



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit social général
Dirigé par Madame le Professeur Françoise Favennec et Monsieur
le Professeur Patrick Morvan
2022

***Quel rôle économique pour le comité
social et économique ?***

Auteur Anaïs Esnault

Sous la direction de Monsieur le Professeur Julien Icard

MEMOIRE DE RECHERCHE

Master 2 Droit social général

Co-dirigé par Madame le Professeur Françoise Favennec et Monsieur le Professeur
Patrick Morvan

Quel rôle économique pour le comité social et économique ?

Anaïs Esnault

Sous la direction de

Monsieur le Professeur Julien Icard

Année universitaire 2021-2022



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

À mon fils Sabri et à ma grand-mère Mathilde. Je les remercie pour leur patience et leur soutien lors de mes longues et difficiles années d'études. À mes anciennes collègues femmes de chambre.

Je remercie également mon directeur Julien Icard pour la proposition de ce sujet passionnant, actuel et pour la confiance qu'il m'a accordée.

« La participation change la condition de l'homme au milieu de la civilisation moderne. Dès lors que les gens se mettent ensemble pour une oeuvre économique commune, par exemple, pour faire marcher une industrie, en apportant soit les capitaux nécessaires, soit la capacité de direction, de gestion et de technique, soit le travail, il s'agit que tous forment ensemble une société, une société où tous aient intérêt à son rendement et à son bon fonctionnement et un intérêt direct. Cela implique que soit attribuée de par la loi, à chacun, une part de ce que l'affaire gagne et de ce qu'elle investit en elle-même grâce à ses gains. Cela implique aussi que tous soient informés d'une manière suffisante de la marche de l'entreprise et puissent, par des représentants qu'ils auront tous nommés librement, participer à la société et à ses conseils pour y faire valoir leurs intérêts, leurs points de vue et leurs propositions. C'est la voie que j'ai toujours cru bonne, en 1945, quand, avec mon gouvernement, j'ai institué les comités d'entreprise, quand, en 1959 et en 1967, j'ai, par ordonnances, ouvert la brèche à l'intéressement. C'est la voie dans laquelle il faut marcher. ».

Charles de Gaulle¹

« On ne peut, aujourd'hui, penser l'entreprise sans interroger sa place dans la société. Pour la population active, l'entreprise est, à côté de la famille, l'institution qui occupe le plus de place dans la vie de l'individu »

Isabelle Ferreras²

¹ Entretien radiodiffusé et télévisé du général de Gaulle avec Michel Droit, 7 juin 1968, Palais de l'Élysée.

² I. Ferreras, Gouverner le capitalisme ?, PUF, 2012, p. 220

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Reuves et encyclopédies

BJT	Bulletin Joly Travail (Lextenso)
Bull	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Dr. soc.	Revue de droit social (Dalloz)
JCP E	La Semaine Juridique, édition entreprise (LexisNexis)
JCP G	La Semaine Juridique, édition générale (LexisNexis)
JCP S	La Semaine Juridique, édition sociale (LexisNexis)
RDT	Revue de droit du travail (Dalloz)
RJS	Revue de jurisprudence sociale (Francis Lefebvre)
RPDS	Revue pratique de droit social
Sem. soc.	Semaine sociale (Lamy)

Institutions et juridictions

CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ. 1re	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2e	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3e	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
CSE	Comité social et économique
DS	Délégué syndical
IRP	Institutions représentatives du personnel
OIT	Organisation internationale du travail
PME	Petite et moyenne entreprise
SA	Société anonyme
SAS	Société par actions simplifiées
SCA	Société en commandite par actions

Sources

CSDHLF	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme

Abréviations générales

Art.	Article
BDESE	Base de données économiques, sociales et environnementales
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. trav.	Code du travail
Cf	confer (se reporter à)
Ch.	Chambre
DC	Décision conforme
Éd.	Édition
Ibid.	Au même endroit
Infra.	En dessous dans le texte
L.	Loi
Obs.	Observation
OPA	Offre publique d'achat
Préc.	Précité (dans le texte)
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.	Règlement
S.	Suivant(e)s
Sté.	Société
Supra.	Au dessus dans le texte
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal judiciaire
V.	Voir
Voc. jur.	Vocabulaire juridique

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE - Un modèle de représentation économique désuet	15
Titre préliminaire - Les sources de la représentation	16
Titre liminaire - Les modèles de représentation économique analogues	18
Chapitre 1 - La représentation des salariés dans les sociétés allemandes	19
Section 1 - Les organes de cogestion	20
Section 2 - L'organe de codécision	23
Chapitre 2 - La représentation des salariés dans les organes de direction et de contrôle des sociétés françaises	27
Section 1 - Une présence minoritaire d'administrateurs salariés	28
Section 2 - Une présence consultative de représentants du personnel	32
Titre 1 - Le rôle économique actuel du CSE	34
Chapitre 1 - Un rôle consultatif stable	35
Section 1 - Les grandes consultations	35
Section 2 - Des pouvoirs complémentaires	40
Chapitre 2 - Un rôle de négociation croissant	44
Section 1 - La négociation dérogatoire	44
Section 2 - Le conseil d'entreprise	46
Chapitre 3 - Un rôle étriqué dans les entreprises de moins de cinquante salariés	50
Section 1 - Des prérogatives parcimonieuses	50
Section 2 - Un nombre important de salariés	51
Chapitre 4 - Un rôle majeur dans les entreprises en restructuration et en difficulté	52
Section 1 - Dans les entreprises en restructuration	52
Section 2 - Dans les entreprises en difficulté	61

Titre 2 - Les limites manifestes du rôle économique du CSE	67
Chapitre 1 - La faiblesse de la structure	68
Section 1 - L'affaiblissement des moyens humains et matériels	68
Section 2 - L'absence d'un droit de l'entreprise	71
Chapitre 2 - La faiblesse de la nature des avis	73
Section 1 - Un pouvoir de représentation imparfait	73
Section 2 - Un pouvoir d'opposition rare	76
DEUXIEME PARTIE - Un modèle de représentation économique performant : étude prospective	78
Titre 1 - Un rôle économique structurel nouveau	81
Chapitre 1 - Un perfectionnement de la structure du CSE d'entreprise	82
Section 1 - La reconnaissance d'un droit de l'entreprise	83
Section 2 - L'instauration du bicamérisme d'entreprise	86
Chapitre 2 - Un maintien des autres institutions d'entreprise	89
Section 1 - Un maintien de la place des actionnaires	89
Section 2 - Un maintien de la place des syndicats	91
Titre 2 - Un rôle économique fonctionnel nouveau	93
Chapitre 1 - Un partage de la décision	94
Section 1 - L'institution d'un droit de codécision	94
Section 2 - L'extension du droit d'avis conforme	97
Chapitre 2 - Une garantie de fonctionnement	100
Section 1 - Des solutions aux blocages	100
Section 2 - Des apports subséquents aux intérêts de l'entreprise	101
CONCLUSION	105
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	106

Introduction

1. « L'ordonnance du 22 septembre 2017³ opère un choix politique et correspond à un changement de vision du rôle du CSE axé davantage vers la mise en oeuvre de la stratégie de l'entreprise dont la collectivité des salariés est partie prenante que vers l'expression des antagonismes et la manifestation d'un contre-pouvoir »⁴

2. Le comité social et économique (CSE) est l'institution de représentation du personnel dans les entreprises. Il dispose d'attributions consultatives permettant un contrôle sur la marche générale de l'entreprise mais ne dispose ni de prérogative de gestion, ni d'un réel pouvoir de décision. Les prérogatives de gestion et le pouvoir de décision appartiennent aux associés et aux actionnaires. Ils exercent leurs prérogatives de gestion par le biais de leurs représentants aux conseils d'administration et de surveillance, tandis qu'ils exercent leur pouvoir de décision par le biais des cadres dirigeants de l'entreprise.

3. Se pose alors la question suivante : « Quel rôle économique pour le CSE ? ». Le terme « Quel » accolé au terme « pour » signifie qu'une orientation est prise pour le présent ou est à prendre pour l'avenir, sans que celle-ci soit véritablement connue. Cette interrogation, sur le rôle économique que le CSE va jouer au sein de l'entreprise, est logique puisqu'il est une institution nouvelle, née de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales⁵.

4. **Notions.-** Le rôle est un terme emprunté au terme latin médiéval *rollus* (rouleau, parchemin roulé) qui désignait un parchemin sur lequel était écrit le texte que devaient dire les acteurs. Le rôle est en somme le texte qu'un acteur (du verbe agir) doit dire, réciter et par extension la part prise par celui-ci à une affaire, à un événement. Aujourd'hui, le rôle peut désigner la fonction, l'emploi⁶, l'attribution assignée à une institution (le mandat, la mission, la tâche).⁷ Le rôle est un terme dynamique. Il implique une action. L'acteur a donc une fonction

³ n° 2017-1386.

⁴ F. Favennec-Héry, P. Rozec, Les missions du comité social et économique, in Le comité social et économique : un nouveau dispositif, LexisNexis, 2019, p. 36 : cette ordonnance crée une nouvelle institution : le CSE.

⁵ n° 2017-1386.

⁶ Dictionnaire de l'Académie française.

⁷ Dictionnaire Larousse 2021.

active. Dans le cadre de notre étude, l'acteur désigné est le CSE. Pour que l'acteur, en tant qu'institution, puisse exercer le rôle qui lui incombe, des pouvoirs doivent lui être attribués.

5. Le CSE est l'institution de représentation du personnel dans les entreprises privées et dans certaines entreprises publiques. Au sein des entreprises privées, il est constitué dès lors qu'elles emploient au moins 11 salariés depuis au moins 12 mois. Au sein des personnes morales de droit public (établissements publics industriels et commerciaux et établissements publics administratifs), un CSE est institué dès lors qu'elle emploient au moins 50 salariés (personnel employé dans les conditions du droit privé). Le CSE concentre à peu près l'ensemble des attributions des anciens comité d'entreprise, délégués du personnel et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Sa composition est la suivante : l'employeur (lequel a pour fonction de présider le CSE), une délégation du personnel dont le nombre est prévu par voie réglementaire (celle-ci comprend des titulaires et des suppléants) et les délégués syndicaux des différents syndicats de l'entreprise (ils sont alors nommés, dans ce cadre, représentants syndicaux au CSE). L'employeur, en tant que président du CSE, peut être assisté de trois collaborateurs.

6. Son rôle est essentiellement consultatif. Il est informé et consulté en réunion, essentiellement mensuelle, parfois extra-ordinaire, au sujet de nombreux projets concernant la vie de l'entreprise. Il rend des avis sur ces projets, lesquels peuvent être de nature simple ou conforme (autrement dit, non contraignants ou contraignants pour l'employeur). Dans les entreprises publiques, le CSE est consulté conformément au droit commun.⁸

7. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le rôle économique du CSE consiste surtout (en droit positif) à présenter à l'employeur les réclamations individuelles et collectives relatives aux conditions de travail.

8. Cette représentation, par l'organe qu'est le CSE, permet aux salariés de défendre leurs intérêts de manière collective, donc avec un rapport de force plus important que celui du salarié seul face à son employeur. Le CSE est en somme investi d'un rôle (lequel renvoie à une fonction active) qu'il doit pouvoir assurer à travers des moyens. Son rôle n'est-il que d'exprimer la voix des salariés ? Cette vision est incompatible avec les termes du préambule de la Constitution de 1946⁹ qui prévoit le droit constitutionnel à la participation : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le terme « participer » du latin *participare* (prendre part à) signifie « prendre part à une activité »¹⁰. Or, exprimer un simple avis sans pouvoir influencer de manière certaine sur le sens d'un projet et par conséquent sur la décision qui en découle ne constitue pas une « participation » au sens le plus strict. A fortiori, l'expression de cet avis ne peut pas constituer « la participation à la détermination collective des conditions de travail ». Le terme « détermination », du latin

⁸ Décret du 23 septembre 2017 d'application de l'ordonnance du 22 septembre 2017.

⁹ alinéa 8.

¹⁰ Dictionnaire de l'Académie française.

determinatio (fixation d'une limite, d'une extrémité) signifie l'action de déterminer, de délimiter avec précision, clairement, sans ambiguïté. Il signifie également le résultat de cette action. Puisque la détermination implique une action avec une finalité très précise, non ambiguë, le travailleur ne peut, par le biais de ses représentants, être considéré comme participant à cette détermination en émettant un avis qui n'a aucune emprise, même partielle, sur un résultat final précis. Un pouvoir d'influence par le biais d'un avis simple ne peut être assimilé à une participation à la fixation ou à la délimitation précise des conditions de travail et de la gestion des entreprises. En outre et de manière encore plus significative, si la détermination est collective, elle ne peut être individuelle (donc ne peut être le résultat du chef d'entreprise). La prise de décision appartenant au seul chef d'entreprise ressortit à une vision paternaliste des relations employeur-salariés. Le CSE dispose aujourd'hui d'un droit d'expression et d'un pouvoir relatif d'influence. Le droit constitutionnel prévoit un droit de participation pour les salariés par le biais de leurs représentants, or le CSE ne jouit pas d'un tel pouvoir de participation. Le rôle du CSE ne peut se limiter à celui d'un organe d'influence pour les raisons précitées et parce que le rapport de force entre les salariés et l'employeur est inégal.

9. Le CSE représente notamment les intérêts économiques des salariés au sein de l'entreprise. Il n'existe pas une définition de l'économie puisqu'il existe plusieurs modèles économiques. L'étude abordera alors les divers aspects économiques intéressant le CSE.

10. Étymologiquement, le terme « économique » est l'adjectif du mot économie. Il renvoie à l'ensemble des phénomènes liés à l'économie.¹¹ L'économie est un terme dérivé du latin « oeconomia » et du grec « oikonomia ». Plus précisément la racine grecque est Oikos (la maison, le domaine) et nomos (la loi, la règle, le principe de gestion).¹² « Oikonomia » signifie « organisation », « loi de la maison ». L'« économique » désigne donc, la façon dont on ordonne, dont on organise la vie domestique, impliquant une répartition des tâches à accomplir par chacun des membres d'un groupe d'individus interdépendants, puis un partage des fruits du labeur collectif. L'économie est l'administration d'un budget, d'une entreprise, la gestion budgétaire, l'organisation financière d'une entité, l'ensemble de ses dépenses ordinaires de subsistance et de fonctionnement. Ce terme est entendu le plus souvent comme « une bonne ou prudente gestion ». À cet égard, on trouve la définition suivante : l'économie serait le gain assimilé à un bénéfice, résultant d'une moindre dépense, d'une gestion plus rigoureuse. L'économie renverrait aux revenus non dépensés, aux sommes épargnées provenant de la capitalisation de l'excédent des ressources sur les dépenses¹³. Cette dernière définition n'est pas étrangère au rôle du CSE puisqu'il est amené à prendre en charge 20 à 100 % du coût de nombreuses expertises. Le rôle économique du CSE s'entend donc également de la gestion prudente par celui-ci de son budget de fonctionnement (adaptée à un but précis, comme par exemple l'intervention d'un expert). De

¹¹ Dictionnaire Larousse, 2021.

¹² T. Fabre, L'essentiel pour comprendre l'économie, Ellipses, 2012, p. 7.

¹³ Voc. Jur. G. Cornu, 11e éd., PUF.

même, en cas d'excédent de budget de fonctionnement il lui est désormais permis (ce qui n'était pas possible avec le comité d'entreprise) d'en transférer une partie vers le budget des attributions sociales et culturelles pour l'année suivante.

11. Juridiquement, le terme économie est l'ensemble des phénomènes, faits et activités relatifs à la production, à la circulation et à la consommation des richesses dans un ensemble donné¹⁴ (l'entreprise pour ce qui concerne le champ de notre étude). À notre sens, l'activité des salariés peut entrer dans cette définition. C'est une activité économique relative à la production (donc aux conditions de travail) et à la circulation des richesses (production des biens et des services par les salariés d'une part, circulation des richesses matérialisées par la rémunération des salariés sous toutes formes et les échanges de biens, de services et monétaires entre les salariés et les clients d'autre part). Le terme est ici relatif aux phénomènes monétaires de l'entreprise, à ce qui peut alors modifier l'économie des salariés (conditions de travail, salaire, etc.). En somme, le terme « économique » renvoie d'une part à l'administration de l'entreprise, la gestion (budgétaire notamment), l'organisation (financière et de l'activité de l'entreprise), les dépenses de fonctionnement (impliquant une gestion prudente du budget de fonctionnement, une économie des dépenses), d'autre part aux phénomènes relatifs à la production, à la circulation des richesses. Ces derniers phénomènes appliqués au CSE renvoient aux conditions de travail et à la rémunération. Le CSE n'a pas le pouvoir d'administrer le budget ou l'entreprise, même lorsqu'il est présent dans les conseils d'administration et de surveillance puisque cette présence n'est que minoritaire.

12. Le Code du travail ne nous renseigne pas expressément sur l'étendue des prérogatives économiques du CSE et n'établit pas la distinction. Il est insuffisamment clair sur le sujet. Le rôle économique du CSE nous est présenté par les différents ouvrages juridiques qui le définissent par opposition au rôle relatif à ses attributions sociales et culturelles.¹⁵ La définition des attributions économiques du CSE est donc une définition négative par opposition à la définition des ASC. Tout ce que ne sont pas les ASC relèvent des prérogatives économiques. Cette analyse se déduit des deux budgets dont dispose le CSE : le budget de fonctionnement (économique) et le budget des attributions sociales et culturelles. Son rôle économique est donc très large. On constate que ces prérogatives sont en orbite autour des prérogatives principales d'emploi.

13. Toutes ces définitions de « l'économie » ont un intérêt pour le sujet d'étude. L'intérêt de chacune des définitions sera extirpé au long de l'étude. L'étude retiendra principalement le sens large des attributions économiques du CSE (par opposition aux attributions sociales et culturelles). L'étude démontrera également les obstacles que rencontre le CSE pour remplir le rôle économique au sens plus restreint qui est le sien. C'est à dire, son rôle dans l'administration

¹⁴ Voc. Juridique G. Cornu, 11e éd., PUF.

¹⁵ Memento pratique, FL, éd. 21, 2021, n° 9200 ; P. Lokiec, Droit du travail, PUF, 2019 ; J.-L. Scemama, Le CSE, mode d'emploi, Gualino, 2020 (ce dernier ouvrage distingue cependant les attributions économiques des attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail ; M. Cohen, L. Milet, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 17e éd., 2022.

du budget ou de l'entreprise, dans les décisions relatives aux activités de production et à la circulation des richesses. En ces principales matières économiques, le CSE n'a ni le pouvoir de cogérer, ni le pouvoir de codécider. Son rôle économique est tout bien considéré très limité.

14. Histoire.- Historiquement, la loi du 24 juin 1936 prévoit l'instauration de délégués du personnel au sein des entreprises par le canal de la négociation. Un décret-loi du 12 novembre 1938 rend obligatoire leur présence dans les entreprises ou établissements d'au moins 11 salariés, même en l'absence de négociation en ce sens. Leur rôle était de présenter à la direction les réclamations des salariés.

15. Par la suite, le programme d'action du Conseil national de la résistance française du 15 mai 1944 prévoit « *la participation des travailleurs à la gestion des entreprises et à la direction de l'organisation économique* »¹⁶ Cette proposition eut un écho immédiat dans le préambule de la Constitution de 1946.¹⁷ Ambroise Croizat ajouta des prérogatives économiques dans l'avant projet d'ordonnance du 22 février 1945. Dès la libération, une ordonnance du Conseil national de la Résistance du 22 février 1945¹⁸ créa les comités d'entreprise dans les entreprises d'au moins 100 salariés en liant explicitement libération nationale et libération sociale. Il s'était agi « *d'associer les travailleurs à la gestion de leur entreprise et à la direction de l'économie* ». Toutefois, cette ordonnance ne reprend pas les principales propositions du Conseil national de la Résistance, notamment celle de la participation des travailleurs à la direction de l'économie. Le rôle du comité d'entreprise était alors de « *coopérer avec la direction pour l'amélioration des conditions d'emploi et de travail au sein de l'entreprise* » et « *dans l'ordre économique, d'être obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs* ».

16. La loi du 16 mai 1946 posa le statut moderne du comité d'entreprise (compétence sur la marche générale de l'entreprise, assistance d'un expert comptable, information sur les bénéfices de l'entreprises, etc.). Furent dès lors instaurés les comités d'entreprise dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

17. Le 1er août 1947, furent créés par décret les comités d'hygiène et de sécurité pour les établissements d'au moins 50 salariés, lesquels étaient instaurés sous forme de commissions au sein du comité d'entreprise.

18. En 1966, furent créés les représentants syndicaux au comité d'entreprise.

¹⁶ V. Bernard, La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions, Dr. soc., 2015, p. 960 : au sujet du projet de Défense de la France.

¹⁷ I. Ferreras, précité, p. 184.

¹⁸ n° 45-280.

19. La loi du 27 décembre 1973¹⁹ créa la commission d'amélioration des conditions de travail, rendue obligatoire dans les établissements d'au moins 300 salariés.

20. La loi Auroux du 28 octobre 1982 renforça les prérogatives du comité d'entreprise. Elle prévoit que sont membres de ce comité, en plus des élus, le chef d'entreprise et les représentants syndicaux. Dès cette date, le comité d'entreprise a pour rôle d'assurer une expression collective des salariés, permettant « *une prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives, notamment, à la gestion de l'entreprise, à l'organisation du travail et à l'évolution économique et financière de l'entreprise* ». Cette loi prévoit également l'intervention d'experts-comptables afin qu'ils puissent assister les comités, notamment lors des plans de licenciement, nombreux à cette période.

21. Une autre loi Auroux du 23 décembre 1982 créa les CHSCT. Cette institution se voit attribuer une personnalité morale désormais distincte de celle du comité d'entreprise.

22. Le CSE est par la suite né de l'ordonnance du 22 septembre 2017²⁰ qui opère un choix politique. Il est issu d'un regroupement des comité d'entreprise, délégués du personnel et comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail. Il ne sépare plus les spécialisations comme c'était le cas des anciennes institutions et présente une vision d'ensemble. Sa présence est rendue obligatoire dans les entreprises d'au moins 11 salariés. Il est investi de la personnalité juridique dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

23. Le CSE a une mission générale d'ordre public dont le fondement est l'article L. 2312-8 du Code du travail. Lors de la création du comité d'entreprise et plus largement des délégués du personnel et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, la participation des salariés aux décisions de l'entreprise n'était pas tant sollicitée qu'aujourd'hui. Actuellement, la présence d'administrateurs salariés, la création de l'intérêt social de la société et du conseil d'entreprise, les sondages, les réflexions philosophiques, sociologiques et juridiques font apparaître une grande soif de participation des salariés au sein de leurs entreprises. L'article L. 2312-8 du Code du travail qui fonde la mission du CSE tend à cette dynamique par les termes mêmes de son rôle économique : « *Le CSE a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production, notamment au regard des conséquences environnementales de ces décisions. Le comité est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. (...)* ». Ces termes signifient à notre sens que l'intérêt des salariés doit être pris en compte et ce de manière permanente dans les décisions. Il n'est par ailleurs pas mentionné que seul l'employeur prend les décisions. Or, le système d'avis simple conduit à ce que la décision soit prise par l'employeur unilatéralement sans que l'expression collective des salariés soit nécessairement prise en compte.

¹⁹ n° 73-1195.

²⁰ n° 2017-1386.

24. Le Code du travail ne donne pas au CSE les moyens de remplir le rôle dont il l'a investi. La grande majorité des avis rendus par le CSE sont des avis dits « simples ». Ils ne lient pas l'employeur dans sa prise de décision. La prise en compte permanente des intérêts collectifs ne peut donc pas être assurée. L'employeur peut totalement s'affranchir de l'intérêt collectif (même si en pratique, le risque de conflit social est toujours présent).

25. Dès 1995, le juriste et spécialiste de la représentation du personnel Maurice Cohen constate les aspects dangereux de la gestion de l'emploi et l'extension du chômage, pour lesquels le simple avis consultatif du comité d'entreprise ne fait plus le poids : « *Le chef d'entreprise veut licencier mille personnes, il réunit le comité d'entreprise et élabore un plan social. Mais qu'est ce plan social ? Un plan de licenciement ! C'est l'aménagement de la catastrophe, alors que dans l'esprit du législateur il devrait y avoir une certaine participation à la gestion.* ». Il milite alors pour un droit de veto pour les comités d'entreprise.²¹

26. **Contexte.-** Les ordonnances de 2017 tendent à réduire le rôle des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, donc la participation indirecte des salariés par le biais de leurs représentants²². Un affaiblissement du rôle du CSE est constaté.²³ En parallèle et paradoxalement, le droit français accroît la participation directe des salariés à la gestion de l'entreprise avec l'ANI du 11 janvier 2013, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 reprenant cet ANI, ainsi que la loi Pacte du 22 mai 2019 (actionnariat salarié, participation aux bénéfices, etc.). La loi de sécurisation de l'emploi prévoit la participation des représentants des salariés avec voix délibérative dans les conseils d'administration et dans les conseils de surveillance. Cette participation permet une prise en compte des intérêts des salariés et une participation à la stratégie de l'entreprise. Cependant, le nombre de membres représentant les salariés est insuffisant pour permettre une participation efficace.

27. À l'époque où, Outre-Atlantique, certains licenciements se font désormais en masse et par zoom²⁴ (licenciement de 900 salariés par la direction de l'entreprise « better.com » par l'intermédiaire du logiciel zoom, tandis que la même semaine l'entreprise recevait 750 millions de dollars grâce à son entrée en bourse et que son bilan affichait plus d'1 milliard de dollars)²⁵, il apparaît encore plus risqué de diminuer le rôle des représentants du personnel. Leur rôle devrait au contraire être accentué, dans le dessein de protéger les intérêts de toutes les parties prenantes de l'entreprise, notamment de ceux qui y investissent leur travail. Au même titre, l'affaire française Goodyear, en 2014, concernait la fermeture d'établissement ayant entraîné 832 licenciements

²¹ M. Cohen, De la consultation au droit de veto, Liaisons sociales supplément, n° 97, mars 1995.

²² M. Cohen, L. Milet, préc.

²³ Notamment, depuis la fusion, le nombre d'élus a baissé, M. Cohen et L. Milet, introduction, préc.

²⁴ Zoom est un logiciel permettant d'organiser des vidéoconférences.

²⁵ Une start-up américaine licencie 900 salariés à distance via l'application Zoom, Ouest France, 6 déc. 2021.

motivés par des difficultés financières, alors que le groupe avait enregistré, sur l'exercice de l'année, un résultat net de 2,5 milliards de dollars après impôt²⁶.

28. Le droit des sociétés crée les conditions d'une irresponsabilité de l'actionnaire. Les associés ont le droit de dissoudre à tout moment la société indépendamment de la santé économique de l'entreprise (la cession d'activité est un motif de licenciement et aucune obligation ne pèse sur l'employeur de maintenir l'emploi).²⁷ Les montages sociétaires permettent des restructurations par transfert d'entreprise (C. trav. art. L. 1224-1) après simple avis consultatif des représentants du personnel. Ces derniers ne peuvent juridiquement, à ce jour, pas s'opposer à une telle décision. Le droit du travail apparaît bien davantage comme un droit des conséquences sociales de décisions prises par ailleurs.

29. L'employeur peut mettre en oeuvre un projet de restructuration important sans avis favorable du CSE²⁸. Il n'est pas rare que l'on assiste à une liquidation des principaux actifs de l'entreprise (licenciements, sous-traitance, cessions) alors même que des bénéfices sont distribués.²⁹ À titre d'exemple, l'entreprise « BIC » à Vannes (Morbihan) produisant le mythique stylo « 4 couleurs » était largement bénéficiaire³⁰ et a pourtant décidé de fermer l'usine en juillet 2019 pour la délocaliser en Tunisie dans le but d'augmenter ses profits, licenciant alors trente-trois salariés³¹. Les salariés ont alors fait grève, en vain. Seuls trois salariés cadres ont bénéficié d'un reclassement. Trois employés ont reçu des propositions de poste d'opérateurs en Ile de France (alors que l'usine Bic est située en Bretagne, lieu où les opérateurs ont construit leur vie)³². Certains n'ont à ce jour toujours pas retrouvé d'emploi. Les autres ont pu suivre une formation ou bénéficier de leur droit à la retraite, avec une certaine amertume toujours présente.

30. Les mauvais choix stratégiques des directions d'entreprise peuvent affecter le revenu, voire l'emploi des salariés. Le contrat de travail de les protège pas de ces risques. En outre, les salariés investissent à plusieurs niveaux au sein de leur entreprise : psychologiquement lorsqu'ils envisagent leur activité plus que comme un simple moyen de dégager un revenu et en sus physiquement lorsque leurs métiers sont dits « physiques ». Ainsi, les salariés en tant que parties constituantes de l'entreprise et surtout en tant qu'apporteurs de travail, ont comme les apporteurs de capitaux la même légitimité à être représentés au sein des instances décisionnelles. Ils

²⁶ M. Vericel, préc.

²⁷ S. Vernac précité.

²⁸ S. Vernac préc.

²⁹ S. Vernac, préc.

³⁰ En 2017, l'entreprise BIC a réalisé un bénéfice net de 288 millions d'euros (+ 15,5 %) pour un chiffre d'affaires de 2 milliards d'euros. En 2018, l'entreprise BIC a versé à ses actionnaires un dividende de 3,45 euros par action au titre de l'exercice 2017, soit 161 millions d'euros.

³¹ <https://www.leparisien.fr/economie/fin-de-la-production-des-stylos-bic-a-vannes-05-01-2019-7981386.php>.

³² Témoignage reçu d'un ancien salarié de l'usine BIC anciennement située à Vannes.

investissent leurs compétences et leur temps dans l'entreprise en en subissent le risque. Dans ce contexte, certains candidats aux élections présidentielles pour l'année 2022 proposent, sur un modèle déjà existant dans d'autres pays et proposé par plusieurs auteurs en France, une gestion paritaire de l'entreprise : moitié de représentants des actionnaires et moitié de représentants des salariés.³³

31. Indépendamment des choix de gestion critiquables socialement, la période est celle des « crises ». Les crises se succèdent depuis 2009 et mettent à mal la santé des entreprises, subséquemment l'emploi des salariés. Les crises deviennent la norme, le droit commun. Le risque est celui d'un recul des droits. Or la gestion et la détermination économique d'une entité demeurent un point central, en plus de celui des droits et des libertés. Les règles concernant les entreprises sont assouplies. Elles ont en parallèle plus de pouvoirs qui peuvent avoir des impacts économiques lourds. Les élus devraient parallèlement pouvoir codécider pour que l'employeur et l'administration ne décident pas seuls du sort de ceux qui contribuent au fonctionnement de l'entreprise.

32. Puisque les crises financière et sanitaire entraînent une crise sociale, est-il vraiment judicieux d'enlever des pouvoirs au CSE (notamment le pouvoir de rendre des avis éclairés, donc après analyse et réflexion mûres) sous prétexte de devoir aller vite, de devoir statuer dans l'urgence ? Doit-on sacrifier un droit effectif à la représentation des salariés, issu du préambule de la Constitution de 1946, alors que le droit des crises devient en quelque sorte un droit commun ? Peut-être est-ce là un écueil sur lequel il ne faut pas se briser, au risque d'accentuer la détresse sociale. En temps de crise la voix des salariés ne saurait cesser d'être entendue. Lors de la crise sanitaire, la protection des salariés au sein de l'entreprise a diminué : mesures de restructurations, accords de maintien de l'emploi, délais de consultation et d'expertise réduits³⁴, principe du caractère préalable de la consultation mis à l'écart (possibilité pour l'employeur de prendre une décision en matière de durée du travail puis de consulter le CSE seulement a posteriori)³⁵. En temps de crise, la précipitation mène parfois à des prises de décisions qui peuvent s'avérer lourdes de conséquences et sur lesquelles il est difficile de revenir par la suite.³⁶

33. Doit-on, en temps de crise, diminuer les prérogatives démocratiques ? Le gouvernement d'un Etat doit-il, en temps de crise, devenir plus autoritaire et ainsi affaiblir la démocratie pour affronter la crise ? Cela n'est pas nécessaire et trahirait l'essence même de la démocratie. Il en va de même pour le gouvernement d'entreprise. Aucune explication ne justifie que la démocratie connaisse une différence de mesures selon qu'un Etat est en crise économique ou sanitaire. L'avancée démocratique consistant à permettre la participation des salariés à la gestion de

³³ J. Icard, G. Duchange, préc., au sujet des candidats Anne Hidalgo et Yannick Jadot.

³⁴ J. Icard, M.-C. Pottecher, Le contrôle du CSE et les crises, JCP S 15 juin 2021, 1155

³⁵ Ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020.

³⁶ cf infra n° 247.

l'entreprise, et plus avant aux décisions de l'entreprise, ne devrait donc pas faiblir en contexte de crise.

34. **Intérêt de l'étude.**- Actuellement, seuls les associés et les actionnaires gouvernent l'entreprise, pas les salariés³⁷. Or les actionnaires et les associés ne sont pas les seuls à investir dans l'entreprise. Les salariés investissent également beaucoup de leur personne à travers leur travail. Nombreux sont les salariés présents à titre permanent dans la structure qu'est l'entreprise qui exercent leur travail avec rigueur, excellence, non dans le seul but de recevoir une rétribution à la fin du mois mais également dans le but de progresser dans leur domaine (acquisition de compétences, formations), d'obtenir une promotion professionnelle, de satisfaire les clients de l'entreprise avec lesquels ils ont plus ou moins de proximité, ainsi que de voir l'entreprise se développer. Tous ces éléments réunis permettent une grande motivation du salarié, un apport d'idées et de compétences à l'entreprise et une meilleure réussite de l'entreprise avec un moindre turnover des effectifs. La participation des salariés fidélise le personnel et améliore sa performance ainsi que celle de l'entreprise.³⁸

35. Le droit des sociétés ne leur facilite pas la tâche. L'analyse traditionnelle de la structure sociétaire est la suivante : les salariés sont considérés comme de simples tiers contractants de la société. Leur position, pourtant atypique, est rangée au même rang que celle des fournisseurs et des clients³⁹. Le droit français a évolué en ce sens que désormais les salariés sont devenus des sujets du droit des sociétés et bénéficient désormais d'un véritable droit à participation dans les organes sociétaires. On verra que cette participation est lacunaire, raison pour laquelle les pouvoirs des représentants des salariés au CSE mériteraient d'être renforcés.

36. C'est par l'action des institutions représentatives du personnel que la participation des salariés à la stratégie de l'entreprise a le plus de chance de se réaliser. Compte tenu de ses attributions économiques, le CSE est le plus à même de mener un échange avec l'entrepreneur sur la stratégie applicable à l'entreprise.⁴⁰

37. Les représentants du personnel sont informés dans le cadre de leurs prérogatives d'informations et de consultations de faits concernant l'entreprise. Une fois en possession de l'information, ceux-là peuvent émettre un avis de nature simplement consultative. Ils ne disposent pas d'un pouvoir de codécision, lequel a pour signification le partage de la prise de décision avec le chef d'entreprise. La prise de décision unilatérale aujourd'hui apparaît comme « l'expression d'un pouvoir non démocratique »⁴¹ En l'absence d'un tel pouvoir de codécision par le biais de

³⁷ J. Icard, G. Duchange, préc.

