

prévu l'instauration d'un délai permettant aux salariés de proposer une offre de rachat à l'occasion d'une cession de contrôle selon des modalités variables en fonction de la présence d'un comité social et économique⁸.

C'est dire que, sans que la systématisation soit rigoureuse, le contrat de partage est effectivement conçu comme une opération relevant du droit des sociétés commerciales par son objet, la « plus-value », au voisinage des droits sociaux eux-mêmes directement visés par le mécanisme de la loi *ESS*. La plus-value de cession se trouve ici analysée comme résultant directement, au moins en partie, de l'activité salariée là où la loi *ESS* avait retenu, selon une autre perspective, l'attribution possible de la « propriété de l'entreprise » au salarié⁹.

En définitive, si le législateur peut admettre que les salariés sont à l'origine de la plus-value, ceux-ci demeurent étrangers au pacte social tel qu'il résulte de l'article 1832 du Code civil de sorte que l'accès par les salariés à la plus-value appelle une construction technique dont les fondements en termes de politique juridique ne sont pas dénués d'ambiguïté. Au fond, l'incertitude consiste à savoir si l'on entreprend de développer l'association du capital et du travail dans l'intérêt du capital ou dans celui du travail. Cette ambiguïté, qui pouvait déjà être observée au titre de l'offre de reprise émanant des salariés, se retrouve à la lecture des travaux parlementaires au gré des sensibilités politiques des intervenants¹⁰ : pour le dire vite, s'agit-il, à droite, de favoriser le capital-investissement ou des pratiques de long terme donnant une bonne image des gestionnaires d'actifs ? Ou bien s'agit-il, à gauche, de compenser sur le terrain de l'épargne salariale le mouvement décrit comme inexorable de transfert de la plus-value du travail vers le capital ?

Il est très probablement impossible d'en lever l'ambiguïté congénitale sans sombrer dans l'idéologie, et l'on souhaiterait ici se limiter, de façon beaucoup plus modeste, à réaliser une analyse de cette figure nouvelle par croisement des deux domaines qu'elle articule – droit des sociétés et droit du travail. Si le législateur s'est efforcé d'inciter au recours au contrat de partage par l'instauration d'éléments d'attractivité dans son régime (II), on ne saurait faire l'économie d'une réflexion préalable sur l'originalité de cette figure iné-

dite de répartition de la plus-value entre capital et travail (I).

I. La figure du contrat de partage

L'articulation du contrat individuel de travail et du contrat de société soulève un problème difficilement surmontable. Si, sauf situations d'exception liées à l'impossibilité de caractériser un lien de subordination¹¹, les qualités d'associé et de salarié ne sont pas incompatibles, elles n'en demeurent pas moins fondamentalement distinctes tant par leur enjeu économique que par leur critère, de sorte que, lorsqu'elles trouvent à coïncider en une même personne, « il s'agit bien d'une juxtaposition et non d'un alliage, c'est-à-dire d'une addition du statut d'associé à celui de salarié ou réciproquement ; les catégories se mélangent, sans se fondre »¹². Cette distinction traditionnelle a toutefois tendance à masquer certaines proximités entre l'associé et le salarié qui, si elles n'apparaissent pas toujours clairement sur le terrain juridique, sont davantage mises en lumière par une simple observation d'ordre sociologique, en particulier en ce que le contrat de travail et le contrat de société marquent chacun l'entrée du contractant dans une communauté, soumise à des règles collectives propres. Ces deux communautés n'étant pas « fondues » dans une moule juridique d'ensemble, le législateur multiplie les techniques pour tenter de le mettre en relation, sans toujours parvenir à une grande cohérence d'ensemble¹³.

Bien entendu, la création du contrat de partage n'avait pas pour objet impossible la fusion des deux catégories de salarié et d'associé, pas plus que les précédentes techniques utilisées par le législateur pour développer l'épargne salariale et la participation des salariés aux résultats de l'entreprise¹⁴.

Elle vient cependant ajouter une nouvelle pierre non dénuée d'originalité à cette construction. Cette originalité consiste en l'instauration d'un mécanisme complexe à analyser sur le terrain du droit des obligations (A) au service d'une redistribution aux salariés d'une partie du bénéfice social ayant augmenté la valeur des droits des associés (B).

8 Couret A. et Delage V., *in* JCP E 2014, 1434 ; v. égal., Dossier ANSA n° 14-062 et 15-011 (cession d'une participation minoritaire faisant franchir le seuil de 50 % du capital) ; Dossier ANSA n° 15-031 (application lorsque le cédant et/ou l'acquéreur sont non-résidents).

9 L'idée de propriété appliquée à l'entreprise est subsumée par l'approximation du titre du chapitre X, qui traite de « l'information des salariés en cas de vente de leur société ».

10 En particulier, lors de la séance du 6 décembre 2019, les interventions relatives à l'amendement n° 910 de M^{me} Agnès Pannier-Runacher, secrétaire d'État et de M. Fabien Gay.

11 Outre les difficultés soulevées par les hypothèses d'associé commerçant, c'est la situation de l'associé majoritaire qui exclut la qualification de salarié. On se limitera ici à renvoyer à la consultation des ouvrages généraux sur ces différentes questions.

12 Cozian M., Viandier A. et Deboissy F., *Droit des sociétés*, 32^e éd., 2019, LexisNexis, p. 492, n° 1195.

13 Auzero G., « La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur », *BJT* déc. 2019, n° 112n1, p. 76.

14 Qu'il s'agisse de l'intéressement ou des sommes versées par le biais d'un PEE. Pour un exposé élémentaire de ces mécanismes, Cozian M., Viandier A. et Deboissy F., *Droit des sociétés*, 32^e éd., 2019, LexisNexis, p. 493-495, n° 1201-1208.

A. De l'engagement au contrat : une stipulation pour autrui spéciale

Sur le terrain du droit des obligations, le contrat de partage a été conceptualisé par le législateur de façon peu heureuse autour de la distinction entre l'« engagement » pris par l'associé envers les salariés et le « contrat » conclu avec la société. En vérité, ainsi que l'on va y revenir, moins qu'une tentative maladroite de faire découler un contrat d'un engagement unilatéral¹⁵, voire d'un engagement quasi-contractuel¹⁶, la terminologie utilisée traduit approximativement l'identification de la partie à l'initiative du contrat unilatéral à conclure, qui n'appartient qu'à l'associé ou au groupe d'associés qui cèdent leurs titres. L'engagement se présente comme l'initiative à la conclusion d'un nouveau type de contrat qui n'est lui-même que l'accessoire d'une opération portant sur des droits sociaux. La conclusion du contrat de partage procède d'une pure faculté réservée aux associés de s'obliger, envers les salariés, par la conclusion d'un contrat unilatéral avec la société, contrat dont résultera, ensuite, un engagement à la charge de la société de reverser la plus-value aux salariés.

Ainsi décrit, le contrat de partage soulève deux interrogations d'ordre général. La première consiste à identifier à l'occasion de quel type d'opération un contrat de partage peut être conclu. De quoi est-il l'accessoire ? L'article 23-11-1 vise en effet de façon énigmatique l'engagement d'un détenteur de titres « de partager avec eux une partie de la plus-value de cession ou de rachat de ses titres au jour où il en cédera ou rachètera tout ou partie ». Cette rédaction particulièrement malheureuse suscite une incertitude : le législateur a-t-il entendu viser, au-delà de la cession, le rachat de titres par un détenteur de titres ou, simplement, le rachat de titres de l'un des associés ? La tournure active induite par les mots « le jour où il cédera ou rachètera les titres » conforte une lecture du texte sans objet : quelle plus-value pourrait être dégagée par un cessionnaire le jour du rachat ? En vérité, les rachats en cause sont ceux des titres de celui qui s'engage à céder la plus-value, dans des hypothèses qui peuvent très certainement être variées : exclusion, retrait consécutif à un refus d'agrément... En somme, compte tenu de l'objet du contrat de partage, le texte vise le versement de la plus-value de cession ou de rachat de ses titres par un associé « le jour où il les cédera ou le

jour où ceux-ci lui seront rachetés ». Cette interprétation s'impose logiquement et se trouve confortée par l'exposé de l'amendement¹⁷ ayant introduit le contrat de partage dans le projet de loi Pacte, qui visait bien les opérations de cession de droits sociaux.

La seconde interrogation provient de ce que, comme contrat, le contrat de partage implique une pluralité de parties qui invite à déterminer l'autre partie au contrat. Négativement, seuls s'engagent les détenteurs de titres qui en manifestent la volonté. Comme l'énonce nettement l'article L. 23-11-1, alinéa 3, seconde phrase, le contrat ne crée pas d'obligations pour les détenteurs de titres qui ne sont pas partie à l'engagement¹⁸. Outre le caractère largement hésitant de la formulation qui vient probablement, pour son auteur anonyme au cœur du « paquebot » de Bercy, distinguer contrat et engagement pour séparer la démarche du détenteur de titre de son aboutissement dans la conclusion d'un contrat, on pourrait juger cette précision largement superflue, pure application du principe de relativité des conventions. En vérité, il n'en est rien car c'est le législateur lui-même qui peine à identifier *positivement* l'autre partie au contrat. S'il est précisé par la première phrase de la même disposition qu'il n'y a pas de solidarité entre le détenteur de titres partie au contrat de partage et la société dont les titres sont cédés, quelle est, en vérité, l'autre partie au contrat ? S'agit-il des salariés envers lesquels l'engagement est pris, à suivre la lettre de l'article 23-11-1, ou de la société agissant en définitive pour compte d'autrui ?

L'hésitation semble permise car elle invite à conjuguer la lecture de différentes dispositions à la rédaction largement défectueuse, pour en préciser l'articulation. Au sens de l'article L. 23-11-2, 1°, du Code de commerce, « l'engagement de partage est constaté dans un contrat conclu entre tout détenteur de titres et la société concernée qui s'engage à transférer aux salariés concernés le montant résultant de l'engagement de partage », l'alinéa 3 précisant encore que « le contrat de partage des plus-values a pour objet de définir les conditions et modalités de la répartition entre les salariés des sommes résultant de l'engagement ». Mérite encore d'être cités l'article L. 23-11-3, alinéa 1^{er}, aux termes duquel le contrat de partage rend « bénéficiaires » les salariés éligibles¹⁹, ainsi que les alinéas 2 et 3 de l'article 23-11-4 qui décrivent les modalités de répartition à suivre pour la société, toute majoration liée à un éventuel retard demeurant à la charge de la société.

15 Sur la notion, Terré F., Simler P., Lequette Y. et Chénéde F., *Les obligations*, 12^e éd., 2019, Dalloz, n° 83 et s.

16 Rappelons que dans la typologie des sources de l'obligation, le terme « engagement » est utilisé aux fins de définition qu'en relation aux quasi-contrats, à l'article 1300, alinéa 1^{er}, du Code civil : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. »

17 V. amendement n° 910, déjà cité note 2.

18 V. *infra*, B de la présente partie.

19 Aux conditions qui seront examinées plus bas.

Les questions sont nombreuses mais il semble qu'on puisse les analyser de la manière suivante. « Engagement constaté dans un contrat », l'engagement semble ne devoir tirer sa force obligatoire, ainsi qu'on l'a anticipé plus haut, que de sa contractualisation et ne saurait, par lui-même, emporter d'obligation du détenteur à un quelconque versement de la plus-value préalablement à sa formalisation. On ne saurait, en somme, conclure de la chronologie décrite dans la loi que l'engagement du cédant constitue, en lui-même, une étape autonome dont la démonstration pourrait emporter, de la part de la société concernée, une possibilité d'exiger la conclusion forcée du contrat. En somme, n'oblige ici que le contrat et non la seule volonté unilatérale du cédant, ainsi que le révèle, à cet égard, la fixation dans le contrat d'une durée minimale à l'engagement pris par le cédant, par l'article L. 23-11-2, 5°.

Sa nature proprement contractuelle étant établie, la figure du partage de la plus-value se décompose cependant en deux temps : la conclusion d'un contrat entre détenteur de titres et société et l'engagement conditionnel qui en résulte pour la société à l'égard de ses salariés consistant à reverser la plus-value en cas de cession. Un contrat, dont l'objet est un engagement préexistant, et qui donne naissance à un engagement envers un tiers. Ainsi décrite, elle rappelle fortement le mécanisme de la stipulation pour autrui²⁰, avec pour bénéficiaires les salariés auxquels les textes spéciaux reconnaissent effectivement un droit direct contre la société concernée, promettante²¹, dans l'hypothèse spécifique d'un versement tardif. Si l'on peut ajouter sans difficulté que, même dans le silence des textes, à l'instar d'une stipulation pour autrui²², l'associé cédant, stipulant, peut certainement exiger de la société concernée qu'elle respecte son engagement, on peut sans doute faire l'économie d'un détour plus ample par le droit commun compte tenu de l'absence de toute nécessité d'une acceptation de la stipulation par les salariés qui sont bénéficiaires non pas conventionnels mais légaux du contrat de partage. Sont ainsi inapplicables à l'engagement de l'associé cédant les subtilités entourant les conditions de révocation d'une stipulation pour autrui selon que serait ou non intervenue une acceptation par les bénéficiaires²³. Cette analyse est confortée, ainsi qu'on le verra plus avant,

tant par la portée collective de l'engagement du stipulant, constaté dans le contrat de partage que par le mécanisme de redistribution imposé à la société agissant en qualité de promettante, qui excluent la possibilité pratique d'une acceptation, finalement subsumée dans l'appartenance de chaque bénéficiaire à la collectivité des salariés.

En définitive, cette nouvelle figure se présente comme une stipulation pour autrui de droit spécial dans laquelle l'exécution de l'engagement pris par la société promettante de reverser la plus-value se trouve conditionnée à la conclusion d'une cession de ses droits sociaux par le stipulant.

Contrat conclu au bénéfice d'un tiers, le contrat de partage suscite la réflexion non tant par les difficultés, d'ordre essentiellement théorique, qu'il y a à rattacher des qualifications existantes, mais à raison de l'origine de ces difficultés. En effet, sa complexité vient de ce que, par la chronologie sur laquelle il repose, le contrat de partage inscrit un même objet, une fraction de la plus-value d'un acte de cession de droits sociaux, dans le champ des relations entre une société employeur et ses salariés et dans celui des relations entre un associé et la société.

B. De la société à l'entreprise : la logique du partage

Si le contrat de société limite le partage des résultats aux seuls associés, le droit du travail connaît différents dispositifs permettant de redistribuer une partie du bénéfice dégagé au niveau de l'entreprise aux salariés. Indépendamment de sa forme, c'est bien l'entreprise comme entité économique qui fait profiter ses salariés du revenu de son activité. S'il en suit la logique, le contrat de partage l'inscrit plus spécifiquement encore dans les particularités du droit des sociétés du fait que, en l'occurrence, la plus-value n'est pas établie directement au niveau de l'entreprise mais au niveau de la valorisation sur la durée des droits de l'associé, au moment de leur cession.

La différenciation des modalités de ce partage avec celles du droit des sociétés est cependant nette, non pas tant en ce qu'il plafonne à un certain pourcentage de la plus-value et donc structurellement inégalitaire mais en ceci que, d'une part, il est véritablement discrétionnaire pour l'associé, et, d'autre part, il ne porte pas sur le bénéfice social mais sur la valorisation des droits de l'associé. La valorisation de l'entreprise est ici opérée par le truchement du patrimoine de l'associé de sorte que la forme sociale choisie pour exploiter

20 Cozian M., Viandier A. et Deboissy F., *Droit des sociétés*, 32^e éd., 2019, LexisNexis, p. 496, n° 1209. Sur le mécanisme en général, Terré F., Simler P., Lequette Y., Chénéde F., *Les obligations*, 12^e éd., 2019, Dalloz, n° 699, et, spéc., pour une réfutation du système d'explication fondé sur l'engagement unilatéral de volonté, n° 710.

21 C. civ., art. 1206, al. 1^{er}.

22 C. civ., art. 1209.

23 Et plus encore la précision désormais apportée par la lettre du Code à l'article 1206 faisant naître le droit du bénéficiaire contre le promettant dès la stipulation sans que l'acceptation en soit une condition. Sur l'acceptation et son incidence sur les conditions de la révocation par le

stipulant en droit commun, Terré F., Simler P., Lequette Y., Chénéde F., *Les obligations*, 12^e éd., 2019, Dalloz, n° 714-716.

l'entreprise n'intervient que comme un simple relai de redistribution.

On pourrait ainsi s'en tenir à l'observation que, d'un point de vue pratique, la conclusion du contrat entre l'associé et la société permet de faire intervenir directement la société comme employeur, permettant de manière efficace la répartition de la plus-value par le recours à la technique de l'abondement.

À la fois société et employeur, la personne morale intervient par un basculement de qualité qui invite cependant à effectuer un petit effort d'analyse théorique. À la différence d'autres mécanismes tels l'intéressement ou la participation, le contrat de partage a effectivement vocation à figurer dans le Code de commerce plutôt que dans le Code du travail du fait qu'il suppose l'exploitation de l'entreprise sous forme sociale en permettant d'aller saisir la plus-value – au sens économique – entre les mains des membres d'une personne morale, les associés, plutôt qu'au niveau de l'entreprise. Il n'en demeure pas moins que le législateur vise bien le revenu de l'activité sociale en assurant un partage réalisé par la société de manière collective à l'ensemble des salariés éligibles, en ayant recours à la technique de l'abondement. Par un mouvement d'ascenseur, le contrat de partage assure la pleine verticalité de la redistribution entre la société et les salariés et maintient ainsi étanche la frontière entre associés et salariés. N'impliquant comme parties que l'associé et la société, le contrat de partage ne crée ainsi nullement de rapport direct sur le revenu des droits sociaux assimilables à une convention de croupier entre associé et salariés. Par le biais de la technique du contrat conclu en faveur d'un tiers bénéficiaire, il permet cependant le contournement de cette frontière pour aboutir, économiquement, à un partage horizontal de la plus-value.

Cette analyse se trouve bien confortée par les précisions entourant les modalités de réalisation de l'opération selon qu'il existe un ou plusieurs cédants et les conditions de versement de la plus-value au salarié.

Les modalités du contrat de partage sont spécifiées à un double égard. Positivement, l'article L. 23-11-1, alinéa 2, vient envisager la possibilité qu'une pluralité de détenteurs cèdent leurs droits concomitamment, en ouvrant une alternative discrétionnaire pour eux entre la conclusion d'un unique ou de plusieurs contrats de partage de la plus-value distincts. Négativement, en cohérence avec l'intervention de la personne morale comme relai de répartition de la plus-value entre salariés telle qu'elle a été décrite en première partie, l'alinéa 3 de la même disposition vient préciser que le contrat de partage ne crée aucune obligation pour les détenteurs de titres qui n'y sont pas partie, entérinant ainsi l'idée que la légitimité du partage de la plus-

value entre un associé et les salariés ne saurait affecter l'équilibre du pacte social dans son ensemble.

Cette nouvelle forme de participation des salariés opérée à l'initiative de l'associé présente ainsi une certaine richesse sur le plan théorique mais encore faut-il déterminer si elle a effectivement vocation à trouver application en pratique. Le législateur s'est employé à assurer, au-delà de sa complexité, l'attractivité du mécanisme à travers les conditions comme la mise en œuvre du mécanisme.

II. Le régime du contrat de partage

La mise en œuvre du contrat de partage est réservée à certaines entreprises dont l'identification est nécessaire afin d'assurer l'applicabilité du mécanisme fiscal de faveur instauré par le législateur (A). Elle est par ailleurs soumise à certaines conditions qui, si elles mettent en lumière une certaine originalité du contrat de partage, n'en dégagent pas moins un air de déjà vu au regard des règles habituellement applicables en matière d'épargne salariale (B). La justification du recours à la figure du contrat de partage se trouve dans le traitement fiscal dont la plus-value fait l'objet, qui vient conférer son attractivité au mécanisme (C).

