

REPRÉSENTATION ET NÉGOCIATION COLLECTIVES À LA LUMIÈRE DES ORDONNANCES MACRON

3^{ème} axe : La représentation sans la négociation

La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants

par Isabel ODOUL-ASOREY, Maître de conférences en droit,
Université Paris Nanterre

PLAN

- I. Par l'intermédiaire d'institutions représentatives du personnel
 - A. Le comité social et économique
 - B. Le conseil d'entreprise
- II. Par l'intermédiaire d'administrateurs salariés
 - A. Une formule obligatoire
 - B. Une formule ambiguë

À la différence de l'Allemagne, souvent citée en ce domaine (1), la France accueille depuis 1946 la proclamation constitutionnelle du principe « *particulièrement nécessaire à notre temps* », selon lequel « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » (2). Reconnue depuis 1971, la valeur constitutionnelle de ce principe contraste avec la difficulté de cerner les droits qui en découlent, en particulier s'agissant de la participation des travailleurs à la gestion des entreprises (3).

Le sujet est évidemment sensible. Le choix du mot « *participation* » est lui-même œuvre de compromis. Plusieurs conceptions sont d'emblée possibles selon que l'on considère, notamment, que ladite participation implique ou non le partage du pouvoir décisionnel (4). Un tel partage est exclu par ceux qui estiment qu'on a vocation à participer à ce que l'on ne détient pas (5). Dans cette optique, le droit de participation serait la contrepartie nécessaire d'un pouvoir décisionnel dont les travailleurs sont dépourvus (6). À l'opposé, d'autres ne conçoivent pas leur participation à la gestion, du moins son effectivité, sans accès au pouvoir décisionnel (7).

Le Conseil constitutionnel a surmonté la difficulté en reconnaissant un large pouvoir d'appréciation au législateur, auquel il appartient de fixer les garanties et modalités d'exercice. Il a néanmoins estimé que ce droit impliquait d'organiser la représentation des salariés dans l'entreprise, sans pour autant imposer

la présence de leurs représentants au sein des organes de direction (8). Il faut se tourner vers le droit européen pour trouver une tentative de définition. Une directive européenne associe la participation des travailleurs aux mécanismes par lesquels leurs représentants « *peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de*

(1) P. Rémy, « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective ? », Dr. Soc. 2015, p. 974.

(2) Alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

(3) Cf. not. I. Odoul-Asorey, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », Dr. Soc. 2014, p. 356.

(4) L'idée de la participation des travailleurs à la direction de l'entreprise est ancienne. Cf. A. Jeammaud, « Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ? », RDT 2017, p. 576.

(5) G. Vedel, J. Rivero, Les principes économiques et sociaux de la constitution : le Préambule », Dr. Soc. 1947, p. 20. Les travaux préparatoires du Préambule de 1946 renseignent sur l'exclusion, par les rédacteurs, de la participation à la direction des entreprises. Cf. V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, LGDJ, 2003.

(6) Répondant à l'idée selon laquelle, les « *travailleurs ne peuvent subir les conséquences sans avoir pu user de leur capacité d'influence* », A. Lyon-Caen, « Le comité d'entreprise à l'heure du changement », Dr. Soc. 1982, p. 299.

(7) « *Si participer signifie prendre part, avoir parmi d'autres une action dans..., partager, alors les salariés qui n'ont pas de pouvoir décisionnel ne peuvent être considérés comme ayant un tel droit* », J.-P. Chazal, « Les règles de gouvernement des sociétés commerciales sont-elles constitutionnelles ? », Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, mars 2013, dossier 10. Not. M. Vericel, « Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise », Dr. Soc. 2018, p. 924 ; G. Auzero « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance, commentaire de la loi du 14 juin 2013 : de nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des salariés », Dr. Soc. 2013, p. 740.

(8) Déc. n° 2013-333 QPC du 26 juillet 2013.

l'entreprise... » et la caractérise par l'« influence qu'a l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs sur les affaires d'une société » (9). Encore faut-il s'entendre sur de tels mécanismes, dont on pressent la pluralité potentielle des formes et des degrés, plus encore dans l'entreprise constituée sous la forme juridique d'une société.

Le législateur n'a d'ailleurs pas livré une conception univoque. Il a développé plusieurs orientations dont la juxtaposition dévoile l'absence de doctrine ferme.

