



## ÉTUDES

12

### I Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés

Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015

par Olivier Favereau

Professeur d'économie à l'Université Paris Ouest, co-responsable du département « économie, homme, société » au Collège des Bernardins

Présentation d'Antoine Lyon-Caen

*Chapô*

La catastrophe du Rana Plaza a rendu plus sensible que jamais la question de la responsabilité des sociétés en cas d'atteinte grave à des droits essentiels sur l'activité de sociétés sur lesquelles elles exercent une influence déterminante.

Cette question, majeure pour l'avenir, a inspiré certaines initiatives parlementaires. Une proposition de loi a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015.

Elle fait l'objet ici d'une présentation rapide qui permet de comprendre le puissant intérêt d'un point de vue d'Olivier Favereau, professeur d'économie, qui reprend son intervention devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

#### I. - Présentation de la proposition de loi

Le 30 mars 2015 a été adoptée en première lecture une proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (proposition de loi n° 2578 du 11 février 2015) <sup>1</sup>.

Elle instaure une obligation de vigilance destinée à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires.

#### A. - De l'obligation de vigilance

Selon la proposition adoptée, la vigilance des sociétés, qui doivent avoir leur siège social sur le territoire français pour être soumises au dispositif nouveau, doit s'exercer non seulement dans le champ de leurs activités, mais aussi à l'égard des sociétés qu'elles contrôlent directement ou indirectement ainsi qu'à l'égard de leurs sous-traitants et fournisseurs sur lesquels elles exercent une influence déterminante. Telle est la sphère de la vigilance ou, si l'on préfère, le périmètre de son exercice. L'identification et la présentation des risques, qui constituent l'objet de la vigilance, doivent, toujours selon le texte voté, porter sur les risques d'atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires, mais encore sur les risques de comportements de corruption active ou passive.

(1) Sur le contexte et l'histoire de cette proposition, v. N. Cuzacq, RDT 2014. 265; C. Hannoun, « Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères », in Mélanges en l'honneur de M. Germain, Dalloz, 2014, p. 381.

L'obligation ainsi instituée a une traduction opérationnelle nécessaire: l'établissement d'un plan de vigilance qui présente et regroupe les mesures de vigilance raisonnable propre à répondre à l'objet indiqué précédemment. Ce plan est destiné à constituer une partie d'un rapport non financier auquel les entreprises importantes sont dorénavant tenues selon les termes de la directive n° 2013/34/UE du 22 octobre 2014. L'exposé des motifs de la proposition donne des indications sur ce que doit au moins comporter ce plan: une cartographie des risques pays par pays, une contractualisation des obligations RSE, une procédure d'alerte et des mesures de protection des lanceurs d'alerte, des audits sociaux et environnementaux à tous les niveaux de la chaîne de valeur, l'adhésion à des initiatives sectorielles et à des références internationales, des mesures de prévention de la sous-traitance en cascade, des mesures d'information et de consultation des organisations syndicales, la formation des salariés.

Ce n'est pas révéler un secret que de relever que ces mesures sont celles qui figurent d'ores et déjà dans des initiatives unilatérales ou négociées de certains grands groupes.

Une action en justice est prévue, ouverte assez largement pour demander l'établissement d'un tel plan de vigilance, sa communication au public ou un compte rendu d'exécution.

## B. - De la sanction du défaut de vigilance

Alors que les premières versions des propositions de loi tendant à l'institution d'un devoir de vigilance exprimaient un souci de définir, à nouveaux frais, la responsabilité d'une société mère ou d'une société donneuse d'ordre en cas de réalisation de l'un des risques qui justifie leur vigilance <sup>2</sup>, le texte voté par l'Assemblée nationale se borne, pour fixer la responsabilité des sociétés tenues au devoir de vigilance, à faire renvoi aux articles 1382 et 1383 du Code civil. Souci de tempérer les ardeurs critiques qui n'ont pas manqué de se manifester pour contrarier l'initiative parlementaire? Sans doute.

La proposition de loi transmise au Sénat a cependant sa part d'originalité, soit visible, soit à découvrir. Originalité visible: à côté de l'indemnisation des victimes, dans les termes du droit commun de la responsabilité, est prévu un mécanisme d'amende civile.

Originalité latente: l'introduction dans la langue juridique de la référence à la vigilance laisse attendre des discussions stimulantes, même s'il serait sans doute utile de noter que la vigilance est la qualité de celui qui a la charge de surveiller et que là où il est mentionné le terme appartient au lexique de la prévention. Autre originalité, la démonstration de la faute de vigilance et d'un lien de causalité avec les dommages subis par la victime pourrait trouver dans le plan de vigilance une aide utile <sup>3</sup>.

Dans cette rapide présentation, il ne sera pas fait mention des dimensions de droit international du dispositif: compétence des juridictions françaises et compétence de la loi française. Ce n'est pas en méconnaître l'importance. Ces dimensions seront évoquées en une autre occasion.

## II. - Point de vue

L'Assemblée nationale a adopté le 31 mars dernier en première lecture la proposition de loi n° 2578 « relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre ». Elle crée l'obligation d'établir et de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance, pour toute société qui emploie au moins 5 000 salariés, en son sein et dans ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

« Ce plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant de ses activités et de celles des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement, ainsi que les activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs sur lesquels elle exerce une influence déterminante. Les mesures du plan visent également à prévenir les comportements de corruption active ou passive au sein de la société ou des sociétés qu'elle contrôle ».

Je voudrais réagir en économiste, laissant aux disciplines les plus directement sollicitées la gestion, et surtout le droit, l'examen des problèmes techniques d'application (et on sait que le diable se niche dans les détails). Du fait de cette distance (dont je ne me vante pas), un certain type de raisonnement économique, d'inspiration institutionnaliste, sinon hétérodoxe, peut faire apparaître les idées générales remarquablement novatrices, dont cette loi (encore en devenir) est potentiellement porteuse, mais qui ne sont pas au centre des débats les plus animés.

Pour trois raisons, touchant respectivement à la conception de l'entreprise, à la notion de personne morale, et aux politiques de développement, nous avons devant nous une possible avancée conceptuelle, aussi puissante que discrète.

### A. - En ce qui concerne l'entreprise

**En une phrase:** Une telle loi provoquerait un déplacement historique des frontières de l'entreprise.

**Argumentaire:** La théorie économique commence enfin (v. par ex. les travaux menés au Collège des Bernar-

(2) V. A. Dannis-Fatome, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », in M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Relations du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, 2014, p. 253; C. Hannoun, art. préc.

(3) V. N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Acte II scène 1 », D. 2015. 1049, spéc. p. 1654.

dins <sup>4)</sup> à reconnaître cette évidence – pour les juristes – qu’est la distinction entre la « société », personne juridique, aux contours précis, et « l’entreprise », organisation économique, sans contenu juridique direct et aux contours fondamentalement indéterminés. Les gestionnaires ont l’habitude d’énumérer les « parties prenantes » de l’entreprise: clients, actionnaires, salariés, sous-traitants, filiales, créanciers, fournisseurs, riverains, collectivité publique, avec un prudent « etc. ». Cette liste fait apparaître la tension constitutive de toute entreprise dans le monde capitaliste. Le seul être de droit est la société, dont les seuls « membres » <sup>5)</sup> sont les actionnaires (avec ses prolongements institutionnels: le conseil d’administration, l’assemblée générale) et c’est ce petit sous-ensemble qui pilote (« gouverne ») le grand ensemble qu’est l’entreprise avec cette liste complémentaire (et indéfinie) de parties prenantes.

