Patrick Letourneur, Avocat au Barreau de Paris, Docteur en droit, Maître de conférences associé à l'Université Pascal PAOLI

1.1 La reconnaissance du capital humain[1], réelle mais hésitante en termes juridiques, est une question récurrente qui dépasse le monde de l'entreprise**.** Rapporté aux droits des salariés et au facteur « travail » en général, là où le concept est traduit par des règles voire des types d'organisation « juridiques », le capital humain en entreprise connaît un intérêt constant de la part du législateur et notamment sa traduction, dans le cadre préexistant, en termes de partage de la valeur ajoutée ou de gouvernance des entreprises avec la loi du 6 août 2015 puis les Ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017 et l'actuel projet de loi Pacte (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises), pour exemples récents[2].

1.2 Cette reconnaissance renvoie à un questionnement antérieur essentiel sur propriété « privée » et rôle de l'entreprise sous forme de société, et la valorisation relative des facteurs capital et travail en économie libérale. Pour simplifier, on rappellera que les associés («*Stokholders ou Shareholders»*), sont propriétaires des titres du capital social émis par la société et (majoritaires) nomment les dirigeants, mandataires de la société, lesquels ont tous les pouvoirs pour agir en son nom, conformément à son objet social, à leurs devoirs fiduciaires et aux pouvoirs que la loi accorde aux associés. Le contrat de société a pour finalité avérée le partage de bénéfice ou de l'économie résultant de l'entreprise commune (art. 1832 du Code civil) poursuivant l'activité économique plus amplement décrite par son objet social, dans les statuts de la société. La société, personne morale, est donc propriétaire de l'entreprise (unité économique), dispose du patrimoine dont les moyens de production et est apte à défendre, via ses dirigeants qui y sont tenus, son intérêt social. L'entreprise ainsi dirigée n'est pas la propriété de ses associés ou des mandataires, ni un bien commun aux salariés, clients, fournisseurs, Etat … parties prenantes («*Stakeholders»*), même si, du point de vue économique, elle sert les intérêts de tous. Les salariés ont, au plan comptable et juridique, la qualité de tiers cocontractants, cependant détenteurs de droits spécifiques sur leurs conditions de travail et, en concurrence avec les associés, sur les décisions de gestion et l'outil de travail. Encore faut-il, outre le respect des règles, faire progresser un projet et une éthique partagés.

1.3 L'intérêt social[3]est généralement défini comme l'intérêt propre de la société, distinct de l'intérêt commun des associés (positionnement assumé par le patronat français) et opposant théorie institutionnelle (inclusive des parties prenantes) et théorie contractuelle de l'entreprise (exclusive aux associés). L'intérêt social montre l'existence de contraintes et limites externes aux actions et décisions des dirigeants et la responsabilité de ces derniers (contrôle de finalité et théorie de l'abus)[4]. Décliné en droit du travail sous l'appellation « intérêt de l'entreprise », il est susceptible de limiter tant les pouvoirs du chef d'entreprise que l'action des salariés. Intérêt social et objet social définissent respectivement le rôle des dirigeants et, en creux, le rôle de l'entreprise et, par leur instrumentalisation, les limites imposées à l'exercice des droits ou pouvoirs tant des dirigeants que des salariés et la recherche d'un équilibre impactant droits et objectifs propres des associés ou des salariés[5].

---

[1] Cet article fait suite à une conférence sur « capital humain, concept RSE et outil, perspectives » donnée par l'auteur et Mme Patrizia Valéro à l'Université de Corse (EMRJ-Patrimoine et Entreprise EA 7311) en octobre 2017. Lorsque l'on parle de RSE, on peut distinguer: (i) une RSE plus conceptuelle, qui s'appuie sur l'éthique et la moralisation des affaires avec un positionnement plus respectueux de l'intérêt général et d'un développement durable (par opposition à la recherche du rendement maximum et à court terme) et renvoie à la nécessité affirmée de nouvelles politiques et d'un nouveau mode de gouvernance des entreprises et (ii) une RSE plus opérationnelle, qui rend compte (a) d'un champ managérial diversifié d'actions, de nouvelles mesures de performance et le développement d'une notation extra-financière pouvant affecter management et financement, et (b) d'une application législative déjà ancienne du concept qui tend à développer notamment les droits des salariés et donc les obligations substantielles de respect de ces droits, problématique d'actualité.

[2] Mais également : loi dite « Florange » du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, loi dite « Hamon » relative à l'économie sociale et solidaire (ESS) du 31 juillet 2014, loi dite « Rebsamen » du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, et, loi dite « El-Khomry » du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

[3] Construction jurisprudentielle et « boussole qui indique la conduite à suivre et qui permet de détecter les déviances et notamment l'abus du droit de vote » *(« Droit des sociétés » de M.Cozian, A. Viandier et F. Deboissy Ed. LexisNexis),* le concept renvoie à une approche « moderne *»,* cependant plus subjective qu'objective*,* et à la reconnaissance d'un intérêt supérieur de la personne morale *[cf. la « doctrine de l'entreprise» adoptée en son temps (1995) par le CNPF/AFEP-MEDEF* suivant ainsi notamment les travaux déjà anciens et complémentaires d'un courant important de la doctrine (*P. Durand, G. Ripert, M. Despax, C. Champaud et J. Paillusseau)]* encore pris en compte dans les réformes des procédures collectives *(sauvegarde en 2004, puis ordonnance de 2014 et loi Macron 2015 (art.L.631-19-2 C.com)* qui organisent une forme d'expropriation possible des associés par cession judiciaire) en vue de faciliter la reprise d'entreprise.

[4] Et donc au-delà de l'intérêt propre au majoritaire ou au minoritaire et leur présupposé plus petit dénominateur commun. La prise en compte des intérêts tiers pour la bonne gouvernance n'est pas propre au droit français (V. les « *Fiduciary Duties* » en droit US ou anglais, pour exemples) et la reconnaissance du capital humain devrait, suivant sa définition de « somme des savoirs et compétences… », rester inclusive des dirigeants assumant une « bonne » décision (restructuration, par exemple) non nécessairement partagée.

