



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre.

Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général.

Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas disponibles sur Judilibre.

N° E2419006	25 juin 2025		
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	
rapporteur : Audrey Arsac	RAPPORT

TABLEAU SYNOPTIQUE DU RAPPORTEUR	
Identification du ou des points de droit à juger	<i>Les dispositions d'un accord collectif fixant des modalités estimatives de détermination de l'effectif des salariés mis à disposition en cas d'absence de réponse des entreprises extérieures sont-elles valides ?</i>
Appréciation de la question posée	☒ question complexe

	☐ question nouvelle importante ☐ question transversale à plusieurs chambres ☐ question sérielle
Proposition de rejet non spécialement motivé (art. 1014 CPC)	Premier moyen en ce qu'il fait grief à l'arrêt de débouter le syndicat de ses demandes tendant à voir dire que la société est tenue d'une obligation de résultat en ce qui concerne la détermination des effectifs en vue de la mise en place du CSE, à voir dire que doivent être compris dans cet effectif tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions de l'article L. 1111-2 du code du travail, à voir dire que seront électeurs tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions des articles L. 2314-18 et L. 2324-17-1 du code du travail qui feront le choix de voter au sein de l'entreprise utilisatrice, débouter le syndicat de ses demandes tendant à voir ordonner à la société de communiquer aux organisations syndicales négociatrices la liste de tous les travailleurs mis à disposition répondant aux critères de l'article L. 1111-2 du code du travail comportant leurs nom et prénom, qualification, collège électoral, lieu d'affectation, société employeur, à voir ordonner la mise à disposition par la société de tous les documents et éléments nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité des listes électorales, en particulier les plans de prévention et sécurité, à voir dire que la société devra justifier des modalités d'information des travailleurs mis à disposition répondant aux conditions légales de présence, de leur possibilité d'exercer un droit de vote aux élections professionnelles de la société s'ils en expriment le choix, à voir dire que les obligations ci-dessus mises à la charge de la société devront être exécutées dans un délai maximum d'un mois à compter de la notification du jugement et que passé ce délai, elles seront assorties d'une astreinte de 150 euros par jour de retard Premier moyen, pris en ses 5^{ème}, 6^{ème} et 8^{ème} branches Second moyen
Formation proposée (lorsque l'affaire n'est pas déjà audenciée)	☐ formation restreinte ☐ formation de section ☒ option possible : formation restreinte ou de section
En cas de publication de l'arrêt à rendre, intérêt de la diffusion du rapport sur Judilibre	☐ Oui ☒ Non
Nombre de projets d'arrêt préparés	☐ un projet d'arrêt le cas échéant : ☐ avec variantes ☒ plusieurs projets d'arrêt : 2

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 9 avril 2019, la société Chantiers de l'Atlantique (la société) a conclu avec les syndicats CFDT, CFE-CGC et FO un accord relatif à la mise en place du comité social et économique (CSE).

Par requête du 25 avril 2019, le syndicat CGT Navale Ouvriers de [Localité 1] (le syndicat) a saisi le tribunal d'instance aux fins, pour l'essentiel, d'annulation de plusieurs dispositions de cet accord collectif.

Par jugement du 25 juin 2019, le tribunal d'instance a relevé son incompétence au profit du tribunal de grande instance.

Par jugement du 3 mars 2022, le tribunal judiciaire de Saint-Nazaire a débouté le syndicat de ses demandes et dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 15 mai 2024, la cour d'appel de Rennes a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

C'est la décision attaquée par un **pourvoi du syndicat CGT Navale Ouvriers de [Localité 1] formé le 14 août 2024.**

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvoi	N° E2419006 Du 14 août 2024
Mémoire ampliatif	Déposé le 13 décembre 2024 (article 700 CPC : 3500 euros). ☒ Signification à une partie non constituée : Le syndicat CFTC Chantiers de l'Atlantique Métallurgie n'a pas constitué avocat ; le mémoire ampliatif lui a été signifié le 2 janvier 2025, par remise à domicile. Le syndicat CFDT Métallurgie Loire-Atlantique n'a pas constitué avocat ; le MA lui a été signifié le 6 janvier 2025, par remise à personne morale. Le syndicat CFE-CGC n'a pas constitué avocat. Le MA lui a été signifié le 30 décembre 2024, par dépôt à étude. Le syndicat FO des Métaux Force Ouvrière de [Localité 1] n'a pas constitué avocat. Le MA lui a été signifié le 6 janvier 2025, par remise à personne morale.
Mémoires en défense et pourvois incidents	- Mémoire en défense de la société Chantiers de l'Atlantique : déposé le 13 février 2025 (article 700 CPC : 3000 euros). Mémoire complémentaire déposé le 9 avril 2025. - les autres défendeurs au pourvoi ne se sont pas constitués

L'Union locale CGT de [Localité 1] (l'union locale), l'Union départementale CGT de Loire-Atlantique (l'union départementale), la Fédération des Travailleurs de la Métallurgie CGT (la fédération) et la Confédération générale du travail (la confédération) sont intervenues volontairement à la procédure et se sont associées aux moyens de cassations soulevés par le syndicat CGT Navale Ouvriers de [Localité 1]

La procédure semble régulière et l'affaire en état d'être jugée.

