

TRIBUNAL D'INSTANCE DE BREST 7 juin 2012

Union départementale FO contre Association Don Bosco et Élection Europe

EXPOSÉ DU LITIGE

L. 4 juillet 2011, l'Association Don Bosco, le syndicat CFDT et le syndicat FO ont signé un accord collectif pour la mise en œuvre du vote électronique, dont l'organisation a été confiée à la SARL Élection Europe.

L'union départementale FO du Finistère ayant contesté sa signature, le 10 novembre 2011, un nouvel accord collectif a été signé entre l'Association Don Bosco et le seul syndicat CFDT.

Un protocole d'accord préélectoral pour les élections du comité d'entreprise et des délégués du personnel du mois de janvier 2012 a été signé par quatre organisations syndicales le 5 décembre 2011. L'union départementale FO du Finistère a néanmoins contesté les dispositions relatives au vote électronique.

DISCUSSION

I - Sur la jonction (...)

II - Sur la compétence du Tribunal d'instance

Selon l'article L. 2314-25 du Code du travail relatif aux élections des délégués du personnel et l'article L. 2324-23 du même code relatif aux élections des représentants du personnel au comité d'entreprise, les contestations portant sur l'électorat et la régularité des opérations électorales sont de la compétence du juge judiciaire.

L'union départementale FO du Finistère a invoqué l'existence d'exceptions d'illégalité relatives à l'exclusion du vote à l'urne et au secret du vote, et a sollicité la transmission de ces questions préjudicielles aux tribunaux administratifs.

Il a ainsi expliqué que les articles R. 2314-8 et R. 2324-4 du Code du travail, ainsi que les articles R. 2314-10 et R. 2324-6 du même code, seraient contraires à l'article L. 54 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 et à l'amendement n°105.

L'article 49 du Code de procédure civile dispose que « toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense, à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction ».

En outre, selon l'article 74 du code susvisé, les exceptions de procédure doivent être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

Le juge n'est tenu de surseoir à statuer que lorsque l'exception d'illégalité présente un caractère sérieux.

Or, en l'espèce, l'article L. 54 de la loi du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'économie numérique a modifié le Code du travail pour permettre l'exercice du droit de vote par voie électronique. Ce texte prévoyait que les conditions et les modalités du vote électronique seraient définies par décret en Conseil d'État, lequel est intervenu le 25 avril 2007.

Les articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail, modifiés par la loi précitée, en ont repris les termes et ont ainsi consacré la possibilité du vote par voie électronique. Ils ont indiqué que les conditions et modalités seraient définies par décret en Conseil d'État.

Les articles R. 2314-8 et R. 2324-4 du Code du travail, ainsi que les articles R. 2314-10 et R. 2324-6 issus du décret, définissent certaines modalités et conditions du vote électronique.

Aucune précision n'a été apportée par la loi sur les conditions et modalités à adopter par décret.

L'amendement produit n'a aucune portée juridique.

Dès lors, les articles critiqués ayant toutes les apparences de la légalité, l'exception préjudicielle soulevée ne présente pas un caractère sérieux et ne justifie pas la saisine de la juridiction administrative.

Par conséquent, les exceptions d'illégalité soulevées par l'union départementale FO du Finistère seront rejetées.

III – Sur la mise en œuvre du vote électronique

Selon les articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail, l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise « a lieu au scrutin secret sous enveloppe ou par vote électronique, dans les conditions et selon les modalités définies par décret en Conseil d'État. La mise en œuvre du vote par voie électronique est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise. »

En l'espèce, un accord d'entreprise, en date du 10 novembre 2011, a été signé entre l'Association Don Bosco et le syndicat CFDT.

Sur les conditions d'adoption de l'accord d'entreprise

L'union départementale FO du Finistère soutient que l'accord d'entreprise adoptant le vote électronique aurait dû être conclu à l'unanimité, conformément aux articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du Code du travail.

Or, si le protocole d'accord préélectoral fixant les modalités de mise en œuvre du vote électronique doit, pour être valable, satisfaire aux conditions prévues aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-3-1 du Code du travail, ou parfois aux articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du même code, l'accord d'entreprise autorisant le recours au vote électronique est soumis aux seules conditions de validité prévues par l'article L. 2232-12 du Code du travail.