[5] Voire entre salariés et à l'égard des tiers, à un niveau plus global et sociétal. Une réflexion pourrait ainsi s'engager utilement en cas d'abus dont la grève (outre ses modalités) pour la défense d'intérêts catégoriels devenus des rentes, «*hubris*» ou totems pour certains personnels invoquant le service public, et dont les entités adossées à l'Etat ou au soutien public pourront toujours payer, sans risquer faillite?

1.4 Il n'est pas certain que la forte hétérogénéité des critères de secteur d'activité, de taille, de forme et règles d'organisation et donc d'environnement puisse permettre de définir les missions de l'entreprise suivant des règles et une définition économique et juridique uniques. Ainsi, les spécificités de la grande entreprise cotée (vs la TPE/PME non cotée) dépendante de l'ouverture des marchés en termes de fournisseurs, clients et investisseurs qui se trouve confrontée, plus directement que d'autres, à plusieurs chocs disruptifs majeurs que sont la mondialisation (avec un choc de compétitivité, la disparition des barrières à l'entrée favorisant une concurrence débridée et une complexification des risques), la mutation du capitalisme financier (avec des marchés insuffisamment régulés et les désordres du nomadisme et de la pure spéculation) et la révolution digitale (avec le développement d'une intelligence artificielle de substitution au détriment immédiat de l'emploi[6]). Avec pour corrélats : la remise en cause voire l'effondrement rapide des rentes et *business models* et du capital humain dont les savoirs deviendrait inadaptés, la dictature du court terme, l'accélération des mutations, et au-delà, l'inégalité des territoires et la fragilisation du modèle social. Dans ce contexte, les décisions des pouvoirs publics rendent compte de la complexité et ne sont pas avares de contradictions, favorisant à la fois (i) l'ouverture des marchés à des pays et entreprises pratiquant des normes faibles (notamment sociales ou environnementales), tout en continuant de renforcer les normes nationales applicables aux entreprises du pays, et (ii) l'accélération des mutations tous azimuts (un progrès ?) et, en même temps, le repli autarcique d'une entreprise (grande ou petite) que l'on souhaite collaborative ou coopérative[7] liée à son environnement immédiat. Ce n'est pas le moindre des paradoxes que soit défendues utilité sociale et reconnaissance d'un capital humain et d'un objet social « élargi » mis à mal par tant d'évolutions contraires.

1.5 Si l'intérêt de l'entreprise n'est en rien l'intérêt général ou le partage et l'objet social licite est bien axé sur le profit, certains auteurs, le rapport *Notat-Sénard* du 9 mars 2018 remis au ministre de l'économie et le projet de loi « Pacte » proposent néanmoins d'explorer des pistes telle que la redéfinition de l'objet social imposant que l'attention soit portée à la contribution qu'une société se doit d'apporter à son environnement et/ou de permettre *ab initio* la prescription d'activités sociales non exclusivement lucratives. Il est donc question aujourd'hui de compléter les articles 1833 et 1835 du Code civil permettant de faire référence explicitement à la dimension sociale et environnementale de l'objet social et de faire préciser par le conseil d'administration la raison d'être et donc les objectifs globaux poursuivis par l'entreprise[8]. Aller plus loin semble inutile puisque l'économie sociale et solidaire (ESS) dispose déjà, pour les sociétés concernées, d'un objet (activité, profit gouvernance) à vocation sociale[9]. Par ailleurs, une telle évolution ne peut que confirmer ex-post le fondement des droits et prérogatives des salariés dont les termes consacrent déjà la reconnaissance du capital humain.

I : Le développement de signes forts de reconnaissance et l'existence de contingences

1.6 La prise en compte « juridique » du capital humain en entreprise s'observe dans le cadre des dispositions spéciales organisant l'économie sociale et solidaire (récemment modifiées par la loi ESS 2014) mais surtout dans le droit positif du travail, à l'origine de sa principale empreinte normative, avec des règles dont substance et interprétation téléologique de faveur peuvent être vues comme autant de signes de reconnaissance d'un «capital humain» i.e. d'un personnel doté par le législateur, aux niveaux individuel et collectif, de règles de protection individuelle et de droits collectifs et prérogatives étendues voire exorbitantes du droit commun:

- protection de la ressource [conditions de travail, hygiène et sécurité, formation professionnelle continue, rémunération, licenciement)
- droits politiques collectifs multiformes de participation à la gestion/gouvernance de l'entreprise
- droits patrimoniaux dérogatoires permettant aux salariés d'obtenir une participation au capital, voire
- droits esquissés sur l'outil de travail et la défense de l'emploi (judiciarisation du conflit collectif, offre de reprise)

---

[6] La société « post-salariale » et point controversé entre économistes et technologues, V.«La société hyper-industrielle» P. Veltz Seuil 2017

[7] A l'encontre des modèles stratégiques classiques. Voir les « 7 mutations qui redessinent l'entreprise (cobot, coopétition, coconstruction, co-working, économie collaborative, codétermination et coopérative) » JM Vittori Les Echos 8 décembre 2016

[8] Proposition proche de l'AFEP-Medef suggérant une évolution du rôle du CA en charge de promouvoir la création de valeur sur le long terme en tenant compte des externalités : dimensions sociales, sociétales et environnementales des activités. La « société à objet social étendu » ou «entreprise à mission» engloberait ainsi des missions, à l'instar de la « *Benefit Corporation* » aux USA qui ajoute à la seule rentabilité et pour se protéger des objectifs sociaux et environnementaux. V. *« Rôle social de l'entreprise : les limites du modèle américain » A.Moutot* Les Echos 5 février 2018. Cependant, dans le cadre légal actuel, rien n'empêche Danone d'émettre un 1er « social bond » de 300 millions Euro pour financer ses projets sociétaux internes et externes (recherches en nutrition et aides concernant agriculture responsable et émancipation des populations), apparemment conformes à son objet social, adossé à des pratiques managériales de groupe associant les salariés, V. *G.Benoit* Les Echos 21 mars 2018. Dès lors, faut-il introduire un nouvel objet social imposant de conjuguer rentabilité et contribution au bien commun ou définir un cadre légal spécifique choisi par une entreprise qui développe le capital humain?

