



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° E2419006	
Décision attaquée : 15 mai 2024 de la cour d'appel de Rennes	
Le syndicat CGT Navale Ouvriers de [Localité 1] C/ La société Chantiers de l'Atlantique	
Sylvaine Laulom, avocate générale	AVIS de l'avocat général

1. Rappel des faits et de la procédure

La SA Chantiers de l'atlantique est une entreprise de construction maritime et de services aux flottes qui employait 3119 salariés au 30 avril 2019. Elle fait appel à plus de 400 entreprises sous-traitantes qui emploient environ 6000 salariés sur le site plus ou moins régulièrement. Elle met à disposition des entreprises sous-traitants des badges d'accès aux chantiers sans que chaque badge ne corresponde à un salarié intervenant sur le site.

Dans le cadre de la mise en place de son premier CSE, suite aux ordonnances Macron, un accord collectif relatif à la mise en place et au fonctionnement du CSE a été signé le 9 avril 2019 par l'ensemble des organisations syndicales à l'exception du syndicat CGT Naval Ouvriers de [Localité 1] (la CGT) qui engage une action afin que soient annulées notamment les clauses 2.1.2.a et 2.1.2.b.

Les clauses contestées sont les suivantes :

“ Article 2.1.2. Effectif à prendre en compte

L'effectif à prendre en compte pour chaque élection est précisé dans le protocole d'accord préélectoral précédant chaque élection.

Pour 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", conformément à l'article L. 1111-2 du code du travail, les dispositions suivantes seront appliquées:

a. Calcul de l'effectif

- La Direction interrogera par mail, avant chaque élection professionnelle, les entreprises sous-traitantes de rang 1 liées à elle par un plan de prévention sur leurs effectifs et ceux de leurs sous-traitants répondant aux critères réglementaires relatifs au calcul des effectifs, à l'éligibilité et à l'électorat.*
- A défaut de réponse complète d'au moins 75% des entreprises interrogées dans un délai de trois semaines suivant l'envoi du mail, la règle suivante sera appliquée pour le calcul du nombre de salariés mis à disposition d'une entreprise extérieure: 10% du nombre moyen de badges actifs sur la période de badges actifs sur la période de 12 mois précédant la date de signature du protocole d'accord préélectoral.*
- En cas de réponse d'au moins 75% des entreprises interrogées dans le délai de trois semaines, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte dans les effectifs sera celui résultant des réponses des entreprises.*

b. Répartition de l'effectif, électorat et éligibilité des salariés "mis à disposition" :

Dans tous les cas (réponse d'au moins 75% des entreprises ou non) :

- Pour la détermination du nombre de sièges par collège, le nombre total de salariés mis à disposition sera réparti dans les 3 collèges électoraux au prorata de la proportion de chaque collège dans l'effectif Chantiers de l'Atlantique. L'effectif Chantiers de l'Atlantique est composé des salariés inscrits à l'effectif Chantiers de l'Atlantique à la fin du mois précédant la date de signature du protocole d'accord préélectoral.*
- Pour l'éligibilité ou la qualité d'électeur, les salariés "mise à disposition" seront pris en compte conformément aux réponses des entreprises".*

Le Tribunal judiciaire de Saint-Nazaire a débouté la CGT de ses demandes et la cour d'appel de Rennes a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

2. L'inclusion des travailleurs mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice

L'inclusion dans les effectifs, l'électorat et l'éligibilité des travailleurs mis à disposition a fait l'objet de débats importants, scandés par des interventions législatives, des décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation. Il ressort des décisions du Conseil constitutionnel, que le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises (8^{ème} alinéa du Préambule de 1946) a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un instant donné dans une entreprise, qu'ils en soient ou non salariés, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail que constitue cette entreprise, même s'ils n'en sont pas les salariés ¹.

Depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, il est acquis que sont pris en compte dans le calcul de l'effectif, “ 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 ” (article L. 1111-2, 2°).