En l'espèce, il résulte des pièces produites qu'un premier accord d'entreprise relatif au vote électronique a été signé entre l'Association Don Bosco, le syndicat CFDT et le syndicat FO, représenté par Madame Le Moigne, le 4 juillet 2011.

Toutefois, l'union départementale FO du Finistère ayant contesté la signature de Mme Le Moigne, faute de mandat, un second accord d'entreprise a été signé

le 10 novembre 2011 entre l'Association Don Bosco et la CFDT.

Aucune opposition n'a été formée à l'encontre de cet accord.

Il n'est pas contesté que le syndicat CFDT, qui avait obtenu 100 % des votes exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise, pouvait signer l'accord d'entreprise dans les conditions fixées par l'article L. 2232-12 du Code du travail.

Par conséquent, la demande d'annulation de l'accord collectif est rejetée de ce chef.

Sur l'expertise indépendante

Un protocole d'accord préélectoral peut organiser les élections professionnelles par voie électronique, si ses dispositions permettent d'assurer l'identité des électeurs, ainsi que la sincérité et le secret du vote électronique, comme la publicité du scrutin.

Aux termes des articles R. 2314-12 et R. 2324-8 du Code du travail, « *préalablement à sa mise en place ou à toute modification substantielle de sa conception, le système de vote électronique est soumis à une expertise indépendante* ».

En outre, le rapport d'expertise est tenu à la disposition de la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés.

En l'espèce, l'Association Don Bosco produit une attestation de la Société Strat-Up reprenant les conclusions d'un audit réalisé pour la SARL Élection Europe. Selon cette Société, « *le système de vote électronique proposé par cette Société était bien conforme aux obligations légales et réglementaires en vigueur, notamment en terme de confidentialité des données transmises, de sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, d'émargement, d'enregistrement et de dépouillement des votes* ».

Il apparaît que l'expertise réalisée par la Société Strat-Up l'a été dans le cadre des élections prud'homales organisées par le ministère du Travail de mars à novembre 2008.

Or, la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), par délibération n° 2009-197 en date du 26 mars 2009, a prononcé un avertissement à l'encontre du ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité.

Elle a, notamment, relevé que le rapport d'expertise 10/2008 précise que seules certaines parties du code source ont été expertisées. Elle en déduit que ce manquement ne permet pas de s'assurer du fonctionnement correct du dispositif de vote.

Par ailleurs, elle a relevé plusieurs irrégularités lors du déroulement de ces élections, notamment s'agissant du scellement du dispositif de vote et du chiffrement du bulletin de vote.

Elle a également relevé qu'il n'existait pas d'identification ni de la version du logiciel de vote installé, ni de la version du logiciel expertisé.

Ainsi, la CNIL conclut que l'on ne peut savoir si le logiciel expertisé correspond bien au logiciel utilisé lors des élections.

Par conséquent, la CNIL a considéré que les garanties apportées par le dispositif de vote mis en place, en

termes de sécurité et de confidentialité des données, étaient insuffisantes au regard de l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

En l'espèce, les documents remis ne nous permettent pas plus d'identifier le logiciel utilisé.

Les conclusions d'expertise produites correspondent à l'expertise réalisée par la Société Strat-Up dans le cadre des élections prud'homales organisées par le ministère du Travail de mars à novembre 2008, et qui ont fait l'objet de l'avertissement précité de la CNIL.

Si, dans le cadre d'autres contentieux, plusieurs juridictions ont validé le progiciel de la SARL Élection Europe, cela ne saurait certifier de la régularité de l'ensemble des logiciels utilisés par cette Société, et ce d'autant plus que l'on ne peut savoir quels logiciels étaient en cause dans ces contentieux, les expertises réalisées n'ayant pas été produites.

En outre, ces contentieux étaient antérieurs à l'expertise réalisée en 2008 par la Société Strat-Up, et donc ne portaient pas sur le même rapport d'expertise.

Ainsi, contrairement à ce qu'elle soutient, la SARL Élection Europe ne justifie pas que le logiciel utilisé pour les élections de l'Association Don Bosco était identique à celui expertisé lors des élections de l'Ordre des avocats de Paris et du Conseil national des barreaux en 2005.