³⁸ F. Petit, Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ?, Dr. soc. 2015, p. 952.

³⁹ 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.

⁴⁰ G. Auzero, La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise, Dr. soc., 2015, p. 1006.

⁴¹ S. Vernac préc.

leurs représentants et lorsqu'il existe un désaccord important entre les salariés et l'employeur, la seule marge de manœuvre efficace qu'il reste aux salariés est le conflit social (la grève). Cette issue nécessairement conflictuelle mériterait d'être évitée, en laissant une manœuvre plus importante aux salariés.

38. Il n'est pas utopique d'envisager que les salariés participent à la décision. Le verbe « participer » signifie prendre part, avoir une action dans. Serait-ce un mauvais chemin à prendre pour l'intérêt de l'entreprise ? D'une part l'intérêt de la société ne doit pas être confondu avec celui de l'entreprise, d'autre part l'intérêt social dans les nouvelles obligations de la société apporte une nouvelle trajectoire pour cette dernière. Le CSE doit se saisir de cette trajectoire afin de contribuer à ce nouvel intérêt social qui n'est plus seulement celui des apporteurs en capital.

39. Lorsque le Code civil fut rédigé, le salariat n'existait pas. Il est donc logique que la définition de la société à l'article 1832 ne s'intéressait qu'aux apporteurs en capital, pas aux investisseurs en travail. Dorénavant, le nouvel article 1833 du Code civil prévoit que « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* ». Le deuxième alinéa a été ajouté par la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite « PACTE ». La nouvelle définition sociétaire prend désormais en compte les enjeux sociaux. C'est une extension de l'objet du contrat de société (notamment à ses conséquences économiques). Les entreprises ont un rôle à jouer dans la société⁴². Le titre du rapport Notat-Sénart, repris partiellement par le législateur dans la loi du 22 mai 2019 dite PACTE s'intitule : « L'entreprise, objet d'intérêt collectif ». On constate que le législateur tend vers la voie d'une meilleure prise en compte de tous les intérêts des parties prenantes à l'entreprise. Cela dit, la nouvelle définition de l'article 1833 ne fait toujours toujours pas mention expresse des salariés. Pourtant, des besoins sociaux pressants sont constatés, ce que le législateur a su saisir et retranscrire ces dernières années au sein de plusieurs lois. L'intérêt social n'est donc plus seulement celui des associés mais bien un intérêt distinct⁴³. L'article 1833 prévoit que la société est gérée dans son intérêt⁴⁴. Les organes des sociétés doivent intégrer ces impacts dans leur processus de décision. La mission du conseil d'administration de la société anonyme prévue à l'article L. 225-35 du code de commerce prévoit désormais que : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société, conformément à son « intérêt social », en considérant ses enjeux sociaux et environnementaux, et veille à leur mise en oeuvre...* ». Il pourrait à ce titre être prévu une obligation pour le conseil d'administration et le conseil de surveillance de délibérer sur la façon dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité.⁴⁵

⁴² Recommandation CM/Rec (2016) 3 du Comité des Ministres aux États membres.

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2013, n° 12-23.591.

⁴⁴ J. Paillusseau, *Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ?*, Rec. Dalloz, 2018, p.1395 ; Grand Angle, Dalloz, 2019.

⁴⁵ S. Vernac, préc.

40. Qu'est alors l'intérêt social ? La notion ne se comprend que rapportée à l'intérêt de chaque société. Ce peut être l'exercice de son activité économique dans un certain environnement, la réalisation de son objet social en tenant compte de son modèle économique, etc. L'intérêt social est alors celui de la continuité de l'exercice de son activité, de la pérennité de l'entreprise, de sa prospérité en tenant compte des intérêts qu'elle concentre, des enjeux sociaux de l'activité⁴⁶.

41. Selon une première conception, l'intérêt social serait exclusivement celui des associés (articles 1832 et 1833 du Code civil). C'est la société personne morale qui exerce l'activité économique et qui en porte toute la responsabilité, les associés n'étant tenus qu'à concurrence de leurs apports, au moins dans les SARL. La société personne morale a un intérêt propre distinct de celui de ses associés.

42. Selon une seconde conception, l'intérêt social est celui des associés (qui financent l'entreprise), des dirigeants et du personnel (qui sont au coeur de la réalisation de l'activité économique) et des autres parties prenantes. Cette conception tient à la réalisation de l'objet de la personne morale, donc l'exercice de l'activité économique, l'intérêt social est la cause de tous les intérêts que concentre la société personne morale. La prospérité de l'entreprise est le meilleur garant de la protection de la société personne morale et des intérêts des parties prenantes. Toutes ces parties ont intérêt à son expansion et à sa rentabilité.

43. Il existe une confusion entre intérêt de la société et intérêt de l'entreprise. L'intérêt de la personne morale n'est-il pas l'intérêt de l'entreprise ? L'intérêt de l'entreprise n'est-il pas l'intérêt social ? C'est parce que la personne morale a pour objet essentiel d'exercer en son nom une activité économique que le CSE peut déclencher une alerte quand il constate l'apparition de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise. C'est pour la même raison que le commissaire aux comptes doit intervenir quand apparaissent dans la société des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

44. Le rapport Viénot de 1995 constate que : *« l'intérêt social peut se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale, c'est à dire l'entreprise considérée comme un agent économique autonome poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers, de ses fournisseurs et de ses clients, dont l'intérêt commun est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise ».*

45. Les évolutions sur la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) renforcent l'intérêt social et tendent à détourner les entreprises d'une gestion court-termiste principalement orientée vers la satisfaction des actionnaires pour les mener à une gouvernance plus globale où performances économiques, sociale et sociétale ne doivent faire qu'une. La loi PACTE réforme l'objet social des sociétés pour *« repenser la place des entreprises dans la société »* en associant mieux les salariés au projet social de l'entreprise et à ses résultats. Encore une fois, l'intérêt de l'entreprise ne doit pas être confondu avec l'intérêt des associés. L'entreprise est une organisation

⁴⁶ J. Paillusseau, préc.

économique, le produit complexe d'action et de création collective.⁴⁷ « *L'entreprise comme bien commun (...) contribue à l'emploi, à la prospérité, à l'intérêt général* »⁴⁸ Certains constatent que l'entreprise est aussi une institution politique.⁴⁹ Il n'est pas nécessaire d'opposer théorie institutionnelle et théorie contractuelle de l'entreprise puisque les deux cohabitent. L'entreprise est une entité créée contractuellement, laquelle devient une institution. Ses créateurs, cocontractants, ont des droits mais également des obligations. La RSE concerne la manière dont est exercée l'activité de l'entreprise. Les conséquences sociales et environnementales de la vie de l'entreprise doivent être prises en compte. Les risques à ce titre pour la société sont une mise en jeu de sa responsabilité et l'existence même de l'entreprise.

46. Les dirigeants ont personnellement intérêt à tenir compte des risques sociaux dans l'exercice de leurs pouvoirs, car ils peuvent engager leur responsabilité personnelle pour n'avoir pas été suffisamment vigilants et pour avoir mis en péril l'intérêt social. Par exemple, la responsabilité personnelle des dirigeants de grandes sociétés ou appartenant à un groupe de sociétés pour leurs manquements à la prévention et à la détection de faits de corruption ou de trafic d'influence. La loi leur impose de mettre en oeuvre des mesures et des procédures importantes et très précises.⁵⁰ Les tiers peuvent également les poursuivre pénalement. À ce titre, le CSE semble suffisamment compétent pour travailler de pair avec l'employeur, afin que les risques soient amoindris pour l'entreprise. Le CSE connaît les principaux enjeux et risques sociaux.

47. **Enjeux de l'étude** : Un rôle de véritable représentant est attribué au CSE par la Constitution (alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946) et par le législateur (article L. 2312-8 du Code du travail) mais ni le constituant, ni le législateur ne lui octroient les pouvoirs permettant de l'exercer. En outre, les aspirations des salariés représentés par le CSE tendent vers une plus grande participation économique que celle prévue par le constituant et le législateur. Le renforcement de la place et des pouvoirs économiques du CSE au sein de l'entreprise devient un sujet pressant.

48. **Problématique.-** Il est temps, à l'aune de l'ensemble de ces enjeux de répondre à l'interrogation suivante : le modèle actuel de représentation du personnel permet-il au CSE d'exercer efficacement son rôle économique ?

49. **Annnonce du plan.-** Le modèle de représentation des salariés qu'est le CSE est aujourd'hui devenu désuet. Ce modèle n'est plus adapté à la réalité des entreprises et des aspirations de la société (Première partie). Il est nécessaire de compléter les mécanismes juridiques permettant au

⁴⁷ A. Hatchuel, B. Segrestin, La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif, Droit et société, 2007/1, n°65, p. 27 à 40.

⁴⁸ S. Vernac, préc.

⁴⁹ I. Ferreras, préc.

⁵⁰ J. Paillusseau, préc.

CSE de remplir le rôle économique qui lui est attribué au sein de l'entreprise (Deuxième partie). Le rôle économique du CSE est en somme la mise en oeuvre des pouvoirs dont il dispose pour satisfaire au mieux les intérêts économiques des salariés et de l'entreprise au sein de celle-ci. Les décisions économiques sont prises par le seul chef d'entreprise. Or le CSE n'est pas dans une relation de subordonné à l'égard de l'employeur. Il ne devrait pas se voir attribuer des outils plus faibles que ceux de l'employeur. Ce modèle paternaliste ne répond plus aux aspirations démocratiques des salariés. L'opposition « capital - travail » est à dépasser. Il est possible de faire converger, à tout le moins en partie, les intérêts de l'employeur avec les intérêts des salariés dans l'intérêt de l'entreprise. Les intérêts de l'entreprise sont pour elle la création de bénéfices à travers l'activité qu'elle exploite. Les salariés contribuent à la création de ce bénéfice. Les salariés, au même titre que les associés et les actionnaires, ont besoin que leurs intérêts soient pris en compte. Ces intérêts sont double : économiques (valorisation des rémunérations) et sociaux (reconnaissance du travail accompli). Il s'agit de donner aux salariés les fruits de l'implication dans leur travail. Seul un modèle de représentation plus démocratique se voudra performant et satisfaisant pour les aspirations des salariés et l'intérêt de l'entreprise. Le CSE doit être l'institution qui représente les salariés au sein de l'entreprise, tout comme le Conseil d'administration (ou le directoire) représente les actionnaires au sein de cette dernière. Le système permettant cette représentation démocratique et équitable est celui de la codécision.

Première partie

Un modèle de représentation économique désuet

50. Afin de prendre de la hauteur sur le modèle économique que représente le CSE, une énumération des sources juridiques de la représentation du personnel sera dressée (Titre préliminaire), avant de présenter les modèles économiques de représentation et de participation des salariés qui préexistent au CSE (Titre liminaire).

Une fois cet environnement de la représentation du personnel mis en exergue, le rôle économique attribué au CSE sera présenté (Titre 1), dans un dessein volontairement critique, afin de faire évoluer ce modèle de représentation économique qui comporte des faiblesses (Titre 2).

Titre préliminaire - Les sources de la représentation

51. **Les sources de la représentation du personnel.**- Les sources de la représentation du personnel des entreprises sont nombreuses. Leur énumération peut ainsi être établie de leur application la plus étendue à leur application la plus restreinte géographiquement. Les sources de droit international d'abord, les sources de droit européen ensuite et les sources nationales enfin.

52. En droit international, trois textes traitent de la représentation : la Convention n° 135 de l'OIT sur la protection de la représentation des travailleurs de 1971, ratifiée par la France le 30 juin 1972 par un décret n° 73-1032, l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme relatif aux conditions de travail et à la rémunération équitable ainsi que l'article 7 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966 relatif aux conditions de travail et au salaire équitable. Ce troisième et dernier texte oblige littéralement les Etats à tenir compte des prescriptions qu'il prévoit. Il prévoit notamment des conditions de travail justes et favorables et prescrit un droit des peuples à la maîtrise de leurs ressources. L'intérêt de ce texte est qu'il octroie aux droits économiques une dimension universelle et remet entre les mains des citoyens la prérogative économique, laquelle est essentielle.⁵¹

53. En droit de l'Union européenne, la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établit un cadre général en matière d'information et de consultation des travailleurs et la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complète le statut de la société européenne. Cette seconde directive prévoit l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise. Elle vise l'implication des travailleurs par la « *participation* » définie comme « *l'influence qu'a l'organe représentant les travailleurs sur les affaires d'une société* ». Cette règle paraît insatisfaite puisqu'elle prévoit une simple « influence » plutôt qu'un pouvoir de codécision. Enfin, l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit une information et une consultation en « *temps utile* » des salariés et de leurs représentants. Elle garantit un « *droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise* ». Ces deux dernières sources s'opposent à l'exclusion de certains salariés du calcul des effectifs pour l'information consultation.⁵²

54. En droit français, le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 prévoit le droit à participation des salariés à la gestion de l'entreprise afin de rééquilibre les rapports entre l'employeur et les salariés. « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination*

⁵¹ M. Weyl, R. Weyl, Démocratie, pouvoir du peuple, Le temps des cerises, 1996, p. 72 et s. ; R. Weyl, Droit, pouvoir et citoyenneté, L'humanité, 2017.

⁵² Cour de justice de l'Union européenne, 18 janv. 2007, C-385/05.

collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. ». Cette participation à la détermination collective englobe, selon le Conseil constitutionnel, la négociation collective (mise en œuvre en principe par les syndicats) et l'information-consultation des représentants du personnel. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 26 juillet 2013⁵³ a déclaré au sujet de ce préambule que « *ce texte n'impose pas la présence de représentants salariés au sein des organes de direction de l'entreprise* ». La motivation de sa décision apparaît (très) lacunaire. La participation de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 est également un principe particulièrement nécessaire à notre temps (PPNT). Les PPNT relèvent d'une conception philosophique, sociale de l'après-guerre qui vise à réaffirmer les droits et libertés à caractère social.⁵⁴

55. La participation à la gestion dans les entreprises fut proposée par le Conseil national de la Résistance dans le projet de Défense de la France en 1944 : « *le droit d'accès dans le cadre de l'entreprise, aux fonctions de direction et d'administration, pour les ouvriers possédant les qualifications nécessaires* ». La Commission d'études de la réforme de la Constitution présenta un projet en 1944 prévoyant l'adjonction à la future constitution (celle de 1946) d'une déclaration des droits économiques et sociaux non prévus par la déclaration des droits de 1789. Cette déclaration devait notamment prévoir « *un droit à la participation ouvrière à la gestion économique* ». Les propositions n'eurent pas d'écho immédiat. La participation à la gestion ne fut prévue que bien plus tard par la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public (dans les entreprises publiques, 1/3 d'administrateurs salariés parmi l'ensemble des membres du conseil d'administration ou de surveillance, élus pour 5 ans et disposant des mêmes droits que les autres administrateurs) ainsi que par l'ordonnance n° 86-1135 du 21 octobre 1986 relative à la participation des salariés à la gestion (dans les entreprises privées, participation facultative de représentants élus du personnel aux organes de la société, à concurrence du tiers des membres de ces organes (C. com., art. L. 225-27)) et par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, laquelle rend obligatoire la mise en place d'administrateurs représentant les salariés dans certaines sociétés (C. com., art. L. 225-27-1).

56. Enfin, la représentation du personnel relève des principes fondamentaux du droit du travail visés par l'article 34 de la Constitution. À ce titre, il appartient au législateur de déterminer dans le respect des 6ème et 8ème alinéa du préambule de la Constitution de 1946 les modalités de la représentation des salariés au sein des entreprises.

57. Le CSE a un rôle de représentant essentiel en matière économique pour les travailleurs mais n'a pas, selon nous, les pouvoirs lui permettant de l'exercer pleinement. Plusieurs modèles et propositions montrent la voie qu'il conviendrait d'emprunter pour que celui-là soit investi des pouvoirs qui lui manquent actuellement, dans l'intérêt des salariés et de l'entreprise.

⁵³ Cons. const., 26 juil. 2013, n° 2013-333 QPC.

⁵⁴ Cons. const. 5 juil. 1977, n° 80 DC (réaffirmé plusieurs fois).

Titre liminaire

Les modèles de représentation économique analogues

58. L'exemple le plus connu de représentation est le modèle allemand. En Allemagne, la participation des salariés à la vie économique de l'entreprise est historiquement plus poussée qu'en France. Cela dit, il convient plus rigoureusement de parler « des » modèles allemands. Deux modèles concernent la gestion par les représentants des salariés auprès des organes de direction et de contrôle des sociétés allemandes, tandis qu'un modèle concerne la décision et la détermination par les représentants des salariés au sein des établissements des entreprises allemandes (Chapitre 1).

En France, la participation minoritaire à la gestion par les représentants des salariés et par les salariés eux-même est assurée. Cependant, on ne peut parler de cogestion (Chapitre 2). Il aurait été pertinent de mentionner le conseil d'entreprise en tant que modèle de représentation économique. Cela dit, le conseil d'entreprise ne rencontrant pas encore un franc succès (probablement en raison de son caractère facultatif), il sera étudié plus loin dans le rôle de négociation du CSE en raison de cette prérogative forte dont il est investi.

Chapitre 1

La représentation des salariés dans les sociétés allemandes

59. Une première loi de 1951 prévoit la cogestion, une deuxième loi de 1952 prévoit la codécision et une troisième loi de 1976 prévoit la codétermination. La loi de 1976, bien que nommée loi de codétermination, prévoit un mécanisme qui ressemble fort à celui de la cogestion (notamment celui de la loi de 1951). Une distinction de vocabulaire s'impose à titre liminaire.

60. La cogestion est la gestion assurée en association avec une ou plusieurs personnes.⁵⁵ Plus spécialement, c'est la gestion en commun de l'entreprise, par le chef d'entreprise et les salariés ou leurs représentants.⁵⁶ La cogestion intervient lorsque la loi, qui a pour objet d'organiser la présence et l'influence des représentants des travailleurs dans les organes de la société, prévoit que ceux-ci sont présents à parité avec les représentants des actionnaires⁵⁷. Il s'agit alors d'un partage de la gestion de l'entreprise (Section 1).

61. La codétermination est un système qui impose que les choix stratégiques d'une entreprise soient décidés en commun par le chef d'entreprise et les syndicats. La codétermination est un véritable partage du pouvoir entre capital et travail. Si la loi de 1976 se nomme loi sur la codétermination, c'est certes une codétermination dans la mesure où les choix stratégiques sont décidés par les représentants du capital et les représentants des travailleurs, mais c'est surtout une cogestion dans la mesure où le mécanisme répond à la définition de la cogestion. La loi de 1952 qui prévoit la codécision est celle qui ressemble le plus au mécanisme de la codétermination puisque les représentants du personnel au sein des établissements ont un vrai pouvoir de négociation.

62. Enfin, la codécision est le partage de la décision. La décision est prise en commun par plusieurs institutions. Elle peut l'être de concours par le chef d'entreprise et par les représentants du personnel. C'est le mécanisme institué par la loi de 1952 sur la constitution d'établissement (loi qui institue le conseil d'établissement). Le conseil d'établissement a un pouvoir de codécision avec le chef d'entreprise sur de nombreux thèmes. Cette loi est également et de façon plus large une

⁵⁵ Dictionnaire de l'Académie française.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ P. Rémy, *Le droit à la participation en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?*, Dr. soc., 2015, p. 974.

loi de codétermination puisque les membres de l'instance qu'est le conseil d'établissement négocient sur plusieurs thèmes, à l'instar de la négociation menée par les syndicats (Section 2).

Section 1 - Les organes de cogestion

63. La gestion est l'action de gérer un bien ou un ensemble de biens en vertu de la loi (...) ou d'une convention qui englobe en général les actes d'administration *stricto sensu* (gestion ordinaire) et parfois des actes de disposition. Le terme gestion est synonyme d'administration au sens large du terme. Ajoutons que le terme « disposer » signifie accomplir un acte de disposition sur un bien (le vendre, le donner, le léguer, l'hypothéquer, le détruire).⁵⁸

64. La cogestion se matérialise par la participation à la prise de décisions concernant la gestion de l'entreprise, paritairement entre représentants des employeurs et représentants des salariés, sans que ceux-ci soient obligatoirement actionnaires de l'entreprise.⁵⁹ Le système de cogestion garantit une partie des droits de vote aux salariés indépendamment de toute participation au capital⁶⁰. La cogestion relève du principe de la gestion, non du gouvernement.⁶¹ Les décisions stratégiques de gestion sont prises, en Allemagne, au niveau de l'entreprise (die Unternehmen).

65. **La loi de 1951 sur la cogestion.**- La loi allemande du 21 mai 1951 sur la cogestion dans les mines et la sidérurgie avait instauré la cogestion paritaire dans les entreprises du charbon, du fer et de l'acier employant plus de 1000 salariés. Cette loi prévoit le paritarisme dans le conseil de surveillance allemand par la présence de 5 membres représentant les salariés (en partie élus par le conseil d'établissement, en partie désignés par les syndicats implantés dans l'entreprise au conseil d'établissement qui les élisent et les propose à l'assemblée des actionnaires), 5 membres désignés par l'employeur et 1 membre désigné communément. Ces membres siègent avec voix délibérative dans cette instance de direction et de contrôle. Le président du conseil de surveillance est neutre et est élu par l'assemblée des actionnaires. Le directeur du travail dans le directoire est responsable de la gestion du personnel et est nommé avec l'accord de la majorité des représentants des salariés du conseil de surveillance. Le conseil de surveillance allemand n'est pas exactement le conseil d'administration français. Le premier est chargé uniquement du contrôle de la direction, à l'exclusion des mesures d'administration de la société.⁶² Ces entreprises ont presque toutes

⁵⁸ Voc. jur. G. Cornu, PUF, 11e éd., 2016.

⁵⁹ F. Emery, Qu'est-ce que la cogestion ?, éd., techniques et économiques, 1969.

⁶⁰ T. Piketty, préc.

⁶¹ I. Ferreras, préc., p. 191.

⁶² F. Emery, préc, p. 33.

disparu aujourd'hui.⁶³ Cela concerne une quarantaine de salariés en 2005. Le secteur concerné par cette loi étant en déclin, les syndicats ont milité pour l'extension de la cogestion paritaire à tous les secteurs de l'économie.

Après une grève en ce sens, la loi du 11 octobre 1952 sur la constitution d'établissement (Betriebsverfassungsgesetz) élargit le champ de la cogestion à d'autres entreprises : elle prévoit une cogestion d'un tiers dans toutes les sociétés de 500 à 2000 salariés. En 2005, cela concernait 3500 sociétés, ce qui n'est pas négligeable. 1/3 de représentants des salariés dispose alors de sièges dans le conseil de surveillance. Les syndicats ont relancé leur revendication d'étendre la cogestion paritaire à tous les secteurs de l'économie. Ainsi est née la loi de 1976 qui prévoit une cogestion cependant non paritaire.

66. **La loi de 1976 sur la codétermination.**- En 1976, la Mitbestimmungsgesetz⁶⁴ (loi sur la codétermination) correspond à une participation à la gestion des entreprises. Elle ne s'applique qu'aux entreprises de plus de 500 salariés (travailleurs intérimaires inclus). Elle prévoit un conseil de surveillance composé pour un tiers des sièges de représentants des salariés et pour deux tiers des sièges de représentants des actionnaires. Les représentants des salariés siègent avec voix délibérative. Leurs droits sont égaux à ceux des représentants des actionnaires. Ils ont accès à toutes les informations concernant la situation financière et économique de l'entreprise. Ils sont associés à toutes les décisions en matière de répartition des bénéfices, de politiques d'investissements, de choix des dirigeants, d'évolution de l'actionnariat, de projets nouveaux de développement et d'opérations de fusion acquisition. Le conseil de surveillance nomme et révoque les membres du conseil de direction. Cette présence des salariés dans l'instance de direction est obligatoire. Cette loi permet un équilibre du pouvoir entre les actionnaires et les salariés. Les représentants des salariés ont les mêmes pouvoirs que les représentants des actionnaires : nomination et révocation des membres du directoire, contrôle de sa gestion et autorisation de certaines opérations, dont certaines décisions stratégiques.

67. Si l'entreprise comporte plus de 2000 salariés, la loi prévoit un nombre égal de représentants des salariés et d'actionnaires dans le conseil de surveillance. Le scrutin est indirect dans les entreprises de plus de 8000 salariés (élection de délégués) et direct dans les entreprises de moins de 8000 salariés. Le banc des salariés comprend des salariés de l'entreprise et des représentants des syndicats élus par les salariés sur liste syndicale exclusivement. Si un directeur du travail est prévu dans le directoire, il peut être choisi sans possibilité de veto de la majorité des représentants des salariés au conseil de surveillance.

68. En dépit du paritarisme, elle prévoit la présidence du conseil de surveillance par un représentant des actionnaires. Le président est élu à la majorité des 2/3. Il dispose d'une seconde voix décisive qui, en cas de partage égal des voix, assure la prééminence du capital. Cette voix est

⁶³ I. Ferreras, préc.

⁶⁴ Des mots mit qui signifie « avec », (die) Bestimmung qui signifie (détermination) et (das) Gesetz qui signifie loi.

également décisive pour la nomination des membres du directoire dans les sociétés par actions. C'est donc une cogestion d'une force moindre du côté des investisseurs en travail. La participation est également atténuée par la présence obligatoire de cadres dirigeants sur le banc des salariés. Ces cadres sont supposés être proches des employeurs puisqu'ils mettent en oeuvre les grandes décisions. Nombreux affirment que c'est une fausse parité⁶⁵. La décision peut ainsi aisément et plus fréquemment basculer du côté des apporteurs en capital. En outre, l'assemblée des actionnaires contrôle le partage du profit par une décision prise en assemblée générale. La cogestion allemande issue de la loi de 1976 n'est donc pas la cogestion la plus aboutie puisque les salariés ne disposent pas d'une voix égale à la voix des propriétaires du capital. 746 entreprises employant un peu plus de 5 millions de salariés étaient concernées en 2005⁶⁶. Ce chiffre n'est pas non plus négligeable. Ce sont des grandes entreprises qui emploient un nombre important de salariés.

69. Le résultat de cette institution est une diminution de la variance de la valeur des actions en raison de l'influence des représentants des salariés en faveur d'investissements moins risqués. La représentation paritaire (moitié de représentants de salariés et moitié de représentants d'actionnaires) provoque une baisse de la valeur des actions. Les représentants des salariés parviennent efficacement à influencer sur la stratégie des plus grandes entreprises en utilisant leur pouvoir de vote en faveur du maintien des effectifs. En contrepartie, les représentants des actionnaires recourent plus à l'endettement. L'impact de la codétermination sur la productivité est positif : elle contribue à la protection du capital humain spécifique à l'entreprise. Enfin, lorsque le nombre de représentants des salariés siégeant est inférieur à 50%, le contrôle est plus efficace que celui exercé par les représentants syndicaux traditionnels⁶⁷. La cogestion fut critiquée à plusieurs égards⁶⁸ : formation insuffisante des membres représentant les salariés dans les conseils de surveillance, présence illégitime de représentants syndicaux externes à l'entreprise, obstacles à un fonctionnement satisfaisant. Il est également avancé que la cogestion pénaliserait l'Allemagne dans la concurrence internationale (peu d'attraction des investisseurs étrangers dans les sociétés allemandes en raison de la cogestion). Pourtant, la cogestion étant devenue un acquis social pour les allemands, les réformes ayant eu pour objectif de la modifier ou d'y mettre fin n'y sont pas parvenus.

70. Ces deux lois (loi sur la cogestion et loi sur la codétermination) régissent la représentation des salariés au conseil de surveillance. Elles portent principalement sur les décisions économiques et la stratégie de l'entreprise alors que les droits du conseil d'établissement allemand (Betriebsrat) portent principalement sur les conditions de travail.

⁶⁵ P. Rémy, préc.

⁶⁶ R. Lasserre, *La cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation*, Cirac, 2005.

⁶⁷ *Dialogue social et performance économique*, p. 97 et s., préc.

⁶⁸ P. Rémy, préc.

Section 2 - L'organe de codécision

71. La décision est l'action de décider (pour une autorité), de prendre un parti (en général après une délibération) ; par extension soit le parti adopté, la décision prise, soit l'acte qui la contient.⁶⁹

72. La codécision est la prise en commun de la décision.

73. Le conseil d'établissement allemand est l'organe de codécision présent dans les établissements des entreprises allemandes. Il a le pouvoir de codécider. Certains parlent, au sujet du conseil d'établissement, de cogestion d'établissement.⁷⁰ Les grandes orientations de gestion étant prises par les membres des conseils d'administration et de gestion, l'étude retiendra que le conseil d'établissement est à la fois un organe de codécision et un organe de codétermination (dans le premier cas en raison du partage de la décision avec l'employeur, dans le second car en raison du pouvoir de négociation de conventions d'établissement avec l'employeur, donc de détermination commune des conditions de travail et d'emploi).

74. **La loi de 1952 sur la codécision.**- L'institution la plus répandue de codécision est le Betriebsrat⁷¹ (conseil d'établissement) puisque les deux modèles qui ont été présentés (modèles de 1951 et de 1976) concernent moins de sociétés. La loi sur la constitution de l'établissement du 11 octobre 1952 (Betriebsverfassungsgesetz) modifiée en 1972 et en 2001 prévoit une sorte de CSE d'établissement (Betriebsrat) investi de pouvoirs plus importants que le CSE français.

75. **Les conditions de sa mise en place.**- Le Betriebsrat est présent dans les établissements de plus de 5 travailleurs (§ 1 BetrVG). Une entreprise allemande doit constituer un conseil d'établissement si les salariés en font la demande et si l'établissement compte au moins cinq salariés permanents avec droit de vote. Ses membres sont élus. Sont éligibles tous les employés et ouvriers qui sont dans l'entreprise depuis au moins six mois et qui n'occupent pas de poste de direction. L'instance n'est pas présidée par l'employeur.

76. **Les effets de sa mise en place.**- L'article 80 de cette loi prévoit les prérogatives du Betriebsrat. Il prévoit notamment que l'employeur doit informer ce comité d'établissement de manière complète et en temps utile. Il est d'une part une instance de codécision lorsqu'il prend, dans certaines matières, les décisions avec l'employeur, d'autre part une instance de codétermination lorsqu'il conclut avec l'employeur des conventions d'établissement (avec effet normatif sur le contrat de travail) dans les matières où l'instance a un pouvoir de codécision⁷².

⁶⁹ Voc. jur. G. Cornu, PUF, 11e éd., 2016.

⁷⁰ I. Ferreras, préc.

⁷¹ Des mots (das) Betrieb qui signifie « établissement » et (der) Rat qui signifie « conseil ».

⁷² P. Rémy, « Le droit à la participation en droit allemand » : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, Dr. soc., 2015, p. 974.

77. **Les prérogatives du conseil d'établissement.**- La constitution d'établissement (Betriebsverfassung)⁷³ prévue au sein de chaque établissement ayant institué un Betriebsrat définit les droits, les devoirs et les pouvoirs d'une part du conseil d'établissement élu par le personnel et d'autre part du chef d'établissement. Le Betriebsrat concentre les attributions de gestion, de santé et de conditions de travail. Les articles de la loi sur la constitution d'établissement prévoient toutes les matières dans lesquelles ce conseil doit être consulté (§ 80 et s. BetrVG). L'accord du conseil d'établissement est formalisé dans un accord d'entreprise. Il existe un réel droit de codétermination dans de nombreux domaines relatifs à la gestion collective du personnel et aux conditions de travail. Les domaines concernés sont les suivants⁷⁴ :

➤ L'embauche, la mutation, les reclassements, les mesures de formation professionnelle (§ 97, 98 BetrVG), les principes d'évaluation du personnel, les questions de discipline au sein de l'établissement, les principes et l'exécution du travail en groupe, les directives de choix pour l'embauche, le changement d'affectation, le licenciement, la mise en oeuvre des mesures de formation)⁷⁵ ;

➤ La répartition du temps de travail, l'organisation du travail et les horaires de travail, le contrôle des performances des travailleurs, les modifications dans le travail (§ 91 BetrVG), les pauses, le calendrier des congés, l'augmentation et la réduction provisoires du temps de travail (les heures supplémentaires et le chômage partiel), la mise en place de principes généraux en matière de congés et du plan de congés, la fixation des périodes de congés des salariés individuels ;

➤ Les rémunérations et les méthodes de rémunérations liées à la performance (par exemple primes ou mise en place de salaires à la pièce ou au temps), la mise en place d'un système de primes, le paiement des heures supplémentaires, le temps, le lieu et la modalité du paiement de la rémunération, la mise en place de principes de rémunération pour garantir la transparence et une équité salariale (sur la répartition des primes par exemple), l'introduction et l'application de nouvelles méthodes de rémunération, leur modification, la fixation des taux du travail à la pièce ;

➤ Les projets de restructuration, le plan social (§ 112 BetrVG) ;

➤ Les mesures de protection de la santé et des accidents de travail (§ 87 BetrVG), l'introduction et l'application de systèmes de surveillance des salariés ;

⁷³ das Betrieb signifie l'établissement, tandis que die Verfassung signifie la constitution.

⁷⁴ P. Rémy, précité ; confédération allemande des syndicats (Deutscher Gewerkschaftsbund) ; syndicat allemand spécialisé (IGMetall).

⁷⁵ P. Rémy, préc.

➤ La forme, la configuration et l'administration d'institutions sociales, l'attribution et la résiliation de logements loués aux salariés et la fixation générale des conditions de leur utilisation.

78. Concernant les décisions relatives au contrat de travail, le Betriebsrat doit également être consulté avant toute rupture de période d'essai et avant tout licenciement. Si le licenciement est prononcé sans que l'institution soit auditionnée, il est sans effet (§ 102 BetrVG). Il peut s'opposer au licenciement dans un délai de 8 jours de sa notification mais cette opposition ne remet pas en question la rupture sur le plan contractuel. L'employeur pourra tout de même licencier. Le Betriebsrat contrôle la régularité et l'opportunité sociale de la mesure, laquelle est alors suspendue. Elle permet au salarié qui conteste son licenciement dans un délai de 3 semaines d'obtenir devant le tribunal son maintien temporaire dans l'entreprise. Le tribunal statue ensuite.

79. Si l'entreprise comprend un effectif d'au moins 20 salariés, le Betriebsrat peut s'opposer à une embauche, à un changement d'affectation (transfert, classement, reclassement) et à un positionnement dans la grille de classification. À la demande de l'employeur, le juge peut remplacer l'accord du conseil.⁷⁶ L'employeur doit obtenir le consentement du Betriebsrat pour prendre sa décision sur ces sujets (§ 99 BetrVG).

80. Enfin, concernant les questions économiques relatives à l'organisation de l'établissement ou de la production, le Betriebsrat dispose d'un large pouvoir consultatif avec avis et propositions. Le Betriebsrat a un droit de veto (droit de codétermination) pour tout changement important dans l'organisation des établissements. En cas de restructuration de l'entreprise (cession, fusion, fermeture, etc.), le Betriebsrat dispose d'un droit de codécision. Il dispose d'abord d'un droit de consultation en vue d'aboutir à un accord sur la mise en oeuvre ou non du projet, le moment du projet et la manière de le mettre en oeuvre. Si une décision économique implique des conséquences sociales tangibles, l'employeur doit proposer un plan social d'accompagnement dont les mesures compensatoires doivent recueillir accord du Betriebsrat. Il a un droit de codécision sur le plan social de cette restructuration.