La plus ancienne a consisté à organiser une instance dédiée, le comité d'entreprise. À cette instance le législateur a attribué une mission de coopération (10), puis de contrôle (11), sur la gestion économique de l'entreprise (12). Ce changement a permis au comité d'entreprise de s'affirmer comme une instance représentative du personnel, dépositaire d'intérêts différents de ceux qu'expriment les décisions du chef d'entreprise et d'acquiescer, à ce titre, une capacité d'influence (13). À cet effet, le comité d'entreprise a été doté de droits d'information (14), de consultation et, de manière exceptionnelle, de veto (15). Le législateur a également organisé plusieurs formes de liaison entre les membres du comité

et les organes dirigeants de l'entreprise sociétaire (16), sans aller jusqu'à permettre aux représentants du personnel d'accéder à une voix délibérative en leur sein.

Pour franchir le pas d'un accès des salariés au pouvoir décisionnel de ces organes dirigeants, le législateur a d'abord imposé l'intégration parmi leurs membres de salariés, en leur qualité d'actionnaires. Il s'est contenté d'autoriser leur désignation en leur seule qualité de salariés jusqu'à la loi de 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (17), laquelle a rendu obligatoire la désignation d'administrateurs salariés dans certaines sociétés.

Sous l'égide d'une « *nouvelle organisation du dialogue social et économique* », les ordonnances dites *Macron* ont choisi de remanier en profondeur l'organisation des institutions représentatives du personnel. Pourtant évoqué par les documents préparatoires (18), le renforcement de la présence des salariés au sein des organes dirigeants de l'entreprise sociétaire a été renvoyé au projet de loi « Pacte » (19). Ce partage a conforté les profondes différences de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, selon qu'elle opère par l'intermédiaire d'instances représentatives du personnel (I) ou d'administrateurs salariés (II).

I. Par l'intermédiaire d'institutions représentatives du personnel

La « *nouvelle organisation du dialogue social et économique* » (20) reçoit deux déclinaisons qui impactent la participation des travailleurs, jusqu'alors exercée par le comité d'entreprise. À l'obligation de mettre en place la nouvelle instance du comité social et économique (A), s'ajoute l'autorisation de la transformer en conseil d'entreprise (B).

A. Le comité social et économique

À partir de 1982, les attributions du comité d'entreprise ont été conçues pour lui permettre d'exercer un contrôle sur la gestion économique de l'entreprise. De manière progressive, la loi a organisé une procédure obligatoire d'information-consultation dotée d'un large domaine d'application, dont le juge

(9) Directive n° 2001/86/CE du 8 octobre 2001.

(10) Aux termes de l'ordonnance du 22 février 1945, « *le comité d'entreprise coopère avec la direction à l'amélioration des conditions d'emploi et de travail, ainsi que des conditions de vie du personnel...* ».

(11) Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

(12) En revanche, le comité d'entreprise détient le monopole de gestion des activités sociales et culturelles.

(13) A. Lyon-Caen, cit., *supra*.

(14) Institué par la loi de 1982, le comité de groupe sera uniquement doté d'un droit à l'information.

(15) Cf. *infra*.

(16) En reconnaissant au comité, notamment, le droit de désigner

des membres pour siéger avec voix consultative aux séances du conseil d'administration ou de surveillance (CSE, C. trav., art. L. 2312-72 à L. 2312-77), pour assister aux réunions de l'assemblée générale des actionnaires et être entendus sur certaines délibérations (CSE, C. trav., art. L. 2312-77), ainsi que d'exercer un droit d'alerte sur la situation économique de l'entreprise en saisissant au besoin les organes dirigeants de la société (CSE, C. trav., art. L. 2312-63 et s.).

(17) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

(18) Not. F. Géa, « Les soubassements de la réforme », RDT 2017, p. 593.

(19) Le projet relatif à la croissance et la transformation des entreprises a été définitivement adopté par le Parlement le 11 avril 2019.

(20) Ord. n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

a estimé que le non-respect justifiait la suspension d'une décision patronale (21). La capacité d'influence du comité est néanmoins restée modeste (22). Ses attributions consultatives ont permis l'expression des droits et intérêts des travailleurs et, ce faisant, favorisé leur prise en compte, sans pour autant la garantir. Plus largement, le législateur n'a pas doté la délégation du personnel au comité de prérogatives lui permettant de faire reculer l'unilatéralisme du pouvoir de gestion, si ce n'est sous la forme embryonnaire d'un droit de veto reconnu de manière ponctuelle (23).

Cette limitation n'a pas été levée à propos du CSE. Le cas échéant, cette nouvelle instance hérite des attributions du comité d'entreprise (24). Le législateur a toutefois approfondi une reconfiguration du cadre d'exercice de ces attributions, dont certaines orientations prédominent (25).

La première a consisté à réaménager les modalités de l'information-consultation en regard du processus décisionnel de gestion de l'entreprise, selon lequel la gestion opérationnelle s'inscrit dans le cadre fixé par la gestion stratégique et repose sur l'imbrication de l'économique et du social.