La grande question est donc – en inversant la perspective – celle de l’entreprise comme champ d’extension de la responsabilité des instances sociétaires. Un rappel historique aidera à faire comprendre que la délimitation de ce périmètre est conventionnelle <sup>6)</sup>. Il n’est pas inscrit dans la nature des choses, il évolue de loin en loin mais par sauts (de sorte que chaque génération peut croire que les frontières de l’entreprise sont une donnée naturelle). Ainsi, pour nous, en 2015, il tombe sous le sens que la main-d’œuvre salariée fait intrinsèquement (on a envie de dire consubstantiellement) partie de l’entreprise. Or cela n’a pas toujours été le cas. Prenons à titre d’exemple le cas américain (bien documenté): les historiens <sup>7)</sup> nous enseignent que de 1880 jusqu’à la Première Guerre mondiale, la gestion de la main-d’œuvre était entièrement déléguée à un « contremaître » (*foreman, overseer*) à qui l’entrepreneur/propriétaire des machines et des bâtiments confiait un budget global, à charge pour lui d’embaucher, d’encadrer, de gérer et de verser les « salaires » (c’était le *drive system*). Ces ouvriers travaillaient certes dans les locaux de l’entrepreneur/propriétaire mais n’avaient de comptes à rendre qu’à leur « contremaître ». Celui-ci en profitait pour les pressurer et les exploiter (d’où le terme de *drive system*) si durement que le système est devenu insoutenable lors de la Première Guerre mondiale, conduisant – je simplifie – à l’invention du contrat de travail, c’est-à-dire à l’intégration du personnel sous l’autorité du représentant de la personne morale de la société (ultérieurement cela donnera le directeur du personnel, avec l’organisation d’un service fonctionnel spécifique au sein de l’entreprise). Les salariés devenaient ainsi – ce qui nous est aujourd’hui si familier – membres de l’entreprise.

Osons alors ce rapprochement <sup>8)</sup>:

- au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, la gestion des ouvriers par le contremaître, c’était l’affaire du seul contremaître, pas de l’entrepreneur (qui va pourtant très directement tirer profit de ce qu’auront fabriqué les travailleurs);

- au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle, le traitement des salariés du sous-traitant par le sous-traitant, c’est l’affaire du seul sous-traitant, pas du donneur d’ordre (qui va pourtant très directement tirer profit de ce qu’auront fabriqué les salariés du sous-traitant).

On devine où nous mène cette symétrie forcée: l’enjeu de cette loi ne serait-il pas un nouveau déplacement des frontières de l’entreprise valant intégration des sous-traitants? La comparaison semble artificielle – elle ne l’est pas, sitôt que l’on comprend que ce ne sont pas les sous-traitants en tant que tels que l’on cherche à intégrer (*i.e.* à protéger pour leurs conditions de travail) mais les salariés de ces sous-traitants. Autrement dit, nous sommes devant la perspective d’un nouvel élargissement des frontières de l’entreprise (*i.e.* du champ d’extension des responsabilités des instances sociétaires) au niveau du travail salarié. C’est bel et bien la poursuite de la tâche historique d’intégration du travail salarié – par une autre voie que le contrat de travail: en l’occurrence par une mutation du principe d’autonomie de la personne morale. C’est la deuxième raison.

## B. - En ce qui concerne le droit

**En une phrase:** Une telle loi ouvrirait une brèche historique dans le principe d’autonomie des personnes morales.

**Argumentaire:** Dans la tragédie de Rana Plaza, les instances sociétaires des entreprises donneuses d’ordre s’abritent derrière le principe – sacré! – de l’autonomie de la personne morale pour se dédouaner de toute responsabilité. Décidément, on en revient toujours à la question de l’indispensable distinction entre l’« entreprise » et la « société ». La pratique des affaires montre de multiples cas où la personnalité morale, du fait de son autonomie, est devenue une technique légale de contournement de... certaines contraintes légales, pesant sur l’activité de l’entreprise. Avec l’instauration d’un devoir de vigilance, évidemment, la société donneuse d’ordres ne serait plus tout à fait libre de son comportement – ni la société sous-traitante totalement maîtresse chez elle. Qu’est-ce qui peut justifier – au regard d’une théorie économique institutionnaliste de l’entreprise qui aurait conceptualisé la différence entreprise/société – cette brèche creusée à travers « l’écran » de la personne morale, en rupture avec une tradition juridique vénérable et fondamentale?

(4) Baudoin Roger (éd.), *L’Entreprise: formes de la propriété et responsabilités sociales*, Collège des Bernardins/Lethielleux, 2011.

(5) Au sens large de « parties au contrat de société »: ce qui dessine un collectif précis mais une organisation lâche (sauf certains moments exceptionnels: assemblée générale). Curieusement, l’entreprise c’est exactement l’inverse: un collectif imprécis mais une organisation consistante.

(6) Pour un effort de théorisation, v. O. Favereau « Société par nécessité, entreprise par convention » in B. Segrestin, B. Roger et S. Vernac (dir.), *L’Entreprise point aveugle du savoir*, éd. Sciences Humaines, 2014, p. 48-64.

(7) S. Jacoby, *Employing Bureaucracy: Managers, Unions and the Transformation of Work in American Industry. 1900-1945*, Columbia University Press, 1985.

(8) J’ai pris l’exemple des États-Unis. Il faudrait montrer que, sous des formes différentes, un processus similaire sur le fond était à l’œuvre dans les autres pays industriels.

Le premier argument ferait valoir le fait qu'après tout, il ne s'agit que des conditions de travail des salariés des sous-traitants – c'est pour leur bien que serait institutionnalisée cette relativisation du principe d'autonomie. Deux conséquences: d'une part, l'exception reste locale, d'autre part, elle concerne le travail, suggérant par là que, parmi les deux piliers juridiques de l'entreprise capitaliste, le contrat de société et le contrat de travail, le second se verrait reconnaître une sorte de prééminence sur le premier, lorsque la philosophie du premier met en péril la philosophie du second.

Un deuxième argument procède d'une réflexion générale sur la notion de personne, ce qui est pour le moins logique, puisque le problème vient de son extension des êtres en chair et en os à des êtres fictifs. Le droit est ici pris en flagrant délit d'une analogie partielle et partielle. Les sciences humaines et sociales ont abondamment montré qu'il n'est pas de personne concevable sans relation avec d'autres personnes. Ce qui est reconnu au niveau des personnes physiques ne devrait-il pas l'être également à celui des personnes morales – en ce sens que, dans certains cas tout au moins, certaines personnes morales ne pourraient perdurer dans leur être sans relation avec d'autres personnes (morales). Le principe d'autonomie de la personne morale devrait alors être adapté en conséquence. Cet argument peut être jugé excessivement philosophique, surtout par rapport au précédent. Je répondrais qu'au contraire, il a le mérite de révéler l'arrière-plan de l'argument précédent, puisque aussi bien ce dernier, si on se place au plus haut niveau d'abstraction, concerne, d'un point de vue normatif, les relations entre personnes morales (les sociétés concernées et également les États) et personnes physiques (en l'espèce, les humains que sont les salariés).

La conjonction de ces deux arguments va – j'élargis le sujet – dans le sens d'une réforme des dispositifs de gouvernance qui ne les limiterait plus aux seules instances élues par les actionnaires (parties au contrat de société), mais les étendrait aux représentants des salariés (y compris des représentants nommés par les centrales syndicales, comme en Allemagne). Bref, cette loi relève – sans le vouloir – d'une même approche de l'articulation société/entreprise que les systèmes dits de codétermination<sup>9</sup>.