81. **L'instance de départage.**- En cas de désaccord des parties sur les thèmes soumis à la consultation du Betriebsrat, l'employeur ou le Betriebsrat peut faire appel à un organe de conciliation interne à l'entreprise (Einigungstelle) et présidé par un juge professionnel. Cet organe aussi nommé commission d'arbitrage prend la décision.

82. **La codétermination.**- Le Betriebsrat dispose également d'un réel pouvoir de négociation aux fins de conclure une convention d'établissement (accord d'établissement) dans tous les domaines (§ 88). Les accords trouvés entre l'employeur et le conseil d'établissement sont formalisés dans un accord d'établissement (Betriebsvereinbarung). Les clauses plus favorables du contrat de travail prévalent sur les clauses de cette convention.

⁷⁶ P. Rémy, préc.

83. **La place du syndicat.**- Le syndicat n'est pas mis à mal par les pouvoirs du conseil d'établissement. Le Betriebsrat n'est pas une institution syndicale et le syndicat n'y est pas présent. Le Betriebsrat allemand ne met pas à mal les syndicats et leur prévalence. Ils ont la primauté. L'autonomie collective des syndicats est garantie constitutionnellement en droit allemand donc la convention collective conclue par eux bénéficie d'une priorité sur les questions sur lesquelles le Betriebsrat dispose de pouvoirs de codécision (§ 87 BetrVG). Pour que la convention collective du syndicat prévale l'acte conclu par le Betriebsrat et l'employeur, il faut que cette convention collective syndicale règle de façon effective et exhaustive la question en cause dans l'établissement. Or, en pratique, c'est rarement le cas.⁷⁷

84. Le CSE français est inspiré du Betriebsrat qui lui même concentre les attributions de gestion, de santé et de conditions de travail. Le modèle allemand comprend deux instances donc n'est pas directement transposable en droit français. Cela dit, le droit français comprend déjà un système de représentation des salariés dans les organes de direction. Ce système est toutefois lacunaire puisqu'il ne concerne qu'un faible nombre de salariés, minoritaires dans ces instances. Leur pouvoir est limité.

⁷⁷ P. Rémy, préc.

Chapitre 2

La représentation des salariés dans les organes de direction et de contrôle des sociétés françaises

« Malgré les effets d'annonce, la loi PACTE semble dessiner le nouveau visage d'une représentation minoritaire des salariés dans les organes sociaux. L'augmentation du nombre d'administrateurs salariés n'a, semble-t-il, pas permis de changer réellement les rapports de force au sein de la direction de l'entreprise car pour que cette représentation ait une véritable utilité, il faut qu'elle ait une incidence forte sur les prises de décision en conseil. Or la structure et le fonctionnement de ce dernier laissent à penser que les salariés n'ont pas de réelle marge d'action. »⁷⁸

85. La représentation salariale dans les organes de direction se fait par les salariés eux-même en qualité d'actionnaire ou de salarié, d'une part, auquel cas ils disposent d'une voix délibérative (Section 1) et par les représentants des salariés lesquels ne disposent que d'une voix consultative, d'autre part (Section 2).

86. Le conseil d'administration est l'organe collégial de gestion de la société anonyme, composé d'administrateurs (trois au moins, douze au plus), désignés par les statuts ou par l'assemblée générale parmi les actionnaires, et théoriquement investi de tous les pouvoirs pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social et des compétences attribuées à l'assemblée générale. Le conseil d'administration décide la stratégie, la politique générale de la société, prend les décisions les plus importantes, contrôle leur exécution par le président-directeur général.⁷⁹

87. Le conseil de surveillance dans la société anonyme est l'organe collégial composé de trois membres au moins et de douze au plus, désignés par les statuts ou par l'assemblée générale parmi les actionnaires, ayant pour fonctions le contrôle permanent de la gestion de la société par le

⁷⁸ M. Koehl, La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion, RDT, 2020, p. 237

⁷⁹ Voc. jur., G. Cornu, PUF, 11e éd., 2016.

directoire et l'approbation préalable de certaines opérations énumérées par les statuts ou par la loi sans immixtion dans la gestion.⁸⁰ Il opère les contrôles et vérifications qu'il juge opportuns.

88. Le conseil de surveillance dans la société en commandite par actions est l'organe collégial composé de trois actionnaires au moins (désignés parmi les commanditaires par l'assemblée générale) et chargé du contrôle permanent de la société avec les mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes sans immixtion dans la gestion.⁸¹

89. En pratique, la stratégie de l'entreprise sera fixée, non par les organes sociaux de la société employeuse mais par son actionnaire majoritaire. Le nombre de salariés administrateurs (en raison de leur statut d'actionnaire, de représentant du personnel ou tout simplement de salarié) est encore trop faible pour qu'ils aient une influence pondérante sur les décisions de l'entreprise. Depuis la La loi Pacte de 2019, les représentants des salariés représentent 8,8 % des mandats au 30 avril 2020, contre 8,2% un an plus tôt.⁸²

Section 1 - Une présence minoritaire d'administrateurs salariés

90. **À titre d'actionnaire.**- Le droit à participation des salariés induit le développement de l'actionnariat salarié. On trouve sa manifestation dans l'accès des salariés au capital de la société qui les emploie et dans leur représentation auprès des organes de gestion de la société. Lorsque le personnel d'une société et des sociétés qu'elle contrôle détient plus de 3% du capital social de la société, l'article L. 225-23 du Code de commerce prescrit à l'assemblée générale des actionnaires de nommer un ou plusieurs administrateurs parmi les salariés actionnaires. Ces salariés actionnaires ne peuvent représenter plus d'1/3 des administrateurs de la société.

L'objet de l'actionnariat salarié n'est pas un partage du pouvoir mais l'obtention d'une rémunération complémentaire. L'actionnariat salarié fonctionne bien mais ne renverse pas le pouvoir.⁸³

91. **À titre de salarié** (non actionnaire).- La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, la loi du 17 juin 2015 relative au dialogue social et la loi du 22 mai 2019 dite Pacte prévoient la présence obligatoire de salariés dans les organes de la sociétés. Ce sont les administrateurs salariés. Ils participent et représentent les salariés de l'entreprise avec voix

⁸⁰ Voc. jur., G. Cornu, PUF, 11e éd., 2016 ; G. Auzero, La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise, Dr. soc., 2015, p. 1006.

⁸¹ Voc. jur., G. Cornu, PUF, 11e éd., 2016.

⁸² Premier rapport du comité de suivi et d'évaluation de la loi Pacte, France Stratégie, sept. 2020.

⁸³ J. Icard, G. Duchange, préc.

délibérative dans les conseils d'administration et dans les conseils de surveillance. Le dispositif est prévu dans le Code de commerce aux articles L. 225-27-1 pour le conseil d'administration et L. 225-79-2 pour le conseil de surveillance. Leur présence est obligatoire dès lors que la société et ses filiales emploie au moins 1000 salariés permanents à la clôture de deux exercices consécutifs et dont le siège social se situe sur le territoire français. Depuis la loi Pacte, leur présence est également obligatoire dès lors que la société et ses filiales emploie au moins 5000 salariés permanents⁸⁴ et dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger. Cependant, ça ne s'applique dans les deux cas qu'à une seule société d'un groupe (pas à la fois à la société mère et aux filiales). Si une société mère est soumise à l'obligation, sa filiale n'y est pas soumise et inversement.

92. Les sociétés holding peuvent ne pas mettre en oeuvre cette représentation lorsqu'elles n'ont pas l'obligation de mettre en place un CSE. En pratique, les sociétés holding employant au moins 50 salariés sont rares. Pourtant, les sociétés holding tête de groupe (sociétés mères) détiennent et gèrent les participations des filiales et participent activement à la conduite de la politique de groupe. C'est à cette échelle que sont adoptées les décisions stratégiques.⁸⁵

93. **Composition de la délégation des salariés administrateurs** (non actionnaires).- La loi prévoit un représentant des salariés s'il y a 8 administrateurs ou moins et 2 représentants des salariés s'il y a plus de 8 administrateurs. Les administrateurs salariés de l'article L. 225-27-1 du Code de commerce sont désignés selon des modalités choisies par l'assemblée générale des actionnaires (C. com., art. L. 225-27-1 6°). Ce sont donc les apporteurs en capital qui définissent les modalités de l'élection de représentants des salariés. Ils peuvent être élus par les salariés après avoir été présentés par des organisations syndicales représentatives ; désignés par le CSE, désignés par l'organisation syndicale ou les deux organisations syndicales ayant eu le plus de suffrages au premier tour des élections professionnelles des salariés. Il est essentiel de mentionner que le mandat d'administrateur élu par les salariés en application de l'article L. 225-27 du Code de commerce ou désigné en application de l'article L. 225-27-1 du même Code est incompatible avec un mandat au CSE ou un mandat syndical au sein de leur établissement, de leur entreprise, du groupe et de toute instance de représentation du personnel européenne (C. com., art. L. 225-30). Certains auteurs dénoncent cette incompatibilité de mandats et proposent qu'elle soit supprimée.⁸⁶ Leur mandat est d'une durée de 6 ans renouvelable. Ils bénéficient d'un crédit d'heures et d'un statut protecteur. Ils sont protégés au même titre que les représentants du personnel contre le licenciement. L'autorisation de l'inspection du travail est requise après avis du conseil d'administration ou de surveillance pour le licenciement d'un salarié administrateur. Les salariés actionnaires élus de l'article L. 225-23 du Code de commerce ne comptent pas dans la part du tiers d'administrateurs salariés.

⁸⁴ M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 16e éd., 2021 ; G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail, précis Dalloz*, 25e éd., 2022.

⁸⁵ M. Koehl, précité ; G. Auzero, *La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise*, Dr. soc., 2015, p. 1006.

⁸⁶ S. Vernac préc.

94. **Prérogatives des salariés administrateurs** (non actionnaires).- Ces membres jouissent des mêmes droits et obligations que les autres administrateurs, du droit aux mêmes documents que les membres des conseils d'administration et de surveillance, d'autre part du droit de soumettre des vœux à ces conseils. Ces conseils rendent un avis motivé sur les vœux. Le dispositif devrait s'appliquer aux SAS mais elles ont une grande liberté de statuts (présidence unique sans organe collégial, donc sans délibération, sauf dispositions statutaires). La SAS pose à ce titre un problème conséquent en termes de représentation des salariés. Or, si le CSE disposait de pouvoirs de cogestion, cela pourrait pallier ce problème.⁸⁷ La cogestion pourrait d'ailleurs correspondre à l'institution qu'est le CSE puisque l'attribution de droits de vote ne nécessite pas de participation au capital. La forme juridique de la SAS constitue en somme une entrave virtuelle au fonctionnement du CSE.⁸⁸ Paradoxalement, elle est une forme de société très présente (en 2014, 39% des créateurs de sociétés choisissaient cette forme sociale).⁸⁹ La loi Pacte renforce la formation des administrateurs salariés et des représentants de salariés actionnaires dans les sociétés cotées (C. com., art. L. 225-23). Ils bénéficient de 40h de formation par an.

95. **Les administrateurs salariés (dispositif facultatif)**.- Dans les sociétés où la présence des administrateurs salariés n'est pas rendue obligatoire par le législateur, la participation de ces salariés à ces instances n'est possible que dès lors que les statuts de la société le prévoient. L'article 225-27 du Code du travail prévoit cette possibilité statutaire, laquelle ne peut être mise en place que par l'assemblée générale des actionnaires. Les administrateurs salariés de l'article L. 225-27 du Code de commerce sont élus par le personnel de la société ou de ses filiales. Le siège social de la société doit se situer sur le territoire français. La participation est cependant minoritaire : le nombre de ces administrateurs ne peut dépasser 4 et dans les sociétés cotées 5, ni excéder le tiers du nombre total d'administrateurs.

Si une société met en place le dispositif facultatif de représentants des salariés administrateurs, elle n'est pas tenue de mettre en place le dispositif obligatoire de l'article L. 225-27-1 dès lors que le nombre minimal des représentants prévus est atteint.

96. **Portée des dispositifs**.- La présence des salariés dans les conseils d'administration est une forme d'intervention au coeur du processus de production.⁹⁰ Cette intervention permet une prise en compte du point de vue des salariés sur les orientations stratégiques de l'entreprise et leur permet de participer à l'élaboration de cette stratégie. Elle apporte une compréhension différente des besoins de l'entreprise. Leur participation accrue permet une meilleure prise en compte des intérêts des salariés à côté de celui des apporteurs en capitaux.⁹¹ La représentation salariale au

⁸⁷ S. Vernac, préc.

⁸⁸ P. Morvan, Restructurations en droit social, LexisNexis, 5e éd., 2020.

⁸⁹ P. Lokiec, Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise, Dr. soc., 2016, p. 502.

⁹⁰ T. Piketty, Une brève histoire de l'égalité, Seuil, 2021.

⁹¹ M. Koehl, La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion, RDT, 2020, p. 237.

conseil d'administration influe positivement sur le taux d'absentéisme.⁹² Cette présence minoritaire, bien que louable ne permet pas une véritable cogestion puisque la représentation n'y est pas paritaire.

Ces dispositifs de représentation des salariés dans les conseils se rencontrent peu en pratique en raison des conditions restrictives auxquels ils sont soumis. En outre, le nombre de salariés administrateur est très faible en comparaison au nombre d'administrateurs non salariés. « *Le nombre de salariés administrateurs est insuffisant pour avoir une réelle influence sur les choix stratégiques.*⁹³ ». Certains auteurs⁹⁴ proposent la présence, au delà de 500 salariés, de la moitié d'administrateurs salariés sur la totalité des administrateurs. Cela correspond à la norme européenne. En pratique, il conviendrait d'augmenter le nombre de sièges de représentants des salariés dans les organes de la société (conseil d'administration, conseil de surveillance et directoire) et de réduire les seuils en termes d'effectifs de salariés pour la mise en place de ces administrateurs représentants des salariés.

Pour aller plus loin, d'autres auteurs⁹⁵ proposent, afin de limiter les possibilités d'accumulation et de perpétuation, un partage du pouvoir dans les entreprises du secteur lucratif. Il s'agirait d'appliquer le régime du « socialisme participatif » avec un partage 50-50 des droits de vote entre salariés et actionnaires et une stricte limitation des droits de vote des actionnaires individuels en fonction de la taille de l'entreprise. Ainsi, un salarié actionnaire unique conserverait la majorité des voix dans une toute petite entreprise mais la perdrait dès lors que l'entreprise compterait plus de 10 salariés. On pourrait ici remplacer le terme « salarié » par le terme « CSE » afin de transposer ces règles à tous les CSE quelle que soit leur taille.

De surcroît, il est difficile pour les représentants des salariés de jouer un rôle défini et actif au sein des conseils d'administration et de surveillance en raison de leur composition et de leur fonctionnement. Les conseils sont composés de profils similaires, se connaissant et ne favorisant pas la prise de décision des représentants des salariés peu informés et peu formés.⁹⁶ En outre, nombreux conseils sont préparés sans leur présence.⁹⁷ Le président du conseil dispose d'une place prépondérante. Peu de place est faite aux débats contradictoires.⁹⁸ Enfin, le poids des actionnaires est considérable dès lors que l'un d'entre eux détient un minimum de 10 % du

⁹² Centre d'analyse stratégique, « Participation des salariés et performance sociale : de nouveaux enjeux pour les entreprises françaises dans un contexte de sortie de crise », La Note d'analyse 210, janv. 2011.

⁹³ M. Cohen, L. Milet, précité, n° 922.

⁹⁴ V. P. Crifo, A. Rebérioux, La participation des salariés, Presses de Sciences Po, 2019, p. 41-42.

⁹⁵ T. Piketty, préc.

⁹⁶ M. Koehl, préc.

⁹⁷ G. Auzero, Les salariés au conseil : utopies et réalités, RFGÉ, n° 14, 2015.

⁹⁸ M. Koehl, préc.

capital. Il peut ainsi faire et défaire les conseils d'administration.⁹⁹ Quant à la structure dans laquelle évoluent les administrateurs représentants des salariés, aucune mention textuelle n'est faite concernant le directoire alors qu'il est l'organe chargé de définir les orientations stratégiques de l'entreprise.

En conclusion, on constate un faible nombre de représentants des salariés dans les organes des sociétés, un non assujettissement de la SAS à ces mécanismes et un seuil d'effectif de salariés élevé pour la mise en place de ces mécanismes. Cela conduit à une faible efficacité du mécanisme pour l'ensemble des salariés. On ne peut donc pas parler d'une cogestion.

Section 2 - Une présence consultative de représentants du personnel

97. **Les administrateurs représentants au CSE.**- Le CSE est représenté au conseil d'administration et au conseil de surveillance. L'article L. 2312-72 du Code du travail prévoit que *« deux membres du comité social et économique et appartenant l'un à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers, assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Dans les sociétés où sont constitués trois collèges électoraux, en application de l'article L. 2314-11, la délégation du personnel au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est portée à quatre membres. Deux de ces membres appartiennent à la catégorie des ouvriers et employés, le troisième à la catégorie de la maîtrise et le quatrième à la catégorie des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification »*.

98. **La composition de la délégation d'administrateurs.**- La présence des représentants des salariés au CSE dans les conseils est prévue dans les SA, les SAS, les SCA, certaines SARL et certaines sociétés du secteur public. Dans les sociétés par actions simplifiées, les statuts doivent préciser l'organe auprès duquel les représentants au CSE exercent les droits définis par la loi (C. trav., art. L. 2312-76). La désignation de ces administrateurs représentants au CSE se fait par les membres du CSE. L'employeur ne peut pas y participer. Seuls les représentants au CSE titulaires peuvent être désignés, pas les suppléants. Cette règle est critiquable. Un accord peut prévoir d'instituer des suppléants. Un représentant syndical ne peut pas être élu comme représentant au conseil d'administration. Les représentants aux conseils d'administration et de surveillance peuvent être au nombre d'un, de deux ou de quatre selon le nombre de collèges institués dans l'entreprise. Par principe, pour les élections au sein des entreprises, deux collèges sont institués. Par exception, trois collèges sont institués s'il y a au moins 25 cadres dans l'entreprise ou si un accord a prévu trois collèges ou plus. S'il y a deux collèges électoraux, l'un des membres appartient à la catégorie des ouvriers-employés, l'autre à la catégorie des agents de maîtrise-cadres. S'il y a trois collèges, ce ne sont plus deux membres mais quatre membres. Deux d'entre eux

⁹⁹ Q. Urban, La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par action : « Quel progrès ? », RDT 2013, p. 689.

appartiennent à la catégorie des ouvriers-employés, le troisième à la catégorie des agents de maîtrise et le quatrième à la catégorie des cadres.

99. **Les prérogatives des administrateurs.-** Ils assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou de surveillance. Ils ne participent donc pas aux votes. Ils ont le droit de participer aux discussions. On ne peut donc pas leur interdire de prendre la parole. Les élus ont en plus le droit à communication des mêmes documents que ceux remis aux membres des conseils (C. trav., L. 2312-73). Ils peuvent soumettre les vœux du CSE au conseil d'administration ou de surveillance, lequel rendra un avis motivé sur ces vœux. Chaque membre de la délégation peut se faire communiquer les procès verbaux des délibérations du conseil d'administration. Les informations présentées comme confidentielles tiennent les membres de la délégation à une obligation de discrétion, sauf à l'égard de leurs collègues membres du CSE.

100. **Portée du dispositif.-** Au sein de ces conseils, l'avis des représentants du CSE est de nature consultative. En outre, leur présence est minoritaire. L'instance n'est donc pas paritaire. La délégation au CSE n'a pas de pouvoir de participation à la gestion et à la décision. Elle n'a qu'un pouvoir faible d'influence, ce qui renforce la proposition d'instaurer un CSE avec droit de codécision dans certaines matières.

Titre 1

Le rôle économique actuel du CSE

101. Le rôle principal du CSE se joue lors des informations-consultations qui interviennent dans le cadre d'une prérogative exclusive du CSE. Il dispose à ce titre de plusieurs prérogatives (Chapitre 1).

Un rôle secondaire lui est attribué pour la négociation, notamment celle dite « dérogatoire ». Cela dit, ce rôle doit être considéré comme principal lorsque le CSE est institué en conseil d'entreprise puisqu'il se voit attribuer la prérogative essentielle des syndicats qui se trouve être la négociation (Chapitre 2).

Les CSE des entreprises comprenant un faible effectif de salariés sont investis de moins de prérogatives et de pouvoirs que les entreprises à effectif plus élevé. Leur rôle se trouve donc limité. Ce sont les CSE institués dans les entreprises employant moins de 50 salariés (Chapitre 3).

D'autres CSE se voient attribuer un rôle important, parfois accompagné de moyens insuffisants, en raison de l'état dans lequel se trouve l'entreprise. Ce sont les CSE présents dans les entreprises dites « en restructuration » et « en difficulté » (Chapitre 4).

Chapitre 1

Un rôle consultatif stable

102. Le CSE a pour prérogative principale d'être informé et consulté sur les projets importants intervenant dans l'entreprise (Section 1). Il dispose en effet de nombreux pouvoirs afin de mettre en oeuvre ses prérogatives consultatives (Section 2). La nature de son pouvoir le plus important qui est celui de rendre des avis, donc de se prononcer sur la légalité et l'opportunité d'un projet proposé par l'employeur, s'avère encore trop faible pour qu'il puisse exercer un rôle de codécideur.

Section 1 - Les grandes consultations

103. Le CSE des entreprises d'au moins 50 salariés est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion, la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs et la modification de son organisation économique (C. trav., art. L. 2312-8). Outre ces thèmes, le CSE est également consulté lors des restructurations et des procédures collectives (C. trav., art. L. 2312-37). Ces deux articles prévoient les consultations dites « ponctuelles » du CSE. Enfin, le CSE est consulté sur les orientations stratégiques (C. trav., art. L. 2312-24), sur la situation économique et financière (C. trav., art. L. 2312-25) et sur la politique sociale de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-26). Ces trois consultations sont les consultations dites « récurrentes ».

104. Le CSE rend un avis (le plus souvent simple) ou émet un vœu sur une information précise et écrite délivrée par l'employeur. L'employeur répond de façon motivée à l'avis ou au vœu. Le CSE dispose également d'une faculté de proposition mais celle-ci n'est pas prévue en matière économique (C. trav., art. L. 2312-10).

105. Les consultations sont d'ordre public. Les modalités des consultations relèvent en revanche de la négociation collective.

106. **Les principes de la consultation.**- La consultation est régie par le principe de loyauté et par le principe du caractère préalable à la décision de l'employeur (C. trav., art. L. 2312-14). En vertu de la règle du caractère préalable de la consultation, le CSE est informé et consulté préalablement à la décision de l'employeur. Cependant, dans certains cas, notamment les OPA et

les accords de GPEC, la consultation peut être mise en oeuvre postérieurement à la décision de l'employeur. La consultation porte sur un projet qui n'est pas encore ficelé par l'employeur. Si le projet soumis à consultation est déjà ficelé, ce fait peut caractériser un délit d'entrave. Cela dit, la déclaration d'intention est possible au stade de la consultation (ex : celle de la mise en oeuvre d'un licenciement économique).

107. En vertu de la règle d'effet utile de la consultation (prévu par la directive 2002/14 du 11 mars 2002 et l'article L. 2312-16 du Code du travail), un délai suffisant doit être laissé au CSE pour l'exercice de ses attributions consultatives. Cependant, l'effet utile a perdu de sa vigueur. La loi de sécurisation de l'emploi de 2013 et les ordonnances de 2017 ont réduit les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise sont rendus afin, selon certains auteurs, d'en limiter la portée, de gêner l'élaboration de propositions alternatives par les élus et de limiter les contestations en justice.¹⁰⁰ Le CSE ne peut plus invoquer une insuffisance des délais. Il peut seulement invoquer, dans des délais par ailleurs préfix, l'insuffisance de l'information. L'article L. 2312-15 du Code du travail prévoit pourtant la notion de « délai suffisant ».

108. **Les délais de consultation.**- Le Code du travail (article L. 2312-16) prévoit que la fixation des délais d'information consultation peut se faire soit par accord, soit par la loi. L'article R. 2312-6 du Code du travail prévoit les délais de consultation réglementaires à défaut d'accord : 1 niveau de consultation sans expert = 1 mois ; 1 niveau de consultation avec expert = 2 mois ; 2 niveaux de consultation (CSE central et CSE d'établissement) avec expert = 3 mois. L'article L. 2312-15 du Code du travail ne fixe plus de délai minimum de consultation. Les accords négociés doivent toujours fixer un délai minimum, cependant la loi ne fixe pas de seuil. Le délai fixé par accord peut être inférieur aux délais prévus par la loi, autrement dit très courts.

109. **Les types de consultation.**- Les missions du CSE sont déclinées en deux types de consultation : récurrentes et ponctuelles. Deux consultations récurrentes nous intéressent : la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise et la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise. En l'absence d'accord, des dispositions supplétives légales prévoient trois consultations distinctes annuelles pour chacune des consultations récurrentes (orientations stratégiques d'une part, situation économique et financière d'autre part). L'accord peut au maximum concentrer les trois consultations sur une période de trois ans (C. trav., art. L. 2312-22). L'article L. 2316-2 prévoit que le CSE central est informé sur tous les projets importants concernant l'entreprise en matière économique et financière. (à décliner s'il y a des établissements et que les mesures concernent les établissements).

110. Si le projet subit des modifications importantes, il faut à nouveau consulter le CSE.

111. **Les consultations ponctuelles.**- Les hypothèses de consultations ponctuelles sont des déclinaisons de l'article général L. 2312-8 du Code du travail, de 6 autres thèmes spécifiques et de règles spéciales. La liste de l'article L. 2312-8 n'est pas exhaustive puisqu'on y lit l'adverbe

¹⁰⁰ M. Cohen et L. Milet, préc., n° 955.

« notamment ». La consultation préalable obligatoire sur les questions relatives à la marche générale de l'entreprise (article L. 2312-8 du Code du travail) constitue un principe général fondamental¹⁰¹. Ainsi, toutes les décisions de l'employeur qui intéressent la marche générale de l'entreprise doivent lui être présentées avant d'être mises en œuvre, afin de recueillir son avis. « La marche générale de l'entreprise » est un thème qui oblige l'employeur à informer puis consulter le CSE sur tous les aspects de l'activité des salariés à partir du moment où le projet de l'employeur est *important*, que la mesure envisagée est *collective* et *non ponctuelle*. Exemple de consultation ponctuelle : le CSE est informé et consulté avant la mise en place ou la modification d'une garantie collective de protection sociale complémentaire.

112. **Les consultations récurrentes.**- La consultation sur les orientations stratégiques et celle sur la situation économique et financière ont lieu chaque année sauf accord.

113. **La consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise.**- C'est une participation *a minima* des salariés à la stratégie de l'entreprise¹⁰². Le CSE est consulté chaque année sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages. C'est donc les orientations stratégiques et les conséquences sociales de ces orientations stratégiques qui sont soumises à consultation. Lors de cette consultation, le CSE émet un avis et peut proposer des orientations alternatives. Cet avis et ces propositions alternatives sont transmises à l'organe chargé de l'administration et de la surveillance qui formule une réponse argumentée. Ces actes ne sont aucunement contraignants pour les organes de ces conseils. Là encore le dispositif est lacunaire, ne permet pas une véritable participation des salariés à la stratégie de l'entreprise puisque les conseils peuvent s'affranchir librement de l'avis et des propositions du CSE. « *Nous persistons à penser que la participation de représentants du CSE aux travaux de l'organe chargé de l'administration de la société, ne serait-ce qu'avec une simple voix consultative est préférable à la consultation obligatoire du CSE. C'est le gage d'un dialogue direct autour des questions intéressant la stratégie de l'entreprise.* »¹⁰³

114. Un problème concerne surtout les groupes de sociétés : le législateur ne vise que les orientations stratégiques de « l'entreprise » donc délaisse celles définies au niveau du groupe. Un accord de groupe peut cependant prévoir que cette consultation sera effectuée au niveau du groupe. Cela dit, la loi ne l'impose pas. Ce n'est qu'une faculté.

115. **La consultation sur la situation économique et financière.**- Cette consultation concerne notamment la transmission des documents transmis annuellement à l'AG des actionnaires ou à l'assemblée des associés, et les rapports des commissaires aux comptes. Dans les

¹⁰¹ M. Cohen et L. Milet, préc., n° 955.

¹⁰² G. Auzero, La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise, Dr. soc. 2015, p. 1006.

¹⁰³ Ibid.

sociétés commerciales, le CSE peut formuler des observations sur la situation économique, financière et sociale de l'entreprise en vue de leur transmission à l'assemblée générale annuelle des associés. Ces observations préparent la participation des membres du CSE à l'assemblée annuelle. Elles rassemblent des avis, des vœux (invitant l'AG à suivre certaines orientations) et des propositions.

Lors de cette consultation, le CSE peut convoquer les commissaires aux comptes pour recevoir leurs explications et se faire assister d'un expert comptable rémunéré par l'employeur. L'intérêt de ces droits est limité puisque encore une fois, l'employeur est libre de la décision finale. Le CSE se voit transmettre des documents d'une importance considérable (transmis également à l'assemblée générale des actionnaires) en ne lui laissant comme rôle que celui d'émettre des avis. L'intérêt est encore une fois faible. D'autant plus que l'employeur n'est pas en situation de réceptionner favorablement ses avis puisque les intérêts des salariés défendus par l'intermédiaire du CSE ne sont pas nécessairement les intérêts de l'employeur. Cette dualité d'intérêts semble triviale mais elle présente une réalité. Le plus souvent, les premiers réclament des meilleures conditions de travail et de rémunérations (demandes qui ont un coût financier) tandis que le second cherche à maximiser les bénéfices (cela passe notamment par des économies).

116. La consultation sur la politique sociale de l'entreprise.- Cette consultation porte notamment sur des thèmes économiques : l'emploi, les rémunérations et charges accessoires, la formation, la durée du travail. Bien que ces deux derniers thèmes ne semblent pas se rattacher à l'économie, la formation a d'une part un coût pour l'employeur et permet de valoriser la carrière des salariés, tandis que la durée du travail peut d'autre part contribuer aux économies de l'employeur dans le cas des aménagements du temps de travail. Le CSE a un rôle poussé en matière de politique de l'emploi (emploi, rémunérations, etc.)¹⁰⁴ mais ne dispose pas, contrairement au Betriebsrat allemand, du pouvoir de s'opposer aux décisions du chef d'entreprise en cette matière.

117. Les consultations économiques.- En matière économique au sens restreint, une consultation a lieu premièrement chaque fois qu'il y a d'une part une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation, d'autre part une notification à l'entreprise de l'attribution d'une subvention, de prêts ou d'avances remboursables par une personne publique. Deuxièmement, dans les sociétés anonymes, l'avis du CSE est communiqué aux actionnaires appelés à délibérer sur les modifications économiques ou juridiques de l'entreprise (C.trav. art. L. 2312-8 ; C. com., art. L. 225-105). Troisièmement, le CSE est informé et consulté sur les projets de restructuration et de compression des effectifs. Dans cette troisième hypothèse, son avis est transmis à l'autorité administrative.

¹⁰⁴ B. Teyssié, Droit du travail relations collectives, LexisNexis, 12e éd., 2020, p. 691 et s.

118. **L'information-consultation des salariés des groupes.**- Celle-ci devrait être renforcée. L'employeur n'est pas, au sein du groupe, le réel détenteur du pouvoir économique.¹⁰⁵ Actuellement, l'information est insuffisante en raison d'un manque de transparence. Le CSE de chaque filiale devrait être informé et consulté sur l'organisation du pouvoir au sein du groupe et sur les transferts de pouvoir accordés par l'employeur à toute autre société du groupe (notamment dans le cadre des conventions d'assistance et de management intragroupe). D'autant plus que les ordonnances de 2017 ont simplifié la mise en œuvre des licenciements collectifs : le motif économique s'appréciant désormais au niveau national et non plus international, une filiale française a la possibilité de conduire un « plan de sauvegarde de l'emploi » quand bien même son groupe se porterait très bien. Pourrait alors être institué un droit à l'information des représentants du personnel sur les relations intersociétaires du groupe de sociétés.

119. **Les sanctions des irrégularités et des absences de consultation.**- La sanction du défaut de consultation ou d'une consultation irrégulière est le droit pour le CSE d'obtenir du juge qu'il enjoigne à l'employeur sous astreinte de procéder à la consultation, de même qu'il est en mesure d'obtenir de celui-ci qu'il ordonne la suspension de la mesure, le cas échéant en référé, jusqu'à ce qu'il ait été procédé régulièrement à la consultation du comité¹⁰⁶. La suspension de l'opération envisagée n'est que temporaire et se termine dès lors que l'employeur met en œuvre la consultation. L'employeur peut donc prendre sa décision, même s'il est condamné au titre de l'entrave ou s'il voit le projet temporairement suspendu. La sanction est peu dissuasive pour l'employeur. En outre, il existe dans la pratique un « accord de cession (d'une société) avec condition suspensive d'avis du CSE ». Si est ordonnée par le juge une mesure de remise en état, l'opération est anéantie.¹⁰⁷ L'employeur encourt enfin une peine d'amende pour l'infraction de délit d'entrave, laquelle est dérisoire et peu dissuasive. Cette peine peut être assortie le cas échéant de dommages-intérêts en réparation des préjudices subis par le CSE

120. Le grand problème relatif aux consultations reste la nature de l'avis. L'avis simple ne permet pas au CSE de participer réellement aux décisions de l'entreprise. Comment assurer les dispositifs prévus par les consultations lorsque l'avis qu'il rend n'a qu'un pouvoir d'influence relatif ? Pour un exemple de dispositif : « *Le CSE contribue notamment à faciliter l'accès des femmes à tous les emplois (...)* » (C. trav., art. L. 2312-9). On peut facilement se représenter les conséquences pratiques si le CSE ne peut rendre qu'un avis simple. La finalité du dispositif n'est pas assurée.

¹⁰⁵ S. Vernac, Pour une entreprise responsable et démocratique, observatoire de l'éthique publique, sept. 2021.

¹⁰⁶ Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-30.815 : JurisData n° 1991-002311 ; RJS 5/12, n° 469 ; G. François, Droit d'alerte économique et consultation sur la marche générale de l'entreprise : une nouvelle illustration jurisprudentielle, JCP S n° 39, 2021, n° 1240.

¹⁰⁷ Cass. soc., 16 avr. 1996 : RJS 5/96, n° 559.

Section 2 - Des pouvoirs complémentaires

121. Les dispositions actuelles du code du travail reconnaissent au CSE la possibilité de formuler, y compris à son initiative, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation des salariés et leurs conditions de vie dans l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-12). Pour donner une épaisseur suffisante à ce droit de proposition, il conviendrait d'imposer à l'employeur d'y répondre de manière motivée.¹⁰⁸

122. Le CSE peut accéder aux documents de l'administration en vertu de la loi sur l'accès aux documents administratifs (article L. 300-1 et suivants, L. 311-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration - CRPA).

123. Le CSE dispose également d'un pouvoir d'enquête en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail. Ce pouvoir intervient à l'intérieur de l'entreprise (le CSE peut questionner les salariés) et à l'extérieur de l'entreprise.