[9] Agréées « Esus » pour leur financement. *V. B. Segrestin et A. Hatchuel* « *Refonder l'entreprise » Seuil 2012* qui dénoncent l'ambiguïté du droit et son absence d'efficacité. Lire *E. Cohen « Comment le droit peut refonder l'entreprise » Les Echos mai 2014*.

1.7 Si le capital humain est, dans la mesure des pratiques mises en œuvre, un concept mieux appréhendé en tant que gestion d'une ressource corrélée avec les performances de l'entreprise, la conflictualité des intérêts en présence dans l'entreprise et l'évolution économique continuent d'en contraindre les modalités :

- La mondialisation, la généralisation d'une production à la demande et digitalisée, dans un contexte de productivité stagnante[10], (privilégiant le consommateur plutôt que le producteur et les salariés, avec flexibilité des modes de production et précarisation du salariat) et la recherche permanente de compétitivité (i) ne sont-elles pas antagonistes, par nature, à tout développement du capital humain et (ii) ne contraignent-elles pas, en parallèle, à repenser les modes d'activité (salariés vs/indépendants) et le modèle social?
- Est-il envisageable de dépasser les slogans de lutte des classes et de création de valeur actionnariale comme critère prépondérant de gestion, par la prise en compte d'intérêts communs sinon collectifs ? Par ailleurs,
- Existe t-il une responsabilité "politique" et citoyenne (à défaut d'être juridiquement sanctionnée) des entreprises non seulement à l'égard de leur personnel mais des territoires ou d'une nation?

1.8 La reconnaissance du capital humain se traduit (non sans biais idéologique, ou dans le cadre d'un dialogue social devenu un oxymore) par la mise en œuvre des divers droits politiques et patrimoniaux et prérogatives «extraordinaires». Cette reconnaissance n'implique pas un concept juridique unique (la terminologie « capital humain » n'est d'ailleurs pas utilisée en droit positif), ni une approche commune du capital humain. Ainsi :

- **Du point de vue « droit comptable »,** le capital humain relève exclusivement du compte de résultat (en tant que charges sociales et assimilées –y.c. mais indirectement les « coûts cachés »[11]), Il n'est ni au passif (ressources de l'entreprise, contrairement au capital social) ni à l'actif du bilan (comme le serait un investissement ou un actif pourtant pérenne) sauf intégré en survaleur suivant une opération financière type LBO, acquisition ou fusion[12].
- **Du point de vue « droit des sociétés »,** le capital humain (le personnel) n'a pas la qualité d'associé à la différence du statut conféré au propriétaire du capital social. Toutefois, les représentants du personnel se voient reconnaître collectivement des droits d'information et de consultation qui excèdent les droits ordinaires d'un prestataire de service et les font même intégrer les organes sociaux es-qualité de représentants des salariés (représentants du CE et/ou membre du CA/CS), dans un cadre parfaitement dérogatoire au droit commun leur conférant alors certains attributs « politiques » des associés. De plus, l'actionnariat salarié offre un cadre privilégié d'accès des salariés au capital social et son développement pourrait consolider leur influence[13].
- **Du point de vue « droit du travail »,** l'intérêt de l'entreprise commande, dans toute entreprise, de permettre d'avoir une ressource humaine (donc son capital humain) <u>protégée</u> par des droits individuels contre les risques du travail (conditions de travail, accident autant que licenciement), <u>rémunérée</u> par un juste partage de la valeur ajoutée et <u>consultée</u> collectivement et préalablement, via ses représentants et leur participation aux organes sociaux, aux décisions de gestion, voire <u>éventuelle contrepartie</u> en cas de cession ou de reprise d'entreprise, le tout en opposition possible au pouvoir patronal, pourtant exercé via des dirigeants qui sont également une composante substantielle de la chaîne du capital humain en entreprise.

1.9 Cette reconnaissance témoigne d'une hésitation du législateur (droite et gauche confondues) à arbitrer entre (i) participation réelle et non symbolique des salariés au pouvoir dans l'entreprise ou (ii) participation au résultat de l'entreprise. Cette incertitude est de nature à exacerber revendications et résistances et l'examen des derniers développements législatifs témoigne de l'ambiguïté d'une approche sociale-libérale qui n'a pas choisi entre deux options et entend développer, à la fois, droits politiques et droits pécuniaires des salariés.

L'idée est de s'assurer d'une gestion qui assure emplois et conditions satisfaisantes (travail et rémunération), non la prise de contrôle de l'entreprise (hors ESS et accident) ni la limitation du profit, avec pour constat :

- Le développement continu de prérogatives collectives spécifiques qui matérialise l'option « politique »
- Le développement concomitant des dispositifs visant à un partage plus favorable aux salariés de la valeur ajoutée qui matérialise l'option « pécuniaire » et l'instrumentalisation possible de l'actionnariat salarié (vocation patrimoniale, vocation politique)

---

[10] Nonobstant la révolution digitale et le développement de la robotisation.

[11] Coût analytique additionnel de qualité de la gestion sociale V. *travaux de l'ISEOR -« L'audit social» H. Savall ISEOR Editeur 1994*

[12] Mais d'autres présentations « idéologiques » sont possibles. Ainsi (i) en ex-Yougoslavie où le revenu du capital était une charge et les rémunérations versées aux salariés, le résultat de l'entreprise ou (ii) en ex-URSS où intérêts et impôt étaient des revenus de l'Etat, mais présentations évidemment contraires aux principes comptables « occidentaux » PCG et IFRS applicables où les dividendes sont charge et revenu… aléatoire en droit des sociétés et où les intérêts, les impôts ainsi que les éléments de la rémunérations sont charges certaines et intangibles respectivement en droit fiscal et en droit du travail. V. *J.Richard, D.Bensadon, C.Collette - « Comptabilité financière » Dunod, p.645s*

[13] Dans cette évolution d'organisation, le droit des sociétés organise l'actionnariat salarié et intervient, plus accessoirement et de manière dérogatoire aux dispositions communes, dans les adaptations nécessaires des dispositions concernant le rôle singulier des salariés dans la gestion des entreprises et la place qu'ils occupent dans le gouvernement des entreprises. Encore s'agit-il de sociétés créées sous forme de SA (et, compte tenu de l'objectif poursuivi, critère sans doute excessivement réducteur d'application).

