



- condamner la S.H.P.H. à leur verser la somme de 5.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

A l'appui de leurs prétentions, ils font valoir que la demanderesse assimile hâtivement la délégation unique du personnel à l'institution du comité d'entreprise pour leur opposer à tort la règle de l'inéligibilité prescrite à l'article L. 2324-17-1 du Code du travail. Ils exposent que les salariés mis à disposition sont des salariés à part entière dans l'entreprise utilisatrice, dans laquelle leurs droits fondamentaux, notamment au regard de leur participation aux instances syndicales et représentatives, doivent être garantis en dépit des atténuations apportées par le législateur dans la loi du 20 août 2008.

Ils soutiennent en outre que l'analyse des conditions de l'élection à une délégation unique du personnel doit être faite par référence à l'institution des délégués du personnel, dès lors que cette délégation unique n'est qu'une extension des fonctions reconnues aux délégués du personnel. Ils appellent enfin que la circulaire invoquée par la demanderesse ne saurait s'imposer au juge.

#### DISCUSSION :

**Conformément aux dispositions de l'article L. 2326-1 du Code du travail, l'employeur peut décider, dans les entreprises de moins de 200 salariés, et après avoir consulté les délégués du personnel et, s'il existe, le comité d'entreprise, que les délégués du personnel constituent une délégation du personnel au comité d'entreprise, dite délégation unique du personnel.**

Il apparaît en l'espèce que la S.H.P.H., qui exploite un hôtel portant l'enseigne NOVOTEL PARIS-LES HALLES et comporte moins de 200 salariés, a fait le choix d'organiser la représentation du personnel dans le cadre d'une délégation unique, en application du texte susvisé, et de procéder plus précisément au renouvellement de cette institution représentative, à l'occasion duquel le litige présentement soumis au Tribunal est survenu entre les parties.

Dans le cadre de l'organisation de cette élection, la S.H.P.H. conteste à Mesdames S. et B. et M. Ba., désignés en qualité de candidats par l'union syndicale CGT, leur éligibilité.

Il n'est pas contesté à cet égard que les trois personnes concernées sont salariées d'une société sous-traitante, la Société SIN & STES, et mises à la disposition de la S.H.P.H.

L'article L. 2324-17-1 du Code du travail, qui constitue une disposition d'ordre public, dispose :

*« Pour les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 1111-2, la condition de présence dans l'entreprise utilisatrice est de douze mois continus pour être électeur. Les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice. »*

*Les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au premier alinéa choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice »*

Ce texte est inséré dans une sous-section 3 intitulée « *Electorat et éligibilité* », elle-même insérée plus largement dans un Titre II traitant du « *Comité d'Entreprise* », l'institution des « *Délégués du Personnel* » faisant précisément l'objet d'un titre 1<sup>er</sup>, en sorte qu'à la seule lecture du texte susvisé, il convient de déduire que les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles en qualité de représentant, au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice.

L'article L. 2314-18-1, qui est le pendant du précédent dans le titre 1<sup>er</sup> intitulé « *Délégué du Personnel* », dispose quant à lui que :

*« Pour les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 1111-2, la*

*condition de présence dans l'entreprise utilisatrice est de douze mois continus pour être électeur et de vingt-quatre mois continus pour être éligible.*

*Les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au premier alinéa choisissent s'ils exercent leur droit de vote et de candidature dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice ».*

Par conséquent, la question en litige porte sur l'applicabilité aux élections à la délégation unique du personnel de l'exclusion expresse prévue par l'article L. 2324-17-1 pour l'élection au comité d'entreprise.

A cet égard, dans la mesure où la délégation unique du personnel exerce incontestablement les attributions du comité d'entreprise, puisqu'elle laisse subsister en son sein les deux institutions que sont le comité d'entreprise et les délégués du personnel et prévoit d'ailleurs un examen successif des ordres du jour de chacune (L. 2326-3) lors de ses réunions mensuelles, il apparaît que cette exclusion prévue pour l'élection au comité d'entreprise doit s'appliquer également pour celle de la délégation unique du personnel. A cet égard, il doit être observé que le Conseil constitutionnel n'a pas jugé contraire à la Constitution la disposition de la loi du 20 août 2008 écartant l'éligibilité du salarié mis à disposition au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice, étant rappelé qu'elle subsiste bien évidemment dans l'entreprise avec laquelle il est lié contractuellement et qu'en tout état de cause ce même salarié mis à disposition, qui satisfait aux conditions prévues à l'article L. 1111-2 précité, a la qualité d'électeur aux instances représentatives du personnel au sein de l'entreprise utilisatrice.