### C. - En ce qui concerne le développement

**En une phrase:** Une telle loi serait la première pierre d'une approche inédite du co-développement, préservant le modèle social d'un pays industrialisé tout en tirant vers le haut les conditions de travail d'un pays en développement.

**Argumentaire:** Pour l'économiste adepte de la théorie des jeux, cette loi implique un jeu coopératif à quatre joueurs: bien sûr, les deux sociétés, dont il a été question jusqu'à présent, mais aussi deux États nationaux: un État supposé faible, celui du pays émergent (qui ne peut ren-

dre exécutoires des normes sociales exigeantes pour la société sous-traitante – sans oublier les autres normes de sécurité, liées au code de la construction) et un État supposé fort (ici l'État français, qui prendrait l'initiative d'imposer à ses sociétés donneuses d'ordre un devoir de vigilance, qu'elles n'adopteraient pas spontanément, dans une logique de concurrence mondiale par les prix). Peut-être serait-il plus exact de dire que ce jeu met aux prises deux couples État/société(s), l'un dans le monde développé et l'autre dans le monde en développement. Et l'on va montrer que ce jeu est un jeu coopératif « gagnant/gagnant ».

Examinons l'alternative, c'est-à-dire le *statu quo*: c'est la course vers le bas, presque assurée, pour tous les acteurs.

Commençons par les deux États nationaux. Ils sont largement hors-jeu, dans une position de spectateurs complaisants, peut-être inquiets – s'ils sont lucides: l'État national faible voit des emplois se multiplier chez lui, même s'ils ne contribuent pas à l'industrialisation de son économie<sup>10</sup>; l'État français note que ses entreprises ont trouvé un procédé, peu recommandable mais efficace dans l'immédiat, de soutenir la concurrence internationale, même s'il y a lieu d'avoir les plus grands doutes sur la pérennité de cette position concurrentielle, d'autant qu'à un autre niveau, elle fragilise implicitement le système de normes protectrices qu'on appellera le modèle social français, parce qu'il fait figure d'exception pénalisante sur l'espace mondial.

Passons du côté des acteurs, soit décideurs, soit directement concernés. S'agissant des sociétés, leur intérêt au *statu quo* – exprimé à travers celui de leurs dirigeants – est évident. Le sous-traitant enrichit ses dirigeants (jusqu'à la catastrophe) et la société donneuse d'ordre gagne de l'argent ou évite d'en perdre. Le divorce avec l'intérêt des salariés n'est pas flagrant: les salariés du sous-traitant courent les pires risques (mais ne sont-ils pas privilégiés du seul fait d'avoir un emploi?); ceux du donneur d'ordre se satisfont à court terme de ce que leur entreprise maintient sa position concurrentielle dans la guerre des prix.

Voilà un premier enseignement: le *statu quo* est solide, puisque nul n'a un intérêt assez puissant au changement. Il n'y a aucun facteur endogène d'apprentissage collectif pour améliorer la situation des salariés du sous-traitant... jusqu'à la catastrophe. Elle s'est produite. Se pose alors la question de la responsabilité des deux sociétés sur la dégradation des conditions de travail en sous-traitance – ce qui a fait l'objet des deux précédents niveaux d'argumentation.

L'élément nouveau est que les deux États nationaux sont contraints de sortir de leur passivité et de s'interroger sur la dynamique qui a conduit à la catastrophe, dans le contexte de la mondialisation: une défense hésitante (honteuse?) du modèle social national, d'un côté, une forme dérisoire et régressive d'industrialisation, de l'au-

(9) J.-L. Beffa et C. Clerc, « Les chances d'une codétermination à la française », Centre Cournot, Prisme n° 26, janv. 2013.

(10) A. Hatchuel, « Rana Plaza ou la mort de l'industrie », Le Monde, 25 mai 2013.

tre. Et l'instauration, par voie de *hard law*, du devoir de vigilance va créer les conditions minimales d'un jeu coopératif <sup>11</sup> entre tous les acteurs. C'est ce qu'il faut montrer maintenant.

D'abord, dans le pays émergent, le devoir nouveau de vigilance engage un processus de *upgrading* des conditions de travail (voici pour les salariés) sans que les sociétés concernées perdent leur marché auprès des donneurs d'ordre: au contraire, la relation commerciale rentre dans un cadre d'interaction durable du fait des audits, etc. (voici pour les dirigeants); elle renforce l'État faible et contribue à la mise en route d'une vraie logique industrielle, dans une démarche de rattrapage de l'écart avec les pays industriels.

Ensuite, dans le pays industriel, et ceci est peut-être le point le plus original et le moins aisément perceptible, le modèle social national est désormais protégé dans ce qu'il a de plus spécifique <sup>12</sup> (et vis-à-vis du type de concurrence le plus corrosif, centré sur la baisse des coûts ou des prix, plutôt que sur la qualité). On notera que cela concerne potentiellement tous les salariés; la société donneuse d'ordre voit probablement ses coûts augmenter, de même que les prix auxquels elle peut s'approvisionner auprès de ses fournisseurs. En sens inverse, dans le monde post-catastrophe, elle bénéficiera de conditions d'assurance plus avantageuses et d'un effet réputationnel dont l'ampleur dépendra de l'intelligence (et de la sincérité) de sa politique de communication auprès des consommateurs. Le bilan a toutes chances d'être équilibré. Et s'il ne l'était pas, il donnerait à l'État français une formidable carte à jouer auprès des organismes internationaux, pour

plaider en faveur de la généralisation du devoir de vigilance. Notamment, on ne devrait pas négliger l'appui collectif des pays les moins avancés, en faveur d'une manifestation aussi exemplaire d'une stratégie de co-développement.

\* \* \*

Pour finir, un élément de contexte: le 20 janvier dernier, s'est tenu au Collège de France le colloque conjoint de l'Organisation internationale du travail et du ministère du travail sur « Les nouveaux modes de production au niveau mondial ». On ne pouvait qu'être frappé par la polarisation des interventions, fort diverses, sur les « chaînes globales de valeur » et les « réseaux de production mondiale ». C'est éclairément l'arrière-plan et de la tragédie de Rana Plaza et de la loi qui nous intéresse ici. Or, du contraste entre les diverses interventions (françaises ou étrangères, académiques ou politiques, économiques ou managériales) de ce colloque, conclu par le ministre du travail, une leçon se dégageait, me semble-t-il: nous nous trouvons à la croisée des chemins, en matière d'institutionnalisation des relations économiques, dans la mondialisation: les uns plaident pour intensifier la marchandisation, au sens d'un traitement toujours plus appuyé sur des logiques de marché, les autres, au contraire, pour « re-densifier » à la fois les entreprises et les États, parce que les logiques de marché les ont dangereusement « allégés ». Cette proposition de loi s'inscrit résolument et hardiment dans cette seconde voie.

(11) Le jeu initial, avant la réforme, s'apparente au fameux dilemme du prisonnier.

(12) Je m'inscris ici dans la perspective du « trilemme » de D. Rodrik (*The globalization paradox: why global markets, states and democracy can't coexist*, Oxford University Press, 2011). Selon cette figure réputée de l'économie politique internationale, on ne peut avoir simultanément hyper-libéralisation, autonomie normative nationale et respect de la démocratie. Un de ces trois termes doit être sacrifié. Il convient selon lui de privilégier les deux derniers et de retrouver un minimum de sens critique – ou de bon sens – par rapport au premier. Cette loi rentrerait typiquement dans la famille des mécanismes qu'il recommande aujourd'hui.