II : L'option « droits politiques » : développement et limites des prérogatives collectives spécifiques

1.10 Les prérogatives collectives des salariés se développent et viennent contrôler les pouvoirs des dirigeants et, subsidiairement en droit des sociétés, viennent concurrencer les droits des associés :

- Les salariés se sont vus reconnaître (i) une protection à travers leurs droits individuels qui dépassent la seule créance de salaire et leur permettent de se prononcer sur le contenu et l'exécution de leur contrat, et, en outre (ii), sans même être associés, des droits collectifs importants, dont à travers leurs représentants un pouvoir élargi de consultation préalable en pratique dans tous les domaines et sur toutes les décisions de gestion et, mais seulement dans les SA (forme la plus institutionnelle de l'entreprise en société mais source d'inégalité de droits entre salariés et d'une partition entre entreprises : quid des autres formes sociales?), une représentation (multiple, CE et administrateurs) au sein de l'organe de direction (conseil d'administration (CA) ou conseil de surveillance (CS)[14].
- Egalement, les institutions représentatives du personnel ont vu leurs prérogatives respectives de consultation /contrôle s'accroître dans le temps (*notamment via les attributions économiques du comité d'entreprise, y.c. en cas de cession/fusion (art.L.2323-6 et s. C.trav) et plus récemment et en autonomie via les prérogatives du CHSCT, en matière d'investissement (art.L.4612-1 et s. avec recours à un expert L.4614-12 C.trav*). Le nouveau comité social et économique, appelé à fusionner les actuelles IRP, doit reprendre pour les entreprises d'au moins 50 salariés l'intégralité de ces prérogatives et, dans le cas d'un conseil d'entreprise, le droit de négocier des accords collectifs, dispositions de simplification a priori bien accueillies.
- Par ailleurs, sans aucun objectif de socialisation générale des moyens de production, sont désormais organisées (sous conditions) et encouragées la recherche d'un repreneur par le comité d'entreprise dans les cas de cessation d'activité (loi «Florange» - *art.L.1233-57-15 C.trav*) ou la prise de contrôle du capital par les salariés dans certains cas de cession de contrôle (loi «Hamon»-*art L.23-10-1s C.com*).

1.11 L'importance donnée aux représentants salariés -dans les organes sociaux des SA- et la volonté d'accroître ce dispositif– après les dernières dispositions des lois « Rebsamen » 2015 et « El-Khomry » 2016 - notamment soutenue par CFDT, CFE-CGC et CFTC mais également certains fonds d'investissement- (i) relèvent de l'aspect « politique » de l'organisation des entreprises et (ii) postulent que sauf à être eux-mêmes dirigeants, les salariés ne sont pas représentés par les dirigeants [quelle que soit la valorisation indéniable apportée par ces derniers au « capital humain » (stratégie et management des ressources)] mais, devraient à ce niveau pouvoir l'être directement, sans être nécessairement en support des délégués syndicaux et des IRP[15].

1.12 Toutefois, le constat est que ces prérogatives semblent trop dispersées pour être pleinement efficaces et que le mode de gouvernance, tel que mis en œuvre ici par les dispositions conjuguées du droit du travail et du droit des sociétés, dépend excessivement d'une interposition syndicale dominée par les confédérations (et des syndicats jugés peu représentatifs en entreprise). Le capital humain serait conçu comme un enjeu conceptuel à la fois macroéconomique (une norme de compétition/concurrence qui justifierait a minima la compétence de la branche) et politique (un marqueur des politiques sociales publiques), bien au-delà de la compétence de l'entreprise. Or, ce mode de fonctionnement est contesté dans la mesure où la négociation collective, encore marquée par l'idéologie de la lutte des classes et le dépassement ponctuel du conflit, fait trop souvent abstraction des contraintes de l'économie réelle et de celles propres à chaque entreprise et entend créer toujours plus de protection «globale» ou «catégorielle» sans amélioration de la productivité «locale».

---

[14] *Le Code du travail (art. L.2323-62 CT) impose la présence, avec voix consultative, d'une délégation du comité d'entreprise au CA ou CS des sociétés anonymes.*L'ordonnance n°86-1135 du 21 octobre 1986 a introduit un dispositif complémentaire mais facultatif de représentation minoritaire des salariés, avec voie délibérative, au CA ou CS des SA et la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a rendu obligatoire cette représentation des salariés au sein des CA/CS des SA et SCA, des sociétés répondant à certaines conditions d'effectifs. La loi « Rebsamen » du 17 août 2015 vient d'abaisser les seuils d'application de cette représentation des salariés au sein des CA/CS respectivement à 1 000 salariés en France et à 5 000 salariés dans le monde, ce qui rend cette disposition applicable aux ETI (art. L. 225-27-1 et L. 225-79-2 modifiés C.com.)*Le développement de l'actionnariat salarié s'est traduit, parallèlement, par la reconnaissance de la spécificité des actionnaires salariés, (i) dans le secteur public (loi n°83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public modifiée par la loi du 25 juillet 1994), et (ii) dans le secteur privé lorsque l'actionnariat salarié dépasse le seuil de 3% du capital (art. L.225-23 et L225-71 C.com), dispositions qui imposent la nomination par l'AGO de représentants spécifiques.*

[15] Et provient d'un constat [0,9 administrateur salarié contre 8,1 administrateurs indépendants dans un conseil d'une société du CAC 40 en France contre 7,1 administrateurs salariés pour les sociétés soumises en Allemagne à la codétermination, *V « Panorama des pratiques de gouvernance des sociétés cotées françaises » Ernst & Young, 10ème édition, 17 octobre 2012]* et de recommandations adressées aux Pouvoirs publics [Le Rapport Gallois (« *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française » du 5 novembre 2012*), celui de l'Institut Français des Administrateurs (« *Structure de gouvernance de l'entreprise : critères de décision » janvier 2013*) et le Rapport d'information de la Commission des lois à l'Assemblée nationale (*sur « La transparence de la gouvernance des grandes entreprises » du 20 février 2013*) appelaient tous à généraliser ce type de représentation, indépendamment de la participation au capital].