2 - Exposé des moyens

2.1 - PREMIER MOYEN

Le syndicat, l'union locale, l'union départementale, la fédération et la confédération font grief à l'arrêt de débouter le syndicat de ses demandes tendant à voir prononcer la nullité de l'article 2.1.2 a) de l'accord collectif d'entreprise du 9 avril 2019 et en conséquence, de le débouter de ses demandes tendant à voir dire que la société est tenue d'une obligation de résultat en ce qui concerne la détermination des effectifs en vue de la mise en place du CSE, à voir dire que doivent être compris dans cet effectif tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions de l'article L. 1111-2 du code du travail, à voir dire que seront électeurs tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions des articles L. 2314-18 et L. 2324-17-1 du code du travail qui feront le choix de voter au sein de l'entreprise utilisatrice, à voir ordonner à la société de communiquer aux organisations syndicales négociatrices la liste de tous les travailleurs mis à disposition répondant aux critères de l'article L. 1111-2 du code du travail comportant leurs nom et prénom, qualification, collège électoral, lieu d'affectation, société employeur, à voir ordonner la mise à disposition par la société de tous les documents et éléments nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité des listes électorales, en particulier les plans de prévention et sécurité, à voir dire que la société devra justifier des modalités d'information des travailleurs mis à disposition répondant aux conditions légales de présence, de leur possibilité d'exercer un droit de vote aux élections professionnelles de la société s'ils en expriment le choix, à voir dire que les obligations ci-dessus mises à la charge de la société devront être exécutées dans un délai maximum d'un mois à compter de la notification du jugement et que passé ce délai, elles seront assorties d'une astreinte de 150 euros par jour de retard, alors :

*1 °/ les salariés mis à la disposition d'une entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ; 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 ; qu'en l'espèce, l'article 2.1.2a. de l'accord collectif du 9 avril 2019 sur la mise en place du CSE dispose que «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 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 des 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 des entreprises. » ; **qu'en déboutant le syndicat exposant de sa demande de nullité de cet article 2.1.2.a) de l'accord collectif du 9 avril 2019, alors qu'il permettait à l'employeur de se borner à interroger les entreprises extérieures, sans avoir à effectuer aucune autre diligence vis-à-vis des entreprises qui n'avaient pas répondu, la cour d'appel a violé les articles L. 1111-2 et L. 2314-23 du code du travail, ensemble l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 ;***

2 °/ que les salariés mis à la disposition d'une entreprise par une entreprise

extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ; 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 dispositions, 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 ; qu'en l'espèce, l'article 2.1.2 a) de l'accord collectif du 9 avril 2019 relatif à l'effectif à prendre en compte prévoit que la direction de l'entreprise interroge par mail, avant chaque élection professionnelle, les entreprises sous-traitantes sur leurs effectifs répondant aux critères relatifs au calcul des effectifs, qu'en cas de réponse d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte dans les effectifs sera celui résultant des réponses des entreprises et qu'à défaut de réponse complète d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte correspondra à 10% du nombre moyen de badges actifs sur la période de 12 mois précédant la date de signature du protocole d'accord préélectoral ; **qu'en retenant, pour se déterminer comme elle l'a fait, qu'il ne peut être légalement fait appel à la contrainte à l'encontre des entreprises sous-traitantes, qu'il est donc exclu de retenir une obligation de résultat à la charge de l'employeur, qu'il reste donc à mettre en place un système prenant en compte cette défaillance de ces entreprises, la SA Chantiers ne conservant pas d'informations nominatives sur l'utilisation des badges actifs au-delà d'un mois la cour d'appel a derechef violé les dispositions des articles L. 1111-2 et L. 2314-23 du code du travail, ensemble l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 ;**

3°/ que l'article L.1111-2 code du travail dispose que « Pour la mise en œuvre des dispositions du présent code, les effectifs de l'entreprise sont calculés conformément aux dispositions suivantes : (...) les salariés mis à 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 pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des mois précédents » ; que cette disposition étant d'ordre public au sens de l'article L.2251-1 du code du travail, donc **d'ordre public « absolu »**, elle ne peut faire l'objet de dérogation par une convention collective, y compris dans un sens prétendument plus favorable ; qu'en l'espèce en affirmant que les dispositions de l'article 2.1.2 a) de l'accord collectif du 9 avril 2019, en ce qu'elles prévoient, à titre subsidiaire, une proposition de modalités concrètes de décompte des effectifs, ne sont contraires à aucune disposition légale, réglementaire ou conventionnelle et par motifs supposés adoptés, que le mode de décompte prévu par l'article 2.1.2a de l'accord collectif du 9 avril 2019 aboutissait, au terme d'une comparaison, à retenir prétendument un chiffre bien plus élevé (de salariés mis à disposition) que celui de la loi, **quand il résultait pourtant de ses constatations que sous couvert de modalités pratiques de décompte des effectifs, l'article 2.1.2a prévoyait un décompte forfaitaire et non au réel des salariés mis à disposition et, ce faisant, dérogeait à l'article L.1111-2 du code du travail, la cour d'appel a derechef violé l'article L.1111-2 du code du travail, ensemble l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 qu'il met en œuvre, et l'article L.2251-1 du même Code ;**

4°/ que , s'il est loisible au législateur, sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution qui range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte, il lui appartient de définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ; **qu'aucune disposition légale ne permet de négocier sur les règles de l'article L.1111-2 relatives à la prise en compte dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures ; qu'en affirmant qu'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 des CSE, la cour d'appel, qui a statué par des**

motifs erronés, a violé l'article L.1111-2 du code du travail et l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 ;