Pris en compte dans l'effectif de l'entreprise, les salariés mis à la disposition de l'entreprise peuvent également être électeurs aux conditions définies par l'article L. 2314-23 du code du travail: “ *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 y 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 l'entreprise utilisatrice ” [2](#).

Appelé à se prononcer sur le refus du ministre chargé du Travail d'étendre un avenant qui excluait, même lorsque les conditions légales étaient remplies, qu'un salarié d'une entreprise de propreté travaillant dans une entreprise cliente puisse être regardé comme faisant partie des effectifs de cette dernière et, en conséquence, puisse bénéficier de l'option lui permettant de voter dans l'entreprise utilisatrice, le Conseil d'Etat a rejeté le recours aux motifs que les dispositions conventionnelles en cause méconnaissaient clairement ces dispositions d'ordre public [3](#), telles qu'interprétées par le juge judiciaire [4](#).

Comptabiliser les salariés détachés répondant aux conditions des articles L. 1111-2 du code du travail et L. 2314-23 du code du travail est donc essentiel, d'une part, pour déterminer précisément l'effectif de l'entreprise, qui conditionne par exemple le nombre de sièges à pourvoir au CSE et, d'autre part, pour établir les listes électorales.

L'exercice peut, néanmoins, se heurter à certaines difficultés pratiques car l'information est détenue par un tiers, l'entreprise prestataire de services. Comment savoir combien de travailleurs détachés sont concernés lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des centaines d'entreprises sous-traitantes, françaises et étrangères, employant des milliers de salariés sont appelées à travailler sur un même site pour une entreprise donneuse d'ordre ?

Selon la circulaire DGT n° 2008/20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008, “ *Dans le cadre de l'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise utilisatrice, l'entreprise utilisatrice doit procéder au décompte des salariés qui lui sont mis à disposition.* ”

Pour cela, un certain nombre d'opérations sont nécessaires :

Avant le début des négociations du protocole préélectoral, l'entreprise utilisatrice interroge par écrit les entreprises prestataires qui mettent à disposition des salariés travaillant dans ses locaux afin que ces entreprises, dans un délai compatible avec l'organisation des négociations du protocole préélectoral, lui fournissent la liste des salariés mis à disposition.

Ce document doit contenir la liste des salariés qui répondent aux critères de présence dans les locaux et d'ancienneté (plus d'un an pour l'électorat et plus de 2 ans pour l'éligibilité aux élections de délégués du personnel).

Il doit porter la mention que le salarié a fait ou non le choix de voter aux élections de l'entreprise utilisatrice. Compte-tenu des possibles recours contentieux, il est important que ce choix soit clairement acté par le salarié et son employeur.

A défaut d'informations communiquées sur ce point par l'entreprise prestataire, il appartient au salarié mis à disposition, s'il le souhaite, de faire connaître son choix à l'entreprise utilisatrice, dans les délais impartis, compatibles avec la publication des listes électorales.

Sur la base des données fournies par le prestataire, l'entreprise utilisatrice fixe le décompte des effectifs et la liste électorale ” [5](#).

Amenée à se prononcer sur la charge de la preuve, s'agissant d'établir l'effectif d'une entreprise, la Cour de cassation est allée plus loin que la circulaire. “ L'employeur est tenu, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale ” [6](#).

Surtout, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 26 mai 2010, “ 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 ” [7](#).