# I La représentation des salariés aux conseils d'administration

## Enjeux, obstacles et préconisations

par Pierre-Yves Gomez

Professeur, directeur de l'Institut français de gouvernement des entreprises (IFGE), EM LYON Business School et Xavier Hollandts

Professeur associé, KEDGE, IFGE & CRCGM.

Chapô

### Introduction

La présence des salariés dans les instances de gouvernance de l'entreprise, et en particulier au conseil d'administration, fait l'objet de débats depuis l'origine du capitalisme. En effet, en confiant le pouvoir souverain aux seuls détenteurs des parts sociales, le droit moderne leur a conféré une position dominante dans les équilibres de gouvernance : ce sont eux qui, en dernier ressort, valident l'orientation de l'entreprise, légitiment le pouvoir exécutif et nomment les administrateurs assurant le pouvoir de surveillance<sup>1</sup>. Qu'en est-il dès lors de la représentation du travail dans les instances de gouvernance ?

Une place pour les représentants du travail dans le gouvernement d'entreprise a été revendiquée très tôt selon trois arguments. Premier argument, si l'entreprise organise la combinaison productive entre deux facteurs de production, le capital et le travail, les actionnaires détenteurs du capital sont injustement surreprésentés face au travail. Deuxième argument, l'assimilation de la propriété des titres, c'est-à-dire d'une partie du capital financier, à la propriété de l'entreprise est hautement problématique et donne aux actionnaires un pouvoir démesuré

comme le montrent les débats juridiques récents<sup>2</sup>. Troisième argument, la confusion entre le capital de l'entreprise et les actions devient obsolète dans l'économie contemporaine dite « de la connaissance », car le capital social et humain, détenu par ceux qui travaillent, est au moins aussi déterminant pour la pérennité de l'entreprise que le capital financier et technique<sup>3</sup>.

La diversité des modèles de gouvernance permet d'agencer de façon très différente la représentation du capital et du travail. Ainsi, l'Allemagne a choisi d'établir depuis la réforme de 1976, la parité entre représentants du travail et représentants du capital dans les conseils de surveillance des entreprises de plus de 2000 salariés. Aux États-Unis comme en Grande-Bretagne, la prise en compte des salariés passe avant tout par le développement de l'actionnariat salarié grâce aux ESOP (*employee stock ownership plan*) alors que la représentation des salariés dans les conseils des sociétés de capitaux est quasiment inexistante<sup>4</sup>.

La France se situe dans une position intermédiaire. Sans avoir défini une doctrine claire en la matière, la présence des administrateurs salariés s'est progressivement imposée dans les très grandes entreprises tout en demeurant inexistante dans les plus petites<sup>5</sup>. La loi n° 83-675

(1) P.-Y. Gomez, *Référentiel pour une gouvernance raisonnable des entreprises*, 2<sup>e</sup> éd., IFGE/MiddleNext, 2015, [www.ifge-online.org](http://www.ifge-online.org).

(2) J.-P. Robé, « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir », in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Collège des Bernardins, 2012.

(3) M. Blair, *Ownership and Control*, Brookings Institution Press, 1995.

(4) D. Kruse., R. Freeman et J. Blasi, *Shared Capitalism at Work*, Chicago University Press, 2010.

(5) En 2000, le Conseil économique et social avançait le chiffre d'au moins 400 représentants du personnel au CA ou CS pour 125 590 sociétés. Les données précises compilées par A. Conchon (*Les administrateurs salariés en France : contribution à une sociologie de la participation des salariés aux décisions de l'entreprise*, thèse de doctorat, CNAM, 2014) permettaient de mettre en évidence 542 mandats d'administrateurs salariés dans 160 grandes entreprises, cotées ou non (publiques). Les administrateurs salariés sont systématiquement absents de la gouvernance des PME françaises. Pour plus de précisions, v. A. Conchon et M.-N. Auberger (éd.), 2009, *Les administrateurs salariés et la gouvernance d'entreprise*, Doc. fr.

du 26 juillet 1983 impose la présence d'administrateurs représentants les salariés dans les conseils d'administration des anciennes entreprises publiques transformées en sociétés de capitaux (France Telecom, EDF, GDF Suez). Parallèlement, la loi n° 2006-1170 du 20 septembre 2006 a consacré une représentation obligatoire des *actionnaires salariés* au conseil d'administration des entreprises cotées dès lors qu'ils détiennent plus de 3 % du capital. La conjonction de ces deux phénomènes aboutit à une présence progressive des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance des plus grandes entreprises sans modifier la donne dans les plus petites, faute d'une loi-cadre.

La présence de salariés au conseil d'administration est pourtant considérée comme un élément de modernisation de la gouvernance comme le montre le rapport Gallois <sup>6</sup> suggérant de porter à quatre (ou un tiers des postes) les représentants des salariés dans les conseils des très grandes sociétés. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 a franchi un pas plus modeste en prévoyant la participation d'au moins un administrateur salarié dans toutes les entreprises de plus de 5 000 employés <sup>7</sup>. Ces évolutions par tâtonnements montrent que la France se caractérise par une absence de doctrine claire sur la place et le rôle des administrateurs salariés dans les instances de gouvernance des sociétés de capitaux. Le présent article propose de clarifier les enjeux théoriques et pratiques de la présence d'administrateurs salariés (I), de mettre en lumière la raison des résistances tant des entreprises et des syndicats que de la puissance publique et de suggérer des pistes pour une doctrine (II).

## I. - Clarification de la nature et du rôle des administrateurs salariés

La question qui se pose ici est de savoir en quoi la présence de salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance peut être source de progrès dans les *sociétés de capitaux*. En effet, il existe d'autres formes juridiques (SCOP ou sociétés mutualistes) dans lesquelles la représentation des salariés est déjà largement actée par les lois et par les faits. Or, le débat porte bien ici sur les sociétés de capitaux dans lesquelles le pouvoir souverain est confié aux actionnaires. C'est dans cette configuration que se pose aujourd'hui la question de la pertinence et des modalités de la représentation des salariés.

### A. - Les deux sources de légitimité de l'administrateur salarié

La difficulté à poser la question de la place des salariés dans les instances de gouvernance des entreprises de capitaux tient largement à une absence de précision quant à la légitimité d'une représentation des salariés. Deux sources sont envisageables: d'une part, la détention d'une part de capital par les salariés, d'autre part, la représentation du travail en tant que facteur de production.

#### 1. - Légitimité des salariés en tant qu'actionnaires

La façon la plus immédiate de légitimer la présence des salariés aux conseils d'administration peut être tirée de leur statut d'actionnaires. En effet, il est alors naturel que les salariés puissent prétendre jouer un rôle dans la gouvernance au même titre que les autres actionnaires. Cette perspective est à l'origine de la politique de participation mise en œuvre en France depuis l'ordonnance de 1959 ou des plans ESOP aux États-Unis suite à l'ERISA Act de 1974 <sup>8</sup>. Elle suppose que la conjugaison des intérêts du travail et du capital est d'autant mieux assurée que les travailleurs deviennent eux-mêmes capitalistes. En ce sens, les salariés intervenant au conseil d'administration sont des représentants des *actionnaires salariés*. Ils sont dans la même situation que les autres administrateurs nommés par les actionnaires.

