétendait que les salariés ayant d'ores et déjà voté aux élections professionnelles de l'entreprise qui les employait, ils ne remplissaient plus les conditions légales et ne pouvaient *de facto* exercer leur droit de vote lors de ses propres élections. Elle en déduisait qu'elle n'avait plus la moindre diligence à accomplir pour permettre à ces salariés d'exercer un droit d'option dont ils ne disposaient plus.

Il s'agissait donc de savoir si le droit d'option dont dispose le salarié mis à disposition doit s'exercer lors de l'organisation des élections dans l'entreprise employeur ou lors de l'organisation des élections dans l'entreprise utilisatrice.

La Cour de cassation répond que les conditions pour être électeurs ou éligibles au sein de l'entreprise utilisatrice sont appréciées lors de l'organisation des élections dans l'entreprise utilisatrice. C'est donc « *à cette date que les salariés mis à disposition doivent être mis en mesure d'exercer leur droit d'option* ».

On retiendra donc qu'il importe peu que les salariés aient déjà voté dans leur entreprise d'origine ; ils peuvent, s'ils remplissent les conditions légales et s'ils en font le choix, voter dans l'entreprise où ils sont mis à disposition. Il appartient donc à l'entreprise utilisatrice lors de l'organisation de ses élections de leur permettre de formuler ce choix.

**Stéphane Ducrocq**

NB : Sur la modulation dans le temps des effets de revirements de jurisprudence, mobilisée dans la deuxième espèce ci-dessus, on se reportera à M. Poirier "A propos des revirements de jurisprudence : cris et chuchotements", Dr. Ouv. 2008 p. 457, ainsi qu'aux propos de P. Lyon-Caen, P. Rennes, E. Gayat et A. de Senga, Dr. Ouv. 2005 p. 137 s. ; add. récemment Soc. 22 sept. 2010, p. n° 09-40.968, sur pourvoi de CPH Nanterre, 11 janv. 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 496.

(7) Soc. 13 mai 2009, préc.