

Semaine sociale Lamy

www.wk-rh.fr

Dossier spécial

LES SALARIÉS MIS À DISPOSITION À NOUVEAU DANS LE DÉBAT

En décidant que les salariés mis à disposition voteraient exclusivement dans leur entreprise d'origine, l'avenant du 12 décembre 2008 à la convention collective des entreprises de propreté vient de faire l'objet d'un refus d'extension. L'occasion de reposer le débat après la loi du 20 août 2008 et les arrêts du 13 novembre 2008.

Gilles Bélier et **Alexia Boursier**,
avocats, cabinet Freshfields

Philippe Masson, animateur du collectif
« Droits, libertés, actions juridiques » de la CGT

Sommaire

2 Éditorial

Au revoir

2 Dossier

Avant-propos : les salariés mis à disposition toujours au cœur du débat

- 4 • Les nouvelles règles relatives au calcul des effectifs, à l'électorat et à l'éligibilité des salariés mis à disposition, issues de la loi du 20 août 2008
- Les dernières décisions jurisprudentielles

5 Une révolte silencieuse

Gilles Bélier, avocat associé, cabinet Freshfields et **Alexia Boursier**, avocat, cabinet Freshfields

9 Vive la communauté de travail

Philippe Masson, animateur du collectif « Droits, libertés, actions juridiques » de la CGT

L'avenant à la convention collective nationale des entreprises de propreté ouvre une réflexion sur le champ d'application de la mise à disposition et sur l'interprétation de la loi du 20 août 2008.

Une révolte silencieuse ?

Gilles Béliet, avocat associé Freshfields

Alexia Boursier, avocat, cabinet Freshfields

Le 12 décembre 2008, les organisations syndicales et patronales de la branche de la propreté ont adjoint à la convention collective nationale un nouvel avenant qui statue sur la question de l'électorat et de l'éligibilité des salariés des entreprises de propreté. Le débat est tranché, les salariés des entreprises de propreté continueront d'exercer leur droit de vote et de candidature au sein de l'entreprise qui les emploie.

Loi nouvelle, jurisprudence nouvelle

Quelques mois auparavant, le législateur a modifié les règles du jeu en matière d'électorat et d'éligibilité des salariés d'entreprises extérieures. Issues de la loi du 20 août 2008¹, les dispositions des articles L. 1111-2, L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail prévoient désormais que « 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 » sont électeurs aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise s'ils justifient d'une présence continue de douze mois et sont éligibles aux élections des délégués du personnel s'ils justifient d'une présence continue de vingt-quatre mois. Le législateur subordonne ainsi la participation des salariés d'une entreprise sous-traitante aux élections professionnelles organisées dans l'entreprise d'accueil à une double condition temporelle, de présence et de travail dans les locaux de cette dernière. Lorsque ces conditions sont vérifiées, le salarié est libre de choisir d'exercer son droit de vote et de candidature soit dans l'entreprise qui l'emploie, soit dans l'entreprise qui l'accueille.

La Cour de cassation a greffé les critères posés par la loi du 20 août 2008 à sa jurisprudence en la matière et jugé, dans ses derniers arrêts du 13 novembre 2008, « que sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui [...] sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée »².

Les critères de l'intégration étroite et permanente

Le non-respect des critères légaux de présence et de travail empêcherait-il désormais de caractériser l'intégration étroite et permanente des salariés de l'entreprise extérieure à la communauté de travail constituée par les salariés de l'entreprise d'accueil ? En d'autres termes, l'absence de l'une des conditions posées par le législateur de 2008 emporte-t-elle présomption irréfutable « que leur intégration à la communauté de travail est insuffisamment étroite et permanente »³ ?

La formule peut-elle être inversée ? Si elles sont nécessaires, les conditions posées par le législateur sont-elles suffisantes ? À la lecture de l'avenant à la convention collective nationale des entreprises de propreté en date du 12 décembre 2008, cette solution ne s'impose pas avec la force de l'évidence. À tout le moins ne s'impose-t-elle pas en toutes circonstances. La lettre de l'avenant mérite un examen attentif tant son contenu et sa structure paraissent éclairer la portée des dispositions des articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail issues de la loi du 20 août 2008.