Inspirée par un ANI (26), la loi de sécurisation de l'emploi (27) a initié ce réaménagement en instituant une procédure d'information-consultation spécifique, destinée à garantir un échange entre la délégation du personnel au comité d'entreprise (28) et les organes dirigeants de la société, sur les orientations stratégiques et leurs conséquences en termes d'emploi largement entendues (29). L'avancée a cependant été contrariée par la temporalité de cette procédure, dont la loi souligne qu'elle porte sur « *les orientations stratégiques définies* » par les organes dirigeants, limitant ainsi la capacité des représen-

tants du personnel de peser sur la détermination de ces orientations (30). Cette loi a également poursuivi la réorganisation de l'information délivrée par l'employeur sur la gestion opérationnelle de l'entreprise en instituant la base de données économiques et sociales (31). Elle a ainsi favorisé la diffusion aux représentants du personnel d'une information holistique, plus proche de celle qui anime l'exercice du pouvoir de gestion. En insistant sur une imbrication dont le comité « social et économique » ne porte pas que le nom. Cette instance unique centralise les attributions des anciennes institutions représentatives du personnel, dont l'exercice est ainsi rendu plus perméable à l'interaction de l'économique et du social, y compris en matière de santé au travail.

Une autre orientation a consisté à organiser les conditions d'un repli de la procédure d'information-consultation, s'agissant de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise.

À ce repli a d'abord contribué le réaménagement de la procédure de droit commun entrepris par un strict encadrement temporel, doublé d'une présomption d'avis (32). L'ordonnance instituant le CSE a supprimé le délai minimal de 15 jours (33). Dans le cadre du CSE, l'effet utile de la procédure doit plus largement composer avec une réduction législative des moyens de la délégation du personnel (34). Cette régression signale une relativisation par le législateur du rôle des attributions consultatives dans le cadre de la « *nouvelle organisation du dialogue social et économique* ». L'expression ainsi retenue est d'ailleurs féconde. Elle inclut la négociation collective, dont le renforcement, poursuivi par une autre ordonnance (35), est en lien avec la participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Qu'il s'agisse des objets de négociation ou de la teneur des accords

(21) Not. Cass. Soc. 28 novembre 2000, n°98-19-594.

(22) Not. V. Fraissinier-Amiot, « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », LPA 2008, n°99, p. 6.

(23) Le droit de veto doublé du droit de saisine d'un médiateur reconnu au comité d'entreprise sur les projets de licenciements collectifs de grande ampleur par la loi de modernisation sociale (n°2002-73 du 17 janvier 2002) a rapidement été suspendu (loi n°2003-6 du 3 janvier 2003) puis abrogé (loi n°2005-32 du 18 janvier 2005).

(24) C. Trav., art. L. 2312-1 et L. 2312-2.

(25) Not. F. Géa, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtit une « culture de la confiance » ? », Dr. Soc. 2013, p. 717.

(26) ANI du 13 janvier 2013.

(27) Loi n°2013-504 du 14 juin 2013.

(28) La loi dite *Rebsamen* (loi n°2015-994 du 17 août 2015) a permis de prévoir, par accord collectif de groupe, le déroulement au niveau du groupe de l'information-consultation sur les orientations stratégiques (C. trav., art. L. 2312-20).

(29) La loi « Pacte » modifie les dispositions supplétives relatives à la consultation du CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-24) en prévoyant que l'organe dirigeant ou, le cas échéant, ses représentants, « *présentent une réponse argumentée devant le comité* ».

(30) L'ANI visait un échange sur « *des options stratégiques possibles et des conséquences anticipées de chaque option...* ».

(31) C. trav., art. L. 2312-18 et s.

(32) Loi n°2013-504 du 14 juin 2013

(33) C. trav., art. L. 2312-15 et L. 2312-16.

(34) Not. G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », RDT 2017, p. 608 ; G. Loiseau, « Le comité social et économique », Dr. Soc. 2017, p. 1044 et « Les moyens du CSE sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel : un label sans garantie », Dr. Soc. 2018, p. 713.

(35) Ord. n°2017-1385 du 22 septembre 2017.

collectifs d'entreprise, le législateur a plus largement ouvert les voies de la négociation collective gestionnaire (36).

