

Les salariés des entreprises sous-traitantes doivent être intégrés dans l'effectif de l'entreprise d'accueil : comment transformer cette obligation en opportunité ?

Jean-Yves Kerbourc'h¹ répond à Xavier Baron

Xavier Baron (XB) : *dans la suite et en complément de votre article de 2021², pouvez-vous rappeler quelles sont les obligations qui pèsent sur les « entreprises utilisatrices » de services sous-traités en matière d'effectif ?*

Jean Yves Kerbourc'h (JYK) : l'article L. 1111-2, 2° du Code du travail prévoit que les salariés « mis à disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure » (sic) doivent être comptés dans l'effectif de l'entreprise d'accueil. Deux critères conditionnent cette obligation : d'une part ces salariés doivent être présents physiquement dans les locaux de l'entreprise d'accueil, et d'autre part ils doivent y être présents depuis un an au moins. Il s'agit de l'effectif « droit du travail » car on sait qu'en droit de la sécurité sociale les salariés mis à disposition n'entrent pas dans l'effectif de l'entreprise d'accueil.

XB : *en l'espèce quel était l'objet du litige ?*

JYK : il s'agissait d'un chantier naval d'environ 3 100 salariés qui organisait les élections des représentants du personnel au Comité social et économique. L'enjeu tenait au fait que le nombre de sièges à pourvoir dépend, dans la loi, de l'effectif atteint. Les syndicats qui présentent des listes aux élections ont donc intérêt à ce que cet effectif soit calculé au plus juste de sa réalité juridique, c'est-à-dire en prenant en compte de manière exacte les salariés des entreprises extérieures qui répondent aux conditions précédemment évoquées. En outre, les salariés mis à disposition peuvent choisir de voter dans l'entreprise d'accueil (mais ils n'y sont pas pour autant éligibles). Sur le site de ce chantier intervenaient plus de 400 entreprises sous-traitantes représentant 6 000 salariés environ. Or, aucun de ces salariés n'était identifiable car le chantier fournissait des badges non nominatifs aux entreprises sous-traitantes.

XB : *alors comment faire dans ce cas ?*

JYK : une circulaire du ministère du Travail, transposée par la jurisprudence, prévoit que l'entreprise d'accueil doit interroger les prestataires en leur demandant la liste des salariés détachés avec la mention qu'ils ont ou non choisi de voter dans l'entreprise d'accueil.

XB : *donc il n'y a pas de problème ?*

JYK : si ! En pratique les entreprises prestataires ne répondent pas ou répondent trop tard, ou ne savent pas identifier les salariés concernés (elles peuvent rencontrer des difficultés à déterminer l'ancienneté d'un an chez le client notamment), ou bien ne parviennent pas elles-mêmes à obtenir une

¹ Professeur de droit, université de Nantes.

² X. Baron et J.-Y. Kerbourc'h, La sous-traitance de services support aux entreprises. – De l'achat de prestations au contrat d'intérêt commun, JCP E 2021, 1341 ; JCP S 2021, 1174.

réponse de leurs propres salariés sur l'option électorale qui leur est offerte. Dans ce cas, la jurisprudence prévoit que l'entreprise d'accueil a malgré tout l'obligation d'accomplir toutes les diligences nécessaires pour calculer l'effectif, au besoin en saisissant le juge qui mettra en demeure les entreprises sous-traitantes de lui communiquer les informations.

XB : *c'est long et fastidieux...*

JYK : oui et c'est pourquoi le chantier naval avait eu l'idée de conclure un accord collectif avec les syndicats représentatifs. Cet accord prévoyait l'interrogation des entreprises sous-traitantes par mail. Si 75 % d'entre elles répondaient, l'effectif des salariés détachés était calculé au réel. Si ce seuil n'était pas atteint il était prévu une méthode d'extrapolation subsidiaire : l'effectif était calculé sur la base de 10 % du nombre moyen de badges actifs au cours des 12 derniers mois. C'est cette méthode subsidiaire qui avait été appliquée par le chantier, car le nombre d'entreprises sous-traitantes ayant répondu était insuffisant. Toutefois un syndicat (non signataire de l'accord) souleva sa nullité car il jugeait que la méthode subsidiaire conduisait à sous-estimer le nombre de salariés détachés, donc l'effectif et donc le nombre de sièges à pourvoir... Cependant, la Cour de cassation valide la méthode en indiquant que les modalités de calcul de l'effectif sont d'ordre public et que l'entreprise ayant, pour cette raison, l'obligation de le déterminer, elle peut, en cas de non-réponse des sous-traitants, soit saisir le juge comme nous le disions avant, soit adopter une méthode subsidiaire qui peut être celle retenue par le chantier.

