



Représentation du personnel dans les conseils d'administration en Europe: vue d'ensemble

Feuille de travail thématique pour la Conférence annuelle du Centre européen d'expertise (ECE) dans les domaines du droit du travail, de l'emploi et des politiques en faveur du marché du travail:

« Perspectives des droits collectifs en Europe »

Natalie Videbæk Munkholm, Professeure associée,
Université d'Aarhus

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion

Mars 2018



MENTION LÉGALE

Le contenu de la présente publication relève de la seule responsabilité de son/ses auteur(s). Le contenu de la présente publication ne reflète pas nécessairement la position ou l'opinion de la Commission européenne. Ni la Commission européenne, ni toute personne /organisation agissant au nom de la Commission n'est responsable de l'utilisation qui pourrait être faite de toute information figurant au sein de la présente publication.

Cette publication a reçu une aide financière de la part du Programme de l'Union européenne pour l'emploi et l'innovation sociale « EaSI » (2014-2020).

Vous trouverez plus d'informations sur l'Union européenne sur Internet (<http://www.europa.eu>).

1 Introduction

La représentation du personnel dans les conseils d'administration (RPCA)¹ concerne l'élection ou la nomination de représentants au sein des organes décisionnels stratégiques des entreprises.² La RPCA comprend uniquement les situations où le représentant des travailleurs³ a voix délibérative et où il représente les intérêts de tous les employés de l'entreprise quels que soient leurs intérêts fondamentaux.⁴ Les structures des entreprises varient en fonction des législations nationales. La RPCA concerne la représentation des travailleurs quelle que soit la structure à condition qu'un droit à la représentation au sein des organes décisionnels stratégiques de l'entreprise leur soit octroyé. Dans les structures à deux niveaux, ceci concerne le conseil de surveillance et dans les structures monistes, le conseil d'administration ou le comité de direction. De même, la RPCA ne concerne pas les personnes employées à un niveau inférieur au conseil d'administration, notamment, les procédures d'informations et de consultation⁵ ou toute variation nationale associée à celles-ci, ou la participation aux tâches ayant trait à la santé et à la sécurité au sein de l'entreprise.⁶ Bien que ces procédures fonctionnant à des niveaux inférieurs puissent permettre aux employés d'influencer la gestion de l'entreprise⁷, () la RPCA s'applique uniquement aux droits de représentation au niveau du conseil d'administration.

En droit de l'UE, la participation des employés au niveau du conseil d'administration est définie par les États membres. En ce qui concerne la RPCA, aucun modèle unique ne peut être appliqué à tous les employés européens. Abandonné en 1988, le projet contingent de 5^{ème} directive sur le droit des entreprises représente la première tentative pour aboutir sur un consensus européen.⁸ Depuis lors, les États membres se sont mis d'accord pour protéger les droits actuels à la RPCA des sociétés européennes (SE),⁹ des sociétés coopératives européennes (SCE)¹⁰ et dans l'éventualité d'une fusion transfrontalière des sociétés à responsabilité limitée.¹¹

¹ Conchon, A, *Board-level employee representation rights in Europe (Représentation du personnel dans les conseils d'administration en Europe). Faits et tendances. Rapport 121, ETUI, 2011, p. 6. D'autres vocables en usage comprennent la « cogestion » et la « participation » tels qu'ils ont été adoptés par la C.E, conformément à la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de l'entreprise européenne en ce qui concerne la participation des employés (directive SE), article 2, (k) : la « participation » se réfère à l'influence de l'organe représentant les travailleurs et/ ou leurs représentants en ce qui concerne le fonctionnement de l'entreprise au moyen du droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de l'entreprise ou du droit de recommander et/ ou d'opposer la nomination de certains ou de tous les membres de l'organe de surveillance ou d'administration de l'entreprise*

² Conchon, A, 2011 (n 1) p. 8.

³ Conchon, A, 2011 (n 1) p. 8.

⁴ Conchon, A, 2011 (n 1), p. 8, et Seifert, A, *Employee participation at Board Level in Europe (Participation des employés au niveau du conseil d'administration en Europe)*, Basedow, J, Su, C, Fornasier, M et Liukkunen, U (éd.), *Employee Participation and Collective bargaining in Europe and China (Participation des salariés et conventions collectives en Europe et en Chine)*, Institut Max Planck, Mohr Siebeck 2016, p. 210.

⁵ Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des employés dans la Communauté européenne. Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs, directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 sur l'établissement d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure permettant d'informer et de consulter les salariés.

