

La loi *Sécurisation de l'emploi* instaure-t-elle de « nouveaux droits collectifs » ?

par Emmanuelle RICHARD, Juriste en droit social

PLAN

I. Accélération des procédures d'information et de consultation du CE et du CHSCT

- A. Le comité d'entreprise
- B. Le CHSCT
- C. Et ensuite ?

II. Nouvelles prérogatives consultatives du comité d'entreprise

- A. Droit de regard sur les orientations stratégiques de l'entreprise
- B. À nouvelles prérogatives, nouveaux moyens ?
- C. Information-consultation sur l'utilisation du crédit-impôt compétitivité-emploi

III. Participation des salariés au conseil d'administration ou de surveillance

Une loi favorable au patronat ? Une précarité de l'emploi encouragée et généralisée ? Les dernières protections contre le licenciement qui sautent ? Tout au long du processus de transformation de l'Accord national interprofessionnel (ANI) sur la « Sécurisation de l'emploi » signé le 11 janvier 2013 en loi (1), qui s'est achevé le 14 juin 2013, le ministère du Travail n'a eu de cesse de tenter de convaincre ses – nombreux – détracteurs (magistrats, avocats, organisations syndicales non-signataires, universitaires...) (2), à grand renfort « d'argumentaires » ou de « questions-réponses », de la pertinence de son dispositif. « Après plusieurs décennies d'avancées partielles, d'échecs retentissants ou de renoncements », la loi arriverait enfin à faire ce que personne n'a réussi jusque-là : inventer le « compromis dans lequel ce que les uns gagnent n'est pas ce que les autres perdent » (3). Bref : accorder plus de souplesse aux entreprises, sans accroître pour autant l'insécurité juridique des salariés. Comment ? En liant « ces assouplissements à des garanties collectives pour les salariés » (4).

La loi comporte, en effet, une section 2, intitulée « *De nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des salariés* ». Peu évoquée jusqu'à présent (5), celle-ci prévoit en substance :

- d'imposer des délais au comité d'entreprise pour rendre un avis ;
- une consultation annuelle du CE sur « les orientations stratégiques de l'entreprise », suivie d'un avis ;
- la création d'une base de données économiques et sociales, comprenant un certain nombre d'informations devant être fournies par l'employeur ; celle-ci doit notamment servir de base à la consultation annuelle sur « les orientations stratégiques de l'entreprise ».
- la possibilité de se faire assister par un expert-comptable pour l'examen de ces données économiques et sociales, financement en partie assuré par le CE ;
- tous les rapports et informations récurrentes auront vocation à être intégrés à cette base de données ; cela vaudra communication au CE ;
- des délais imposés à l'expert mandaté par le CHSCT ;
- une information et consultation annuelle du CE (à défaut, des délégués du personnel) sur l'utilisation du crédit d'impôt ;
- la création d'une « instance de coordination » des CHSCT ;
- et, enfin, la désignation d'administrateurs représentant les salariés dans les conseils d'administration ou les conseils de surveillance des grandes entreprises.

(1) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 « relative à la sécurisation de l'emploi ».

(2) v. not. les points de vue critique de la CGT (*Dr. Ouvrier*, mai 2013, p. 307) et du Syndicat de la magistrature (*ibid.* p.313).

(3) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi « relatif à la sécurisation de l'emploi ».

(4) « Réponses aux critiques de l'accord des partenaires sociaux sur la sécurisation de l'emploi », Groupe socialiste à l'Assemblée nationale, 17 janvier 2013.

(5) Voir toutefois Quentin Urban, « L'information-consultation sur les "orientations stratégiques de l'entreprise", un progrès en trompe l'œil », *Dr. Ouvrier*, juin 2013, p. 381.

L'adoption de ces mesures marquerait une « évolution profonde » permettant « une participation accrue des salariés » (6) par

l'intermédiaire de leurs représentants. Qu'en est-il exactement à lire au plus près le texte ?

I. Accélération des procédures d'information et de consultation du CE et du CHSCT

A. Le comité d'entreprise

Jusqu'à présent, l'article L. 2323-3 du Code du travail, relatif à la « *Mission générale d'information et de consultation du comité d'entreprise* », disposait que « *Dans l'exercice de ses attributions consultatives (...) le comité d'entreprise émet des avis et vœux* », sans aucune mention de délais à respecter.

À chaque fois que la loi impose une consultation du CE avant toute prise de décision de l'employeur (rappelons que la compétence consultative du CE est très largement entendue par le Code du travail (7)), le comité pouvait légitimement refuser de rendre un avis tant qu'il ne s'estimait pas suffisamment informé. À charge, pour l'employeur, de saisir le Tribunal de grande instance en référé pour demander la clôture de la procédure d'information et exiger du comité qu'il se prononce dans un sens ou dans l'autre. Une réserve cependant : l'employeur devait toutefois être en mesure de démontrer que tous les éléments permettant au comité de rendre un avis en toute connaissance de cause ont été effectivement transmis. Le principe était clair : pas de consultation sans information préalable.

Si l'on tient compte des différentes instances (sous l'angle des conditions de travail, la plupart des décisions de l'employeur entrent également dans le champ de compétence du CHSCT), des niveaux d'information-consultation multiples (consultation des comités d'établissement avant – en toute logique – la consultation du comité central d'entreprise, consultation de tous les CHSCT concernés), mais aussi des navettes qui peuvent intervenir entre elles (le CE peut bénéficier du soutien du CHSCT dans certaines matières (8)), la patience de l'employeur pouvait être soumise à rude épreuve, surtout qu'il n'est pas rare que les mêmes personnes siègent dans les différentes instances. Imaginons que le comité d'établissement charge le CHSCT d'une mission

d'étude, lequel désigne un expert, qui renvoie les conclusions au CE. Celui-ci est alors en mesure de rendre un avis éclairé avant que le CHSCT, à son tour, puisse rendre son avis au regard des conclusions du CE (9), permettant ainsi au CCE de rendre son propre avis... Ce temps a un coût pour l'employeur, proportionnel à l'ampleur du projet, surtout si celui-ci a déjà reçu un commencement d'exécution (parfois pas des moindres). C'est, à observer la pratique, souvent le cas.