Dans ces conditions, il convient de faire droit à la demande de la S.H.P.H. et de débouter l'union locale CGT, Mesdames S. et B. et M. Ba. de leurs entières prétentions.

En revanche, l'équité commande de ne pas faire application en l'espèce des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, en sorte que la S.H.P.H. se verra déboutée de sa demande d'indemnité à ce titre.

Il conviendra enfin de laisser à la demanderesse, qui n'a pas formulé de demandes contraires à cet égard, la charge du timbre fiscal acquitté en application de l'article 62 du Code de procédure civile.

#### PAR CES MOTIFS :

CONSTATE que Mesdames S. et B. et M. Ba. sont inéligibles à l'élection de la délégation unique du personnel de la S.H.P.H.

ANNULE en conséquence la candidature de Mesdames S. et B. et M. Ba. à ladite élection

DÉBOUTE l'union locale CGT, Mesdames S. et B. et M. Ba. de leurs entières prétention

(M<sup>me</sup> Uguen-Laithier, prés. - M<sup>es</sup> Buchalet, Kadri, av.)

#### Note.

Le droit de vote des étrangers est d'actualité et ce sujet semble s'étendre tous azimuts. Le salarié mis à disposition est défini comme « *tout salarié qui participe aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice, sans que cette participation ne soit restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci* » (1). Il s'agit de travailleurs relevant de sous-traitants,

(1) Soc. 26 mai 2004, n° 03-60125, Bull. civ. V n° 140.

affectés le plus souvent aux activités que l'entreprise utilisatrice a fait le choix d'externaliser (2). Rapporté au monde du travail et de l'entreprise, « l'étranger », dont on exploite bien volontiers la force de travail, est le salarié mis à disposition. De la même manière, pour des motifs tout aussi régressifs, on se méfie de lui, on lui refuse le droit de se mêler des affaires de la « communauté de travail » (3) à laquelle il appartient, on lui conteste le droit de vote et l'éligibilité.

Et pourtant, c'est précisément parce qu'il « *est intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail* » (4) que la Chambre sociale de la Cour de cassation lui reconnut la qualité *praeter legem* d'électeur aux élections des représentants du personnel. Les salariés mis à disposition jouissaient de la capacité d'exercer leur droit de vote à la fois dans leur entreprise d'origine, dont ils demeuraient salariés, et au sein de l'entreprise utilisatrice, à la condition d'une ancienneté de trois mois, qui pouvait être discontinuée (5). La Cour de cassation consacra même leur éligibilité aux fonctions de délégué du personnel au sein de l'entreprise utilisatrice (6), à celles de membre du CHSCT (7), de délégué syndical (8) ou encore de représentant syndical au comité d'entreprise (9).

Comment pouvait-il d'ailleurs en être autrement alors que le Préambule de la Constitution édicte, en son huitième alinéa, que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » (10). Si chacun peut imaginer la haute portée symbolique qu'ont pu revêtir ces mots « *au lendemain de la victoire des peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine* », nul n'ignore la faible portée qui leur a été réservée depuis lors par les législateurs successifs. Car leur réticence à reconnaître le droit de vote aux salariés mis à disposition fait en effet figure de *leitmotiv* depuis plusieurs années. Tentant de s'opposer aux évolutions jurisprudentielles, les parlementaires mal avisés de 2006 tentèrent d'exclure purement et simplement les salariés mis à disposition des opérations électorales de l'entreprise utilisatrice par une « loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant

diverses dispositions d'ordre économique et social ». Cette tentative amena le Conseil constitutionnel à censurer ces dispositions et à poser le principe selon lequel « *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* » (11). Une décision qui s'inscrit pleinement dans le prolongement du Préambule de la Constitution, tant les conditions de travail dont ce dernier fait état s'entendent évidemment d'une communauté de travail et non de la titularité d'un contrat de travail.