A. Les entreprises concernées

Aux termes de l'article L. 23-11-1, les sociétés avec lesquelles les associés qui le souhaitent peuvent conclure un contrat de partage sont identifiées d'une double manière.

D'une part, ainsi qu'en dispose l'alinéa 4, « l'engagement de partage ne peut porter que sur des plus-values de cession de titres de sociétés mentionnées à la première phrase du b, du 2°, du I, de l'article 150-0 B ter du Code général des impôts ». L'identification des sociétés ainsi visées est à la fois simple et complexe compte tenu de l'organisation du dispositif fiscal. Au détail, traitant des conditions auxquelles il peut être mis fin au report d'imposition des plus-values²⁴ à l'occasion de la cession à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres reçus en rémunération de l'apport, ce texte prévoit un maintien par exception du report d'imposition en cas de réinvestissement du produit d'une cession « dans l'acquisition d'une fraction du capital d'une ou de plusieurs sociétés exerçant une activité mentionnée au a du présent 2°, sous la même exclusion, et répondant aux conditions prévues au c, du 3°, du II, de l'article 150-0 D ter ».

²⁴ Sur les retouches apportées ce régime par L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019, de finances pour 2020 : Nouel C., « Loi de finances pour 2020 », BJS janv. 2020, n° 120k6, p. 49.

Le a) ainsi vise, pour sa part, « le financement de moyens permanents d'exploitation affectés à son activité commerciale au sens des articles 34 ou 35, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière », excluant ainsi les activités de gestion de patrimoine mobilier ou immobilier. C'est dire en définitive que le contrat de partage est susceptible d'être conclu par les associés de sociétés exerçant des activités commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière à l'exclusion des sociétés de gestion dans lesquelles, précisément, le réinvestissement de la plus-value ne présente pas un caractère exceptionnel. S'y ajoute la précision, avec le renvoi à l'article 150-0 D ter, qu'il doit s'agir de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou qui y seraient soumises dans les mêmes conditions si leur activité était exercée en France et qui ont leur siège de direction effective dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

D'autre part, l'article L. 23-11-1 inclut, dans son alinéa 5, la possibilité de conclure le contrat avec la société qui détient le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, d'une ou plusieurs sociétés éligibles en vertu du Code général des impôts, ou que contrôlent une ou plusieurs sociétés répondant aux mêmes conditions. En somme, l'engagement du cédant peut être pris vis-à-vis des salariés de filiales opérationnelles d'un groupe comme des salariés de la société mère de celle dont il cède les titres. Dans le prolongement de matière aussi diverses que la négociation collective de groupe et de constructions jurisprudentielles multiples (co-emploi, responsabilité civile)²⁵, le droit des sociétés vient ici instituer une nouvelle reconnaissance de la réalité du groupe sur le terrain social.

B. Les conditions d'application

Le droit de l'entreprise évolue sans cesse mais il n'invente pas grand-chose ; « L'adaptation des règles anciennes à des situations nouvelles, écrivait Georges Ripert, est une forme heureuse de la conservation »²⁶. Les juristes commercialistes ou travaillistes, noyés sous un flot continu de réformes, en font régulièrement l'expérience. Derrière la nouveauté se cachent des mécanismes techniques en partie connus. Ainsi en l'occurrence du partage des plus-values de cession de titres, qui puise dans le droit de l'épargne salariale

sans pour autant s'assimiler pleinement aux dispositifs existants. Le jeu (habituel) de comparaison technique le révèle sur le double terrain des modalités du recours au partage, et de l'analyse de son contenu.

L'intéressement et la participation sont en principe mis en place par accord collectif puis les sommes qui en sont issues sont versées sur un plan d'épargne d'entreprise, lequel peut également recueillir des compléments volontaires des salariés ou un abondement de l'employeur²⁷. Dans le cadre du partage des plus-values de cession de titres, la signature non d'un *accord collectif* mais d'un *contrat* est nécessaire et les sommes versées aux salariés sont assimilées à un *abondement* de l'employeur sur le plan d'épargne d'entreprise. Une double comparaison apparaît alors nécessaire entre le contenu du contrat de partage et celui des accords collectifs d'intéressement et de participation d'une part et entre le régime applicable aux sommes partagées et celui de l'abondement « classique » de l'employeur d'autre part.

Du côté du contenu contractuel, les similitudes l'emportent. Les praticiens ne seront guère surpris puisque le législateur a peu ou prou procédé à un copier-coller des dispositions légales applicables aux accords d'intéressement²⁸, à savoir que le contrat doit prévoir la période pour laquelle il est conclu, son champ d'application, les modalités de calcul des sommes et leurs critères de répartition (la distribution pouvant – comme pour l'intéressement – être opérée de manière uniforme ou faire l'objet d'une modulation en fonction du temps de présence ou du salaire), les conditions d'information des salariés et les procédures de règlement des différends²⁹. Le tout doit, aux dires du législateur, être « constaté dans un contrat »³⁰. Faut-il alors entendre qu'un écrit est requis *ad validatem*, comme c'est en principe le cas pour les accords collectifs qui doivent être, « à peine de nullité, un acte écrit »³¹ ? Au regard de la différence de rédaction entre les deux textes, il ne s'agit probablement pas d'une solennité requise à fin de validité. Sans doute le formalisme ne doit-il s'entendre qu'à fin d'opposabilité, en procédant davantage à une analogie avec les exigences imposées en matière de cession de parts sociales³². Il est par ailleurs certain que le bénéfice du dispositif

25 Cozian M., Viandier A. et Deboissy F., *Droit des sociétés*, 32^e éd., 2019, LexisNexis, p. 876-878, n° 2170-2179 ; Auzero G., Baugard D. et Dockès E., *Droit du travail*, 33^e éd., 2020, Dalloz, n° 1141 et 1428.

26 Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, 1955, LGDJ, p. 5.

27 Lokiec P., *Droit du travail*, 2019, PUF, n° 779-780 ; Auzero G., Baugard D. et Dockès E., *Droit du travail*, 33^e éd., 2020, Dalloz, n° 1028-1044.

28 C. trav., art. L. 3313-1 et C. trav., art. L. 3313-2.

29 C. com., art. L. 23-11-2 et C. com., art. L. 23-11-3 ; C. trav., art. D. 3332-8-2.

30 C. com., art. L. 23-11-2.

31 C. trav., art. L. 2231-3.

32 En particulier, sur l'interprétation donnée par la jurisprudence de l'exigence selon laquelle les cessions de parts sociales doivent être constatées par écrit en vertu de l'article L. 221-14 du Code de commerce, comme simple exigence probatoire à fins d'opposabilité : Cass. com., 10 mars 1992, n° 90-14456 ; Bull. civ. IV, n° 109.

fiscal avantageux prévu par le législateur suppose de pouvoir prouver que les conditions du partage ont été respectées, ce qui ne peut qu'inciter au respect d'un certain formalisme.

Ces similitudes d'ensemble étant précisées, quelques points de divergence entre le contrat de partage et les règles applicables à l'intéressement affluent cependant ça-et-là, en particulier concernant les contraintes temporelles applicables au dispositif. La raison en est qu'il s'agit ici d'un contrat conclu à l'initiative d'un associé et non d'un accord d'entreprise, de sorte que c'est en se plaçant du point de vue de l'associé cédant puis de celui des salariés bénéficiaires que le contrat de partage est soumis à des conditions spécifiques de durée. Du côté du cédant d'abord, la durée de l'investissement relève d'un double plancher qui vient justifier la faveur fiscale dont fera l'objet la plus-value distribuée par une hostilité au court-termisme qui se présente comme un mouvement de fond du droit des sociétés inspiré de la RSE³³. Le premier est celui de la durée minimale du contrat conclu avec la société, qui ne peut être inférieure à 5 ans (contre 3 ans pour l'accord d'intéressement)³⁴, en vertu de l'article L. 23-11-2, 1°, tandis que le second porte sur la durée minimale avant laquelle la cession de ces droits, et ainsi le partage de la plus-value y afférant, ne saurait advenir. L'article L. 23-11-2, 6°, dispose ainsi que « la durée minimale entre la date de la conclusion du contrat de partage et la date de la cession des titres [...] ne peut être inférieure à 3 ans »³⁵. Ensuite, le législateur impose une condition d'ancienneté entre 3 mois et 2 ans (les périodes de suspension du contrat de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle ou en cas de maternité étant assimilées à du temps de présence dans l'entreprise³⁶).

C'est là faire davantage de rigueur que pour les accords d'intéressement, lesquels doivent seulement être conclus « avant le premier jour de la deuxième moitié de la période de calcul suivant la date de [leur] prise

d'effet »³⁷ et s'appliquent sans condition d'ancienneté, sauf à prévoir une durée maximale de 3 mois³⁸. Dans un cas comme dans l'autre, l'enjeu est de respecter les « principes » de l'épargne salariale, lesquels sont seulement mis en œuvre d'une manière adaptée à chaque contexte particulier. La rémunération issue des mécanismes d'épargne salariale doit, en effet, être de nature aléatoire et récompenser la performance collective de la communauté de travail. Au moment où le contrat de partage est signé, peut-être qu'une plus-value latente est déjà existante. En faire bénéficier les salariés de manière immédiate serait contraire à l'idée d'aléa. Incidemment, octroyer une prime de plus-value à un salarié trop fugitivement passé dans l'entreprise pourrait être jugé contraire, compte tenu de l'étendue temporelle du dispositif, à l'idée de participation à la performance. On remarquera, au passage, que l'indemnité de licenciement, parfois analysée comme une compensation de l'appropriation des fruits du travail par l'employeur³⁹, est elle-même soumise à une condition d'ancienneté. Par quelque biais qu'on l'appréhende, l'appartenance du salarié à l'entreprise – la propriété d'une « part » serait-on tenté de dire – suppose donc une certaine « épaisseur » de la relation nouée avec les autres membres de celle-ci. Par ailleurs, au-delà des « principes » de l'épargne salariale et du mouvement de lutte plus générale du législateur contre le « court-termisme », on pourrait également considérer que le législateur favorise ici la gestion de l'entreprise non en vue de sa pérennité mais de sa cession. Peut-être est-on alors dans un entre-deux permettant d'éviter certains excès ; pour pouvoir légitimement être gérée « en vue de sa cession », l'entreprise doit avoir passé l'épreuve du temps.

Les sommes dégagées par l'application du contrat de partage ont vocation à être versées sur le plan d'épargne d'entreprise (le cédant des titres a 1 mois pour verser les sommes – incessibles et insaisissables – à la société puis celle-ci a 90 jours pour les verser sur le PEE, sous peine de majoration au taux d'intérêt légal)⁴⁰. L'intérêt est alors de bénéficier d'un régime fiscal et social favorable mais cela explique, incidemment, que le législateur limite le montant des sommes concernées. La soulte globale est plafonnée à 10 % du montant de la plus-value de cession de titres⁴¹. Et la soulte individuelle ne peut excéder 30 % du plafond annuel de la sécurité sociale (soit 12 341 € en 2020)⁴².

33 On en citera, entre autres manifestations, l'expression emblématique que constitue la refonte de la directive « actionnaires » jusque dans son intitulé : Dir. (UE) n° 2017/828, du PE et du Cons., 17 mai 2017, modifiant Dir. n° 2007/36/CE du PE et du Cons., 11 juill. 2007, en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires.

34 C. com., art. L. 23-11-2.

35 C. com., art. L. 23-11-2. Pour rendre le mécanisme plus rapidement applicable aux situations en cours, l'article 109-I de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019, de finances pour 2020, ramène cependant cette durée à 1 année lorsque le cédant détient les titres dont la plus-value fait l'objet du contrat de partage depuis au moins 2 années à la date de signature du contrat. Cette modification, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021, n'est ainsi pas une véritable réduction de la durée précédant la conclusion de la cession mais une manière de faire rétroagir la prise en compte de la durée de détention des titres antérieurement à l'institution du contrat de partage par la loi *PACTE*. Preuve en est qu'elle ne s'appliquera que pour les cessions conclues jusqu'au 23 mai 2021, soit 2 ans après l'entrée en vigueur de la loi *PACTE*, perdant à compter de cette date son objet. Nouel C., « Loi de finances pour 2020 », *BJS* janv. 2020, n° 120k6, p. 49.

36 C. com., art. L. 23-11-3.

37 C. trav., art. L. 3314-4.

38 C. trav., art. L. 3342-1.

39 V. not., Icard J., « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *JCP S* 2014, 393.

40 C. com., art. L. 23-11-2 et C. com., art. L. 23-11-4.

41 C. com., art. L. 23-11-2.

42 C. com., art. L. 23-11-3.

Il y a sans doute là, au-delà de considérations tenant aux finances publiques, un certain facteur de « moralisation » de la pratique de partage des plus-values de cession de titres. Lorsque l'entreprise est gérée « en vue de sa cession », c'est souvent en y associant financièrement, et dans une mesure parfois importante (au-delà de 30 % du PASS), le « haut management » de l'entreprise. Ici, une perspective plus égalitaire domine. La plus-value est redistribuée dans une ampleur plus faible mais plus équitable, tous les salariés bénéficiant du dispositif. Les montants en question n'en apparaissent pas moins importants au regard des limites en principe applicables (mais qui sont ici écartées par le dispositif spécial) aux abondements de l'employeur dans le cadre du plan d'épargne d'entreprise. Ceux-ci sont en effet cantonnées au triple de la contribution du salarié⁴³ et ne doivent dans tous les cas pas dépasser 8 % du plafond annuel de la sécurité sociale⁴⁴. Le législateur semble ainsi admettre que la « valeur » que l'on tire d'une entreprise peut tenir davantage à la plus-value tirée de sa cession qu'aux bénéfices perçus dans le cadre de son exploitation.

C. Le traitement fiscal

Pour conclure sur cette analyse du contrat de partage, on soulignera brièvement de quelle manière le législateur a eu à l'esprit d'assortir le mécanisme du contrat de partage des incitations fiscales nécessaires à son attractivité⁴⁵. À cet égard, si la loi *PACTE* a pu décalquer le traitement fiscal et social de la plus-value de ce qui se fait couramment en matière d'épargne salariale, l'origine de la plus-value dans une cession de droits sociaux a imposé d'établir un régime incitatif spécifique en se plaçant du point de vue de l'associé cédant.

Si les conditions précédemment exposées sont respectées, les sommes issues du partage de plus-values bénéficient du régime fiscal et social favorable applicable aux abondements de l'employeur dans le cadre du plan d'épargne d'entreprise⁴⁶. Le dispositif est, de la sorte, adossé à une exonération de cotisations de sécurité sociale⁴⁷ et d'impôt sur le revenu⁴⁸ mais les sommes demeurent soumises à la CSG/CRDS⁴⁹ et au forfait social⁵⁰ (les sommes en question étant déduites par l'entreprise du montant reçu du cédant⁵¹).

La faveur du législateur s'étend également – et c'est là une originalité propre au contrat de partage – à des mécanismes fiscaux qui mettent en cause l'associé cédant. L'opération était susceptible de s'avérer particulièrement lourde pour le cédant à deux égards : l'imposition de la plus-value consécutive à la cession et l'imposition ultérieure liée à son versement à la société réalisé à titre gratuit, deux périls attentivement désamorcés par le législateur fiscal. Générée par la cession, la plus-value imposable se trouve d'abord minorée de la fraction ayant fait l'objet du contrat de partage, selon deux modalités distinctes en fonction du régime d'imposition du cédant. Déterminant à son I, la soumission à l'impôt sur le revenu des gains nets retirés des cessions à titre onéreux, effectuées directement de valeurs mobilières, de droits sociaux, l'article 150-0 A du Code général des impôts prévoit à son III une série d'exceptions au nombre desquelles figure désormais, dans un nouveau 7, la fraction de plus-values due dans les conditions prévues aux articles L. 23-11-1 à L. 23-11-4 du Code de commerce. Envisagée comme une plus-value professionnelle lorsque les titres cédés sont inscrits à l'actif immobilisé d'une entreprise relevant de l'impôt sur le revenu, elle est également minorée du montant résultant de l'engagement de partage en vertu du 11 de l'article 39 duodecies du Code général des impôts⁵². En outre, et cette fois compte tenu du versement initial opéré entre les mains de la société en vue de son reversement au salarié, le 4^o, du X, de l'article 162 a opportunément exonéré de droits de mutation à titre gratuit les versements réalisés par le cédant, dans un article 797 A du Code général des impôts.

En définitive, ces différentes faveurs constituent assurément le cœur du dispositif. Après tout, rien n'interdisait, au titre de la liberté contractuelle, de partager une plus-value de cession de titres avec les salariés. Mais le législateur a voulu encourager cette pratique. Les uns y verront une mesure de justice. Les autres craindront que soit en filigrane encouragée une certaine tendance à la fragilisation du « lien d'entreprise », puisque la cession de cette dernière est favorisée. Mais le droit de l'entreprise s'est depuis longtemps fait à l'art de la controverse et s'épanouit, semble-t-il, à l'ombre des ambiguïtés dont il est issu.

43 C. trav., art. L. 3332-11.

44 C. trav., art. R. 3332-8.

45 V. les motifs de l'amendement n° 910.

46 C. com., art. L. 23-11-4 et C. trav., art. L. 3332-11.

47 CSS, art. L. 242-1.

48 C. trav., art. L. 3322-27.

49 CSS, art. L. 136-1-1.

50 CSS, art. L. 137-15.

51 C. com., art. L. 23-11-4.

52 En revanche, la fraction non imposable de la plus-value demeure partie intégrante du montant net des revenus au sens de l'article 1417-1, qui fixe les éléments du revenu fiscal de référence du fait de la prévision qu'un renvoi est fait à cette fraction de la plus-value à titre de majoration du IV, d), de cette disposition au 7, du III, de l'article 150 0 A.

L'obligation de prendre en considération les enjeux sociaux : quel impact pour les salariés d'une société ? ^{113w4}

Matthieu BUCHBERGER

Maître de conférences à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Membre de l'IRDA

Depuis la loi *PACTE* du 22 mai 2019, les sociétés doivent être gérées en prenant en considération les enjeux sociaux. L'impact pour les salariés n'est que relatif, puisqu'il leur sera difficile de contester une absence de prise en considération de ces enjeux, tout comme il leur sera malaisé d'assurer de façon effective cette prise en considération.

La crise sanitaire actuelle a eu pour effet collatéral de rappeler l'importance des salariés dans le fonctionnement de l'économie. À cette prise de conscience s'en ajoute une autre, aux racines plus anciennes : l'accroissement du rôle « sociétale » des sociétés, et en particulier des grandes sociétés, au détriment des sources classiques de cohésion entre les individus que sont – notamment – l'État, la religion et la famille. Ces deux mouvements confèrent une résonance particulière à certaines des avancées de la loi *PACTE*, adoptée le 22 mai 2019.

De fait, cette loi fleuve a pour ambition – parmi d'autres – de « repenser la place de l'entreprise dans la société »¹, notamment en soumettant les sociétés à des exigences en corrélation avec la réalité de leur pouvoir. Il en résulte l'obligation de prendre davantage en compte les intérêts des parties prenantes autres que les associés, pour dépasser la poursuite d'objectifs purement financiers. La société doit, dans une certaine mesure, défendre l'intérêt général, en minorant l'impact de son activité sur l'environnement, et en prenant en compte certains intérêts plus catégoriels, comme ceux des salariés.

À cette fin, et bien qu'elle soit loin de réaliser un « dépassement du capitalisme » que d'aucuns appellent de leurs vœux², la loi *PACTE* comporte de nombreuses dispositions en faveur des salariés³, dont certaines visent à accroître leur rôle dans la gouvernance de la société⁴. Tel est le cas des mesures visant à développer l'actionnariat des salariés⁵ et à accroître leur présence au sein des conseils d'administration. Suivant

ce dernier objectif, l'article L. 225-23, alinéa 2, du Code de commerce a été modifié pour étendre aux sociétés non cotées d'une certaine taille l'obligation de désigner, à certaines conditions, des administrateurs parmi les actionnaires salariés. A également été abaissé de douze à huit le nombre d'administrateurs non salariés, au-delà duquel les conseils d'administration des sociétés anonymes de grande taille doivent comporter deux administrateurs nommés parmi les salariés au lieu d'un seul⁶.