5°/ que, au cas présent, au soutien de ses demandes tendant notamment à voir constater la nullité de l'article 2.1.2 a) de l'accord du 9 avril 2019, le syndicat CGT Navale Ouvriers de [Localité 1] faisait valoir que l'employeur avait les moyens techniques de chiffrer précisément le nombre de badges actifs sur un mois et donc, a fortiori, sur une année et que la circonstance que ces données ne seraient pas conservées au-delà d'un mois n'est ni démontrée ni même un obstacle à l'établissement d'un chiffrage précis du nombre de salariés détachés sur une année ; qu'en se bornant à affirmer, au prix d'une reproduction des écritures de la Société, que celle-ci ne conserve pas d'informations nominatives sur l'utilisation des badges actifs au-delà d'un mois, sans préciser sur quels éléments elle se fondait ni expliquer en quoi cette prétendue absence de conservation des données au-delà d'un mois empêcherait le décompte des salariés, la cour d'appel, qui n'a pas motivé sa décision, a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

6°/ que les salariés mis à la disposition d'une entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ; 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 dispositions, 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 ; qu'en l'espèce, l'article 2.1.2 a) de l'accord collectif du 9 avril 2019 relatif à l'effectif à prendre en compte prévoit que la direction de l'entreprise interroge par mail, avant chaque élection professionnelle, les entreprises sous-traitantes sur leurs effectifs répondant aux critères relatifs au calcul des effectifs, qu'en cas de réponse d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte dans les effectifs sera celui résultant des réponses des entreprises et qu'à défaut de réponse complète d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte correspondra à 10% du nombre moyen de badges actifs sur la période de 12 mois précédant la date de signature du protocole d'accord préélectoral ; que **pour refuser de constater la nullité de ces stipulations, la cour d'appel a relevé que le premier pallier prévu permettait de couvrir a minima ¾ des entreprises ce qui, selon lui obvierait au reproche du syndicat exposant qui craint la non-prise en compte des plus grosses entreprises alors que ce chiffre de 75% couvre la grande majorité des entreprises ; qu'en statuant par ces motifs erronés** , la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1111-2 et L. 2314-23 du code du travail, ensemble l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 ;

7°/ que les salariés mis à la disposition d'une entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ; 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 dispositions, 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 ; qu'en l'espèce, l'article 2.1.2 a) de l'accord collectif du 9 avril 2019 relatif à l'effectif à prendre en compte prévoit que la direction de l'entreprise interroge par mail, avant chaque élection professionnelle, les entreprises sous-traitantes sur leurs effectifs répondant aux critères relatifs au calcul des effectifs, qu'en cas de réponse d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte dans les effectifs sera celui résultant des réponses des entreprises et qu'à défaut de réponse complète d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte correspondra à 10% du nombre moyen de badges actifs sur la période de 12 mois précédant la date de signature du protocole d'accord préélectoral ; que pour refuser de constater la nullité de ces stipulations, la cour d'appel a retenu qu'en prenant pour référence les élections de 2019, l'application de « la règle des 10% » prévue par les stipulations

conventionnelles litigieuses avait conduit à décompter aux effectifs un nombre bien plus élevé que « celui qu'aurait donné une application aveugle de la loi » ; **qu'en statuant par de tels**

motifs quand, en application de la loi, la société employeur ne pouvait, ainsi qu'elle l'a fait, se borner à interroger les entreprises extérieures mais aurait dû fournir aux organisations syndicales les éléments dont elle disposait et dont elle aurait pu demander judiciairement la production par ces entreprises, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1111-2 et L. 2314-23 du code du travail, ensemble l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 ;

8°/ que les salariés mis à la disposition d'une entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ; 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 dispositions, 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 ; qu'en l'espèce, l'article 2.1.2 a) de l'accord collectif du 9 avril 2019 relatif à l'effectif à prendre en compte prévoit que la direction de l'entreprise interroge par mail, avant chaque élection professionnelle, les entreprises sous-traitantes sur leurs effectifs répondant aux critères relatifs au calcul des effectifs, qu'en cas de réponse d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte dans les effectifs sera celui résultant des réponses des entreprises et qu'à défaut de réponse complète d'au moins 75% des entreprises interrogées, le nombre de salariés mis à disposition pris en compte correspondra à 10% du nombre moyen de badges actifs sur la période de 12 mois précédant la date de signature du protocole d'accord préélectoral ; que **pour refuser de constater la nullité de ces stipulations, la cour d'appel a relevé que le syndicat exposant échouait à apporter la preuve d'un fait nouveau depuis les élections de 2017 lors desquelles un calcul identique avait été fait et retenu à l'unanimité ; qu'en statuant par ces motifs erronés, la cour d'appel a une nouvelle fois violé les dispositions des articles L. 1111-2 et L. 2314-23 du code du travail, ensemble l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.**

2.2 - SECOND MOYEN

Le syndicat, l'union locale, l'union départementale, la fédération et la confédération font grief à l'arrêt de débouter le syndicat de ses demandes tendant à voir prononcer la nullité de l'article 2.1.2 a) de l'accord collectif d'entreprise du 9 avril 2019 et en conséquence, de le débouter de ses demandes tendant à voir dire que la société est tenue d'une obligation de résultat en ce qui concerne la détermination des effectifs en vue de la mise en place du CSE, à voir dire que doivent être compris dans cet effectif tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions de l'article L. 1111-2 du code du travail, à voir dire que seront électeurs tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions des articles L. 2314-18 et L. 2324-17-1 du code du travail qui feront le choix de voter au sein de l'entreprise utilisatrice, à voir ordonner à la société de communiquer aux organisations syndicales négociatrices la liste de tous les travailleurs mis à disposition répondant aux critères de l'article L. 1111-2 du code du travail comportant leurs nom et prénom, qualification, collège électoral, lieu d'affectation, société employeur, à voir ordonner la mise à disposition par la société de tous les documents et éléments nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité des listes électorales, en particulier les plans de prévention et sécurité, à voir dire que la société devra justifier des modalités d'information des travailleurs mis à disposition répondant aux conditions légales de présence, de leur possibilité d'exercer un droit de vote aux élections professionnelles de la société s'ils en expriment le choix, à voir dire que les obligations ci-dessus mises à la charge de la société devront être exécutées dans un délai maximum d'un mois à compter de la notification du

jugement et que passé ce délai, elles seront assorties d'une astreinte de 150 euros par jour de retard, alors :