Cet état du droit heurtait le patronat et désarmait les stratégies d'éclatement des collectifs de travail. Le législateur de 2008, majoritairement acquis à cette cause, s'attela à forger l'encadrement restrictif du droit de vote et de l'éligibilité des salariés mis à disposition au sein des entreprises utilisatrices par la loi du 20 août 2008 (12) qui mit fin au vote séparé en instaurant une obligation d'option du salarié mis à disposition (13) et restreignit sa capacité de vote en la conditionnant à une présence continue de 12 mois.

En matière d'éligibilité, la loi consacra celle du salarié mis à disposition au mandat de délégué du personnel mais sous condition de vingt-quatre mois de présence au sein de l'entreprise utilisatrice (14), et prohiba celle pour les élections des représentants des travailleurs au comité d'entreprise (15), au motif de « *questions de confidentialité* » (sic !) tel que cela ressort des débats parlementaires.

La Cour de cassation, par trois arrêts concernant certes des faits antérieurs à la loi de 2008, mais s'inspirant de cette dernière, affirme 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 l'employeur, sont présents dans l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de*

(2) L'éclatement de l'entreprise n'est pas un sujet neuf, il résulte d'un processus, volontaire et permanent, d'ajustement-recomposition du capital au détriment des travailleurs, v. déjà les interventions de M. Jeantin, M. Henry et A. Lyon-Caen à propos de « L'entreprise éclatée » Dr. Ouv. mars 1981, p. 118, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(3) On aurait préféré l'emploi du terme « collectivité » plutôt que « communauté » de travail, le choix des termes n'est jamais neutre....

(4) Soc. 28 février 2007 n° 06-60171, Bull. civ. V n° 34, Dr. Ouv. 2007, p. 284, n. E. Boussard-Verrecchia ; Soc. 1<sup>er</sup> avril 2008 n° 07-60287, Bull. civ. V n° 77, Dr. Ouv. 2008, p. 366, n. E. Boussard-Verrecchia et X. Petrachi.

(5) Soc. 18 janvier 1978 n° 77-60597, Bull. civ. V, n° 45 ; Soc. 5 mai 1983 n° 82-60363, Bull. civ. V n° 239 ; Soc. 3 octobre 2007 n° 06-60063, Bull. civ. V n° 149.

(6) Cass. Ass. Plén. 6 juillet 1990 n° 89-60581, Bull. A.P. n° 10 ; Soc. 20 février 1991 n° 89-61212, Bull. civ. V, n° 87.

(7) Soc. 14 décembre 1999, n° 98-60629, Bull. civ. V n° 486, Dr. Ouv. 2001, p. 308, n. C. Lévy.

(8) Soc. 30 mai 2001 n° 99-60466, Bull. civ. V, n° 194.

(9) Soc. 30 avril 2003 n° 01-60841, Bull. civ. V, n° 153.

(10) M-L. Morin « Effectif et électoralat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 » RDT 2007 p. 229.

(11) CC 28 décembre 2006 n° 2006-545 DC, Rec. p. 138, considérant 29, v. obs. P. Rennes, Dr. Ouv. 2007, p. 100 et ML. Morin préc.

(12) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

(13) Articles L. 2314-18-1 du Code du travail pour les élections DP ; L. 2324-17-1 du même code pour les élections CE.

(14) Article L. 2314-18-1 du Code du travail.

(15) Article L. 2324-17-1 du Code du travail.

*générer des intérêts communs* » (16), mettant ainsi de manière fort opportune l'accent sur l'intérêt commun des salariés partageant des conditions de travail communes, à la différence d'un travail législatif sous l'influence d'intérêts particuliers.

La loi de 2008 reste cependant muette quant à l'éligibilité du salarié mis à disposition aux fonctions de membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et à la délégation unique du personnel (DUP). C'est précisément l'intérêt d'une affaire examinée par le Tribunal d'instance de Paris en date du 2 février 2012 ; la motivation du jugement rapporté ci-dessus est toutefois bien mal inspirée (I), pris à l'appui d'une circulaire dont tout laisse à penser qu'elle soit entachée d'illégalité (II).