Inutilement compliqué ? Peut-être pas, si l'on se place du point de vue des représentants des salariés. Ces derniers ont assurément besoin de temps, et pas pour le plaisir de faire traîner les choses. Comprendre le projet, le replacer dans un contexte particulier, saisir ses implications directes ou indirectes, immédiates ou futures, décrypter ce qui est obscur (expertise comptable, expertise des risques professionnels...), se faire conseiller (par son syndicat, par un avocat...), échanger avec les salariés : tout cela est légitime, nécessaire... et prend du temps. On parle de procédure d'« information-consultation » du CE, comme si tout se passait de manière instantanée. Dans nombre d'entreprises, en effet, l'avis des élus est sollicité le jour même où ils étudient les documents (il n'est pas rare, d'ailleurs, qu'ils les découvrent en séance, quand ce n'est pas un « *powerpoint* » famélique que l'employeur se contente de projeter !). Pourtant, le Code du travail – ancienne ou nouvelle version – est très clair : pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise doit disposer d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, « *d'un délai d'examen suffisant* » (10) et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations. Ce n'est que la déclinaison d'un principe de bon sens : on ne peut prétendre se forger une opinion si on ne dispose pas préalablement des éléments indispensables à la compréhension d'ensemble !

(6) Jean-Marc Germain, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à « la sécurisation de l'emploi », n° 847, tome 1. Disponible sur www.assemblee-nationale.fr

(7) Compétence générale : art. L. 2323-1 du Code du travail ; M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9^{ème} ed., 2009, LGDJ.

(8) Articles L. 2323-27 et L. 2323-28 du Code du travail.

(9) TGI Paris (référé), 13 juillet 2007, *Monoprix Exploitation c/ Secrétaire du CHSCT, Dr. Ouvrier*, 10/2008, p. 49.

(10) « *Le délai d'examen suffisant* » est passé de l'article L. 2323-4 à l'article L. 2323-3 du Code du travail.

Gagner du temps à tout prix : telle semble être, au contraire, la logique consacrée par la loi *Sécurisation de l'emploi*, en instaurant des délais contraignants de consultation. Si le comité d'entreprise (ou, le cas échéant, le comité central d'entreprise) ne les détermine pas (accord entre l'employeur et la majorité de ses membres), un décret en Conseil d'État s'en chargera. Cette instance ayant préconisé un encadrement réglementaire plus rigoureux (11), un délai incompressible de 15 jours est prévu (12). Le principe selon lequel le comité d'entreprise doit disposer d'informations suffisantes pour rendre un avis éclairé n'est pas modifié. Mais sa portée est réduite à néant, puisqu'à l'expiration des délais, le comité est réputé avoir été consulté. Hier, c'était l'employeur qui devait saisir le tribunal, et la charge de la preuve (démontrer que le CE a eu toutes les informations lui permettant de rendre un avis éclairé) incombait, en toute logique, à celui sur qui la loi fait peser l'obligation d'information : « celui qui se prétend libéré doit justifier (...) le fait qui a produit l'extinction de son obligation » (article 1315 al. 2 du Code civil). Demain, ce sera au comité d'entreprise de faire la preuve que ses membres n'ont pas été suffisamment informés. Une forme de preuve négative, finalement. Car, quand les intentions de l'employeur demeurent en partie cachées, comment lister précisément, et de manière exhaustive, les documents qui permettraient aux élus d'y voir clair ?

Passons sur les contraintes de coût et d'accès à la justice (les élus étant souvent peu familiers des procédures judiciaires) et imaginons que le comité d'entreprise saisisse le tribunal. Pour quel résultat ? « Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis », prévoit la loi. Le comité obtiendra donc peut-être en justice des informations complémentaires. Mais l'avis sera réputé donné, donc le projet mis en œuvre ! Ce n'est que si le comité d'entreprise justifie de « difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de [son] avis motivé » que le juge pourra décider de prolonger le délai. Reste à ne pas perdre de temps, si les élus ne veulent pas que l'affaire se résolve, au mieux, en dommages et intérêts.

L'expert-comptable (ou l'expert technique (13)), que le comité d'entreprise (ou d'établissement) peut mandater aux frais de l'employeur dans un certain

nombre de cas (14), voit également sa mission encadrée par des délais. S'ils ne sont pas fixés par accord entre l'employeur et la majorité des membres du CE, ce sera un décret en Conseil d'État qui s'en chargera. Mais il y a plus surprenant : le pouvoir réglementaire fixera un délai dans lequel l'expert « peut demander à l'employeur toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission et le délai de réponse de l'employeur à cette demande » (15). Est-ce à dire que toute demande de document formulée après l'expiration de ce délai (qui serait alors une sorte de délai d'instruction) fera automatiquement l'objet d'une fin de non-recevoir (restreignant ainsi notablement l'accès à l'information de l'expert et donc, par extension, des représentants du personnel) ou, à l'inverse, s'agit-il de contraindre l'employeur à répondre aux demandes de l'expert dans des délais imposés ?

En matière de licenciements collectifs pour motif économique, la question des délais de procédure n'est pas nouvelle. Rappelons que, pour les entreprises de plus de 50 salariés, le Code du travail prévoyait jusque-là deux procédures distinctes : le comité d'entreprise devait, d'une part, être informé et consulté sur les raisons économiques qui amènent l'employeur à envisager une restructuration (procédure dite « Livre II ») et, d'autre part, sur les conséquences de ce projet en termes d'emploi (consultation sur le PSE : procédure dite « Livre I »). Si on n'en appelait qu'à la logique, les deux consultations devraient se suivre : d'abord celle au titre du Livre II (les raisons de la réorganisation), puis celle au titre du Livre I (les effets de celle-ci sur l'emploi). Seule la deuxième procédure étant assortie de délais fixes, qui, pis, sont très courts (tenue de deux réunions, voire trois si un expert est désigné), la loi *Fillon* du 18 janvier 2005 était venue à la rescousse des employeurs les plus pressés pour leur permettre de mener les deux procédures de manière concomitante (16) – permettant ainsi de pouvoir licencier jusqu'à 99 salariés en... 34 jours, jusqu'à 249 salariés en 49 jours, plus de 250 salariés en 64 jours (17) (respectivement 48, 63 et 78 jours, si le recours à un expert était voté). En dépit de la concomitance des procédures, les élus avaient toujours la possibilité de mettre à profit l'absence de délais fixes caractérisant la première, avec la possibilité de recourir à un expert rémunéré par l'employeur prévu par la seconde...