Selon le commentaire de cet arrêt au Rapport annuel de la Cour, “ S'agissant de l'organisation des élections, conformément à la règle déjà affirmée par deux arrêts du 13 novembre 2008 et du 13 mai 2009 (Soc., 13 novembre 2008, Bull. 2008, V, n° 219, pourvoi n° 07-60.434 et Soc., 13 mai 2009, Bull. 2008, V, n° 130, pourvoi n° 08-60.530), il appartient à l'employeur, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats les informations nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité de la liste électorale. Il a donc la charge de la preuve . Il en résulte qu'il ne peut pas se borner à fournir aux organisations syndicales les réponses apportées par les entreprises extérieures, sur lesquelles les organisations syndicales n'ont aucun moyen de contrôle, ni exclure les salariés pour lesquels aucune réponse ne lui aurait été apportée . Il appartient à l'entreprise utilisatrice de fournir aux syndicats les informations qu'elle peut avoir en propre. En tout état de cause, comme l'arrêt le précise, elle peut demander judiciairement les informations nécessaires (ce qui peut se faire par une demande en référé au juge d'instance, juge de l'élection). ”

Néanmoins, l'employeur ne peut être tenu d'une obligation de résultat et le recours en justice reste une faculté. Dans un arrêt du 31 mai 2017, la Cour de cassation censure

un jugement qui avait retenu la défaillance de l'employeur dans son obligation de justifier de l'effectif à prendre en compte dans le cadre des élections des institutions représentatives du personnel alors même que l'employeur avait démontré qu'il avait mis en place des moyens humains supplémentaires pour collationner les documents prescrits et permettre leur examen par le syndicat. La Cour de cassation définit l'office du juge: “ *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'état de ces constatations dont il résultait que l'employeur avait loyalement satisfait à son obligation de fournir aux organisations syndicales les informations nécessaires au contrôle de l'effectif des salariés, il était de l'office du juge de*

fixer cet effectif en fonction des éléments produits ou d'ordonner la production de nouvelles pièces ou une mesure d'instruction, le tribunal a violé les textes susvisés ” [8](#).

3. Une possible négociation portant sur les méthodes de décompte de l'effectif?

3.1. Selon les 3^{ème} et 4^{ème} branches du premier moyen, l'article L. 1111-2 du code du travail est d'ordre public au sens de l'article L. 2251-1 du code du travail. Il ne peut y être dérogé par convention collective et un accord ne peut en préciser les modalités d'application (3^{ème} et 4^{ème} branches).

Les deux premières branches soutiennent qu'un accord collectif ne peut permettre à une entreprise utilisatrice de se borner à interroger les entreprises extérieures sur les salariés qu'elles mettent à sa disposition pour qu'ils puissent être pris en compte dans ses effectifs et être électeurs aux conditions légales.

3.2. Ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 23 décembre 2010, l'article L. 1111-2 du code du travail et l'article L. 2314-23 du code du travail sont d'ordre public. Il en résulte que doivent être effectivement comptabilisés dans les effectifs et doivent pouvoir figurer sur les listes électorales tous les travailleurs mis à disposition s'ils répondent aux conditions de ces articles.

Responsable de l'organisation des élections, c'est à l'employeur qu'il revient de collecter les informations nécessaires et de les communiquer aux organisations syndicales en cas de contestation. Il n'en demeure pas moins qu'une difficulté particulière surgit concernant les travailleurs mis à disposition puisque l'information est détenue par un ou plusieurs tiers, qui ne sont pas nécessairement domiciliés en France.

La clause contestée ne concerne a priori que l'effectif à prendre en compte pour les élections puisqu'elle prévoit que pour " *l'éligibilité ou la qualité d'électeur, les salariés "mis à disposition" seront pris en compte conformément aux réponses des entreprises* ". Elle précise également que l'effectif à prendre en compte pour chaque élection est précisée dans le protocole d'accord préélectoral précédant chaque élection. Son objet est donc circonscrit à l'appréciation de l'effectif dans le cadre des élections professionnelles .

Dans la mesure où il est admis qu'un accord collectif peut mettre en place un CSE en deçà de l'effectif requis par la loi ou prévoir des sièges supplémentaires au sein du CSE, il est logique d'admettre qu'un accord collectif puisse estimer largement le nombre de salariés mis à disposition afin de déterminer l'effectif de l'entreprise. Cette majoration de l'effectif paraît, en effet, plus favorable puisqu'elle peut conduire par l'effet de seuil à ce que davantage de représentants du personnel soient présents dans l'entreprise.