124. Pour l'ensemble des élus titulaires au CSE, une formation économique et une formation CSSCT sont également prévues dans les entreprises d'au moins 50 salariés (C. trav., art. L. 2315-63). Cette mesure, appréciée des élus, leur permet de maîtriser des notions et des enjeux techniques nécessaires à la conduite des consultations.

125. **L'expertise.-** : Le CSE peut recourir à l'assistance d'un expert comptable pour les trois consultations récurrentes et pour certaines consultations portant sur des restructurations. Il peut aussi recourir à un expert habilité ou à un expert libre. L'expertise est prise en charge intégralement par l'employeur pour les consultations sur la situation économique et financière, sur la politique sociale, sur les projets de grand licenciement économique (+ 10 salariés). L'expertise est prise en charge à hauteur de 20 % par le CSE et à hauteur de 80 % par l'employeur pour la consultation sur les orientations stratégiques et pour certaines consultations ponctuelles comme celle sur les OPA. Le CSE rémunère intégralement les experts libres..

126. *« Les nouveaux dispositifs, en matière d'expertise, amplifient les inégalités entre comités. Pour tous ceux dont la taille est trop petite, la quote-part du coût d'expertise ne pourra pas être financée. Une étude récente a montré que leur budget est souvent aux limites du déficit. Dans une entreprise de 100 salariés peu qualifiés, le budget de fonctionnement est d'environ 4 000 € et déjà très largement utilisé. (...) Il est donc tout à fait réaliste de considérer que le dispositif prévu actuellement par les ordonnances prive en réalité plus de la moitié des futurs CSE du droit effectif à l'expertise »*¹⁰⁹

¹⁰⁸ M. Vericel, préc.

¹⁰⁹ E. Bledniak, Le conseil social et économique (CSE) : la lettre n'honore pas les promesses, Sem. Soc. Lamy n° 1782, 18 sept. 2017.

127. **La BDESE.-** contient, en l'absence d'accord, les données de l'entreprise des 2 années précédentes et des 3 années suivantes (données chiffrées et à défaut, pour les années suivantes, les grandes tendances). La BDESE doit donner une vision claire de la valeur créée par l'entreprise. Elle comporte des informations économiques, notamment les flux financiers à destination de l'entreprise, la rémunération des financeurs, la rémunération des dirigeants et salariés, les fonds propres et l'endettement. Enfin, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, la BDESE contient le « bilan social ». La BDESE peut permettre au CSE de connaître la vie de l'entreprise (dès lors qu'elle n'est pas limitée par un accord).

128. **Le rôle de contrôleur économique du CSE.-** Le CSE dispose d'un droit d'examen sur les comptes de l'entreprise à l'occasion de la consultation récurrente sur la situation économique et financière de l'entreprise. Il peut, à cette occasion, se faire assister d'un expert comptable. L'expert peut être missionné trois fois dans l'exercice comptable. La communication des documents comptables au CSE lui permet de faire des suggestions et de voter des vœux destinés à l'assemblée générale des actionnaires ou des associés. En outre, tous les documents fournis annuellement à l'assemblée des actionnaires de la société doivent nécessairement être communiqués au CSE. De même, toutes les communications fournies aux actionnaires doivent l'être également au CSE (membres élus et représentants syndicaux), et au même moment.

129. Dans les sociétés par action, les membres du CSE peuvent requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour de l'assemblée des associés (C. trav. L. 2312-77) et désigner deux membres pour y assister (un cadre, technicien ou agent de maîtrise d'une part, un employé ou un ouvrier d'autre part). En cas de refus d'inscription du projet de résolution, le CSE peut saisir le tribunal de commerce en référé. Le CSE peut demander au tribunal la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale en cas d'urgence ou requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour (C. trav., art. L. 2312-77). Là encore, au même titre que l'avis consultatif, la nature de l'acte qu'est le « projet de résolution » n'est pas contraignante pour les associés.

130. Tout bien considéré, une gestion prudente de l'entreprise par le CSE se manifeste lorsqu'il exerce ce rôle de contrôleur, de régulateur, notamment par l'exercice de son droit de désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence, de son droit de solliciter des réunions extraordinaires, de son droit d'alerte et de son droit de saisine des juridictions. La « gestion prudente » est l'une des notions dérivées du terme « économie » comme cela a été mis en exergue.¹¹⁰ La mise en oeuvre d'une « gestion prudente » nous informe sur le rôle éminemment économique joué par le CSE.

131. **La commission économique.-** La commission économique est obligatoire dans les entreprises employant au moins 1000 salariés (C. trav., art. L. 2315-46 1°) peu importe qu'elle ait son siège social en France ou à l'étranger. Elle est facultative dans les autres entreprises et peut donc être instaurée par accord. De prime abord, cela désavantage les salariés des petites

¹¹⁰ cf supra n° 11

entreprises. Un accord d'entreprise majoritaire peut l'instituer (C. trav., art. L. 2315-45), tout comme il peut instituer une autre commission à la place de la commission économique. Elle étudie les documents économiques et financiers recueillis par le CSE et toute question que lui soumet le CSE (C. trav., art. L. 2315-46, 2°) : il peut s'agir de documents directement communiqués par le chef d'entreprise ou sur ordre de ce dernier ou figurant dans la BDESE. Ces documents sont remis aux membres du comité constituant la délégation du personnel au conseil d'administration ou au conseil de surveillance dans les entreprises, constituées sous forme sociétaire, qui en sont dotées (C. trav., art. L. 2312-73). Ils sont obtenus auprès d'administrations à la suite de demandes présentées par le CSE ou remis au CSE, destinataire de leur rapport, par l'un des experts, expert-comptable, expert habilité ou expert libre, sollicités par ce dernier.

132. La composition de la commission économique.- La commission est présidée par l'employeur ou son représentant (il est donc encore une fois question de présidence d'une instance de représentation des salariés par les apporteurs en capital). Les membres de la commission sont désignés par vote majoritaire des membres du CSE et sont au nombre maximum de cinq (C. trav., art. L. 2315-47). Les membres salariés de cette commission sont obligatoirement des « représentants du personnel ». C'est une commission au sein du CSE donc ses membres sont aussi les membres émanant du CSE.

133. Les membres de la commission ne disposent pas d'heures de délégation supplémentaire. Ils disposent seulement d'un temps de réunion, lequel ne peut être déduit des heures de délégation et est assimilé à un temps de travail effectif (C. trav., art. R. 2315-7). A défaut d'accord d'entreprise, le temps passé par les membres du CSE en réunion n'est pas déduit des heures de délégation dès lors que la durée annuelle globale de ces réunions n'excède pas 60 heures pour les entreprises d'au moins 1000 salariés. Ces 60 heures annuelles incluent le temps passé dans les autres commissions relatives à la formation, le logement et l'égalité professionnelle.

Si les membres de la commission ne disposent pas d'heures de délégation supplémentaires pour la préparation des réunions dédiées au travail en commission et s'ils ne disposent pas d'un droit supplémentaire à la formation pour les thèmes relevant de la commission économique, la force de cette commission se trouve dans le nombre d'heures de réunion utilisable. Il serait indispensable de renforcer la formation de ses membres concernant les aspects financiers et de gestion afin qu'ils comprennent les enjeux parfois lourds qui doivent être débattus.

134. Le chef d'entreprise peut décider d'adjoindre à la commission, avec voix consultative, des « experts et techniciens » appartenant à l'entreprise, donc choisis parmi les salariés. Le temps passé par les salariés intervenant en qualité d'« expert » ou de « technicien » aux réunions de la commission dans laquelle ils sont appelés à intervenir doit être assimilé à un temps de travail effectif¹¹¹.

¹¹¹ B. Teyssié, La commission économique du CSE, JCP S n° 39, 2021, n° 1234.

135. **Les prérogatives de la commission.**- La commission n'a qu'un pouvoir de proposition auprès du CSE. Elle n'a aucun pouvoir de décision. Elle se réunit au moins deux fois par an et peut se faire assister d'un expert comptable, d'un expert habilité ou d'un expert libre sollicité par le CSE (C. trav., art. L. 2315-48). La commission est permanente donc peut se réunir plus souvent.

136. En l'absence d'accord, c'est elle qui édicte le rapport en cas de déclenchement d'une procédure d'alerte économique (C. trav., art. L. 2312-63).

137. Elle peut procéder à l'audition de tout cadre supérieur ou dirigeant de l'entreprise après accord du chef d'entreprise (C. trav., art. L. 2315-48 2°). Ce cadre, peut être notamment le chef d'entreprise. La référence opérée à l'audition de « dirigeants » renvoie à des mandataires sociaux exerçant des fonctions de direction, à commencer par celles de directeur général dans une société anonyme. Le cadre supérieur ou le dirigeant régulièrement convoqué qui refuserait de comparaître devant la commission économique s'exposerait à des poursuites au titre du délit d'entrave. Il en irait de même du chef d'entreprise qui, dans les circonstances où son accord est requis, refuserait de le donner, et ce sans justification précise et sérieuse.¹¹²

138. La commission peut être consultée lors d'opérations de concentration (C. trav., art. L. 2312-41). Elle peut en ce cas proposer le recours à un expert comptable (C. trav., art. L. 2312-41) mais 20 % du montant des honoraires de l'expert devront être acquittés par le CSE en puisant dans sa subvention de fonctionnement (C. trav., art. L. 2315-80).

¹¹² B. Teyssié, La commission économique du CSE, préc.

Chapitre 2

Un rôle de négociation croissant

139. En renvoyant de nombreux thèmes de droit à du travail à la négociation d'entreprise, les ordonnances de 2017 ont octroyé au CSE un rôle croissant de négociateur au titre de ses obligations dans le cadre de la négociation dérogatoire (Section 1). Son rôle de négociateur est encore plus poussé lorsqu'il est institué en conseil d'entreprise puisqu'il se voit attribuer le monopole de la négociation (Section 2).

Section 1 - La négociation dérogatoire

140. Le rôle du CSE dans la négociation a pris de l'ampleur. Les modalités d'exercice de la mission générale du CSE en matière économique ont été modifiées puisqu'un rôle central fut désormais conféré au CSE en matière de négociation d'entreprise depuis les ordonnances de 2017.

141. **Un pouvoir de négociation générale.**- Le CSE dispose d'un pouvoir de négociation, de conclusion et de révision d'accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, dont l'effectif habituel est compris entre 11 et moins de 50 salariés (C. trav., art. L. 2232-23-1). Ces accords concernent entre autres la consultation récurrente, la BDESE, le contenu des consultations ponctuelle. Pour que l'accord soit valide, il faut cependant qu'il soit signé par des membres du CSE représentant ensemble la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres titulaires du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles. Cette majorité lui offre une certaine légitimité.

142. Paradoxalement, les discussions intervenant en réunion du CSE, donnant lieu à décision acceptée par les membres du CSE et le chef d'entreprise, puis consignée au procès verbal sont considérées par la Cour de cassation comme ayant valeur d'engagement unilatéral avec la force obligatoire qui y est assortie.¹¹³ Le CSE ne porte donc aucune responsabilité à ce titre.

143. **Un pouvoir de négociation spécifique.**- Le CSE a un autre rôle de négociateur pour les accords d'intéressement et de participation (C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3322-6). La participation aux résultats de l'entreprise pour les salariés fut instituée par une ordonnance du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises signée par le

¹¹³ Cass. soc., 14 juin 1984 : Dr. soc. 1985. 192 ; 23 oct. 1991 : Bull. civ. V, n° 433.

général de Gaulle. Aujourd'hui, dans les entreprises de plus de 50 salariés, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise demeure un dispositif obligatoire en vertu de l'article L. 3322-1 du Code du travail (tandis que celui sur l'intéressement demeure facultatif). Cette participation aux résultats atténue la différence entre Travail et Capital mais ne remet pas vraiment en cause la prédominance du Capital sur le Travail.¹¹⁴ Selon certains auteurs, la participation à la gestion des entreprises et aux décisions telle que prévue par le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fut sacrifiée à la participation aux résultats de l'entreprise.¹¹⁵

144. **Un rôle établi dans le dialogue social.**- Le rôle économique du CSE semble intégrer la notion de « dialogue social » telle que présentée par l'OIT : « *le dialogue social inclut tous types de négociation, de consultation ou d'échange d'information entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs selon des modalités diverses, sur des questions relatives à la politique économique et sociale présentant un intérêt commun* »¹¹⁶. Le CSE a un rôle dans le dialogue social. Le taux de couverture des accords collectifs n'est pas forcément corrélé au taux de syndicalisation. En France, le taux de syndicalisation est l'un des plus faibles au monde mais le taux de couverture par les accords collectifs est l'un des plus élevés. Les syndicats n'ont donc pas le monopole du dialogue social.¹¹⁷ On constate une « *Tendance à la décentralisation du niveau de négociation depuis les années 1970* ». ¹¹⁸

145. Les dernières réformes du droit du travail visent explicitement à la promotion d'un nouveau modèle de régulation des rapports sociaux construit autour du droit négocié dans l'entreprise. La décentralisation de la production normative vers l'accord d'entreprise ne peut faire modèle si elle ne s'accompagne pas d'un transfert de pouvoir aux salariés, c'est à dire d'une forme de codécision.¹¹⁹

¹¹⁴ J. Icard, G. Duchange, L'entreprise en droit social : propositions et évolutions, JCP S n° 14, 1108.

¹¹⁵ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, Droit du travail, 34e éd., 2021.

¹¹⁶ <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--fr/index.htm>

¹¹⁷ M. Ferracci, F. Guyot, Dialogue social et performance économique, Sc. po., les presses, 2019.

¹¹⁸ Ibid. p. 20.

¹¹⁹ P. Lokiec, Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise, Dr. soc. 2016, p. 502.

Section 2 - Le conseil d'entreprise

146. L'ordonnance du 22 septembre 2017¹²⁰ s'inspire du droit allemand en créant le conseil d'entreprise sur le modèle du « Betriebsrat » (conseil d'établissement allemand). La particularité de ce modèle est que pour un certain nombre de décisions, l'employeur ne peut agir sans l'accord de ce conseil.

147. Le conseil d'entreprise est un CSE auquel est ajouté le pouvoir de négociation. Il peut alors négocier, conclure et réviser en lieu et place des délégués syndicaux les accords collectifs d'entreprise. L'article L. 2321-1 du Code du travail prévoit ce pouvoir de négociation. Le rôle du conseil d'entreprise est plus large qu'un simple rôle de négociateur. Cette prérogative permet d'affirmer que le conseil d'entreprise est un véritable modèle économique de codétermination (à travers la négociation). Il s'apparente également à un modèle de codécision à travers le droit d'émettre des avis conformes. Cela dit, afin d'éviter toute confusion de notions, le droit d'émettre des avis conformes est à lui seul insuffisant pour manifester la codécision.

148. **Les conditions d'une mise en place facultative.**- L'acte fondateur du conseil d'entreprise est un accord majoritaire entre les organisations syndicales, notamment le ou les DS, et l'employeur. Or, en l'absence de DS, il est possible d'instituer un conseil d'entreprise par accord de branche étendu. Le caractère facultatif de sa mise en place est la faiblesse du conseil d'entreprise. Le dispositif ne fonctionne pas (seule une vingtaine d'entreprises l'a adopté) car les chefs d'entreprise craignent de se lier les mains. Pour cause, le conseil d'entreprise est investi du droit d'émettre un avis conforme (parfois nommé « droit de veto ») dans certains thèmes soumis à l'information-consultation. Conformément à la philosophie générale des réformes de 2017, beaucoup de thèmes sont renvoyées à la négociation d'accords collectifs, y compris le contenu des consultations et informations et les modalités des consultations ponctuelles ; les dispositions légales n'interviennent plus qu'à titre subsidiaire.¹²¹ Ces thèmes, pour lesquels le conseil d'entreprise dispose du droit d'émettre un avis conforme, sont donc librement négociés entre les membres du conseil d'entreprise et le chef d'entreprise. Là aurait-il pu y avoir une chance à saisir pour le CSE. Malheureusement, le conseil d'entreprise ne rencontre pas un franc succès.

149. **Le champ d'application personnel.**- Le conseil d'entreprise ne concerne a priori que les entreprises d'au moins 50 salariés. Ce sont ces entreprises qui sont pourvues d'un délégué syndical, lequel est seul habilité à négocier l'accord collectif majoritaire à durée indéterminée qui institue le conseil d'entreprise.

150. **Le champ d'application matériel.**- L'accord majoritaire mettant en place le comité d'entreprise doit fixer la liste des thèmes soumis à son avis conforme (droit de veto). Seul le

¹²⁰ n° 2017-1386.

¹²¹ M. Véricel, préc.

thème de la formation est obligatoirement soumis à avis conforme (C. trav., art. L. 2321-3). Les autres thèmes sont librement définis par les parties. L'employeur demande au conseil d'entreprise son avis conforme sur les projets qu'il lui soumet. Selon certains auteurs, le conseil d'entreprise est à la fois un organe de cogestion de manière habituelle et un organe de codécision¹²² lorsqu'il émet un avis conforme. Lorsque le conseil d'entreprise est en position de codécideur, le pouvoir dans l'entreprise est alors partagé à égalité ou quasi-égalité entre le chef d'entreprise et les détenteurs du capital d'une part, les apporteurs de « force de travail » d'autre part.¹²³ Le conseil d'entreprise est inspiré du modèle allemand de codécision. Au delà du faible nombre d'entreprises ayant institué ce conseil facultatif, il n'est pas garanti que les thèmes qui seront soumis à son avis conforme soient des thèmes déterminants pour les enjeux économiques de l'entreprise qui concernent les salariés. Il serait plus pertinent d'étendre la liste des matières dans lesquelles le CSE a le pouvoir de rendre des avis conformes dans les entreprises de moins de 50 salariés, d'instaurer un pouvoir de codécision dans les entreprises d'au moins 50 salariés et de maintenir la présence du délégué syndical pour la négociation collective.

151. **La mise à mal du syndicat d'entreprise.**- Une fois le conseil d'entreprise mis en place, le délégué syndical en devient membre¹²⁴ mais il ne lui est plus possible de négocier des accords avec l'employeur puisque son pouvoir de négociation est transmis exclusivement au conseil d'entreprise. En somme, il ne disparaît pas mais perd le monopole de la négociation collective. Le Code du travail ne précise pas vraiment si la présence du délégué syndical est maintenue dans le conseil d'entreprise lors des informations-consultations, ni s'il est présent lorsque le conseil d'entreprise se trouve acteur des négociations. Il est seulement précisé qu'il ne négocie plus les accords. On ne sait donc pas avec précision la présence qu'il conserve. Il ne semble pas justifié d'exclure le DS des négociations. Le DS est présent dans le CSE. Il devrait disposer d'une voix au conseil d'entreprise pour les négociations au même titre que les autres membres élus du conseil d'entreprise. Il n'existe pas de justification conduisant à exclure sa voix lors de la signature des accords alors qu'il est présent le reste du temps en tant que membre du conseil d'entreprise. Une voix ne suffit pas à déterminer le devenir des informations consultations. Sa présence ne devrait pas en conséquence être discutée.

152. Le conseil d'entreprise éloigne les syndicats de l'entreprise (notamment le délégué syndical), pourtant la seule institution de représentation des salariés au sein de l'entreprise avec le CSE. Il est inutile de rappeler que le syndicalisme français traverse déjà une crise¹²⁵, laquelle serait accentuée en cas de mise en place de conseils d'entreprise par l'impossibilité pour les délégués syndicaux de négocier des accords au sein des entreprises. Le DS perdra de son intérêt en outre,

¹²² B. Teysié, Le syndrome de Troie, in *Le comité social et économique : un nouveau dispositif*, LexisNexis, 2019, p. 112.

¹²³ Ibid., p. 113.

¹²⁴ Memento FL, 2021, n° 9740.

¹²⁵ M. Ferracci, F. Guyot, *Dialogue social et performance économique*, Les Presses de Sciences Po, coll. « Sécuriser l'emploi », 2019, p. 72.

conduisant les organisations syndicales elles-même à perdre de leur intérêt (puisqu'elles ne disposeront plus de ce pouvoir essentiel). Pour les travailleurs, l'affaiblissement des syndicats est un risque social, d'autant plus que la négociation d'entreprise est en plein essor.¹²⁶

153. L'exclusion du DS du conseil d'entreprise pour les négociations serait préjudiciable aux salariés dans la mesure où le DS bénéficie de conseils juridiques et pratiques permanents de la part de l'organisation syndicale qui l'a désigné. Les autres membres du CSE ne disposent pas systématiquement de ce privilège permanent puisqu'ils ne sont pas tous nécessairement membres d'un syndicat, ni en lien constant avec le syndicat, contrairement au DS. Il va manquer à cet organe qu'est le conseil d'entreprise, le regard extérieur du syndicat qui, par son expérience, conseille le négociateur : le délégué syndical. Son expérience et ses connaissances sont un atout pour le délégué syndical. C'est le délégué syndical qui, au sein de l'entreprise, est le principal relai entre les salariés, les représentants du personnel et le syndicat. Le CSE transformé en conseil d'entreprise n'a pas les moyens qu'ont les employeurs pour être conseillés, que ce conseil soit juridique ou tiré de la pratique. Le CSE ne bénéficie véritablement de conseils que dès lors qu'il fait appel à un expert. Il faut, dans ce dessein, organiser une réunion, inscrire ce projet à l'ordre du jour et voter cette sortie du budget. Le conseil n'est donc pas permanent et est limité par le budget.

154. Parallèlement, la plupart des employeurs bénéficie de conseils juridiques et pratiques permanents de la part de cabinets d'avocats ou de conseil de type juridique, fiscal, comptable, etc. Il est incontestable que les employeurs sont donc plus conseillés que les salariés, que ces derniers soient représentés ou non.

155. Le Conseil d'entreprise pourrait de surcroît porter une restriction à la liberté syndicale en ne permettant plus au délégué syndical de négocier. Quand bien même, il signerait lui même la fin de sa fonction de négociateur en concluant l'accord de mise en place du conseil d'entreprise, on pourrait considérer que la difficulté à revenir en arrière concernant la mise en place de ce conseil constituerait une restriction à la liberté syndicale. Le Conseil constitutionnel¹²⁷, à propos de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, a énoncé au visa des alinéa 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 que si le monopole que la loi a longtemps attribué aux syndicats représentatifs en matière de négociation collective n'a pas valeur constitutionnelle, il importe que l'entrée en scène d'autres acteurs « *n'ait ni pour objet ni pour effet de faire obstacle* » à l'intervention de ces organisations, lesquelles ont une vocation naturelle à négocier.¹²⁸ Là encore on pourrait arguer qu'aucun obstacle n'est posé à l'intervention des organisations syndicales puisque le DS signe lui même l'accord de mise en place du conseil d'entreprise. Or, si la faculté dont il dispose pour retrouver ses pouvoirs de négociateur est trop

¹²⁶ P. Romain, Bilan de la négociation collective et restructuration des branches : l'éclairage du nouveau DGT (directeur général du travail), JCP S n° 42, oct. 2020, n° 416.

¹²⁷ Cons. const. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC.

¹²⁸ G. Borenfreud, préc.

difficile à mettre en oeuvre, on pourrait considérer que c'est un obstacle à l'intervention des organisations syndicales. En outre, il conviendrait de s'interroger sur la conformité de l'exclusion du délégué syndical des négociations avec l'article 5 de la convention 135 de l'OIT : « *Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part.* ».

156. Enfin, le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 7 septembre 2017 relative à la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, que la représentation du personnel relève des principes fondamentaux du droit du travail visés par l'article 34 de la Constitution et que, de ce fait, « *il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, les modalités de la représentation des salariés au sein des entreprises* ». En conséquence, on ne voit pas comment la détermination de l'architecture de la représentation du personnel dans l'entreprise pourrait être laissée aux pouvoirs des partenaires sociaux.¹²⁹

157. Le conseil d'entreprise serait-il ce que certains nomment « *un nouvel outil de RSE* »¹³⁰ ? Cette nouvelle institution ne consiste pas à renforcer le rôle des représentants des salariés dans les instances de direction. En outre, la présidence de ce conseil revient à l'employeur, tout comme celle du CSE.¹³¹ Si le conseil d'entreprise est un modèle de représentation économique à l'instar du conseil d'établissement allemand, celui-là est une institution à ce stade insatisfaisante à plusieurs égards comme cela a été mis en exergue.

¹²⁹ G. Auzero, Les transformations du comité social et économique, JCP S 2018, 1227.

¹³⁰ R. Chiss, *in* Le CSE : un nouveau dispositif, LexisNexis, 2019

¹³¹ G. Borenfreud, préc.

Chapitre 3

Un rôle étriqué dans les entreprises de moins de cinquante salariés

158. Les CSE des entreprises employant moins de 50 salariés sont investis de pouvoirs économiques moindre que les CSE des entreprises employant au moins 50 salariés (Section 1). Pourtant, ces entreprises plus restreintes en seuil d'effectif représentent tout de même près de la moitié des salariés des entreprises françaises (Section 2).

Section 1 - Des prérogatives parcimonieuses

159. Les attributions du CSE sont relativement différentes selon que l'entreprise comprend 11 à 49 salariés ou 50 salariés et plus. Le petit CSE (dans les entreprises de moins de 50 salariés) part avec un handicap. Il dispose de moins de prérogatives que le grand CSE. Cependant, il pourra être renforcé dès lors et s'il aura une personnalité juridique. Dans les entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés, la revendication salariale est une prérogative des élus. Le CSE y est donc investi d'un rôle économique. En somme, il faut donner à ses élus les les moyens d'accéder aux chiffres, aux données, etc. On constate que le petit CSE est affaibli à plusieurs titres.

160. **L'accès à la BDESE.**- À titre d'exemple, la BDESE est soit en version papier, soit en version informatique pour les entreprises de moins de 300 salariés. Elle nécessite donc un accès aux locaux de l'entreprise ce qui ne la rend pas accessible en permanence. L'administration admet cette possibilité¹³². L'accès en est donc complexifié pour les institutions représentatives du personnel de ces entreprises. Également, la BDESE des entreprises de moins de 300 salariés n'intègre pas le bilan social.

161. **L'absence de pouvoir de gestion.**- Toutes les procédures permettant la participation des salariés dans les instances de direction requièrent que l'entreprise emploie au moins 50 salariés. En somme, les petites entreprises sont désavantagées.

¹³² Circ. DGT 1 du 18-3-2014.

162. **Les représentants de proximité.**- D'une part, leur présence est facultative au sein des entreprises (seul un accord les institue), d'autre part leurs prérogatives économiques sont légères puisque leur rôle est principalement de collecter et de porter, en réunion CSE, les réclamations des salariés relatives à leurs conditions de travail, à l'instar du rôle des délégués du personnel autrefois.

163. **Le conseil d'entreprise.**- La mise en place d'un conseil d'entreprise dans ces entreprises (entre 11 et 49 salariés) est en théorie possible dès lors qu'un accord de branche étendu le prévoit. Cependant, les auteurs considèrent qu'il n'est pas évident que cette hypothèse soit réalisée pour la raison principale que le petit CSE n'est pas explicitement investi à l'heure actuelle de la personnalité juridique.¹³³

164. Enfin, dans les petites entreprises, la possibilité d'ester en justice sur des problématiques locales n'existe plus, alors que c'était le cas avec les CHSCT.

Section 2 - Un nombre important de salariés

165. La question du CSE ne peut être traitée de manière identique selon que l'entreprise est petite, moyenne ou grande. C'est souvent au niveau des petites et moyennes entreprises que les problèmes sont plus fréquents pour les salariés¹³⁴. Moins d'une PME de moins de 50 salariés sur quatre dispose d'un délégué syndical alors qu'on y trouve plus de 40% des salariés.¹³⁵ Si les organisations syndicales sont moins présentes, le CSE pourrait pallier ce rôle. Pour cela, il faudrait qu'il soit investi de pouvoirs plus importants.

On constate de fait une rupture d'égalité dans la représentation du personnel entre les salariés des différentes entreprises selon la taille de ces dernières.

166. Concernant les petites entreprises, où sont installés les petits CSE, il semble adapté de leur reconnaître un rôle durable dans la mesure où elles sont des petites propriétés privées, sociales et parfois temporaires.¹³⁶

167. À notre sens, il semble important de reconsidérer le rôle économique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés afin que le rôle de ses membres ne soit pas seulement celui d'une opposition mais également celui d'une construction.

¹³³ G. Auzero, Les transformations du comité social et économique, JCP S, 2018, 1227

¹³⁴ M. Ferracci, F. Guyot, Dialogue social et performance de l'entreprise, Les presses de Sciences po., 2019, p. 76 à 78

¹³⁵ Ibid., p. 85

¹³⁶ T. Piketty, préc.

Chapitre 4

Un rôle majeur dans les entreprises en restructuration et en difficulté

168. Le rôle du CSE grandit en raison de la multiplication des restructurations et des licenciements.¹³⁷ Si son rôle est majeur à ce titre, il n'en demeure pas moins qu'en cette matière, encore plus qu'ailleurs, le CSE manque de pouvoirs lui permettant de défendre les intérêts significatifs des salariés (Section 1). Indépendamment des cas de restructuration organisée, le CSE voit ses pouvoirs renforcés lorsque une entreprise se trouve « en difficulté », lorsqu'elle fait l'objet d'une procédure collective (Section 2).

169. Le CSE des entreprises d'au moins 50 salariés est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion, la marche générale de l'entreprise, notamment sur les thèmes énumérés par les articles L. 2312-8 et L. 2312-37 du Code du travail. Ce deuxième article prévoit qu'il est consulté lors des restructurations et compressions des effectifs (auquel cas son avis est transmis à l'autorité administrative), des licenciements collectifs pour motif économique, des opérations de concentration, des offres publiques d'acquisition et des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire.

Section 1 - Dans les entreprises en restructuration

170. Dans le cadre des restructurations, le CSE a une fonction de contrôle des décisions prises par l'employeur. Cela dit, selon la restructuration envisagée, le CSE dispose de plus ou moins de pouvoirs¹³⁸. Il jouit notamment d'une telle fonction de contrôle pour des décisions dites « de crise » : plans de réduction des effectifs, licenciements pour motif économique collectifs, etc.

171. La directive 2019/1023 du 20 juin 2019 sur les restructurations et l'insolvabilité prévoit une information des travailleurs sur toute procédure de restructuration préventive susceptible de répercussion sur l'emploi et sur tout plan de restructuration avant son adoption. Elle prévoit

¹³⁷ M. Cohen, L. Milet, préc.

¹³⁸ J. Icard, M.-C. Pottecher, Le contrôle du CSE et les crises, JCP S, 2021, n° 1155.

également que les travailleurs devraient avoir le droit de voter pour ou contre l'adoption d'un plan de restructuration préventif.

172. **Les cessions.**- Tout projet de prise de participation, quelle qu'en soit l'importance, dans une société appelle l'information préalable du CSE de l'entreprise auteure du projet. L'information du CSE de l'entreprise visée s'impose une fois le projet connu de ses dirigeants.

173. Le transfert de ses droits par l'actionnaire majoritaire de l'entreprise à quelque acquéreur entre dans le champ de l'obligation : un projet de cession de contrôle doit donner lieu à information préalable du CSE¹³⁹, y compris lorsque la décision n'appartient pas, en droit, aux organes représentatifs de la société dans laquelle il a été constitué¹⁴⁰. En l'espèce, la décision de cession de contrôle fut prise par les organes d'une société exploitant une entreprise, donc pas par les organes représentatifs de l'entreprise elle-même. La Cour considère que cette cession s'assimile à la cession de l'entreprise elle-même. Le défaut de consultation constitue une entrave au CSE et peut conduire à des réparations civiles à son égard.

174. La cession d'une participation majoritaire dans le capital d'une société exploitant une entreprise équivaut « dans l'ordre économique », à la cession de l'entreprise¹⁴¹. En revanche, une cession d'actions qui n'entraîne pas cession de contrôle, donc transfert de direction, n'appelle pas l'information préalable du CSE¹⁴². Cependant, si la transmission négociée d'une partie du capital social est utilisée comme moyen de placer la société qui exploite une entreprise sous la dépendance d'une autre société, il y a cession de l'entreprise¹⁴³. En l'espèce, la cession avait eu « pour effet de placer la société exploitant l'entreprise sous la dépendance d'une autre société ». Il convient donc de consulter le CSE sur le fondement de l'article L. 2312-8 du Code du travail. Autrement formulé, par principe, la cession d'une participation minoritaire dans le capital d'une société mère dispense de consultation le CSE de la société filiale, sauf si la transmission négociée d'une partie du capital est utilisée comme un moyen de placer la société filiale sous la dépendance d'une autre société.

Il existe une exception à cette règle : si la société holding est cédée sans activité propre, il n'y a pas lieu de consulter le CSE de la société filiale. Il existe une exception à cette exception : si la société holding contrôle plusieurs sociétés, il faut consulter la filiale.

175. L'article 7 § 4 de la directive 2001/23 dite « transferts » confirme ces règles jurisprudentielles puisqu'elle prévoit que le chef d'entreprise informe et consulte le CSE de l'entreprise même si la décision émane d'une entreprise qui la contrôle.

¹³⁹ Cass. crim., 2 mars 1978 : JCP G 1979, 11, n° 190521.

¹⁴⁰ Cass. crim., 29 juin 1982 : Bull. crim. p. 491, n° 179.

¹⁴¹ Cass. crim., 19 févr. 1980 « Haulotte », JCP G 1981, 11, 19595, note Ph. Salvage.

¹⁴² Cass. crim., 22 mars 1983, Dr. soc., 1983, 640 ; Bull. crim. 1983, V, n° 90.

¹⁴³ Cass. crim., 19 févr. 1980 « Haulotte », JCP G 1981, 11, 19595, note Ph. Salvage.

176. L'information écrite et les données transmises doivent être suffisamment précises pour permettre aux représentants du personnel d'apprécier les raisons et la portée de la mesure envisagée à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise.

177. La sanction du défaut d'information-consultation constitue un délit d'entrave même pour le dirigeant de l'entreprise cessionnaire¹⁴⁴.

178. **Les restructurations au sein des groupes.**- « *la création de sociétés par filialisation permet de dissocier l'auteur d'une décision de celui à qui cette décision est imputée. Cela institue une quasi irresponsabilité de l'actionnaire direct ou indirect du fait des dommages causés par la société. Ainsi, même lorsqu'une décision est prise par la société mère et mise en oeuvre par une filiale, seule cette dernière est responsable des dommages sociaux et environnementaux causés par elle* »¹⁴⁵. Malgré cette réalité présente au sein des groupes de sociétés, existe cependant des exemples jurisprudentiels dans lesquels les juges exigent des éléments tangibles et n'admettent pas que l'entreprise se réfugie derrière la société mère pour soutenir qu'elle n'a pas de stratégie propre ou que sa marge de manoeuvre est réduite¹⁴⁶. En l'espèce, il s'agissait d'une procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise concernant les orientations stratégiques de l'entreprise lors de laquelle les élus soulignaient le manque d'information, l'absence de remise du bilan social et de la base de données économiques et sociales. La société avait alors transmis différents documents se rapportant à la stratégie de l'entreprise et aux décisions prises par ses organes dirigeants. Elle considérait qu'une partie de la demande du cabinet d'expertise missionné par le CSE excédait le périmètre de sa mission exclusivement dédiée à l'examen des orientations stratégiques de l'entreprise, en cherchant à l'étendre au niveau du groupe. La Cour d'appel a retenu que la société devait délivrer ces informations, quand bien même elles appartenaient à une société tierce (la société mère).