Cette promotion de la négociation collective éclaire d'autres aspects du cadre et des moyens d'intervention reconnus par la loi au CSE. Elle trouve une expression dans les possibilités d'aménager par accord, notamment, le contenu, la périodicité et les modalités de l'information-consultation récurrente du comité (37). Une autre illustration réside dans le contraste entre l'élargissement des procédures permettant l'entrée en vigueur d'un accord collectif dans l'entreprise dépourvue de délégué syndical (38) et les conditions restrictives auxquelles le CSE acquiert les attributions sur la gestion de l'entreprise d'au moins 50 salariés (39). L'attrait du législateur pour la négociation collective, comme forme de participation à la gestion de l'entreprise, s'observe aussi dans la levée de l'obligation d'information-consultation sur le thème de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, lorsque celui-ci a fait l'objet d'un accord collectif (40).

De cette valorisation de la négociation collective gestionnaire relève également la possibilité de transformer le CSE, en conseil d'entreprise.

B. Le conseil d'entreprise

La mise en place du conseil d'entreprise accroît les capacités d'intervention de la représentation du personnel sur la gestion de l'entreprise (41). Le renforcement de la participation des salariés apparaît néanmoins limité (42) et le déploiement de cette nouvelle instance s'avère difficile.

En plus des attributions du CSE, le conseil d'entreprise acquiert le monopole de la négociation collective. À cela s'ajoute l'obligation de subordonner à son avis conforme l'exercice du pouvoir décisionnel sur certains thèmes. Le législateur fait ainsi le pari d'une instance représentative du personnel qui centralise des prérogatives susceptibles de favoriser

la participation des salariés à la gestion de l'entreprise.

Cependant, la contribution de la négociation collective ne doit pas être surestimée. Au plan juridique, la liberté de conclure ou non un accord collectif préserve l'unilatéralisme du pouvoir de gestion. L'employeur n'est jamais obligé de conclure un tel accord, même s'il peut y être incité pour obtenir des marges de gestion. De plus, le domaine ouvert par la loi à la négociation collective recouvre la gestion du personnel largement entendue, sans toucher directement à la gestion économique, organisationnelle ou bien encore stratégique de l'entreprise (43). La négociation collective ne permet donc pas d'accéder au réacteur de la gestion de l'entreprise, dont les arbitrages ne sont pas de son ressort. Enfin, l'accord collectif est plus que jamais conçu par le législateur comme un moyen de légitimer, voire d'élargir, les capacités de gestion du personnel par décision unilatérale. L'attribution du monopole de la négociation collective au conseil d'entreprise ne fortifiera donc pas la capacité d'influence des représentants du personnel sur la gestion de l'entreprise. En revanche, ce transfert pourrait rendre la négociation collective plus perméable à cette gestion.

Par la procédure de l'avis conforme, le renforcement de la capacité d'influence des représentants du personnel est possible, sans être acquis. Les promoteurs du conseil d'entreprise ont pointé une procédure nouvelle de « codécision à la française », par laquelle certains thèmes seraient « *cogérés par les élus et l'employeur* » (44).

L'innovation doit être relativisée. À l'instar de la délégation du personnel au comité d'entreprise, celle au CSE ou au conseil d'entreprise dispose d'un droit de veto sur la mise en œuvre de certaines mesures (45). Surtout, le partage auquel la procédure de l'avis conforme permet d'accéder est modeste. Cette procédure oblige celui qui consulte à tenir compte de l'avis recueilli pour arrêter sa décision.

(36) En témoigne l'accord de performance collective « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » (C. trav., art. L. 2254-2).

(37) C. trav., art. L. 2312-17 et s.

(38) C. trav., art. L. 2232-21 et s.

(39) C. trav., art. L. 2312-2.

(40) C. trav., art. L. 2312-14. Le projet initial prévoyait cette dispense à propos de tous les thèmes ayant fait l'objet d'un accord collectif.

(41) C. trav., art. L.2321-1 et s.

(42) Il demeure très éloigné du comité d'établissement allemand. P. Rémy, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? » Dr. Soc. 2017, p. 1050.

(43) La loi consacre le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales, C. trav., art. L. 2221-1.

(44) Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386.

(45) Mise en place d'horaires individualisés (C. trav., art. L. 3121-48) ; embauche du médecin du travail (C. trav., art. R. 4623-5) ; choix d'un service médical autonome d'entreprise (C. trav., art. D. 4622-2) ; cessation de l'adhésion à un service de santé au travail interentreprises (C. trav., art. D. 4622-23) ; remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur équivalent dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale (C. trav., art. L. 3121-37) ; refus d'autorisation d'absence pour un congé de formation économique, sociale et syndicale (C. trav., art. L. 2145-11).