⁶ Directive 89/391 du 12 juin 1989 sur l'introduction de mesures pour encourager l'amélioration de la sécurité et la santé des employés sur les lieux de travail.

⁷ Par ex. : Waddington, J, *3 questions on board-level representation (Trois questions sur la représentation au niveau du conseil d'administration)*, 14 juillet 2016, Hans-Böckler-Stiftung.

⁸ Projet contingent de 5^{ème} directive sur le droit des entreprises, 1972-1988.

⁹ Règlement (CE) N° 2157/2001 du 8 octobre 2001 sur le statut des sociétés européennes (SE) (Règlement SE) et directive SE.

¹⁰ Règlement (CE) N° 1435/2003 du 22 juillet 2003 sur le statut des sociétés coopératives européennes (SCE) et la directive 2003/72/EC du 22 juillet 2003 complétant le statut des sociétés coopératives européennes en ce qui concerne la participation des employés.

¹¹ Directive 2017/1132 du 14 juin 2017 concernant certains aspects du droit des entreprises (codification), Art. 133.

Au niveau européen, l'intérêt généré a abouti sur des recherches concernant la représentation au niveau du conseil d'administration,¹² axées sur les mécanismes¹³ nationaux et européens¹⁴ ainsi que la gouvernance d'entreprise.¹⁵ **En 2014¹⁶, 2016¹⁷ et 2017¹⁸, la confédération européenne des syndicats (ETUC) a appelé à ce qu'un nouvel effort soit fourni pour assurer une participation au niveau du conseil d'administration au moyen d'une réglementation européenne contraignante.**

Le présent document examine en détail la situation concernant la RPCA en Europe. Premièrement, en fournissant une introduction au système décrit par les directives SE/SCE (la directive SE), puis en offrant un aperçu des systèmes actuellement en place dans les 31 pays appartenant à l'UE/EEE, troisièmement, en abordant les éléments ainsi que l'incidence possible de la dernière décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) concernant la RPCA en 2017, et quatrièmement, en offrant une perspective sur les besoins d'une législation au niveau européen.

2 Aperçu du droit européen

2.1 Mécanismes au niveau européen ; les dispositions des directives sur les SE/SCE

Le droit à la « participation » de l'employé a été reconnu à l'article 17 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989.¹⁹ Le droit à la « participation » n'était pas inclus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁰ et, dès lors, la RPCA n'a pas fait partie des dispositions de la Charte du traité de Lisbonne en 2009.²¹ La RPCA est maintenant reconnue par le 5^{ème}

¹² Par ex. Conchon, A, 2011 (n 1). Voir le lien suivant pour un aperçu des ressources de recherche <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Board-level-Representation2/References-Employee-participation-and-corporate-governance2>.

¹³ Les données nationales continuellement mises à jour sont disponibles à : <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Board-level-Representation2>. Par ex., voir aussi : Taylor, R, *Worker participation at board level – tour d'horizon across the EU-15 countries and Norway (Participation des travailleurs au niveau du conseil d'administration – tour d'horizon des 15 pays de l'EU ainsi que la Norvège)*, pp. 67-85, et Kluge, N, Stollt, M, *Worker participation at board level in the new EU Member States (Participation des travailleurs au niveau du conseil d'administration dans les nouveaux États membres)*, pp. 87-99, de Kluge, N, Stollt, M (ed.), *The European Company – prospects for worker board-level participation in the enlarged EU (L'entreprise européenne - perspectives de participation des travailleurs au niveau du conseil d'administration dans une UE élargie)*, ETUI 2006, et.

¹⁴ Waddington, J, Conchon, A, *Is Europeanised board-level employee representation specific? (La représentation européenne des employés au niveau du conseil d'administration est-elle spécifique ?) The case of European Companies (Le cas des sociétés européennes (SE), document de travail 2017.02, juin 2017 ETUI, et Seifert, A, 2016 (n 4).*

¹⁵ Par ex. Thomsen, S, Rose, C et Kronborg, D, *Employee representation and board size in the Nordic countries (Représentation des employés et taille du conseil d'administration dans les pays nordiques)*, *Eur J Law Econ* (2016) 42 : 471-490, et Neville, M, Gregoric, A et Poulsen, T, *Insights on Employee Representation on Danish Boards (Réflexions sur la représentation des employés dans les conseils d'administration danois)*, 2015.

¹⁶ Résolution du comité exécutif ETUC d'octobre 2014, <https://www.etuc.org/documents/towards-new-framework-more-democracy-work-etuc-resolution>.