*1 °/ que si la **répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux** font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu selon les conditions de l'article L. 2314-6 du code du travail, la validité des stipulations de cet accord contraires à l'ordre public peuvent être contestées devant le juge judiciaire ; qu'en l'espèce, au soutien de sa demande tendant à voir constater la nullité de l'article 2.1.2 b) de l'accord collectif du 9 avril 2019 le syndicat CGT Navale Ouvriers de [Localité 1] faisait valoir que les stipulations de cet article créaient une rupture d'égalité entre les salariés et étaient, en cela, contraires à la loi et au principe constitutionnel de non-discrimination ; qu'en déboutant le syndicat exposant de ses demandes à ce titre aux motifs que ni le Code du travail, ni la jurisprudence ne fixe de règles quant à la façon dont les partenaires sociaux doivent répartir les personnels ou les sièges entre les collèges de sorte que ces derniers disposent d'une grande liberté et que la répartition du nombre total de salariés mis à disposition était issue de la négociation, sans qu'un abus ne soit démontré, **sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la répartition litigieuse n'était pas contraire à une principe d'ordre public et en particulier, au principe d'interdiction des discriminations, la cour d'appel a violé l'article L.2314-13 du code du travail ;***

2 °/ que la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu selon les conditions de l'article L. 2314-6 du code du travail ; qu'en retenant, pour écarter la nullité de l'article 2.1.2b de l'accord collectif du 9 avril 2019, que la SA Chantiers de l'Atlantique et les organisations syndicales, signataires du protocole d'accord préélectoral ont réparti, dans le cadre du protocole d'accord préélectoral conclu le 22 mai 2019, à l'occasion des élections du CSE, les sièges entre les différentes catégories de personnel et le personnel des différents collèges électoraux, la cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant, a derechef violé l'article L.2314-13 du code du travail.

3 - Proposition(s) de rejet non spécialement motivé

En application de l'article 1014 du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur certains griefs, qui sont irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation, pour les raisons suivantes :

PREMIER MOYEN, PRIS EN SA CINQUIEME BRANCHE

Le moyen n'est pas fondé .

Appréciant souverainement les éléments de fait produits, la cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentaire des parties, a estimé qu'il était établi que l'employeur ne conservait pas les informations nominatives sur l'utilisation des badges actifs au-delà d'un mois, étant observé qu'il s'agit là d'un élément de pur fait dont la preuve, négative, est impossible à rapporter pour l'employeur, dont il n'est par ailleurs pas soutenu qu'il ait l'obligation de conserver ces données.

PREMIER MOYEN, PRIS EN SA SIXIEME BRANCHE

Le moyen est inopérant .

En effet, le nombre de salariés mis à disposition par une entreprise prestataire n'est pas nécessairement proportionnel à sa « taille ». Par ailleurs, si la formation valide le mécanisme en son principe, le seuil de 75 % constitue un standard haut, de sorte que la

cour d'appel a fait ressortir, par motifs adoptés, qu'il permettait une représentation satisfaisante des entreprises prestataires.

PREMIER MOYEN, PRIS EN SA HUITIEME BRANCHE

Le **moyen est inopérant** , en ce qu'il critique un motif, réputé adopté, surabondant.

SECOND MOYEN, PRIS EN SA PREMIERE BRANCHE

Le moyen, qui reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la répartition litigieuse n'était pas contraire au principe, d'ordre public, de discrimination, est inopérant.

En effet, l'article L. 1132-1 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017, dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Dès lors, un traitement défavorable à raison de la qualité d'ouvrier ne repose pas sur un des motifs prohibés de l'article L. 1132-1 du code du travail et ne saurait constituer une discrimination.

SECOND MOYEN, PRIS EN SA SECONDE BRANCHE

Le **moyen est inopérant** .

En effet, l'arrêt a retenu que, dès lors que la répartition du « nombre total de salariés mis à disposition » était issue de la négociation entre les organisations syndicales et la société, c'est à tort que, à défaut de la démonstration d'un abus, le syndicat prétendait que cette répartition était arbitraire.

Le motif critiqué, tiré de la signature du protocole préélectoral du 22 mai 2019, est dès lors surabondant.

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Les dispositions d'un accord collectif fixant des modalités estimatives de fixation de l'effectif des salariés mis à disposition en cas d'absence de réponse des

entreprises extérieures sont-elles valides ?

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Le présent pourvoi s'inscrit dans la délicate question de la détermination de la communauté de travail, à propos de laquelle M. Sargos avait écrit, dans le Rapport annuel de la Cour de cassation de 2004 : « *Le contentieux de la représentation sociale [...] dans l'entreprise, qu'il s'agisse de la représentation directe du personnel par l'élection ou de sa représentation indirecte par la désignation syndicale, est sans doute l'un des plus emblématiques du droit du travail car il met en jeu l'exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de leur entreprise (al. 8 du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946). Ce contentieux, qui révèle souvent d'intenses conflits de pouvoir et de savoir dans l'entreprise, met en particulier en lumière la notion cardinale de communauté de travail qui doit s'exprimer à travers sa représentation sociale. Il importe donc que cette communauté de travail corresponde à une réalité allant au delà de constructions juridiques abstraites ou artificielles .* »

L'article L. 2.1.2 a), dont la légalité est contestée par le premier moyen du présent pourvoi, est en effet ainsi rédigé :

« 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 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 des 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 des entreprises. »

L'article 2.1.2. b) de l'accord, dont la légalité est contestée par le second moyen du pourvoi, est ainsi rédigé, en sa partie contestée :

« Pour l'éligibilité ou la qualité d'électeur, les salariés « mis à disposition » seront pris en compte conformément aux réponses des entreprises. »

La loi n° 2008-789 du 10 août 2008 a modifié les modalités de prise en compte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice.