Elle abrite en cela un droit de veto, dont l'exercice permet à la délégation du personnel de s'opposer à un projet et/ou de susciter une négociation (46) afin de faire évoluer le projet soumis par l'employeur (47). Sans aller jusqu'à lui permettre de susciter, ni même d'imposer une décision, chaque fois que l'employeur n'est pas tenu d'en prendre dans le domaine concerné. Cette procédure ne recèle donc pas un partage du pouvoir décisionnel. Tout au plus conduit-elle au partage de la décision, encore que sous une forme allégée. Elle soumet à l'assentiment des représentants du personnel l'adoption d'une décision qui reste unilatérale (48).

À ces limites intrinsèques s'en ajoute une autre, tenant au champ d'application de la procédure. Le législateur requiert de soumettre à son respect l'exercice du pouvoir décisionnel sur certains thèmes (49) en se contentant d'imposer celui de la formation professionnelle. Le renvoi opéré à l'accord collectif de transformation du soin de prévoir d'autres thèmes participe des circonstances qui rendent difficiles le déploiement de l'instance.

La mise en place du conseil d'entreprise se heurte à des difficultés. Un rapport d'évaluation publié en décembre 2018 (50) constate ainsi le « *peu d'attente pour la création de conseils d'entreprise* » (51).

Au plan juridique, la rédaction des dispositions du Code du travail afférentes (52) soulève des interrogations quant à la teneur ou la portée des règles applicables. Au plan des relations sociales, l'accord collectif nécessaire suppose un consensus difficile à forger (53). Du côté des organisations syndicales, il s'agit de renoncer à la négociation collective d'entreprise par l'intermédiaire de délégués syndicaux et, plus largement, de prendre le risque de fragiliser

l'action de la représentation syndicale dans l'entreprise (54). Ceci étant, les organisations syndicales majoritaires pourraient voir dans la mise en place d'un conseil d'entreprise, le moyen de conforter leur influence dans le dialogue social. Du côté patronal, il s'agit de consentir au renforcement du contrôle de l'exercice du pouvoir de gestion par l'admission de la procédure de l'avis conforme sur certains thèmes. Mais d'obtenir, en contrepartie, la négociation avec des représentants élus d'accords collectifs de travail, dont les conditions d'entrée en vigueur sont sensiblement différentes (55) de celles applicables à l'accord conclu par un ou plusieurs délégués syndicaux (56).

Au-delà, le conseil d'entreprise apparaît surtout comme un « ballon d'essai » au travers duquel deux signaux sont adressés à propos de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, par l'intermédiaire de représentants du personnel. Si le renforcement de cette participation est possible, c'est par l'intermédiaire de la représentation élue, plutôt que syndicale, et avec l'accord patronal.

En tout état de cause, aucune institution représentative du personnel conçue par ordonnance n'accède à l'exercice du pouvoir décisionnel des organes dirigeants d'une société (57). De manière délibérée, les ordonnances n'ont pas investi la problématique de la gouvernance de l'entreprise sociétaire (58). À cet égard, la loi « Pacte » introduit plusieurs changements intéressant la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, par l'entremise d'administrateurs salariés (59).

(46) « Une prérogative comme un droit d'opposition constitue, à n'en pas douter, un puissant adjuvant de la négociation » (A. Lyon Caen, « Le comité d'entreprise et les restructurations », Dr. Soc. 2004, p. 285).

(47) Des précisions sont attendues sur le sort juridique de la décision adoptée sans avis conforme, le cas échéant. La question revêt encore plus d'acuité si l'on s'interroge sur l'articulation entre l'exigence d'un avis conforme et la présomption d'avis défavorable posée par la loi à l'expiration du délai d'information-consultation.

(48) En ce sens, G. Borenfreund, cit., *supra*.

(49) Jusqu'alors, seuls des projets de mesure étaient concernés par un droit de veto.

(50) « Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail - Note d'étape », France Stratégie, décembre 2018, spéc. p. 54. V. aussi A. Cormier Le Goff, J. Krivine, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », Dr. Soc. 2019, p. 204.

(51) Spéc., p. 10.

(52) C. Trav., art. L. 2321-1 à L. 2321-10 et R. 2321-1.

(53) Cet accord collectif doit être conclu par des organisations syndicales représentatives et satisfait à l'exigence majoritaire, sans recours possible à un referendum (C. trav., art. L. 2321-2).

(54) Au demeurant, le droit ainsi reconnu à des organisations syndicales représentatives, serait-ce majoritaires, de priver d'accès à la négociation collective toutes les organisations syndicales représentatives ayant désigné un délégué syndical, s'expose à des objections juridiques. En droit français, le droit à la négociation est un droit des travailleurs et non des organisations syndicales, lesquelles n'en sont que les agents d'exercice.