Dans ce contexte, un accord peut avoir pour objet de déterminer les modalités pratiques de décompte des effectifs, à la condition que les règles conventionnellement définies ne conduisent pas à une minoration de l'effectif réel des travailleurs mis à disposition , ce qu'il revient aux juges du fond d'apprécier. En cas de contestation, la charge de la preuve n'est pas remise en cause par l'existence d'un accord collectif et c'est à l'employeur de démontrer que ces règles de décompte ne conduisent pas à une sous-estimation du nombre de salariés mis à disposition.

La cour d'appel a jugé : “ *Il convient de constater, comme l'a justement effectué le premier juge, que l'article 2.1.2.a. de l'accord n'est pas exclusif du souhait du syndicat dès lors qu'il prévoit d'abord l'interrogation de toutes les entreprises sous traitantes. Le principe fixé*

dans l'accord du 9 avril 2019 repose donc sur la prise en compte du nombre réel de salariés intervenant sur le site .

Néanmoins, cet accord prévoit également la possibilité que toutes les entreprises sous-traitantes ne répondent pas à la demande, laquelle ne peut être ignorée par l'employeur qui a l'obligation d'assurer la régularité des opérations électorales.

Dans ce contexte, c'est à juste titre qu'il a été mis en place un système prenant en compte la défaillance de ces entreprises utilisatrices à répondre .

A cet égard, l'article 2.1.2.a de l'accord retient deux paliers : une réponse de 75% des entreprises et la prise en compte de 10% des badges actifs en cas de non-réponse.

Il résulte des pièces communiquées qu'en 2017, lors des précédentes élections, seules 65 des entreprises sous-traitantes avaient répondu aux demandes d'informations adressées par la société.

Dès lors, à défaut de réponse complète d'au moins 75 % des entreprises sous-traitantes, et dans la mesure où il a déjà été constaté que les salariés mis à disposition, présents dans les locaux de la SA Chantiers de l'Atlantique et y travaillant depuis au moins un an représentent environ 10 % du nombre de badge actifs, les organisations syndicales et la société ont convenu de pouvoir retenir un nombre de salariés mis à disposition par les entreprises extérieures, dont il doit être tenu compte pour le calcul des effectifs, égal à 10 % du nombre moyen de badges actifs sur la période de 12 mois précédant la date de signature du protocole d'accord préélectoral.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le syndicat CGT, les flux journaliers de personnel ne permettent aucunement à la SA Chantiers de l'Atlantique de déterminer les salariés mis à disposition qui rempliraient nominativement la condition pour être comptabilisés dans les effectifs, dès lors que la SA Chantiers de l'Atlantique ne conserve pas d'informations nominatives sur l'utilisation des badges actifs au-delà d'un mois.

De même, les informations figurant dans la base de données économiques, sociales et environnementales mise à la disposition du CSE ne permettent pas davantage de déterminer le nombre de salariés mis à disposition devant être pris en compte dans le calcul des effectifs à défaut d'indication dans celle-ci de l'ancienneté du salarié.

Enfin, les dispositions relatives aux travailleurs détachés ne sont pas applicables s'agissant en l'occurrence de mise à disposition par les entreprises sous-traitantes .

Il sera rappelé que la loi ne fixe aucune règle relative aux modalités pratiques de décompte des effectifs des entreprises sous-traitantes et rien n'interdit d'en prévoir par accord collectif.

De plus, aucune disposition n'interdit que les employeurs et les organisations syndicales organisent les modalités pratiques de décompte des effectifs de la société, d'autant plus que dorénavant le droit électoral s'inscrit dans l'importance de la négociation d'entreprise, par l'ordonnance du 22 septembre 2017, pour la mise en place du CSE ”.