¹⁷ Exposé de position du comité exécutif ETUC d'avril 2016 (proposition ETUC 2016), https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/en-position-orientation_on_info_consult_board-level_repr.rights.pdf.

¹⁸ Suite à la décision CJUE C-566/15 du 18 juillet 2017, <https://www.etuc.org/press/ecj-ruling-commission-should-act-workers-participation-says-etuc>.

¹⁹ L'art. 17 dispose : « l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées selon des modalités adéquates en tenant compte des pratiques en vigueur dans les États membres. Ceci s'applique en particulier aux entreprises ou aux groupes d'entreprises ayant des établissements ou des entreprises dans deux ou plusieurs États membres de la communauté européenne »

²⁰ Les dispositions relatives à la « participation » ont été abandonnées en 2000 selon l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : les travailleurs et leurs représentants doivent se voir garantir une information et une consultation au niveau pertinent de direction et de représentation en fonction des cas traités et des conditions définies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales, voir Conchon, A, 2011 (n 1) p. 32.

²¹ Maintenant l'art. 6 de la version consolidée du traité sur la Communauté européenne, Art. 6, OJ C 326, 26/10/2012, 1.

considérant du traité de l'Union européenne (TUE),²² par lequel les États membres ont confirmé leur « attachement au respect des droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis par la Charte sociale européenne signée à Turin et par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989. » Le mandat pour légiférer sur la RPCA au niveau européen se trouve dans l'article 153 du traité concernant le fonctionnement de l'UE (TFUE)²³, ayant pour but de réaliser les objectifs de l'article 151, à savoir : « l'Union soutient et complète les activités des États membres dans les domaines suivants [...] (f) la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et employeurs, y compris la codécision, sous réserve du paragraphe 5. »

Les États membres ont accepté de protéger les droits de RPCA actuellement en vigueur lors de création d'entreprises SE/SCE.²⁴ La réglementation SE²⁵ vise à créer un cadre légal uniforme permettant aux entreprises de plusieurs États membres de planifier et de réaliser la réorganisation de leurs affaires à l'échelle communautaire.²⁶ Les règles relatives à la participation des employés d'une SE sont définies par la directive 2001/86/CE.²⁷ Le système de participation des employés reflète le fait que les législations et pratiques des États membres sont tellement variées et complexes qu'il a été impossible d'aboutir à un accord concernant un modèle unique européen. Au lieu de cela, la directive SE énonce une procédure d'information et de consultation spéciale lorsqu'une SE est créée et garantit un droit à la RPCA dans les cas où les employés avaient déjà ce droit au sein d'une ou de plusieurs entreprises responsables de la création d'une société SE, selon la législation nationale. Pour qu'une SE puisse être immatriculée, la question de participation des employés doit obligatoirement être réglée, conformément aux dispositions mentionnées dans la Directive SE.²⁸

Un organe spécial de négociation doit être mis en place afin de représenter tous les employés de la SE. Cet organe effectue les négociations au nom de tous les employés de la SE avec l'organe compétent représentant les entreprises participant directement à la création de la SE.²⁹ Dans la mesure où les parties peuvent parvenir à un accord sur la participation des employés, y compris la RPCA, elles sont dès lors libres de décider le contenu de cet accord. L'accord n'est pas soumis aux dispositions de référence telles qu'elles sont décrites dans la 3^{ème} partie de l'annexe A de la directive. Néanmoins, l'accord ne peut réduire ou interrompre certains droits de RPCA préexistants selon la législation nationale qu'avec un vote majoritaire des deux tiers de l'organe de négociation.³⁰ Cette protection s'applique aux entreprises SE issues d'une fusion dans laquelle au moins 25% des employés des sociétés fondatrices ont des droits de RPCA.³¹ Cette protection s'applique également aux entreprises SE issues de la création d'une société holding ou d'une filiale dans laquelle au moins 50% des employés des sociétés participantes ont des droits de RPCA.³² Selon la directive SE, une réduction de droits préexistants fait référence à « une proportion des membres du conseil d'administration inférieure à la plus haute proportion existant au sein des entreprises participantes. »³³ Si la majorité requise ne peut pas être obtenue, les employés se verront octroyer des droits conformément aux dispositions de référence décrites dans l'annexe de la directive SE selon laquelle un droit à la RPCA est donné en

²² Version consolidée du traité sur l'Union européenne, considérants.

²³ Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 153 (1) (f), OJ C 115, 9/5/2008, 114.