XB : *il ne serait pas plus simple de supprimer cette obligation d'intégration des salariés extérieurs dans l'effectif de l'entreprise d'accueil comme la loi PACTE l'a fait en 2019 pour l'effectif « sécurité sociale » ?*

JYK : non, car les logiques ne sont pas les mêmes. En droit de la sécurité sociale, la préoccupation du législateur est d'adapter à la réalité de l'entreprise son assujettissement aux cotisations sociales dont on sait qu'elles diffèrent en fonction des seuils d'effectif atteints. Le choix a été fait de se baser sur l'effectif de l'entreprise prestataire qui est l'employeur des salariés détachés. Alors qu'en droit du travail s'applique une autre logique qui consiste à appréhender la communauté de travail dans sa réalité concrète, c'est-à-dire sans considération de l'entreprise à laquelle les salariés appartiennent, ce qui conduit *de facto* à compter les salariés mis à disposition à la fois dans l'effectif de l'entreprise prestataire et dans celle d'accueil, car ils font partie de deux communautés de travail différentes ayant des intérêts distincts. Les textes qui fondent cette approche de la communauté de travail trouvent leur siège dans la Constitution et dans les règles de l'Union européenne. Par le passé le Conseil constitutionnel a censuré deux lois qui tentaient d'écarter les salariés extérieurs du calcul de l'effectif de l'entreprise d'accueil³. De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a également rappelé à la France qu'elle ne pouvait pas soustraire certains salariés de l'effectif, notamment ceux titulaires de contrats aidés⁴.

XB : *et cela s'applique à d'autres matières que celles des élections ?*

JYK : oui. Dans une autre affaire également jugée au mois de mars, la même règle a été appliquée à un hôtel dont l'effectif était de 39 salariés permanents et qui avait licencié 29 d'entre eux pour motif économique. Il n'avait pas mis en place de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) car son effectif était inférieur au seuil de déclenchement de cette obligation qui est de 50 salariés. Mais la Cour de cassation a décidé que les 11 salariés du prestataire régulièrement mis à disposition dans les locaux de l'hôtel pour assurer les tâches de nettoyage et d'entretien, devaient être ajoutés à l'effectif de celui-ci, de

³ Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC ; Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC.

⁴ CJCE, 2e ch., 18 janv. 2007, aff. C-385/05 ; CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12.

sorte qu'un PSE aurait dû être établi⁵. On peut penser que ce principe est transposable à toutes les obligations dont la mise en œuvre est subordonnée à une condition d'effectif.

XB : *et en dehors du seuil d'effectif, l'entreprise d'accueil a-t-elle d'autres obligations vis-à-vis des sous-traitants et de leurs salariés ?*

JYK : c'est le cas en effet, nous pensons notamment aux thèmes bien connus de la santé et de la sécurité, du règlement intérieur qui peut englober les salariés extérieurs dans son champ d'application, de l'obligation d'indiquer dans la base de données économiques, sociales et environnementales le nombre de salariés « appartenant à une entreprise extérieure »⁶, des règles relatives à la lutte contre le travail dissimulé, etc. Les salariés des entreprises extérieures mis à disposition ne sont donc pas sans statut en droit du travail. Mais au-delà de ces dispositions, il faut noter que les obligations à venir seront beaucoup plus contraignantes car le législateur intègre la sous-traitance parmi les critères qui permettent d'estimer la viabilité économique d'une entreprise. Des directives européennes déjà transposées dans le Code de commerce et le Code du travail imposent aux entreprises, les plus grandes pour l'instant, d'établir un rapport de durabilité⁷. La notion de durabilité doit se comprendre dans son sens premier : l'entreprise est-elle pérenne ? Les produits qu'elle vend sont-ils pertinents ? Le modèle économique est-il cohérent par rapport à celui de ses concurrents ? Le modèle d'affaires est-il sain ? Les impacts environnementaux de l'activité sont-ils pris en compte ? Le modèle social mis en œuvre est-il performant par rapport aux objectifs économiques que se fixe l'entreprise ? Le rapport de durabilité tel qu'il est conçu par l'Union européenne poursuit un objectif de standardisation de l'information afin de permettre aux investisseurs de comparer entre elles les entreprises qui appartiennent à un même secteur.