179. **L'offre publique d'achat.**- L'offre publique d'achat désigne la procédure par laquelle une société ou une personne physique fait connaître publiquement aux actionnaires d'une société qu'elle est disposée à leur acheter leurs actions à un prix déterminé.¹⁴⁷ En cas d'offre publique d'achat ou d'offre publique d'échange, l'obligation d'information du CSE repose, à titre dérogatoire, sur un tiers : l'auteur de l'offre. La société cible et la société initiatrice de l'opération réunissent chacune leur CSE (C. trav., L. 2312-42). Deux réunions sont prévues. L'auteur de l'offre réunit son CSE deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre (C. trav., art. L. 2312-49) et adresse à la société cible la note d'information visée par l'Autorité des marchés financiers trois jours ouvrables suivant la publication de l'offre. L'entreprise auteure de l'offre transmet à son CSE lors de cette réunion, des informations écrites et précises sur le contenu de l'offre et sur ses conséquences en matière d'emploi. La société cible réunit son CSE

¹⁴⁴ Cass. crim., 18 nov. 1997 « Sietam Industries » : Bull. crim. 1997, n° 390.

¹⁴⁵ S. Vernac, préc.

¹⁴⁶ CA Lyon, 8 janv. 2016.

¹⁴⁷ M. Cohen, L. Milet, préc. n° 1060

immédiatement dès le dépôt de l'offre afin de le consulter sur le projet d'offre. Le CSE de la société cible fait savoir lors de cette première réunion s'il souhaite auditionner l'auteur de l'offre. Le CSE peut solliciter l'assistance d'un expert, auquel cas il devra le rémunérer à hauteur de 20 % (l'employeur le rémunère à hauteur de 80 %). L'expert a trois semaines pour établir son rapport.

180. Si l'avis du CSE est rendu lors de l'annonce de l'offre, laquelle change significativement lors du dépôt, le CSE est à nouveau consulté lors du dépôt.

181. La deuxième réunion a lieu une semaine après l'annonce ou le dépôt du projet. L'auteur de l'offre est, le cas échéant, auditionné par le CSE de la société cible lors de cette réunion. Si le CSE a désigné un expert comptable, il peut l'assister pour cette audition (C. trav., art. L. 2312-42). Le CSE est ensuite réuni pour consultation avant que le conseil d'administration ou de surveillance rende son avis. Il émet son avis sous 1 mois à compter du dépôt du projet. À défaut, il est réputé avoir été consulté (mais il n'est pas réputé avoir rendu un avis négatif). L'auteur de l'offre doit se présenter aux réunions sous peine de sanctions.

182. Ces opérations portent une exception au caractère préalable de la consultation du CSE, sans contradiction avec la directive de 2002/14. Cela se comprend aisément dans la mesure où l'offre est confidentielle et ne doit pas être ébruitée auprès du public. La consultation du CSE peut être mise en oeuvre postérieurement à la décision de l'employeur. L'objet de la consultation perd alors de son intérêt.

183. Si l'offre publique porte sur la société mère étrangère d'une filiale française, il faut tout de même consulter le CSE de cette dernière¹⁴⁸ Une fois le contrôle de la société acquis, au sixième, au douzième et au vingt-quatrième mois suivant la clôture de l'offre, son auteur rend compte au CSE de sa mise en oeuvre des déclarations d'intention et des engagements pris (emploi, maintien de sites et localisation des centres de décision).

184. En principe, l'information due au CSE a lieu lors du dépôt de l'offre, pas au stade de l'intention. Toutefois, l'information est due au CSE au stade de la seule intention de l'auteur de déposer une offre publique d'achat si cette intention constitue un « projet global abouti ». C'est l'affaire Veolia. Cette société voulait acquérir à la société Engie 29,9% des actions qu'elle détenait dans la société Suez. Elle a fait savoir par voie de presse que si cette offre était acceptée par la société Engie, elle déposerait une offre publique d'achat sur le restant du capital de la société Suez. À ce stade, les sociétés n'étaient pas débitrices d'obligation auprès de leurs CSE mais les juges¹⁴⁹ ont considéré que le CSE de la société Suez devait être consulté car le projet de rachat des parts n'était qu'une première étape d'un projet global (projet global = rachat des parts + OPA). L'opération ne poursuivait qu'une seule finalité : l'acquisition du contrôle de la société Suez. Le fondement de cette obligation de consultation du CSE résidait dans l'article L. 2312-8 du Code du travail. L'opération, par son importance, avait pour conséquence de modifier

¹⁴⁸ Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 18-14.520 « Sté Gemalto ».

¹⁴⁹ TJ Paris, 9 oct. 2020, n° 2056077.

l'organisation économique ou juridique de l'entreprise et était susceptible d'avoir des conséquences sur le volume ou la structure des effectifs. La Cour d'appel de Paris a confirmé cette position des juges du fond.¹⁵⁰

L'un des intérêts de cette affaire est qu'elle a témoigné une possible prééminence du droit du travail sur le droit des sociétés, alors que c'est d'habitude l'inverse qui se produit.¹⁵¹ Un autre intérêt est qu'elle permet au CSE de contester l'opération. Or cet intérêt est illusoire puisque la contestation n'a qu'un effet suspensif : une fois le CSE consulté par l'auteur de l'offre, ce dernier peut mener à terme son opération.

185. Tout bien considéré, lors d'une offre publique, le CSE est consulté systématiquement lors de l'annonce de l'offre et à tous les stades en cas de modification de celle-ci. Cependant, bien que largement consulté, ses prérogatives demeurent limitées puisqu'il n'est consulté qu'en aval de la décision (afin de ne pas mettre à mal l'opération).

186. **Les opérations de concentration.**- les entreprises parties à une opération de concentration sont toutes les entités économiques affectées, directement ou non par la prise de contrôle, par exemple des sociétés filiales qui sont indirectement la cible d'une opération ayant une incidence sur la situation de leurs salariés. Sont considérées, entre autres, comme parties à une opération de concentration les sociétés contrôlées directement ou indirectement par l'entreprise impliquée dans la concentration. Le CSE de ces entreprises est consulté si l'opération a une incidence sur la situation des salariés de l'entreprise indirectement impliquée dans la concentration¹⁵². La consultation est prévue par l'article L. 2312-41 du Code du travail.

187. Le droit de la concurrence impose au CSE une stricte confidentialité des informations dont il a à connaître.

188. Le CSE peut solliciter un expert légal (C. trav., art. L. 2315-92 1°). Ce dernier a accès aux documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération. Le refus de communication de ceux-ci constitue un trouble manifestement illicite¹⁵³. Le CSE peut également demander à être entendu par l'Autorité de la concurrence (C. com. art. L. 430-6).

189. Dans les opérations de concentration, toute suggestion du CSE n'a qu'une portée symbolique car la décision est déjà prise¹⁵⁴. *«Le droit de la concurrence pratique et impose toujours soit une*

¹⁵⁰ CA Paris, pôle 6, ch. 2, 19 nov. 2020, n° 20/06549 : obs.. J. Icard, Le travail tient le sociétaire en l'état, BJT, déc. 2020, n° 114n9, p. 30

¹⁵¹ cf infra n° 238

¹⁵² Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-65.565.

¹⁵³ TGI Créteil, réf. 10 nov. 2016.

¹⁵⁴ P. Morvan, Restructurations en droit social, LexisNexis, 2020.

*sorte d'indifférenciation consistant à considérer que le social découle de l'économique, soit une différenciation forcée qui signifie que le social ne peut interférer avec la norme et la décision économique*¹⁵⁵.

190. Une dernière disposition paraît prendre sérieusement en compte la voix des salariés par le biais de leurs représentants : le CSE peut être entendu par la Commission européenne (article 18 § 4 du Règlement 139/2004, articles 11 et 16 du Règlement 802/2004 et article 27 § 3 du règlement 1/2003). Or, en pratique, cette audition n'a jamais lieu.

191. Le licenciement économique.- Les grands licenciements s'inscrivent souvent dans le cadre d'une procédure de restructuration de l'entreprise ou du groupe dont ils ne constituent que le stade final.¹⁵⁶ Les licenciements collectifs pour motif économique (à partir de 2 salariés) donnent lieu à information consultation du CSE. L'article L. 1233-8 du Code du travail prévoit que pour les licenciements collectifs de moins de 10 salariés, la consultation du CSE est précédée de la remise des « *renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif* » prévus à l'article L. 1233-10 du même Code. Ces renseignements sont : les raisons économiques, financières, techniques du projet, le nombre de licenciements envisagés, les catégories professionnelles concernées, l'ordre des licenciements, le calendrier prévisionnel des licenciements et les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail. Le CSE a un mois pour rendre son avis.

192. Pour les (grands) licenciements collectifs d'au moins 10 salariés dans une période de 30 jours, les articles L. 1233-29 1° (pour les entreprises de moins de 50 salariés) et L. 1233-30 I (pour les entreprises d'au moins 50 salariés) du Code du travail prévoient que deux réunions CSE espacées de moins de 15 jours doivent être tenues dans les entreprises employant moins de 50 salariés et deux réunions espacées d'au moins 15 jours doivent être tenues dans les entreprises employant au moins 50 salariés

193. Dans les licenciements d'au moins 10 salariés dans les entreprises d'au moins 50 salariés, les renseignements que doit délivrer l'employeur sont plus fournis. Ils incluent les « *mesures d'accompagnement* ». Lors de la première réunion, l'employeur doit présenter au CSE un projet de PSE élaboré soit unilatéralement, soit par voie d'accord collectif majoritaire. La durée maximale légale de consultation est de deux mois si le nombre de licenciements est inférieur à 100, trois mois entre 100 et 250 licenciements et quatre mois à partir de 250 licenciements. Le CSE peut se faire assister d'un expert (si le licenciement concerne une entreprise d'au moins 50 salariés, la commission économique peut proposer le recours à l'expertise). La désignation de l'expert intervient lors de la première réunion du CSE. À la suite de cette réunion, le projet de licenciement est notifié à l'administration, plus précisément à la direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DEEETS). Le PSE est également présenté à l'administration pour validation ou homologation. L'administration vérifie que le CSE a été

¹⁵⁵ L. Driguez, Droit social et droit de la concurrence, Bruylant, 2007.

¹⁵⁶ F. Favennec, P.-Y. Verkindt, préc., p. 608.

correctement informé du plan et de la situation économique de l'entreprise. L'administration vérifie que le CSE dispose des informations sur les raisons économiques du licenciement mais ne se prononce pas sur le motif du licenciement. L'expert rend son rapport au plus tard 15 jours avant l'expiration du délai maximal de consultation du CSE (C. trav., art. L. 1233-34). Lors de la deuxième réunion, le rapport de l'expert peut, le cas échéant, être examiné.

194. Des accords entre partenaires sociaux peuvent fixer des règles dérogatoires en matière de consultation. L'accord collectif déterminant le contenu du PSE peut également porter sur les modalités d'information et de consultation du CSE.

195. L'article L. 1233-3 du Code du travail oblige l'employeur à mettre à l'étude les suggestions formulées par le CSE lors de la consultation et à leur donner une réponse motivée. Il serait pertinent de compléter cet article afin qu'à défaut de prise en compte des propositions du comité, un recours soit possible devant un tiers (juge, médiateur, administration, etc.).¹⁵⁷

196. Le CSE pourra, par un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative, contester les mesures du PSE si celles-ci sont de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail¹⁵⁸. Le CSE est recevable à contester la validité d'un PSE¹⁵⁹ et ce même après qu'il a émis son avis sur le projet de licenciement. Si le CSE a un rôle de contrôleur des décisions prises par le chef d'entreprise lors des crises (économiques, sanitaires, etc.), le contrôle des engagements pour l'emploi s'avère insuffisant¹⁶⁰.

197. Par la suite, si des licenciements sont prononcés en l'absence de PSE, ils sont privés de cause réelle et sérieuse. Cela dit, si des licenciements interviennent soit en l'absence de décision de validation ou d'homologation du plan, soit après annulation d'une décision de validation ou d'homologation du plan, l'employeur se verra infliger une sanction indemnitaire d'un montant de 6 mois de salaire qu'il devra verser à chaque salarié licencié indûment. La réintégration ne sera cependant pas imposée dans le cadre d'une absence ou d'une annulation d'une décision validant ou homologant le plan (C. trav., art. L. 1233-58 II 1°).

198. On notera qu'excepté le cas d'un licenciement collectif, le Code du travail ne prévoit pas la possibilité pour le CSE de se faire assister d'un expert rémunéré par l'employeur lorsqu'il est consulté sur un projet de restructuration. Ces opérations sont pourtant d'une complexité technique considérable, mêlant plusieurs corps de métiers (experts comptables, juristes, etc.). La vision d'un expert offre au CSE une meilleure visibilité sur l'avenir des salariés dans la structure à la suite de l'opération.

¹⁵⁷ P. Lokiec, Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise, Dr. soc., 2016, p. 502.

¹⁵⁸ CE, 4 janv. 1985, 20412.

¹⁵⁹ CE, 22 juin. 2015, n° 385816, « Sté H. J. Heinz France SAS ».

¹⁶⁰ J. Icard, M.-C. Pottecher, préc.

199. Enfin, en cas de mise en oeuvre d'une rupture conventionnelle collective, l'information du CSE ne s'impose que si l'accord le prévoit.¹⁶¹ Peut-être retrouve-t-on ici le caractère confidentiel de la transaction et la primauté de la volonté contractuelle du salarié.

200. **Le tranfert.**- Le transfert d'entreprise désigne le transfert d'une entité économique autonome et organisée. Il intervient notamment en cas de cession, fusion, acquisition. Ce mécanisme est saisi par le Code du travail à l'article L. 1224-1 qui prévoit en ce cas le transfert automatique des contrats de travail de l'entité transférée à l'entité absorbante, cessionnaire.

201. En cas de transfert d'entreprise le CSE de l'entreprise transférée subsiste si l'établissement ou la partie d'établissement ou d'entreprise transférée conserve son autonomie (article 6 de la directive du 12 mars 2001 et article L. 2314-35 du Code du travail).

202. Le CSE est consulté au titre de « l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ». Le CSE rend un avis simple sur le projet. À défaut d'accord, lorsqu'un projet de restructuration et de compressions des effectifs soumis au CSE est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi dans une entreprise sous traitance, l'entreprise donneuse d'ordre en informe immédiatement l'entreprise sous traitance. Le CSE de cette dernière en est immédiatement informé et reçoit toute explication utile sur l'évolution probable de l'activité et de l'emploi.

203. Le CSE ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés¹⁶², ni le pouvoir de se joindre à l'action des salariés lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause.¹⁶³ La Cour de cassation ne reconnaît pas un intérêt personnel à agir au CSE sur la légalité et les effets d'une externalisation d'une activité dans l'entreprise en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sur laquelle il a été consulté et s'est prononcé. Il ne peut pas se joindre à l'action prud'homale des salariés si ses intérêts ne sont pas en cause¹⁶⁴. La raison probable de ces deux règles est le volontaire maintien par le législateur des prérogatives appartenant historiquement au syndicat. Par conséquent, un CSE dissout à la suite d'une fusion n'a pas le droit d'agir sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail puisque cet article intéresse le contrat de travail des salariés, par le CSE lui-même. Si selon certains le CSE n'a pas à s'immiscer dans le transfert des contrats de travail, le CSE est un représentant des intérêts collectifs des salariés. Le transfert des contrats de travail se fait d'une manière collective. Ce n'est pas une décision individuelle mais une décision qui concerne la collectivité des salariés. Il est donc légitime à s'y intéresser. En outre, ses membres agissent dans le cadre d'un mandat et son devoir est de représenter de manière conforme les salariés. Le CSE est donc en mesure de savoir quelles sont les aspirations des salariés, notamment dans un cas de restructuration. Il a peu d'intérêt à

¹⁶¹ J. Icard, M.-C. Pottecher, Le contrôle du CSE et les crises, JCP S, 2021, n° 1155.

¹⁶² Cass. soc., 18 mars 1997.

¹⁶³ Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.647, RDT 2007, p. 428 ; Cass. soc. 4 nov. 2020, n° 19-10.626

¹⁶⁴ M. Cohen, L. Milet, préc., n° 1459

décider contre l'avis majoritaire des salariés, sauf à se maintenir dans la structure en voie d'être transférée. Si ce cas d'abus devait exister, il pourrait être neutralisé par l'organisation parallèle d'un référendum auprès des salariés, afin de connaître leur accord ou leur désaccord sur le projet.

204. En cas de transfert, le CSE est lui même directement impacté par la décision de transfert puisque celle-ci peut conduire à sa disparition. Par conséquent, le CSE est affaibli lors d'une fusion. Il devrait pouvoir agir, sur un fondement différent de celui de l'article L. 1224-1 précité. L'article L. 2312-8 du Code du travail prévoit que le CSE a pour mission d'assurer une expression collective des salariés permettant une prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise. Cet argument a séduit certaines cours d'appel dans des hypothèses de transfert d'entreprise¹⁶⁵ :

- CA Paris, 10 nov. 2005 : « *le CE est de manière immédiate concerné par le changement d'employeur au regard de ses attributions aussi bien économiques que sociales* ».

- CA Aix-en-Provence, 8 déc. 2005

- CA Paris 18 déc. 2008 « ***pour ne pas devenir illusoire*** », l'exercice de ses attributions par le CE suppose qu'il « *soit doté du moyen de faire reconnaître en justice le bien-fondé de son point de vue.* »

205. Quelle est alors la logique tendant à investir le CSE de prérogatives en principe réservées aux syndicats (négociation et conclusion d'accords collectifs) sans l'investir du pouvoir d'agir en justice au nom des salariés ? Il n'est pas question d'ôter aux syndicats leurs prérogatives originales. Cependant, en l'absence de pouvoir pour le CSE de contester des décisions de gestion défavorables pour les salariés, il conviendrait à tout le moins de l'investir d'un pouvoir de codécision en matière de restructurations ; a fortiori si le syndicat présent dans l'entreprise fait défaut à ses obligations de défense des intérêts des salariés ou s'il n'y a aucun syndicat présent dans l'entreprise.

206. De façon paradoxale, le CSE est recevable à contester la validité d'un PSE¹⁶⁶ et ce même après qu'il a émis son avis sur le projet de licenciement (peut être que le transfert est regardé comme une hypothèse favorable de restructuration puisque les salariés conservent leur emploi alors que le licenciement économique est vu comme une hypothèse qui leur est défavorable puisqu'ils perdent leur emploi). Il n'en demeure pas moins que l'une et l'autre des hypothèses ont des conséquences sur les salariés, quand bien même le degré des conséquences est incomparable dans les deux cas. Celles-ci pourraient être évitées dès lors que le CSE aurait un pouvoir de codécision en cette matière.

207. Selon certains auteurs, le CSE a épuisé ses prérogatives dès lors qu'il a été régulièrement informé et consulté et que l'employeur a pris sa décision. C'est l'une des illustrations qui témoigne de ce que l'absence de pouvoir de codécision empêche le CSE d'assurer une représentation conforme des salariés.

¹⁶⁵ P. Morvan, Restructurations en droit social, 5e éd., 2020, LexisNexis.

¹⁶⁶ CE, 22 juin. 2015, n° 385816, « Sté H. J. Heinz France SAS ».

208. La société doit être gérée dans son intérêt social. Cela dit, cette obligation n'empêche pas en pratique les opérations de spéculation financière sur le capital de la société lesquelles sont susceptibles de porter des atteintes graves à l'entreprise. Notamment, celle des fonds spéculatifs ou les opérations à effet de levier, lesquelles conduisent parfois l'entreprise à la liquidation judiciaire. Selon certains, la rentabilité financière promise aux actionnaires est devenue l'impératif de gestion.¹⁶⁷ Là est un l'intérêt pour le CSE d'avoir un pouvoir de codécision dans les prises de contrôle et les cessions. L'intérêt social de la société et la considération des enjeux sociaux et environnementaux de son activité (depuis la loi Pacte) devraient pouvoir être invoqués par le CSE afin que celui-ci s'oppose légitimement au transfert des actifs à l'étranger au motif que si la société est rentable, elle ne l'est pas assez, alors qu'elle distribue des dividendes importants à ses actionnaires. L'affaire « Bic » illustre parfaitement cette réalité.¹⁶⁸

Section 2 - Dans les entreprises en difficulté

209. **La prévention des difficultés.**- En prévention des difficultés, l'employeur peut se voir octroyer des aides publiques, lesquelles sont conditionnées à la mise en oeuvre de mesures (notamment pour l'emploi). Le CSE contrôle l'utilisation par l'employeur de ces enveloppes budgétaires. Le CSE jouit également d'un droit d'alerte économique en cas de faits préoccupants concernant la situation économique de l'entreprise.

210. **Le contrôle des aides publiques**¹⁶⁹.- La problématique des aides aux entreprises a une importance budgétaire, économique et sociale considérable (environ 110 milliards d'euros chaque année)¹⁷⁰. La crise sanitaire de la Covid-19 a conduit les personnes publiques à verser en 2020 un montant deux fois plus important que celui qui est versé chaque année (environ 200 milliards d'euros versés en 2020). Toute aide publique comprend une conditionnalité (objectifs que doivent remplir les entreprises pour avoir droit à leur octroi ou à leur maintien)¹⁷¹. Les objectifs peuvent être à titre d'exemple un engagement de maintien dans l'emploi.

211. Le CSE dispose, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, d'un droit de contrôle sur les aides publiques versées aux entreprises. Il s'agit des aides dont le montant excède 200 000 euros pour les subventions et 1 500 000 euros pour les prêts et avances remboursables (C. trav., art. R.

¹⁶⁷ M.-D. Potier, Rapport sur la proposition de loi n° 476, «Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances », Assemblée nationale, 2018.

¹⁶⁸ cf supra n° 29

¹⁶⁹ J. Icard, G. Duchange, préc.

¹⁷⁰ Rapport n° 2013-m-016-02 pour des aides simples et efficaces au service de la compétitivité.

¹⁷¹ J. Icard, G. Duchange préc.

2312-23). De nombreuses aides sont alors exemptes de contrôle puisque les aides revêtant un montant considérable tel que ceux prévus par le Code du travail sont moins nombreuses que les aides revêtant des montants plus faibles. Le plafond est élevé donc le dispositif s'avère peu efficace. Le CSE est informé et consulté sur la nature, l'objet, le montant, les conditions de versement de l'aide, ainsi que les conditions d'emploi fixées pour l'octroi de cette aide.

212. Le dispositif est si peu efficace qu'un dispositif spécial fut créé en parallèle. L'article L. 2312-24 du Code du travail prévoit que dans le cadre de la consultation annuelle sur les orientations stratégiques de l'entreprise, le CSE est informé sur le montant, la nature et l'utilisation des aides dont l'entreprise bénéficie au titre des crédits de la mission Plan de relance. Ce plan vise l'accélération des transformations écologique, industrielle et sociale du pays. L'enveloppe du plan est de 100 milliards d'euros pour la France (pour l'ensemble des particuliers et des entreprises). Le plan est soutenu financièrement à hauteur d'environ 40 milliards d'euros par l'Union européenne.¹⁷²

213. La CFDT proposait un avis conforme du CSE sur l'utilisation de ces aides publiques. Le législateur n'a pas retenu cette proposition.

214. Puisque les aides publiques sont versées sous conditions, l'employeur prend généralement des engagements, notamment sur l'emploi. Par exemple, il s'engage à ne pas licencier sur une certaine période. Le remboursement des aides en cas de non-accomplissement des obligations est rarement prévu et jamais mis en oeuvre. Alors que des sanctions sont prévues en cas de non respect par l'employeur de ses engagements, l'administration demande rarement le remboursement des aides. Le droit codécision ou de « veto » en matière de licenciement trouverait ici une utilité considérable.

215. **Le droit d'alerte économique.**- Avant même que l'entreprise ne se trouve en difficulté, le CSE jouit d'un pouvoir important : le droit d'alerte économique (C. trav., art. L. 2312-63). Il peut, en cas de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, demander des explications à l'employeur. L'alerte peut avoir lieu chaque fois que le comité a un soupçon quant à l'existence de difficultés économiques. C'est une prérogative de contrôle.¹⁷³ La demande est inscrite de droit à l'ordre du jour de la prochaine séance du comité.¹⁷⁴ Si l'employeur ne répond pas à la demande, il s'expose à des poursuites au titre du délit d'entrave au fonctionnement du comité. Si la situation préoccupante est confirmée ou si la réponse de l'employeur est insuffisante, ce dernier peut établir un rapport qui sera ensuite transmis à l'employeur et à un commissaire aux comptes. Le comité peut demander à deux salariés de l'entreprise choisis pour leurs compétences (et en dehors du CSE) de se joindre à lui. Chacun de ces salariés dispose de 5 heures rémunérées comme du temps de travail pour assister le CSE dans

¹⁷² <https://www.economie.gouv.fr/plan-de-relance>.

¹⁷³ J. Icard, M.-C. Pottecher, Le contrôle du CSE et les crises, JCP S, juin 2021, n° 1155.

¹⁷⁴ B. Teyssié, Le rôle du comité d'entreprise dans les procédures d'alerte, JCP E, n° 27, 4 juil. 1985, 14521.

l'établissement du rapport. Le comité peut également faire appel à un expert comptable pour l'aider à établir le rapport (dans la limite d'une fois par exercice). L'expert dispose du droit d'accès à toutes les informations nécessaires à l'exercice de sa mission. Le comité (ou la commission économique) peut solliciter l'intervention des commissaires aux comptes de l'entreprise afin de recueillir leur avis et leurs explications sur la situation économique de l'entreprise, ce qui pourra permettre aux élus d'établir le rapport de manière éclairée.

216. Le rapport établi au titre du droit d'alerte économique peut exprimer un avis sur l'opportunité de saisir l'organe chargé de l'administration ou la surveillance dans les sociétés qui en sont dotées ou, dans les autres formes de sociétés, d'informer les associés. Au vu de ce rapport, le comité peut décider, à la majorité des membres présents, par une résolution, de procéder à cette saisine ou de faire procéder à cette information¹⁷⁵. Si la majorité des membres présents du CSE est d'avis de saisir ces organes, l'alerte est déclenchée. L'avis de l'expert comptable est joint à la saisine. L'alerte sera inscrite à l'ordre du jour de la prochaine séance de l'organe. Sa réponse doit être motivée. Si l'alerte est à destination des associés (en l'absence de conseils d'administration ou de surveillance), aucune réponse n'est prescrite de leur part.

217. Pour améliorer ce droit d'alerte et rendre la mesure plus efficace et plus protectrice des intérêts de l'entreprise, le CSE, en accord avec les représentants du personnel au conseil, devrait avoir un pouvoir de proposition sur les mesures à prendre pour redresser la situation, assorti d'un droit de veto sur les mesures adoptées par la majorité du conseil, dans l'objectif de permettre la recherche d'une solution négociée avec les représentants du personnel.¹⁷⁶

218. **La désignation d'un mandataire.-** Indépendamment de ce droit d'alerte, le CSE peut demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence (C. trav., art. L. 2312-77 1° et R. 2312-31). À leur demande, les membres sont entendus lors de la délibération requérant l'unanimité des associés (C. trav., art. L. 2312-77 2° et 3°, R. 2323-33, R). La révocation d'un ou de plusieurs dirigeants peut être proposée ainsi. Tous ces textes visent les assemblées or dans une SAS, il peut ne pas y avoir d'assemblée. L'obstacle ici est qu'il faudrait alors modifier le droit des sociétés pour l'adapter à l'information consultation. La forme juridique de la SAS constitue une entrave virtuelle au fonctionnement du CSE.¹⁷⁷

219. **Le droit d'expertise judiciaire.-** Enfin, concernant les entreprises d'au moins 50 salariés, en difficulté mais pas seulement, le CSE jouit d'un droit dont jouissent également les actionnaires des sociétés par action : le droit de solliciter en référé une expertise judiciaire de gestion en cas de

¹⁷⁵ G. François, Droit d'alerte économique et consultation sur la marche générale de l'entreprise : une nouvelle illustration jurisprudentielle (Cass. soc., 7 juill. 2021), JCP S, 2021, n° 1240.

¹⁷⁶ M. Vericel, préc.

¹⁷⁷ P. Morvan, Restructurations en droit social, LexisNexis, 5e éd. 2020.

zone d'ombre dans la gestion ou le contrôle de l'entreprise¹⁷⁸. Ce droit est prévu par les articles L. 225-231 et R. 225-163 du Code de commerce pour les sociétés anonymes, L. 227-1 pour les SAS et L. 223-37 pour les SARL. Ce droit de solliciter une expertise est possible pour ces trois types de sociétés¹⁷⁹. Le CSE peut solliciter en référé la désignation d'un expert. Le rapport concernera alors une ou plusieurs opérations de gestion relevant de la compétence d'un organe de gestion (président, directeur général, gérant, conseil d'administration). Le refus pour les parties visées par l'expertise d'obtempérer à cette mesure est assortie d'une disposition pénale (C. com., art. L. 820-4 2°). La demande du CSE doit revêtir un caractère sérieux. Quand bien même la demande d'expertise n'émanerait pas du CSE, le rapport de l'expert doit lui être communiqué.

220. Le déclenchement d'une procédure collective.- Le CSE peut communiquer au président du tribunal ou au procureur de la république tout fait révélant la cessation des paiements de l'entreprise (C. com., art. L. 631-6). Il a alors un rôle d'impulseur dans l'ouverture d'une procédure collective. Cette même règle est reprise pour la liquidation (C. com., art. L. 640-6). Attention cependant : la procédure de sauvegarde ne peut être ouverte que sur demande du débiteur, donc pas sur demande du CSE.

221. Le droit d'information.- Le CSE dispose également à double titre d'un droit d'information par l'autorité judiciaire et d'un droit d'information par les mandataires judiciaires.

Information par l'autorité judiciaire.- Avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le CSE est informé par le greffier que le rapport sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise est disponible. Le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde invite le CSE à désigner un représentant parmi les salariés. Cette règle est applicable au redressement judiciaire.

Information par les mandataires judiciaires.- L'administrateur élabore le bilan économique et social (sauf dans le cas où la procédure est simplifiée) et informe le CSE de l'avancée des travaux. Par la suite, le CSE est consulté sur le bilan et sur le projet de plan.

Toutes ces informations sont dues au CSE dans le cadre de l'entreprise en difficulté car les salariés sont des créanciers et le CSE est représentant de ces créanciers.

222. Le droit à consultation.- Le CSE est consulté en cas d'ouverture d'une procédure de conciliation. Le CSE bénéficie également du droit à consultation dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, lesquelles ne peuvent avoir lieu sans que les salariés par le biais de leurs représentants aient donné un avis sur la situation. Le CSE est consulté et rend un avis sur le redressement (avis simple) et sur le plan. L'adhésion du CSE est indispensable au succès d'un plan de redressement.¹⁸⁰ Notons également que le CSE doit être consulté dès lors qu'un salarié protégé est susceptible d'être licencié dans le cadre d'une procédure collective (C. trav., art. L. 2411-1). Dans les sociétés anonymes, l'avis du CSE est communiqué aux actionnaires appelés à

¹⁷⁸ P. Morvan, Restructurations en droit social, préc.

¹⁷⁹ Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16.274.

¹⁸⁰ B. Teyssié, Droit du travail relations collectives, LexisNexis, 12e éd., 2020.

délibérer sur les modifications économiques ou juridiques de l'entreprise (C. com., art. L. 225-105).

On notera cependant qu'aucun texte n'exige que le CSE soit informé et consulté des offres de reprise reçues par le chef d'entreprise.

223. Le droit d'audition.- Le CSE jouit d'un droit d'audition par le tribunal à plusieurs stades d'une procédure collective¹⁸¹ :

- lorsqu'il décide l'homologation de l'accord amiable qui met fin à la procédure de conciliation ;
- lorsqu'il ouvre une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ;
- lorsqu'il convertit la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou prononce la liquidation judiciaire ;
- lorsqu'il ordonne la cessation partielle d'activité ou la liquidation judiciaire ;
- lorsqu'il arrête un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

224. Si le CSE n'est pas invité par le chef d'entreprise ou le tribunal, cela constitue une entrave donc la procédure encourt annulation.

225. Le droit au recours.- Le CSE dispose d'un tel droit pour contester les décisions ouvrant les procédures statuant sur les « plan » et les décisions statuant sur toute modification. Cependant, dans tous les autres cas, le recours est fermé pour le CSE. Celui-ci est irrecevable à interjeter appel ou à former un pourvoi contre une décision :

- statuant sur l'ouverture ou l'extension d'une procédure de sauvegarde ou de redressement ;
- Statuant sur la conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou ordonnant la cessation partielle d'activité au cours de la période d'observation ;
- arrêtant, rejetant, modifiant ou statuant sur la résolution d'un plan de cession.

Le CSE ne peut pas non plus demander en référé la suspension de ces décisions.

Le CSE est privé de tout droit de critique à l'encontre des décisions juridictionnelles les plus décisives pour le devenir de l'emploi, alors que l'entreprise n'est pas condamnée à la liquidation judiciaire. Il en ressort une atteinte au droit d'exercer un recours juridictionnel effectif (prévu par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).¹⁸²

On constate au demeurant que son rôle est limité à « la connaissance des informations » et à une prérogative résiduelle de recours lors d'une procédure collective alors qu'il est le

¹⁸¹ P. Morvan, Restructurations en droit social, LexisNexis, 6e éd., 2020.

¹⁸² P. Morvan, Restructurations en droit social, LexisNexis, 6e éd., 2020, § 1413.

représentant des intérêts des salariés, ce qui exige un rôle actif de sa part, lequel ne peut être mis en action sans les pouvoirs qui lui sont nécessaires.

226. **Attributions générales.**- Le CSE peut demander la désignation et contester la désignation d'un administrateur provisoire lorsqu'une entreprise est en difficulté. Il peut également saisir le tribunal en référé injonction aux fins de publication des comptes de l'entreprise. Le CSE a le pouvoir de récuser sur juste motif, de révoquer les commissaires aux comptes et de contester la révocation de ceux-ci (C. trav., art. L. 823-6 et -7).

Titre 2

Les limites manifestes du rôle économique du CSE

« Le travail salarié ne connaît pas la démocratie. Une fois franchi le seuil de l'entreprise, le citoyen devient un "facteur travail" soumis aux décisions des seuls apporteurs en capital [...]. Dans leur vie de tous les jours, on enjoint aux salariés de se comporter en citoyens responsables, électeurs capables de prendre position sur les grandes questions "politiques" [...]. Mais lorsqu'ils franchissent le seuil de l'entreprise, on les réduit à de la pure force de travail, soumise aux décisions d'un gouvernement de l'entreprise »¹⁸³

227. La structure du CSE fut affaiblie depuis les ordonnances de 2017 à plusieurs titres, ce qui renforce le besoin d'un droit de l'entreprise. Le constat de ce besoin fut largement mis en exergue par de nombreux auteurs (Chapitre 1).

228. Au delà de la faiblesse de la structure, le CSE ne dispose pas de pouvoirs de codécision. Cette absence de pouvoir contraignant le conduit à ne pas exercer un pouvoir de représentation des salariés conforme, tout comme elle le conduit à ne pas pouvoir s'opposer aux décisions importantes, parfois inopportunes pour les salariés, intervenant dans la vie de l'entreprise (Chapitre 2).