Si l'action syndicale a été, en présence de théories et pratiques managériales innovantes, un puissant ferment de la transformation sociale des entreprises du pays[16], sont contestables les revendications sociales hors contexte augmentant les charges des entreprises qui compromettent compétitivité, rentabilité et survie, sans empêcher, au contraire, le déficit structurel de la protection sociale (prévoyance et chômage).

1.13 En forme de réponse, les ordonnances Macron (et décrets d'application) favorisent développement de la négociation d'entreprise et simplification (fusion des IRP) sans renforcement des moyens, mais n'avancent aucune mesure nouvelle de partage de pouvoir susceptible de tendre vers la codétermination, au niveau des CA/CS (telle que souhaitée par la CFDT). Le projet de loi « Pacte » pourrait inclure une proposition consistant à porter au quart ou tiers le nombre des représentants au CA/CS, ce qui paraît être une avancée supplémentaire:

- La présence en nombre de représentants salariés au CA/CS a d'autant plus d'importance que la nouvelle gouvernance des entreprises axée sur la *shareholder value* n'est pas particulièrement favorable à l'intérêt social.
- Par ailleurs, en dépit notamment de la primauté donnée (partiellement) aux accords de terrain (entreprise /établissement), la « démocratie directe » (referendum) n'a pas encore la faveur du législateur ni surtout celle des syndicats et la démocratie sociale reste «confisquée» faute d'une représentativité réelle.

1.14 Sans réel droit de veto, force est de constater qu'en France, dans le cadre de leur actuel développement (sauf ponctuellement), ni l'action des IRP, des délégués syndicaux, ou des administrateurs représentant les salariés, ni l'actionnariat salarié (trop minoritaire pour peser[17]) n'ont, à travers leurs votes et/ou leurs représentants, sensiblement modifié l'influence des salariés sur la gestion globale de l'entreprise.
Sans doute, les droits collectifs dont bénéficient les salariés (y compris les salariés « actionnaires ») sont jugés suffisants pour l'équilibre actuel du « modèle social » français[18]. Il apparaît que le législateur n'a pas voulu trancher dans la structuration des pouvoirs/contre-pouvoirs et leur corrélation ou efficacité combinée et, avec un patronat très partagé, poursuit dans la portée limitée de l'influence des représentants au CA/CS, donc en pratique dans les seules SA, au regard des pouvoirs détenus par les IRP et les syndicats[19]. Reste alors le volet pécuniaire additionnel, avec une plus ou moins grande légitimité de l'actionnariat salarié.

III : L'option « droits pécuniaires » : dispositifs visant le partage de la valeur ajoutée et l'actionnariat salarié

1.15 On sait l'importance pour certains investisseurs que revêt le capital humain de l'entreprise, apprécié à travers les multiples critères des analyses RSE / ESG / ISR et autres et l'une des bases de la notation extra financière de sa gestion. La satisfaction des salariés au travail, leur bien-être et le degré de leur participation à la gestion sont notés. Mais il s'agit davantage de conforter le rendement financier -en s'assurant, selon les critères du développement durable, du bon équilibre entre facteur humain et conditions de compétitivité- que de discuter des conditions d'une reconnaissance politique et financière de fond de ce capital humain[20].
Or, les discussions sur le partage de la valeur ajoutée offrent une invitation sinon un cadre de transgression sur le fondement purement contractuel des droits respectifs des salariés et des associés.

---

[16] Avec pour une majorité de salariés, un standard élevé de droits individuels et collectifs et une protection sociale importante supportée de manière significative par les entreprises (généralisation d'une complémentaire santé en 2016 visant les PME comme l'une des dernières illustrations), sans empêcher développement et défense parfois abusive d'intérêts catégoriels. Et impactée par une évolution sociologique où l'individualisme et l'apparence sont primés et les nouveaux « héritiers » appartiennent davantage au monde du spectacle qu'à celui de l'industrie ou du savoir, et un chômage de masse, co-produit du système économique, que les partenaires sociaux semblent ignorer…

[17] En ce sens, *« Le droit de vote des salariés actionnaires comme mode d'expression collective : vision d'un travailliste » B. Géniaut Droit 2014 p.512*. En ce sens, le commentaire d'Y. *Saint-Jours « Les principales dispositions de la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale » Dalloz.chroniques 2001, p 1179* : « dans le contexte actuel d'une mondialisation libérale de l'économie, la contribution des salariés, par leur épargne forcée ou volontaire, à la constitution, via les marchés financiers, d'immenses groupes industriels et financiers, ne les met nullement à l'abri des vagues de licenciement opérés dans le seul objectif de maximiser leurs profits ».

[18] Les attributions considérablement renforcées des comités d'entreprise (Art. L. 2323-1 à L.2323-82 *C.trav*) ainsi que la pré-existence d'une double représentation des salariés dans les organes de gestion des sociétés (représentants du CE, et, le cas échéant, administrateurs représentant les salariés) ont préempté et capté l'essentiel de l'espace de représentation disponible rendant difficile une évolution. En ce sens, *R. Soubie* « l'existence d'institutions représentatives du personnel et de syndicats avec de larges pouvoirs d'information et de consultation ne rend pas nécessaire la création d'autres systèmes de représentation pour les actionnaires salariés » dans *« Enjeux et risques de l'actionnariat salarié » Les entretiens de l'assurance – FFSA 1999*.

[19] Certains commentateurs ont vu dans la nomination d'administrateurs salariés de plein exercice indépendamment de l'actionnariat salarié un pas vers la cogestion dans les grandes entreprises, mais la comparaison avec le dispositif complet du « Mitbestimung » montre de grandes différences, lire l'article de *R. Vatinet (« Représentation des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance » Revue des sociétés 2014 p.75)* qui parle d'occasion manquée et relève la nécessité sinon du paritarisme du moins d'une représentation suffisamment importante dans les organes sociaux pour peser, notre pays s'entêtant dans le cumul complexe et inefficace des différentes techniques de participation.