(11) Conseil d'État, avis rendu le 1^{er} mars au gouvernement. Cf : « L'analyse du Conseil d'État sur l'avant-projet de loi », *SSL*, n°1575.

(12) Nouvel article L. 2323-3 C. trav.

(13) Art. L. 2325-38 C. trav.

(14) Art. L. 2325-35 C. trav.

(15) Nouvel art. L. 2325-42-1 C. trav.

(16) Ancien article L. 321-3 du Code du travail, devenu l'article L. 1233-30.

(17) Entre l'envoi de la convocation à la première réunion du CE et la notification du licenciement.

La loi *Sécurisation de l'emploi* a modifié ces dispositions. On remarquera que la notion de concomitance a disparu de l'article L. 1233-30 du Code du travail : ce n'est plus deux consultations distinctes que le code impose, mais une seule consultation, portant sur deux thèmes. La différence semble ténue ? À l'heure où la Cour de cassation refuse de remettre en cause les PSE en l'absence de motif économique (18), cette nouvelle formulation éloigne un peu plus de l'idée que les consultations découlent successivement l'une de l'autre. Elle permet également, au passage, d'assortir de délais la consultation sur les justifications économiques du projet qui, jusqu'à présent, n'était encadrée que par un « *délai raisonnable* » (19). Désormais, pour rendre ses avis, le CE aura entre quinze jours (délai minimum entre la première réunion et la seconde : nouvel art. L. 1233-30) et deux mois maximum si le nombre de licenciements est inférieur à 100, trois mois entre 100 et 249, quatre mois au-delà. Étant précisé que si un expert a été désigné, il aura dix jours à compter de cette désignation (20) pour demander à l'employeur les documents dont il a besoin (!) et il devra rendre son rapport au moins 15 jours avant l'expiration de ces délais.

Mais surtout, le projet de licenciement (nombre de suppressions d'emplois, catégories concernées, critères d'ordre et calendrier prévisionnel des licenciements et PSE) ne sera plus soumis au CE s'il a fait l'objet d'un accord collectif conclu avec les organisations syndicales représentatives majoritaires (21). Pour l'instant, seule la procédure d'information-consultation pouvait être aménagée par accord collectif (les fameux « accords de méthode » instaurés par la loi Fillon en 2003). Demain, l'essentiel de la procédure de licenciement pour motif économique pourrait donc échapper au CE.

B. Le CHSCT

L'instauration d'une « *instance de coordination* » des CHSCT procède de cette même logique d'accélération des procédures d'information et de consultation.

Lorsque l'employeur envisage un « *aménagement important modifiant les conditions de santé, de sécurité et les conditions de travail* » (art. L. 4612-8), l'introduction de nouvelles technologies (art. L. 4612-9), la mise en place d'un plan d'adaptation en cas de mutations technologiques importantes et rapides (art. L. 4612-10), mais aussi pour « *toute question de sa compétence dont il est saisi par l'employeur, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel* » (art. L. 4612-13), tous les CHSCT concernés par le projet doivent être informés et consultés (22), multipliant ainsi – du moins jusqu'à présent – les possibilités de désigner un expert, et donc les coûts pour l'employeur (23) (le CHSCT n'ayant pas de budget propre).

Dans des entreprises découpées en centaines d'établissements, la question de l'allongement des procédures et des coûts d'expertise est particulièrement importante. Par exemple, lors de l'introduction en 2009 du projet « *Tous commerçants* » (projet important modifiant notablement les conditions de travail des milliers de salariés des magasins Carrefour Market), la direction de CSF France a mis en place une « *commission nationale d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail* », censée lui éviter, outre une multiplication des expertises, d'avoir à recueillir l'avis de tous les CHSCT de France (24). Ne faut-il y voir que coûts inutiles, procédures longues et complexes pour une décision qui, au final, appartient à l'employeur (25) ?

La loi *Sécurisation de l'emploi* a, en tout cas, choisi de privilégier un centralisme des procédures, en autorisant l'employeur à mettre en place une « *instance de coordination des CHSCT* », non pérenne, qui aura pour mission d'organiser le recours à une expertise unique (26). La première version du nouvel article L. 4616-2 prévoyait même que la consultation de l'instance de coordination « *se substitue aux consultations* » des CHSCT. On permettait ainsi à l'employeur d'appliquer une décision dans le ressort des différents CHSCT, sans que ses membres aient

(18) « *Attendu que le contrôle du juge en cas de mise en œuvre d'un plan social ne s'étend ni à la vérification ni à l'appréciation des motifs des licenciements envisagés* » : Cass. Soc., 9 juin 2004, n° 03-12.718, solution reprise par Cass. Soc., 3 mai 2012, n°11-20741, *Dr. Ouvrier* 2012 p. 629 n. M. Henry.

(19) Jusqu'à présent, la Cour de cassation précisait que « *les deux procédures peuvent être conduites de manière concomitante, sous réserve du respect des délais les plus favorables* ». Cass. Soc. 17 juin 1997, n° 95-18.904.

(20) L'employeur a huit jours pour répondre à cette demande. L'expert dispose alors d'un nouveau délai de dix jours pour demander, le cas échéant, des informations complémentaires : nouvel art. L. 1233-35 C. trav.

(21) « *Les éléments mentionnés au 2° du présent I [le nombre de suppressions d'emplois, les catégories professionnelles concernées, les critères d'ordre et le calendrier prévisionnel*

des licenciements, les mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi] qui font l'objet de l'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1 ne sont pas soumis à la consultation du comité d'entreprise prévue au présent article » : nouvel art. L. 1233-30 C. trav.