XB : *et quel rapport avec la sous-traitance ?*

JYK : un règlement délégué européen⁸ demande aux entreprises de décrire et d'expliquer, dans le rapport de durabilité, la réalité de leur activité, y compris sa dimension sociale (le règlement parle des « travailleurs de la chaîne de valeur »), dans leurs relations d'affaires tant en amont qu'en aval (l'expression « chaîne de valeur » revient 371 fois dans le règlement...). Or les sous-traitants, y compris ceux des services aux environnements de travail, font partie de cette chaîne de valeur.

XB : *et leurs salariés aussi ?*

JYK : oui bien sûr, et c'est sur ce plan que les choses deviennent intéressantes. Dans la chaîne de valeur telle que la conçoivent l'Union européenne et les textes français, la qualité du modèle social s'entend du point de vue de sa performance économique. Il s'agit de convaincre les investisseurs de placer des fonds dans l'entreprise. Celle-ci est désormais sommée de s'expliquer sur la façon dont ce modèle produit de la valeur ajoutée. Il faut qu'elle sache dire comment, pourquoi et en quoi elle se démarque de ses concurrents dans la gestion des questions sociales. Or, en répondant à ces sollicitations, les entreprises ne peuvent plus se contenter d'indiquer que le recours à la sous-traitance dans les environnements de travail permet de réaliser des économies en faisant baisser les coûts année après

⁵ Cass. soc., 18 mars 2026, n° 22-10.903.

⁶ C. trav., art. R. 2312-9.

⁷ « Toute société qui est une grande entreprise au sens de l'article L. 230-1, inclut des informations en matière de durabilité au sein d'une section distincte de son rapport de gestion. Ces informations permettent de comprendre les incidences de l'activité de la société sur les enjeux de durabilité, ainsi que la manière dont ces enjeux influent sur l'évolution de ses affaires, de ses résultats et de sa situation. Les enjeux de durabilité comprennent les enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernement d'entreprise » (C. com., art. L. 232-6-3).

⁸ Règlement délégué (UE) 2023/2772 de la Commission, 31 juillet 2023.

année. Comment justifier ces baisses sans préciser la nature du sacrifice fait sur la qualité du service demandé et sur la performance de l'entreprise ou les risques qu'elles lui font courir ? Peuvent-elles toujours arguer qu'elles veulent « se recentrer sur leur cœur de métier » tout en cachant qu'en externalisant les services elles perdent un savoir-faire précieux qui, intrinsèquement, a une valeur économique directe ou indirecte ? De même peuvent-elles toujours présenter l'opération d'externalisation comme un moyen de réaliser une économie sur les coûts de gestion de la main-d'œuvre qu'elles n'emploient plus directement, alors que les deux arrêts de la Cour de cassation du mois de mars, rendus au visa des directives de l'Union européenne ou des règles de droit interne qui les transposent, nous obligent à prendre en compte les salariés extérieurs pour l'application de certaines dispositions du Code du travail ? Tout cela paraît avoir vécu. De tels messages qui pourraient, à la rigueur, remplir de satisfaction un directeur financier ou un service achat, ne feront qu'inquiéter les investisseurs qui se demanderont si l'entreprise ne se rend pas trop vulnérable à ces externalités, et si elle sera capable sur le long terme de se développer et de s'adapter aux évolutions des marchés de son secteur d'activité.

XB : *donc on arrête la sous-traitance des services aux environnements de travail ?*

JYK : non bien sûr. Je dirais même qu'il faut continuer, mais dans la direction que le législateur et la Cour de cassation nous suggèrent, ce qui est un vrai défi économique et de ressources humaines. Il faut en effet prendre acte que les salariés extérieurs font partie de la communauté de travail, et transformer cette réalité en opportunité. Les politiques de ressources humaines doivent soutenir cette intégration, non pour faire du « social », mais pour obtenir un accroissement de la quantité et de la qualité des biens et des services produits et, partant, des gains de productivité. Dans cette perspective, l'unité de la communauté de travail et sa mobilisation vers des objectifs de production financièrement rentable, peut devenir un facteur de performance économique de l'entreprise recherchée par les investisseurs. Les travaux du CRDIA ont montré que pour ce faire nous disposons déjà de tous les instruments juridiques, tant en droit du travail qu'en droit des contrats civils et commerciaux. À dire vrai le problème n'est peut-être pas tant celui des outils que ce pour quoi on veut les utiliser. Avant tout, les parties prenantes doivent avoir une vision et se forger une conviction sur le rôle que peuvent jouer les services aux environnements de travail dans la performance de l'entreprise, et plus généralement dans la chaîne de valeur dans laquelle donneur d'ordre et prestataire s'inscrivent inséparablement.