L'article **L. 1111-2 du code du travail** dispose, depuis cette loi :

Pour la mise en oeuvre des dispositions du présent code, les effectifs de l'entreprise sont calculés conformément aux dispositions suivantes :

1° Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein et les travailleurs à domicile sont pris intégralement en compte dans l'effectif de l'entreprise ;

2° Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, **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**, ainsi que les salariés temporaires, **sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents**. Toutefois, les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée et les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé de maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation ;

3° Les salariés à temps partiel, quelle que soit la nature de leur contrat de travail, sont pris en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leurs contrats de travail par la durée légale ou la durée conventionnelle du travail.

Avant l'adoption de cette loi, notre chambre jugeait que, sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du code du travail, étaient à ce même titre, électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissaient les conditions prévues par les textes susvisés (Soc., 28 février 2007, pourvoi n° 06-60.171, Bull. 2007, V, n° 34).

Elle avait ensuite précisé les critères de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail : « *Attendu que sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des textes susvisés, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs ;* » (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-60.472, 07-60.465, 07-60.469, 07-60.470, 07-60.471, Bull. 2008, V, n° 218).

Le commentaire au Rapport annuel de ce dernier arrêt de 2008 indiquait :

« *Par trois arrêts relatifs à des litiges électoraux restant régis par les textes en vigueur antérieurement à la loi du 20 août 2008 et rendus sur avis conforme de l'avocat général, la Chambre sociale, poursuit la mise en oeuvre des principes posés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 décembre 2006 au visa du principe de participation (alinéa 8 du Préambule de la Constitution). Dans un arrêt Peugeot du 28 février 2007 (Soc., 28 février 2008, Bull. 2007, V, n 34, pourvoi n° 06-60.171) et un arrêt Hispano Suiza du 1er avril 2008 (Soc., 1er avril 2008, Bull. 2008, V, n 77, pourvoi n° 07-60.287), la chambre sociale a retenu que les salariés des entreprises extérieures mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue et comptabilisés à ce titre dans les effectifs au sens de l'article L. 1111-2 du code du travail (ancien article L. 620-10) sont à ce même titre nécessairement électeurs pour la mise en place comité d'entreprise et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissent les conditions légales des articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du code du travail (anciens L. 423-7 et L. 433-4).*

Dans un attendu de principe commun aux trois arrêts, la chambre sociale précise les critères de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail en énonçant que « sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des articles L. 423-7, L. 433-4 et L. 620-1, devenus les articles L. 2314-15, L. 2324-14 et L. 1111-2 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des

conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs
».

Ces principes ont été maintenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, dès lors que les critères dégagés par la chambre n'ajoutaient pas une condition supplémentaire aux conditions de lieu et de durée mais en explicitaient l'effet utile au regard du principe de participation.

Soc., 23 septembre 2015, pourvoi n° 14-26.262, Bull. 2015, V, n° 178

*« Mais attendu d'abord que **sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail les travailleurs mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents, fût-ce à temps partiel, dans les locaux de l'entreprise utilisatrice depuis au moins un an, partageant ainsi des conditions de travail en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs** ;*

Et attendu que le tribunal ayant constaté que les salariés des entreprises extérieures concernées ne se rendaient que de façon ponctuelle sur le site de cette société, a légalement justifié sa décision ;

Attendu ensuite que le tribunal a retenu à bon droit qu'en application de l'article L. 1111-2 du code du travail, seuls les salariés mis à 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 lors de la détermination des effectifs de l'entreprise doivent être pris en compte dans le calcul des effectifs en vue des élections professionnelles »

C'est le principe de participation du salarié à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, posé par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui a conduit la Cour de cassation à recourir à la notion d'« *intégration étroite et permanente à la communauté de travail* ». Ce faisant, elle a aligné sa position sur celle du Conseil constitutionnel.

Dans sa décision du 28 décembre 2006 (Déc. no 2006-545, DC, 28 déc. 2006, JO 31 déc.), pour déclarer les dispositions de l'article 54 de la « loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social » contraires à la Constitution, le Conseil constitutionnel a en effet 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.

Etant ainsi définis les critères de prise en compte des salariés mis à disposition pour le calcul de l'effectif, la question se pose de la charge de cette preuve.

Dans une affaire portant sur des élections professionnelles antérieures à la loi du 20 août 2008, notre chambre avait jugé :

Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60.530, Bull. 2009, V, n° 130

« Mais attendu que 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 ;

Qu'il s'ensuit, qu'abstraction faite de la simple impropriété rédactionnelle dénoncée par la 1^{re} branche du moyen demeurée sans incidence sur la solution, le tribunal d'instance, qui a constaté que l'employeur n'avait pas fourni aux organisations syndicales appelées à la négociation l'ensemble des informations utiles à la détermination de l'effectif et des listes électorales a décidé à bon droit l'annulation du document du 30 avril 2008 par lequel l'employeur avait fixé unilatéralement les modalités de l'élection et enjoint aux parties de négocier un protocole d'accord préélectoral ; »

Il appartient ainsi à l'employeur d'apporter la preuve de l'effectif mis à disposition.