### **I. Exclusion du travailleur mis à disposition de l'éligibilité à la DUP : une décision bien mal inspirée**

Des élections professionnelles au sein d'un établissement de la chaîne Novotel employant 140 salariés font suite à un conflit de 34 jours concernant des femmes de chambre de la sous-traitance. L'employeur met en place une DUP et le syndicat CGT présente, parmi ses candidats, des travailleurs mis à disposition. L'employeur probablement échaudé par le conflit passé, conteste leur éligibilité à la DUP et saisit le Tribunal d'instance de Paris, lequel fait droit à la demande de l'employeur par une décision alliant un raisonnement par analogie (A) et une solution, dont on peut penser qu'elle sera censurée par la Cour de cassation (16 bis), fortement préjudiciable à l'intérêt collectif des travailleurs (B).

#### **A. Un hasardeux raisonnement par analogie**

Instituée en 1993 (17), la DUP permet à l'employeur, dans les entreprises employant entre 50 et 199 salariés, appréciés au jour du premier tour du scrutin (18), de décider que les délégués du personnel constituent la délégation du personnel au comité d'entreprise. Cette faculté de mettre en place une DUP est ouverte lors de la constitution du comité d'entreprise ou de son renouvellement, et la décision ne peut être prise qu'après consultation des délégués du personnel et, s'il existe, du comité d'entreprise (19).

Il résulte de ces dispositions que les représentants des travailleurs à la DUP sont avant tout des délégués du personnel auxquels l'employeur a décidé de confier également les missions du comité d'entreprise. En pratique, il s'agit d'une fusion des mandats, mais non des institutions ; il appartient dès lors à l'employeur de tenir des réunions

distinctes des DP et du CE et d'y convoquer les élus à des horaires différents, avec des ordres du jour séparés (20). Ainsi, les modalités d'éligibilité des représentants des travailleurs à la DUP sont-elles les mêmes que celles des délégués du personnel et non celles du comité d'entreprise. C'est précisément ce qu'a été amenée à préciser la Cour de cassation par un arrêt du 26 septembre 2002 (21), sur un cas d'espèce différent mais par une solution transposable selon laquelle « *les règles électorales à appliquer [pour l'élection des représentants à la DUP] sont celles qui régissent les délégués du personnel et non celles relatives au comité d'entreprise pour l'élection duquel la création d'un troisième collège est prévue* ».

Pourtant, la solution adoptée par le Tribunal d'instance du 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris fut tout autre. Le jugement fait droit à la demande patronale, au motif pris que « *dans la mesure où la délégation unique du personnel exerce incontestablement les attributions du comité d'entreprise, puisqu'elle laisse subsister en son sein les deux institutions que sont le comité d'entreprise et les délégués du personnel et prévoit d'ailleurs un examen successif des deux ordres du jour de chacune lors de ses réunions mensuelles, il apparaît que cette exclusion prévue pour l'élection au comité d'entreprise doit s'appliquer également pour celle de la délégation unique du personnel. A cet égard, il doit être observé que le Conseil constitutionnel n'a pas jugé contraire à la Constitution la disposition de la loi du 20 août 2008 écartant l'éligibilité du salarié mis à disposition au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice, étant rappelé qu'elle subsiste bien évidemment dans l'entreprise avec laquelle il est lié contractuellement et qu'en tout état de cause ce même salarié mis à disposition, qui satisfait aux conditions prévues à l'article L. 1111-2 précité, a la qualité d'électeur aux instances représentatives du personnel au sein de l'entreprise utilisatrice.* » (ci-dessus).

Le tribunal opère ainsi un raisonnement par analogie en prêtant au représentant du personnel à la DUP les mêmes restrictions que celles dont il est affecté pour le CE, « justifiées » quant à elles par des « *questions de confidentialité* ». En matière de « confidentialité », il existe trois types d'obligations visant à garantir son respect (22). La première, le secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication, est commune aux membres du CE (23) et du CHSCT (24) et n'est donc pas mobilisable ici, étant considéré qu'il ressort des débats parlementaires que les salariés mis à disposition « *pourront participer au CHSCT de l'entreprise utilisatrice, car*

(16) Soc. 13 novembre 2008 n° 07-60465, n° 07-60434 et n° 08-60331, Bull. civ. V n° 218 à 220, Dr. Ouv. 2009, p. 20, n. P. Masson ; formulation reprise ensuite, Soc. 14 avril 2010 n° 09-60367, Bull. civ. V n° 99, Dr. Ouv. 2010, p. 341, n. E. Bousard-Verrecchia.

(16 bis) Un pourvoi est inscrit.

(17) Loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

(18) Soc. 27 mai 1998 n° 97-60020.