¹⁸³ I. Ferreras, préc.

Chapitre 1

La faiblesse de la structure

*« La société occidentale, marquée par une culture démocratique avancée, fait aujourd'hui face à une tension de plus en plus palpable entre un idéal politique démocratique et des institutions économiques qui perpétuent un régime domestique, anti-démocratique ».*¹⁸⁴

229. Si les ordonnances de 2017 ont ôté au CSE un nombre important de sièges et des prérogatives relatives à son budget dans le dessein de rendre l'instance plus efficace et plus responsable (Section 1), celles-ci n'ont pas renforcé la place du CSE en tant que représentant des salariés comme elles auraient pu le faire en lui reconnaissant une place égale à celle des représentants du capital. En principe, les administrateurs élus par les actionnaires doivent agir au service de l'intérêt social, autrement dit l'intérêt de la société. Or, ils sont tentés de défendre les intérêts de ces derniers tout comme les administrateurs représentants les salariés sont tentés de défendre les intérêts de ces derniers. En investissant les représentants des salariés d'une place égale à celle des administrateurs, un équilibre serait nécessairement réalisé. Pour le moment, le législateur n'a pas fait le pas vers la reconnaissance de l'institution qu'est l'entreprise et des intérêts des différentes parties qui la composent, si ce n'est à travers la notion d'intérêt social (Section 2).

Section 1 - L'affaiblissement des moyens humains et matériels

230. L'affaiblissement des moyens humains.- L'ordonnance du 22 septembre 2017 portant création du CSE a entraîné une diminution considérable du nombre de sièges dans l'institution des représentants du personnel¹⁸⁵. En découle une diminution du nombre d'élus. Désormais, les entreprises peuvent compter entre 1 et 35 membres titulaires au plus (C. trav., art. L. et R. 2314-12). On compte 1 élu titulaire dans une entreprise employant 11 à 24 salariés, 2 dans une entreprise en employant 25 à 49, 4 dans une entreprise en employant 50 à 74, etc. « *Si on examine*

¹⁸⁴ I. Ferreras, précité, p. 220.

¹⁸⁵ n° 2017-1386.

les différents seuils d'élections du CSE, ce sont 27 à 50 % des sièges qui auraient disparu. Certains syndicats ont dénoncé la perte de 200 000 mandats d'élus sur l'ensemble du territoire. Les nouvelles dispositions prévoient en effet 11 élus au lieu de 16 dans l'ancien dispositif pour les entreprises de 300 à 399 salariés, 14 au lieu de 20 pour les entreprises de plus de 700 salariés, 25 au lieu de 37 au-delà de 3000 salariés. »¹⁸⁶ Cette baisse considérable du nombre d'élus n'est en rien justifiée, d'autant plus qu'elle ne s'est pas accompagnée d'une augmentation des heures de délégation, ce qui conduit à un épuisement des élus sur le terrain. Le nombre d'élus peut être augmenté et même diminué par accord mais dans le cas d'une diminution, il faut augmenter le nombre d'heures de délégation des élus.¹⁸⁷ les CSE d'établissement et les CSE centraux croulent sous la masse de travaux, d'informations-consultations et les élus s'épuisent, sans compter que leur lien avec les salariés se distend. Le passage au CSE fut craint par les élus. Le cabinet Syndex révèle en 2020 un bilan et des enseignements au sujet de la mise en place du CSE¹⁸⁸ : les directions sont perçues comme les gagnantes de cette réforme à 78% en raison notamment de la baisse du nombre d'élus et de la baisse du nombre d'heures de délégation.¹⁸⁹

231. En plus du rôle du comité d'entreprise, le CSE récupère le rôle des délégués du personnel, des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, donc un rôle très large avec moins de représentants. On assiste alors à une dé-spécialisation des élus, lesquels jouissent dorénavant d'une vision globale sur les différentes problématiques pouvant intervenir au sein de l'entreprise. Selon certains représentants du personnel, cette vision globale est un avantage et ne porte pas atteinte à leur efficacité¹⁹⁰ tandis que selon d'autres, cela porte atteinte à leur efficacité¹⁹¹. *« Cette vision globale sur l'ensemble des problématiques est un avantage pour l'ensemble des élus. Cependant, depuis la fusion des institutions représentatives du personnel, on est moins nombreux, on a du mal à se partager les tâches, on a plus de boulot. Ça crée une pression qu'on aurait pu partager entre nous mais on ne peut plus car les suppléants ne peuvent plus venir en réunion, ce qui crée des tensions entre élus titulaires et suppléants en raison du manque d'information des suppléants sur les problématiques, sur ce qui se passe dans l'entreprise. Les titulaires font des comptes rendus aux suppléants mais cela n'empêche pas que les suppléants se sentent mis à l'écart. Ça crée une certaine démotivation des élus suppléants. »¹⁹²*

232. L'ordonnance a prévu une autre mesure affaiblissant les moyens du CSE : les suppléants ne sont plus invités en réunion CSE dès lors que les titulaires sont présents (ce qui éloigne un peu plus les suppléants de la connaissance des problématiques intervenant au sein de l'entreprise). Les

¹⁸⁶ R. Saada, in *Le nouveau monde*, éd. Amsterdam, 2021.

¹⁸⁷ M. Cohen, L. Milet, préc.

¹⁸⁸ Enquête Syndex-IFOP, 2e édition, janvier 2020.

¹⁸⁹ J. Icard, M.-C. Pottecher, *Le contrôle du CSE et les crises*, JCP S 15 juin 2021, 1155.

¹⁹⁰ M. Cisse, représentant élu au CSE au sein de l'hôtel Trianon palace (Waldorf Astoria) à Versailles.

¹⁹¹ R. Saada, préc.

¹⁹² K. traoré, représentante élue au CSE au sein de l'hôtel Royal Monceau à Paris.

élus suppléants au CSE ne sont invités en réunion qu'en l'absence du titulaire, ce qui fait que certains élus suppléants ne participent à aucune réunion du CSE. C'est une mise à mal considérable de l'instance. Ceux-là ne peuvent plus faire de compte rendu de réunions auprès des salariés sur le terrain comme ils le faisaient antérieurement aux ordonnances. Seuls les titulaires le peuvent, ce qui alourdit la charge de travail relevant de leur mandat.

233. L'ordonnance a enfin allégé les attributions qu'avaient les délégués du personnel et détruit nombreuses prérogatives des salariés concernant la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail. Elle a certes créé une commission santé-sécurité au sein du CSE, mais celle-ci n'est obligatoire que dans les entreprises employant au moins 300 salariés, ce qui lèse l'ensemble des salariés des entreprises de taille intérieure. La commission, contrairement à l'ancien CHSCT, n'a plus le pouvoir d'ester en justice, donc est privée de toute autonomie.

234. L'affaiblissement des moyens matériels.- L'employeur verse chaque année au CSE de l'entreprise une subvention de fonctionnement d'un montant équivalent à 0,20% de la masse salariale brute dans les entreprises de 50 à moins de 2000 salariés et à 0,22% de la masse salariale brute dans les entreprises de 2000 salariés et plus (C. trav., art. L. 2315-61). Deux règles créées par l'ordonnance du 22 septembre 2017 viennent affaiblir le budget de fonctionnement du CSE. D'une part le CSE doit financer de nombreuses expertises sur son propre budget de fonctionnement, d'autre part il peut décider de verser une partie de son budget de fonctionnement au budget des activités sociales et culturelles.

235. Le cofinancement étendu de l'expertise.- Le cofinancement de l'expertise (pris en charge à hauteur de 20% par l'employeur et à hauteur de 80% par le CSE) est devenu le principe par l'effet de l'ordonnance du 22 septembre 2017. Le CSE doit désormais financer lui même une partie ou la totalité du montant de nombreuses expertises, alors que cela incombait antérieurement aux ordonnances à l'employeur en totalité. L'expertise comptable liée à la consultation sur les orientations stratégiques ainsi que toutes les expertises réalisables dans le cadre de consultations ponctuelles obéissent au principe de cofinancement, à l'exception de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise (C. trav., art. L. 2315-88), sur la politique sociale de l'entreprise (C. trav., art. L. 2315-91) et sur les licenciements collectifs pour motif économique (C. trav., art. L. 2315-92) et en cas de risque grave (C. trav., art. L. 2315-96 1°).¹⁹³ L'entreprise (consistant à imposer au CSE le cofinancement) était salubre en ce sens qu'elle responsabilise les CSE qui ne font appel désormais à un expert que lorsque cela leur semble nécessaire. Cela dit, cela affaiblit les prérogatives de cette institution. Il existe cependant une exception à cette nouvelle règle : en cas d'insuffisance du budget de fonctionnement du CSE pour couvrir le coût de l'expertise, l'employeur reprend à sa charge l'intégralité du coût de l'expertise. Toutefois, il existe une exception à cette exception : si le CSE a transféré une partie de son budget de fonctionnement vers le budget des activités sociales et culturelles et que son budget s'avère insuffisant pour rémunérer le coût d'une expertise en principe rémunérée par lui,

¹⁹³ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, 7e éd., LGDJ, 2020, p. 386.

l'employeur ne rémunérera pas le coût de cette expertise. Cette règle s'applique pendant les trois années suivant le transfert du budget de fonctionnement vers l'autre budget. D'où l'idée d'un cadeau empoisonné pour le CSE.

236. **La porosité du budget de fonctionnement.**- Le CSE est investi d'une nouvelle prérogative pour la gestion de son budget. Il peut désormais transférer une partie de l'excédent annuel du budget de fonctionnement au financement des activités sociales et culturelles (C. trav., art. L. 2315-61 5°). Le transfert est limité à 10% de l'excédent (C. trav., art. R. 2312-51) et nécessite une délibération du CSE (C. trav., art. L. 2312-84). Cette nouvelle liberté pour le CSE pourrait être saluée, or elle lui fait prendre le risque de se déposséder d'une prérogative en matière économique. Il semble que la prérogative économique soit plus importante socialement pour les salariés que la prérogative sociale et culturelle. Le budget de fonctionnement est le budget qui concerne les prérogatives économiques du CSE, donc la représentation des salariés en matière de détermination de leurs emplois et de leurs conditions de travail. Ce sujet est donc, s'il est permis de l'écrire, plus important socialement que le sujet social et culturel qui apporte aujourd'hui aux salariés un « plus », un confort, à leur vie personnelle et professionnelle.

237. En outre et de manière encore plus inquiétante, lorsque le CSE a choisi de verser une partie du budget de fonctionnement vers le budget des activités sociales et culturelles, celui-ci se lie les mains pour trois années. Si pendant les trois années suivant le versement d'une partie du budget de fonctionnement vers l'autre budget, le budget de fonctionnement s'avère insuffisant pour couvrir le coût d'une expertise, l'employeur n'aura plus l'obligation de prendre à sa charge le coût de cette expertise pourtant nécessaire au fonctionnement du CSE. Le CSE sera considéré comme ne pas avoir su bien gérer son budget donc sera pénalisé à ce titre. Cette prérogative est en conclusion un cadeau empoisonné du législateur au CSE, bien qu'elle ait pu apparaître aux yeux de certains comme un nouveau pouvoir d'auto-détermination.

Section 2 - L'absence d'un droit de l'entreprise

238. L'entreprise n'a pas son propre droit¹⁹⁴. Elle est déformée par le droit des sociétés¹⁹⁵ qui en définit le régime.¹⁹⁶ La prééminence archaïque du droit des sociétés déforme la définition de l'entreprise en mettant à l'écart les intérêts de certaines parties composant l'entreprise, à titre principal ceux des salariés. L'entreprise est confondue avec la société au sens du droit des sociétés or l'entreprise n'est pas synonyme de société. La société est l'entité juridique qui donne à

¹⁹⁴ G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951, spéc. p. 18 : l'auteur ajoute que si un droit de l'entreprise devait être établi, « il marquera à n'en pas douter un certain déclin du régime capitaliste ».

¹⁹⁵ S. Vernac, Pour une entreprise responsable et démocratique, observatoire de l'éthique publique, sept. 2021.

¹⁹⁶ M. Koehl, précité, RDT 2020, p. 237.

l'entreprise une forme et une organisation particulières. « *Dans l'entreprise, il faut tenir compte des droits du travail et de la nature de l'exploitation ; dans le droit des sociétés, il ne s'agit que du capital ; le travail n'a aucune place dans leur gestion* »¹⁹⁷ L'entreprise est une institution représentée en principe par les apporteurs en capital (actionnaires) et les investisseurs en travail (salariés). Aujourd'hui, seuls les premiers y exercent le pouvoir. Ce qui est une déformation. Il manque un véritable droit de l'entreprise.

239. L'entreprise n'étant pas une chose, elle ne peut pas faire l'objet d'un droit de propriété. L'entreprise est une entité qui n'appartient pas aux actionnaires, ni aux salariés. L'entreprise est une entité politique et économique réunissant plusieurs acteurs. Les salariés font partie de l'entreprise, or il n'est pas possible d'être propriétaire d'un groupe de personnes. Les actionnaires ne sont pas non plus propriétaires de la personne morale qu'est la société mais seulement d'une quote-part du capital social. La société personne morale est créée par un contrat : le contrat de société, lequel a pour but d'enrichir les associés, seules parties au contrat de société. Les salariés sont des tiers au contrat. Les intérêts de la société (institution) sont représentés et défendus par les apporteurs en capital. Cependant, loi Pacte prend désormais et explicitement en compte les intérêts des salariés dans la gestion de la société. En outre, le contrat de société tout comme le contrat de travail portent sur la création de richesses. Il y a donc une même idée tant dans le contrat de société que dans le contrat de travail : la création de richesses à plusieurs¹⁹⁸. C'est principalement autour de ces intérêts que se construit l'entreprise. Ce sont ces intérêts qu'elle sert.

240. La valeur de l'entreprise est nécessairement partagée. Le type de justice qui anime l'entreprise n'est pas une justice commutative (celle de l'échange des choses) mais une justice distributive (celle du partage de la chose commune)¹⁹⁹ Pour ce partage, des pouvoirs de cogestion et de codécision sont nécessaires à l'instance représentative du personnel qu'est le CSE puisque les intérêts des actionnaires et les intérêts des salariés sont distincts. Chacun tend à défendre ses intérêts. Les premiers n'ont pas d'intérêt à défendre les intérêts des seconds puisque ça contribuerait à la diminution de leur propre richesse. Le système de codécision ou le système de cogestion permettrait aux salariés, associés et actionnaires de concourir conjointement à l'intérêt de l'entreprise pour assurer son développement, ses performances et en partager les fruits. Le système de cogestion garantit une partie des droits de vote aux salariés indépendamment de toute participation au capital. Ce système serait aisément transposable au CSE.

241. La structure qu'est le CSE, comme organe de représentation des intérêts des salariés, est partie entière de l'entreprise, au même titre que le sont les organes représentants les intérêts du capital de la société (les actionnaires). Le CSE devrait à ce titre disposer des mêmes droits que ces organes.

¹⁹⁷ G. Ripert, précité, p. 123.

¹⁹⁸ J. Icard, G. Duchange, préc.

¹⁹⁹ J. Icard, G. Duchange, préc.

Chapitre 2

La faiblesse de la nature des avis

242. Le CSE est consulté et élabore des propositions concernant la gestion et l'organisation de l'entreprise. Il rend un avis sur le projet qui lui est soumis par l'employeur. Il devrait à ce titre, en tant que représentant des salariés, disposer d'un pouvoir au stade de la prise de décision (Section 1). Or celles-ci ne sont aujourd'hui le résultat que du seul chef d'entreprise puisque le CSE ne dispose presque d'aucun pouvoir afin de s'opposer à cette prise de décision, tout comme il ne dispose pas de pouvoir de codécider (Section 2).

Section 1 - Un pouvoir de représentation imparfait

243. **La valeur du pouvoir de représentation.**- La représentation est issue du terme latin *repraesentatio* qui signifie l'action de « placer, mettre devant les yeux » de quelqu'un. En d'autres termes, rendre la personne représentée présente fictivement, alors qu'elle ne l'est pas réellement. Plus concrètement, la représentation est l'action de faire voir ou de rendre présent à l'esprit. C'est le fait de représenter une collectivité, d'agir et de parler en son nom, notamment en vertu d'un mandat électoral ou d'une nomination.²⁰⁰ Le CSE représente la collectivité des salariés et agit en leur nom. La représentation politique et la représentation juridique sont toujours pourvues d'un pouvoir de décision (pouvoir législatif ou pouvoir réglementaire). La représentation du mandataire au nom du mandant est investie d'un pouvoir de décision (même lorsque cette décision doit être prise collectivement et de façon majoritaire, à l'instar des élus dans les institutions politiques) tout comme l'est la représentation du tuteur au nom de la tutelle.

244. La représentation du personnel appartient aux principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, dont la détermination revient au législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution.²⁰¹ Le législateur a prévu pour le CSE, le droit d'émettre des avis simples (avis purement consultatif) et dans de rares cas, le droit d'émettre des avis conformes (autrement nommés « veto »). La représentation du personnel mise en oeuvre en droit français entre en contradiction avec la définition de la représentation issue des vocabulaires politique et juridique

²⁰⁰ Dictionnaire de l'Académie française.

²⁰¹ Cons. constit., 7 sept. 2017, n° 2017-751 DC, Sem. soc. Lamy 2017, n° 1783, p. 7 et s.

puisque la représentation du CSE au nom des salariés laisse apparaître une absence de pouvoir de décision. Le CSE n'a pas les pouvoirs pour exercer son rôle de représentant correctement. L'avis simple est purement consultatif donc découle d'un droit d'expression, d'un pouvoir d'expression. Or le rôle du CSE n'est pas limité au droit d'expression. Il a un droit et un devoir de représentation.

245. L'article L. 2312-8 du Code du travail énonce que le CSE « *assure(r) une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions* ». L'expression laisse penser qu'il s'agit d'une prescription laquelle se veut évidente. Le verbe « assurer » signifie l'assurance de la prise en compte des intérêts en présence, donc l'obligation de fournir un résultat. Ce terme (assurer) signifie sans équivoque que le CSE doit, par le mécanisme de la représentation, porter fidèlement la voix des représentés. Le terme « permanent » invite à la rigueur temporelle dans cette prise en compte. Or, la forme des avis en fait une simple faculté. Le CSE doit donc être mis en mesure d'atteindre cette finalité (la prise en compte permanente des intérêts des membres représentés).

246. **La portée de l'avis du CSE.-** L'employeur, contrairement au CSE, a un pouvoir de décision. Il peut, à la suite d'un avis simple rendu par le CSE dans le cadre d'une procédure d'information-consultation, prendre sa décision seul. Les articles L. 2312-16 et R. 2312-6 du Code du travail prévoient qu'à l'expiration des délais de consultation légaux ou prévus par accord, le CSE est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif. C'est comme une présomption simple d'avis négatif. Un avis positif, rendu dans les délais légaux ou conventionnels prévus, la renverse. Un avis négatif du CSE n'empêche pas l'employeur de mettre en place son projet, hormis lorsque l'avis est dit « conforme ». La portée de l'avis négatif est relative puisque celui-ci peut avoir plusieurs significations. L'avis négatif peut signifier le rejet du projet, lorsqu'il est rendu expressément. L'avis négatif peut ne rien exprimer, lorsqu'il est rendu implicitement, autrement dit, lorsque le CSE n'a rendu aucun avis à l'expiration des délais. Pour distinguer ces deux situations, il conviendrait d'accorder une force prépondérante à l'avis découlant de la première situation afin de différencier le rôle du CSE dans les deux situations.

247. **L'avis a posteriori.-** C'est un avis qui intervient après la décision prise par l'employeur. L'avis a posteriori intervient en cas d'offre publique d'achat. Afin de conserver la confidentialité de l'opération auprès du public, le CSE est consulté en aval de l'annonce ou de la publication de l'offre. De même, une ordonnance du 25 mars 2020 a permis aux employeurs de déroger au principe de consultation préalable lors de la crise sanitaire. Le comité disposait d'un mois suivant la délivrance de l'information par l'employeur pour rendre son avis a posteriori. Cette exception au principe de consultation préalable concernait les mesures permettant à l'employeur : d'imposer la prise de jours de repos, de modifier leur date, de déroger dans certains secteurs aux durées maximales de travail et de déroger dans certains secteurs au principe du repos dominical. Le Conseil d'Etat eut par conséquent à se prononcer sur la légalité des décisions prises par voie d'ordonnance, tendant à modifier les modalités d'information et de consultation du CSE en

réduisant les délais d'information. Il a le 19 mai 2021²⁰², dans trois décisions, décidé de l'illégalité de deux décrets pris sur le fondement de l'ordonnance du 22 avril 2020²⁰³, puisque le gouvernement n'était pas habilité à les édicter. La conséquence de cette décision étant la possibilité de voir annuler les informations-consultations du CSE prises illégalement sur le fondement de ces décrets. Or l'annulation d'une procédure d'information-consultation ne remet pas forcément les parties (les salariés et l'employeur concernés) dans la situation dans laquelle elles auraient été si la décision avait été autre. Les CSE qui ont dû rendre des avis dans des délais d'information-consultation extrêmement courts (8 à 10 jours au lieu d'1 à 3 mois) verront difficilement leur situation remise dans l'état préalable à la décision visant à faire face à l'épidémie et prise sur un fondement illégal ; la décision ayant déjà emporté ses conséquences.

248. Le CSE exerce la représentation des salariés qui l'investissent de ce pouvoir. Lorsqu'un représentant politique est investi d'un pouvoir, s'il considère nécessaire ou si les représentés lui demandent l'organisation d'un référendum ou d'une consultation pour participer directement à la décision politique, ce dernier est organisé en amont de la prise de décision. La consultation n'est jamais organisée en aval. Le but de la consultation ou du référendum étant justement de prendre en compte l'avis d'une catégorie de population pour que la prise de décision par le représentant politique soit la plus conforme au choix de cet échantillon de population. Une solution contraire serait donc illogique en matière de représentation, qu'elle que soit la forme d'organisation concernée. Le principe de la consultation, lorsqu'il est fait a posteriori, perd donc son sens intrinsèque.

249. Si l'avis a posteriori a un intérêt, c'est de permettre l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la décision, dans le cas où cette responsabilité pourrait être engagée. Un avis postérieur négatif du CSE sur une décision prise par le chef d'entreprise inciterait le juge, en cas d'engagement de sa responsabilité sur le fondement de cette décision, à retenir plus facilement une sanction si la décision était considérée par lui comme inopportune ou illégale.

250. Le CSE remplit un rôle actif jusqu'à la fin de la consultation et un rôle passif à la fin de celle-ci, au stade de la décision. S'il n'a pas de pouvoir parallèle au pouvoir de l'employeur, si son rôle peut être qualifié de passif au stade de la décision, c'est en fin de compte un régime juridique qui n'est pas celui de la représentation. C'est un régime juridique où les intérêts des représentés ne sont pas pris en compte. En somme, c'est un régime propice au conflit.

251. La prise en compte de l'intérêt social dans l'objet de la société vise justement à un élargissement de l'objet social tourné dans l'intérêt des seuls actionnaires de la société. L'intérêt social inclut désormais l'intérêt des salariés. Certains auteurs constatent qu'en pratique les salariés ne peuvent procéduralement remettre en question une décision qui serait considérée par eux

²⁰² N° 441031, 441218, 441221.

²⁰³ n° 2020-460.

comme contraire à l'intérêt social²⁰⁴. Afin de pallier cette lacune, il serait pertinent d'instaurer un droit pour le CSE de contester utilement une décision comme étant contraire à l'intérêt social. Ce droit permettrait aussi de pallier la difficulté pour les salariés de mettre en jeu la responsabilité d'une société tierce (notamment mère ou donneuse d'ordre), laquelle difficulté fut renforcée par le rétrécissement jurisprudentiel de la théorie du co-emploi.

252. Il faut donc donner de réels pouvoirs de codécision au CSE, afin que les salariés ne soient pas, par le biais d'une absence de véritables pouvoirs de leurs représentants, relégués au rang de simples exécutants. En l'état du droit positif, le CSE n'a pas le pouvoir de s'opposer à la décision du chef d'entreprise par le biais d'un avis conforme (autrement appelé veto), sauf dans des cas très restreints et sans réelle incidence sur la vie de l'entreprise.

Section 2 - Un pouvoir d'opposition rare

253. Le pouvoir d'opposition du CSE, c'est lorsqu'il peut émettre un avis conforme, parfois nommé « veto ». L'avis conforme s'analyse comme un droit d'opposition, un droit de veto. Ainsi, certains textes législatifs utilisent le terme « opposition » à son sujet. Peu d'avis conformes sont prévus par le législateur. Le veto du CSE est prévu dans les cas suivant :

- Lorsque l'employeur veut déroger à l'horaire collectif pour instaurer des horaires individualisés (C. trav., art. L. 3121-48) ;
- lorsque, dans une entreprise dépourvue de délégué syndical, l'employeur veut remplacer tout ou partie du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur équivalent (C. trav., art. L. 3121-37) ;
- lorsque l'employeur veut refuser à un salarié un congé individuel pour participer à certaines formations énumérées exhaustivement par le Code du travail :
 - Lorsque l'employeur désigne le médecin du travail (C. trav., art. R. 4623-5) ;
 - lorsque, pour organiser le service de prévention et de santé au travail, l'employeur a le choix entre créer un service de santé autonome et adhérer à un service interentreprises (C. trav., art. D. 4622-2) ;
 - lorsque l'employeur refuse le suivi par un salarié d'un congé de formation économique, sociale, environnementale et syndicale (C. trav., art. L. 2145-11) ;
 - lorsque l'employeur, dans un projet de licenciement économique de 10 salariés et plus, propose des mesures de reclassement interne avant l'expiration du délai de consultation du CSE (C. trav., art. L. 1233-45-1).

254. Si l'employeur ne respecte pas ce droit d'opposition, la décision qu'il prend en aval est illégale. Elle peut donc être déclarée nulle par le juge. Le délit d'entrave est également encouru.

²⁰⁴ S. Vernac, Rapport, Observatoire de l'éthique publique, sept. 2021.

255. Un droit d'opposition suspensif à titre temporaire existe également lorsque l'employeur veut cesser d'adhérer à un service médical interentreprises et lors de certaines décisions des oeuvres de logement et de jardins ouvriers.

256. Le constat des possibilités de droit d'opposition pour le CSE est le suivant : les cas sont rares et ne concernent pas les enjeux majeurs de la vie de l'entreprise.

257. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et l'article L. 2312-8 du Code du travail prévoient pourtant respectivement la participation et la prise en compte permanente des intérêts des salariés par les représentants du personnel. Ces exemples témoignent de l'absence de participation réelle et de prise en compte permanente des salariés dans le cadre des consultations. Outre la faiblesse de la nature des avis, la sanction de l'absence de consultation du CSE par le chef d'entreprise est si peu dissuasive que certains ont préconisé la sanction de la nullité de la décision prise par l'employeur en ce cas.²⁰⁵ Il conviendrait d'articuler cette proposition avec une modification de la règle de droit des sociétés qui prévoit que pour les sociétés commerciales, seul un cas grave peut conduire à la nullité d'un acte.

²⁰⁵ M. Cohen, De la consultation au droit de veto, préc.

Deuxième partie

Un modèle de représentation économique performant : étude prospective

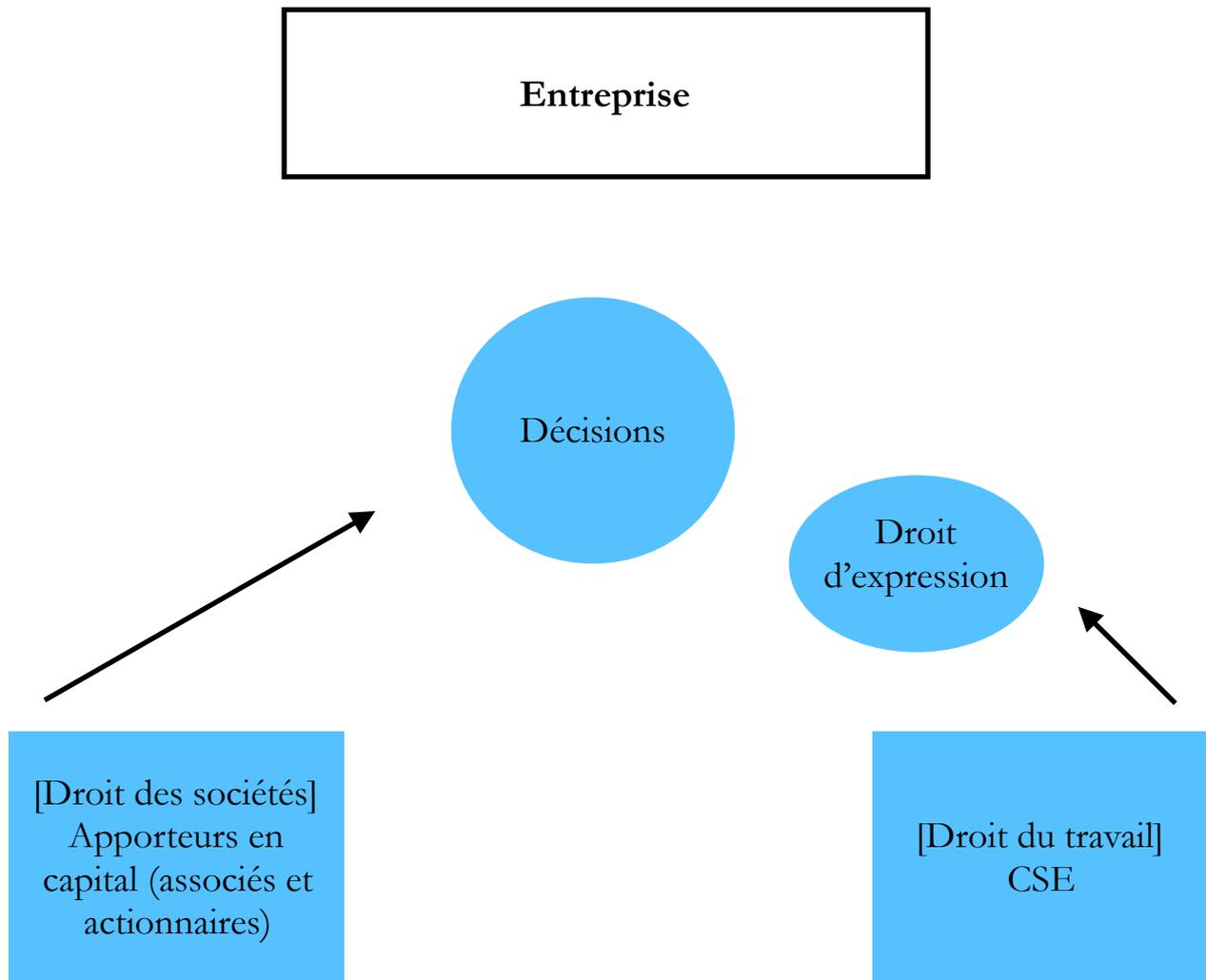
« Contrairement à ce qu'expose la pensée économique actuellement dominante, il n'y a pas d'opposition entre le développement de la compétitivité des entreprises et la reconnaissance des droits des salariés de ces entreprises, bien au contraire. Une entreprise est réellement compétitive lorsqu'elle peut vraiment compter sur des salariés qui s'investissent pleinement dans cette entreprise parce qu'ils s'y sentent bien et qu'ils ont envie de participer à son développement. Or cet état d'esprit ne peut être obtenu en laissant ces salariés totalement exclus des prises de décision concernant la gestion, la marche générale de l'entreprise et les conditions de travail. C'est là une loi de la nature, mise en évidence depuis déjà longtemps par nombre d'économistes, mais pourtant largement ignorée par les gouvernements et majorités parlementaires des pays européens depuis un certain nombre d'années. »²⁰⁶

258. Une culture de coopération entre salariés et employeurs tournée vers l'intérêt de l'entreprise est donc possible. Le premier changement devant intervenir pour une prise en compte réelle des intérêts des salariés à travers la représentation réside dans la modification de la structure qu'est l'entreprise au sens large. Ce changement permettra au CSE d'exercer des pouvoirs plus larges mais n'affecte pas considérablement les autres structures existantes (Titre 1).

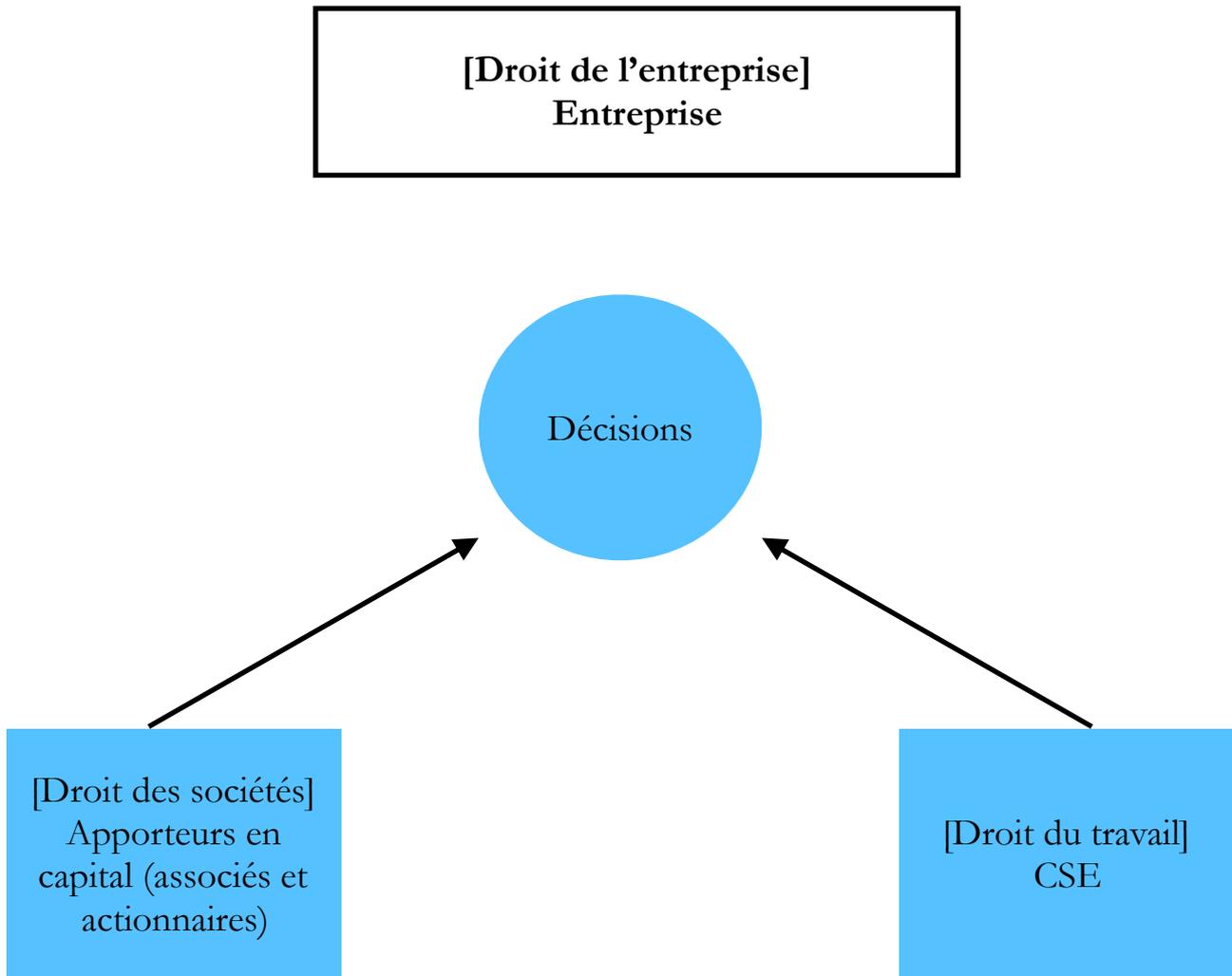
259. Le second changement devant intervenir à ce titre réside dans la modification du fonctionnement du CSE. Des pouvoirs plus importants lui seraient attribués afin que la prise en compte des intérêts des salariés ne soit pas illusoire mais certaine (Titre 2).