(55) C. trav., art. L. 2321-9.

(56) C. trav., art. L. 2321-12.

(57) Cf. Q. Urban, « La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par actions : « Quel progrès ? », RDT 2013, p. 689.

(58) Not. A. Rebérioux, « Gouvernance d'entreprise et théorie de la firme. Quelle(s) alternative(s) à la valeur actionnariale ? », Revue d'économie industrielle, 2003, n° 104, p. 85.

(59) Un volet de la loi « Pacte » est consacré à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise.

II. Par l'intermédiaire d'administrateurs salariés

Le législateur a entrepris, par petites touches, de favoriser l'accès des salariés au pouvoir décisionnel des organes dirigeants de l'entreprise sociétariaire, dont l'organisation est juridiquement encadrée par le droit des sociétés (60). Il a récemment rendu obligatoire la désignation d'administrateurs salariés dans certaines sociétés (A), dont le statut configure cependant une formule de participation pour le moins ambiguë (B).

A. Une formule obligatoire

La démarche consistant à imposer la désignation de salariés, en cette qualité, parmi les membres des organes dirigeants d'une société dotés d'une voix délibérative, s'est longtemps limitée aux entreprises publiques, ainsi qu'aux entreprises privatisées (61). Concernant les sociétés privées, le législateur s'est d'abord contenté d'autoriser la désignation d'administrateurs salariés (62) dans certaines d'entre elles, sans avoir été suivi en pratique (63).

Inspirée par l'ANI du 13 janvier 2013, la loi du 14 juin 2013 a franchi un pas remarqué en rendant obligatoire la désignation d'administrateurs salariés dans des sociétés (64) dont la loi de 2015, dite *Rebsamen* (65), a élargi le champ (66). Portée par l'ambition de « repenser la place des entreprises dans la société » afin de les rendre « plus justes », la loi « Pacte » renforce le dispositif en procédant à l'augmentation du nombre minimal des salariés administrateurs et en imposant leur désignation aux mutuelles de plus de 1.000 salariés en France (67). Ainsi, les sociétés anonymes ou en commandite par actions qui emploient au moins 1.000 salariés en France ou au moins 5.000 en France et à l'étranger devront désormais intégrer deux administrateurs salariés pour siéger dans leur conseil d'administration ou de surveillance, si ce dernier compte plus de 8 administrateurs non salariés, contre 12 actuellement.

Au premier abord, plusieurs éléments suggèrent un renforcement de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, à la faveur de la désignation obligatoire d'administrateurs salariés.

Cette obligation impose l'intégration, parmi les membres des organes dirigeants dotés d'une voix délibérative, de salariés non actionnaires, alors que celle de salariés actionnaires (68) avait jusqu'alors été privilégiée (69). À cela s'ajoute qu'au sein du conseil d'administration, les salariés administrateurs contribuent à l'exercice du pouvoir décisionnel de l'organe dirigeant (70), dont relève notamment la détermination des orientations stratégiques (71). C'est d'ailleurs avec l'objectif de « favoriser la prise en compte du point de vue des salariés sur la stratégie de l'entreprise », que l'ANI de 2013 avait préconisé de rendre obligatoire la désignation d'administrateurs salariés.

Cependant, une vision plus approfondie du dispositif, tel que traduit par le législateur, invite à s'interroger sur la conception de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise à l'œuvre.

B. Une formule ambiguë

Si l'on considère que la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise implique de leur permettre de faire valoir leurs droits et intérêts, le dispositif de l'administrateur salarié imposé par la loi trace une voie parsemée d'ambiguïtés.

Le législateur français a imposé la désignation d'administrateurs salariés, par le truchement d'une autre forme de représentation que celle incarnée par les représentants du personnel.

A cet égard, il été observé à juste titre qu'en faisant référence à des « administrateurs représentant les salariés », la loi de 2013 avait fait le choix d'une formule en trompe-l'œil (72). L'expression laisse à penser

(60) Cf. S. Vernac, « Du bon gouvernement de l'entreprise en société », RDT 2018 p. 261.

(61) Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994.

(62) R. Robert, *Les administrateurs salariés et la gouvernance d'entreprise*, La Documentation française, 2009.

(63) Ord. n° 86-1135 du 21 octobre 1986.

(64) Not. G. Auzero, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », Dr. Soc. 2013. 740 ; E. Jeansen et F. Maréchal, « Participation des salariés à la gestion de l'entreprise, nouvelle formule », JCP S 2013. 1272.

(65) Loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

(66) C. com., art. L. 2225-27-1 et L. 225-79-2.

(67) La loi « Pacte » insiste, par ailleurs, sur la participation des salariés aux résultats de l'entreprise.