Par conséquent, il convient de tirer conséquence des observations de la CNIL et de déclarer que le logiciel utilisé lors des opérations de votes ne respectait pas les exigences légales puisque, faute d'expertise conforme, on ne peut s'assurer que le logiciel présentait les garanties de sécurité attendues.

Partant, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés, il y a lieu d'annuler l'accord d'entreprise du 10 novembre 2011 ayant mis en place le vote électronique, l'accord préélectoral du 5 décembre 2011 et les résultats des premier et deuxième tours des élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise.

IV - Sur les demandes accessoires (...)

PAR CES MOTIFS

- Rejette les exceptions d'illégalité soulevées par l'union départementale FO du Finistère,
- Annule l'accord d'entreprise du 10 novembre 2011 ayant mis en place le vote électronique,
- Annule l'accord préélectoral du 5 décembre 2011,
- Annule les résultats des premier et deuxième tours des élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise.

(Mme Courbis, prés. - SCP Barthélémy et ass., av.)

Note.

Le Tribunal d'instance de Brest a rendu une décision intéressante sur le cadre du recours au vote électronique, rappelant aux différents acteurs de son organisation (employeurs, prestataires de services informatique, experts informatique etc.) que ce nouveau « marché de la démocratie » ne saurait s'affranchir de toute régulation.

Mis en place pour des considérations essentiellement financières (coût supposé moindre grâce à une rapidité et une souplesse d'organisation (1)), le vote électronique fait, paradoxalement, apparaître de nouveaux acteurs dans les élections d'entreprise (prestataires de services informatique, experts...). Ces acteurs intéressés à l'élection ont, évidemment, et comme chaque entreprise, des exigences économiques en terme d'attractivité de leur offre et de recherche du bénéfice. Ces exigences se traduisent nécessairement par la production de modules de vote à moindre coût et standardisés, chose d'autant plus aisée que ce scrutin repose essentiellement sur une organisation immatérielle, sur des logiciels informatiques facilement duplicables. Mais jusqu'où peut aller cette « maximisation » du profit, lorsque l'organisation d'un scrutin démocratique est en jeu ?

Le Tribunal d'instance de Brest y répond avec raison et rappelle aux employeurs qu'en matière d'élections, les exigences démocratiques priment sur la logique gestionnaire.

En l'espèce, l'union départementale FO du Finistère contestait la régularité de l'introduction du vote électronique, ainsi que des élections, dans une association. S'appuyant sur de nombreux moyens, le syndicat soulevait essentiellement le non-respect des règles d'adoption de l'accord d'entreprise prévoyant le recours au vote électronique et les carences liées à l'expertise réalisée sur les opérations électorales.

Sur le premier point, le syndicat soutenait que l'accord d'entreprise mettant en place ce mode de scrutin aurait dû être adopté à l'unanimité des organisations syndicales. Le juge rejette cet argument au fondement incertain, et rappelle que la mise en place du vote électronique répond à une procédure en deux étapes (1 bis).

Dans un premier temps un accord d'entreprise ou de groupe doit prévoir la possibilité d'utiliser le vote électronique lors des élections dans l'entreprise. Il est à noter que la Cour de cassation ne valide l'utilisation du vote électronique que s'il a été autorisé par un accord d'entreprise ou de groupe ; c'est uniquement dans ces cas que le vote électronique peut être entériné, et il est ainsi impossible de l'autoriser par un accord d'établissement (2). Le Tribunal d'instance précise, ensuite, que cet accord est soumis aux conditions de validité de l'article L. 2232-12 du Code du travail et doit

donc être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des voix lors des dernières élections au comité d'entreprise. Solution somme toute classique, et déjà affirmée par la Cour de cassation (3).

Dans un second temps, une fois cet accord signé et déposé auprès de l'administration, l'utilisation du vote électronique dans l'entreprise est réaffirmée dans le protocole d'accord pré-électoral. Le juge de Brest précise que ce protocole doit répondre aux conditions de validité prévues aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-3-1 du Code du travail et doit donc être adopté par la majorité des organisations syndicales représentatives ayant participé à sa négociation, les signataires du protocole comportant nécessairement les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

Mais, plus que sur les conditions de mise en place du vote électronique, c'est sur la mise en œuvre de ce procédé que la décision du Tribunal d'instance revêt un grand intérêt. Les arguments du syndicat portaient sur les carences de l'expertise informatique effectuée lors du scrutin. De fait, la technicité du vote électronique emporte un problème fondamental, lié à la dépossession des élections qu'elle opère sur les salariés. Ceux-ci, par le biais de leurs représentants, ne sont plus habilités à contrôler les opérations électorales. C'est pourquoi le Code du travail, ainsi que la CNIL, placent le recours à un expert au cœur de ce processus.