Qualification juridique de la mise à disposition

Tout d'abord, les partenaires sociaux s'at-

tachent à qualifier ou, plutôt, à disqualifier la prestation de services opérée dans le secteur de la propreté à laquelle ils contestent, par une formule générale, la qualification juridique de mise à disposition : « Au regard de la spécificité des organisations du travail de la propreté et dans le cadre des prestations effectuées dans l'entreprise cliente, un salarié d'entreprise de propreté n'est pas mis à disposition de l'entreprise cliente. »

Ils en déduisent, sans équivoque, que le salarié d'une entreprise de propreté « n'est pas intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise au sein de laquelle les prestations sont réalisées ». Affirmation d'un lien de cause à effet entre la mise à disposition et l'appartenance à la communauté de travail.

Épilogue de ce raisonnement à trois temps, l'avenant conclut que « le salarié d'une entreprise de propreté demeure électeur et éligible dans l'entreprise avec laquelle il est lié contractuellement ». Aussi ne participera-t-il pas aux élections professionnelles organisées au sein de l'entreprise cliente.

1 SOUS-TRAITANCE ET MISE À DISPOSITION

► Lorsque la prestation de services n'emporte pas mise à disposition

Que penser des termes de cet avenant du 12 décembre 2008 et de la solution qu'il édicte, au-delà de la question de son opposabilité ? Contreviennent-ils à la volonté du législateur d'offrir aux salariés mis à disposition la faculté de choisir le lieu où ils exercent leur droit de vote et de candidature ? Nous ne le croyons pas. En réalité, l'avenant à la convention collective natio- ●●●

1. L. n° 2008-789, 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO 21 août ; v. p. 4.

2. Cass. soc., 13 nov. 2008, nos 07-60.465 et 07-60.434, v. p. 4.

3. Cons. constit., déc. n° 2008-568, DC, 7 août 2008, relative au recours déposé contre diverses dispositions de la loi du 20 août 2008, JO 21 août.

●●● nale des entreprises de propreté semble se saisir d'une hypothèse particulière, non couverte par les dispositions de la loi du 20 août 2008, à savoir celle où la prestation de services n'emporte pas mise à disposition des salariés de l'entreprise prestataire auprès de l'entreprise d'accueil. Rappelons pour mémoire que les articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail, comme la jurisprudence de la Cour de cassation, n'intéressent expressément que « les salariés mis à disposition ».

► Le champ d'application de la loi du 20 août 2008

Ainsi, l'avenant du 12 décembre 2008 interroge le champ d'application des dispositions de la loi du 20 août 2008 et, plus avant, met en cause la pertinence d'une réponse commune et unique à toutes les occurrences de recours à la main-d'œuvre extérieure. Il suggère, en filigrane, la nécessité de distinguer en fonction des conditions dans lesquelles s'effectue la prestation de services suivant que l'opération implique, ou non, la mise à disposition des salariés de l'entreprise sous-traitante auprès de l'entreprise cliente.

2 LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE PARTICIPATION

La problématique saisie par les partenaires sociaux de la branche de la propreté est essentielle puisqu'elle s'inscrit d'emblée sur l'effectivité du « droit reconnu à tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

► La jurisprudence du Conseil constitutionnel

La matière de l'électorat et de l'éligibilité des salariés des entreprises sous-traitantes apparaît en effet inféodée au droit à valeur constitutionnelle de participation à la gestion de l'entreprise. Cette affiliation est le fait même du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision en date du 28 décembre 2006 relative à la « loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social »⁴, a placé la problématique de l'électorat et de l'éligibilité sous l'auspice du droit de participation à la gestion de l'en-

treprise. Souvenons-nous. L'article 54 de la loi déferée au juge constitutionnel, qui modifiait l'article L. 620-10 du Code du travail (devenu L. 1111-2), disposait que « les salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services [n'étaient] pris en compte dans l'effectif de l'entreprise que pour l'application du premier alinéa de l'article L. 236-1 ». La formule avait pour effet d'exclure que les salariés des entreprises prestataires puissent participer aux élections professionnelles organisées dans l'entreprise cliente. Pour déclarer ces dispositions contraires à la Constitution, le Conseil constitutionnel a invoqué le droit de participation à la gestion de l'entreprise, qu'il a reconnu « à tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue », et non « aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail », considérant ainsi que la référence exclusive au contrat de travail était trop restrictive face à certaines situations d'intégration forte.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'électorat et d'éligibilité des travailleurs, et singulièrement la mobilisation de la notion d'« intégration étroite et permanente à la communauté de travail », semble ainsi mue par l'exigence d'effet utile du droit de participation à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise. Animée du même dessein, la Cour de cassation a recouru, à son tour, à la notion d'« intégration étroite et permanente à la communauté de travail », devenue la clé de voûte de sa jurisprudence à ce sujet.