Cette solution ne va pourtant pas de soi pour trois raisons. La première est d'ordre pratique: il faudrait des montants considérables de participation pour donner aux salariés un niveau de détention de capital à la hauteur de leur implication réelle dans l'entreprise en tant que travailleurs. En dehors des cas d'entreprises dans lesquelles les salariés ont pris une part majeure du capital (par exemple Bouygues avec 23,3 % du capital et 30,6 % des droits de vote) leur représentation en tant qu'actionnaires reste le plus souvent symbolique. Fin 2014, 25 entreprises du SBF120 disposent d'un actionnariat salarié dépassant le seuil des 3 %. Seulement 243 219 entreprises ont mis en place un plan d'épargne salariale sur 3,1 millions d'entreprises en France et à peine 10 % des entreprises de 1 à 49 salariés distribuent de l'épargne salariale contre plus de 80 % dans les entreprises de 1 000 salariés ou plus <sup>9</sup>.

La deuxième limite à l'actionnariat salarié tient au statut de minoritaires des salariés actionnaires. En leur ouvrant droit à un poste au conseil d'administration, on crée une inégalité au détriment des autres actionnaires minoritaires et donc une distorsion dans la logique de nomination des administrateurs par l'assemblée générale des actionnaires.

(6) L. Gallois, *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Doc. fr., 2012.

(7) La loi prévoit la présence d'administrateurs salariés, avec voix délibérative, aux conseils des grandes entreprises. Les sociétés concernées sont celles dont les effectifs totaux sont au moins égaux à 10 000 salariés dans le monde ou à 5 000 en France. Le nombre de représentants des salariés est égal à deux dans les entreprises qui comportent plus de 12 administrateurs et à un dans les autres cas. V., sur ce point, *Alternatives économiques* n° 329, nov. 2013, obs. P.-Y. Gomez.

(8) D. Kruse, R. Freeman et J. Blasi, *op. cit.*

(9) E. Amar, « Participation, intéressement et épargne salariale en 2009: un recul des montants distribués », *DARES Analyses*, n° 63.

Enfin, la troisième raison est la plus décisive car elle interroge la logique économique sous-jacente à la représentation des intérêts dans les conseils d'administration : en légitimant la présence des salariés par leur statut d'actionnaire (donc de détenteurs de créances sur le capital), on passe à côté de l'essentiel qui est le rôle du *travail* dans l'économie moderne. Une entreprise conjugue du capital et du travail et cette combinaison crée de la valeur. Ces deux facteurs ont au moins la même importance dans la combinaison productive. La question qui se pose est de donner accès aux salariés au conseil non parce qu'ils sont détenteurs de capital, mais du fait qu'ils sont représentants du travail. C'est ce que le modèle allemand de codetermination a réalisé depuis un demi-siècle <sup>10</sup>.

## 2. - Légitimité des salariés en tant que détenteurs de la force de travail

Il s'agit donc de considérer en quoi la représentation *du travail* dans les instances de gouvernance permet de servir l'intérêt social de l'entreprise. Cela suppose notamment que l'évolution des entreprises ait été telle qu'il ne va plus de soi de considérer que seuls les détenteurs de parts sociales sont les mieux à même d'assurer les conditions de pérennité et de développement de l'entreprise.

Un certain nombre d'arguments ont été apportés par la théorie économique récente. Une première famille d'arguments suggère une exigence liée à l'évolution du capital : la financiarisation qu'a connue l'économie a modifié profondément les relations entre les actionnaires et les entreprises. La forte liquidité des titres sur les marchés boursiers rend problématique la fidélité des actionnaires. Dès lors, la logique déterminée par les gains privés spéculatifs et court-termistes sur ces marchés l'emporte sur *l'affectio societatis* et la participation des actionnaires à un projet d'entreprise de long terme. En introduisant les intérêts du travail dans les instances de gouvernance, on y amène un contre-pouvoir et un élément stabilisateur <sup>11</sup>. Les administrateurs salariés *représentant le travail* contribuent à l'ouverture de la gouvernance à d'autres parties prenantes que les créanciers en capital pour échapper notamment à la logique financière que ceux-ci imposent à l'entreprise.

Une seconde famille d'arguments tient à la modification de la place du travail dans la production de valeur économique contemporaine. Plus se développe une économie de services, plus le rôle que joue le travail par rapport au capital devient prépondérant. Limiter l'entreprise à un ensemble de machines, « propriétés » des actionnaires et grâce auxquelles les salariés peuvent accomplir leur travail est désormais naïf. Ce sont les savoir-faire mais aussi les réseaux, les compétences et les attitudes développés par les salariés qui contribuent à maximiser la valeur créée. Même contractualisé avec l'entreprise,

l'usage réel de la force de travail est à la discrétion des salariés eux-mêmes. Deux économistes ont développé un modèle élégant mettant en évidence combien les véritables créanciers en capital de l'entreprise sont désormais les salariés <sup>12</sup>. Ils établissent ainsi leur légitimité à participer à la gouvernance des entreprises en tant que détenteurs de capitaux essentiels, en l'occurrence de « capital social » et de « capital humain ».

En résumé, il existe deux voies légitimant la présence d'administrateurs salariés et donc deux types d'administrateurs : d'une part, les administrateurs représentant les salariés qui sont actionnaires (d'autres administrateurs représentent d'autres catégories d'actionnaires); d'autre part, les administrateurs représentant le travail (quand d'autres administrateurs représentent le capital). La distinction de ces deux types d'administrateurs salariés est importante pour appréhender les enjeux économiques et sociaux sous-jacents. La loi de 2006 a encouragé la première catégorie, la loi de 2013 la seconde, ce qui montre que la doctrine publique n'est pas établie. Pour trancher, il reste à préciser quels seraient les apports spécifiques des salariés à l'intérêt social de l'entreprise lorsqu'ils exercent la fonction d'administrateurs.

## B. - Apports spécifiques d'un « administrateur salarié »

À la différence des administrateurs externes, dont les mérites sont régulièrement soulignés depuis le rapport Cadbury (1992), les administrateurs salariés ne peuvent être qualifiés ni d'externes ni d'indépendants du fait de la relation contractuelle et hiérarchique qu'ils entretiennent avec leur entreprise et ses dirigeants. Il s'agit donc de préciser en quoi ils contribuent à la qualité du gouvernement des entreprises. Dans un travail d'enquête, l'Institut français de gouvernement des entreprises a mis en évidence l'apport de ces administrateurs sur trois dimensions particulières : la mémoire de l'entreprise, la connaissance interne et la défense de sa pérennité (IFGE 2005).

### 1. - Mémoire de l'entreprise

Fort de leur connaissance approfondie des réalités concrètes du travail des salariés, les administrateurs salariés sont les experts de l'interne. À ce titre, ils sont susceptibles d'éclairer les travaux du conseil par leur connaissance de l'histoire de l'entreprise, de ses succès et ses échecs passés, de sa culture ou encore des éléments intangibles mais essentiels à la mise en perspective des orientations générales évoquées en Conseil. Alors que les administrateurs externes peuvent n'avoir, par nature, qu'une connaissance de court terme de l'entreprise ou une connaissance « historiographiée » par le discours officiel, les salariés rendent compte de ce que la culture d'entreprise a retenu des décisions passées et comment elle pourrait interpréter les décisions présentes. La mise en œuvre

(10) P.-Y. Gomez et P. Wirtz, « Institutionnalisation des régimes de gouvernance et rôle des institutions-socles : le cas de la cogestion allemande », *Économies et Sociétés* juill. 2008, p. 31 s., Série K, 19.

(11) P.-Y. Gomez, *Le travail invisible*, François Bourin Éditeur, 2013.