C'est cependant la nouvelle rédaction de l'article 1833, alinéa 2, du Code civil, qui a le plus suscité l'intérêt de la doctrine, pour son aspect novateur, et pour les difficultés d'interprétation qu'il soulève.

Nul n'ignore que ce texte impose désormais de gérer la société « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »⁷. Même si elle ne s'y résume pas, l'obligation de prendre en considération les enjeux sociaux renvoie certainement à la nécessité de prendre en compte l'impact des décisions sociales sur les salariés de la société⁸.

Mais, au-delà du vœu pieux ou de l'effet d'annonce, cette nouvelle rédaction va-t-elle avoir de réelles incidences sur la situation des salariés ?

Anticiper l'avenir impose l'humilité. Car entre l'impossible, l'improbable, le possible et le probable, il existe des nuances dont l'appréciation est en partie affaire de points de vue, et de l'idée que l'on se fait de l'audace du juge, plus ou moins enclin à se saisir de la lettre d'un texte pour le porter bien au-delà de ce que suggère son esprit.

1 Intitulé de la section 2, du chapitre 3, de la loi *PACTE*.

2 Piketty T., *Capital et idéologie*, 2019, Seuil, p. 578 à 598, p. 691 à 693 et p. 1117 à 1122.

3 Enjolras L., « Le volet RSE de la loi *PACTE* », RLDA n° 150, 1^{er} juill. 2019 ; Géa F., « Loi *PACTE* : quelle contribution au renouveau du droit du travail ? », RDT 2020, p. 99.

4 Auzero G., « La représentation des salariés dans les organes sociaux », Dr. soc. 2019, p. 42.

5 Sur ces mesures : Roche V., « Loi *PACTE*. – Les dispositions relatives à l'épargne salariale et à l'actionnariat salarié », JCL. Sociétés, fasc. 1862, spéc. nos 17 et s.

6 C. com., art. L. 225-27-1.

7 V. égal. C. com., art. L. 225-35, pour le conseil d'administration et C. com., art. L. 225-64 pour le directoire.

8 Selon la CCI, les enjeux sociaux renvoient au respect des droits humains, aux relations et conditions de travail, au dialogue et à la motivation des salariés, ainsi qu'à l'égalité et la non-discrimination. Buttet R., « La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans la gestion des sociétés », BJT nov. 2019, n° 112h2, p. 47.

L'étude d'impact de la loi *PACTE* invite néanmoins à la retenue puisqu'elle reconnaît l'incidence « limitée » de « l'obligation de moyens » qu'est « l'invitation à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société »⁹.

Cette ambition modeste semble confirmée lorsque l'on envisage les conséquences de ce nouveau texte sur la situation des salariés de la société. De fait, l'effectivité de la prise en considération des enjeux sociaux dépendra pour beaucoup de la volonté de ceux qui sont en mesure de l'imposer. En l'absence d'une telle volonté, il sera très difficile pour les salariés de contester une insuffisante prise en compte¹⁰ des enjeux sociaux (I). Cependant, même en présence d'une telle volonté, des obstacles se dresseront face à la prise en considération effective des enjeux sociaux (II).

I. La contestation difficile de l'insuffisante prise en considération des enjeux sociaux

Si la contestation est difficile, c'est d'abord parce que le législateur l'a lui-même limitée, en écartant toute action en nullité de la société, ou des actes et délibérations pris par ses organes, fondée sur l'insuffisante prise en considération des enjeux sociaux (A).

La contestation est également difficile lorsqu'elle se manifeste par la recherche d'autres sanctions, car leur efficacité est incertaine (B).

A. L'impossible nullité

Il aurait été peu concevable que les salariés demandent la nullité d'une société pour violation de l'article 1833, alinéa 2, du Code civil, ou des articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce, car il n'est évidemment pas dans leur intérêt qu'une société soit déclarée nulle. Quoi qu'il en soit, cette option leur est fermée par les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce, puisque ni l'un ni l'autre de ces textes n'autorise la nullité d'une société pour violation des dispositions précitées.

En revanche, une action des salariés visant à remettre en cause une décision des dirigeants ou des associés de la société qui n'aurait pas – ou pas assez – pris en considération les enjeux sociaux, est plus probable. Ce pourrait être le cas d'une décision de fusion, dont les conséquences sur l'emploi suscitent des craintes auprès des salariés, ou encore d'une opération de LBO, tout

aussi redoutée par les salariés de la société cible. Mais cette voie est également fermée par les deux textes précités, qui écartent expressément l'absence de prise en considération des enjeux sociaux comme cause de nullité d'un acte ou d'une délibération de la société.

La nullité n'est donc pas une sanction que les salariés pourraient invoquer pour contester l'absence de prise en considération des enjeux sociaux. Bien que non interdit, le recours à d'autres sanctions risque de se révéler tout aussi décevant.

B. L'efficacité incertaine des autres sanctions

Face à une décision qui ne prendrait pas suffisamment en compte les enjeux sociaux, les salariés, ou leurs syndicats¹¹, pourraient chercher à engager la responsabilité civile de ses auteurs.

Mais le parcours est semé d'embûches, à tel point que la mise en jeu effective de cette responsabilité apparaît très incertaine.

En premier lieu, identifier l'auteur de la faute sera source de difficultés. En évoquant la « gestion » de la société, l'article 1833, alinéa 2 vise à l'évidence les dirigeants de la société, ce que confirment les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce, respectivement à propos du conseil d'administration et du directoire. Mais des voix de plus en plus nombreuses suggèrent que l'exhortation à gérer dans l'intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux pourrait également s'appliquer à l'assemblée des associés¹². Au point que l'on pourrait également envisager une responsabilité des associés, voire de la société¹³, en l'absence de prise en considération des enjeux sociaux lors de l'adoption de décisions sociales. Dès lors, contre qui agir en l'absence d'une telle prise en compte ? La réponse ne sera pas toujours aisée et pourra compliquer l'action des salariés.

En second lieu, il sera particulièrement difficile d'apporter les trois preuves classiques que sont la faute,

⁹ Ass. nat., Étude d'impact du projet de loi *PACTE*, p. 545.

¹⁰ Dans le présent article, l'expression de « prise en compte » sera utilisée comme synonyme de celle de « prise en considération », bien que lors des débats parlementaires, la première expression ait été jugée plus contraignante que la seconde. Desbarats L., « De l'entrée de la RSE dans le Code civil. Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi *PACTE*) », Dr. soc. 2019, p. 47.

¹¹ Le nouvel article 1833, alinéa 2, du Code civil, en ce qu'il se réfère expressément aux enjeux sociaux, pourrait favoriser la reconnaissance au profit des syndicats d'un intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile. V., s'interrogeant sur ce point : Guionard E., « L'action en justice des syndicats dans l'entreprise : "vieille lune", toujours actuelle ? » Dr. soc. 2020, p. 130.

¹² Tadros A., « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi *PACTE* », D. 2018, p. 1765, spéc. n° 14.

¹³ Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 par le garde des Sceaux, reconnaît expressément cette responsabilité de la société pour les fautes commises par ses organes (C. civ., art. 1242-1 du projet). Il n'est toutefois pas certain que ce projet d'article soit retenu, tant il a fait l'objet de nombreuses critiques : v. not. : Dexant-de Bailliencourt O., « Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant », D. 2019, p. 144, spéc. n° 22.

le préjudice et le lien de causalité¹⁴. Il est probable que les difficultés se concentrent sur l'exigence d'une faute, puisque les enjeux sociaux ne sont pas la seule boussole qui doit servir de guide dans la gestion de la société. Ils sont en effet concurrencés par les enjeux environnementaux et apparaissent de plus, aux côtés de ces derniers, comme hiérarchiquement inférieurs à l'intérêt social¹⁵. De fait, que l'on considère que les enjeux sociaux et environnementaux se distinguent de l'intérêt social¹⁶, ou sont une composante de l'intérêt social « élargi »¹⁷, le but de la société reste à titre principal de réaliser des bénéfices grâce à l'activité exercée, comme l'énonce encore et toujours l'article 1832 du Code civil¹⁸. À cela s'ajoute la difficulté d'identifier, parmi les multiples arbitrages dont la décision sociale est la résultante, la preuve d'une insuffisante prise en considération des enjeux sociaux. Gageons que cette démonstration, sauf hypothèse caricaturale, risque de se révéler un obstacle infranchissable à toute action en responsabilité civile.

En troisième lieu, si l'action est dirigée contre un dirigeant ou contre un associé, les salariés, en tant que tiers, risquent de se heurter à l'exigence supplémentaire d'une faute séparable, qui implique de démontrer qu'a été commise « intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »¹⁹, ou une « faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé »²⁰. Mais la situation des salariés pourrait s'améliorer, si la jurisprudence décidait de ne pas les qualifier de tiers²¹. On sait qu'elle dis-

pense les actionnaires de la preuve d'une faute séparable, ce qui se justifie par le fait qu'ils sont parties au contrat de société, et ne sont donc pas des tiers²². Mais cette dispense ne pourrait-elle également s'appliquer aux salariés, eux aussi membres de la société ? Le nouvel article 1833, alinéa 2, du Code civil, qui exhorte à prendre en considération les enjeux sociaux, tout comme les autres mesures de la loi *PACTE* qui invitent à donner davantage de pouvoirs aux salariés, offrent de nouveaux arguments en ce sens. Mais rien n'est sûr, sauf le fait que même ainsi facilitée, une action en responsabilité des salariés contre les auteurs d'une décision sourde aux enjeux sociaux aurait des chances de succès limitées, pour les raisons évoquées ci-dessus.

Ces difficultés ne sauraient être contournées par une action pour abus de biens sociaux devant le juge pénal. D'une part, l'obligation de prendre en considération des enjeux sociaux (et environnementaux) ne saurait avoir d'incidence sur la définition de l'intérêt social dans le cadre de ces abus. En effet, comme le remarque un auteur, « la "prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux" ne peut constituer la base d'une répression pénale sans contrevenir à l'exigence constitutionnelle et conventionnelle de clarté et de précision du texte pénal »²³. De plus, les dispositions qui sanctionnent ces abus visent la « contrariété à l'intérêt [de la société] »²⁴, ce qui écarte la prise en compte d'autres intérêts que celui de la société²⁵. D'autre part, le fait que la société soit la victime directe de l'infraction conduit la jurisprudence à écarter toute action civile des salariés devant les juridictions pénales²⁶.

C'est également un défaut de qualité à agir qui empêchera les salariés de demander la révocation d'un diri-

14 V. not. : Desbarats I., « De l'entrée de la RSE dans le Code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi *PACTE*) », *Dr. soc.* 2019, p. 47.

15 Ce qui semble avoir été l'intention du législateur. Conac P.-H., « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », *Rev. sociétés* 2019, p. 570, spéc. n° 18. Adde Germain M., « Les propositions du Club des juristes », *Rev. sociétés* 2018, p. 564, spéc. n° 9.

16 Massart T., « Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés », *Gaz. Pal.* 18 déc. 2018, n° 339c8, p. 51.

17 Conac P.-H., « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », *Rev. sociétés* 2019, p. 570, spéc. nos 10 et s.

18 Desbarats I., « De l'entrée de la RSE dans le Code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi *PACTE*) », *Dr. soc.* 2019, p. 47.

19 Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092 : *Bull. civ.* IV, n° 84.

20 Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29752 : Lettre CREDA, mars 2014, note Chacornac J. ; D. 2014, p. 764, note Favario T. ; RDC 2014, n° 110s4, p. 372, note Viney G. ; JCP E 2014, 1160, note Dondero B. ; *Gaz. Pal.* 17 avr. 2014, n° 174fl, p. 13, obs. Blanc N.

21 Sur cette exigence, v. Mathieu C., « La responsabilité du dirigeant en droit du travail », in Dexant-de Baillencourt O. et Lapérou-Schneider B. (dir.), *Les responsabilités du dirigeant de société*, 2018, Dalloz, p. 103, spéc. p. 106. Cependant, les arrêts exigeant une faute séparable pour l'action d'un salarié contre un dirigeant sont rares. V. Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11514 : *Dr. sociétés* 2013, p. 28, note Cochet D. V. égal., mais plus ambigu : Cass. com., 4 juill. 2006, n° 05-13930 : D. 2006, AJ, p. 1958, obs. Lienhard A. ; RTD com. 2006, p. 848, obs. Champaud C. et Danet D. ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 143, note Hovasse H. ; LPA 22 nov. 2006, p. 18, note

Barbière J.-F. ; BJS janv. 2007, n° 10, p. 93, note Dondero B. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a exigé la démonstration d'une faute séparable du dirigeant pour qu'il soit tenu de garantir un salarié de toutes les condamnations qui pourraient être prononcées contre lui du fait d'un accident de la route qu'il avait causé. Il n'est pas clair, dans cet arrêt, si le tiers qui déclenche l'exigence d'une faute séparable est la victime de l'accident ou le salarié.

22 Cass. com., 9 mars 2010, nos 08-21547 et 08-21793.

23 Muller-Lagarde Y., « La loi *PACTE* est sans incidence sur le délit d'abus de biens et de crédit sociaux », *Dr. pén.* 2019, étude 26, spéc. n° 10. V. CE, Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 14 juin 2018, p. 38, § 99. V. égal. : Salomon R., « Vers un élargissement de l'abus de biens sociaux à l'aune de la nouvelle définition de l'intérêt social ? », *Dr. sociétés* 2019, repère 6.

24 C. com., art. L. 241-3, 4° pour les SARL et C. com., art. L. 242-6, 3° pour les SA.

25 Sauf à considérer que les enjeux sociaux et environnementaux sont désormais une composante de l'intérêt social. Le Moulec E., « Les implications de la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil par la loi *PACTE* sur l'abus de biens sociaux », *RTD com.* 2020, p. 1, spéc. nos 16 et 17.

26 Ainsi, un salarié qui invoque un préjudice indirect découlant de l'abus, doit agir devant les juridictions civiles (Cass. crim., 7 mars 2000, n° 99-81011 ; RJDA 9-10/00, n° 875, 1^{re} espèce). V. égal., à propos d'une action intentée par un syndicat : Cass. crim., 29 nov. 2000, n° 99-80924 ; RJDA 10/01, n° 981.

geant qui ne prendrait pas suffisamment en compte les enjeux sociaux. De fait, cette révocation ne peut être décidée par les salariés, puisque cette sanction est réservée aux associés, ou à certains dirigeants²⁷.

La situation des salariés et la défense des enjeux sociaux pourraient toutefois être améliorées si, tirant notamment parti de la loi *PACTE*, ils venaient à cumuler leur qualité de salarié avec celle d'associé ou d'administrateur.

En tant qu'associés, il leur serait théoriquement plus simple d'agir en responsabilité civile contre les dirigeants, puisqu'ils n'auront pas à démontrer l'existence d'une faute séparable des fonctions. De même, ils pourraient également exercer l'action *ut singuli*, pour agir dans l'intérêt de la société. Cependant, aucune de ces actions n'est vraiment adaptée pour sanctionner une prise en considération insuffisante des enjeux sociaux. De fait, la première vise à réparer un préjudice subi en tant qu'associé, qui ne soit pas le corollaire de celui subi par la société. Quant à la seconde, elle vise à réparer le préjudice subi par la société. Or on peut douter qu'une insuffisante prise en considération des enjeux sociaux puisse causer à elle seule un préjudice à un associé à titre isolé ou à la société²⁸.

Les salariés-associés ou les salariés membres du conseil d'administration, pourront néanmoins utiliser leur pouvoir pour proposer, voire obtenir, la révocation des dirigeants qui ne prendraient pas suffisamment en compte les enjeux sociaux.

En revanche, il est douteux que les salariés-associés puissent agir en abus de majorité pour contester des décisions qui ne prendraient pas suffisamment en considération les enjeux sociaux, pas plus qu'ils ne pourraient agir en abus de minorité contre des associés qui s'opposeraient à une résolution jugée trop favorable aux salariés. En effet, l'absence de prise en compte de ces enjeux ne devrait pas suffire à caractériser une contrariété à l'intérêt social conformément à ce qu'exige la jurisprudence tant à propos de l'abus de majorité que de l'abus de minorité.

Par conséquent, même lorsque les salariés cumulent cette qualité avec une autre qui leur permet d'agir sur la gouvernance de la société, il leur est compliqué de contester une insuffisante prise en considération des enjeux sociaux.

Des obstacles se constatent également lorsque les salariés, ne cherchant plus uniquement à s'opposer à une absence de prise en considération des enjeux sociaux,

agissent activement afin d'assurer une prise en compte effective de ces enjeux.

II. Les obstacles à la prise en considération effective des enjeux sociaux

Deux obstacles peuvent venir contrarier la prise en considération effective des enjeux sociaux. D'une part, les leviers d'une telle prise en considération peuvent se révéler fragiles (A). D'autre part, l'efficacité de cette prise en compte est limitée (B).

A. Les leviers fragiles d'une prise en considération effective des enjeux sociaux

Si les personnes qui dirigent ou contrôlent la société ont à cœur de défendre l'intérêt des salariés et non uniquement de maximiser les profits, les enjeux sociaux seront pris en compte.

Tel pourrait être le cas si les associés et dirigeants sont naturellement sensibles à ces enjeux, ce qui les conduira d'ailleurs, le cas échéant, à en préciser la teneur dans une raison d'être, voire à opter pour une société à mission, régie par les articles L. 210-10 et suivants du Code de commerce.

Il est certain qu'une fois érigés en raison d'être de la société, les enjeux sociaux seront mieux protégés. Mais le degré de protection supplémentaire qui en résultera est difficile à évaluer²⁹. La responsabilité du dirigeant ou des associés en cas de méconnaissance de la raison d'être devrait être plus facile à engager, mais la faute restera difficile à démontrer, et devra, de plus, être séparable³⁰.

Par ailleurs, on peut se demander si l'inscription des enjeux sociaux dans la raison d'être pourrait conduire à ce qu'un contrat qui ne les prendrait pas en compte serait inopposable à la société, à l'instar de ce qui est prévu à propos du dépassement de l'objet social dans les sociétés à risque illimité, et de façon bien plus stricte dans les sociétés à risque limité³¹. Il faudrait pour cela considérer que la raison d'être a une incidence sur la définition même de l'objet social, ce qui

27 C'est le cas du conseil d'administration, compétent pour révoquer son président ou le directeur général.

28 Cette dernière pourrait peut-être néanmoins invoquer un déficit d'image, si l'opération contestée est médiatisée, et qu'elle nuit à la réputation de la société.

29 V., s'interrogeant sur la possibilité de voir dans la raison d'être une limite aux pouvoirs des dirigeants, dont la violation serait susceptible d'être invoquée par les tiers : Desbarats I., « De l'entrée de la RSE dans le Code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi *PACTE*) », Dr. soc. 2019, p. 47. V. égal., considérant que le non-respect de la raison d'être pourrait être une violation des statuts invocable par un tiers pour remettre en cause un contrat : Fabre H. et Schiller S., « L'incidence de la loi *PACTE* sur l'ingénierie sociétaire », JCP N 2019, 1318, spéc. n° 17.

30 Sauf évolution de la jurisprudence sur ce point. V. *supra*.

31 Dans les sociétés à risque limité, la loi exige en outre la connaissance – ou l'absence de connaissance fautive – du dépassement de l'objet social par le tiers (C. com., art. L. 223-18, C. com., art. L. 225-56 et C. com., art. L. 227-6).

n'a rien de certain, dès lors que cette raison d'être définit moins l'activité de la société que la façon dont elle est exercée. De plus, si le juge s'engageait dans cette voie, les conséquences pourraient être paradoxales pour les salariés. Pourrait-on ainsi imaginer qu'un contrat de travail soit inopposable à la société parce qu'il serait trop défavorable au salarié, et contreviendrait à la raison d'être imposant la prise en considération des enjeux sociaux ? C'est peu probable, car ce serait appliquer la règle au détriment de la personne qu'elle est censée protéger. Il est davantage concevable qu'un salarié cherche à engager la responsabilité de la société pour avoir conclu un contrat de travail dont les clauses contreviendraient à la raison d'être de cette société.