(19) Article L. 2326-1 du Code du travail.

(20) Article L. 2326-3 du Code du travail.

(21) Soc. 26 septembre 2002 n° 01-60325, Bull. civ. V, n° 287.

(22) Sur ces questions v. les obs. de C. Ménard dans ce même numéro.

(23) Article L. 2325-5 du Code du travail.

(24) Article L. 4614-9 du Code du travail.

ils pourront être élus parmi les délégués du personnel » (25). La seconde, résidant en une « obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par l'employeur », n'est pas plus concernée par la restriction car elle s'applique pareillement au CE et au CHSCT (26) ; dans la mesure où l'accès au CHSCT n'est pas fermé à l' élu mis à disposition, ce fondement n'aurait donc pas de sens. La dernière obligation est celle de discrétion qui incombe aux membres du comité d'entreprise et à toute personne qui aurait connaissance des informations qui leur sont fournies lorsque le comité « a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise » (27). On saisit ainsi plus aisément ce qui a pu motiver le législateur à empêcher le salarié mis à disposition de connaître de ces éléments et à considérer pour ce faire, qu'il n'était pas capable de discrétion, de par l'identité de son co-contractant, étant entendu que ce salarié exerce le plus souvent une activité externalisée par l'entreprise utilisatrice et sur laquelle les choix de gestion de cette dernière ont des répercussions immédiates, comme l'actualité nous le rappelle douloureusement.

Pour autant, le législateur a expressément limité cette restriction à l'éligibilité au CE et l'analogie opérée par le Tribunal d'instance ne saurait prospérer. De multiples cas de figure illustrent l'absurdité de cette solution. Ainsi, les élus au CE d'une unité économique et sociale (UES) ne sont pas liés contractuellement à l'ensemble des entreprises composant l'UES et cela n'entrave pas, par hypothèse, leur accès aux fonctions ; tout au plus leur activité est-elle encadrée par l'obligation de discrétion. On peut également relever que les salariés mis à disposition, éligibles aux fonctions de délégué du personnel, sont susceptibles, en cas de carence aux élections CE, d'assurer pleinement les missions de cette institution, et dès lors d'avoir accès aux informations susvisées, moyennant la même obligation (28). Enfin, étant considéré que le salarié mis à disposition peut être désigné délégué syndical (29) ou représentant de la section syndicale (30), il peut à ce titre également être désigné représentant syndical au CE, ce dont il résulte qu'il aura là encore accès aux informations susvisées, sans que le législateur y ait étendu la restriction...

Par ailleurs, le tribunal rappelle que l'éligibilité des salariés mis à disposition subsiste dans leur entreprise d'origine et qu'ils demeurent électeurs dans l'entreprise utilisatrice. Cette observation mérite pourtant d'être relativisée car, d'une part, l'éligibilité au CE dans l'entreprise d'origine est incompatible avec le droit de vote au même scrutin dans l'entreprise utilisatrice, en vertu du principe de droit d'option que doit exercer le salarié à titre définitif. Ensuite,

comment un salarié mis à disposition d'une autre entreprise depuis une durée continue de deux années pourrait-il efficacement connaître les conditions de travail des salariés de son entreprise d'origine et ainsi les représenter utilement ? N'y a-t-il pas lieu de prendre en considération la position de la Cour de cassation selon laquelle c'est le partage des conditions de travail qui génère l'intérêt commun ?

Enfin, il s'avère que les activités externalisées qui font l'objet de la mise à disposition de personnel sont souvent fragmentées en entités de petites tailles, donnant naissance à des entreprises dont les effectifs sont inférieurs aux seuils de mise en place des IRP ; en pratique les salariés mis à disposition sont ainsi privés de leur droit constitutionnel de participer à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de leur entreprise. Toute exception doit donc, d'ici l'abrogation souhaitable de ces dispositions de la loi de 2008, s'interpréter de manière stricte...

### **B. Une solution inappropriée qui requiert la censure**

Cette décision revient à poser en principe que l'employeur, dès lors qu'il emploie entre 50 et 199 salariés, dispose de la faculté de s'opposer à l'élection de salariés mis à disposition en mettant en place une DUP. Alors que rien dans les textes ne permet de fonder une telle motivation (cf. *supra*), cette solution renforce le pouvoir discrétionnaire de l'employeur et permet à ce dernier d'éradiquer toute défense réellement collective des conditions de travail.