(12) R. Rajan et L. Zingales, « Power in a Theory of the Firm : Quarterly Journal of Economics », 1998, vol. 113, n° 2, p. 387-432.



de stratégie peut alors tenir compte de ce terreau mémoriel et s'en trouver plus efficace.

### 2.- Une connaissance fine des conditions de faisabilité d'une stratégie

Les administrateurs salariés ont la capacité de mettre les considérations opérationnelles au cœur des débats du conseil d'administration. La recherche en stratégie montre qu'entre la définition du plan stratégique et sa mise en œuvre concrète, un fossé important peut se creuser<sup>13</sup>. L'écart entre stratégie projetée et stratégie réalisée est souvent dû à la méconnaissance des rouages internes de l'organisation, notamment par des dirigeants et/ou des administrateurs qui conçoivent la stratégie de l'entreprise sans réelle connexion avec sa réalité pratique. De ce point de vue, la présence de salariés au conseil apporte un éclairage important sur la faisabilité concrète des stratégies évoquées et la manière dont elle pourrait être mise en œuvre. En mettant le *travail* au sein des débats stratégiques, les administrateurs salariés contribuent à rééquilibrer les échanges autour d'une meilleure prise en compte de la faisabilité opérationnelle des orientations stratégiques.

### 3. - Les administrateurs salariés participent à la pérennité de l'entreprise

Les administrateurs salariés apparaissent comme des garants de la pérennité de l'entreprise parce qu'il en va évidemment de leur intérêt propre mais également de leur intérêt collectif. Les salariés supportent un double risque majeur, qui est celui de perte en capital humain et parfois en capital financier (quand ils sont actionnaires). Leur perte en « capital humain et social » (réseaux d'affaires, savoir-faire, compétences) peut résulter de mauvaises stratégies, d'absence de mise en œuvre adéquate ou d'anticipation de la part des dirigeants. Les salariés assumant ainsi un niveau de risque spécifique très élevé bénéficient de ce fait d'incitations très fortes à pérenniser la société, afin de garantir non seulement leur emploi mais aussi la valeur de leur capital (humain et éventuellement financier).

Dès lors, on peut considérer que les administrateurs salariés ont rationnellement intérêt à exercer au mieux leur mandat d'administrateur car ils disposent alors d'une possibilité d'influencer les choix stratégiques qui conditionnent à terme le niveau d'emploi, de salaire et la valeur de l'entreprise<sup>14</sup>. Cela se vérifie notamment à l'occasion

de certains événements très spécifiques tels que les offres publiques d'achat (OPA). Ces opérations, classiquement associées à des changements de périmètre et d'activités, impliquent souvent des plans de réduction d'effectifs ou des cessions d'actifs. Les administrateurs salariés peuvent aider à repousser les OPA hostiles<sup>15</sup> en contrepartie d'un maintien des emplois et des salaires<sup>16</sup>.

Complémentaires des administrateurs externes, les administrateurs salariés sont en mesure de focaliser l'attention du conseil sur le développement soutenable de l'entreprise, tout en assurant par leur participation éventuelle au capital, une plus grande stabilité actionnariale. Pourtant, alors que le rapport Gallois (2012) mettait en avant la nécessité de refonder une gouvernance d'entreprise à la française associant plus fortement les salariés<sup>17</sup> et qu'une faible partie de ces propositions ont été reprises dans la loi du 14 juin 2013, pourquoi les entreprises accueillant des administrateurs salariés sont-elles aussi peu nombreuses? Si leur apport semble évident, pourquoi la représentation des salariés ne s'est-elle pas plus développée au cours des années récentes?

## II. - Obstacles et voies de réformes

Trois obstacles de nature différente se présentent : le premier tient à des représentations erronées du rôle du conseil d'administration et des représentants des salariés ; le deuxième à une confusion entre la défense des salariés et la représentation du travail dans les instances de gouvernance ; le troisième obstacle est lié à l'absence d'une politique publique claire et cohérente fondée sur une doctrine. Après avoir examiné ces obstacles, nous pourrions suggérer six voies de réforme pour les années à venir.

### A. - Obstacles à la diffusion des administrateurs salariés

#### 1. - Deux préjugés sur les administrateurs salariés

Deux préjugés servent d'arguments contre la présence de salariés au conseil d'administration. Le premier tient au rôle au conseil d'administration dans la gouvernance française. Le second concerne la supposée schizophrénie incapacitante que subiraient les administrateurs salariés.

En droit français, le conseil d'administration doit s'assurer de la poursuite de *l'intérêt social* de l'entreprise, qui ne se résume pas à celui des actionnaires<sup>18</sup>. Depuis la loi

(13) H. Mintzberg, *Grandeur et décadence de la planification stratégique*, Dunod, 1994.

(14) M. Blair, D. Kruse et J. Blasi, « Employee Ownership : an Unstable Form or A Stabilizing Force », in M. Blair and T. Kochan (eds), *The New Relationship: Human Capital in the American Corporation*, Brookings Institution Press, 2000.

(15) E. Ginglinger, W. Megginson et T. Waxin, « Employee ownership, board representation and corporate financial policies », *Journal of Corporate Finance*, 2011, vol. 17, n° 4, p. 868-887.

(16) X. Hollandts et Z. Guedri, « Les salariés capitalistes et la performance de l'entreprise », *Rev. fr. gestion*, 2008, n° 183, p. 35-50.

(17) Certains commentateurs évoquaient même les premiers éléments d'un modèle français de codétermination <http://business.lesechos.fr/directions-ressources-humaines/partenaire/des-salaries-au-conseil-d-administration-un-pas-vers-la-cogestion-7852.php>

(18) P.-Y. Gomez et H. Korine, *L'entreprise dans la démocratie : une théorie politique du gouvernement des entreprises*, De Boeck, 2009 ; v. aussi V. Chassagnon et X. Hollandts, « Who are the owners of the firm : Shareholders, Employees or No-one ? », *Journal of Institutional Economics*, 2014, vol. 10, n° 1, p. 47-69.

du 4 août 2008, les administrateurs ne sont même pas nécessairement détenteurs de parts sociales. Or, il est fréquemment argué que le rôle du conseil est de représenter l'actionnariat notamment par mimétisme avec le droit anglo-saxon. Ce faisant, on admet difficilement la présence d'autres parties prenantes, en particulier celle d'administrateurs salariés qui contredirait ce principe général. À ce titre, la loi de décembre 2006 entretient cette ambiguïté en justifiant la présence d'actionnaires salariés au conseil, non pas au titre de la représentation du travail évoquée plus haut mais au motif de la représentation d'un actionnariat particulier avec des modes de désignation spécifiques. Il en résulte que les administrateurs salariés ont souvent été perçus comme des administrateurs de second rang, dont la légitimité ne procédait au fond pas d'un choix souverain des actionnaires mais résultait de l'application de dispositions législatives et réglementaires contraignantes. Il convient de souligner que cette représentation discriminante repose sur une conception fautive du conseil. Dès lors qu'il est clair que le rôle du conseil est d'assumer l'intérêt social de l'entreprise, l'administrateur salarié a toute sa place dans cette instance (comme d'ailleurs d'autres parties prenantes) <sup>19</sup>.