Un degré supplémentaire dans la protection des enjeux sociaux serait franchi si la société dont la raison d'être visait ces enjeux optait pour le statut de société à mission³². En effet, l'article L. 210-10, 3°, du Code de commerce, impose la création d'un comité de mission, chargé d'assurer le suivi de la bonne exécution de la mission, et dont un salarié doit nécessairement être membre. De plus, si la mission n'est pas respectée, toute personne intéressée peut « saisir le président du tribunal, statuant en référé aux fins d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au représentant légal de la société de supprimer la mention "société à mission" de tous les actes, documents ou supports électroniques émanant de la société »³³. Sans avoir à aller jusqu'à cette sanction, les salariés trouveront dans ce texte un moyen de faire pression sur les dirigeants pour qu'ils respectent la mission protectrice des intérêts des salariés³⁴.

Cependant, la faiblesse de ces leviers d'actions est qu'ils reposent sur le bon vouloir initial des personnes à la tête de la société³⁵. Rien n'assure par ailleurs que ces personnes ne réduisent pas par la suite la place qu'elles souhaitent conférer à la prise en considération des enjeux sociaux.

Les salariés seraient moins tributaires de cette bonne volonté, s'ils cumulaient cette qualité avec une autre leur permettant d'influer directement sur la stratégie

et les décisions de la société. Qui mieux d'ailleurs que les salariés pour défendre leurs intérêts ?

À ce propos, les mesures de la loi *PACTE* en faveur des salariés³⁶ doivent être vues comme un tout cohérent de nature à orienter le fonctionnement vers une prise en compte plus forte de leurs intérêts. Ainsi, le développement de l'actionnariat salarié, auquel la loi *PACTE* participe, quoique modestement, devrait conduire *in fine* à ce que davantage de salariés disposent du droit de participer et de voter aux assemblées, et puissent ainsi orienter les débats qui y seraient tenus et les décisions qui en résulteraient vers une prise en considération plus importante des enjeux sociaux. Les mesures de la loi *PACTE* visant à accroître la présence des salariés dans les conseils d'administration devraient également leur permettre d'influer sur la stratégie de la société.

Il ne faut toutefois pas exagérer le gain de pouvoir résultant de ces mesures. La loi *PACTE*, comme les interventions antérieures du législateur, reste timide. De fait, la présence des associés dans les organes de direction n'est imposée que dans les sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés européennes, qui plus est d'une taille importante³⁷. De plus, cette présence obligatoire n'est que minoritaire, puisque l'article L. 225-27-1 n'impose qu'un seul administrateur désigné parmi les salariés, et que l'article L. 225-23 n'exige qu'un seul administrateur désigné parmi les actionnaires-salariés, voire deux si le nombre d'administrateurs non-salariés est supérieur à huit. À cela s'ajoute le constat que les salariés-associés détiennent rarement plus de 10 % du capital et des droits de vote d'une société³⁸.

La participation des salariés à la gouvernance de la société se révèle par conséquent un levier fragile à la prise en considération effective des enjeux sociaux.

À cela s'ajoute le fait que même lorsque cette prise en considération est acquise, son efficacité est limitée.

B. L'efficacité limitée de la prise en considération effective des enjeux sociaux

La nouvelle rédaction de l'article 1833, alinéa 2, du Code civil, et l'inscription d'une raison d'être dans les statuts de la société, offrent assurément des argu-

32 Étant précisé que l'option pour une société à mission implique que les « statuts précisent un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité ».

33 C. com., art. L. 210-11.

34 Des auteurs considèrent que les salariés pourraient également agir sur le fondement spécifique de « l'engagement unilatéral de l'employeur faisant naître une attente légitime du salarié » : Fabre H. et Schiller S., « L'incidence de la loi *PACTE* sur l'ingénierie sociétaire », JCP N 2019, 1318, spéc. n° 16.

35 V., cependant, envisageant la possibilité que la raison d'être soit déterminée par une convention ou un accord collectif de travail : Auzero G., « La convention collective comme technique d'organisation de l'employeur », BJT déc. 2019, n° 112n1, p. 76.

36 V. *supra*.

37 Les articles L. 225-23 et L. 225-27-1 du Code de commerce sont applicables aux sociétés qui emploient (en prenant en compte leurs filiales directes et indirectes) au moins 1 000 salariés en France ou au moins 5 000 salariés dans le monde (étant précisé que l'article L. 225-23 est par ailleurs également applicable aux sociétés cotées).

38 Géa F., « Loi *PACTE* : quelle contribution au renouveau du droit du travail ? », RDT 2020, p. 99.

ments aux dirigeants et associés pour justifier la prise en considération des enjeux sociaux³⁹.

Mais il n'est pas exclu que certaines parties prenantes, et en particulier des associés, jugent excessive cette prise en considération.

On écartera le cas extrême d'une société créée pour défendre à titre principal les enjeux sociaux. Dans une telle hypothèse, cette société serait nulle pour contrariété à l'article 1832 du Code civil, et pourrait le cas échéant être requalifiée en association.

Sans aller jusqu'à cette extrémité, il est possible qu'une prise en compte systématique et/ou importante des enjeux sociaux soulève des oppositions, et qu'il soit reproché aux dirigeants et aux associés de ne pas suffisamment favoriser la réalisation de bénéfices.

La tension entre l'intérêt social strictement entendu, soit la poursuite de l'objet social en vue de réaliser des bénéfices, et les enjeux sociaux, pourrait ainsi ressurgir, mais dans l'hypothèse inverse de celle évoquée précédemment. Il ne s'agirait plus de contester une décision qui ne prendrait pas, ou pas suffisamment, en considération les enjeux sociaux, mais de critiquer une décision qui les défendrait de façon excessive, au détriment de l'intérêt social strictement entendu.

Là encore, l'action en nullité serait impossible, puisque la violation de l'intérêt social ne peut à elle seule être une cause de nullité, en application des articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce.

Cependant, contrairement à l'hypothèse précédente d'une absence de prise en considération des enjeux sociaux, l'action en nullité semble possible pour abus de majorité lorsque la prise en considération de ces enjeux se fait au détriment de l'intérêt social et des minoritaires, pour favoriser les intérêts des majoritaires (par exemple en tant que salariés, dans l'hypothèse rare en pratique où ils seraient majoritaires). L'action en nullité ne semble pas interdite car elle vise à sanctionner l'abus, et non la violation de l'intérêt social *per se*⁴⁰.

L'action en abus de minorité serait également concevable, si des minoritaires, invoquant leurs intérêts en tant que salariés, s'opposaient à l'adoption d'une décision pourtant essentielle pour la survie de la société. Cette action semble toutefois assez hypothétique car on peine à concevoir l'intérêt de salariés-associés à s'opposer à l'adoption d'une décision dont dépend la survie de la société.

Dans l'hypothèse où la décision trop favorable aux enjeux sociaux serait adoptée par un dirigeant, les associés qui la contesteraient n'auraient de façon certaine pas à démontrer l'existence d'une faute séparable. Mais, comme pour l'hypothèse inverse d'une absence de prise en considération des enjeux sociaux, la faute de gestion risque d'être difficile à démontrer si l'intérêt de la société n'a pas été totalement ignoré⁴¹. Sous les mêmes réserves, la révocation du dirigeant pourrait être invoquée.

Par ailleurs, concernant l'action en abus de biens sociaux, les associés ne se heurteraient pas à l'obstacle de la définition de l'abus, puisque serait bien invoquée une violation de l'intérêt social, conformément à ce qu'exigent les textes. Cependant, pour pouvoir agir, les associés devraient exercer l'action sociale *ut singuli*, ou s'ils agissent à titre personnel, « démontrer l'existence d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, découlant directement de l'infraction »⁴².

Il semble par conséquent qu'en son état actuel, le droit rend plus facile la contestation de la prise en considération des enjeux sociaux que celle de son absence de prise en considération.

On le constate, pour le salarié, assurer la prise en considération effective des enjeux sociaux, tout comme d'ailleurs contester leur absence de prise en compte, se révèle un chemin parsemé d'embûches. Il est à craindre que, tant qu'un véritable « partage du pouvoir dans les entreprises »⁴³, au profit des salariés, ne sera pas mis en place, la défense des enjeux sociaux n'en reste qu'à son expression la plus limitée.

39 V., par ex. : Massart T., « Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés », *Gaz. Pal.* 18 déc. 2018, n° 339c8, p. 51 ; Poracchia D., « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* juin 2019, n° 119w8, p. 40. V. égal. : Gaudemet A., « Le projet de loi *PACTE* et le droit des offres publiques », *BJB* janv. 2019, n° 117z5, p. 39, qui y voit un moyen de justifier certaines mesures anti-OPA.

40 Comp. Dondero B., « La loi *PACTE* du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ? », *D.* 2019, p. 1349.

41 En revanche, il est évident que la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux ne saurait légitimer une décision contraire à l'intérêt social : Fabre H. et Schiller S., « L'incidence de la loi *PACTE* sur l'ingénierie sociétaire », *JCP N* 2019, 1318, spéc. n° 8.

42 Cass. crim., 12 sept. 2001, n° 01-80895 : *RJDA* 1/02, n° 55. La démonstration d'un préjudice personnel apparaît toutefois très hypothétique.

43 Piketty T., *Capital et idéologie*, 2019, Seuil, p. 1118 et s.

Les administrateurs représentant les salariés : un renforcement de principe mais des difficultés pratiques ignorées... 113w8



Valentino ARMILLEI

Docteur en droit, chargé d'enseignement à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

À l'occasion de la loi *PACTE* du 22 mai 2019, le législateur a procédé à quelques adaptations des dispositifs de participation des salariés au sein des organes de direction. La présence des administrateurs représentant les salariés « ordinaires » se renforce mais le législateur délaisse la résolution de certaines difficultés techniques, ce qui ne manquera pas de constituer, dans un avenir proche, un obstacle à l'élargissement du dispositif à des entreprises de taille plus modeste...

1. Schizophrénie(s). – En dépit de quelques réticences initiales, la nomination d'administrateurs représentant les salariés au sein des organes de direction des sociétés a fini par être parée de toutes les vertus, certains allant même jusqu'à lui prêter une propension à créer un « choc de compétitivité »¹. Ce n'est, plus modestement, que l'une des voies de mise en œuvre de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui octroie aux salariés le droit de participer à la gestion de leur entreprise. D'abord facultative, son intronisation par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 au rang d'obligation n'avait rien d'une nécessité constitutionnelle, d'autres traductions législatives de l'exigence de participation des salariés existant par ailleurs.

L'existence des administrateurs représentant les salariés relève donc d'un choix essentiellement politique : celui d'un pas supplémentaire vers une convergence des collectivités des salariés et des associés, respectivement régies par le droit du travail et par le droit des sociétés, et indépendamment du sens que l'on entend lui donner (« seul vecteur d'une véritable cogestion »² ou consécration de la théorie institutionnelle de l'entreprise). En principe, les représentants des salariés sont des *interlocuteurs* du chef d'entreprise³. Mais l'administrateur salarié relève d'une autre logique : bien qu'il soit, en apparence, un représen-

tant des salariés (car élu ou désigné par ces derniers), il est aussi un membre de l'organe décisionnaire de la société. La question de la finalité de son mandat, inévitablement, se pose. S'il est d'abord un représentant des salariés, il dialogue avec l'employeur comme le ferait n'importe quel autre représentant du personnel ; son existence n'est alors pas particulièrement justifiée. S'il est davantage un administrateur « à part entière », remplit-il vraiment sa fonction première : permettre l'association des *salariés* à la gestion stratégique de l'entreprise⁴ ? Autre élément schizophrénique : l'administrateur représentant les salariés est-il un véritable *représentant* des salariés dans l'organe de direction ou bien un *salarié* « ordinaire » siégeant dans cet organe ? L'interrogation interpelle car alors même qu'il ne rend aucun compte à ceux qui l'ont nommé, à savoir les salariés ou les institutions représentatives du personnel, certains auteurs n'hésitent pas à le classer parmi les formes *directes* de participation des salariés à la gestion⁵. L'idée a fait son chemin que, pour assurer une meilleure participation des salariés dans la société commerciale, il faudrait que ces derniers changent de statut et qu'ils deviennent des mandataires sociaux ou des actionnaires⁶. En somme, pour bien représenter les

1 1 Gallois L., *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, rapp., 5 nov. 2012, p. 21.

2 Auzero G., « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.* 2019, p. 485.

3 Del Sol M., *L'interlocuteur de l'employeur*, thèse dactyl., Blaise H. (dir.), 1992, Rennes.

4 Sur cette schizophrénie et son dépassement : Gomez P.-Y. et Hollandts X., « La représentation des salariés au conseil d'administration », *RDT* 2015, p. 451 ; Urban Q., « La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par actions : "Quel progrès ?" », *RDT* 2013, p. 689.

5 Lokiec P., *Droit du travail*, 1^{re} éd., 2019, PUF, n° 772 ; Géa F., « Loi *PACTE* : quelle contribution au renouveau du droit du travail ? », *RDT* 2020, p. 99, contrairement d'ailleurs, selon ce dernier auteur, à la représentation des salariés-actionnaires.

6 Rappr. Auzero G., « Droit du travail et droit des sociétés : des relations délicates ! », *Lexbase Hebdo éd. soc.*, 21 avr. 2005, n° 164 : « Il faut ici partir de l'idée que si les salariés font partie de l'entreprise, ils restent extérieurs à la société dont on a pu, à juste titre, dire qu'elle était le "vêtement

salariés dans la société commerciale, il faudrait qu'ils arrêtent d'être (uniquement) des salariés⁷. La plupart des incertitudes techniques des règles qui gouvernent les administrateurs représentant les salariés résultent de cette ambiguïté qui participe de l'accumulation, dans le droit français des relations professionnelles, de logiques contradictoires et inabouties d'association des salariés à l'entreprise⁸.

La poursuite d'une logique est néanmoins perceptible, le législateur persistant dans la voie du développement des administrateurs salariés, à travers les lois du 14 juin 2013 et du 17 août 2015, et, en dernier lieu, de la loi *PACTE* du 22 mai 2019. Pour autant, le législateur n'a pas saisi cette dernière occasion pour s'atteler à la résolution des problèmes récurrents qui surgissent au temps de l'obtention du mandat d'administrateur représentant les salariés (I) comme au temps de l'exercice de son mandat (II).

I. Obtention du mandat

2. Extension ; mise en œuvre. – La loi *PACTE* a étendu le dispositif obligatoire de mise en place des administrateurs représentant les salariés (A) mais sans toucher aux règles relatives à sa mise en œuvre, qui sont pourtant celles qui suscitent le plus de difficultés (B).

A. Extension de l'obligation ?

3. Extension du périmètre de l'obligation. – En principe, la mise en place obligatoire des administrateurs salariés concerne les sociétés anonymes⁹, les sociétés en commandite par actions¹⁰ ou les sociétés européennes¹¹ qui emploient à la clôture de deux exercices consécutifs au moins 1 000 salariés permanents¹² dans la société et ses filiales françaises, ou au

moins 5 000 salariés dans la société et ses filiales françaises et étrangères¹³.

À l'occasion de la loi *PACTE*, le législateur a étendu cette obligation aux mutuelles d'au moins 1 000 salariés¹⁴. Pour le reste, cette extension s'est matérialisée par une redéfinition de l'exonération jusqu'alors applicable aux sociétés holding. Avant la loi *PACTE*, les sociétés holding qui contrôlaient au moins une filiale soumise à l'obligation n'avaient pas à mettre en place le dispositif, sauf si elles étaient tenues de mettre en place un comité d'entreprise. L'obligation ne concernait donc que les holdings d'au moins 50 salariés. Désormais, les articles L. 225-27-1, I, alinéa 2 et L. 225-79-2, II, alinéa 2, du Code de commerce qui conduisent à l'exonération des holdings suppose que trois conditions cumulatives soient réunies, à savoir : la holding ne doit pas être soumise à l'obligation de mettre en place un comité social et économique (l'exception ne vaut donc plus que pour celles qui emploient moins de 11 salariés sur 12 mois consécutifs) ; elle doit détenir une ou plusieurs filiales, directes ou indirectes, assujetties à l'obligation de mettre en place les administrateurs représentant les salariés ; ses actions ne doivent pas être admises aux négociations sur un marché réglementé ou au moins quatre cinquième de ses actions doivent être détenues, directement ou indirectement, par une personne physique ou morale agissant seule ou de concert¹⁵. L'extension du périmètre de l'obligation semble donc *a priori* modeste. D'autant plus que si la restriction du bénéfice de l'exonération pour les holdings conduit à une extension du champ de l'obligation pour ces dernières, elle entraîne corrélativement une diminution de la présence d'administrateurs salariés au sein de ses filiales, lesquelles pourront prévaloir de la mise en œuvre de l'obligation au niveau de la holding pour échapper à l'obligation. En effet, le système d'exonération des filiales d'une société elle-même assujettie à l'obligation n'a pas été remis en cause, pas plus d'ailleurs que ne l'a été celui permettant d'exonérer les sociétés ayant volontairement mis en place des administrateurs salariés d'un nombre au moins égal à celui exigé par le régime obligatoire. N'aurait-il pas été plus simple d'étendre le dispositif par le biais d'une nou-

juridique" de l'entreprise. Or le pouvoir de décision prend sa source dans la société, à laquelle les salariés n'ont, en principe, pas accès. Si l'on ne saurait minimiser le rôle du comité d'entreprise, celui-ci ne permet pas véritablement aux salariés de peser sur le processus de décision. Le seul moyen d'atteindre un tel objectif est de leur permettre de pénétrer la société » ; 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. 1015, spéc. n° 20.

7 Lyon-Caen G., « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », D. 1997, Chron., p. 109.

8 En ce sens : Vatinet R., « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », Rev. sociétés 2014, p. 75 ; La création du conseil d'entreprise en est un exemple récent (v. not. Lokiec P., « La qualité et l'innovation au cœur du modèle social », SSL, n° 1828, p. 12).

9 Quel que soit le type de structure (moniste et dualiste) : C. com., art. L. 225-27-1 et C. com., art. L. 225-79-2.

10 C. com., art. L. 226-5-1.

11 C. com., art. L. 229-7.

12 Le Code du travail n'ignore pas la notion de « salarié permanent » : un parallèle peut être fait avec l'article R. 2312-9 relatif à la base de données économiques et sociales qui précise qu'il s'agit de décompter « les salariés à temps plein, inscrits à l'effectif pendant toute l'année considérée et titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée » (en ce sens : Jeansen E. et Maréchal F., « Participation des salariés à la gestion de l'entreprise, nouvelle formule », JCP S 2013, 1272, spéc.

n° 5 ; *contra* Vatinet R., « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », Rev. sociétés 2014, p. 75, spéc. nos 7-8).

13 Sur l'exclusion des autres formes sociétaires et en particulier de la société par actions simplifiée : Auzero G., « La représentation des salariés dans les organes sociaux », Dr. soc. 2019, p. 42.

14 C. mut., art. L. 114-16-2, II., à ce propos : Jeansen E., « La participation des salariés aux organes de direction, un nouveau pacte ou de simples ajustements ? L. n° 2019-486, 22 mai 2019 », JCP S 2019, 1186.

15 Il convient en d'autres termes que la société holding ne soit pas cotée ou que son capital dit « flottant » soit égal ou inférieur à un cinquième, et donc très faible (Mortier R., de Vendeuil S. et Zabala B., « Loi *PACTE* et droit des sociétés », JCP E 2019, 281).

velle baisse des seuils d'effectif, comme à l'occasion de la loi *Rebsamen* du 17 août 2015 ?