Notre chambre est allée plus loin, en précisant que l'employeur ne peut se borner à interroger les entreprises extérieures mais doit fournir aux organisations syndicales les éléments dont il dispose ou dont il peut demander judiciairement la production par ces entreprises.

Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.400, Bull. 2010, V, n° 114

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

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

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

Cet arrêt a fait l'objet du commentaire suivant :

« N'est-il pas surprenant, de prime abord, de mettre à la charge de l'employeur l'exercice d'une action judiciaire ? En vertu de la règle de l'art. 1315 C. civ., on aurait pu décider, au contraire, de laisser l'action en justice entre les mains du syndicat. Surtout, l'entreprise utilisatrice qui organise ses élections peut n'être pour rien dans la rétention d'informations par les entreprises extérieures. Dans l'arrêt du 26 mai 2010, c'est d'ailleurs ce qui s'était passé, l'employeur nominal ayant fait l'économie d'une communication des noms des intéressés en raison de leur vote qu'il pensait

acquis. On est donc étonné, a priori, que la Cour de cassation ait laissé à l'entreprise utilisatrice le fardeau de cette action en justice.

Mais le particularisme des élections professionnelles explique cette solution. La Cour de cassation prend soin de rappeler préalablement que l'employeur est responsable de l'organisation des élections. Elles ne sont pas seulement sanctionnées par la nullité en cas de manquement de l'employeur - par exemple lorsqu'il viole son obligation de neutralité. Elles peuvent aussi être annulées à la suite de défaillances - tel un retard massif dans l'envoi postal du matériel de vote aux salariés - sur lesquelles l'employeur n'avait pas pris. Il a donc intérêt, si les entreprises extérieures manquent à leur obligation de communication, à agir en justice pour réclamer les éléments qui lui font défaut.

La solution retenue s'explique aussi au regard du dispositif judiciaire de contrôle de la régularité des élections, de la liberté et de la sincérité du scrutin prévu aux art. L. 2314-14 et L. 2324-9 C. trav. On sait qu'un tel dispositif peut être mis en place par le juge judiciaire lorsqu'il est saisi préalablement aux élections, les frais entraînés par ces mesures étant à la charge de l'employeur. En décidant que le chef d'entreprise doit fournir aux syndicats les éléments « dont il peut demander judiciairement la production » par les entreprises extérieures, la Cour de cassation ne fait que se conformer à la logique qui gouverne les règles des art. L. 2314-14 et L. 2324-9 C. trav.

On fera aussi remarquer que la Cour de cassation a présenté cette perspective judiciaire comme une faculté, non pas comme une obligation. Nul ne peut être tenu d'agir en justice. Mais la présentation de cette action en terme de possibilité ne peut faire illusion. Parce que l'employeur est responsable de l'organisation du scrutin, son inaction ne pourra rester sans incidence sur le résultat des élections. Il risque d'être condamné, à la suite de l'annulation des élections, à les recommencer. Il lui est donc préférable d'agir en justice pour réclamer aux employeurs nominaux les éléments d'information manquants, notamment ceux qu'ils ont recueillis à la suite d'une interrogation des votants . » ¹

Le mémoire ampliatif se fonde sur cette jurisprudence pour soutenir que l'employeur ne peut se borner à interroger l'entreprise.

Le mémoire en défense soutient que, dans l'espèce du 26 mai 2010, l'employeur n'avait pris aucune autre mesure, suite à l'absence de réponse de la société extérieure, pour prendre en compte les salariés mis à sa disposition. Il relève que, par ailleurs, la Cour de cassation n'impose pas à l'employeur de saisir le juge afin qu'il ordonne de produire les informations nécessaires et soutient qu'une telle exigence serait inconstitutionnelle, outre qu'elle poserait des difficultés matérielles considérables.

Il n'est pas inintéressant de citer un arrêt de notre chambre, précisant l'office du juge lorsqu'il est saisi d'une demande de fixation de l'effectif, dans une situation où l'employeur n'est pas parvenu à le faire lui-même avec suffisamment de précision.

Soc., 31 mai 2017, pourvoi n° 16-16.492, Bull. 2017, V, n° 95

« Vu l'article 12 du code de procédure civile et les articles R. 2314-1 et R. 2324-1 du code du travail ;

Attendu que pour dire que l'effectif à prendre en considération est supérieur à cinq cents salariés et supprimer l'astreinte provisoire, le jugement retient que la société Kem One démontre qu'elle a mis en place des moyens humains supplémentaires pour collationner les documents prescrits et permettre leur examen par le syndicat mais que face à l'incertitude qui subsiste, la société est défaillante dans son obligation de justifier de l'effectif à prendre en compte dans le cadre des élections des institutions représentatives du personnel et qu'il sera en conséquence jugé que l'effectif est supérieur à cinq cents salariés ;

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 »

Il semble résulter de cet arrêt que l'employeur, même s'il n'est pas parvenu à fixer l'effectif avec certitude, peut avoir loyalement satisfait à son obligation de fournir aux organisations syndicales les informations nécessaires au contrôle de l'effectif des salariés s'il a mis en place les moyens humains nécessaires pour le faire.

Le mémoire en défense soutient qu'il est ainsi admis que l'effectif soit déterminé « en fonction des éléments produits », sans que ne soit exigée de demande judiciaire de production des documents. Il fait valoir qu'en l'espèce, c'est le système qui a été retenu puisque, à titre principal, la disposition litigieuse impose d'interroger les sous-traitants et que ce n'est qu'à défaut de réponse qu'est prévu un système d'évaluation alternatif, destiné à pallier l'impossibilité pratique pour l'employeur de recueillir les données personnelles des salariés mis à disposition et à évaluer leur nombre au plus juste, en fonction de données disponibles et non contestables.