(68) Comme le relève un auteur, il s'agit davantage d'imposer la représentation d'une catégorie spécifique d'actionnaires qu'une véritable représentation des salariés assurant leur droit à participer à la gestion de l'entreprise. G. Auzero, *ibid.*

(69) J.-P. Lieutier, « La participation des salariés au capital et à la gestion à travers quelques aspects de droit des sociétés », Dr. Soc. 2015 p. 1012.

(70) G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », Dr. Soc. 2015, p. 1006.

(71) La mission du conseil d'administration intègre notamment la détermination des orientations stratégiques de l'activité de la société (C. com., art. L. 225-35 et s.).

(72) Cf. P.-L. Périn, C. Kirren et A. Maufrais, « Le mandat des administrateurs salariés », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, juillet 2015.

que ces administrateurs assument l'expression et la défense de l'intérêt collectif des salariés au sein de l'organe dirigeant. Pareille suggestion est cependant contredite par le statut que la loi leur assigne en édictant une stricte incompatibilité entre le mandat d'administrateur salarié et celui de représentant élu ou syndical (73). Règle dont il a été observé qu'elle constituait une spécificité française (74), mais dans laquelle se loge une précision d'importance. Par l'entremise de l'administrateur salarié, une représentation d'une autre nature que celle incarnée par la représentation du personnel est admise.

Dans cette optique, la loi n'investirait pas les administrateurs salariés de la mission de représenter les droits et intérêts d'une collectivité de travailleurs. Il s'agirait plutôt d'une représentation du travail comme facteur productif de l'entreprise, qui permettrait de nuancer la part du capital (75) et de favoriser la reconnaissance des salariés comme une partie prenante, voire constitutive de l'entreprise (76), dont serait ainsi poursuivie une forme de libération (77). Non sans prendre le risque d'une dilution, voire d'une négation de l'antagonisme inhérent aux relations de travail, au sein de l'organe dirigeant de l'entreprise sociétariaire. Et celui de déconnecter une participation organisationnelle d'une participation marchande, à laquelle seraient cantonnés les représentants du personnel (78). D'ailleurs, le projet de la loi « Pacte » adopté par l'Assemblée nationale en première lecture précisait que « *sous réserve des dispositions légales qui leur sont propres, les administrateurs représentants les salariés ont les mêmes droits et les mêmes obligations que les autres membres du conseil* ». Parmi ces obligations figure celle de la confidentialité (79).

(73) C. com., art. L. 225-30.

(74) Dans leur rapport (*L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 9 mars 2018), N. Notat et J.-D. Senard relèvent que « *L'interdiction du cumul entre la fonction d'administrateur et celle d'élu syndical est une règle française qui n'existe dans aucun autre pays d'Europe appliquant le système des administrateurs salariés, ce qui a justifié des interrogations lors des auditions* ».

(75) Ainsi, « *Le rôle des administrateurs salariés n'est pas de défendre l'emploi ou les salaires. Il est de représenter le travail au moment où se prennent les décisions stratégiques. Représenter le travail signifie que l'on prend en considération la logique de ce facteur de production, sa situation, son état d'esprit, ses attentes et ses compétences - comme on prend aussi en considération la logique du capital - de manière à élaborer les décisions dans l'intérêt social de l'entreprise* », P.-Y. Gomez, X. Hollandts, « *La représentation des salariés aux conseils d'administration. Enjeux, obstacles et préconisations* », RDT 2015, p. 451.

(76) Cf. *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, par N. Notat et J.-D. Senard, 9 mars 2018.

(77) En ce qu'elle serait « *prisonnière du droit des sociétés* » (N. Notat et J.-D. Senard, *ibid.*)

(78) Centrée sur le partage de la valeur ajoutée, notamment en termes de salaires.

De manière également significative, le choix du mode de désignation des administrateurs salariés reste confié par la loi aux actionnaires (80), auxquels il incombe de procéder à la modification nécessaire des statuts de la société (81). De sorte que l'acquisition par les salariés d'une capacité décisionnelle au sein des organes dirigeants opère dans le respect du modèle dominant de la gouvernance de l'entreprise sociétariaire.

La loi « Pacte » introduit néanmoins des modifications sur ce terrain, qui pourraient rejaillir sur la participation des salariés à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire d'administrateurs salariés.