4. Et la définition du groupe ? – Selon le dernier alinéa du I, de l'article L. 225-27-1 du Code de commerce¹⁶, une société est exonérée d'organiser la nomination d'administrateurs salariés dès lors qu'elle est « la filiale directe ou indirecte » d'une société elle-même soumise à l'obligation. Cette règle conjuguée à celle du calcul du seuil d'effectif dans la société *et* ses filiales directes ou indirectes, permet en principe de remonter « la chaîne du contrôle » pour n'assujettir à l'obligation que la ou les sociétés têtes de groupe. Si le dispositif reste inchangé, une précision sur la notion de « filiale » aurait pourtant été la bienvenue car de cette notion découle la fréquence de mise en œuvre de l'obligation. Dans le silence des textes, une première interprétation consisterait à ne retenir que l'effectif des filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, c'est-à-dire que le groupe ne serait constitué que de la société mère et des sociétés dont elle détient, directement ou non, plus de la moitié du capital. Dans cette hypothèse, la dérogation permettant à la filiale d'une société – qui elle-même remplit l'obligation – de ne pas mettre en place les administrateurs salariés serait moins facilement mise en œuvre, l'obligation pouvant alors exister plusieurs fois au sein d'un même groupe de sociétés *contrôlées* (puisque seule compterait la détention capitalistique pour le bénéfice de l'exonération). Une telle interprétation irait dans le sens du renforcement de la représentation des salariés au sein des organes dirigeants souhaité par le législateur. Selon une seconde interprétation, le groupe pourrait s'étendre au-delà de la filiale définie par l'article L. 233-1 du Code de commerce. Cet article ne définit en effet la filiale qu'au regard de certaines obligations de notification et d'information ainsi que pour la réglementation des participations réciproques entre sociétés. Mais la difficulté consiste alors à délimiter le groupe. De prime abord, devraient l'intégrer (et donc pouvoir bénéficier de l'exonération) les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce ainsi que celles sur lesquelles s'exercent une influence notable sur les comptes consolidés au sens de l'article L. 233-16. Faut-il s'aventurer hors du Code de commerce afin d'intégrer à ce cercle les sociétés sur lesquelles s'exercent une influence dominante au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail relatif à la mise en place du comité de groupe¹⁷ ? Ni la loi *Rebsamen* ni la loi *PACTE* n'ont apporté de réponse à cette question pourtant essentielle. À notre sens, il

convient de s'en tenir au texte de l'article L. 225-27-1 du Code de commerce : le dernier alinéa du I n'est pas « l'égal » du premier alinéa ; il fait bien figure d'exception au principe de l'assujettissement à l'obligation et doit donc s'interpréter strictement. La notion de filiale au sens capitalistique devrait donc être retenue afin d'éviter d'accorder une trop grande portée à l'exception (autrement dit, à l'exonération). Au-delà de ce débat, la notion de filiale emporte au moins une certitude : elle empêche une société *sœur* de bénéficier de l'exonération.

5. Nature de l'obligation. – Au-delà de l'accroissement tout relatif de la récurrence de l'obligation d'instaurer des administrateurs salariés, la loi *PACTE* a surtout renforcé le poids de leur présence. Antérieurement, la désignation de deux administrateurs salariés (au lieu d'un seul) n'était obligatoire que si le nombre d'administrateurs non salariés, nommés par l'assemblée générale, était supérieur à 12 ; désormais, 2 administrateurs salariés doivent être nommés si ce nombre est supérieur à 8. Le franchissement de ce seuil s'apprécie à la date de désignation des administrateurs salariés ; il doit par ailleurs s'agir du nombre réel d'administrateurs et non du nombre figurant dans les statuts. En d'autres termes, les sièges vacants doivent être exclus. Si le mandat du neuvième administrateur élu par l'assemblée générale venait à prendre fin avant le jour de la désignation ou de l'élection des 2 administrateurs salariés, 1 seul administrateur salarié devrait être désigné. Ce n'est, en définitive, pas tant dans l'extension de l'obligation de mise en place que dans cet abaissement du seuil de 12 à 8 administrateurs que réside l'apport réel de la loi *PACTE*, à savoir l'augmentation de la présence des administrateurs représentant les salariés dans les sociétés *déjà* concernées par l'obligation, permettant ainsi une concertation entre les administrateurs salariés et une participation sans doute plus réelle et moins formelle¹⁸.

B. Mise en œuvre de l'obligation

6. Consultation préalable. – La mise en œuvre de l'obligation requiert une modification des statuts de la société par l'assemblée générale extraordinaire précédée d'une consultation d'une institution représentative du personnel. Il doit s'agir, « selon le cas, du comité de groupe, du comité central d'entreprise ou du comité d'entreprise ». Il est regrettable que le législateur n'ait pas pris la peine d'actualiser ces références avec l'avènement du comité social et économique, d'autant plus qu'il l'a fait quelques lignes plus haut

¹⁶ Mais la règle est identique pour les sociétés anonymes à structure duale : C. com., art. L. 225-79-2.

¹⁷ Dans le sens de l'exclusion de la notion d'influence dominante : Jeansen E. et Maréchal F., « Participation des salariés à la gestion de l'entreprise, nouvelle formule », JCP S 2013, 1272, spéc. n° 6.

¹⁸ Sans nier que si pas supplémentaire vers une codétermination il y a, il demeure « feutré » (Géa F., « Loi *PACTE* : quelle contribution au renouvellement du droit du travail ? », RDT 2020, p. 99).

afin de restreindre la portée de l'exonération applicable aux holdings. Trois certitudes découlent du texte : 1) une seule consultation doit avoir lieu ; 2) elle doit être achevée avant la tenue de l'assemblée générale ; 3) chaque modification des statuts en la matière (et non la seule inauguration de la présence d'administrateurs salariés) génère l'obligation de consultation. En outre, même si le texte ne le précise pas expressément, il est fort probable que la transmission de l'avis du comité social et économique à l'assemblée générale soit également obligatoire dès lors que cet avis doit permettre, en application du droit commun applicable à toute consultation, d'influencer les contours de la modification des statuts décidée par l'assemblée¹⁹. En revanche, la loi *PACTE* ignore une nouvelle fois le problème de l'acteur auprès duquel cette procédure de consultation doit être conduite : le comité de groupe, le comité social et économique central ou le comité social et économique ? Le problème se cristallise dans le caractère à la fois sibyllin et lapidaire de la formule « selon le cas ». Plusieurs hypothèses peuvent être identifiées.

Première hypothèse : la formule « selon le cas » écarte tout pouvoir discrétionnaire de l'employeur dans le choix de l'instance ; priorité serait en réalité accordée au comité de groupe²⁰. Deuxième hypothèse : étant donné que la formule « selon le cas » est à nouveau utilisée dans la loi pour déterminer laquelle des trois instances mentionnées est amenée à désigner l'administrateur salarié, on pourrait en conclure que c'est l'instance appelée à désigner le ou les administrateurs salariés qui doit être consultée. Mais ce raisonnement ne peut valoir que dans le cas où l'assemblée générale a fait le choix de confier aux institutions représentatives du personnel le soin de désigner les administrateurs salariés²¹. En outre, la consultation des institutions représentatives du personnel doit avoir lieu avant ce choix. Dès lors, et à notre sens, s'il l'on peut considérer comme opportun que l'instance amenée à rendre un avis soit celle amenée à désigner l'administrateur salarié, il ne peut s'agir d'une obligation. Troisième hypothèse, qui ne devrait pas être retenue mais qui pourrait, à l'occasion d'une modification législative ultérieure, offrir une cohérence à cette consultation : puisque la désignation des administrateurs salariés vise à « la prise en compte du point de vue des salariés sur la stratégie de l'entreprise »²², il ne serait pas inopportun de décider que l'instance devant être consultée est celle amenée à rendre un avis sur les orientations

stratégiques à l'occasion de la consultation récurrente éponyme. Le comité de groupe ne pourrait alors être consulté en lieu et place du comité social et économique de la société concernée que si un accord collectif prévoit que la consultation récurrente sur les orientations stratégiques est conduite au niveau du groupe²³. Quatrième hypothèse enfin, qui, à notre sens, devrait être retenue en l'état actuel du droit positif : même si cela peut paraître surprenant, force est de constater que le législateur considère que l'hypothèse d'une coexistence au sein d'une même société d'un comité social et économique et d'un comité de groupe est impossible. Littéralement, la formule « selon le cas » suggère en effet qu'un seul cas à la fois peut se présenter. Il faudrait en conséquence conclure que le législateur a involontairement offert une alternative aux sociétés concernées qui pourraient, à leur choix, consulter le comité social et économique *ou* le comité de groupe.

7. Modification des statuts. Moment. – Dès lors que l'obligation existe, sa mise en œuvre suppose, outre l'avis d'une institution représentative du personnel, une modification des statuts par l'assemblée générale extraordinaire *dans les 6 mois* suivant la clôture du second exercice consécutif au sein duquel le seuil d'effectif est atteint. L'assemblée est tenue de modifier les statuts et de choisir l'une des modalités de désignation des administrateurs salariés proposées par le législateur²⁴. Une fois les statuts modifiés, l'élection ou la désignation effective doit avoir lieu dans les 6 mois suivant la modification des statuts. Ce délai à double détente vise à laisser le temps de la réflexion puis celui de l'organisation à la société concernée, mais il a généré une insécurité juridique importante. Il a pu en effet être soutenu que ce double délai n'est applicable que lorsque la société franchit les seuils d'effectif qui l'assujettissent à l'obligation. Ainsi, voilà une société A, naguère exonérée car sa société mère mettait en œuvre l'obligation, qui est vendue et sort du groupe pour en rejoindre un autre au sein duquel elle ne peut plus bénéficier de l'exonération ; cette société A serait alors immédiatement assujettie à l'obligation et donc en infraction, sans qu'aucun « délai de grâce » ne trouve à s'appliquer. Une interprétation littérale justifie cette position (le délai de 6 mois n'étant accordé qu'à « la clôture du second des deux exercices » pendant lesquels le seuil d'effectif est franchi). Néanmoins, il nous semble qu'il faille s'écarter de la lettre du texte et admettre que la société A bénéficie, à l'instar de la société qui vient de franchir les seuils, d'un délai de 6 mois à compter de la date à

19 En ce sens : Vatinet R., « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés* 2014, p. 75, spéc. n° 15.

20 Vatinet R., « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés* 2014, p. 75, spéc. n° 15.

21 V. *infra* n° 9.

22 ANI, 11 janv. 2013, art. 13.

23 C. trav., art. L. 2312-20.

24 Elle ne pourrait pas, à notre sens, déléguer ce pouvoir à l'organe dirigeant.

laquelle l'exonération est perdue pour convoquer une assemblée générale extraordinaire²⁵. En effet, à défaut, la société serait forcément en infraction pendant les 15 jours qui doivent nécessairement séparer la première convocation d'une assemblée générale extraordinaire de sa tenue²⁶, à moins qu'elle ait pu anticiper la perte de l'exonération (ce qui est possible en cas de cession de filiale mais ne l'est pas forcément en cas de cession de titres, cette dernière pouvant survenir soudainement, sans concertation préalable). En outre, on pourrait également avancer que la consultation d'une institution représentative du personnel ayant été positionnée par le législateur *avant* le choix opéré par l'assemblée générale extraordinaire, son intention était de promouvoir une mise en place des administrateurs salariés fondée sur le dialogue social. Par conséquent, l'application immédiate de l'obligation empêcherait également de conduire la consultation obligatoire du comité social et économique ou du comité de groupe. Soulignons ici qu'il s'agit d'un cas de consultation qui, parce qu'il n'est pas prévu au sein du Code du travail, n'est pas concerné par l'encadrement des délais de consultation²⁷. Une fois la modification des statuts intervenue, le second délai de 6 mois laissé à la société concernée est cette fois applicable sans aucun débat possible, aucune référence à l'effectif ne figurant au dernier alinéa du III, de l'article L. 225-27-1 du Code de commerce.

8. Modification des statuts. Contenu. – Depuis que l'obligation de mettre en place des administrateurs représentant les salariés existe, les textes n'ont pas évolué et prévoient toujours quatre modes de désignation des administrateurs salariés : 1) une élection directe par les salariés de la société et des filiales françaises ; 2) une désignation, « selon le cas », par le comité de groupe, comité central d'entreprise ou le comité d'entreprise de la société concernée ; 3) une désignation par l'organisation syndicale la plus représentative du groupe circonscrit au territoire français ou, si deux administrateurs salariés doivent être désignés, par les deux organisations syndicales les plus représentatives du groupe ; 4) lorsqu'au moins deux administrateurs salariés doivent être désignés, un panachage est possible entre l'une des trois premières possibilités avec une désignation par le comité d'entreprise européen

ou le comité légal ou conventionnel de la société européenne²⁸.

À l'instar de la consultation préalable à la modification des statuts, le législateur fait usage de la formule « selon le cas » pour introduire les trois instances à même de désigner les administrateurs salariés, ce qui devrait conduire à une solution identique, à savoir un libre choix de l'instance par l'assemblée générale. Pourtant, comme pour la consultation préalable à la modification des statuts, certains auteurs estiment qu'une priorité doit être accordée au comité de groupe²⁹, notamment car l'exposé des motifs du projet de loi initial d'avril 2013 prévoyait que la désignation devait intervenir « par l'institution représentative du personnel la plus élevée du même périmètre ». Toutefois, le rapport de la commission des lois à l'Assemblée nationale visait « chacune des instances représentatives du personnel pertinentes suivant la taille de la société et son organisation »³⁰. Il faut donc bien y voir un choix offert à l'assemblée générale, laquelle pourrait également décider, à notre sens, que l'un des administrateurs est désigné par le comité de groupe et l'autre par le comité social et économique.

II. Exercice du mandat

9. Finalité ; moyens. – La finalité du mandat d'administrateur représentant les salariés est de porter la voix des salariés au sein de l'organe dirigeant de la société, laquelle devrait en retirer une meilleure connaissance de la réalité du terrain (A). Pour ce faire, les moyens alloués à l'administrateur salarié ont également été renforcés par la loi *PACTE* (B).

A. Finalité du mandat

10. Un porte-voix ? – La voix délibérative de l'administrateur représentant les salariés en fait l'égal des autres administrateurs. En tant que tel, il est au service des intérêts de la société ; en tant que représentant des salariés, il est leur porte-voix. Parfois, « le représentant des salariés » l'emporte sur « l'administrateur », c'est alors le droit du travail qui influence le droit des sociétés. Tel est le cas lorsque la rupture du contrat de travail entraîne la fin du mandat d'administrateur³¹. L'application du droit du travail justifie aussi la mise à l'écart de la règle traditionnelle de révocation *ad nutum* : hormis l'hypothèse d'une rupture

25 En ce sens : Couret A., « Le mandat d'administrateur représentant les salariés et les aléas de son fait générateur », BJS juin 2018, n° 118r4, p. 385, spéc. n° 7 et 8 sur les cas de transformation d'une société en une forme assujettie à l'obligation alors qu'elle remplissait déjà les seuils d'effectif.

26 C. com., art. R. 225-69.

27 C. trav., art. L. 2312-16, al. 1^{er}, *in fine*, qui limite le champ de l'encadrement aux consultations prévues par le Code du travail.

28 Sur les avantages et inconvénients de chacune de ces voies : Rozec P., « La participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés », JCP S 2013, 1273.

29 Vatinet R., « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », Rev. sociétés 2014, p. 75, spéc. n° 20.

30 Ass. nat. n° 839, commission des lois, 26 mars 2013, p. 45.

31 C. com., art. L. 225-32, al. 1^{er} ; étant par ailleurs précisé que l'administrateur représentant les salariés bénéficie du statut de « salarié protégé » (C. trav., art. L. 2411-1).

du contrat de travail, seule la décision judiciaire peut mettre fin au mandat³², même en cas de baisse des effectifs ou du nombre d'administrateurs ayant justifié sa nomination. Mais parce qu'il se doit aussi d'être au service de l'intérêt de la société, l'administrateur représentant les salariés est (presque)³³ un administrateur à part entière, bénéficiant des droits de vote et d'information et assujéti à des devoirs identiques à ceux des autres administrateurs. C'est alors « l'administrateur » qui s'impose sur « le représentant des salariés », en particulier car l'administrateur salarié n'a aucun compte à rendre à ses électeurs ou aux personnes qui l'ont désigné. Son indépendance est garantie par l'incompatibilité générale du mandat d'administrateur salarié avec les mandats de représentation collective que le salarié pourrait détenir au sein de la société qui met en œuvre l'obligation, mais également avec un mandat de membre du comité de groupe, du comité d'entreprise européen ou de celui de la société européenne³⁴. La crainte qu'une logique revendicatrice, qui n'aurait pas sa place au conseil d'administration, prenne le pas sur la logique de participation n'émanait pas du législateur : ce sont les partenaires sociaux eux-mêmes qui avaient stipulé cette incompatibilité dans l'ANI du 11 janvier 2013. À l'occasion des premières assises des administrateurs salariés au Collège des Bernardins, les études rapportées montraient que l'abandon de leurs autres mandats était jugé acceptable pour deux tiers des administrateurs salariés³⁵, ce que confirmait d'ailleurs le rapport *Notat-Sénart*³⁶.

11. Des risques de mutisme. – S'il est un porte-voix, dont la finalité est de tisser un lien entre l'organe dirigeant et les salariés, l'administrateur salarié endure pourtant un risque important de mutisme. D'abord, l'administrateur représentant les salariés souffre d'une difficulté d'identification. Au sein de l'organe dirigeant, il siègera souvent aux côtés des administrateurs représentant les salariés-actionnaires et des représentants du comité social et économique. N'étant assim-

lable ni aux premiers ni aux seconds, l'administrateur représentant les salariés forme le troisième pilier d'un « triptyque » plus ou moins volontairement érigé par le législateur en matière de participation des salariés aux organes de direction³⁷. Ensuite, le mutisme peut aussi venir d'une déconnexion avec la base : devenu administrateur salarié, sans plus détenir aucun mandat de représentation collective par ailleurs, il peut se confondre avec l'organe dirigeant qu'il intègre, d'autant plus que le droit des sociétés lui intime la discrétion³⁸.

Mais le mutisme le plus absolu provient évidemment du cas où la société n'a pas procédé à la mise en place des administrateurs salariés alors qu'elle en avait l'obligation, ou encore d'une absence de convocation de l'administrateur salarié à une réunion. La nullité devrait nécessairement sanctionner les décisions adoptées par l'organe dirigeant dans de telles conditions. En effet, en vertu de l'article L. 235-1 du Code de commerce, la nullité des délibérations « ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre », livre qui comprend l'obligation d'assurer la participation des salariés à l'organe dirigeant de la société. L'intégration de cette obligation « travailliste » au sein du Code de commerce permet donc d'en assurer une meilleure effectivité³⁹. Sans administrateur salarié, l'organe dirigeant de la société ne serait pas valablement constitué et ne pourrait, en conséquence, adopter des décisions⁴⁰. En effet, l'absence de nomination ou de convocation ne semble pas assimilable à une nomination « en violation » des dispositions impératives relatives à la mise en place des administrateurs salariés, pour laquelle l'article L. 225-29 du Code de commerce écarte expressément la nullité des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé.

B. Moyens de l'exercice

12. Renforcement de la formation. – Pour que la mission de l'administrateur salarié ne soit pas vaine et qu'elle ne se résume à la simple apparence d'une par-

32 C. com., art. L. 225-32, al. 2.

33 Il faut rappeler que les administrateurs représentant les salariés ne sont pas pris en compte dans la détermination du nombre minimal ou maximal de membres du conseil. Supposée favoriser la mise en place d'un nombre d'administrateurs salariés supérieur au minimum légal, la solution n'en est pas moins fâcheuse car elle entretient l'idée que les administrateurs représentant les salariés ne comptent pas « vraiment » ou qu'ils sont, quoi qu'on en dise par ailleurs, moins importants que les administrateurs élus par l'assemblée générale des actionnaires (Koehl M., « La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion », RDT 2020, p. 237.).