Le postulat qui s'évince des prises de position du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation est le suivant : le droit constitutionnel de participation à la gestion de l'entreprise ne peut véritablement s'exercer qu'indexé à la communauté de travail réelle, par opposition à la communauté de travail abstraite ou artificielle⁵.

S'agissant des salariés des entreprises sous-traitantes, il est donc indispensable de caractériser leur appartenance étroite et permanente à la communauté de travail constituée

par les salariés de l'entreprise d'accueil si l'on veut garantir le respect de leur droit constitutionnel de participation à la gestion de l'entreprise.

Dans ce cadre, n'est-il pas alors imprudent de déduire, comme le suggèrent certains auteurs, l'intégration étroite et permanente des salariés de l'entreprise prestataire à la communauté de travail constituée par l'entreprise cliente de la seule vérification des conditions de présence et de travail dans les locaux de cette dernière depuis une certaine durée ? La question est capitale dès lors que la stigmatisation légale du double vote impose désormais au salarié de faire un choix, soit qu'il exerce son droit de participation dans l'entreprise à laquelle il est lié juridiquement, soit qu'il l'exerce dans l'entreprise au sein de laquelle il travaille. Comment concevoir, au nom de l'effectivité d'un prin-

cipe, que son exercice puisse être effectué différemment par deux titulaires de ce droit placés dans une situation identique ?

L'enjeu mérite que l'on interroge le contenu de la notion de communauté de travail.

► La communauté de travail réelle

Dans ce but, il est utile de se reporter aux précisions apportées par Pierre Sargos dans le cadre de son étude sur « La recherche de la vérité de la communauté de travail ».

L'auteur enseigne que la communauté de travail se révèle « à travers la conjonction d'indices économiques et sociaux ». Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, les indices économiques renvoient à l'unité de direction et à la complémentarité des activités. Les indices sociaux sont, eux, caractérisés par le fait que les salariés sont soumis au même statut collectif ou, *a minima*, bénéficient des mêmes avantages sociaux. L'absence de l'un de ces éléments fait obstacle à la reconnaissance d'une communauté de travail. La Cour de cassation a jugé en effet qu'aucune communauté de travail ne pouvait être reconnue entre des salariés de plusieurs sociétés qui exercent des métiers différents et dont la perméabilité est très réduite⁶. De même a-t-elle estimé qu'à défaut d'unité de direction sur les salariés, ces

Le droit constitutionnel de participation à la gestion de l'entreprise ne peut véritablement s'exercer qu'indexé à la communauté de travail réelle par opposition à la communauté de travail abstraite ou artificielle

4. Déc. n° 2006-545, DC, 28 déc. 2006, JO 31 déc.

5. Dans le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2004, le Président Pierre Sargos a indiqué que la Haute juridiction avait réalisé « un véritable travail de recherche de la vérité de la communauté de travail », « au-delà de constructions juridiques abstraites ou artificielles ».

6. Cass. soc., 5 mai 2004, n° 03-60.057, Bull. civ. V, n° 126.

derniers ne pouvaient être considérés comme appartenant à une même communauté de travail⁷.

Dès lors, sauf à vider de sa substance la notion de communauté de travail, la vérification des conditions de présence et de travail posées par la loi du 20 août 2008 ne devrait donc pas suffire à caractériser l'intégration étroite et permanente des salariés des entreprises prestataires à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil dans la mesure où elles ne permettent pas toujours de révéler la correspondance des intérêts économiques et sociaux des groupes de salariés en présence.

3 LA « MISE À DISPOSITION RENFORCÉE »

Comme le suggère l'avenant à la convention collective nationale des entreprises de propreté en date du 12 décembre 2008, l'intégration étroite et permanente des salariés des entreprises prestataires à la communauté de travail de l'entreprise cliente requerrait, *a minima*, que soit établie leur mise à disposition effective. Or, la mise à disposition de salariés d'une entreprise extérieure auprès de l'entreprise d'accueil ne peut se déduire du seul partage de conditions matérielles de travail, mais suppose à tout le moins que les salariés concernés exécutent leur activité sous la direction et le contrôle de l'entreprise d'accueil, qu'ils bénéficient des normes collectives qui y sont applicables et qu'ils utilisent les outils et équipements de cette entreprise.