Le mémoire ampliatif souligne, au contraire, le caractère forfaitaire et arbitraire de la modalité alternative de fixation de l'effectif des salariés mis à disposition et lui reproche de déroger au principe de la prise en compte, au réel, des salariés mis à disposition.

Le mémoire ampliatif soutient à cet égard que les dispositions de l'article L. 1111-2 du code du travail seraient **d'ordre public, au sens de l'article L. 2251-1 du code du travail**.

On rappellera que cet article dispose :

Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.

Ainsi, si l'on considère que les dispositions de l'article L. 1111-2 du code du travail sont d'ordre public, il n'est pas possible d'y déroger, y compris par des dispositions plus favorables.

Le mémoire ampliatif, pour soutenir le caractère d'ordre public du texte, se réfère à l'arrêt suivant du Conseil d'Etat :

Conseil d'État, 23 décembre 2010, n° 332493, Lebon

« Considérant qu'il ressort clairement de ces stipulations qu'elles excluent, même lorsque les conditions mentionnées au 2ème alinéa de l'article L. 1111-2 du Code du travail sont 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, prévue par les articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du même code, d'exercer son droit de vote et de candidature dans l'entreprise d'accueil ; qu'elles méconnaissent ainsi clairement ces dispositions d'ordre public telles qu'interprétées par le juge judiciaire ; que, par suite, c'est à bon droit que le ministre chargé du Travail a refusé pour ce motif l'extension de cet avenant ; »

Il cite également les auteurs d'un ouvrage², ainsi rédigé : « Ces différentes précisions ne règlent pas l'ensemble des difficultés relatives à la prise en compte dans l'effectif des salariés mis

à disposition. Au titre des certitudes, on peut relever que la durée de présence d'au moins un an ne s'entend pas d'une ancienneté de service continue et que l'exigence d'intérêts communs ne constitue pas un critère supplémentaire. Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 1111-2 du code du travail relèvent de l'ordre public absolu et ne peuvent donc être modifiées par l'effet de stipulations conventionnelles ».

Le mémoire en défense soulève une objection : il soutient que c'est « seulement en ce que la prise en compte des salariés mis à disposition dans le corps électoral rend nécessaire leur prise en compte pour déterminer les seuils de mise en place des instances représentatives du personnel, le nombre des membres de ces instances et leurs attributions, que le Conseil constitutionnel a estimé contraire au principe de participation l'exclusion de tous les salariés mis à disposition du calcul des effectifs. Or, si les règles légales définissant le corps électoral d'une entreprise, en ce qu'elles se rattachent directement au principe de participation, relèvent de l'ordre public absolu, les règles légales qui définissent les seuils d'effectif pour la mise en place des instances représentatives du personnel, la détermination de leurs attributions ou du nombre de leurs membres ne relèvent pas de l'ordre public absolu . »

Il en déduit que, si les dispositions de l'article L. 2314-23 du code du travail ne se prêtent effectivement à aucun aménagement conventionnel, il n'est pas exclu qu'un accord collectif puisse, sans remettre en cause le principe de prise en compte des salariés mis à disposition présents dans les locaux de l'entreprise depuis au moins un an, aménager dans un sens plus favorable les conditions de mise en oeuvre de ces dispositions (et cite en exemple, pour la mise en place du CSE, la fixation du nombre de ses membres et la détermination de ses attributions).

Pour rappel, l'article **L. 2314-23** du code du travail est ainsi rédigé :

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 .

A la lecture de l'arrêt du Conseil d'Etat cité par le mémoire ampliatif, on peut se demander si les dispositions qui sont considérées comme d'ordre public sont celles de l'ancien article L. 2314-18-1 du code du travail (droit d'option des salariés mis à disposition), et/ ou celles de l'article L. 1111-2.

Il est exact que les articles L. 1111-2 et L.2314-23 répondent à des objectifs différents, et, à cet égard, notre chambre sépare les conditions de prise en compte des salariés mis à disposition au titre de l'article L. 111-2 et au titre de l'article L. 2314-23.

Soc., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-60.296, Bull. 2011, V, n° 27

« Mais attendu que selon l'article L. 1111-2 du code du travail qui détermine les salariés pris en compte dans l'effectif d'une entreprise pour toutes les dispositions de ce code qui se réfèrent à une condition d'effectif, les salariés d'une entreprise extérieure mis à disposition présents depuis plus de douze mois dans l'entreprise sont compris dans ce décompte ; qu'il en résulte que les salariés mis à disposition d'une entreprise qui remplissent cette condition doivent être pris en compte pour l'application de l'article L. 2312-2 du code du travail selon lequel la mise en place des délégués du personnel n'est obligatoire que si l'effectif de onze salariés et plus est atteint pendant douze mois consécutifs ou non au cours des trois années précédentes, peu important que certains d'entre eux

aient choisi, en application des dispositions prévues par l'article L. 2314-18-1 du code du travail d'être électeurs dans l'entreprise qui les emploie ; »

Commentant cet arrêt, un auteur a ainsi écrit : « *L'article L. 1111-2 du code du travail a été modifié, relativement aux salariés mis à disposition, afin d'éviter que ceux-ci soient trop facilement pris en compte dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice et de s'assurer de l'étroitesse et de la permanence de leur intégration dans cette entreprise. Les articles L. 2314-18-1 et L. 2314-17-1 du code du travail ont, quant à eux, été élaborés afin de d'éviter notamment que les salariés mis à disposition ne disposent d'un double droit de vote et de candidature. Il ne convenait donc pas de faire de ces derniers textes un moyen de limiter la prise en compte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice et de n'y inclure que les seuls salariés ayant choisi d'y voter et/ou de s'y porter candidat . »* ³

La lecture du commentaire de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 28 décembre 2006 fournit, sur cette question, d'intéressants éléments de réflexion :

« Sans doute l'exclusion des salariés des entreprises sous-traitantes ou prestataires de services pour le décompte des effectifs déterminant les diverses obligations des entreprises relève-t-elle de la libre appréciation du législateur dans la mesure où ces obligations, ce qui est normalement le cas, ne découlent pas d'exigences constitutionnelles (tel le principe de participation).