34 C. com., art. L. 225-30 ; Cass. soc., 30 sept. 2005, n° 04-10490 : JCP S 2005, 1356, note Vatinet R. ; Rev. sociétés 2006, p. 73, note Saintourens B.

35 Premières assises des administrateurs salariés, Collège des Bernardins, 5 mars 2015 : <https://www.collegedesbernardins.fr/recherche/les-administrateurs-salaries>.

36 Notat N. et Sénard J.-D., *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, rapp., 9 mars 2018, p. 57 : « Le cumul présente des avantages et des inconvénients et il ne semble pas, en l'état, exister de raison de changer la règle actuelle, ni de demande en ce sens. »

37 Jeansen E., « La participation des salariés aux organes de direction, un nouveau pacte ou de simples ajustements ? », JCP S 2019, 1186, spéc. n° 3.

38 C. com., art. L. 225-37, al. 5.

39 Car à défaut, « si l'on sépare le territoire des deux droits, on est nécessairement conduit à cette conséquence que la méconnaissance d'une obligation imposée par le droit du travail est sans influence sur la validité d'une opération du droit commercial » (Lyon-Caen G., « La concentration du capital et le droit du travail », Dr. soc. 1983, p. 287). Rapp. Vernac S., « Du bon gouvernement de l'entreprise en société », RDT 2018, p. 261.

40 Comp. pour les inconvénients et une critique de la nullité des actes subséquents à un premier acte nul : Moury J., « Les nullités "en cascade" en droit des sociétés », Rev. sociétés 2013, p. 599 ; Le Cannu P., « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, 2003, LGDJ, p. 113.

ticipation, la formation des administrateurs représentant les salariés est impérative. Sous l'empire de la loi *Rebsamen*, le temps minimum de formation était de 20 heures par an. Cette durée minimale a été doublée à l'occasion de la loi *PACTE* pour atteindre 40 heures par an⁴¹. En application de l'article R. 225-34-3 du Code de commerce dans sa version modifiée par le décret n° 2019-1308 du 6 décembre 2019, cette formation doit permettre l'acquisition et le perfectionnement des connaissances et techniques nécessaires à l'exercice de leur mandat et doit principalement porter sur le rôle et le fonctionnement du conseil d'administration, les droits et obligations des administrateurs et leur responsabilité ainsi que sur l'organisation et les activités de la société. Enfin, le conseil d'administration doit recueillir l'avis des administrateurs concernés sur le contenu du programme de formation. Mais parce que la formation, qu'elle soit comptable, financière ou d'un autre ordre, est insuffisante sans la connaissance parfaite du groupe, le législateur a également prévu qu'une partie de ce temps de formation s'effectue dans la société ou dans l'une des sociétés qu'elle contrôle. La modification n'en est pas moins modeste, notamment parce que leur capacité d'action « réelle » n'évolue pas⁴². Une exigence temporelle s'y ajoute aussi : pour les administrateurs salariés élus pour la première fois, la formation doit débuter dans les 4 mois suivant leur nomination, l'idée étant bien sûr que le mandat prenne très vite un sens. La formation revêt un caractère absolument fondamental : elle est ce qui permet d'espérer une certaine diversité parmi les administrateurs salariés et l'effectivité du droit de participer à la gestion de l'entreprise. On peut toutefois regretter que la loi *PACTE* n'ait pas abandonné la mécanique d'une demande préalable de formation formulée par l'administrateur salarié, sans laquelle l'obligation de formation n'existe pas. En revanche, si une telle demande est formulée, la société ne peut s'y opposer. Le droit à la formation étant prévu au sein du livre II du Code de commerce, le manquement à cette

obligation pourrait théoriquement être sanctionné par la nullité des délibérations de l'organe dirigeant. Une telle sanction apparaît toutefois largement disproportionnée, en particulier au regard de la défec-tuosité de la lettre du texte de l'article L. 225-30-2 : si la formation des administrateurs salariés qui exercent pour la première fois cette fonction doit impérativement intervenir dans les 4 mois à compter du début de leur mandat, comment l'obligation peut-elle par ailleurs n'exister qu'à la demande des administrateurs salariés⁴³ ?

13. *Statu quo* pour le crédit d'heures. – La loi *PACTE* n'a pas modifié le crédit d'heures dont bénéficient les administrateurs représentant les salariés pour mener à bien leurs missions. Leur temps de préparation ne peut être inférieur à 15 heures ni supérieur à la moitié de leur durée légale de travail mensuel par réunion de l'organe dirigeant considéré. L'organe dirigeant le détermine en tenant compte de l'importance de la société, de ses effectifs et de son rôle économique et, le cas échéant, de l'objet de la réunion. Ainsi, l'on comprend que, dans cette fourchette, l'organe dirigeant peut fixer un crédit d'heures différent pour chaque réunion.

14. Et demain ? – Le renforcement des obligations relatives à la mise en place des administrateurs salariés est heureux. Les incohérences relevées peuvent être dépassées car l'obligation ne concerne pour l'heure que des grands groupes qui bénéficient d'importants moyens juridiques. En revanche, la pérennisation d'un dispositif aussi complexe est de nature à constituer un obstacle à l'élargissement, dans un avenir proche, de la participation des salariés à des entreprises de taille plus modeste... À moins que l'intégration aux organes de direction, qui est considérée comme l'une des formes les plus accomplies de la participation des salariés à la gestion de leur entreprise, ne soit condamnée à demeurer le privilège des salariés des quelques très grandes entreprises françaises.

41 C. com., art. L. 225-30-2 ; Par ailleurs, ce droit à la formation a été étendu aux administrateurs salariés au sein des conseils de surveillance (C. com., art. L. 225-80) ; il était d'ailleurs étonnant qu'ils n'en bénéficient pas auparavant.

42 Enjolras L., « La volet RSE de la loi *PACTE* », RLDA juill.-août 2019, n° 150, p. 42, spéc. p. 43.

43 En ce sens : Jeansen E., « La participation des salariés aux organes de direction, un nouveau pacte ou de simples ajustements ? L. n° 2019-486, 22 mai 2019 », JCP S 2019, 1186, spéc. n° 10.

Controverses sur le statut des travailleurs de plateformes, entre droit du travail et droit des sociétés ^{113x3}

Jérôme GIUSTI

Avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit de la propriété intellectuelle et en droit des nouvelles technologies, de l'informatique de la communication

Associé du cabinet d'avocats Metalaw

Co-directeur de l'Observatoire Justice de la Fondation Jean Jaurès

Thomas THÉVENOUD

Ancien ministre et ancien député,

Consultant en affaires publiques du cabinet d'avocats Metalaw

Avec la collaboration de

Fayrouze MASMI-DAZI

Avocate au barreau de Paris, spécialisée en droit de la concurrence

Associée du cabinet Friehe Associés

Le statut des travailleurs de plateformes est au cœur de multiples controverses contemporaines qui, dans une perspective légale ou jurisprudentielle, intéressent pour l'essentiel le droit du travail. Le droit des sociétés ne pourrait-il pas, en la matière, contribuer à renouveler les termes du débat ? La trop méconnue coopérative d'activité et d'emploi fournit sur ce point quelques idées neuves.

La transformation numérique, engagée depuis plusieurs années, change chaque jour davantage nos usages, nos modes de vie et nos habitudes. Pour le meilleur comme pour le pire. C'est particulièrement vrai dans le domaine des transports où l'arrivée d'Uber en France, en 2013, a tout modifié à tel point que le verbe « ubériser » est passé dans le langage courant. Néologisme servant à désigner la mise en relation directe par application mobile de clients et de fournisseurs de services ou de biens, professionnels ou non, l'uberisation est devenue le symbole d'une époque.

Pourtant, le modèle fait l'objet de nombreuses critiques : « exploitation » des travailleurs de plateformes, agressions sexuelles des clientes, pertes financières abyssales, erreurs de management, entrée en bourse ratée... Aujourd'hui, le phénomène de l'uberisation est, partout dans le monde et y compris aux États-Unis, remis en cause juridiquement soit par le législateur, soit par le juge, soit enfin, par les travailleurs eux-mêmes et leurs représentants.

Mardi 5 mai 2020, le procureur général de l'État de Californie¹ a annoncé l'ouverture de poursuites contre Uber et Lyft pour leur refus de requalifier leurs chauffeurs en travailleurs salariés. Avec le développement de l'économie numérique, c'est notre rapport au

travail qui a été impacté et, avec lui, l'ensemble du système de protection juridique et sociale des travailleurs de plateformes, ces « travailleurs du clic » au sens où l'entend Antonio A. Cassili².

La révolution numérique nécessite aujourd'hui de responsabiliser les plateformes et de redonner un statut et la parole à ceux qui collaborent avec elles. Ouvert depuis de nombreux mois, le débat reste d'actualité, malgré l'adoption de la loi d'orientation des mobilités qui avait notamment pour objectif de conférer de nouveaux droits aux travailleurs de plateformes. Depuis, leur statut ne cesse d'être remis en cause : par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation tout d'abord, puis par l'opposition parlementaire au travers de deux propositions de lois récentes, puis enfin, par le gouvernement lui-même qui vient de décider de relancer la réflexion en confiant à la « mission Frouin », à qui l'exécutif avait déjà confié le soin de se pencher sur les conditions de la représentativité des travailleurs de plateformes, un nouveau champ de compétence pour réfléchir à leur statut tout entier. Se sont récemment joints à ces débats les travailleurs eux-mêmes, lesquels ont récemment saisi les conseils de prud'hommes en requalification de leur relation professionnelle avec Uber en contrat de travail, tout en saisissant la CNIL afin de voir condamner Uber à leur communiquer leurs données à caractère personnel.

¹ Lesnes C., « L'État de Californie poursuit Uber et Lyft », *Le Monde*, 6 mai 2020.

² Cassili A., *En attendant les robots*, 2019, Seuil.

C'est, semble-t-il, sans encore compter sur l'intervention du juge pénal, les médias se faisant récemment l'écho de l'emploi de livreurs à vélo étrangers sans papiers, non déclarés et non payés. Des alternatives à ces diverses manifestations contentieuses existent toutefois, en particulier celle tirée de la trop méconnue coopérative d'activité et d'emploi. Le statut juridique des travailleurs de plateformes invite, de la sorte, à jeter un regard tant du côté du droit du travail (I) que du droit des sociétés (II).

I. Du côté du droit du travail : perspectives contentieuses et projets de réforme

La LOM à demi votée, à demi censurée

Résultat de plus de deux années de débats, d'assises et d'allers-retours parlementaires, la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019, dite LOM³, est l'exemple de ce que notre pays peut produire de plus abouti en matière de processus législatif. Et pourtant... Ce texte, voté dans la douleur, et au milieu d'une année de mobilisation sociale, pourrait bien rester dans notre mémoire comme une tentative malheureuse d'élaborer une doctrine française « originale » quant au statut des travailleurs de plateformes : souhaitant leur conférer un tiers statut – ni totalement salarié, ni totalement indépendant –, le gouvernement français s'oppose ainsi à un courant de pensée dominant qui tend à les reconnaître, également à l'étranger, comme des salariés à part entière.

Dans un texte fourre-tout, au milieu des dispositions concernant le financement des infrastructures ferroviaires, les compétences des collectivités locales en matière de mobilité, ou encore la participation des entreprises au covoiturage de leurs salariés, la France a en effet voulu créer un objet juridique « très mal identifié » : le travailleur juridiquement indépendant, bien qu'économiquement dépendant, mais socialement protégé. Exemple inédit de *soft law* à la française, l'article 44 de la LOM vise ainsi à encadrer le statut des travailleurs de plateformes par le recours à une « charte sociale ». L'exécutif cherchait notamment à écarter le risque de requalification en travailleurs salariés de ces travailleurs indépendants, mais cela a depuis été censuré par le Conseil constitutionnel. Ainsi, en offrant la possibilité à chaque plateforme d'édicter, de façon unilatérale et facultative, une charte dont l'objet est de « déterminer les conditions et modalités d'exercice de sa responsabilité sociale » et de définir « ses droits et obligations ainsi que ceux des travailleurs avec lesquels elle est en relation », le gouvernement cherche à écha-

fauder un droit nouveau tendant à donner à la bonne volonté force de loi et visant à instaurer un « dialogue social » entre plateformes et chauffeurs-livreurs par la création d'une « représentation collective des travailleurs ». Et ce, afin d'améliorer « les conditions d'exercice de leur activité professionnelle ». Rappelons incidemment que l'article 44 résulte d'une première tentative avortée, en 2018, quand Monsieur le député Aurélien Taché avait tenté de créer une telle charte lors de l'examen du projet de loi pour « la liberté de choisir son avenir professionnel ». À l'époque, son amendement adopté par le Parlement avait été censuré par le Conseil constitutionnel⁴ car il constituait un « cavalier législatif ».

Le gouvernement en a repris l'idée dans l'article 44 de la LOM, en précisant que la nouvelle charte devait définir : « 1° Les conditions d'exercice de l'activité professionnelle des travailleurs avec lesquels la plateforme est en relation, en particulier les règles selon lesquelles ils sont mis en relation avec ses utilisateurs ainsi que les règles qui peuvent être mises en œuvre pour réguler le nombre de connexions simultanées de travailleurs afin de répondre, le cas échéant, à une faible demande de prestations par les utilisateurs. Ces règles garantissent le caractère non exclusif de la relation entre les travailleurs et la plateforme et la liberté pour les travailleurs d'avoir recours à la plateforme et de se connecter ou se déconnecter, sans que soient imposées des plages horaires d'activité ; 2° Les modalités visant à permettre aux travailleurs d'obtenir un prix décent pour leur prestation de services ; 3° Les modalités de développement des compétences professionnelles et de sécurisation des parcours professionnels ; 4° Les mesures visant notamment : a) à améliorer les conditions de travail ; b) à prévenir les risques professionnels auxquels les travailleurs peuvent être exposés en raison de leur activité ainsi que les dommages causés à des tiers ; 5° Les modalités de partage d'informations et de dialogue entre la plateforme et les travailleurs sur les conditions d'exercice de leur activité professionnelle ; 6° Les modalités selon lesquelles les travailleurs sont informés de tout changement relatif aux conditions d'exercice de leur activité professionnelle ; 7° La qualité de service attendue, les modalités de contrôle par la plateforme de l'activité et de sa réalisation et les circonstances qui peuvent conduire à une rupture des relations commerciales entre la plateforme et le travailleur répondant aux exigences de l'article L. 442-1 du Code de commerce ainsi que les garanties dont le travailleur bénéficie dans ce cas ; 8° Le cas échéant, les garanties de protection sociale complémentaire négociées par la plateforme dont les travailleurs peuvent bénéficier ».

3 L. n° 2019-1428, 24 déc. 2019, d'orientation des mobilités.

4 Cons. const., 4 sept. 2018, n° 2018-769 DC.

Ce texte a suscité de très nombreuses critiques. Au Sénat, en première lecture, l'ensemble des groupes politiques se sont exprimés contre son adoption, les arguments des sénateurs s'étant unanimement rejoints : la charte était trop défavorable aux travailleurs, le juge ne pouvait pas être dessaisi. On ne pouvait pas non plus traiter d'une question aussi importante à travers un texte avec si peu de portée normative générale. La charte a donc été représentée sous forme d'amendements parlementaires et gouvernementaux, en première lecture, à l'Assemblée nationale où le groupe LREM est largement majoritaire. L'article 44 a alors été de nouveau et définitivement adopté avec le soutien exclusif des députés LREM et du gouvernement. Cette charte a également entraîné l'opposition unanime des principales organisations syndicales mais c'est le Conseil constitutionnel qui lui a asséné le coup fatal. Saisi par les groupes socialistes de l'Assemblée nationale et du Sénat, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 20 décembre 2019⁵, a ainsi censuré partiellement l'article 44. Les juges constitutionnels ont, à cette occasion, rappelé qu'il incombait au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution, sans reporter sur des personnes privées le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée qu'à la loi. La définition du champ d'application du droit du travail et, en particulier, les caractéristiques essentielles du contrat de travail, font partie de ces principes fondamentaux. Ainsi, la charte, fixant de manière unilatérale notamment la « qualité de service attendue, les modalités de contrôle par la plateforme de l'activité et de sa réalisation et les circonstances qui peuvent conduire à une rupture des relations commerciales entre la plateforme et le travailleur », a été considérée par les sages comme empiétant sur le domaine réservé à la loi, en ce qu'elle pouvait contenir des indices de nature à caractériser un lien de subordination du travailleur l'égard de la plateforme. Autrement dit, après cette censure partielle, les plateformes peuvent adopter des chartes sociales mais les conseils de prud'hommes ne seront pas tenus pour autant de refuser à un éventuel travailleur une requalification de sa prestation de travail en contrat de travail. C'est donc la seconde fois, en deux ans, que le Conseil constitutionnel s'est prononcé en défaveur de l'institution de telles chartes. Depuis cette date, les sénateurs socialistes et communistes ont cherché à faire voter, en janvier et juin 2020, des propositions de lois revenant sur le statut des travailleurs de plateformes, soit en rendant leur adhésion à une coopérative d'activité et d'emploi (CAE) obligatoire, soit en les rattachant au statut des salariés sous la forme d'une

catégorie spéciale dans le titre VII du Code du travail. En vain.

La fiction de l'indépendance à l'heure de la pandémie

Le 4 mars 2020⁶, peu avant le confinement, la Cour de cassation est venue confirmer la requalification d'un chauffeur Uber. La cour d'appel de Paris⁷ avait déjà conclu pareillement en 2018. Considérant qu'il se trouvait dans une situation de subordination vis-à-vis d'Uber, la Cour de cassation a ainsi repris, en requalifiant un chauffeur Uber, une position déjà connue en indiquant qu'était salarié un chauffeur qui intégrait un service de prestation de transport entièrement organisé par Uber, ne développait aucune clientèle propre, ne fixait pas librement ses tarifs ni les conditions de sa prestation de transport, se voyait imposer un itinéraire, sans connaître parfois la destination finale de sa course et qui pouvait enfin être déconnecté temporairement ou définitivement. Les juges espagnols⁸ et italiens⁹ avaient fait de même en janvier 2020 et la Suisse¹⁰ a embrayé le pas en avril 2020.

Le confinement a, quant à lui, révélé avec plus d'acuité encore la question de l'iniquité du statut des travailleurs de plateformes par rapport au statut salarié. Déjà précaire, la situation des chauffeurs et des livreurs est devenue avec le confinement catastrophique. Les chauffeurs n'ont plus travaillé et les livreurs qui ont continué à travailler l'ont fait sans être sanitairelement protégés¹¹. Prenons un exemple concret : une « hôtesse de caisse » ou un salarié de la grande distribution qui nous ont permis, pendant le confinement, de faire nos achats de première nécessité ont pu exercer leur droit de retrait s'ils ne souhaitaient pas être exposés au risque sanitaire. Ils ont pu bénéficier, si la baisse d'activité l'a justifiée, d'une prise en charge par l'État de leur chômage partiel et pourront bénéficier des dispositifs d'assurance-chômage si leur emploi venait à être remis en cause. S'ils contractent le virus, ils peuvent se mettre en arrêt maladie et leurs représentants du personnel peuvent attaquer l'entreprise pour l'obliger de se mettre en conformité avec des obligations sanitaires minimales ou renforcées, comme dans l'affaire *Amazon*¹². Rien de tel pour les chauffeurs Uber ou livreurs Deliveroo. Pas de protection sanitaire. Pas de protection sociale. Et la contamination « sociale » se

5 Cons. const., 20 déc. 2019, n° 2019-714 DC.

6 Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13316.