Une telle solution entre en contradiction frontale avec la portée qu'ont entendu conférer les Constituants de 1946 au Préambule susmentionné. Selon le Conseil constitutionnel, « si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose, en son huitième alinéa, que : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre » (31) ; « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (32) et, enfin, « il était loisible au législateur, pour les motifs évoqués ci-dessus, de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise le droit d'être électeurs ou d'être éligibles pour la désignation des délégués

(25) Extrait de la motivation de l'amendement n° 20 proposé par la Commission des Affaires Sociales du Sénat.

(26) Articles L. 2325-5 et L. 4614-9 du Code du travail.

(27) Articles L. 2323-78 à L. 2323-82 du Code du travail.

(28) Articles L. 2313-13 à L. 2313-15 du Code du travail.

(29) Soc. 30 mai 2001, n° 99-60466, Bull. civ. V, n° 194.

(30) Soc. 29 février 2012, n° 11-10904, Bull. civ. V.

(31) CC 2008-568 du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Considérant 4.

(32) *Idem*, Considérant 7.

du personnel et des représentants des salariés au comité d'entreprise ; que la différence de traitement qu'il a établie est en rapport direct avec l'objectif qu'il s'était fixé » (33). Toutefois, l'établissement de telles distinctions n'appartient qu'au seul législateur et excède les pouvoirs du juge, dont l'office ne peut être d'instaurer une rupture d'égalité entre travailleurs face à un droit constitutionnel, par analogie avec des dispositions autres de la loi ou par ce qu'il aurait cru devoir comprendre des débats parlementaires.

La critique de ce raisonnement erroné doit toutefois se poursuivre, car il n'est pas l'œuvre de ce jugement isolé mais constitue l'écho d'une circulaire de la DGT tout aussi peu empreinte d'orthodoxie juridique.

## II. La circulaire DGT du 13 novembre 2008 : un ministre plus royaliste que le roi ?

Tentant peut-être de pallier les carences des parlementaires, le ministre du Travail, par une circulaire de la Direction générale du Travail du 13 novembre 2008, dont se sont inspirés à la fois l'employeur et le Tribunal d'instance, se livre à des extrapolations surprenantes. L'œuvre est entachée d'illégalité (A) ce qui doit conduire le juge à en ignorer les dispositions (B).

### A. Une circulaire illégale

#### 1. Le contenu de la circulaire

Par principe, les circulaires sont des actes administratifs unilatéraux non-décisoires, c'est-à-dire qu'elles ne font pas grief aux administrés. Ce sont des instructions écrites, en général du Ministre, adressées à ses services administratifs et qui ont pour objet d'interpréter le sens des textes législatifs ou réglementaires que ces services doivent appliquer.

La non-éligibilité au comité d'entreprise des salariés mis à disposition ne figurait pas au projet de loi soumis au Parlement, ni même dans le texte voté par les députés en première lecture, mais naquit d'un amendement de la Commission des Affaires sociales du Sénat, selon laquelle « pour ce qui concerne les élections au comité d'entreprise, les salariés des entreprises extérieures qui remplissent les nouvelles conditions pour être pris en compte dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice pourront choisir d'être électeurs dans l'entreprise utilisatrice, mais ne pourront y être éligibles **pour des questions de confidentialité**. Toutefois, ils pourront participer au CHSCT de l'entreprise utilisatrice, car ils pourront être élus parmi les délégués du personnel » (34).

La loi du 20 août 2008 n'apporte aucune nouveauté quant à l'éligibilité à la DUP des salariés mis à disposition. La circulaire DGT du 13 novembre 2008 énonce, quant à elle, que les salariés mis à disposition « ne sont jamais éligibles

au comité d'entreprise. Un certain nombre d'informations sensibles est diffusé aux membres du comité d'entreprise ; il est apparu gênant que des salariés mis à disposition, qui n'appartiennent pas à l'entreprise utilisatrice mais restent rattachés à leur employeur, puissent accéder à ces informations. Inversement, il est important de ne pas assécher le dialogue social au sein des entreprises sous-traitantes, qui disposent elles-mêmes d'instances de représentation au sein desquelles il est important que les salariés mis à disposition soient représentés. La règle de l'inéligibilité s'applique aussi pour la DUP en tant qu'elle exerce les attributions du CE. (...) Il convient, par ailleurs de rappeler que les salariés mis à disposition ne peuvent pas être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice. ».