²⁰⁶ M. Vericel, Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise, Dr. soc. 2018 p.924.

Modèle français actuel



Modèle français proposé



Titre 1

Un rôle économique structurel nouveau

« Considérer que la société a pour objectif de maximiser le profit des associés est contradictoire avec l'idée de création de potentiels futurs ou pour d'autres acteurs. Cela crée en outre des conflits d'intérêts, chaque partie cherchant à s'appropriier les fruits de l'entreprise, c'est-à-dire son potentiel. Il s'agit donc de construire les conditions d'un jeu coopératif où chacun peut prétendre à une part du potentiel généré, sans entraver le développement de l'entreprise. »²⁰⁷

260. La notion d'entreprise mérite d'être précisée afin que soit compris le changement de structure du CSE en son sein. Cela commencerait par un changement de nature de l'institution qu'est le CSE en une institution de nature politique telle que celle issue du bicamérisme. Le bicamérisme est un système constitutionnel dans lequel le parlement est composé de deux chambres²⁰⁸ (Chapitre 1).

261. Ce changement structurel n'affecterait qu'à la marge les structures d'entreprise déjà existantes (Chapitre 2).

²⁰⁷ A. Hatchuel; B. Segrestin, La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif, Droit et société, 2007/1, n° 65.

²⁰⁸ Voc. jur. G. Cornu, 11e éd., 2016.

Chapitre 1

Un perfectionnement de la structure du CSE d'entreprise

*« Les ouvriers ont conscience de leurs droits (...). Dans l'usine ils se sentent plus chez eux que les actionnaires de la société. Quand en 1936, ils occupaient les usines, ils n'avaient pas le sentiment de porter atteinte à la propriété d'autrui. C'était leur usine qu'ils occupaient ».*²⁰⁹

262. Dans le système économique actuel, les actionnaires ont un pouvoir économique fort. Les investisseurs en capital (associés et actionnaires) traitent les investisseurs en travail (salariés) comme un facteur de production. Il manque un pouvoir en interne pour codécider de l'utilisation des ressources de l'entreprise. En résulte le phénomène suivant : les salariés sont démotivés, malades (notamment dépressions) ou absents. L'avancée démocratique n'a pas encore eu lieu dans le travail salarié. Le bicamérisme d'entreprise permettrait une reconnaissance de la valeur des investisseurs en travail et de leur légitimité. L'économie est aujourd'hui dominée par le secteur des services. L'ouvrier parfois illettré n'est plus le modèle du salarié d'aujourd'hui : « À l'heure de l'économie de services, les entreprises performantes dépendent de la qualité de l'implication de leurs salariés ».²¹⁰

263. Il convient donc de revoir la notion d'entreprise (Section 1) et de modifier en son sein, la structure qu'est le CSE afin qu'il soit désormais institué sous forme de chambre (Section 2). Il serait investi de pouvoirs de décision, aux côtés du chef d'entreprise.

²⁰⁹ G. Ripert, précité, p. 295.

²¹⁰ I. Ferreras, Gouverner le capitalisme ?, Puf, 2012.

Section 1 - La reconnaissance d'un droit de l'entreprise

« Sur le plan de la technique juridique, il n'y a aucune unité du droit de l'entreprise. Le droit de l'entreprise, c'est essentiellement le droit de la propriété des biens et le droit des propriétaires (le droit des sociétés est avant tout un droit des personnes) avec un certain nombre de restrictions et de réglementations apportées notamment par le droit du travail. L'entreprise comme cellule économique de production et comme collectif de travail est en fait ignorée par le droit qui reste dominé par le code Napoléon. »²¹¹

264. En principe, les administrateurs élus par les actionnaires doivent agir au service de l'intérêt social, autrement dit l'intérêt de la société. Or, les administrateurs élus par les actionnaires sont tentés de défendre les intérêts de ces derniers tout comme les administrateurs représentant les salariés sont tentés de défendre les intérêts de ces derniers. En investissant les représentants des salariés d'une place égale à celle des administrateurs, un équilibre est nécessairement présent.

265. **La notion de société.**- En quoi la société commerciale devrait être gérée dans un intérêt autre que celui des actionnaires ? La personne morale est créée par le contrat de société, lequel a un but : enrichir les associés. Cependant, la loi PACTE prend désormais en compte les intérêts des salariés. La personne morale sociétaire pourrait être rattachée au contrat de société et au contrat de travail. Le contrat de société comme le contrat de travail donnent tous deux à l'entreprise sa structure juridique et sont des contrats incomplets, susceptibles de nombreuses évolutions²¹². Il y a des contrats qui portent sur des activités (contrat de société et contrat de travail), sur la création de richesse à plusieurs (idée d'activité économique commune, de performance collective). Il est donc cohérent de partager le pouvoir d'organisation et la valeur de l'entreprise.

266. **Le statut des dirigeants.**- Les dirigeants ne sont pas des mandataires des associés, ni de la société (puisque aucun contrat de mandat n'existe entre ces derniers), mais des représentants légaux de la société puisque la loi les habilite à représenter la société, autrement dit à la gérer et à agir au nom et pour le compte de celle-ci. Au demeurant, les dirigeants représentent l'entreprise, pas les associés : *« Alors même que le chef est désigné par les détenteurs du capital, il ne représente pas le capital, il représente l'entreprise »*.²¹³ Les organes de direction et d'administration de l'entreprise ne sont généralement l'émanation que des associés et le statut des dirigeants sociaux ne leur confère pas une autonomie par rapport aux actionnaires. La gestion des activités de la société dans son

²¹¹ P. Rosanvallon, L'âge de l'autogestion, Paris, Seuil, p. 121.

²¹² J. Icard, G. Duchange, préc.

²¹³ G. Ripert, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1946, p. 280.

intérêt social suppose que les dirigeants puissent exercer leurs pouvoirs dans une certaine indépendance et qu'ils ne soient pas entièrement dépendants des actionnaires. Ils sont les organes de sa gouvernance et non leurs mandataires. Or quelle peut être leur indépendance quand leur rémunération dépend de la performance boursière des titres de la société ?²¹⁴ Le régime du gouvernement de l'entreprise ne permet pas, en l'état du droit positif, d'assurer une représentation équilibrée de l'ensemble des parties constituantes de l'entreprise (salariés et associés). La représentation des salariés dans les organes d'administration est, comme on l'a décrite plus haut, en défaveur des salariés. Il faudrait autonomiser le statut des dirigeants des actionnaires. À ce titre, dans les entreprises d'au moins 250 salariés, l'assemblée générale des salariés serait chargée d'approuver ou de ne pas approuver une décision du conseil d'administration en matière de désignation, de renouvellement ou de révocation d'un membre de la direction (président ou directeur général).²¹⁵ Au surplus, la révocation ad nutum des dirigeants pourrait être supprimée et remplacée par une révocation pour un juste motif, en lien avec l'intérêt social ou la raison d'être, la mission de l'entreprise. Enfin, le montage²¹⁶ consistant à conclure un contrat de travail entre un dirigeant et une société mère, ledit contrat ayant pour objet d'assurer un mandat social dans une société filiale, deviendrait illicite. Ainsi, les dirigeants agiraient dans l'intérêt de l'entreprise, mettant en oeuvre des décisions prises conjointement par les actionnaires et le CSE.

267. La notion d'entreprise.- La théorie néo libérale en économie poursuit l'idée que l'entreprise capitaliste serait une organisation qui ne poursuit qu'une finalité : le retour sur investissement des apporteurs en capital (par la plus value ou le dividende). L'entreprise existe car on prend le risque d'y investir son capital (et non son travail).

Le salarié de son côté rechercherait exclusivement un intérêt individuel : le salaire. Or, le rapport du salarié au travail n'est pas qu'instrumental. Il est aussi politique. Le salarié s'investit dans une collectivité de travail et entretient des rapports avec les clients de cette entreprise.²¹⁷

L'activité économique est réalisée par des femmes et des hommes au sein d'une communauté humaine. Au delà de leurs intérêts personnels, ils ont des intérêts collectifs. C'est pour traduire et concrétiser cette réalité que la notion d'entreprise est entrée dans le droit français au milieu du XXe siècle. L'exercice des activités économiques crée une entité économique et sociale : l'entreprise. Ce n'est pas encore une entité juridique. Or dans le langage courant, le terme entreprise est souvent utilisé pour désigner le seul exercice de l'activité économique.

On voit mal comment une entreprise pourrait fonctionner en société si elle ne devait vivre qu'à travers la personne juridique et le patrimoine de ses associés (comme dans une société en

²¹⁴ J. Paillusseau, préc.

²¹⁵ S. Vernac, préc.

²¹⁶ Cass. soc., 6 oct. 1993 : Bull. civ. V, n° 226 admet ce montage.

²¹⁷ I. Ferreras, préc.

participation ou une société de fait). La société personne morale est l'organisation juridique de l'entité socio-économique créée par l'exercice de l'activité économique, en d'autres termes, l'entreprise. La société personne morale n'est pas l'associé et inversement. Le patrimoine de chacun est cloisonné. Par exemple, en cas de cession de l'entreprise (cession des parts sociales), les associés cèdent la société personne morale puisque c'est elle qui exerce l'activité économique. L'entreprise n'est pas un sujet de droit. Une personne juridique peut seulement avoir des droits de propriété sur des actifs d'entreprise et elle ne peut pas être propriétaire d'un personnel.

L'entreprise est définie comme une unité économique, juridiquement autonome dont la fonction principale est de produire des biens ou des services pour le marché.²¹⁸ Autrement dit, il y a entreprise dès que des personnes mobilisent leur talent et leur énergie, rassemblent des moyens matériels ou de l'argent pour apporter un produit ou un service à des clients.²¹⁹ Il n'est donc pas ici question, dans la définition de l'entreprise, d'évacuer certains des acteurs de l'entreprise. Certains auteurs proposent de considérer l'entreprise aussi comme une entité politique (I. Ferreras, préc.).

268. La nature politique de l'entreprise.- Juridiquement, les actionnaires ne sont pas les propriétaires de l'entreprise, laquelle ne peut faire l'objet d'un droit de propriété. Ils ne sont titulaires que d'une quote-part du capital social de la société (parts ou actions).²²⁰ L'entreprise ne se confond donc pas avec les actionnaires. Par conséquent, l'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des actionnaires. L'entreprise est une entité politique. En fait, l'entreprise appartient aux apporteurs en capital car ils décident de l'affectation de leur capital, contrôlent ceux qui y travaillent et détiennent le profit qui s'en dégage. Les modes de désignation des administrateurs sont confiés aux actionnaires, qui sont aussi les seuls habilités à modifier les statuts. Les actionnaires de l'entreprise sont propriétaires de parts sociales, ce qui leur donne le droit de nommer le dirigeant, donc celui de contrôler les décisions de ce dirigeant. Par conséquent, les dirigeants de l'entreprise servent les actionnaires (en ayant pour dessein de maximiser la distribution des dividendes) alors qu'ils devraient, juridiquement, servir les intérêts de l'entreprise²²¹, donc notamment des salariés. L'entreprise est réduite à n'être que le véhicule du profit et les salariés (manager y compris) sont réduits à n'être que l'instrument au service de ce profit. Aristote distinguait par ailleurs monarchie et tyrannie par le fait que la première est le gouvernement d'un seul dans l'intérêt de tous, alors que la seconde est le gouvernement d'un seul dans son intérêt.

L'analogie est « féconde » avec les modèles politiques dès lors qu'on admet que l'entreprise est une institution politique et non une propriété. La transition par les sociétés du despotisme

²¹⁸ INSEE.

²¹⁹ economie.gouv.fr.

²²⁰ J.-P. Robé, *L'entreprise et le droit*, Que sais-je ?, PUF, 1999, spéc. p. 21 et s.

²²¹ Ripert, préc.

(gouvernement d'un seul ou d'une minorité) à la démocratie (gouvernement représentatif) pourrait s'appliquer à l'entreprise.

Section 2 - L'instauration du bicamérisme d'entreprise

« Il manque à cette entité politique (l'entreprise) une architecture « constitutionnelle » assurant une répartition des pouvoirs entre ses membres ainsi que des mécanismes de responsabilités aptes à garantir le respect d'une « éthique ». »²²²

269. **La structure constitutionnelle.**- Une structure constitutionnelle équilibrée est connue sous le nom de « balance des pouvoirs » (« checks and balances » en anglais), de « séparation des pouvoirs » ou « d'adoucissement des pouvoirs » (« mitigation » en anglais). Elle est la découverte de Montesquieu, philosophe du siècle des Lumières. Cette structure comprend premièrement une institution ayant la faculté d'édicter des règles (pouvoir législatif ou réglementaire), deuxièmement une institution ayant la faculté et le devoir de mettre en oeuvre ces règles (pouvoir exécutif) et troisièmement une institution ayant la faculté de juger la mise en oeuvre de ces règles (pouvoir juridictionnel). La séparation fonctionnelle n'est pas une séparation stricte²²³. L'innovation de Montesquieu consiste à dire qu'un gouvernement modéré suppose que les fonctions ne soient pas concentrées dans les mêmes mains. Les anglais, du fait de leur histoire avaient vite compris que la faculté la plus dangereuse est celle d'édicter les règles (faculté législative). Ils ont conçu la fonction de séparation des pouvoirs comme un principe d'adoucissement, autrement dit, tendant à distribuer la fonction susceptible d'être la plus liberticide à différents organes. La faculté d'édicter les règles est partagée entre plusieurs organes afin que cette fonction ne puisse être appropriée par un seul, que chacun dispose d'une partie de ce pouvoir et puisse contrôler l'autre. Ce sont les « checks and balances ». Chacun des pouvoirs au regard de la fonction législative ne doit avoir que des fonctions incomplètes. Celui qui adopte la loi ne peut pas l'appliquer, celui qui l'applique ne peut pas l'adopter à lui seul.

270. En droit positif, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance édicte les grandes orientations de gestion (en pratique, ces orientations sont impulsées par les associés ou les actionnaires). Les cadres dirigeants de l'entreprise appliquent ces orientations en disposant d'une

²²² S. Vernac, Rapport, Observatoire de l'éthique publique, sept. 2021.

²²³ C. Eisenmann, La pensée constitutionnelle de Montesquieu, *in* Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 592 : C. Eisenmann explique que Montesquieu fut mal compris par de nombreux auteurs. Une séparation stricte ne pourrait pas fonctionner. La découverte de Montesquieu tendait à démontrer que les pouvoirs doivent travailler de concert, chacun devant contrôler l'autre et ainsi adoucir la fonction dont l'autre est investi.

faculté d'édicter des règles au sein de l'entreprise, à l'instar d'un pouvoir réglementaire qui édicte les mesures d'application des règles législatives. Enfin, les salariés par le biais de leurs représentants n'ont pas de pouvoir d'édicter des règles (leur présence au sein des conseils, comme cela a été expliqué, étant trop minoritaire). On peut donc constater que les pouvoirs au sein de l'institution qu'est l'entreprise sont concentrés dans les mains des associés et des actionnaires qui, par le biais de représentants et avec le concours des cadres dirigeants prennent l'ensemble des décisions (le plus souvent dans leur propre intérêt). L'institution qu'est l'entreprise ne comprend donc pas un gouvernement modéré en son sein.

271. La règle de codécision permettrait aux salariés par le biais de leurs représentants au CSE de partager ce pouvoir d'édiction des règles de concert avec les représentants des associés et des actionnaires aux conseils d'administration et de surveillance. Certains auteurs et à titre principal Isabelle Ferreras²²⁴ proposent en ce sens la mise en place d'un bicamérisme d'entreprise.

272. **Le bicamérisme d'entreprise.-** Le bicamérisme d'entreprise (la notion originale de l'auteure est bicamérisme économique²²⁵) est un système bicaméral au sein de l'entreprise. Le bicamérisme anglais est une théorie de l'équilibre des forces. « *Les deux chambres, mises sur un pied d'égalité, se complètent, s'affrontent et s'équilibrent. Ce parlement bilatéral est l'institution qui permet la transition du pouvoir d'un seul (tyrannie ou monarchie) au pouvoir d'un petit nombre (oligarchie), jusqu'au plus grand nombre (démocratie)* ». ²²⁶ Le système du bicamérisme d'entreprise consisterait à l'instauration de deux chambres - une chambre des représentants des apporteurs en capital (conseil d'administration (ou directoire) représentant les intérêts des actionnaires) et une chambre des représentants des investisseurs en travail (CSE représentant les salariés) - et d'un gouvernement responsable - pouvoir exécutif (management) devant celles-là. Le gouvernement devrait obtenir la majorité dans chacune des chambres pour gouverner. Le pouvoir exécutif est institué en la personne des managers aux responsabilités les plus importantes dans l'entreprise. Cet exécutif serait nommé par les deux chambres après qu'il ait fait des propositions d'objectifs et des propositions de mise en oeuvre de ces objectifs. Chaque politique décidée par l'exécutif devrait être approuvée par les deux chambres, chacune à la majorité. L'exécutif disposerait également, comme en dispose le pouvoir exécutif dans le champ politique français, du pouvoir de déposer des projets (tels que les projets de loi). Ces projets, pour pouvoir être exécutés, devraient être validés par les deux chambres à la majorité. L'exécutif se trouverait responsable devant les deux chambres. La présidence devrait être, si présidence il doit y avoir dans l'organe, une coprésidence.²²⁷ En cas de désaccord, ce serait cette instance « neutre » et composée paritairement qui trancherait.

²²⁴ I. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ?*, Puf, 2012.

²²⁵ I. Ferreras, préc.

²²⁶ I. Ferreras, préc., p. 103.

²²⁷ M. Koehl, préc.

Chaque chambre serait élue à l'issue d'une assemblée générale : une assemblée générale des investisseurs en travail pour élire la chambre des investisseurs en travail (CSE), une assemblée générale des apporteurs en capital pour élire la chambre des investisseurs en capital (conseil d'administration (ou directoire)). Un nombre de sièges dans chaque chambre serait déterminé à l'avance. Chaque chambre disposerait, dans l'idéal, d'un nombre égal de représentants. Cela permettrait une simplification du calcul des votes et une égalité dans le poids des voix de chacune des chambres. Le mécanisme de l'élection un individu-une voix reste valable ici pour l'élection de la chambre des investisseurs en travail, puisque cela ne contredit pas le principe selon lequel chaque salarié éligible peut s'affilier à un syndicat. Les résultats permettront là encore de déterminer les syndicats représentatifs à l'issue de l'élection. Quant au mécanisme de l'élection des représentants des apporteurs en capital, il convient de conserver le mécanisme sociétaire actuel permettant l'élection des membres du conseil d'administration (ou du directoire) (notamment le mécanisme une action-une voix). Si le CSE est institué en chambre alors l'employeur ne pourra plus être membre du CSE mais seulement son interlocuteur.

273. Faire du CSE une chambre de pouvoir et non de contre pouvoir permettra d'amoindrir les tensions, d'éviter les discriminations à l'égard des élus et les épuisements psychologiques du côté des élus et du côté de la direction de l'entreprise. Ainsi, les élus ne seraient plus vus comme les « empêcheurs ».

274. Ce système bicaméral s'adresserait à des entreprises sous forme de société anonyme dont la responsabilité des dirigeants est limitée. Il ne s'agirait pas d'imposer ce système à des entreprises en formation.

275. Le bicamérisme économique ne tend pas à la « cogestion » par les représentants des salariés mais au gouvernement par ceux-ci²²⁸.

²²⁸ I. Ferreras, préc.

Chapitre 2

Un maintien des autres institutions d'entreprise

276. La modification dans la structure de l'entreprise afin de permettre au CSE de représenter les salariés paritairement ou de codécider affecterait à la marge les prérogatives des actionnaires dans la mesure où ils ne décideraient plus seuls des orientations stratégiques, ni de l'affectation des bénéfices. Ils auraient donc à partager le pouvoir avec les représentants des salariés dans la mesure où ceux-ci seraient paritairement représentés dans les conseils. Cela dit, ils conserveraient leur pouvoir d'influence auprès des conseils d'administration et de surveillance. Si ce n'était pas le cas, dans la mesure où seule la règle de la codécision entre l'employeur et le CSE serait mise en place, leur place serait entièrement maintenue (Section 1). De même, le renforcement des pouvoirs du CSE n'enlèverait pas les prérogatives dont jouissent les syndicats qui conserveraient à la fois le monopole de la revendication à travers la négociation et du conseil (Section 2).

Section 1 - Un maintien de la place des actionnaires

277. Pour une mise en place concrète du CSE sous forme de chambre (donc dans un système bicaméral), il peut être pertinent de s'assurer que cette première ne porte pas une atteinte disproportionnée à deux droits à valeur constitutionnelle : la liberté d'entreprendre²²⁹ et le droit de propriété²³⁰. Il faudra être attentif à ces deux libertés qui protègent l'entrepreneur (associé ou actionnaire) dans la gestion, l'organisation et la direction des entreprises privées d'une part et au titre de la propriété qu'il détient sur des parts de la société d'autre part. Si l'organe investi du pouvoir de décision dans une entreprise²³¹ se voyait amputé en partie de ce pouvoir de décision (par la mise en place d'une chambre investie d'un pouvoir de codécision) qu'il détient en raison de son titre de propriété sur des parts du capital social, le Conseil constitutionnel pourrait potentiellement y voir une atteinte à la liberté d'entreprendre et à la propriété dans la mesure où il

²²⁹ Cons. constit., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, « loi de nationalisation » : le Conseil constitutionnel tire cette liberté au sens général de l'article 4 DDHC et l'applique aux activités économiques ; La liberté d'entreprendre étant désormais, pour le Conseil constitutionnel, une liberté chapeau comprenant la liberté du commerce et de l'industrie, il n'est pas nécessaire de mentionner les sources de cette dernière liberté (notamment le Décret d'Allarde de 1791)

²³⁰ Art. 17 DDHC.

²³¹ L'organe diffère selon le type d'entreprise ou les statuts de celle-ci.

n'admet pas les atteintes trop importantes au pouvoir de choix économique (donc de décision) de l'entrepreneur, même lorsqu'il s'agit d'obligations des employeurs en matière d'emploi²³². Il pourrait censurer une loi qui porterait une atteinte trop importante à ces deux libertés. Cette piste est à prendre au sérieux et oblige à la prudence.

278. Pour nuancer cette crainte, rappelons que dans certaines sociétés (notamment la SAS), le pouvoir de décision est confié aux organes par les statuts d'une façon librement déterminée. Le Code de commerce confie aux statuts le soin de fixer les conditions dans lesquelles la SAS est dirigée (C. com., art. L. 227-5). Il impose toutefois aux associés de nommer un président afin que celui-ci puisse a minima représenter la société vis-à-vis des tiers. Les schémas d'organisation possibles sont très nombreux²³³. En outre, même si le mécanisme de codécision conduit à une diminution du pouvoir des actionnaires sur les décisions, le Conseil constitutionnel pourrait sans obstacle juridique reconnaître que ce mécanisme découle du principe de participation des travailleurs prévu par le préambule de la Constitution de 1946 et ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété eux même prévus au sein du bloc de constitutionnalité. Le rôle du Conseil constitutionnel est surtout de trancher, en droit, des grands débats de société selon un contrôle de proportionnalité. Lorsque plusieurs libertés de même valeur entrent en confrontation, son choix de faire prévaloir une liberté sur l'autre ou l'inverse dépend surtout des aspirations (notamment idéologiques, philosophiques, politiques ou religieuses) de la société à un moment T. Le Conseil constitutionnel prend le pouls de la société lorsqu'il tranche une question juridique.

²³² Cons. constit., décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, loi visant à reconquérir l'économie réelle (dite « Florange »), § 21.

²³³ M. Blanc, SAS - Définition et pouvoir de décision, https://leparticulier.lefigaro.fr/jcms/p1_1688851/sas-definition-et-pouvoir-de-decision : « Les statuts (de la SAS) peuvent très bien (et c'est souvent le cas en pratique) se limiter au seul président pour diriger la société: dans ce cas, il administrera et gèrera l'entreprise au quotidien en plus de ses fonctions de représentation. Ses conditions de nomination, de rémunération, de durée de mandat et de révocation sont fixées dans les statuts. Mais les associés peuvent aussi adjoindre au président un organe collégial (un conseil d'administration ou un conseil de surveillance par exemple) chargé de prendre les décisions les plus importantes. Il est également possible de prévoir l'existence d'un directeur général afin de mieux répartir les pouvoirs entre lui et le président de la SAS. ».

Section 2 - Un maintien de la place des syndicats

« Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part. »²³⁴

279. **Les prérogatives essentielles du syndicat.**- Le bicamérisme économique contribuerait-il à la disparition des syndicats ? L'attribution d'une prérogative de codécision au CSE ne conduit pas à mettre à mal le syndicalisme. Le CSE ne va souvent pas sans le syndicat puisque les élus en sont le plus souvent membres. Les membres du CSE sont issus d'une élection de listes syndicales la plupart du temps. Donc les syndicats demeurent présents au sein de l'entreprise. Les élus de la chambre des investisseurs en travail seraient issus d'élections professionnelles organisées en amont ; comme c'est le cas des élus du CSE aujourd'hui. Les syndicats auraient donc leur rôle au sein de l'entreprise puisque ce sont eux qui proposeraient les futurs élus sur listes électorales. Également, l'un des rôles du syndicat est de former, de transmettre des compétences. Les salariés continueraient d'adhérer aux syndicats comme c'est le cas aujourd'hui puisque cette adhésion leur permet de bénéficier de conseils juridiques concernant leur relation de travail avec leur employeur. Ce n'est pas le rôle du CSE. Les élus au CSE ne sont pas des experts juridiques, donc ne peuvent pas apporter systématiquement à chaque salarié pris individuellement satisfaction lorsque celui-ci a une question relative à sa relation de travail avec son employeur. Les membres du CSE contribuent au conseil des salariés mais ce n'est pas le rôle principal du CSE.

280. Une autre prérogative essentielle des syndicats est le monopole dont ils jouissent pour l'action en justice au nom des salariés. C'est une prérogative essentielle, à plus forte raison depuis la loi du 6 août 2015 qui a modifié les conditions de saisine de la juridiction prud'homale entraînant une chute vertigineuse des requêtes des salariés.²³⁵

281. Aujourd'hui, les syndicats n'ont pas pour rôle d'être parties prenantes dans le progrès de l'entreprise. Ils ne sont pas directement responsables du destin de l'entreprise. Leur rôle sur le destin de l'entreprise est indirect dans la mesure où ils s'intéressent prioritairement aux conditions de travail largement entendues des salariés (lesquelles incluent évidemment les rémunérations). En améliorant ces conditions de travail, les syndicats participent à influencer le destin de l'entreprise. S'ils devenaient responsables du destin de l'entreprise, ils deviendraient responsables devant les salariés au même titre que les apporteurs en capital aujourd'hui.

²³⁴ Convention 135 de l'OIT, Article 5.

²³⁵ R. Saada, préc.

282. Cela dit, ce n'est pas l'objet de cette étude qui se concentre sur le renforcement des pouvoirs du CSE en matière de décision. Il ne s'agit pas de proposer une codétermination à l'instar du Betriebsrat et du conseil d'entreprise français qui tous deux ont de forts pouvoirs en matière de négociation, donc de détermination des conditions de travail et d'emploi. Il s'agit plutôt de proposer des pouvoirs de codécision, c'est à dire d'un partage de la décision entre les représentants du personnel et le chef d'entreprise.

283. En conséquence, les syndicats conservent leur monopole de négociation chaque fois que celui-ci est prévu par la loi (excepté en matière de négociation dérogatoire, notamment dans les entreprises dépourvues de délégué syndical).

284. Les syndicats conserveraient le droit de faire grève, même en présence d'un CSE institué en chambre de représentation des travailleurs. Ce choix n'est pas celui fait en Allemagne puisque lorsqu'un Betriebsrat est institué, il y a des cas dans lesquels les partenaires sociaux (syndicats) ne peuvent mener un conflit social. Ils ont une obligation de négocier, à l'instar de ce qui se fait en droit canadien. L'intérêt de cette prérogative relative à la grève sera évidemment moindre qu'actuellement puisque la codécision permettra une meilleure prise en compte des intérêts des salariés, donc devrait conduire à une diminution des conflits sociaux.

285. **L'influence du syndicat.**- En pratique, selon le ou les syndicat(s) majoritaire(s) qui sera ou seront élus au sein de l'entreprise, la cogestion et la codécision seront de portée différente. Les élus au CSE ne sont pas des représentants syndicaux mais sont souvent élus sur la base de listes syndicales. Donc le syndicat d'origine de ces élus jouera probablement un rôle sur ces mécanismes. Seule une collaboration étroite entre le CSE et les organisations syndicales en charge de mener la négociation collective conduit à un partage véritable des décisions avec les représentants du personnel qui sont ainsi associés au processus de décision. La Cour de cassation avait exigé que le CSE soit consulté antérieurement à la signature par les représentants syndicaux d'un accord ou d'une convention portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du CSE. Le CSE aurait ainsi été en mesure de vérifier la cohérence entre les orientations stratégiques initialement adoptées avec son concours et leur mise en oeuvre.²³⁶ La loi Rebsamen du 17 août 2015 a mis à néant cette exigence jurisprudentielle de consultation du CSE.

286. Enfin, le rôle des syndicats se joue également en dehors de l'entreprise (au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel).

²³⁶ G. Auzero, La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise, Dr. soc., 2015, p. 1006.

Titre 2

Un rôle économique fonctionnel nouveau

« Il s'agit avant tout, d'avoir conscience que la modernisation des relations de travail, en France et en Europe, requiert nécessairement la recherche d'une situation d'équité, d'un réel équilibre entre les prérogatives accordées aux employeurs et les droits des salariés. Il faut en effet que les uns comme les autres trouvent leur compte dans cette modernisation, un tel équilibre étant le gage d'un climat social serein de nature à contribuer aux efforts économiques des entreprises. La cohésion sociale est indispensable à la modernisation de notre économie et de nos relations sociales. Or il ne saurait y avoir de cohésion sociale sans une participation véritable des salariés à la vie et à la gestion de leurs entreprises. »²³⁷

287. Des droits de codécision seraient attribués au CSE pour l'exercice certain de ses pouvoirs de représentation des salariés.. Ainsi, les intérêts permanents des salariés seraient pris en compte dans le cadre du partage de la prise de décision entre le chef d'entreprise et le CSE (Chapitre 1).

288. Les cas de désaccord entre le chef d'entreprise et le CSE se résoudraient par l'intervention d'une instance tierce à ceux-là. Les apports de cette coopération entre chef d'entreprise et CSE pour l'entreprise s'analysent comme étant positifs pour le développement et les performances de l'entreprise (Chapitre 2).

²³⁷ M. Vericel, préc.

Chapitre 1

Un partage de la décision

*« Le personnel de l'entreprise n'a aucun droit à surveiller le fonctionnement de la société. Il y a des modifications de l'entreprise qui ne peuvent être décidées par le chef d'entreprise sans l'accord du capital. Il doit y en avoir, de même, qui ne peuvent l'être sans l'accord du personnel ».*²³⁸

289. La proposition la plus pertinente pour une participation véritable des salariés permettant un partage du pouvoir au sein de l'entreprise est la codécision (Section 1). Subsidiatement, si la règle de la codécision n'était pas retenue, l'avis conforme (parfois nommé « veto ») pourrait être étendu à des thèmes qui font l'objet, en l'état du droit positif, d'un avis simple du CSE. La nature de l'avis changerait dans certaines matières (Section 2).

290. Quelle différence y a-t-il entre codécision et avis conforme ? Le mécanisme de codécision implique pour le CSE une faculté d'initiative, de proposition d'un projet. Il en va de même pour le chef d'entreprise. Tandis que l'avis conforme n'implique pour le CSE que la faculté d'accepter ou de refuser une proposition de projet (veto) sans pouvoir en soumettre une (quand bien même il exprime un avis sur le projet soumis à sa consultation).

Section 1 - L'institution d'un droit de codécision

291. **Le droit de codécision.**- C'est la proposition principale de cette étude. La codécision qui nous intéresse est la prise en commun de la décision par le chef d'entreprise et le CSE dans le cadre de l'institution bicamérale sus-évoquée.²³⁹

292. Aujourd'hui, le droit du travail repose sur une opposition employeurs-salariés. La théorie institutionnelle de l'entreprise suppose l'existence d'une communauté unique rassemblant employeur et salariés, dont l'existence est fort douteuse : les intérêts des uns et des autres sont le

²³⁸ G. Ripert, préc., p. 304

²³⁹ cf supra n° 272

plus souvent divergent. Or, la règle de codécision atténuerait les intérêts divergents (des employeurs et des salariés) en ralliant les entités composant l'entreprise vers un intérêt commun. Ainsi, le CSE n'apparaîtrait plus comme un « empêcheur » mais comme un réel co-décideur. Le mécanisme de codécision aurait pour conséquence la prise en compte des intérêts de toutes les parties de l'entreprise et une vraie reconnaissance pour les investisseurs en travail afin que ce ne soit plus un modèle paternaliste, ni un modèle conflictuel. Ces modèles conduisent à des frustrations, des manques de reconnaissance, donc entraînent des réclamations et des revendications.

293. Une enquête « Parlons travail » mise en oeuvre par la CFDT, de septembre 2016, auprès de plus de 200 000 personnes, nous apprend que 72% des travailleurs interrogés souhaitent participer davantage aux décisions qui affectent l'entreprise ou son administration.

294. Impliquer les salariés au processus décisionnel de la stratégie de l'entreprise favorise leur adhésion et accroît leur performance²⁴⁰. Cet investissement devrait permettre une plus grande prise en compte de leurs intérêts et partant une implication accrue de leur part.

295. Quel intérêt aujourd'hui d'attribuer un droit de codécision au CSE si les salariés participent déjà à la gestion des entreprises dans les instances de ces dernières ? Cette participation ne concerne que des grandes entreprises d'une part et les salariés ne représentent même pas la moitié des acteurs dans l'instance d'autre part.

296. L'article 1832 du Code civil définit la société. Il ne fait mention ni des salariés, ni de leurs représentants dans cette définition. L'article 1833 du même Code prévoit l'intérêt social et permet désormais, depuis la loi dite PACTE, la prise en compte de l'intérêt des salariés. En outre, si le Code de commerce s'opposait à un tel pouvoir de codécision de la part des représentants des salariés (ce qui n'est pas démontré), il suffirait de modifier également le droit des sociétés en ce sens, afin que le droit des sociétés et le droit du travail s'adaptent à un droit de l'entreprise.