(22) Par exemple : Cass. Soc. 30 juin 2010, n° 09-13.640

(23) du moins en théorie car il y a loin des prérogatives juridiques à leur mise en œuvre effective : la plupart des CHSCT n'ont jamais usé de leur faculté de désignation d'un expert !

(24) Sur les contentieux induits par cette mise en place, voir notamment CA Angers, 05 juin 2012, n° 11/01227.

(25) on peut voir la même inspiration dans la curieuse obligation de mise en concurrence des experts de CHSCT de certains organismes publics : Soc. 16 janvier 2013, p. n°11-25.282, *Dr. Ouvrier* 2013 p. 325 n. A. Mazières.

(26) Nouvel art. L. 4616-1 C. trav.

été en mesure d'obtenir des informations préalables, d'émettre la moindre remarque ou proposition, rompant complètement avec l'idée selon laquelle l'établissement est le cadre normal de mise en place du CHSCT, afin d'être au plus près des situations de travail (27).

La version adoptée par l'Assemblée nationale le 9 avril 2013, que l'on retrouve dans la version définitive, est nettement plus édulcorée : elle prévoit simplement que l'instance « *peut rendre un avis* », sans dire – ou interdire, d'ailleurs – que cet avis remplace celui des autres instances. Le nouvel article L. 4616-5 permet, certes, d'adapter par accord collectif les règles de fonctionnement de l'instance de coordination (la tentation de l'avis unique pourrait donc revenir), mais le nouvel article L. 4616-3 est sans ambiguïté : « *le rapport de l'expert et, le cas échéant, l'avis de l'instance de coordination est transmis par l'employeur aux CHSCT concernés par le projet (...) qui rendent leurs avis* ». Les CHSCT perdent donc la possibilité de recourir à une expertise adaptée aux problématiques spécifiques de leur établissement ; au moins leurs prérogatives consultatives sont-elles sauves.

La composition tripartite de cette instance de coordination ressemble à ce qui existe pour le CHSCT (1. Employeur ; 2. Délégation du personnel ; 3. Personnes qualifiées, telles que médecin du travail, le représentant de la Carsat, l'inspecteur du travail...) et elle a vocation à fonctionner, pour ce qui est des règles de base, selon les mêmes principes (28). En ce qui concerne la délégation du personnel, entre un et trois représentants de chaque CHSCT, désignés en son sein, y siègeront (29). Comme les règles de composition pourront être adaptées par accord collectif, tous les comités, surtout s'ils sont nombreux, pourront ne pas être représentés.

Dans la logique de ce qui est envisagé pour le CE, il est prévu d'enfermer la procédure dans des délais contraints : l'expert (30) devra rendre son rapport dans

le délai d'un mois, pouvant être prolongé jusqu'à 60 jours (31) à « *l'instance de coordination des CHSCT* » qui devra se prononcer dans des délais contraints fixés par voie réglementaire (selon le décret n°2013-552 du 26/06/13, 15 jours après la remise du rapport, ou sept jours seulement en cas d'intervention de l'instance dans le cadre d'un PSE). On entrevoit déjà le travail qui attend les experts mandatés par « *l'instance de coordination des CHSCT* » dans des cas similaires à celui cité plus haut (on compte un millier de magasins à enseigne Carrefour Market en France). Que le travail soit terminé ou pas, de manière sérieuse ou pas, peu importe. Car, à l'expiration de ces délais, « *l'instance de coordination est réputée avoir été consultée* » et l'employeur retrouve sa liberté.

Ainsi, plutôt que de préserver l'approche de terrain propre à l'instance du CHSCT en instaurant, le cas échéant, des mesures de coordination et de partage de l'information entre les différents CHSCT – à l'instar de ce que l'article L. 4613-4 prévoit dans les établissements de plus de 500 salariés dans lesquels plusieurs CHSCT ont été mis en place – la loi avance à grands pas vers la consécration d'un hypercentralisme des procédures.

Mais aurait-on oublié d'enfermer les consultations des différents CHSCT, dont les prérogatives consultatives ont pour l'instant été épargnées, dans des délais contraints ? C'est du côté des règles applicables au comité d'entreprise qu'il faut aller chercher la réponse : le nouvel article L. 2323-3 dispose que le délai minimum de 15 jours doit permettre non seulement au CE « *d'exercer utilement sa compétence* » – bref, de rendre un avis plus ou moins « *éclairé* » – mais aussi d'informer et de consulter le ou les CHSCT. La boucle est bouclée.

C. Et ensuite ?

Cette accélération des procédures CE et CHSCT qui est à l'œuvre dans la loi permet de concevoir sans peine la prochaine étape législative : les différentes instances représentatives du personnel (CE, DP, DS...)

(27) « *En raison du caractère spécifique des missions de l'institution, il a paru nécessaire que celle-ci fonctionne au plus près des situations de travail des salariés et que ses membres puissent intervenir à leur égard le plus facilement possible : le critère géographique revêt donc une importance toute particulière pour la définition de l'établissement au sens du CHSCT* » : circ. DRT 93-15 du 25 mars 1993, BO min. Trav. n° 93/10.

(28) Présidence de l'employeur, établissement conjoint de l'ordre du jour, prise de décision à la majorité des membres, règles de transmission des informations : nouvel art. L. 4616-4 C. trav.

(29) Trois représentants de chaque CHSCT si l'entreprise compte moins de sept CHSCT, deux si l'entreprise compte entre 7 et 15 CHSCT, un seul si l'entreprise compte plus de 15 CHSCT. Selon le décret n°2013-552 du 26/06/13 relatif au CHSCT et à l'instance de coordination (JO du 28/06), ils seront en principe désignés pour toute la durée de leur mandat.

(30) Le CHSCT peut faire appel à un expert agréé dans deux cas : lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail ou une maladie à caractère professionnel, est constaté dans l'établissement et en cas de projet important modifiant les conditions d'hygiène, de sécurité ou les conditions de travail (art. L. 4614-12 C. trav.)