[20] Voir, en ce sens, l'étude publiée sous la direction et supervision du *Club Finance HEC: « Libre Blanc sur le Capital Humain » en mai 2011.*

1.16 CPME et Medef ne sont pas favorables à une réforme qui rendrait obligatoire la participation dans les entreprises de moins de 50 salariés. Mais nombre de PME et ETI ont adopté l'intéressement et l'épargne salariale. Outre les dispositifs liés à l'épargne salariale (dont participation et intéressement) et à l'actionnariat salarié, le dispositif dit de prime de partage des profits ou « prime dividendes »[21], renforçant la négociation d'un accord national interprofessionnel portant sur le partage de la valeur ajoutée (initiée par le Rapport Cotis du 13 mai 2009), a été supprimé par le gouvernement socialiste en 2012. Ce dispositif, reconnaissant un droit de participation au profit (autre que le salaire, contrepartie du travail effectué) et donc une autre distribution du résultat des entreprises, nous semble toujours pouvoir traduire, en concept de ressources à rémunérer, l'expression « capital humain », qui reviendrait à chiffrer la rétribution (sinon la contribution) du facteur travail en fonction de celle du facteur capital (capitaux engagés), par exemple, par calcul des éléments suivants :

- *En partant du bénéfice, un premier niveau de rémunération des actionnaires, basé sur un intérêt financier ou le CMP des capitaux engagés tenant compte du marché et du secteur d'activité. En considération du risque pris par l'actionnaire, comme y invite d'ailleurs la prime dividendes, cette rémunération du capital aurait un caractère préciputaire.*
- *après les affectations classiques aux réserves obligatoires, une répartition du résultat entre : (i)rémunération préalable de base du capital sur critères objectifs (secteur, taille, performances), qui ne soit plus une norme autoproclamée de création de valeur actionnariale (y compris en distribuant les réserves disponibles) et, le cas échéant, (ii) sur-rémunération du travail (s'ajoutant au total du coût salarial et des avantages sociaux pour les salariés) et du capital (s'ajoutant aux dividendes versés mais ici sans aucun caractère préciputaire), avant réserves facultatives et report à nouveau.*

1.17 Toutefois, il peut sembler assez vain de vouloir concéder des nouveaux droits de partage du résultat sans partager le pouvoir de participer au processus de décision conduisant au résultat. En ce sens, l'expression « capital humain » semble porter d'elle-même une revendication de nature politique légitime mais difficile à satisfaire compte tenu des droits et principes applicables en matière de propriété. Sauf à trouver, par exemple, à travers un instrument contractuel financier et de gouvernance, un résultat plus équitablement partagé et une nouvelle alliance du fait d'un intérêt commun retrouvé entre investisseurs , managers et salariés[22].
Par ailleurs, l'opposition capital/travail ne doit pas masquer les autres conflits d'intérêts, à savoir : (i) entreprise vs. parties prenantes ou protagonistes de son environnement économique [fournisseurs, clients, Etat et collectivités territoriales ou nationales d'implantation, situation où les salariés sont généralement solidaires des intérêts de l'entreprise] mais également (ii) actionnaires vs. dirigeants [situation où les salariés sont réputés plus proches des dirigeants].

1.18 Avatar de la gestion participative (participation des salariés aux résultats et/ou participation des travailleurs à la gestion des entreprises, en référence aux termes du préambule de la Constitution de 1946), l'actionnariat salarié, qui relève de différents dispositifs légaux favorisant l'accès des salariés au capital de leur entreprise[23], comporte bien droits politiques et droits pécuniaires aménagés pour les salariés actionnaires.
Le développement de l'actionnariat salarié[24] (poussé par les privatisations et les modalités avantageuses de l'épargne salariale) semble résistible, conséquence de ses limitations structurelles (dispositifs limités aux sociétés par actions, variété des dispositifs et complexité, absence de stabilité des règles), des réticences patronales sur les enjeux éventuels de pouvoir, de l'absence d'investissement à long terme des salariés, de la conjoncture (la crise économique et financière qui affecte la performance financière des actions depuis 2007), mais également des fluctuations incessantes et contradictoires de la loi remettant en cause les mesures incitatives, fiscales et sociales, affectant entreprises et salariés[25].

---

[21] Loi 2011-894 du 28 juillet 2011 et circulaire interministérielle ETST1121460C du 29 juillet 2011. Ce dispositif, critiqué et aux résultats décevants, prévoyait la négociation obligatoire d'un accord d'entreprise visant le versement d'une prime aux salariés justifiée par une augmentation des dividendes attribués par l'assemblée générale aux associés par rapport à la moyenne des dividendes versés au titre des deux exercices précédents dans les entreprises de plus de 50 salariés. *V. P. Valéro & P. Letourneur « La prime dividendes est-elle une étape vers la reconnaissance du capital humain ? » revue des Docteurs en Droit mars 2012*

[22] *V. en ce sens les réflexions de l'Académie NewCode, B.Attali , F. Faure et P.Ferracci – « Pour une nouvelle alliance entre capital financier et humain -Les Echos septembre 2017.*

[23] Avec autant de régimes juridiques distincts : privatisations du secteur public, augmentation de capital réservées, attributions de stock-options ou d'actions gratuites ou placement de l'épargne salariale (accords de participation et/ou d'intéressement).

[24] V.Loi dite Macron n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui entend relancer l'épargne salariale et l'actionnariat salarié en PME.

[25] V. *«L'actionnariat salarié, une stratégie en quête de légitimité » actes du colloque du 19 novembre 2013 organisé par l'Université de Strasbourg Revue Droit social 2014, et «L'actionnariat salarié, un développement résistible» P. Letourneur -«Les figures de l'associé » actes du colloque du 16 octobre 2015 organisé par l'EA 7311 - Université de Corse - Revue Droit des sociétés JurisClasseur LexisNexis mars 2016.*

1.19 Les modes de participation des salariés (politique ou résultat) restent divergents entre les pays, y compris, ceux de l'UE[26] et on notera (i) que l'actionnariat salarié n'est pas indispensable à une gouvernance des entreprises partagée avec les salariés (codétermination consubstantielle à des relations sociales normalisées, la *cogestion « Mitbestimmung* » en Allemagne,) et (ii) qu'il est parfois complètement dissocié de tout objectif de gestion partagée avec les salariés (le contrat de travail « *Employee shareholder* » en Grande-Bretagne).