Toutefois, les dispositions du I de l'article contesté touchaient à la participation puisque le décompte des effectifs, quoique uniformément régi par l'article L. 620-10 du code du travail, détermine si se trouve ou non atteints les seuils au-delà desquels doivent être mises en place les diverses institutions représentatives du personnel. On ne saurait dissocier de façon absolue le mode de décompte de l'effectif et la qualité d'électeur: comment justifier que soit compté dans l'effectif un travailleur exclu de l'électorat 68 ou réciproquement ? »

Il apparaît ainsi que, si les articles L. 1111-2 et L.2314-23 répondent à des objectifs distincts, on ne peut dissocier de façon absolue le mode de décompte de l'effectif et la qualité d'électeur, de sorte que le décompte de l'effectif touche également au principe de participation.

Au soutien du caractère d'ordre public de l'article L. 1111-2, le mémoire ampliatif fait également valoir qu'aucune disposition légale ne permet de négocier sur les règles de l'article L.1111-2 du code du travail relatives à la prise en compte dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures. Il poursuit en indiquant que, l'ordonnance de 2017 n'ayant pas assorti ces règles d'un « Champ de la négociation », encore moins précisé qu'il s'agit de « Dispositions supplétives », elles demeurent des dispositions « d'ordre public » au sens de l'article L.2251-1 du code du travail, donc des dispositions d'ordre public dit « absolu ».

Le mémoire en défense réplique que les dispositions conventionnelles litigieuses ne dérogent pas aux dispositions de l'article L. 1111-2 mais précisent ses modalités pratiques de mise en oeuvre, à défaut d'indications légales sur cette question. Elle conteste enfin le caractère forfaitaire de la fixation de l'effectif des salariés mis à disposition, indiquant que le système d'évaluation subsidiaire n'est pas déconnecté de la réalité et qu'il est favorable aux salariés, comme le montre l'exemple des élections de 2019.

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments que la formation devra apprécier :

- l'étendue de l'obligation de l'employeur relativement à la fourniture des éléments de détermination de l'effectif des salariés mis à disposition (première, deuxième et septième branches du moyen)

- le caractère d'ordre public de l'article L. 1111-2 du code du travail. Par ailleurs, à supposer que le caractère d'ordre public, au sens de l'article L. 2251-1 du code du travail soit retenu, il appartiendra à la formation de dire si les dispositions de l'article 2.1.2 a) y sont déroatoires (troisième et quatrième branche du moyen).

En cas de cassation sur l'une de ces branches, un rejet non spécialement motivé est proposé sur ce moyen :

❓ , en ce qu'il fait grief à l'arrêt de débouter le syndicat de ses demandes tendant à voir dire que la société est tenue d'une obligation de résultat en ce qui concerne la détermination des effectifs en vue de la mise en place du CSE, à voir dire que doivent être compris dans cet effectif tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions de l'article L. 1111-2 du code du travail, à voir dire que seront électeurs tous les travailleurs mis à disposition répondant aux conditions des articles L. 2314-18 et L. 2324-17-1 du code du travail qui feront le choix de voter au sein de l'entreprise utilisatrice

Le **grief est inopérant** en ce que les demandes tendant à « voir dire » n'emportent pas de conséquences juridiques et ne constituent pas des prétentions.

❓ en ce qu'il fait grief à l'arrêt de débouter le syndicat de ses demandes tendant à voir ordonner à la société de communiquer aux organisations syndicales négociatrices la liste de tous les travailleurs mis à disposition répondant aux critères de l'article L. 1111-2 du code du travail comportant leurs nom et prénom, qualification, collège électoral, lieu d'affectation, société employeur, à voir ordonner la mise à disposition par la société de tous les documents et éléments nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité des listes électorales, en particulier les plans de prévention et sécurité, à voir dire que la société devra justifier des modalités d'information des travailleurs mis à disposition répondant aux conditions légales de présence, de leur possibilité d'exercer un droit de vote aux élections professionnelles de la société s'ils en expriment le choix, à voir dire que les obligations ci-dessus mises à la charge de la société devront être exécutées dans un délai maximum d'un mois à compter de la notification du jugement et que passé ce délai, elles seront assorties d'une astreinte de 150 euros par jour de retard :

Le **grief est inopérant** en ce que de telles demandes n'ont vocation à être présentées que lors de la contestation du protocole préélectoral. Elles sont dès lors sans objet au stade de la contestation d'un accord collectif sur la mise en place du CSE.

¹ F. PETIT, L'option de vote des salariés mis à disposition, Droit social 2010 p. 826

² G.Auzero/D.Baugard/E.Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz 2024/25, 37ème éd. n° 1158

³ B. Inès, Effectifs : intégration des salariés mis à disposition pour l'élection des délégués du personnel, Dalloz actualités 16 février 2011