(31) Nouvel art. R. 4616-9 c. trav.

confondues en une seule. La confusion des instances est depuis longtemps souhaitée par les employeurs. Dès les années 1980, le Centre des jeunes dirigeants préconisait de créer une instance unique regroupant les prérogatives du CE, des DP et des DS. Le rapport *Calendra*, du nom de l'ancien DRH de Thomson, présenté au Conseil économique et social en 1992, va dans le même sens (32). En 2001, le Cercle des DRH propose la création d'une instance unique de concertation fusionnant les instances représentatives élues et syndicale. En 2004, le rapport *De Virville* (33), commandé par François Fillon (34), préconise de « *poursuivre le regroupement des instances* » en créant une instance unique, le « *Conseil d'entreprise* », qui, mêlant consultation et négociation, remplacerait le CE, les DP et les DS. Même idée en 2008, avec le rapport Attali « *Pour la libération de la*

croissance française » (35). En 2009, c'est le rapport rédigé par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, intitulé « *Pour une refondation du droit social* », qui propose, à nouveau, la mise en place d'une instance unique de concertation. Trente ans de « *rappports* » et préconisations émanant d'acteurs du monde de l'entreprise ont « *bien fait mûrir le sujet* » (36). Si le sujet est évoqué de manière aussi récurrente pendant de nombreuses années, n'est-ce pas le signe d'une « *adhésion croissante du corps social permettant, après une longue phase de maturation, une réforme* » (37) ? En tout cas, dans la lignée de la Position commune du 9 avril 2008, ce thème a fait l'objet d'une vingtaine de réunions entre organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel depuis avril 2011. Et les discussions se poursuivent.

II. Nouvelles prérogatives consultatives du comité d'entreprise

A. Droit de regard sur les orientations stratégiques de l'entreprise

La loi *Sécurisation de l'emploi* instaure un nouveau cas d'information et de consultation du CE sur l'organisation et la marche de l'entreprise : chaque année, le comité sera consulté sur « *les orientations stratégiques de l'entreprise* » définies par les organes dirigeants et leurs conséquences en termes « *d'activité, d'emploi, d'évolution des métiers et des compétences, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages* » (38)(39).

La formulation est nouvelle, l'idée, peut-être pas. L'article L. 2323-1 du Code du travail, qui consacre la compétence générale du comité d'entreprise, fait de cette instance le porte-parole permanent des salariés pour toutes « *décisions relatives à la gestion et*

l'évolution économique et financière de l'entreprise » – ce qui ressemble fort aux « *orientations stratégiques de l'entreprise* » du projet de loi – « *et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* ».

Après chaque élection du comité, l'article L. 2323-7 impose de transmettre une documentation économique et financière précisant, notamment, « *les perspectives économiques de l'entreprise telles qu'elles peuvent être envisagées* ». Et, dans les entreprises de plus de 300 salariés, l'employeur doit remettre chaque année au CE un « *rapport d'ensemble sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir* » (40). En matière d'information-consultation sur les actions menées en matière de formation

(32) Rapport *Calendra*, « Les attributions d'ordre économique des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise », Conseil économique et social, La Doc. fr., 25 novembre 1992.

(33) du nom de son auteur, responsable patronal impliqué dans le scandale de la caisse noire de 600 millions d'euros de l'UIMM, principale branche du Medef.

(34) Michel de Virville, « Pour un Code du travail plus efficace : rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité » ; v. les analyses critiques de MF. Bied-Charreton « Un projet néo-libéral de réfection du droit du travail : grille d'analyse » et P. Rennes « Sécurité pour les uns, risques pour les autres », *Dr. Ouvrier* 2004 p. 161

(35) *La Documentation française*, 01/2008.

(36) « Faisons enfin évoluer le droit des institutions représentatives du personnel », *SSL*, n° 1536, 30 avril 2012, Forum Réflexions. Voir également les propositions 2013 de l'association nationale des DRH, publiées le 28 juin dernier et disponibles sur le site <http://www.andrh.fr>.

(37) *Ibid.*

(38) Nouvel article L. 2323-7-1 C. trav.

(39) Quentin Urban, « L'information-consultation sur les "orientations stratégiques de l'entreprise", un progrès en trompe l'œil », *Dr. Ouvrier*, juin 2013, p. 381.

(40) Art. L. 2323-55 C. trav. Dans les entreprises de moins de 300 salariés, le terme « perspective », ou son équivalent, n'est pas mentionné : l'employeur doit transmettre des informations trimestrielles sur « *l'évolution générale des commandes et de la situation financière* » (art. L. 2323-46) ainsi qu'un rapport annuel sur « *la situation économique [qui] porte sur l'activité et la situation financière de l'entreprise* » (art. L. 2323-47).

professionnelle, on retrouve cette idée de prise en considération d'un contexte plus largement défini : « chaque année, le comité d'entreprise est consulté sur les orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise en fonction des perspectives économiques et de l'évolution de l'emploi, des investissements et des technologies de l'entreprise » (41). De la même manière, le Code du travail impose la consultation du comité d'entreprise sur « la politique de recherche et développement technologique de l'entreprise » (42) et ce, en plus d'une procédure d'information-consultation avant tout projet important d'introduction de nouvelles technologies (43).

Activité économique de l'entreprise, emploi, évolution des métiers, sous-traitance, intérim et contrats précaires : l'obligation d'informer le CE sur ces sujets n'est pas vraiment nouvelle. Mais en demandant à l'employeur de préciser les grandes lignes de sa politique économique et ses effets sur ces thèmes, le nouvel article L. 2323-7-1 semble insister sur l'idée que la mission du CE n'est pas limitée à l'examen de la situation écoulée – faisant de l'instance une chambre d'enregistrement de bilans et rapports (44) – ou d'un projet sur le point d'être mis en œuvre. Il permet de replacer les décisions de l'employeur et les évolutions de l'emploi dans un contexte temporel plus large (évolutions passées, présentes et futures), même à brève échéance. Le nouvel article L. 2323-7-2 prévoit, en effet, que les informations qui doivent servir de base à cette procédure d'information et de consultation doivent porter « sur l'année en cours, les deux années précédentes et intègrent des perspectives sur les trois années suivantes ».