Second préjugé, les administrateurs salariés seraient placés dans une position intenable, tiraillés, entre l'intérêt social de l'entreprise et l'intérêt « corporatiste » des salariés. La défense de l'emploi viendrait, en particulier, contredire une sereine appréciation des situations économiques et biaiserait leur jugement. Il est courant d'invoquer alors une « schizophrénie » des représentants des salariés. Cette critique n'est pas infondée. Il est clair qu'un administrateur salarié représentant le travail est en situation de dilemme lorsque la sauvegarde de l'intérêt social passe par la destruction d'emplois ou la compression des coûts salariaux.

Néanmoins, elle mérite d'être doublement nuancée. Première nuance, la plupart des décisions stratégiques comportent des dilemmes et contredisent des intérêts privés. Ainsi, un dirigeant peut mettre en œuvre une stratégie qui met en cause, à terme, ses propres compétences; un actionnaire peut avoir à décider la vente d'une partie des actifs de l'entreprise et donc la diminution provisoire de la valeur actionnariale. Considérer que seul l'administrateur salarié est soumis à de tels dilemmes au point de le menacer de schizophrénie, c'est poser comme postulat que, seul parmi les administrateurs, il ne peut faire la part des choses et dégager l'intérêt social de l'intérêt particulier.

Deuxième nuance, la destruction d'emplois ou la compression des coûts salariaux sont des solutions économiques parmi d'autres et qui restent plutôt exceptionnelles. En temps normal, le propre d'une entreprise est de

créer et de développer l'emploi. Affirmer qu'il est incapable de statuer sur une politique récessive en matière d'emploi quand la situation l'exige supposerait que, de la même façon, un administrateur serait tout aussi incapable de prendre une décision sereine impliquant la diminution temporaire des dividendes si les nécessités économiques l'imposaient. On ne peut prêter les qualités de discernement aux uns que l'on refuse aux autres. À cet égard, le témoignage de Pierre Alanche <sup>20</sup>, administrateur salarié de Renault, sur la douloureuse décision de fermeture de Vilvoorde qu'il a approuvée en Conseil, témoigne de la capacité d'abstraction des intérêts catégoriels par les administrateurs salariés.

Remarquons enfin que, du fait même qu'il représente le travail, l'administrateur salarié peut contribuer à suggérer, lors des discussions en temps de crise, des solutions notamment en matière d'emploi, que d'autres administrateurs pourraient ne pas considérer. C'est toute la richesse d'un Conseil invitant des administrateurs d'horizons différents.

Les arguments précédents se réfèrent, on le voit, à des préjugés d'incapacité frappant les salariés dont il faut chercher l'origine davantage dans des blocages idéologiques que dans la réalité des pratiques. Mais ces blocages idéologiques sont aussi le fait des organisations de salariés.

## 2. - Ambiguïté de la posture syndicale

Du point de vue des organisations syndicales, la présence d'administrateurs salariés est assez peu revendiquée, même si on constate que, dans la pratique, on retrouve tous les syndicats parmi les administrateurs salariés actuellement en poste <sup>21</sup>. Cette réticence à l'encontre de la participation à la gouvernance peut résulter d'une tradition marxienne ancrée dans le syndicalisme français qui raisonne plus volontiers en termes de luttes et d'opposition frontale que de consensus et de participation à la gestion <sup>22</sup>. Être membre du Conseil d'administration, c'est être contraint d'accepter des politiques économiques ou sociales *en tant qu'administrateur* que l'on refuse *en tant que syndicaliste*. On retrouve ainsi, en miroir, l'argument de la « schizophrénie ».

Or cet argument repose, ici encore sur une confusion des genres. Le rôle des administrateurs salariés n'est pas de *défendre* l'emploi ou les salaires. Il est de *représenter* le travail au moment où se prennent les décisions stratégiques. *Représenter* le travail signifie que l'on prenne en considération la logique de ce facteur de production, sa situation, son état d'esprit, ses attentes et ses compétences – comme on prend aussi en considération la logique du capital – de manière à élaborer les décisions dans l'intérêt social de l'entreprise. *Défendre* l'emploi ou les salaires

(19) Le code Middenext qui est le plus utilisé par les entreprises françaises cotées stipule que le conseil assume « l'intérêt général de l'entreprise » (v. *Référentiel pour une gouvernance raisonnable*, Gomez, 2015, sur lequel a été bâti ce code de gouvernance).

(20) P. Alanche, *Renault côté cour. Un salarié au conseil d'administration*, Éditions de l'Atelier, 2007.

(21) Pour le SBF120, CGT : 12 ; CGC : 8 ; CFDT : 7 ; FO : 5 ; SUD, UNSA et CFTC : 1 chacun.

(22) Pour une comparaison avec l'Allemagne, v. M. Albert, *Capitalisme contre Capitalisme*, Seuil, 1991.

suppose une autre démarche et un rôle différent qui incombe à juste titre aux organisations syndicales : dans la relation salariale contractuelle, il s'agit de veiller aux termes du contrat, de faire pression pour optimiser le partage de la valeur ajoutée en faveur des salariés et de négocier en ce sens.

Ces deux fonctions sont importantes mais c'est à tort qu'on les confond. Certes, l'ambiguïté a été entretenue par le fait que nombre d'administrateurs salariés sont syndiqués pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons. Pourtant, *en tant qu'administrateurs salariés*, ils n'agissent pas en lieu et place du syndicat auquel ils adhèrent (et s'ils le font, ce qui arrive, c'est par erreur de compréhension de leur fonction). Ils sont des administrateurs représentant le travail et (éventuellement) soutenus par un syndicat de salariés. Cette distinction des genres est essentielle tant pour clarifier la fonction spécifique de l'administrateur salarié *dans la représentation du travail* que le rôle important des syndicats dans la *défense des intérêts des salariés*.

### 3. - Une politique publique versatile

Le troisième obstacle à la diffusion d'une représentation du travail dans les instances de gouvernance est dû aux attermolements de la politique publique en la matière. Alors que les pouvoirs publics allemands ont tranché depuis 1976 et organisé une gouvernance paritaire entre salariés et actionnaires, le droit français n'a jamais choisi entre deux options possibles : la première consiste à distinguer *deux* instances dans la gouvernance de l'entreprise, l'une représentant le travail, l'autre le capital. La deuxième est de combiner *en une seule instance*, les deux représentations.

La première option a été privilégiée par les lois Auroux de 1982. Celles-ci ont établi le comité d'entreprise (CE) comme un lieu de contre-pouvoir face au conseil d'administration (CA). Par la suite la législation est allée dans le sens d'un renforcement du rôle économique du comité d'entreprise, jusqu'au nouvel article L. 2323-7-1 du Code du travail qui prévoit la consultation annuelle du CE sur les orientations stratégiques de l'entreprise. Selon cette option, la gouvernance à la française se fonderait finalement sur un « bicamérisme »<sup>23</sup> : au CE est représenté le travail, au CA le capital. Le chef d'entreprise qui préside l'une et l'autre des instances est supposé faire la synthèse.

Mais parallèlement, une deuxième option a été encouragée : la présence d'administrateurs salariés au sein du conseil d'administration en considérant celui-ci comme l'organe de gouvernance suprême dans lequel siègent les représentants du travail comme ceux du capital. Les lois de 1993, 1994, 2006 et 2013 sont allées dans ce sens.

En ne tranchant jamais clairement pour l'une ou l'autre des deux solutions, le législateur a entretenu le flou sur le statut de l'administrateur salarié. On se retrouve

désormais avec un comité d'entreprise (composé de salariés) concurrent du conseil d'administration dans lequel siègent parfois... des salariés. L'ambiguïté a été patente dès la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 qui stipule que deux à quatre membres du CE sont systématiquement invités au CA, avec voix consultative (C. trav., art. L. 2323-62). Pour beaucoup d'acteurs de la gouvernance, ces membres invités sont assimilés à des administrateurs salariés, ce qu'ils ne sont en aucune manière (les administrateurs salariés sont administrateurs à part entière, avec voix délibérative, et soumis aux mêmes devoirs que les autres administrateurs).