Le tribunal judiciaire dont les motifs peuvent être considérés comme adoptés a lui retenu: " la réalité depuis des années tend à prouver que le chiffre 75% est peu envisageable, le palier important étant alors celui des 10%. A cet égard, il importe de comparer, lors des élections de 2019, le chiffre de 658 salariés déclarés par les entreprises sous-traitantes et

le chiffre de 1512 salariés retenus selon la règle des 10%, soit un chiffre bien plus élevé que celui qu'aurait donné une application aveugle de la loi".

La cour d'appel a ainsi fait ressortir, par motifs propres et adoptés, que la méthode utilisée pour décompter les effectifs permettait d'estimer largement le nombre de travailleurs à mis à disposition. Certes, on peut s'interroger sur la légalité de la clause 2.1.2.b de l'accord, selon laquelle en cas de réponse d'au moins 75% des entreprises interrogées dans le délai de trois semaines, le nombre de salariés mis à dispositions pris en compte dans les effectifs sera celui résultant des réponses des entreprises. Dans cette hypothèse, il y aura alors nécessairement une sous-estimation du nombre de salariés mis à disposition, dans la mesure où les salariés mis à disposition des 25% des entreprises prestataires intervenant sur le site, seront exclus du décompte et ce alors même que l'employeur se sera contenté d'interroger les entreprises prestataires. Néanmoins, ce point n'est pas soulevé par le pourvoi et ce seuil de 75% semble avoir été choisi de manière volontairement élevé pour ne pas être mis à oeuvre, ce que la cour d'appel, a constaté.

Pour ces raisons, je conclus au rejet des 3^{ème} et 4^{ème} branches

3.3. Le pourvoi soutient également que l'accord doit être annulé car il autorise l'employeur à se borner à interroger les entreprises extérieures, sans avoir à effectuer aucune autre diligence vis-à-vis des entreprises qui n'ont pas répondu. Or, il ressort de la jurisprudence de la chambre sociale que l'employeur ne peut se contenter de ces seules informations, lorsqu'elles s'avèrent insuffisantes.

Dès lors qu'il a été admis qu'un accord collectif a mis en place une méthode d'estimation des effectifs pertinente, ce qu'il revient au juge du fond d'apprécier, cette méthode ne peut reposer sur la seule réponse des entreprises sous-traitantes. La cour d'appel a, par ailleurs, fait ressortir que l'employeur, par la négociation d'une méthode reposant sur le nombre de badges fournis aux entreprises sous-traitantes, ne s'est pas contenté d'interroger les entreprises sous-traitantes pour parvenir à une estimation de l'effectif des travailleurs mis à disposition. Je conclus donc au rejet des 1^{er} et 2^{ème} branches.

Je rejoins l'analyse faite par Mme la conseillère rapporteure sur les autres branches et moyens et je conclus au rejet du pourvoi.

AVIS DE REJET .

En cas de publication de l'arrêt à rendre, intérêt de la publication de l'avis :

☒ Oui ☐ Non

¹ Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

² Jusqu'à la fusion des anciennes instances de représentation du personnel par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 qui crée le comité social et économique, les salariés mis à disposition pouvaient être éligibles aux fonctions de délégués du personnel, la condition de présence étant alors de 24 mois en continu (ancien article L. 2314-18-1 du code du travail).

³ Articles L. 1111-2, L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1. Ces deux derniers articles aujourd'hui abrogés définissaient les conditions pour être électeurs des salariés mis à dispositions, voir aujourd'hui article L.2314-23

⁴ Conseil d'Etat, 23 décembre 2010, n°332493, Lebon, Conclusions du rapporteur public, Claire Landais.

⁵ Annexe: Fiche pratique mise à disposition, p. 28.

⁶ Soc., 13 mai 2009, [pourvoi n° 08-60.530](#) , Bull. 2009, V, n° 130.

⁷ Soc., 26 mai 2010, [pourvoi n° 09-60.400](#) , Bull. 2010, V, n° 114 .

⁸ Soc., 31 mai 2017, [pourvoi n° 16-16.492](#) , Bull. 2017, V, n° 95.