Il est précisé que le comité émet un avis sur ces orientations et propose, le cas échéant, des orientations alternatives. Rien de bien nouveau, semble-t-il : le Code du travail dispose déjà que « le comité d'entreprise émet des avis et des vœux » et que « l'employeur rend compte, en la motivant, de la suite donnée à ces avis et vœux » (45). La transmission de l'avis du CE à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise n'est pas non plus une nouveauté : le comité a déjà la possibilité de « formuler toutes observations sur la situation économique et sociale

de l'entreprise. Ces observations sont transmises à l'assemblée des actionnaires ou des associés » (46). En revanche, rien n'obligeait les dirigeants à répondre à cet avis. Désormais, l'assemblée des actionnaires ou des associés devra « formule[r] une réponse argumentée », à laquelle le comité peut répondre (47). Là réside la seule nouveauté.

B. À nouvelles prérogatives, nouveaux moyens ?

L'article L. 2325-35 du Code du travail, qui liste les cas dans lesquels le comité peut faire appel à un expert rémunéré par l'employeur, a été modifié pour permettre de recourir à un expert-comptable en vue de l'examen des « orientations stratégiques de l'entreprise ». Reste que, par dérogation aux autres cas où le CE peut faire appel à un expert rémunéré par l'employeur et, sauf accord plus favorable, « le comité contribue, sur son budget de fonctionnement, à hauteur de 20 %, au financement de cette expertise ». Pour éviter que le comité ne paie trop cher ce droit de regard sur la stratégie économique et sociale de l'entreprise, les députés ont amendé cette disposition : le financement sera limité au tiers du budget annuel de fonctionnement (48).

Concernant les informations devant être fournies par l'employeur en vue de cette consultation, la loi prévoit qu'une base de données constitue le support de préparation de celle-ci. Cette base de données (papier ? informatique ?), alimentée par l'employeur et mise à jour régulièrement, a vocation à recueillir un ensemble de données économiques et sociales relatives aux thèmes suivants : investissements (matériels et immatériels, mais aussi sociaux, c'est-à-dire relatifs à l'emploi, l'évolution et la répartition des contrats précaires, des stages et des emplois à temps partiel, la formation professionnelle et les conditions de travail), fonds propres et endettement, ensemble des rémunérations des salariés et dirigeants, activités sociales et culturelles, rémunération des financeurs, flux financiers à destination de l'entreprise (notamment aides publiques et crédits d'impôts), sous-traitance et, le cas échéant, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe (49). Le contenu de ces

(41) Art. L. 2323-33 C. trav.

(42) Art. L. 2323-12 C. trav.

(43) Art. L. 2323-13 C. trav.

(44) Bilan du travail à temps partiel (art. L. 2323-47 C. trav.), évolution de l'emploi et des qualifications au cours de l'année écoulée (art. L. 2323-56), état faisant ressortir l'évolution de la rémunération moyenne au cours de l'exercice et par rapport à l'exercice précédent (art. L. 2323-55 C. trav.), rapport sur la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise (art. L. 2323-56 C. trav.), etc.

(45) Art. L. 2323-3 C. trav.

(46) Art. L. 2323-8 C. trav.

(47) Nouvel art. L. 2323-7-1 C. trav.

(48) *Ibid.*

(49) Nouvel art. L. 2323-7-2 C. trav.

informations sera déterminé par décret en Conseil d'État et pourra varier en fonction de l'effectif (on retrouve le seuil de 300 salariés). Il pourra être « enrichi » par accord collectif en fonction « *de l'organisation et du domaine d'activité de l'entreprise* » (50).

Le champ d'application de cette base de données dépasse le seul cadre de l'information-consultation du CE au titre de la « *stratégie économique et sociale* » de l'entreprise, puisqu'elle a vocation à recueillir tous les éléments contenus dans les rapports et informations transmis de manière récurrente au comité (51). Ordonner les informations devant être transmises au comité, les synthétiser peut-être (si cette base de données unique ne se transforme pas en puits sans fond) pour faciliter leur compréhension et les rendre accessibles de manière permanente : qui s'en plaindrait ? Mais pourquoi avoir aussitôt ajouté que « *cette mise à disposition [des informations dans la base de données] vaut communication des rapports et informations au comité d'entreprise* » ? Encore une fois, la loi instaure une présomption : indépendamment du type d'informations qui figurent effectivement dans la base de données, de leur caractère plus ou moins pertinent et exploitable, le comité sera réputé informé. En faisant de la base de données une source d'information exclusive, on le prive de la possibilité de pouvoir apprécier, concrètement, de quel type d'information il a besoin pour se prononcer, en fonction du sujet abordé, en toute connaissance de cause. Si on voulait restreindre l'accès à l'information du comité, on ne s'y prendrait pas autrement...

C. Information-consultation sur l'utilisation du crédit-impôt compétitivité-emploi

Enfin, le nouvel article L. 2323-26-1 prévoit que le comité d'entreprise (ou, à défaut, les délégués du personnel) est informé et consulté, avant le 1^{er} juillet de chaque année, sur l'utilisation par l'entreprise du crédit-impôt compétitivité-emploi, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013. Rappelons que ce crédit d'impôt (dont l'assiette est constituée par les rémunérations brutes soumises aux cotisations sociales versées par les entreprises, dans la limite de 2,5 fois le Smic) doit servir à « *financer l'amélioration de la compétitivité* » des entreprises « *à travers, notamment, des efforts en matière d'investissement, de recherche, d'innovation, de formation, de recrutement, de prospection de nouveaux marchés, de transition écologique et énergétique et de reconstitution de leur fonds de roulement. L'entreprise retrace dans ses comptes annuels l'utilisation du crédit d'impôt conformément [à ces] objectifs (...). Le crédit d'impôt ne peut ni financer une hausse de la part des bénéfices distribués, ni augmenter les rémunérations des personnes exerçant des fonctions de direction dans l'entreprise* » (52). Si le comité d'entreprise constate que tout ou partie du crédit d'impôt n'a pas été utilisé conformément aux dispositions du Code général des impôts, à défaut de réponse satisfaisante de l'employeur, il adresse un rapport au comité régional chargé du suivi du dispositif (53). On demande donc au comité d'entreprise d'intervenir en matière fiscale. Mais est-ce bien son rôle ?