Les dispositions de cette circulaire sont de portée générale et pour le moins impératives en ce qu'elle présume que « la règle de l'inéligibilité s'applique aussi pour la DUP » ; ces dispositions font donc grief, ce qui rend la circulaire susceptible de recours (35). Ensuite, la circulaire est clairement novatoire en ce qu'elle retire l'éligibilité à la DUP aux salariés mis à disposition par assimilation aux candidats au comité d'entreprise et modifie ainsi l'état du droit. Cette circulaire novatoire et impérative est, par conséquent, entachée d'illégalité.

#### 2. Les moyens relatifs à son illégalité

D'emblée, et de manière non-exhaustive, la circulaire en question semble présenter plusieurs moyens d'ouverture en illégalité.

En matière de légalité externe d'abord, l'incompétence matérielle du ministre du Travail est manifeste, la définition des principes fondamentaux en matière de droits syndicaux et de représentation collective des travailleurs relevant du pouvoir législatif et non réglementaire (36). Le Conseil constitutionnel, saisi du recours en conformité à la Constitution de la loi du 20 août 2008, l'a rappelé en ces termes : « l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre » (37).

En matière de légalité interne ensuite, la circulaire comporte, selon nous, une erreur de droit, en ce qu'elle donne une interprétation erronée de la loi, laquelle loi ne dispose aucunement s'agissant de la DUP ou du représentant syndical au comité d'entreprise.

La circulaire porte également en son sein une erreur de fait en ce qu'elle fait mention, comme motif de l'inéligibilité à la DUP des salariés mis à disposition (fiche

(33) *Idem*, Considérant 8.

(34) Cf. note 25 *supra*.

(35) CE, Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. 463 ; CE 7 octobre 2009 n° 314747, *Assemblée permanente des chambres de métiers* ; CE 29 octobre 2009 n° 314397, Rec.

(36) Article 34 de la Constitution ; voir notamment CE 4 décembre 2009 n° 315818, *Lavergne*.

(37) CC 2008-568 du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Considérant 4.

6, article 2.2.2), d'une part qu'ils pourraient recevoir des informations confidentielles alors qu'ils ne sont pas salariés de l'entreprise et, d'autre part, qu'il ne faut pas «*assécher le dialogue social dans les entreprises sous-traitantes*». Le premier point n'est pas fondé, car, comme précédemment développé, s'agissant de l'obligation de discrétion, la même problématique est susceptible de se poser pour les élus CE dans le cadre d'une UES, ou encore en cas de carence aux élections CE, les élus DP assurant alors les missions du comité, y compris les élus DP issus des salariés mis à disposition. Le second point n'est pas plus fondé car l'éligibilité aux élections DP ou au CHSCT ferait courir le même risque et n'est pas pour autant prohibée.

Au regard de cette illégalité manifeste de la circulaire DGT, il convient d'attendre du juge qu'il en écarte les dispositions pour clore un débat qui n'aurait pas dû voir le jour.

## **B. Une circulaire que le juge se doit d'écarter**

Face à une circulaire entachée d'illégalité telle que celle qui nous intéresse ici, plusieurs voies sont envisageables.

### **1. Le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif**

La première réside en l'engagement d'un recours en excès de pouvoir (REP) à l'encontre de l'acte administratif. Les circulaires sont, par principe, insusceptibles de recours puisque ne faisant pas grief. Pour déclarer le recours recevable, le Conseil d'État s'assure, pour le recours par voie d'action, que la circulaire présente un caractère impératif et une portée générale, faisant alors grief (38).

Le délai de recours contentieux à l'encontre d'une telle circulaire, comme de tout acte administratif, est de deux mois (39). Cependant, ordonnant tardivement une mise en conformité à la loi (40), le décret du 8 décembre 2008 (41) dispose que les circulaires ne sont applicables qu'à compter de leur publication ; le Conseil d'État a été amené à préciser que la publication d'une circulaire sur le site internet (42), ne présentant pas de date de publication, n'a pas pour effet de faire courir le délai de recours contentieux des tiers (43). Ainsi, sauf à ce que les circulaires soient publiées sur le site

en question, dans le Bulletin officiel (BO) du ministère ou sur le site de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), en présentant la date de publication, elles demeurent perpétuellement attaques par voie d'action. La circulaire qui nous intéresse ici ne présente aucune date de publication (43 bis).