²⁴ Le document est désormais axé sur les entreprises SE.

²⁵ Législation SE.

²⁶ Directive SE, considérant (2).

²⁷ Législation SE, art. 1 (4).

²⁸ Législation SE, art. 12 (2).

²⁹ Directive SE, art. 4 (2) (g).

³⁰ Directive SE, art. 3 (4).

³¹ Directive SE, art. 3 (4) et art. 7 (2) (b).

³² Directive SE, art. 3 (4) et art. 7 (2) (c).

³³ Directive SE, art. 3 (4).

fonction de la proportion la plus haute en vigueur dans les entreprises participantes.³⁴ Lorsqu'une entreprise SE est issue d'une transformation,³⁵ tous les aspects de la RPCA des entreprises préexistantes continueront à s'appliquer aux employés de SE, conformément à la législation nationale.³⁶ Ces droits ne peuvent pas être réduits par des négociations.

Le groupe spécial de négociation (GSN) peut décider de refuser ou d'abandonner les négociations en fonction d'un vote majoritaire des deux tiers. Dans ce cas, il n'existe aucun accord de RPCA³⁷ et les employés continuent d'être gouvernés selon la législation nationale en vigueur régissant l'information, la consultation et la participation.³⁸

Les dispositions de référence de la 3^{ème} partie de l'annexe A seront appliquées dans le cas où la période de négociation définie par l'article 5 expirerait sans qu'un accord n'ait été conclu et sans une décision du GSN d'interrompre les négociations et de se reporter aux droits existants conformément à la législation nationale.³⁹ Ceci implique un droit à la RPCA égal au niveau le plus haut actuellement en vigueur dans les entreprises participantes.⁴⁰

La 3^{ème} partie de l'annexe A énonce les procédures de référence permettant de nommer ou d'élire les représentants des employés habilités à siéger au conseil de SE. Cette procédure est réalisée par l'organe de représentation des employés des divers États membres qui choisit parmi ses membres et les nomme en tant que représentants habilités à siéger au conseil ou bien, en mettant en œuvre une procédure impliquant tous les employés qui approuvent ou rejettent la nomination de membres auprès des conseils.⁴¹ Les représentants des employés jouissent des mêmes droits, y compris le droit de vote, et sont soumis aux mêmes obligations que les membres du conseil élus par les actionnaires.⁴²

Le système est bâti sur le principe de négociation et le principe « avant-après ».⁴³ Les parties doivent résoudre le problème de participation des employés, y compris la RPCA. À ces fins, les parties peuvent négocier en quasi liberté les accords constituant la RPCA. Le cadre extérieur de telles négociations repose sur le principe « avant-après ». Dans le cas où les employés ont accès à la RPCA selon la législation nationale, leurs droits doivent être préservés au sein de la SE, sous réserve de certains critères. Au cas où aucune entreprise participante est gouvernée par des règles donnant droit à la RPCA, il n'existera aucune obligation d'établir une RPCA au sein de la SE.⁴⁴

3 Aperçu du droit national

3.1 Procédures nationales

Parmi les 31 membres de l'EEE,⁴⁵ la procédure de droit à la RPCA permettant la participation de représentants des employés au conseil d'administration varie

³⁴ Annexe A, 3^{ème} partie (a) et (b).

³⁵ Directive SE, art. 7 (2) et art. 7 (2) a.

³⁶ Directive SE, art. 4 (1) (g), art. 4 (4) et annexe A, 3^{ème} partie (a).

³⁷ Directive SE, art. 3 (6).

³⁸ Directive SE, art. 3 (6) paragraphe 3.

³⁹ Directive SE, art. 7 (1) (b)

⁴⁰ Directive SE, annexe A, 3^{ème} partie (b).

⁴¹ Directive SE, annexe A, 3^{ème} partie, paragraphe 5.

⁴² Directive SE, annexe A, 3^{ème} partie, paragraphe 6.

⁴³ Conchon, A, 2011 (n 1) , p. 34.

⁴⁴ Directive SE, annexe A, 3^{ème} partie, paragraphe 4.

⁴⁵ Sauf indication contraire, les données de survol sont disponibles sur ETUI : <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries> (2015, mise à jour en 2017), carte <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Board-level-Representation2> (mise à jour en 2017), table comparative des 31 États EEE (mise à jour en juillet 2015) <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Board-level-Representation2/TABLE-Worker-board-level-participation-in-the-31-European-Economic-Area-countries>.

considérablement. « La richesse » des droits de RPCA,⁴⁶ c-à-d les limites minimum d'activation des droits, le nombre de représentants, les méthodes électorales ou de nomination ainsi que l'usage effectif d'un droit dépendent largement du pays qui les a octroyés.