III. Participation des salariés au conseil d'administration ou de surveillance

Certaines entreprises (54) occupant au moins 5.000 salariés permanents en France, ou 10.000 salariés si l'on tient compte des filiales étrangères (55), devront

faire rentrer des administrateurs représentants les salariés, avec voix délibérative, au sein de leur conseil d'administration ou de surveillance : un seul si le

(50) *Ibid.*

(51) Nouvel art. L. 2323-7-3 C. trav.

(52) Art. 244 quater C du Code général des impôts.

(53) Nouvel art. L. 2323-26-2 C. trav.

(54) La loi effectue un tri entre les formes sociales de sociétés par actions : elle vise les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions mais pas les SAS ; la justification de cette exclusion réside dans le fait que les organes de gouvernance de la SAS sont librement adaptés par les statuts, un organisme collégial peut n'être pas prévu. Cet argument peine à convaincre dans la mesure où, en matière d'enregistrement des dirigeants en vue de leur mention sur l'extrait Kbis, le cas de la SAS a été assimilé à celui de la SA : l'organe collégial de la SAS lorsqu'il existe (cas fréquent en pratique voire systématique s'agissant de sociétés de plus de 5000 salariés) est assimilé au CA de la SA d'où l'obligation de déclarer ses membres au Registre

du Commerce et des Sociétés (Avis n°2012-031 du 25 oct. 2012 du Comité de coordination du Registre du Commerce et des Sociétés). Si on peut imposer une telle assimilation en droit des sociétés, gageons que la chose aurait été possible en droit du travail...

(55) Sont concernées « *les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire français qui emploient, à la clôture de chacun des deux derniers exercices, au moins cinq mille salariés permanents dans la société et ses filiales directes ou indirectes situées sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés permanents dans la société et ses filiales directes ou indirectes situées sur le territoire français et à l'étranger, et qui ont pour obligation de mettre en place un comité d'entreprise en application de l'article L. 2322-1 du Code du travail* » : nouvel art. L. 225-27-1 I du Code de commerce. Les articles relatifs aux SA à conseil de surveillance et les sociétés en commandite par actions sont rédigés de la même manière.

nombre d'administrateurs est inférieur ou égal à 12, au moins deux au-delà.

Un conseil d'administration ou de surveillance sera donc composé de :

- 3 à 18 membres nommés par l'assemblée générale des associés ou des actionnaires (56) ;

- si les statuts le prévoient, d'administrateurs élus par le personnel : 4 ou 5 maximum, en tout cas pas plus d'un tiers du nombre des autres administrateurs (57) ;

- à défaut d'administrateurs élus par le personnel, un ou deux administrateurs représentant les salariés (58). Selon les statuts, ils pourront être élus par les salariés, désignés par le comité de groupe, le CE ou le CCE, désignés par l'organisation (ou les organisations) syndicale(s) ayant obtenu le plus de suffrages aux dernières élections servant de cadre à la mesure de la représentativité ou, pour l'un d'entre eux seulement, par le comité d'entreprise européen.

- participent également, mais à titre consultatif, un (59) ou deux membres du comité d'entreprise (art. L. 2323-62), qui bénéficient des mêmes informations et peuvent soumettre des vœux (60).

Les décisions se prenant, en principe, à la majorité (61), cette nouvelle disposition pourrait favoriser des alliances, à défaut de bouleverser les pratiques. Mesure symbolique ou réelle avancée ? On ne tranchera pas, mais une étude menée par la CFDT en 2007 auprès des administrateurs salariés dans le privé à partir de leur expérience, est riche d'enseignements (62). Outre leur faible nombre, le désintérêt des organisations syndicales pour ce mandat et la difficulté à trouver des candidats (d'autant qu'il n'est pas possible de le cumuler avec un mandat de DS, DP, CE ou de CHSCT), les auteurs du rapport constatent la difficulté pour les administrateurs salariés de se faire reconnaître comme des administrateurs à part entière par les autres membres du conseil (d'où leur faible présence dans les conseils spécialisés) et l'impression que les décisions sont déjà prises en amont.

Ils pointent également la somme de connaissances qu'il faudrait maîtriser pour pouvoir exercer pleinement ce mandat : compétences techniques, linguistiques, économiques et financières (notamment

du jargon utilisé), et capacités d'en absorber de nouvelles rapidement : « *La formation de l'administrateur salarié est nécessaire sur trois niveaux, celui de l'entreprise, de la fonction et des valeurs syndicales. Connaissance de l'entreprise : elle doit permettre à l'AS de compléter sa connaissance de l'entreprise à tous les métiers et toutes les implantations mondiales de celle-ci ; connaissance de la fonction d'administrateur : tous les aspects techniques et juridiques de celle-ci ; connaissance des valeurs syndicales : réflexion action sur le levier d'action que constitue la présence au CA (...). La connaissance de l'anglais financier devient de plus en plus nécessaire et de plus en plus de conseils, même pour des entreprises françaises, se tiennent en anglais. Il convient de lutter pour que les conseils d'entreprises basées totalement ou partiellement en France se tiennent au minimum avec une traduction simultanée de qualité* » (63). Les députés ont pris en compte cette difficulté, et ont ajouté un droit à la formation des représentants des salariés à la gestion des entreprises, dont le contenu reste cependant à définir.

Administrateur d'abord ou salarié avant tout ? Le mandat apparaît en effet intrinsèquement ambigu : « *Certains n'hésitent pas à voter pour la cession de filiales, en posant des conditions sociales, lorsque ces rectifications de frontières correspondent à une véritable logique industrielle. Personne n'a dit avoir voté à propos d'une fermeture de site, mais on peut imaginer que, dans un certain nombre de cas, l'administrateur salarié ne voterait « contre » que de manière symbolique ou s'abstiendrait, même si la pression de l'équipe syndicale était fortement en faveur d'un « contre » franc et massif. Et qu'au fond de lui, il estimerait plus réaliste que passe le « pour ». Se déterminer en fonction de l'intérêt des salariés français présents dans l'entreprise au jour du vote, de l'intérêt de tous les salariés du groupe à travers le monde, de celui de l'industrie française et européenne ? En tant qu'administrateur, il doit se déterminer en fonction de « l'intérêt social de l'entreprise », mais celui-ci n'est pas forcément facile à identifier. Et cette notion n'est pas toujours bien comprise des équipes syndicales, notamment lorsqu'un plan social est envisagé pour permettre la sauvegarde de l'entreprise. Lorsque l'administrateur vote en son âme et conscience, il peut se trouver confronté à des critiques très*

(56) art. L. 225-17, L. 225-69 et L. 226-4 C. com.