### **2. La contestation de légalité par voie d'exception**

Considérant que la contestation de légalité par voie d'exception n'est possible que pour les actes réglementaires, le Conseil d'État continue à appliquer la jurisprudence *Institution Notre-Dame de Kreisker* (44) et *IFOP* (45), recevant le recours à l'encontre de la circulaire à la condition qu'elle soit réglementaire et non simplement interprétative (46). En l'espèce, la circulaire est novatoire et de portée générale, ce qui lui confère un caractère réglementaire et rend recevable sa contestation par voie d'exception, notamment par la voie de la question préjudicielle du juge judiciaire au juge administratif en déclaration d'illégalité. Dans le cas d'un tel renvoi préjudiciel, les actes administratifs sont attaques sans contrainte de délai (47). Cette solution peut présenter l'intérêt d'obliger l'administration à abroger la circulaire entachée d'illégalité (48).

### **3. La mise à l'écart de la circulaire par le juge judiciaire**

La dernière voie envisageable est probablement celle qui sied le mieux à la situation. Le juge judiciaire ignore la circulaire en question car elle ne peut, par principe, revêtir une portée normative, et ne constitue dès lors pas une règle de droit tenant le juge pour trancher le litige (49).

C'est précisément la position qu'ont adopté plusieurs tribunaux d'instance (50), ainsi que la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 26 mai 2010 dans lequel elle pose le principe selon lequel « *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* » (51).

(38) CE, Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. 463 ; CE 7 octobre 2009 n° 314747, *Assemblée permanente des chambres de métiers*.

(39) Article R.421-1 du Code de justice administrative.

(40) Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, dont l'article 9, modifié par ordonnance du 6 juin 2005, prévoyait une publication des circulaires.

(41) Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires.

(42) Site <http://circulaire.legifrance.gouv.fr>.

(43) CE 7 avril 2011 n° 335924, *CIMADE et GISTI*.

(43 bis) V. les nouvelles modalités de diffusion des circulaires (non applicables à l'espèce), décret 2012-1025 du 6 sept. 2012.

(44) CE, Ass. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame de Kreisker*, Rec. 64.

(45) CE, 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique*, Rec. 178.

(46) CE 19 février 2003 n° 235697, *Société Auberge ferme des genêts* ; CE 28 mars 2011 n° 330256, *Collectif contre les nuisances du TGV Chasseneuil-du-Poitou et Migne-Auxanges*.

(47) CE 24 mai 1968 n° 61921, *Mercières* ; CE 27 septembre 1985 n° 51-443, *Usinor c/ Inouri* ; CE 8 février 1989, *Mazières* ; CE 19 mai 2000 n° 208545, *Mutuelle de la RATP*, Rec. 906.

(48) CE Ass. 3 février 1989 n° 74052, *Compagnie Al Italia*, Rec. 44 ; CE Sect. 30 novembre 1990, *Association « Les Verts »*, Rec. 339.

(49) Article 12 du Code de procédure civile.

(50) TI Versailles 30 juin 2009 n° 11-09523 *CGT c/ Thalès Services-Établissement I&S* ; TI Guebwiller 22 décembre 2009 n° 11-09299, *CGT c/ Macif Centre-Europe* ; TI Asnières 15 mars 2010 n° 11-10027, *Fédération CGT des travailleurs de la métallurgie c/ UPS*.

(51) Soc. 26 mai 2010, n° 09-60400, *SNCF*, Bull. civ. V n° 114, Dr. Ouv. 2010, p. 595, n. S. Ducrocq.

L'ensemble de ces décisions sont prises dans le contexte de la même circulaire DGT du 13 novembre 2008, laquelle énonçait en annexe qu'il appartenait « à l'entreprise utilisatrice, sur la base des données fournies par le prestataire, de fixer le décompte des effectifs et la liste électorale » au mépris, à nouveau, des dispositions légales.

Il convient d'aspirer à une solution similaire de la Cour de cassation, saisie du pourvoi à l'encontre de la décision ici commentée. Un tel dénouement permettra de restituer leurs droits aux salariés mis à disposition.

**Thierry Durand,**  
*Conseiller prud'homme*