Les articles R. 2314-12 et R. 2324-8 du Code du travail indiquent que, pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, lorsque le scrutin est électronique, « *préalablement à sa mise en place ou à toute modification substantielle de sa conception, le système de vote électronique est soumis à une expertise indépendante* ». La CNIL, dans sa délibération n° 2010-371 du 21 octobre 2010, peint les contours de cette exigence en indiquant que l'expertise doit porter sur toutes les étapes du scrutin (mise en place, vote et dépouillement) et qu'elle doit cibler un certain nombre d'éléments (code source du logiciel, mécanisme de scellement, etc.). L'expert, quant à lui, doit répondre à des qualités d'indépendance précises (absence d'intérêt financier dans la Société créatrice de la solution de vote, posséder une expérience dans l'analyse des systèmes de vote, etc.) et doit transmettre

(1) Pour une critique syndicale du vote électronique, voir Ph. Masson, « L'improbable démocratie en ligne », Droit Ouvrier, 2010, n° 748, p. 576.

(1 bis) Pour une étude d'ensemble du vote électronique, voir M-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles*, éd. Dalloz 2012, §353-31 et suiv.

(2) Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.096 et n° 09-60.152, Bull. civ. V, n°56.

(3) Cass. soc., 28 sept. 2011, n°10-27.370, P+B.

son rapport aux personnes intéressées.

Or, en l'espèce, ces exigences n'ont visiblement pas été respectées. L'expertise produite datait de 2008, soit deux ans avant l'organisation du vote dans l'association, et se bornait à indiquer que le logiciel utilisé était conforme aux obligations légales et réglementaires. On comprend aisément l'intérêt d'un tel procédé, l'expert n'effectuant qu'une seule véritable opération d'expertise par logiciel, l'offrant ensuite sous format standard aux employeurs et prestataires informatiques chargés de la mise en place du vote électronique. On distingue également les risques que font peser cette « expertise au rabais » sur le scrutin...

Le tribunal, évoquant les nombreuses irrégularités qui avaient accompagné les élections de 2008 mentionnées dans le rapport d'expertise, rejette ce procédé en précisant qu'une telle pratique ne permet pas d'identifier le logiciel utilisé. L'expert avait, pourtant, bien identifié un logiciel précis utilisé par le prestataire de services, mais n'apportait aucun élément, autre que sa bonne foi, pour prouver que c'était bien le logiciel effectivement utilisé lors du vote (on peut supposer que l'expert aurait dû relever les codes source du logiciel utilisé pour ensuite l'identifier clairement).

Le juge ne se fonde, curieusement, que sur les dispositions réglementaires du Code du travail (articles R. 2314-12 et R. 2324-8 précités), sans évoquer les obligations précises établies par la CNIL en la matière bien que le syndicat ait évoqué la délibération en question pour contester la mise en place du vote. Le jugement semble, néanmoins, s'en inspirer, en allant plus loin que la simple obligation réglementaire d'expertise indépendante. Sans l'indiquer clairement, cette décision met à la charge de l'employeur, par le biais d'un expert indépendant, la production d'une expertise spécifique pour chaque organisation de vote électronique, la simple « expertise par référence » étant insuffisante.

Cette décision est salubre et conforme aux exigences de la CNIL, qui indique clairement que l'expertise doit se dérouler dans le cadre précis de l'élection et pendant toute la durée des opérations électorales (la CNIL vise la mise en place, mais également les opérations de vote, ainsi que le dépouillement). Ces éléments n'ayant pas été pris en compte dans le premier accord, le Tribunal d'instance décide de la nullité de celui-ci et, par un effet « domino », de toutes les opérations électorales consécutives.

Matthieu Jantet-Hidalgo, *Élève Avocat*