1.20 Alternativement ou en complément à la généralisation de représentants des salariés (avec ou sans parité) au niveau des organes de gestion des entreprises (y compris hors SA), la généralisation d'un actionnariat salarié à un niveau de minoritaire d'influence, pourrait constituer, à terme, un autre axe de développement du capital humain en entreprise, si l'on considère que l'actionnariat salarié est porteur d'un progrès managérial et sociétal[27] impliquant une meilleure compréhension des enjeux de gestion, outre la paix sociale et l' évolution significative des mentalités en faveur de l'appartenance à l'entreprise (commune). Une telle évolution pourrait se produire dans le temps. Mais elle pourrait être accélérée par des dispositions nouvelles:

1. Etendre l'application des dispositifs d'actionnariat salarié hors SA et au non coté, avec les adaptations nécessaires du cadre légal (investissement indirect via un véhicule dédié, liquidité de l'investissement, représentation des salariés actionnaires…)[28].
2. Ne pas renoncer à la vocation politique de l'actionnariat salarié en rendant obligatoire progressivement un pourcentage d'actionnariat salarié minimum de plein exercice, avec la constitution à terme d'un groupe minoritaire d'influence[29] (la codétermination nécessitant de changer le paradigme de légitimation du pouvoir déterminé par la seule propriété du capital).
3. Favoriser le financement de cet actionnariat via celui des retraites complémentaires et celui des entreprises, en termes de capitaux propres, i.e. Perco ou fonds de pension par capitalisation dédiés aux salariés [type : création de compartiments de fonds particuliers et de règles permettant (i) l'investissement (en limitant les risques cf. le non coté) et (ii) la représentation ad-hoc des salariés actionnaires dans les organes dirigeants des/de leurs entreprises][30].
4. Maintenir la spécificité des autres représentants salariés élus mais renforcer la compétence (formation aux bases de la gestion) et, du point de vue organisation et management, la coordination entre élus en simplifiant voire en supprimant d'éventuelles redondances d'attributions entre organe de gestion et IRP (attributions actuelles des CE et futures des CSE).
5. Renforcer les facultés contributives des salariés (abondement, incitations fiscales) puis stabiliser le cadre juridique, social et fiscal permettant de consolider l'objectif patrimonial des salariés et l'objectif managérial des entreprises (y compris dans le cadre des reprises de l'entreprise, circonstancielles ou programmées).

Remarques conclusives et prospectives

1.21 D'une certaine manière, la légitimité du capital humain en entreprise est consacrée depuis l'origine des textes législatifs et même constitutionnels (1946) instituant la participation des salariés à la gestion et au résultat de l'entreprise (« dividendes du travail ») et les modalités privilégiées d'accès au capital des salariés (actions remisées ou gratuites) constituent une forme implicite sinon une étape déjà ancienne dans la reconnaissance du facteur travail en tant que « capital » humain. Les facilités données pour l'accès au capital et les prérogatives données en matière de consultation puis de représentation dans les organes de gestion dérogent aux règles de droit commun, sous l'angle patrimonial et l'angle politique, et reconnaissent en quelque sorte un dû. Quand bien même ces droits exceptionnels ne sont pas étendus, loin s'en faut, à l'ensemble des entreprises et leur évaluation laissée à la discrétion des dirigeants et des actionnaires.

---

[26] *Voir « Analyse comparative des pratiques de gouvernance » sous la direction de P. Bello IFA édition Secure Finance 2007, « Participation financière des salariés : publication d'une étude de la Commission européenne » B. Lecourt Revue des sociétés 2015 p.139 ; « Les contours de l'Europe sociale, réflexions à partir de la participation financière des travailleurs et de l'actionnariat salarié » M. Schmitt Droit social 2014 p.56 ; « L'entreprise dans un monde sans frontières – Perspectives économiques et juridiques » A. Supiot et alii Dalloz 2015*

[27] Si le rôle de l'entreprise créatrice de richesse -mais en compétition permanente- et l'apport des investisseurs financiers (et l'épargne fléchée ou spécifique) demeurent incontournables (sauf à revenir aux planification et socialisation des moyens de production qui ont échoué et à une révolution), les salariés pourraient être amenés à limiter les décisions purement spéculatives et favoriser la croissance durable, en dépassant antagonismes et postures soulignant l'oxymore du « dialogue social ». Mondialisation et universalisation du capitalisme, qui ont permis un accroissement de la richesse des nations notamment pour de nombreux pays en développement, sont également à l'origine de plus grandes inégalités, de nouvelles exclusions (classes moyennes sapées) et, indirectement, du populisme. Le logiciel progressiste doit changer en faveur d'une croissance plus durable et inclusive. V. *« la longue quête du capitalisme inclusif » E. Le Boucher* Les Echos 27 janvier 2018, *« Le capital, clé de la croissance inclusive » N. Baverez* Les Echos 5 février 2018 et *« Les métamorphoses du capitalisme » J. Damon* Les Echos 10 février 2018.

[28] Une extension à toutes les sociétés, quelles que soient leur formes sociales, n'étant pas envisageable compte tenu des formes sociales instituant une responsabilité solidaire et indéfinie des associés.

[29] 3,37% en moyenne à fin 2016 dans les entreprises du CAC 40 mais jusqu'à 20% et plus pour une version militante de l'actionnariat salarié type « Bouygues » ou « Eiffage ».V. « *Comment l'actionnariat salarié peut progresser » P. Fay* Les Echos 12 octobre 2017.

[30] Au niveau macroéconomique, assurer aux français le complément indispensable aux montants versés au titre de leur retraite (Sécurité sociale et régimes complémentaires et sur-complémentaires). On sait également que les fonds de pension, créés principalement dans les pays anglo-saxons gèrent, pour financer les pensions versées, des participations qui représentent des montants considérables, et, en respectant dogme ou paradigme du pouvoir capitaliste, susceptibles d'atteindre des niveaux significatifs d'influence.