Le texte ajoute à l'article 1833 du Code civil un second alinéa, aux termes duquel « *la société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de la société* ». La loi entérine ainsi la notion d'intérêt social dégagée par les juges en l'érigeant en impératif de gestion de l'entreprise sociétariaire, particulièrement à l'adresse du conseil d'administration ou du directoire (82). Cette consécration conforte le pilier de la gestion sociétariaire, en vertu duquel une société ne doit pas être gérée dans l'intérêt de personnes particulières, mais dans son intérêt autonome. S'ajoute une obligation de moyens et non de résultat, qui imposerait aux organes dirigeants de poursuivre l'intérêt social en intégrant, parmi les paramètres de la décision, les enjeux économiques et sociaux (83). L'étude d'impact souligne néanmoins que « *cette obligation de moyens ne présage pas de l'orientation ou du contenu de la décision de gestion. Elle n'est qu'une étape impérative de la réflexion menée* » (84). Enfin, est introduite à

(79) C. com., art. L. 225-37, alinéa 5.

(80) Selon un bilan réalisé en 2015, la majorité des statuts ont opté pour la désignation (par une organisation syndicale ou une institution représentative du personnel) plutôt que l'élection par les salariés. V. C. Clerc « *Enquête 2015 sur les administrateurs salariés* », Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, juillet 2015, dossier 19.

(81) Les statuts doivent également fixer le nombre de sièges accordés à ces administrateurs, sous réserve de respecter le plancher prévu par la loi, ainsi que la durée de leur mandat (C. com., art. L. 225-27-1, II et L. 225-79-2, II).

(82) En modifiant à cet effet les dispositions des articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce. Cf. K. Deckert, « *Les nouvelles attributions du conseil d'administration et de son président* », Revue des sociétés 2018, p. 629.

(83) L'étude d'impact relève que « *le champ social et environnemental* » doit être entendu comme le plus large possible en regard de la notion de responsabilité sociale et environnementale du rapport prévu par les articles L. 225-102-1 et R. 225-105 du Code de commerce. Cf. I. Desbarats, « *De l'entrée de la RSE dans le Code civil. Une évolution majeure ou symbolique ?* (art. 61 du projet de loi « Pacte ») », Dr. Soc. 2019, p. 47.

(84) Spéc., p. 544.

l'article 1835 du Code civil la possibilité de préciser dans les statuts « *la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité* », dont les organes dirigeants devront également tenir compte, le cas échéant.

Les administrateurs salariés pourraient être tentés de prendre appui sur ces évolutions pour susciter ou enrichir la réflexion des autres membres de l'organe dirigeant sur certains aspects de la gestion de l'entreprise (85), dont celui de la gestion du personnel (86). En tout état de cause, leurs moyens resteraient somme toute limités. La loi « Pacte » augmente le nombre minimal d'administrateurs salariés, sans franchir le cap d'un rééquilibrage propre à favoriser

une redistribution des pouvoirs au sein de l'organe dirigeant (87). Sans compter que nombre de sociétés restent dispensées (88).

La formule de l'administrateur salarié dessinée par la loi engage donc une forme de participation des salariés à la gestion de l'entreprise, dont il reste à étayer la finalité au regard du droit des sociétés, sans perdre de vue le droit du travail. L'entreprise implique d'analyser et d'éprouver comment cette forme de participation s'articule ou coexiste avec celles assumées par les représentants du personnel (89).

Isabel Odoul-Asorey

(85) Sur la diversité des approches développées par les confédérations syndicales dont est issue la majorité des administrateurs salariés, cf. P.-L. Périn, C. Kirren, A. Maufrais, « Le mandat des administrateurs salariés », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, juillet 2015, dossier 20.

(86) Des administrateurs salariés déplorent le manque de discussions sur les ressources humaines, cf. C. Clerc, « Enquête 2015 sur les administrateurs salariés », art. préc.

(87) La loi prévoit la remise par le Gouvernement au Parlement, au plus tard trois ans après la publication de la présente loi, d'un rapport évaluant les effets économiques et managériaux de la présence d'administrateurs représentant les salariés au sein des conseils d'administration ou de surveillance des sociétés concernées, l'opportunité d'une extension de cette disposition

à trois administrateurs lorsque ces conseils comportent plus de douze membres et la pertinence d'intégrer dans ce panel un administrateur représentant les salariés des filiales situées en dehors du territoire national, lorsque la société réalise une part significative de son activité à l'international.

(88) À cet égard, « *le législateur entend visiblement persister dans sa volonté de laisser les sociétés par actions simplifiées en marge* », G. Auzero, « La représentation des salariés dans les organes sociaux », Dr. Soc. 2019, p. 42.

(89) Cf. A. Cochon, *Les administrateurs salariés en France : contribution à une sociologie de la participation des salariés aux décisions de l'entreprise*, thèse, sociologie, Conservatoire national des arts et métiers-CNAM, 2014.