(57) art. L. 225-27 et L. 225-79 C. com.

(58) nouveaux art. L. 225-27-1, L. 225-79-2 et L. 226-4-2 C. com.

(59) s'il existe des administrateurs élus par les salariés : art. L. 2323-65 C. trav.

(60) Art. L. 2323-63 C. trav.

(61) Art. L. 225-37 et L. 225-82 C. com.

(62) Marie-Noëlle Auberge-Barré et Jean-Paul Bouchet, « Guide de l'administrateur salarié », revue *Cadres CFDT*, n° spécial 423, avril 2007.

(63) *Ibid.*, p. 25.

vives des syndicalistes. D'autre part, dans le cas de rapprochement d'entreprises, il peut se trouver soumis à des injonctions contradictoires de la part des militants de son entreprise, d'une part, et des instances fédérales, d'autre part, ou des différentes fédérations concernées. »

Pour quelle influence ? « Les administrateurs du privé croient plus en la magie du verbe ». Ils s'accordent néanmoins « un pouvoir d'influence limité mais réel, du fait de leurs interventions. » Reste que « le poids de l'administrateur(...) dans le conseil est une chose, le poids du conseil dans le gouvernement d'entreprise en est une autre, et celui-ci peut être très différent selon les cas (...).

La question du pouvoir de l'administrateur salarié se pose à l'intérieur de celle du pouvoir du conseil d'administration lui-même. Ce dernier est plus ou moins réel selon que le conseil est une simple chambre d'enregistrement de décisions prises en amont, par la direction générale ou par l'actionnaire principal (...). Lorsque le conseil a réellement le pouvoir, les administrateurs salariés ont parfois conscience que les administrateurs importants se sont mis d'accord préalablement, notamment au cours des comités spécialisés (...).

En définitive, la présence de l'actionnaire salarié (...) change-t-elle le mode de gouvernance ? Pas fondamentalement, mais il attire l'attention sur certains aspects stratégiques et humains et peut apporter une parole différente de celle des administrateurs ordinaires » (64).

Et pour cause : « s'il est une conception qui prévaut dans le paysage économique français, c'est celle d'un gouvernement d'entreprise axé sur une vision actionnariale plutôt que partenariale, qui ne laisse que peu de place aux salariés dans la gestion de leur société », relève la sociologue A. Conchon dans une enquête, publiée en 2008, comparant l'esprit des différentes études, rapports et préconisations faits sur le sujet (65).

Une décision rendue à l'occasion de la fusion entre GDF et Suez par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en 2008 (66) inviterait pourtant à

l'optimisme : alors que le président de Gaz de France voulait cantonner le conseil d'administration dans une fonction de contrôle *a posteriori* de la procédure qu'il avait seul engagée, la saisine du Tribunal de commerce en référé par deux administrateurs salariés l'a finalement contraint à transmettre les informations dans leur version non expurgée des griefs de la Commission européenne et à réunir le conseil d'administration (avant la date limite fixée par la Commission pour répondre aux griefs de la Commission et non après, comme le souhaitait le président) pour qu'il « délibère utilement ». « La reconnaissance d'un droit à une information ne trouve véritablement sa signification que parce qu'il s'inscrit dans la volonté du juge d'impliquer les destinataires de l'information dans le processus décisionnel », estime Quentin Urban à ce propos (67), le droit des sociétés « venant ainsi relayer le droit du travail pour porter une conception de la gouvernance d'entreprise fondée sur l'intervention des représentants des salariés ». Cette exigence d'une information complète est toutefois restée malheureusement très isolée (il n'existe à notre connaissance pas d'autre affaire de cette nature) et l'action judiciaire n'a pu prendre essor que dans un contexte de tradition syndicale forte. Pour exemplaire qu'elle soit, la portée concrète de ce levier pourrait donc bien s'avérer plus que limitée.

Certes, les pratiques s'échappent parfois des cadres dans lesquels les textes veulent les figer. Il est néanmoins peu probable que la loi *Sécurisation de l'emploi* – qui se contente de prévoir une participation obligatoire des représentants des salariés dans les organes de gouvernance, sans consacrer de moyens supplémentaires pour ces derniers – contienne en son sein les moyens de bouleverser les modes de gouvernance de l'entreprise. « Je vous demande d'adopter un texte qui porte la sève de la démocratie sociale en entreprise, un grand texte de progrès social qui sécurise et qui permettra à la France d'être prête demain à saisir la croissance qui repartira », déclarait avec emphase Michel Sapin au Sénat le 17 avril 2013 (68). Le législateur croirait-il trop, lui aussi, à la « magie du verbe », au risque de voir les salariés encore se payer de mots ?

Emmanuelle Richard

(64) *Ibid.*, pp. 26-27.

(65) Aline Conchon, « Quelle régulation collective de la démocratie industrielle ? Le cas des administrateurs salariés (enquête) », *Terrains et travaux*, n°14, 2008 (disponible sur le site www.caim.info/).

(66) Cass. Com. 29 janvier 2008, p. n°06-20.311, *syndicat CGT et autres c/ GDF, Dr. Ouvrier*, avril 2008, p. 218.

(67) Quentin Urban, « Gouvernance d'entreprise : les leçons de jurisprudence en droit des sociétés commerciales », *Dr. Ouvrier*, avril 2008, p. 217, disp. sur le site de la revue.

(68) Dossier de presse *Loi sécurisation de l'emploi*, juin 2013, disponible sur www.travail-emploi.gouv.fr