Plus encore, s'agissant de l'usage du droit de vote et de candidature – instruments d'exercice du droit constitutionnel de participation à la gestion de l'entreprise –, il devrait s'agir d'une mise à disposition d'un genre particulier, pourrait-on dire « *une mise à disposition renforcée* », qui opère le transfert des leviers de l'évolution de la carrière des salariés, notamment en termes de rémunération, de formation et de maintien dans l'emploi, de l'entreprise prestataire employeur vers l'entreprise d'accueil. En effet, n'est-ce pas à la seule condition que les salariés participent, par le truchement des organes de représentation du personnel de la communauté de travail à laquelle ils appartiennent, à la gestion de l'entreprise qui a la maîtrise réelle de leur devenir professionnel que l'effectivité du

droit consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est véritablement assurée ?

Dans ce cadre, tous les salariés impliqués dans une opération de prestation de services ne seraient donc pas intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail existant au sein de l'entreprise cliente dès lors que toutes les occurrences de recours à la sous-traitance n'emportent pas, loin s'en faut, leur « *mise à disposition renforcée* ».

4 PARTICIPER À LA DÉFINITION DES CONDITIONS DE TRAVAIL ET À LA GESTION DE L'ENTREPRISE ?

► Des intérêts économiques parfois divergents

En réalité, si les salariés de l'entreprise prestataire partagent parfois les conditions de travail des salariés de l'entreprise cliente, leur sort n'est certainement pas solidaire lorsque l'entreprise à laquelle ils sont liés juridiquement justifie d'intérêts économiques divergents, sinon rivaux, de ceux de l'entreprise au sein de laquelle ils travaillent. Compte tenu du rapport de force commercial qui unit une entreprise sous-traitante à l'entreprise cliente, l'hypothèse n'est pas d'école. Il demeurerait ainsi bien des cas où l'avenir des salariés d'une entreprise sous-traitante serait invariablement et exclusivement lié au devenir de celle-ci, à la définition de sa stratégie économique et à l'évolution de ses activités, qui sont autant d'éléments laissés à sa discrétion et qui sont susceptibles de contredire les velléités économiques et stratégiques de l'entreprise cliente. Cette allégeance économique et sociale des salariés à l'entreprise employeur apparaîtrait plus ostensible encore s'agissant d'une entreprise sous-traitante de grande envergure, traversée de débats sociaux permanents en lien avec son activité et sa vie économique propres⁸...

Comment postuler dans ce cas que les salariés de l'entreprise prestataire appartiennent à la même communauté de travail que

les salariés de l'entreprise cliente et qu'ils ont un intérêt égal à participer, à leurs côtés, à la gestion de cette dernière ? L'usage de leur droit de participation à la gestion de l'entreprise conserverait-il alors pour les salariés de l'entreprise sous-traitante sa vocation originelle de vecteur de progrès social et de défense de leurs intérêts ? Rien n'est moins sûr.

Forcer la reconnaissance de l'existence d'une communauté de travail entre les salariés d'une entreprise sous-traitante et les salariés de l'entreprise cliente, sur la base du seul constat de conditions matérielles de travail identiques et de liens de proximité désenclavés des intérêts économiques, défigurerait la notion même de communauté de travail, qui muerait en une communauté « sociologique ». Plus avant, cela mettrait en péril l'effectivité du droit de participation des salariés, dont la quête commande pourtant la jurisprudence du juge constitutionnel en matière d'électorat et d'éligibilité.

La mise à disposition de salariés ne peut se déduire du seul partage de conditions matérielles de travail, mais suppose que les salariés concernés exécutent leur activité sous la direction et le contrôle de l'entreprise d'accueil, qu'ils bénéficient des normes collectives qui y sont applicables

► La définition des conditions de travail

Elle doit être précisée au sens du Préambule de la Constitution.

S'agissant des conditions de travail englobées dans l'hygiène et la sécurité du travail, force est de rappeler que le Code du travail comporte des dispositions permettant le contrôle des conditions de travail sur les sites par le CHSCT, s'appliquant à tous les salariés présents sur un site.

S'agissant des conditions de travail au sens des « *conditions générales de travail et d'emploi* », la recherche de la mise à disposition renforcée implique nécessairement, pour déterminer l'électorat et l'éligibilité, que soit identifiée l'entreprise qui détermine l'évolution des rémunérations, la formation, l'évolution de carrière, etc. Si l'entreprise prestataire maîtrise ces éléments, peu important ici l'éventuelle altération du lien de subordination, le droit collectif à participation ne peut sérieusement et ●●●

7. Cass. soc., 18 févr. 2004, n° 02-60.567, Bull. civ. V, n° 56.

8. On pense notamment aux entreprises hautement spécialisées intervenant dans le secteur de l'informatique.

●●● utilement s'exercer que dans cette entreprise.