297. **Le champ d'application personnel.**- La participation du CSE à la décision auprès des conseils devrait être obligatoire dans toute société par actions. Le pourcentage de la représentation pourrait éventuellement varier selon la nature de l'activité de la société et la taille de l'entreprise. Indépendamment de ces sociétés, le modèle allemand prévoit la codécision dans les établissements comprenant au moins 5 salariés. Cette règle des 5 salariés pourrait s'appliquer non pas à l'établissement mais à l'entreprise. Cette règle paraît satisfaisante dans la mesure où dans les toutes petites entreprises, la représentation n'est pas ou peu exercée. Cela dit, le CSE n'est présent aujourd'hui que dans les entreprises d'au moins 11 salariés. La règle pourrait donc être instaurée dans les entreprises d'au moins 11 salariés. Le partage du pouvoir ne concernant alors pas les entreprises de moins de 11 salariés, ceux-ci seraient lésés dans leurs intérêts économiques. Plus le nombre de salariés sera abaissé pour le calcul de la règle de codécision,

²⁴⁰ Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, Rapport de l'Assemblée nationale, n° 1237, 2018.

moins les salariés des petites entreprises seront lésés. Une solution consisterait à rendre obligatoire la règle de codécision dans les entreprises d'une taille importante et de rendre obligatoire la règle de l'avis conforme dans les entreprises d'une taille plus réduite.

298. **Le champ d'application matériel.**- Le droit de codécision pourrait s'appliquer en certaines matières ou en toutes matières. La seconde option relève du « gouvernement » d'entreprise. Si seulement quelques thèmes étaient retenus, ceux-ci pourraient être choisis par le législateur sur la base des besoins des parties qui seraient investies de ce nouveau pouvoir de décision, c'est à dire des représentants des salariés. Les représentants des employeurs, lesquels disposent déjà du pouvoir de décision, s'opposeraient certainement à une telle mesure.

299. La règle de la codécision concernerait à titre principal le temps de travail, les échelles de rémunération. Au sujet de la rémunération, un partage de la valeur ajoutée pourrait être instauré. Le CSE pourrait conjointement avec l'employeur ramener les salaires à une échelle moins inégalitaire (telle que celle dénoncée par certains économistes²⁴¹), diminuer les écarts salariaux (échelle de 1 à 5 et non plus de 1 à 20 ou de 1 à 100. « *Par delà la question du minimum, c'est également la question du maximum et partant des écarts salariaux* » au sujet de propositions de quelques candidats pour les élections présidentielles de l'année 2022. La question de la rémunération éclipse presque celle du partage de la richesse créée par l'entreprise.²⁴² Comme c'est de l'encadrement de rémunération, ça relève du CSE, pas des syndicats. Ensuite, la codécision pourrait concerner les mesures collectives telles que les projets de restructuration juridique ou économique de l'entreprise, affectant directement ou indirectement l'emploi des salariés de l'entreprise, y compris la délocalisation d'activités, les projets entraînant des modifications importantes dans les conditions de travail et d'emploi des salariés.

300. Les autres thèmes pertinent pour la règle de codécision seraient l'ensemble des thèmes relatifs aux conditions de travail des salariés. Il convient de se référer à titre d'exemple aux thèmes soumis à la codécision au sein du conseil d'établissement allemand. Il est inutile de préciser que le législateur, par prudence, n'instaurera pas ab initio un droit de codécision en toutes matières. S'il instaure un droit de codécision, il le fera pour certaines matières et l'étendra à d'autres matières par touches successives.

²⁴¹ T. Piketty, Une brève histoire de l'égalité, éd. Seuil.

²⁴² J. Icard, G. Duchange préc.

Section 2 - L'extension du droit d'avis conforme

301. **L'avis conforme.-** L'avis conforme est un avis émis par le CSE au sujet d'un projet de décision proposé par l'employeur. Si l'avis émis est positif, l'employeur peut mener à bien son projet et ainsi prendre sa décision. Si l'avis est négatif, sa force est alors contraignante pour l'employeur : celui-ci ne peut pas mener à bien son projet.

302. **Le veto.-** Cet avis conforme est parfois appelé « veto » par certains auteurs et praticiens. Or les deux ne se confondent pas totalement. Le veto est une décision par laquelle un organe partiel d'une fonction juridique s'oppose à l'édition d'un acte de cette fonction déjà approuvée par un ou plusieurs autres organes partiels.²⁴³ Le veto implique donc un acte négatif, une opposition. On peut alors distinguer sa définition de celle de l'avis conforme en ce sens que l'avis conforme paraît être un acte positif : l'organe (le CSE), plutôt que de refuser le projet proposé par un autre organe (le chef d'entreprise), rend un avis par lequel il propose également un projet, une alternative, sans laquelle l'autre organe (le chef d'entreprise) ne peut prendre sa décision finale. L'avis conforme désigne, outre l'avis négatif qui s'apparente au veto, l'avis positif, à la suite duquel l'employeur peut prendre sa décision. Pour ces deux raisons, les deux termes ne sont pas identiques.

303. **Le droit d'opposition suspensif du comité d'entreprise.-** Un droit de veto suspensif pourrait être institué en faveur du CSE. Cela signifierait que dans certaines matières, à défaut d'accord entre le chef d'entreprise et le CSE, la mise en oeuvre par le CSE de ce droit suspendrait la décision du chef d'entreprise. L'exercice du droit d'opposition par le CSE ouvrirait au chef d'entreprise la faculté d'exercer une voie de recours. Il pourrait saisir un médiateur impartial ou une commission de représentants des divers intérêts en présence²⁴⁴. Cette commission serait composée d'un représentant de l'Etat (intérêts politiques de l'entreprise), de représentants des employeurs (intérêt des actionnaires) et de représentants des salariés (intérêt des salariés). Le médiateur ou la commission (éventuellement prévus en amont à l'instar de l'arbitrage) évaluerait le projet sous l'angle des différents intérêts en présence. Le projet serait pendant ce temps suspendu. Elle pourrait proposer des alternatives au projet étudié. Elle rendrait une décision qui serait susceptible de recours devant le juge. Afin que sa décision puisse être mise en oeuvre, le chef d'entreprise devrait alors solliciter le président du tribunal judiciaire ou le Conseil de prud'hommes en référé pour demander la levée de la suspension du projet. Par le passé, certains juristes ont par ailleurs affirmé que le droit de veto n'interdit pas les licenciements mais « renverserait seulement le fardeau de l'action en justice²⁴⁵ ». Ainsi, ce n'est pas au salarié de contester son

²⁴³ Voc. jur. G. Cornu, 11e éd., 2016.

²⁴⁴ M. Cohen et L. Milet, préc., n° 959.

²⁴⁵ M. Cohen, « Un droit de veto plus que jamais nécessaire », RPDS 2001.147 ; Les attributions des comités d'entreprise votées le 13 juin 2001, Sem. Soc. Lamy, N° 1035, 2001.

licenciement mais à l'employeur de prouver que les licenciements sont justifiés. Il serait nécessaire, de toute évidence, que ce droit octroyé au CSE soit utilisé à bon escient.

304. Le législateur avec la loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale avait reconnu ce droit d'opposition au comité d'entreprise dans les cas de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins 100 emplois. Le comité d'entreprise pouvait formuler des alternatives, émettre un avis et avait le pouvoir de s'opposer à un projet de restructuration pouvant comporter des effets sur l'emploi (quel que soit l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement). L'opposition pouvait être formulée par la majorité des membres titulaires du comité d'entreprise. Le droit d'opposition était subordonné à la saisine par le comité d'entreprise d'un médiateur. Le projet était alors suspendu par cette saisine. Cette médiation ne donnait pas de pouvoir de cogestion au comité d'entreprise puisqu'en cas de désaccord, la décision de l'employeur l'emportait. Cette disposition limitait donc le pouvoir du comité d'entreprise dans la participation à la prise de décision. Le Conseil constitutionnel avait validé ce dispositif mais en limitant son champ d'application. Cet article fut abrogé en 2008.

305. Le champ d'application personnel.- Le pouvoir de codécision étant plus poussée que celui de l'avis conforme, il serait pertinent d'instaurer de manière obligatoire le pouvoir de codécision dans les entreprises employant au moins 50 salariés d'une part, et de rendre obligatoire pour certaines matières le pouvoir d'avis conforme dans les entreprises employant moins de 50 salariés d'autre part.

306. Le champ d'application matériel.- En l'état du droit positif, l'absence d'opposition du CSE est requise en de très rares domaines²⁴⁶. Les matières principales qui seraient alors soumises à ce pouvoir d'avis conforme étendu seraient celles relatives aux conditions de travail et à l'emploi.

307. À l'instar de l'exemple de la loi de 2002 et du modèle allemand (Betriebsrat), le CSE pourrait suspendre le projet d'un employeur en matière de santé et sécurité, de fixation d'horaires de travail, de temps de pause et de jours de congés et en matière environnementale.

308. À plus forte raison, le CSE devrait disposer d'un droit de veto suspensif ou d'un droit d'avis conforme dans les questions importantes pour la vie de l'entreprise et du personnel : restructurations, délocalisations, fermetures de sites, licenciements collectifs, changements d'horaires collectifs, etc. Le développement des avis conformes trouve un fort intérêt pour les projets économiques dans lesquels l'emploi est en jeu. Certaines décisions ont un impact lourd sur les salariés. Les moyens ne manquent pas pour freiner les grands licenciements. En réalité, l'absence de mise en place d'un droit de veto est politique : il s'agit de ne pas froisser le grand

²⁴⁶ cf supra n° 253

patronat.²⁴⁷ Les attributions purement consultatives des CSE comme l'étaient celles de son prédécesseur le comité d'entreprise ne sont pas conformes à la Constitution qui prévoit que les représentants du personnel « participent à la gestion des entreprises ». Le préambule de la Constitution de 1946 est bien présent dans le bloc de constitutionnalité lequel a valeur constitutionnelle²⁴⁸.

309. Le droit d'avis conforme concernerait également les décisions individuelles (de type licenciement individuel). Le chef d'entreprise jouit d'un pouvoir de direction. Cependant, si le législateur instituait un pouvoir de codécision en ces matières, ce serait la loi qui l'imposerait donc le pouvoir de direction qui est un pouvoir réglementaire ne s'en trouverait pas affecté. Ainsi, en cas de licenciement, le CSE pourrait émettre un avis négatif, ce qui suspendrait la procédure. L'employeur devrait ainsi saisir une instance amiable et en cas de blocage une instance juridictionnelle en référé (afin que les délais de jugements ne soient pas trop longs).

310. En somme, les décisions pour lesquelles l'avis conforme serait requis seraient d'une part celles pour lesquelles l'avis simple reviendrait à vider l'information-consultation de son utilité ou de sa substance, d'autre part celles d'une importance significative.

311. Ce changement dans la nature de l'avis permettrait que les décisions soient prises, non dans le seul intérêt des actionnaires mais en prenant en compte les intérêts des salariés. Pour rappel, la lettre de l'article L. 2312-8 du Code du travail prévoit « la prise en compte permanente des intérêts des salariés ». L'avis conforme, en tant qu'il permet une participation à la décision, implique la prise en compte des intérêts des salariés, bien qu'insuffisante si on la compare avec la participation au titre de la codécision. L'avis conforme permet l'acceptabilité de la décision auprès des salariés, la légitimité des représentants du personnel²⁴⁹. Refuser au CSE le pouvoir d'émettre des avis conformes dans les matières importantes est un manque de confiance, une défiance quant aux capacités des différents CSE à prendre des mesures raisonnables pour l'entreprise en général. Or c'est un manque de confiance réciproque entre employeurs et IRP qui conduit, notamment, à un dialogue social de qualité faible en France.²⁵⁰ L'avis du CSE n'a, on le rappelle, aucun intérêt si ce dernier n'a pas le pouvoir de le faire entendre. L'employeur a toujours le dernier mot.

²⁴⁷ M. Cohen, Un droit de veto plus que jamais nécessaire, RPDS n° 673, mai 2001, p. 147.

²⁴⁸ Cons. constit., 16 juil. 1971, n° 71-44 DC, « Liberté d'association » reconnaît valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1946.

²⁴⁹ R. Chiss, *in* Le CSE : un nouveau dispositif, 2018, LexisNexis.

²⁵⁰ M. Ferracci, F. Guyot, Dialogue social et performance économique, préc.

Chapitre 2

Une garantie de fonctionnement

312. La mise en place d'une institution avec représentation paritaire ou d'un simple droit de codécision nécessite un mécanisme de règlement des désaccords (Section 1). Une fois cet obstacle dépassé, le mécanisme de codécision pourrait déployer ses nombreux avantages (Section 2).

Section 1 - Des solutions aux blocages

313. Le but commun des deux chambres est l'intérêt de l'entreprise ou l'intérêt social. Elles doivent donc travailler ensemble. Cela dit, les cas de blocage doivent être neutralisés pour assurer le bon fonctionnement du mécanisme de codécision.

314. **Une hiérarchie des recours.-** Dans la mesure du possible, les cas de blocage se résolvent par la médiation et la négociation. C'est notamment ce qu'avait institué la loi du 17 janvier 2002 qui permettait au comité d'entreprise de disposer d'un veto afin qu'il puisse s'opposer à un projet de restructuration. En cas de blocage persistant entre le chef d'entreprise et les représentants des salariés au sujet d'une décision (la médiation et la négociation ayant échoué), le référendum est la solution ultime.²⁵¹ Il conviendrait alors de soumettre la décision en cause aux différentes parties prenantes pour qu'elle puisse faire l'objet d'un référendum. Une autre solution plus classique est la saisine d'une juridiction par la partie s'estimant lésée. Cette partie est le chef d'entreprise en cas de veto du CSE. Elle est le chef d'entreprise ou le CSE en cas de co-décision, puisque l'une et l'autre parties jouissent du pouvoir de proposer une décision. La partie ne souhaitant pas voir la proposition prospérer peut alors contester le projet.

Ainsi, à titre d'exemple, lorsque le chef d'entreprise prendrait une décision sans recueillir l'avis favorable du CSE, ce dernier aurait l'obligation d'intenter en premier lieu une action amiable et pourrait en second lieu en cas d'échec, soit soumettre à référendum la décision, soit saisir une juridiction en vue d'une action contentieuse.

315. Le droit de veto pourrait par ailleurs être neutralisé par la notion d'abus dans le cas où il y aurait un abus dans la décision du CSE s'opposant à celle de l'employeur. En pratique, cette

²⁵¹ I. Ferreras, préc.

option semble peu réalisable puisqu'elle pourrait conduire à la contestation systématique par les employeurs du veto sur ce fondement. Cela dit, des conditions pourraient entourer cette notion d'abus afin que le mécanisme fonctionne et qu'ils ne puissent pas l'invoquer de manière dilatoire.

316. Si le chef d'entreprise et les salariés par le biais de leurs représentants s'investissent dans l'intérêt de l'entreprise, les cas de blocages devraient être rares. Les salariés (en la personne de leurs représentants) investis d'un vrai pouvoir de codécision se sentent alors plus investis et plus responsables dans les choix décisionnels qu'ils opèrent au sein de l'entreprise pour laquelle ils travaillent et de laquelle ils récoltent les fruits.

Section 2 - Des apports subséquents aux intérêts de l'entreprise

317. **Des performances économiques certaines.**- Les ordonnances de 2017 encouragent une conciliation entre les intérêts que les représentants du personnel sont censés porter et les performances économiques de l'entreprise dont l'employeur apparaîtrait comme le premier garant²⁵². La modification de l'institution représentative du personnel et la réduction de ses moyens par les ordonnances étaient vus comme un moyen de renforcer les performances économiques de l'entreprise, comme si l'institution de représentation du personnel entravait cette fin. « *Cette volonté de conciliation (...) ne s'accompagne nullement d'un renforcement conséquent de la représentation des salariés dans les organes de la société, seule susceptible pourtant de permettre un début de rééquilibrage avec les pouvoirs des actionnaires* »²⁵³. Or il ne faut pas conclure que les intérêts défendus par les représentants du personnel sont incompatibles avec les performances économiques de l'entreprise. Il y a ici encore une confusion entre l'entreprise et la société. Les représentants des salariés ont tout intérêt à la performance économique de l'entreprise, laquelle ne doit pas être confondue avec la performance économique de la société dont les seuls bénéficiaires sont les actionnaires. L'entreprise est l'instrument commun aux salariés et aux actionnaires de la société. Le fonctionnement économique positif de l'entreprise est donc recherché par ces deux acteurs. Il existe plusieurs tailles et modèles d'entreprise, de la plus petite à la plus grande, de la moins participative à la plus participative. Le rôle économique du CSE varie selon les tailles d'entreprise. Dans les grandes entreprises, les décisions sont plutôt déconnectées des aspirations des salariés au plus bas de l'échelle (bien qu'il existe des exceptions) alors même que ces entreprises sont les entités où le rôle économique du CSE semble le plus important.

318. Les malaises au travail (marqués notamment par l'absentéisme) et les conflits du travail (en dernier recours la grève) sont susceptibles d'altérer les relations entre les salariés et la direction de

²⁵² G. Borenfreud, La fusion des institutions représentatives du personnel - Appauvrissement et confusion dans la représentation, RDT, 2017, p. 608.

²⁵³ G. Borenfreud, préc.

leur entreprise, tout comme ils altèrent l'image de l'entreprise. Il est donc dénué d'intérêt de laisser s'installer, voire perdurer, les situations de dégradation du climat social dans l'entreprise. En Europe, entre 2005 et 2009, la France est le deuxième pays qui a perdu le plus de jours de travail pour conflits sociaux (132 jours).²⁵⁴ Un manque de confiance dans les relations entre les institutions représentatives des salariés et celles des employeurs est constaté en France.²⁵⁵ La qualité du dialogue social, incluant en particulier la confiance entre les acteurs, se révèle être un facteur déterminant des performances du marché du travail.²⁵⁶ Comment admettre que le CSE puisse avoir une marge de manoeuvre sur la prise de décisions concernant l'entreprise dont l'employeur est parfois le fondateur et de laquelle il attend le plus souvent des retours sur investissements ? L'employeur sera évidemment sensible et craintif au partage de la prise de décisions puisqu'elles concernent l'entreprise vue par lui (à juste titre) comme sa création, son oeuvre (lorsqu'il en est le fondateur).

319. Selon l'International Social Survey Program (ISSP) et l'European Working Conditions Survey (EWCS), la France est le plus mal classé des pays industrialisés pour ce qui concerne les relations entre employeurs et employés.²⁵⁷ Cette réalité est encore plus prégnante dans les petites et moyennes entreprises. Les salariés français présentent un niveau de stress élevé. Selon ces mêmes études, les syndicats ne répondent pas suffisamment à ce problème. Les représentants du personnels contrairement à d'autres pays ne sont pas perçus en France comme des interlocuteurs réguliers susceptibles d'aider les salariés à sauvegarder leur emploi ou à en améliorer les conditions.²⁵⁸ On pourrait envisager que des pouvoirs plus importants des représentants élus du personnel pallieraient ce problème. Ces derniers auraient voix au chapitre concernant les conditions de travail et en cas de rupture du contrat de travail, laquelle voix ne serait pas simplement consultative (à l'instar des représentants du personnel allemands ou canadiens, qui disposent de pouvoirs forts en matière de représentation collective du personnel face à l'employeur). Ces pouvoirs pourraient rassurer les salariés quant aux difficultés auxquelles ils pourraient faire face dans leurs relations avec leur employeur.

320. L'implication des salariés à l'élaboration de la stratégie de l'entreprise, notamment par le biais de leurs représentants, participe à la démocratie sociale, à la cohésion sociale, nécessaires à la modernisation des relations sociales²⁵⁹. Les entreprises qui combinent innovation et productivité sont celles où la satisfaction des travailleurs est élevée. Cette situation découle généralement du fait que les salariés sont impliqués dans les processus décisionnels de l'entreprise (p. 18). Plus

²⁵⁴ I. Ferreras, préc, p. 122.

²⁵⁵ Dialogue social et Performance Économique, préc, p. 91.

²⁵⁶ M. Ferracci, F. Guyot, Dialogue social et performance économique, p. 46.

²⁵⁷ Etienne Wasmer, Insatisfaction au travail : sortir de l'exception française, Institut Montaigne, 2012.

²⁵⁸ M. Ferracci, Dialogue social et performance collective, préc. p. 79.

²⁵⁹ A. Jemmaud, O. Favereau, Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ?, RDT, 2917.576 ; M. Véricel, Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise, Dr. soc. 2018, 924.

largement, les entreprises combinant innovation, engagement et autonomie apportent plus de satisfaction aux salariés. L'engagement des salariés est plus présent lorsque ceux-ci trouvent leur place, sont écoutés, reconnus. Les nouvelles formes de travail (forfaits en jours, télétravail, etc.) ont contribué à plus d'autonomie des salariés. Tout cela conduit à plus de prise de responsabilité de la part des salariés. La stratégie consistant pour certaines entreprises à libérer le pouvoir d'initiative de leurs salariés se révèle être un succès et se traduit par des profits croissants.²⁶⁰ « *Les employés souhaitent des modes d'engagement plus coopératifs de leur management de façon à améliorer la performance de leur entreprise et leurs conditions de travail* »²⁶¹ Les négociations collectives, entre autres, améliorent la circulation de l'information dans l'entreprise et la motivation des salariés. Elles permettent donc d'élargir les alternatives proposées à ces derniers, qui se sentent, dès lors, plus loyaux envers l'entreprise et se voient offrir davantage que la seule perspective de choisir entre rester dans l'entreprise aux conditions qu'elle impose ou la quitter.

La participation des salariés aux décisions de l'entreprise et par conséquent à la détermination de leurs emplois ne ferait que renforcer l'implication de ceux-là au sein de leur entreprise. Une forte participation des salariés apporterait une plus grande paix sociale. Moins de conflits sociaux donc moins de grèves. Cette direction répond aux attentes actuelles des salariés.

321. L'implication des salariés par la participation à la gestion est un atout unique pour l'entreprise. Pour un exemple d'entreprise à forte représentation salariale : l'entreprise Mondragon fondée en 1956 en Espagne est devenue un grand groupe international composé de plus de 150 entreprises et de 87 000 salariés. Elle est détenue par 75 % de salariés qui la gèrent par une procédure démocratique et représentative. Selon une commission allemande mise en place pour évaluer les incidences de la codétermination et selon des études menées en France, la cogestion ne constitue pas un inconvénient pour la compétitivité des sites de production, ni un obstacle à l'arrivée d'investissements étrangers. Il n'y a pas non plus de moindre performance boursière des entreprises qui sont soumises à cette codétermination.²⁶² *Le succès de l'entreprise n'est possible qu'au prix de la rencontre des apports des porteurs en capital et des investisseurs en travail. A fortiori si l'on souhaite mesurer le succès en termes de performance sociale et non uniquement en termes de performance financière à court terme.*²⁶³ À titre d'exemple, lors de la crise de 2008, les salariés en front-desk savaient que les produits qu'ils étaient chargés de vendre étaient problématiques et que les clients ne remplissaient pas le profil prudentiel, mais la logique du retour sur investissement maximal était considérée comme l'unique guide. La survie de l'entreprise est une garantie de l'emploi.

²⁶⁰ I. Ferreras, préc., p. 190.

²⁶¹ Ibid, p. 50 à 51.

²⁶² I. Ferreras, précité, p. 195.

²⁶³ I. Ferreras, précité, p. 114.

322. Une responsabilité partagée.- L'association des représentants du personnel à l'élaboration de la stratégie de l'entreprise poursuit un objectif de responsabilisation.²⁶⁴ Pour l'heure, ce transfert de responsabilité vers les salariés et leurs représentants ne s'est guère accompagné d'un transfert de pouvoir.²⁶⁵ Lorsque ce pouvoir sera octroyé, la responsabilité pourrait être mieux partagée entre employeurs et salariés ou représentants.

323. À titre d'exemple, hors négociation d'entreprise, lorsqu'un accord informel est trouvé entre le chef d'entreprise et les membres du CSE en réunion, il suit, soit le régime d'un accord atypique, c'est à dire le régime de l'engagement unilatéral de l'employeur, soit le régime d'un acte d'extension du règlement intérieur du CSE²⁶⁶. Le législateur pourrait responsabiliser le CSE en faisant de cet acte un véritable accord engageant les deux parties précitées. Également, en cas de mise en place d'un pouvoir de codécision, la confidentialité des informations remises au CSE (C. trav., art. L. 2315-3) pourrait être renforcée par une règle légale prévoyant la sanction en cas de violation par un membre du CSE ou par le CSE de l'obligation de confidentialité lui incombant. Cela permettra une plus grande confiance du chef d'entreprise dans l'institution lorsqu'elle sera dotée de prérogatives d'information plus importantes que celles dont elle est dotée actuellement.

²⁶⁴ F. Géa, La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise, Dr. soc., 2013, p. 717.

²⁶⁵ G. Auzero, La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise, Dr. soc., 2015, p. 1006.

²⁶⁶ Acte à valeur réglementaire.

Conclusion

« *L'analyse de l'état actuel du droit en la matière ne permet guère de conclure à l'existence d'une participation effective et authentique des salariés à la vie de leur entreprise.* »²⁶⁷ Le principe de participation des salariés prévu par le constituant n'est pas rendu réalisable par le législateur. En ne prévoyant pas de pouvoir de codécision ou de cogestion pour le CSE, le législateur ne permet pas aux salariés de participer à la gestion de l'entreprise.

Les mécanismes sociétaires et travaillistes ne permettent pas une véritable représentation des salariés puisque celle-ci se limite à un droit d'expression. Afin de renforcer ces mécanismes, il serait envisageable de reconnaître un véritable droit de l'entreprise (à valeur législative ou constitutionnelle), lequel s'imposerait aux mécanismes sociétaires et travaillistes. Ce droit prendrait en compte les intérêts d'une part des apporteurs en capital, d'autre part des investisseurs en travail. Ces règles permettraient un gouvernement d'entreprise partagé entre les uns et les autres. Une modification de la structure qu'est le CSE serait alors utile afin que le nombre de représentants des salariés soit égal au nombre de représentants des apporteurs en capital. L'institution deviendrait paritaire. Ceux-ci prendraient les décisions de concert. Ce mécanisme s'inspire de la cogestion.

La règle de la codécision, proposition principale de cette étude, nécessiterait moins de changements puisque les décisions pourraient être prises soit dans le cadre du mécanisme précité (de concert entre les représentants du capital et les représentants du travail), soit dans le cadre de réunions entre l'employeur et les représentants des salariés, à l'instar de ce qui se fait actuellement dans le cadre du CSE. Cela ne poserait pas de difficulté au regard de la structure actuelle, laquelle n'aurait pas à être modifiée. Cette règle de la codécision entrerait hypothétiquement en conflit avec le pouvoir réglementaire de l'employeur au sein de l'entreprise mais le législateur pourrait envisager une modification du droit pour neutraliser cette interférence. Elle entrerait en conflit également avec les intérêts des associés et actionnaires représentés par les administrateurs aux conseils puisque d'autres intérêts que les leurs seraient dorénavant pris en compte au stade de la décision (les apporteurs en capital souhaitant décider des grandes orientations de la stratégie de la société, une décision des représentants des salariés qui n'irait pas dans ce sens bouleverserait cet aspect). Nonobstant, les intérêts des salariés sont désormais pris en compte par le droit (intérêt social, outils de RSE, etc.) et leur aspiration à une participation démocratique véritable au sein de leur entreprise ne fait que croître. Il est temps d'octroyer à leurs représentants les pouvoirs de rendre cette participation effective.

En somme, une véritable représentation du personnel (avec pouvoir de codécision) est compatible avec les performances économiques de l'entreprise.

²⁶⁷ M. Vericel, Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise, Dr. soc. 2018, p.924.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Ouvrages généraux

- ▶ **Auzero G., Baugard D., Dockès E.**, Droit du travail, précis Dalloz 34e éd., 2021
- ▶ **Cohen M., Milet L.**, Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe, LGDJ, 17e éd., 2022
- ▶ **Favennec-Héry F., Verkindt P.-Y.**, Droit du travail, LGDJ, 7e éd., 2020
- ▶ Memento pratique social, Francis Lefebvre, 2021
- ▶ **Morvan P.**, Restructurations en droit social, LexisNexis, 6e éd., 2020.
- ▶ **Teyssié B.**, Droit du travail relations collectives, LexisNexis, 12e éd., 2020.
- ▶ Vocabulaire juridique Gérard Cornu, PUF, 11e éd. 2016

Ouvrages collectifs, actes de colloque

- ▶ **Chiss R.**, *in* Le comité social et économique : un nouveau dispositif, 2018, LexisNexis
- ▶ **Eisenmann C.**, La pensée constitutionnelle de Montesquieu, *in* Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002
- ▶ **Eisenmann C.**, L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs, *in* Mélanges R. Carré de Malberg, Paris, Duchemin, 1933
- ▶ **Eisenmann, C.**, La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg, *in* Relations des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, organisées par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg, 1961, Paris, Dalloz, 1966
- ▶ **Favennec-Héry F., Rozec P.**, Les missions du comité social et économique, *in* Le comité social et économique : un nouveau dispositif, LexisNexis, 2018, p. 36
- ▶ L'intérêt social dans la loi PACTE, Grand Angle, Dalloz, 2019
- ▶ **Saada R.**, *in* Le nouveau monde, éd. Amsterdam, 2021
- ▶ **Teyssié B.**, Le syndrome de Troie, *in* Le comité social et économique : un nouveau dispositif, LexisNexis, 2019

Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

- ▶ **Crifo P., Rebérioux A.**, La participation des salariés, Presses de Sciences Po, 2019
- ▶ **Driguez L.**, Droit social et droit de la concurrence, Bruylant, 2007
- ▶ **Emery F.**, Qu'est-ce que la cogestion ?, éd., techniques et économiques, 1969
- ▶ **Fabre T.**, L'essentiel pour comprendre l'économie, Ellipses, 2012
- ▶ **Ferreras I.**, Gouverner le capitalisme ?, Puf, 2012.
- ▶ **Lasserre R.**, La cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation, Cirac, 2005.
- ▶ **Piketty T.**, Une brève histoire de l'égalité, éd. Seuil, 2021
- ▶ **Ripert G.**, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1946
- ▶ **Robé J.-P.**, L'entreprise et le droit, Que sais-je ?, PUF, avr. 1999, spéc. p. 21 et s.
- ▶ **Rosanvallon P.**, L'âge de l'autogestion, Paris, Seuil, p. 121
- ▶ **Scemama J.-L.**, Le CSE, mode d'emploi, Gualino, 2020
- ▶ **Weyl R.**, Droit, pouvoir et citoyenneté, L'humanité, 2017
- ▶ **Weyl R., Weyl M.**, Démocratie, pouvoir du peuple, Le temps des cerises, 1996

Articles de doctrine

- ▶ **Auzero G.**, Les transformations du comité social et économique, JCP S 2018, 1227
- ▶ **Auzero G.**, La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise, Dr. soc., 2015, p. 1006
- ▶ **Auzero G.**, Les salariés au conseil : utopies et réalités, RFGÉ, n° 14, 2015
- ▶ **Bernard V.**, La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions, Dr. soc., 2015, p. 960
- ▶ **Bledniak E.**, Le conseil social et économique (CSE) : la lettre n'honore pas les promesses, Sem. Soc. Lamy n° 1782, 18 sept. 2017.
- ▶ **Borenfreud G.**, La fusion des institutions représentatives du personnel - Appauvrissement et confusion dans la représentation, RDT, 2017, p. 608
- ▶ **Cohen M.**, Un droit de veto plus que jamais nécessaire, RPDS 2001.147
- ▶ **Cohen M.**, Les attributions des comités d'entreprise votées le 13 juin 2001, Sem. Soc. Lamy, N° 1035, 2001.

- ▶ **Cohen M.**, De la consultation au droit de veto, *Liaisons sociales supplément*, n° 97, mars 1995
- ▶ **François G.**, Droit d'alerte économique et consultation sur la marche générale de l'entreprise : une nouvelle illustration jurisprudentielle, *JCP S* n° 39, 2021, n° 1240.
- ▶ **Géa F.**, La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise, *Dr. soc.*, 2013, p. 717
- ▶ **Hatchuel A., Segrestin B.**, La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif, *Droit et société*, 2007/1, n°65, p. 27 à 40
- ▶ **Icard J., Duchange G.**, L'entreprise en droit social : propositions et évolutions, *JCP S* n° 14, 1108
- ▶ **Icard J., Pottecher M.-C.**, Le contrôle du CSE et les crises, *JCP S*, juin 2021, 1155
- ▶ **Jeammaud A., Favereau O.**, Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ?, *RDT*, 2917.576
- ▶ **Koehl M.**, La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion, *RDT*, 2020, p. 237
- ▶ **Lieutier J.-P.**, La participation des salariés au capital et à la gestion à travers quelques aspects de droit des sociétés, *Dr. soc.* 2015, p. 1012
- ▶ **Lokiec P.**, Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise, *Dr. soc.* 2016, p. 502
- ▶ **Paillusseau J.**, Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ?, *Rec. Dalloz*, 2018, p.1395
- ▶ **Petit F.**, Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ?, *Dr. soc.* 2015, p. 952
- ▶ **Ramain P.**, Bilan de la négociation collective et restructuration des branches : l'éclairage du nouveau DGT (directeur général du travail), *JCP S* n° 42, oct. 2020, n° 416
- ▶ **Rémy P.**, Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ?, *Dr. soc.* 2017 p.1050
- ▶ **Rémy P.**, Le droit à la participation en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, *Dr. soc.*, 2015, p. 974
- ▶ **Teyssié B.**, La commission économique du CSE, *JCP S* n° 39, 2021, n° 1234.
- ▶ **Teyssié B.**, Le rôle du comité d'entreprise dans les procédures d'alerte, *JCP E*, n° 27, 4 juil. 1985, 14521
- ▶ **Urban Q.**, La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par action : « Quel progrès ? », *RDT* 2013, p. 689
- ▶ **Vericel M.**, Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise, *Dr. soc.* 2018, p. 924

Rapports et études officiels

- ▶ Centre d'analyse stratégique, « Participation des salariés et performance sociale : de nouveaux enjeux pour les entreprises françaises dans un contexte de sortie de crise », La Note d'analyse 210, janv. 2011
- ▶ Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, Rapport de l'Assemblée nationale, n° 1237, 2018
- ▶ **Potier M.-D.**, Rapport sur la proposition de loi n° 476, «Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances », Assemblée nationale, 2018
- ▶ Rapport n° 2013-m-016-02 pour des aides simples et efficaces au service de la compétitivité
- ▶ **Vernac S.**, Pour une entreprise responsable et démocratique, observatoire de l'éthique publique, sept. 2021
- ▶ **Vernac S.**, Rapport, Observatoire de l'éthique publique, sept. 2021.
- ▶ **Wasmer E.**, Insatisfaction au travail : sortir de l'exception française, Institut Montaigne, 2012

Autres sources

- ▶ **Blanc M.**, SAS - Définition et pouvoir de décision, https://leparticulier.lefigaro.fr/jcms/p1_1688851/sas-definition-et-pouvoir-de-decision
- ▶ <https://www.leparisien.fr/economie/fin-de-la-production-des-stylos-bic-a-vannes-05-01-2019-7981386.php>
- ▶ <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--fr/index.htm>
- ▶ <https://www.economie.gouv.fr/plan-de-relance>