7 CA Paris, 6-2, 10 janv. 2019, n° 18/08357.

8 Tribunal Superior de Madrid, section n° 01 de lo Social, 23 janv. 2020.

9 Cour de cassation italienne, arrêt *Foodora*, 24 janv. 2020.

10 Maspoli P., « Un ex-chauffeur d'Uber obtient des droits d'employé », 24heures.ch, 24 avr. 2020.

11 Giusti J., « Chauffeurs-livreurs : les inaudibles de la République », www.jean-jaures.org, 23 mars 2020.

12 CA Versailles, 14^e ch., 24 avr. 2020, RG F n° 20/01993

poursuivant, les enseignes Franprix¹³ et Carrefour¹⁴ ont annoncé, pendant le confinement, avoir respectivement conclu un partenariat avec Deliveroo et Uber Eats pour la livraison de leurs clients à domicile, élargissant ainsi le champ de la propagation du travailleur ubérisé à la grande distribution.

La fiction du travailleur indépendant, déjà contredite par le droit du travail en temps normal, a ainsi éclaté au grand jour à la faveur de la crise sanitaire de sorte que la décision du 4 mars 2020, conjuguée à la situation d'extrême précarité que connaissent aujourd'hui les chauffeurs-livreurs malgré le déconfinement, et les nombreux cas de contamination au Covid-19 recensés sur le terrain. Pareil contexte les incite sans surprise à agir plus fortement pour faire valoir leurs droits. La requalification de leur relation de travail en contrat salarié apparaît ainsi aujourd'hui, pour des centaines de chauffeurs VTC qui ont saisi les conseils de prud'homme de Lille, Lyon puis, depuis le 18 mai 2020, Paris, la seule voie possible pour leur ouvrir un droit au travail sécurisé et un droit au chômage. La plupart d'entre eux ont, en quelques semaines, vu brutalement leur activité diminuer ou pour certains, disparaître.

Les plaintes collectives, engagées le 12 juin 2020¹⁵, en leur nom par La Ligue des droits de l'Homme et du citoyen contre Uber et ce, afin de faire sanctionner les manquements de la plateforme au règlement général pour la protection des données (RGPD) est, de ce point de vue, un pas supplémentaire dans leur démarche collective et annoncera, dans quelques mois, une action de groupe devant le tribunal judiciaire sur le fondement de l'article 37 de la loi *Informatique et libertés*, si Uber ne répond pas favorablement à leurs demandes de cessation des manquements constatés et d'indemnisation de leurs préjudices individuels.

Ces actions en annoncent possiblement d'autres, cette fois-ci devant le juge pénal. Début juin 2020, la presse s'est en effet fait l'écho d'une centaine de travailleurs sans papiers, ayant travaillé pendant le confinement pour une plateforme de livraison. Ces derniers demandent, aujourd'hui en manifestant dans la rue, leur régularisation et leur réintégration¹⁶. Non déclarés, non salariés, il est fort à craindre que des plaintes pénales suivront...

La mission Frouin

Le 14 janvier 2020, le Premier ministre a confié à Jean-Yves Frouin, ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation, une mission ayant pour but de réfléchir aux « différentes hypothèses envisageables pour construire un cadre permettant la représentation des travailleurs des plateformes numériques ». Cette mission est notamment en charge de préparer l'édition de l'ordonnance prévue par l'article 48 de la *LOM* qui doit permettre d'organiser les moyens d'une négociation collective entre plateformes et chauffeurs-livreurs. Ayant consulté, largement depuis sa création, la mission Frouin a vu sa compétence élargie depuis le 5 juin 2020 à une réflexion plus globale sur le statut des travailleurs de plateformes qui depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 2020, rendu après son installation, peuvent demander la requalification judiciaire. L'exécutif qui ne souhaite manifestement pas une telle requalification tente alors d'orienter la réflexion vers « un tiers statut », dans la droite ligne de sa doctrine « ni totalement salarié, ni totalement indépendant ». Les conclusions de cette mission sont attendues pour octobre 2020.

La mission Frouin peut sembler délicate. Celle-ci doit en effet répondre à plusieurs « injonctions paradoxales ». Tout d'abord, inventer « par le haut » les modalités d'une possible représentation collective, afin de nourrir le texte d'une ordonnance à venir, alors que la base semble ne plus attendre et déjà s'organiser « par le bas », avec l'apparition récente de nouveaux syndicats d'indépendants comme l'INV qui a regroupé, en quelques mois, plusieurs chauffeurs VTC. Car l'on se trompe souvent sur l'état d'esprit et les motivations des travailleurs de plateformes. On les dit individualistes et peu revendicatifs. Ils sont solidaires et déterminés. On les dit isolés et passifs. Ils sont de plus en plus nombreux à adhérer à une démarche syndicale. Autre injonction paradoxale : maintenir un statut indépendant tout en le rapprochant d'un statut « quasi-salarié ». Enfin, dernière injonction paradoxale et non des moindres : inventer une représentation collective entre acteurs que l'on présume autonomes mais qui se révèlent, côté chauffeurs-livreurs, plutôt être des salariés putatifs... tout en respectant le droit de la concurrence.

En effet, parmi les paramètres économiques pouvant faire l'objet d'une négociation collective entre les plateformes et leurs travailleurs figure la détermination d'un prix décent ou plancher, censé faire office de rémunération minimale. Une telle concertation, sans parler d'un tel accord, violerait d'ores et déjà, dans son objet et en tous cas dans son effet, le droit de la concurrence. Il en irait de même d'une concertation voire d'un accord sur les conditions d'exercice de l'ac-

13 Chenevoix C., « Deliveroo nouvelle alternative de livraison pour Franprix », www.lsa-conso.fr, 20 mars 2020.

14 Parliese C. et Bertrand P., « Uber Eats arrive dans la distribution avec Carrefour », *Les Échos*, 1^{er} avr. 2020.

15 Kristanadjadja G., « La Ligue des droits de l'Homme dépose plainte contre Uber devant la CNIL », *Libération*, 12 juin 2020.

16 Kristanadjadja G., « Les "livreurs de bonheur" Frichti luttent pour leur régularisation », *Libération*, 8 juin 2020.

tivité qui impliqueraient nécessairement de partager des informations commerciales et stratégiques déterminantes, notamment la structure de coûts. La difficulté juridique réside principalement dans le fait qu'il reviendrait aux opérateurs économiques, plateformes et travailleurs indépendants, de discuter et de s'accorder sur des pratiques concurrentielles (prix planchers ou paramètres de rémunération et de rentabilité entre opérateurs économiques), alors que de telles pratiques sont prohibées par le droit de la concurrence français et européen. La fixation d'un tarif minimum ou des paramètres d'un tarif minimum par les pouvoirs publics, qui ne serait donc pas négocié par les acteurs économiques mais leur serait imposé, ne poserait pas les mêmes préoccupations en droit de la concurrence. Mais le gouvernement en a-t-il la volonté ?

Sur ce point, les débats intervenus et les décisions rendues dans l'affaire *Uber c/ Seattle* aux USA sont très éclairants. La ville de Seattle avait envisagé d'inciter Uber et les chauffeurs à organiser collectivement leurs modes de collaboration, dont le prix de leurs prestations mais l'application du droit américain de la concurrence, également peu compatible avec une telle démarche incitative, a conduit la municipalité à revoir sa démarche pour éviter qu'une telle négociation puisse être regardée comme une entente anti-concurrentielle.

Toutefois, des exemptions pourraient être envisagées en France sous certaines conditions mais non sous la forme de l'édiction d'une règle absolue et générale, trans-sectorielle, comme le gouvernement semble aujourd'hui l'envisager. Il existe en effet, en droit français, une possibilité d'exemption catégorielle mais ces exemptions doivent encore répondre à certains critères et certaines limites. Il est ainsi à regretter que le débat n'ait jamais été abordé sous cet angle et n'ait pas été mieux investigué. Ce n'est d'ailleurs pas faute de le dire. Dans son guide relatif à l'impact concurrentiel des textes normatifs¹⁷, l'Autorité de la concurrence attire justement l'attention des pouvoirs publics sur les limites des dispositifs visant à réguler les prix ou les conditions de détermination des prix. Le gouvernement, dans sa volonté de réguler le secteur, pourrait là, peut-être, trouver un opportun point d'appui.

II. Du côté du droit des sociétés : mobiliser la coopérative d'activité et d'emploi ?

Les travailleurs de plateforme semblent déjà vouloir aller plus loin que la seule défense de leurs droits : ayant appris de leur soumission, certains chauffeurs

souhaitent aujourd'hui entreprendre par eux-mêmes et créer leur propre plateforme de transport. Des plateformes alternatives existent déjà. Elles ont certes du mal à concurrencer les plateformes les plus établies qui occupent aujourd'hui une situation de domination économique, en partie due à l'organisation d'une concurrence déloyale face à tous acteurs entrants sur le marché : abus de dépendance économique, manquements au droit du travail, manquements au droit des données à caractère personnel, optimisation fiscale, etc.

Les ateliers et débats publics que nous avons menés, en 2018 et 2019, au sein de la Fondation Jean Jaurès sur la question du statut des travailleurs des plateformes numériques, en parallèle de l'examen par le Parlement de la loi *LOM*, nous ont permis de clarifier les solutions juridiques possibles, alternatives aux plateformes existantes. C'est le résultat de ce travail qui constitue le corps de notre rapport « Pour travailler à l'âge du numérique, défendons la coopérative ! »¹⁸. La solution que nous défendons, pour assurer tout à la fois la protection des travailleurs autonomes et la sécurité juridique des plateformes, est celle de la constitution de coopératives d'activité et d'emploi (CAE) qui regrouperaient des chauffeurs avec un statut d'entrepreneur-salarié et potentiellement, associé. Elle n'est bien entendu pas exclusive des autres solutions et notamment, de la négociation collective menée par des syndicats de travailleurs autonomes. Toutefois, la solution de la CAE nous semble apporter une solution plus globale.

Le statut d'entrepreneur-salarié-associé, existe depuis 2014¹⁹. Issu de la loi relative à l'économie sociale et solidaire, il porte les caractéristiques de ce secteur qui, à la croisée des impératifs économiques et sociaux, réinvente chaque jour l'économie de marché. Hybride et innovant, il est viable économiquement si les travailleurs s'organisent au sein d'un nombre limité de coopératives d'activité économique et d'emploi. En intégrant une CAE, les travailleurs concilieraient ainsi tout à la fois leur souhait de bénéficier de la protection du salariat et leur volonté de rester autonomes. Concernant plus particulièrement les chauffeurs VTC, ce statut permettrait une baisse des charges d'exploitation et sécuriserait leurs revenus, leur donnerait la possibilité d'être intéressés aux résultats, les laisserait libres d'organiser leur activité, à temps plein ou partiel, tout en les accompagnant lors de leur lancement et dans le cadre du développement de leur activité économique.

¹⁷ <https://lext.so/f7jpd2>, p. 66 à 75.

¹⁸ Giusti J. et Thévenoud T., Pour travailler à l'âge du numérique, défendons la coopérative !, rapp., Fondation Jean Jaurès, 15 janv. 2020, <https://lext.so/M4kj31>.

¹⁹ L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire.

Les centrales de réservation pourraient également être intéressées par ce statut. D'une part, les centrales existantes pourraient trouver avantage à ce que des CAE fassent écran entre elles et les conducteurs VTC, puisque cela annulerait le risque de requalification, contribuerait à fidéliser et professionnaliser des conducteurs rassurés par ce nouveau modèle économique et social ainsi qu'aiderait les centrales à développer leur offre sur les territoires. D'autre part, les centrales nouvelles, notamment celles qui tentent d'émerger aujourd'hui dans les villes de taille intermédiaire, pourraient également trouver dans ce statut le moyen d'exercer toutes les fonctions qu'exercent déjà les centrales actuelles, dans un cadre sécurisé juridiquement et économiquement. Le recours au statut d'ESA contribuerait enfin à élargir le champ des possibles pour les décideurs publics en leur offrant une solution systémique, intermédiaire entre le salariat et le travail indépendant, leur permettant, d'une part, d'être moins sollicités pour arbitrer les conflits entre centrales et conducteurs, d'autre part, de s'appuyer sur les CAE pour améliorer le recouvrement des cotisations sociales, et enfin, d'appliquer des règles plus précises en matière de conditions et de temps de travail, de formation professionnelle, voire de sécurité des usagers et de maintenance des véhicules. Les collectivités territoriales pourraient en outre tirer profit de la souplesse juridique et des règles de gouvernance et de fonctionnement propres aux coopératives pour contribuer à développer une offre de transports dans les territoires et répondre aux besoins de leurs concitoyens.

Dernier argument et non des moindres, le statut d'entrepreneur-salarié-associé permettrait de mettre en place au sein des CAE les règles de représentativité traditionnelles prévues par le droit du travail. Rien n'empêche en effet un syndicat de salariés d'être présent dans une CAE. Au contraire. Et, au sein de la CAE, la représentativité s'exercerait, d'une part, par le biais de représentants du personnel élus et, d'autre part, par le principe coopératif (un homme, une voix), ce qui permettrait à chaque sociétaire de participer aux orientations stratégiques de l'entreprise. Ce serait donc tout à la fois un moyen de développer en interne au sein de la coopérative le dialogue social entre chauffeurs et, en externe, le dialogue contractuel entre la coopérative et la plateforme numérique sur la base d'un rapport de forces plus équilibré. C'est, à notre sens, à ce genre de représentativité interentreprise à laquelle il faut œuvrer. À la fois travailleur autonome et salarié, les travailleurs de plateformes pourraient ainsi bénéficier d'un cadre de négociation véritablement collective, dans le respect du droit positif, à travers les discussions que pourraient nouer les plateformes avec les CAE.

Notre proposition de CAE est donc une alternative à l'auto-entrepreneuriat, dont le choix est laissé aux chauffeurs VTC et qui, par défaut, ne saurait être imposé à tous. Pour envisager une faisabilité à grande échelle de la CAE, il nous semble qu'une sensibilisation particulière et une mobilisation des pouvoirs publics seraient nécessaires à travers les prérequis suivants : le financement de l'amorçage par les pouvoirs publics et notamment la BPI, via un fonds dédié, ainsi que le soutien stratégique et en fonds propres de la part des collectivités locales, par ailleurs autorités organisatrices de mobilité. C'est pour cette raison que, dans notre rapport publié en janvier dernier à la Fondation Jean Jaurès, nous envisagions la constitution de sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC) comme forme idéale d'entreprise.

Enfin, concernant le modèle économique, dans le cas des CAE-SCIC, plusieurs avantages sont à relever par rapport au statut de l'auto-entrepreneuriat. Le premier avantage est la déductibilité complète des charges exposées à titre professionnel, le poids des loyers ou achats de voitures, de leur maintenance et du carburant pesant très lourd dans l'économie d'un chauffeur, alors que la déductibilité est forfaitaire et limitée dans le cadre de l'auto-entrepreneuriat. Le choix de la CAE permet également une mutualisation des coûts et offre la possibilité d'achats groupés. Concernant les frais de structure d'une CAE, on estime à 8 à 10 % du chiffre d'affaires le coût pour un adhérent. Il faut rapprocher ce pourcentage du montant de la commission prélevée par les plateformes qui est compris entre 20 et 25 % aujourd'hui. Lors de nos rencontres avec les représentants français d'Uber, il nous a été confirmé que des chauffeurs VTC avaient obtenu, notamment à Madrid, une diminution du montant de la commission en se regroupant. La plateforme n'a pas souhaité nous indiquer le montant du rabais. Mais il est évident qu'elle peut trouver un intérêt à négocier en direct avec une coopérative le montant de la commission en échange d'une prise en charge de certains coûts dont la plateforme a la charge aujourd'hui : assurances, frais de gestion des « ressources humaines », frais de logistique, etc., outre le fait de sécuriser juridiquement ses relations contractuelles avec les chauffeurs et éviter les frais de procès qui s'annoncent très importants dans les mois à venir. Pour Uber, la CAE est évidemment une meilleure solution que la requalification en masse. La question est donc de savoir si le rabais consenti par la plateforme peut être suffisamment important pour couvrir le delta entre la commission actuelle (20-25 %) et les frais de structure de la CAE (8-10%), sans préjudice des économies résultant de la mutualisation et déduction des charges que procurent la CAE pour les chauffeurs.

La CAE présente enfin un avantage certain par rapport aux problèmes de concurrence que poseraient des négociations collectives entre les plateformes et les travailleurs ou leurs représentants car la coopérative doit être considérée comme une unité économique unique et non pas comme une agrégation d'opérateurs individuels autonomes. Dans la CAE, les opérateurs négocieraient avec la plateforme au nom de la coopérative. C'est elle qui prendrait le risque de l'activité pour l'ensemble de ses associés. Un organe représentatif classique tel que, par exemple, un syndicat ou un collectif, ajouterait en revanche une couche de préoccupation concurrentielle car il impliquerait une transparence et une coordination sur la structure de coûts entre opérateurs indépendants et autonomes qui agiraient alors en concurrents directs, ce qui s'apparenterait sans aucun doute à une entente prohibée.

L'idée de la CAE fait son chemin. Reprise en janvier 2020 par le groupe des sénateurs socialistes et

républicains dans une proposition de loi toutefois rejetée par la majorité, la coopérative a fait l'objet d'une recommandation particulière dans le rapport d'information de M. Michel Forissier et M^{mes} Catherine Fournier et Frédérique Puissat, députés centristes et de droite, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat. Preuve que cette idée peut dépasser les clivages politiques.

L'expérimentation d'une CAE, en collaboration avec une ou plusieurs collectivités publiques, que nous cherchons à promouvoir, devrait ainsi nous apporter des enseignements utiles. Et si la coopérative devenait ainsi une réponse pragmatique, démocratique et sociale aux besoins de l'économie numérique et à l'accès à l'emploi de nombreux Français qui veulent vivre et travailler de manière autonome à l'âge du numérique ?

Libres propos autour du nouvel article L. 121-4 du Code de commerce ^{113w2}

Conjoint salarié versus conjoint associé du chef d'entreprise : portraits croisés

Anne RABREAU

Professeur à la faculté de droit de Poitiers

La loi *PACTE* modifie l'article L. 121-4 du Code de commerce pour instituer une présomption de salariat à l'égard du conjoint du chef d'entreprise qui n'aurait pas expressément opté pour la qualité d'associé. L'esprit de faveur apparent de cette présomption n'est cependant pas corroboré par l'examen plus minutieux d'une confrontation entre les qualités de conjoint salarié et de conjoint associé. Le nouveau texte invite donc plus que jamais à la prudence dans la pesée des termes de l'option ouverte.

Décor. Issu de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale¹, l'article L. 121-4 du Code de commerce offre au conjoint du chef d'entreprise, qui exerce de manière régulière une activité professionnelle auprès de son époux, la faculté de choisir le statut sous lequel il exercera son activité en lui proposant d'opter soit pour celui de conjoint salarié, de conjoint collaborateur ou, lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme sociétaire, de conjoint associé.

Le texte a fait l'objet de deux modifications par les lois n° 2005-882 du 2 août 2005 et n° 2008-776 du 4 août 2008, qui ont eu, notamment², pour objet d'étendre le champ d'application du dispositif, tout d'abord au bénéfice des conjoints travaillant au sein de l'entreprise libérale de leur époux, ensuite, au bénéfice, cette fois, des partenaires pacsés.

Enfin, la dernière modification en date a été opérée par la loi *PACTE* n° 2019-486 du 22 mai 2019 qui a retouché le texte sur plusieurs points³. Dans sa version antérieure, l'article L. 121-4 précisait que le conjoint

¹ Derrupé J., « Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982 », Defrénois 1983, p. 529 ; Randoux D., « Le conjoint du chef d'entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé », JCP G, I 3103 ; Martin D., « La coopération conjugale dans l'entreprise familiale », D. 1982, p. 293 ; Colomer A., « Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale », Defrénois 1982, n° 32954, p. 1393.

² V. not : Saintourens B., « La réforme du statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale », RTD com. 2005, p. 701 ; RTD com. 2008, p. 688.