Ainsi, l'avenant à la convention collective nationale des entreprises de propreté en date du 12 décembre 2008 pourrait amener à une réflexion, au sein des branches professionnelles notamment, sur la définition des instruments appropriés à la défense et à la protection des conditions de travail des salariés d'entreprises sous-traitantes. Tel semble être en effet l'objectif poursuivi par le législateur de 2008.

5 LA PROTECTION DES SOUS-TRAITANTS

Dans cette perspective, plutôt que de mobiliser le droit constitutionnel de participation à la gestion de l'entreprise, il conviendrait peut-être de s'orienter vers un renforcement des textes existants qui organisent concrètement la prise en compte de l'exigence de protection des conditions de travail des salariés des entreprises extérieures dans le jeu des relations sociales de l'entreprise d'accueil. Il est notamment fait référé-

rence ici aux dispositions de l'article L. 4523-11 du Code du travail qui prévoit que « *lorsque la réunion du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour objet de contribuer à la définition des règles communes de sécurité dans l'établissement et à l'observation des mesures de prévention [...], le comité est élargi à une représentation des chefs d'entreprises extérieures et des travailleurs qu'ils emploient* ». L'article L. 4523-14 précise les conditions dans lesquelles les salariés d'entreprises sous-traitantes interviennent au sein du CHSCT de l'entreprise d'accueil. Suivant ce texte, « *les salariés des entreprises extérieures sont désignés, parmi les salariés intervenant régulièrement sur le site, par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de leur établissement ou, à défaut, par les délégués du personnel* ».

Pour une prise en considération accrue des intérêts des salariés d'entreprises sous-traitantes, ces textes pourraient évoluer vers une meilleure prise en compte de leurs droits lorsque des projets présentés par l'entreprise cliente emporteraient d'évidence des conséquences sur les entreprises sous-traitantes et les salariés qu'elles emploient,

par exemple par un droit ouvert aux élus de l'entreprise sous-traitante d'entendre le chef de l'entreprise cliente, ou aux élus du comité d'entreprise de l'entreprise cliente de solliciter la participation d'une délégation des élus du comité d'entreprise de l'entreprise sous-traitante aux réunions consacrées à ce projet. Il semble que de telles perspectives apporteraient une plus grande efficacité à cette prise en compte des sous-traitants que l'extension sans mesure de ces circonlocutions électorales.

Dans le sillon ouvert par l'avenant à la convention collective nationale des entreprises de propreté en date du 12 décembre 2008, et conformément au dessein du juge constitutionnel de garantir l'effet utile du droit de participation à la gestion de l'entreprise, les leviers de l'électorat et de l'éligibilité ne pourraient être utilement actionnés qu'à l'égard de salariés d'entreprises prestataires dont la « *mise à disposition renforcée* » auprès de l'entreprise d'accueil serait effectivement constatée, et non indistinctement à l'ensemble des salariés impliqués dans une opération de prestation de services. ■

L'avenant du 12 décembre 2008 à la convention collective nationale des entreprises de propreté relatif aux salariés mis à disposition *

Article 2 (en vigueur non étendu) : nouvel alinéa à l'article 6 de la convention collective nationale

La loi du 20 août 2008 définit la possibilité pour le salarié d'entreprise prestataire d'exercer un droit d'option pour être électeur dans l'entreprise utilisatrice dès lors qu'il est présent dans les locaux et travaille depuis au moins un an. La condition étant de deux ans pour être éligible au mandat de délégué du personnel.

La circulaire de la direction générale du travail n° 20 du 13 novembre 2008 spécifie que le droit d'option est acté par le salarié et son employeur et rappelle « *qu'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* ».

Il est donc convenu dans la convention collective nationale de la propreté : « *Qu'au regard de la spécificité des organisations du travail de la propreté et dans le cadre des prestations effectuées dans l'entreprise cliente, un salarié d'entreprise de propreté n'est pas mis à disposition de l'entreprise cliente, il n'est pas intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise au sein de laquelle les prestations sont réalisées. Par conséquent, le salarié d'une entreprise de propreté demeure électeur et éligible dans l'entreprise avec laquelle il est lié contractuellement.* »

* L'avenant a été signé par la CFDT, la CFE-CGC, la CTFC, la CGT et FO côté salariés et par la Fédération des entreprises de propreté (FEP) côté employeurs.