1.22 Reconnaissance du capital humain et vocation «sociétale» ne doivent pas être confondues. La légitimité du capital humain peut être réévaluée à l'aune de la croissance durable et d'un facteur travail qui (avec les pouvoirs publics) est, peut-être, plus attaché non à la moralité mais à la pérennité et à la localisation de l'entreprise « physique et temporelle » que ne l'est aujourd'hui le facteur capital[31] attaché prioritairement sinon exclusivement à la rentabilité à court terme d'une entreprise, véhicule d'investissement. Cette légitimité est alors fondée par le partage structurel et permanent du risque d'entreprise, au titre du contrat de travail et non du contrat de société, et peut expliquer le traitement différentiel et de faveur des salariés, dont l'accès aux organes sociaux et au capital, de celui réservé aux autres parties prenantes de l'entreprise[32]. En ce sens, l'analyse des outils juridiques et managériaux ne peut faire abstraction de l'évolution globale et favorable du cadre légal relatif au « capital humain », et, crise économique oblige, de l'évolution sans doute moins favorable du cadre économique. L'apport des Ordonnances Macron peut ainsi être débattu face aux risques d'une gestion excessivement financière ou, au contraire, excessivement sociale de certaines entreprises.

1.23 Une nouvelle évolution « fonctionnaliste » et « transversale » de reconnaissance du capital humain en entreprise, que postures et cadre légal actuels ont rendu difficile, est toujours envisageable. Pari ou défi, à l'instar de l'objet social redéfini, la loi pourrait étendre l'application des dispositifs à un plus grand nombre d'entreprises et prévoir d'assurer, via un cadre juridique et financier adapté et, selon le cas, un cadre fiscal incitatif, les conditions pour permettre aux entreprises concernées, de continuer le développement des dispositifs existants[33] avec deux moyens ou une alternative: (a) consacrant l'option politique, la possibilité (juridiquement plus simple mais jugée prématurée par le patronat, compte tenu de l'étiage actuel des relations sociales) d'accroître progressivement représentation et modalités de gestion partagée avec –à terme et sur décision ultime des associés, donc sans l'imposer- une cogestion ou codétermination, via la parité des représentants salariés dans les organes sociaux des sociétés par actions[34] ainsi que des SARL (cf. les lois Rebsammen et El-Khomry et la future loi Pacte, en tendance), et/ou (b) consacrant les options pécuniaire voire politique (avec une perspective plus limitée), un actionnariat salarié obligatoire, généralisé au tissu des PME[35] dont SARL et non coté, instaurant progressivement une minorité d'influence et financé en partie par des fonds de pension sur-complémentaires spécifiques susceptibles de répondre aux besoins économiques[36].

1.24 Dans les deux cas, étendre la reconnaissance du capital humain, c'est réformer un capitalisme français en compétition, en respectant deux conditions : (i) sortir du taux arbitraire de création de valeur actionnariale et du schéma mental de la lutte des classes[37] -parce que la viabilité de l'entreprise en sort compromise- et (ii) dépasser le schéma juridique où, avec des intérêts contraires, sont juxtaposés contrat de société réservés aux associés et contrats de travail entre entreprise et salariés. C'est donc permettre de sanctionner tous les abus mais surtout, avec une gouvernance appropriée et dans le cadre d'un contrat collectif d'entreprise sui-generis, de s'accorder sur un projet d'entreprise dynamique, validé par les associés et reconnu prévalent à tous les niveaux du dialogue social, le niveau de l'entreprise étant le seul capable d'identifier légitimement l'équilibre du projet et de réconcilier intérêts propres et communs[38]. L'avenir n'appartient pas au statu quo ni au repli.

---

[31] Hors contrôle familial, lorsque partie émergée d'une économie financière invasive et incontrôlée et plutôt international. La concertation G20 n'empêche pas création monétaire désordonnée et bulles qui impactent les marchés financiers puis l'économie et, faute de régulation nécessaire, les préoccupations politiques devraient concerner davantage aménagement du territoire et équilibre des comptes de notre protection sociale plutôt que libre circulation des capitaux et libre spéculation sur les titres de capital.

[32] Sujet relevant potentiellement de l'objet social redéfini et/ou d'une éventuelle stratégie d'intégration verticale et non de dispositions nouvelles permettant à des fournisseurs ou à des clients d'être invités au CA/CS des sociétés pour d'évidentes raisons de conflit d'intérêts.

[33] Dont, sans nier les critères et difficultés techniques, les aménagements nécessaires des dispositions légales, les SARL, SCA ou SAS avec par exemple un conseil de surveillance obligatoire pour y faire siéger les représentants des salariés, et hors les sociétés de personnes. Aménagements peu probables (CPME et Medef en probable opposition) au niveau de la loi Pacte qui s'intéresse déjà à simplifier divers sujets (seuils sociaux et fiscaux, transmission de l'entreprise) et à étendre l'actionnariat salarié aux PME de moins de 50 salariés.

[34] En intégrant au calcul les différents modes de désignation préexistants, y inclus les représentants des salariés actionnaires.

[35] Etant rappelé que les TPE start-ups pratiquent déjà une forme d'actionnariat salarié sous forme de distribution d'actions ou de BSA avec un objectif principalement pécuniaire

[36] Solution économique et sociale donc, réglant en partie financement des capitaux propres des entreprises et des retraites des salariés,du fait du déséquilibre financier du régime général et des risques de liquidation qui vont peser durablement, en dépit d'anticipations de recettes en hausse compte tenu de meilleures hypothèses de croissance, (et même si le futur régime unifié Agirc-Arrco de retraite complémentaire semble redressé).V. *« Retraites : l'équation financière du quinquennat pourrait se compliquer»* et *«Déficit des retraites : la pression se réduit pour Macron avant la réforme » S.Godeluck* Les Echos 11 mai et 21 novembre 2017.

[37] Zola à Marx que continuent de soutenir certaines organisations pour lesquelles l'entreprise est surtout un lieu de conflit et le contrat de travail l'expression d'un seul rapport de force, postures qui en France alimentent à juste titre la défiance patronale sur la codétermination.

[38] Notamment dans l'esprit des accords dits « offensifs » de développement de l'emploi de la loi El-Khomry.