³ Sur lesquelles : Reygrobellet A., « Conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale, précisions réglementaires sur les déclarations à réaliser », JCP N 2019, 827.

qui exerce une activité professionnelle dans l'entreprise de son époux « opte » pour l'un des trois statuts. La question restait entière du caractère obligatoire ou non de cette option, dès lors que l'absence de choix n'était aucunement sanctionnée. Dans sa nouvelle version, l'article L. 121-4 procède à un changement sémantique dénué de toute ambiguïté en indiquant que le chef d'entreprise « est tenu » de déclarer l'activité professionnelle régulière de son conjoint ainsi que le statut choisi par lui. En second lieu, et de manière particulièrement significative, la loi précise que faute d'avoir satisfait à l'une ou l'autre de ces déclarations, le conjoint est « réputé » exercer son activité sous le statut de conjoint salarié.

Cette présomption de statut de salarié, par défaut, semble destinée, dans les pas de la loi de 1982, à protéger le conjoint. On se souvient qu'à l'époque, la loi avait été adoptée pour lutter contre la situation inconfortable du conjoint, le plus souvent au féminin, souvent relégué(e) au statut de compagnon d'entraide bénévole et ainsi de faciliter la coopération professionnelle entre époux.

Dans la même veine donc, la loi *PACTE* affiche pour objectif d'intensifier la protection du conjoint. En ce sens, les débats parlementaires, lors de la discussion menée pour adopter l'amendement à l'origine de la modification du texte, rappellent (i) que 30 % des conjoints travaillent sans statut, ce qui n'est protecteur ni pour lui ni pour le chef d'entreprise qui se trouve alors dans une situation de dissimulation d'activité qui comporte un risque pénal ; (ii) que pour assurer la protection des époux, il est alors nécessaire, « faute de déclaration, de faire du statut de conjoint salarié le statut de droit commun, qui lui permet de disposer d'une protection, d'un salaire et de cotiser en vue de sa retraite, bref de disposer de toutes les garanties que doit donner le travail »⁴.

Outre la fonction comminatoire du dispositif – forcer le chef d'entreprise à déclarer l'activité de son conjoint et à choisir le statut idoine – le texte invite à considérer que, parmi les trois statuts, celui de salarié est destiné à mieux encadrer l'exercice de son activité, mais également à lui préserver des droits lorsque, à l'heure du délitement du lien marital, celle-ci prendra fin⁵.

C'est précisément ce postulat que ces libres propos ont pour objectif de discuter, en procédant à une comparaison, choisie, entre le statut de salarié et celui d'associé qui l'un et l'autre, à la différence du statut de collaborateur⁶, permettent au conjoint d'obtenir une

contrepartie financière au travail accompli au sein de l'entreprise.

Une analyse de chacun des deux portraits (I) permettra, en mettant en perspective leurs traits singuliers, d'en tirer quelques enseignements (II).

I. Portraits

A. Le conjoint salarié

Nature singulière du statut de salarié. Le statut de salarié, lorsqu'il est accordé, non par la volonté des parties mais par le bénéfice de la loi, comporte quelques singularités. En effet, on le sait, le contrat de travail se caractérise par l'exercice, pour le salarié, d'un travail effectif, le versement, par l'employeur, d'un salaire minimum et un lien de subordination entre celui-ci et celui-là.

Lorsque le statut de salarié est accordé par la loi, la Cour de cassation a jugé, par un important arrêt de principe⁷, plusieurs fois confirmé, que le statut de salarié du conjoint n'exigeait pas de faire la preuve d'un lien de subordination.

Cette position de principe, discutable, est sans doute destinée, elle aussi, à protéger le conjoint afin d'éviter que sa qualité de salarié puisse être remise en cause soit par son époux, employeur, soit par les organismes sociaux. Dit autrement, en renonçant « à concilier l'inconciliable, à savoir le lien de subordination entre salarié et employeur et le principe d'égalité entre époux »⁸, la Cour de cassation tarit tout risque de discussion autour de la qualification du statut⁹. Est-ce à dire que toute difficulté est résolue ? Sans doute pas. La circonstance que le conjoint soit doté d'un statut sans que tous les éléments du contrat de travail soient requis pose la question, entre autres, du maintien du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise.

Droits accordés au conjoint. Plus fondamentalement encore, la détermination des droits accordés au conjoint salarié est, elle aussi, controversée. Elle s'appuie sur deux textes : l'un spécial, issu du Code de la sécurité sociale (CSS, art. L. 311-6), qui dispose « qu'est affilié au régime général de sécurité sociale le conjoint d'un travailleur non salarié qui participe

caractère social de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », BJS oct. 2005, n° 242, p. 1083.

⁷ Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-40756 : Bull. civ. V, n° 339 ; D. 2002, p. 767, note Lokiec P. ; RTD com. 2002, p. 36, note Saintourens B. Adde Favennec-Héry F., « Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans subordination », Dr. soc. 2002, p. 403 – Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-44346 : Bull. civ. V, n° 12.

⁸ D. 2002, p. 767, note Lokiec P.

⁹ On sait qu'en matière sociétaire, c'est souvent la caractérisation du lien de subordination qui permet de contester la régularité d'un contrat de travail conclu par les dirigeants de société souhaitant souvent bénéficier de ce cumul soit au sein de l'entreprise dont ils sont les mandataires ou d'une autre. V. not : Grossi I., *Études Joly Sociétés, Dirigeants sociaux*, n° S_ED040, n° 80 et s.

⁴ Ass. nat., XV^e législ., première session extraordinaire, 2017-2018.

⁵ V. not : Boutiron X. et Lécuyer H., « Le divorce de l'entrepreneur », Dr. & patr. avr. 2012, p. 26.

⁶ Le statut de collaborateur offre non une rémunération de l'activité mais des droits de nature sociale. V. not : Auzero G., « Les dispositions à

effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux, à titre professionnel et habituel, et perçoit un salaire correspondant au salaire normal de sa catégorie professionnelle ».

L'autre est de portée plus générale : l'article L. 121-4, III, du Code de commerce précise que les droits et obligations professionnels et sociaux du conjoint résultent du statut pour lequel il a opté.

Il résulte donc formellement de ces deux dispositions, d'une part, que le conjoint bénéficie de la protection sociale des travailleurs salariés, dès lors qu'il perçoit un salaire, et d'autre part, que ses autres droits résultent du statut de salarié.

Fauteurs de troubles. La formulation très générale de l'article L. 121-4, III, laisse donc augurer que le Code du travail s'applique dans son entier au conjoint salarié. Cependant, à cette lecture vertueuse du texte peut s'en opposer une autre car la recodification du Code du travail a mis à mal la situation du conjoint¹⁰. En effet, l'article 784-1 ancien du Code du travail énonçait que « les dispositions du présent code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance ».

Le texte indiquait donc très clairement que le Code du travail, dans l'ensemble de ses dispositions, était applicable au conjoint salarié. Or ce texte a purement disparu lors de la recodification du Code du travail, opérée le 1^{er} mai 2008. *Quid* donc de la situation réelle du conjoint investi du statut de salarié par déclaration, ou depuis la loi *PACTE*, par défaut ?

On avancera prudemment, en premier lieu, que malgré les doutes qui ont pu naître d'une étonnante décision de la Cour de cassation en 2007¹¹, l'octroi d'un salaire minimum doit demeurer une condition de qualification du statut de salarié. À défaut, il serait impossible de faire le *distinguo* entre le salarié et le collaborateur. De surcroît, la perception d'un salaire pour le conjoint répond à l'objectif affiché par le texte : lui assurer une rémunération, lui permettre de cotiser à un régime de retraite, et le cas échéant, de percevoir, en cas de cessation contrainte de l'activité, des indemnités chômage.

En second lieu, le conjoint devrait aussi pouvoir bénéficier des autres dispositions du Code du travail car la recodification s'est opérée à droit constant, ce dont il faut en principe déduire que le conjoint conserve les droits qui étaient les siens, par application de l'article 784-1 ancien. Il en résulterait, avec néanmoins la prudence requise sur cette lecture, la possibilité pour l'intéressé de solliciter, notamment, pêle-mêle, le paiement d'heures supplémentaires, l'application s'il y a lieu des règles du licenciement et la perception, le cas échéant, des indemnités attachées.

B. Le conjoint associé

Un associé singulier. En accordant au conjoint qui travaille de manière régulière aux côtés de son époux la faculté de devenir associé, la loi fait du conjoint un associé particulier car en droit commun, la casquette d'associé n'implique pas en soi une quelconque collaboration au sein de la société.

Acquisition de la qualité d'associé. Sous cette réserve, le conjoint peut acquérir la qualité d'associé de deux manières. En premier lieu, et de manière classique, le conjoint peut réaliser personnellement un apport à la société qui peut avoir pour objet un bien, une somme d'argent, ou encore être en industrie. L'apport en industrie, qui consiste pour l'intéressé à mettre son travail à la disposition de la société, et l'ensemble des gains qu'il réalise grâce à elle (C. civ., art. 1843-3, al. 6) pourront répondre aux objectifs de collaboration professionnelle des époux. En second lieu, et de manière particulière cette fois, le conjoint peut devenir l'associé de son époux par le jeu de l'article 1832-2 du Code civil. Ce texte, également issu de la loi précitée du 10 juillet 1982, est réservé aux époux communs en biens : il accorde au conjoint de l'apporteur de revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts souscrites ou acquises par son époux, grâce à des biens communs, au sein d'une société émettant des parts sociales.

Droits d'associé. Quelle que soit la voie empruntée par le conjoint, l'acquisition de la qualité d'associé lui permet d'être doté des droits qui y sont expressément attachés. Aucune particularité notable n'existe par le fait que l'intéressé soit doté des casquettes d'époux et d'associé. S'il faut immédiatement préciser que son pouvoir de décision, d'influence, sera directement dépendant de sa participation en capital, son statut sera néanmoins identique à celui de tout associé. Ainsi donc, tout d'abord, doté de droits politiques, le conjoint participera aux décisions sociales relevant de la compétence des associés et sera en mesure de collaborer de manière plus étroite à la vie de l'entreprise. En particulier, le conjoint participera, chaque année, à la décision d'affectation des bénéfices et aura ainsi

10 Sur la question : Auzero G., « Le conjoint salarié, victime de la recodification ? », *SSL* 2008, n° 1372, p. 8.

11 Cass. soc., 13 déc. 2007, n° 06-45243 : RDT 2008, p. 100, obs. Lardy-Pélissier B. ; Dr. soc. 2008, p. 242, obs. Savatier J. ; *Lexbase Hebdo*, n° 287, 10 janv. 2008. Dans cet arrêt la Cour de cassation affirme que « dès lors que l'un des époux participe effectivement à titre professionnel et habituel à l'activité de son conjoint dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux, ce dernier ne peut, pour faire échec aux dispositions de l'article L. 784-1 du Code du travail, opposer à son conjoint l'absence de rémunération du travail accompli à son service ».

son mot à dire sur la politique de distribution de dividendes. À ce titre, la perception de dividendes peut alors être un moyen de rémunérer, indirectement, la collaboration du conjoint. De plus, l'article 1844-1 du Code civil accorde la possibilité, dans toute forme sociale, de dissocier, sous la seule limite des clauses léonines, le quantum des dividendes versés du capital détenu par les associés.

Ensuite, sous un angle strictement patrimonial, la détention par le conjoint de parts ou actions de société lui permet également de « capitaliser » son travail, puisque la valeur de sa participation est directement dépendante de celle de la société familiale.

Sortie de l'associé. Enfin, la cessation de la collaboration ne peut être décidée librement par le chef d'entreprise. Un associé ne sort pas de la société par la seule volonté de l'autre. Certes, il existe une possibilité de sortie contrainte, par le jeu des clauses d'exclusion. Cependant, celles-ci demeurent néanmoins encadrées. Outre le fait que l'exclusion ne peut pas être discrétionnaire mais doit au contraire être fondée sur un motif préalablement formalisé dans les statuts, la mise en œuvre de la clause d'exclusion est elle aussi encadrée¹² : d'une part, en substance, celui dont l'exclusion est envisagée participe nécessairement au vote sur la décision de l'exclure, et d'autre part, l'exclusion déclenche, conséquemment, une obligation de rachat des parts ou actions de l'exclu.

Enfin, en cas de séparation conflictuelle des époux, le conjoint, même sous la forme de menaces, dispose de moyens extrêmement variés : la mésentente entre associés, si elle entraîne la paralysie de la société, peut conduire à la nomination d'un administrateur provisoire, voire, entraîner la dissolution de la société et le partage des actifs sociaux entre les associés¹³.

II. Les enseignements

L'appréciation de la situation respective du conjoint salarié et du conjoint associé doit être effectuée en distinguant deux époques : celle pendant laquelle la collaboration entre les époux existe et celle au cours de laquelle ces derniers vont souhaiter y mettre fin.

A. Le temps de la collaboration

On s'arrêtera, pour comparer les deux statuts de manière pertinente, sur la question de la rémunération du conjoint salarié et celle du conjoint associé. Le premier perçoit un salaire de manière impérative et

régulière avec ses compléments éventuels et ses seuils légaux. À l'inverse, le second ne perçoit, ès qualités, aucune rémunération fixe pour son activité. Associé au partage des résultats, il est en mesure de percevoir des dividendes de manière plus ou moins régulière, puisque leur versement est conditionné à un aléa économique (la réalisation de bénéfices) et un aléa politique (l'affectation à une distribution).

Est-ce nécessairement moins protecteur ? Ce n'est pas certain.

En effet, pendant toute cette période, la valorisation de l'entreprise profite autant à l'un qu'à l'autre des époux¹⁴. Or le paiement d'un salaire est assorti du versement de charges sociales, parfois lourdes, qui peuvent obérer de manière significative la trésorerie des petites entreprises et ainsi constituer un frein au statut de salarié. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'entre le statut d'associé et celui de salarié se glisse celui de collaborateur qui accorde à l'intéressé une protection sociale, sans rémunération de son activité.

B. Les lendemains de la collaboration

Particulièrement lorsqu'il sera mis fin à la collaboration dans un climat délétère – sur fond de divorce conflictuel –, chacun des époux voudra tirer les marrons du feu. Le conjoint salarié conservera une protection sociale et la possibilité d'obtenir des indemnités chômage, sous la condition que les charges salariales aient été versées. Si tel est le cas, le paiement de ces indemnités, assuré par un organisme tiers, ne sera dépendant ni du bon vouloir de l'ex-employeur ni, plus fondamentalement, de la trésorerie de la société.

À l'inverse, le conjoint associé sera placé dans une situation dépendante de la santé financière de la société. Ses lendemains pourront donc revêtir des couleurs très différentes : si la société est florissante, la situation de l'associé sera théoriquement plus avantageuse. Doté de droits qui, s'ils constituent une fraction suffisante du capital, lui permettront d'influer encore sur la politique de la société, d'être créancier d'un droit à l'information sur la gestion de celle-ci et d'être associé aux partages des résultats. Entre ses mains donc, la possibilité de monnayer la valeur de sa participation. Certes, il lui appartiendra de pouvoir rendre liquides ses parts ou actions et de trouver preneur, ce qui ne sera pas toujours chose aisée si son époux ne consent pas à les lui racheter. Dans l'hypothèse où la société est dans une situation plus délicate, le conjoint aura pris le risque, inhérent à la qualité d'associé, de contribuer

12 Sur l'assouplissement regrettable du régime de ces clauses au sein des SAS : Poracchia D., « Observations sur les clauses d'exclusion dans les SAS après la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 », RTDF 2019/n° 4, p. 51.

13 Boutiron X. et Lécuyer H., « Le divorce de l'entrepreneur », Dr. & patr. avr. 2012, p. 26.

14 On ajoutera que si les époux sont mariés sous un régime de communauté et que l'entreprise est commune, l'augmentation de valeur de l'entreprise profitera à égalité aux deux époux. Monsérié Bon M.-H., Rabreau A., et Combret J., « Sociétés et régimes matrimoniaux », dossier in *Actes prat. ing. sociétaire* sept.-oct. 2016, n° 149.

aux pertes de la société, risque qui se traduira par une perte de valeur de ses parts ou actions. De surcroît, il ne bénéficiera ni de la protection sociale réservée aux salariés, ni d'indemnités chômage.

Appréciation nuancée. Au terme de cette étude, on constate, sans grande surprise, qu'il n'existe aucune gémellité entre l'un et l'autre des statuts. Néanmoins, la mise en relief des traits singuliers de chacun d'entre eux permet de souligner qu'il est sans doute imprudent de considérer que le statut de salarié assure au conjoint une protection plus grande que celle d'associé, tant l'un et l'autre sont dépendants de nombreux facteurs économiques, sociaux, fiscaux, mais encore personnels.

On portera donc une appréciation nuancée sur la réforme opérée par la loi *PACTE*.

Elle doit être saluée en ce qu'elle a pour objectif de lutter contre la situation encore trop fréquente du conjoint qui, collaborant à l'activité professionnelle de son époux, se situe « hors statut ».

Elle laisse plus circonspect, en revanche, sur les moyens choisis par le législateur. En décidant, de manière péremptoire, que le conjoint sans statut sera par défaut présumé salarié, la loi fait œuvre d'une autorité qui, dans certaines situations, peut laisser pantois, notamment, on l'a dit, en raison des incertitudes sur la somme des droits dont le conjoint coiffé du statut de salarié pourra se prévaloir. Bien plus, la loi ne dit mot sur la force de cette présomption : or, sauf à priver le texte de toute portée réelle, il faut sans doute considérer que la présomption est irréfragable et s'imposera donc à tout entrepreneur qui, volontairement ou non, aurait omis de déclarer l'activité régulière de son conjoint.

On avancera donc prudemment qu'un choix autre aurait pu être effectué par le législateur : celui de contraindre le chef d'entreprise à déclarer l'activité et le statut de son conjoint en assortissant cette obligation d'une astreinte financière par exemple. Avec la loi *PACTE*, il devient, en toute hypothèse, essentiel d'éclairer les époux sur la portée de l'article L. 121-4 du Code de commerce.

JE VOUDRAIS **REMERCIER** MA CONSŒUR AVOCATE

de m'avoir recommandé la base juridique Lextenso et son **Pack Travail**. J'ai une plus grande maîtrise face aux imprévus de mes dossiers. Je suis plus disponible pour mes clients et plus réactif. Je peux enfin consacrer plus de temps à mes sujets à forte valeur ajoutée.

Ça a changé mon quotidien professionnel et ce sont mes amis qui en profitent. **Alors, encore merci, Isabelle.**

Paul, avocat à Nantes

La Base**Lextenso**



Le Droit à la simplicité

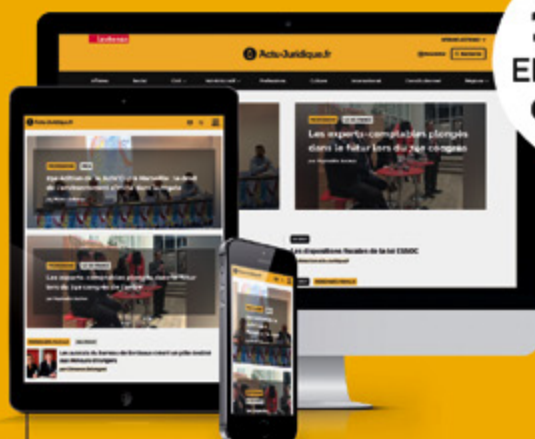
NOUVEAU



Actu-Juridique.fr

Le quotidien du droit et de la vie de l'entreprise

Chaque jour, pour vous, professionnel du droit ou du chiffre,
Actu Juridique sélectionne et décrypte l'information
- nationale et régionale - essentielle à votre pratique.



**100 %
EN LIGNE &
GRATUIT**

Profession du droit • Droit général • Droit européen et international
Actualité de l'action publique territoriale • Économie d'entreprise
Enjeux juridiques de l'actualité...

Actu Juridique, UN SAVOIR-FAIRE DE

Lextenso

SUIVEZ-NOTRE ACTUALITÉ SUR



@actujuridique.fr



@ActuJuridiqueFR