Il résulte de ce manque de clarté juridique une double résistance, du patronat et des syndicats, au développement des administrateurs salariés. Les uns affirment que ce serait accroître encore le rôle du CE et le poids des salariés dans la gouvernance ; les autres considèrent que c'est prendre en otage les salariés au sein des Conseils alors que la distinction des postures entre CE et CA permet la logique d'affrontement dans laquelle les syndicats sont plus à l'aise. Au total, il existe un consensus objectif et généralisé auquel le législateur lui-même a contribué pour que la situation n'évolue que modérément. C'est pourquoi il importe de clarifier les voies d'une réforme authentique donnant toute leur place aux administrateurs salariés.

### B. - Voies d'une réforme de la gouvernance : six préconisations

Les éléments présentés précédemment portent à la fois sur la nécessité d'encourager la représentation des salariés dans les instances de gouvernance et les obstacles qui s'y opposent. Nous pouvons dégager, dans les lignes qui suivent six préconisations pour lever ces obstacles et mieux dessiner une gouvernance intégrant la représentation du travail.

**Première préconisation :** distinguer représentation du travail et défense du contrat salarial. Comme nous l'avons évoqué, les administrateurs salariés représentent le travail qui, articulé au capital, détermine la création de valeur économique. La défense des intérêts contractuels des salariés revient aux organisations syndicales et leurs représentants, qui disposent en droit français des prérogatives pour participer aux négociations en ce sens. En revanche, la représentation du travail, en tant que facteur de production *per se*, doit être établie par la loi.

**Deuxième préconisation :** trancher en faveur du CA. La confusion avec les représentants du CE « invités » au CA mais qui n'ont pas de voix délibérative et ne comptent pas parmi les administrateurs nuit à la lisibilité et à la posture des administrateurs salariés. Il convient dès lors de faire jouer au CE le rôle d'espace de délibération sur le travail, sa qualité et son évolution

(23) V. à ce sujet les propositions de I. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ?*, PUF, 2012.

et au CA, d'espace de délibération sur la stratégie de l'entreprise à la définition de laquelle des représentants du travail sont légitimement associés en tant qu'administrateurs à part entière. On suggère donc d'inverser la formule actuelle en invitant des administrateurs au CE et en abrogeant la disposition invitant des membres du CE au conseil d'administration. On établirait clairement le CA comme instance suprême de choix et de contrôle des stratégies auxquels les salariés participent naturellement par leurs administrateurs.

**Troisième préconisation :** définir une masse critique d'administrateurs salariés dans les conseils. Comme le suggère le rapport Gallois (2012), les représentants du travail doivent détenir au moins 30 % des postes d'administrateurs. Un nombre trop faible de mandats ne rend pas justice à l'importance du facteur travail dans la création de valeur. Il ne permet pas une prise de parole équilibrée et met les administrateurs salariés en situation de faiblesse. En revanche, une représentation trop élevée des salariés, en leur conférant une influence excessive, peut nuire à d'autres parties prenantes. Un double élargissement de la loi de 2013 est donc souhaitable : d'une part, en fixant à 30 % le nombre d'administrateurs salariés dans les Conseils selon les recommandations Gallois sur la compétitivité ; d'autre part, en élargissant la base d'entreprises concernées qui passerait de 5 000 à 2 000 salariés, sur le modèle allemand.

**Quatrième préconisation :** créer une association professionnelle d'administrateurs salariés. L'appartenance d'un administrateur salarié à un syndicat est souvent nécessaire pour l'aider dans sa posture et sa prise de parole. Les Conseils de grandes entreprises sont dominés par des administrateurs dont l'origine sociologique et le parcours professionnel procurent une position de domination culturelle : ils connaissent les codes sociaux, ont l'habitude du commandement et entretiennent entre eux des relations sociales étroites. L'expérience montre que l'administrateur salarié est le plus souvent « hors-jeu » et qu'il lui est nécessaire de s'appuyer sur la reconnaissance syndicale pour assurer sa propre posture. Or, nous avons vu que cela était préjudiciable à la distinction nécessaire entre représentation du travail et défense du rapport salarial. C'est pourquoi il convient de fonder une « association professionnelle des administrateurs salariés », leur permettant de promouvoir leur fonction, de définir des postures, des chartes, des formations ou des profils, indépendamment à la fois de l'entreprise et des organisations syndicales – la liberté individuelle de se syndiquer restant sauve.

**Cinquième préconisation :** définir la place du mandat d'administrateur dans le cursus professionnel. Le mandat d'administrateur intervient nécessairement comme une rupture dans le parcours professionnel classique. Les administrateurs salariés poursuivent leur

activité pendant l'exercice de leur fonction mais la question délicate de leur affectation se pose au terme de celui-ci. La connaissance acquise sur l'entreprise et ses dirigeants, les informations obtenues sur des sujets stratégiques rendent délicat le retour à certains postes de travail. La gestion d'un éventuel départ du salarié de l'entreprise après son mandat doit être aussi abordée. En sens inverse, la compétence obtenue durant le mandat doit être valorisée par l'entreprise. Il convient donc de définir des parcours professionnels comprenant l'exercice du mandat d'administrateur. Sous la responsabilité de la direction des ressources humaines des entreprises concernées, ce dernier doit être clarifié comme moment d'une carrière, ce qui augmenterait sa visibilité auprès des salariés.

**Sixième préconisation :** une formation adaptée. La formation des administrateurs salariés a sans doute des points communs avec celle des autres administrateurs mais elle a aussi ses spécificités. Elle doit comporter en particulier une dimension forte sur la signification et le périmètre de la représentation du travail. D'autre part, une réflexion sur la « posture » de l'administrateur salarié, dans le contexte sociologique très particulier dont il a déjà été question précédemment, s'avère indispensable. Il convient que l'association professionnelle dont nous avons suggéré la création assure la maîtrise d'œuvre de cette formation.

Les préconisations que nous formulons doivent avant tout permettre de faire évoluer les mentalités et les représentations des acteurs de la gouvernance afin que la représentation du travail soit mieux acceptée et puisse (enfin) apparaître comme un atout de la gouvernance des entreprises françaises. La démocratisation de la société autant que les nouvelles données de l'économie post-industrielle conduisent à interroger une gouvernance d'entreprise dominée par la représentation du capital vieille de trois siècles. La montée en puissance progressive d'une représentation du *travail* au sein du conseil d'administration ou de surveillance semble inexorable. Elle constituera sans doute la plus immédiate et la plus profonde réforme du capitalisme français. Encore faut-il que le législateur en ait conscience. Les préconisations contenues dans le rapport Gallois, partiellement traduites dans la loi de 2013 semblent dessiner les contours d'une nouvelle gouvernance, associant plus fortement le travail à l'intérêt social de l'entreprise au moment des prises de décisions stratégiques. Mais la loi est encore trop en retrait par rapport à l'urgence de la situation. Dans un monde dont on nous assure qu'il est en mutation, et en mutation rapide, il serait déplorable que seule la gouvernance des entreprises évolue lentement, sans grand dessein et sans ambition. Que des résistances et des obstacles existent, nous les avons repérés et ils sont inhérents à un système qui doit se transformer. C'est désormais au législateur d'en prendre la responsabilité.