3.1.1 Droit statutaire

Il n'existe aucun cadre juridique concernant la RPCA dans douze États appartenant à l'EEE. C'est le cas de la Belgique, la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, Malte, la Roumanie et le Royaume Uni, ce qui représente environ un tiers des pays de l'EEE. Dans ces pays, la représentation au niveau du conseil d'administration résulte d'accords volontaires ou de choix spécifiques à l'entreprise. Ces solutions peuvent résulter d'accords passés entre travailleurs/syndicats et la direction,⁴⁷ de structures sélectionnées pour l'entreprise conformément aux statuts de la société, de décisions des actionnaires durant l'assemblée générale, ou de choix du conseil d'administration.

Pour les autres dix-neuf États de l'EEE, le droit à la représentation au niveau du conseil d'administration est défini en fonction de la propriété de l'entreprise, des structures de responsabilité, des finances, du type d'industrie, du nombre d'employés ou de la position des employés et des syndicats.

3.1.2 Seuils minimum d'activation des droits

3.1.2.1 Type d'entreprise

Premièrement, dans les cinq pays suivants : la Grèce, l'Irlande, la Pologne, le Portugal et l'Espagne, la représentation obligatoire au niveau du conseil d'administration est limitée aux entreprises publiques, appartenant partiellement à l'État ou ayant appartenu à l'État (ci-après entreprises publiques).

Dans les quatorze pays restants, le droit à la RPCA s'applique aux sociétés privées ainsi qu'aux entreprises publiques.

Deuxièmement, dans certains de ces pays, le droit varie en fonction de la structure de responsabilité de l'entreprise en tant que : société publique à responsabilité limitée, société à responsabilité limitée (Autriche et Croatie) ou s'applique uniquement aux sociétés publiques à responsabilité limitée (France, Luxembourg, Slovaquie).⁴⁸

Troisièmement, le droit varie en fonction du type d'industrie, par ex. le fer, l'acier et le charbon (Allemagne), les métaux (Espagne), le fer (Luxembourg).

Quatrièmement, un critère qualifiant supplémentaire peut dépendre du chiffre d'affaire ou de la valeur de l'actif (Slovénie) ou des fonds propres (Pays-Bas).

3.1.2.2 Nombre d'employés

Aucun minimum requis : les seuils minimum requis sont observés dans les entreprises publiques en France, République Tchèque, Grèce, Irlande, Luxembourg, Portugal, Pologne et Slovaquie ainsi que les sociétés publiques à responsabilité limitée détenues par des intérêts privés en Autriche et en Croatie où les employés ont droit à la RPCA quelle que soit la taille de l'entreprise.

Exigences en matière du nombre d'employés : le groupe de pays où le seuil minimum de 25 à 50 employés est observé comprend : la Suède, la Norvège, le Danemark, la Slovaquie et la Slovénie (où certains critères additionnels s'appliquent). Le second groupe où le seuil minimum de 100 à 300 employés est observé comprend : les Pays-Bas (où certains critères additionnels s'appliquent), la Finlande et la Hongrie Ce seuil minimum pour la RPCA est observé pour les sociétés à responsabilité limitée en Autriche et en Croatie. Le troisième groupe comprend les pays où un seuil minimum

⁴⁶ Neville, M, et al. 2015 (n 15) p. 1.

⁴⁷ Par ex., en Italie et en Belgique dans certaines parties du domaine public.

⁴⁸ Cette situation est la même dans les pays où ceci est la seule structure d'entreprise autorisée.

de 500 à 5 000 employés est requis. C'est le cas de l'Allemagne (500, 1 000 ou 2 000 employés), la République Tchèque (500 pour certaines entreprises) et la France (1 000 ou 5 000 employés). Le Luxembourg exige également des seuils élevés pour accéder à la RPCA dans les sociétés à responsabilité limitée. En Espagne, le droit à la RPCA ne s'applique qu'aux entreprises publiques employant au minimum 1 000 personnes (500 dans l'industrie métallurgique).

3.1.2.3 Action des employés et des syndicats

Dans les pays nordiques, la représentation des travailleurs est amorcée uniquement lorsque les employés ou les syndicats expriment un intérêt pour cette pratique. Les droits de RPCA dépendent de l'initiative des employés au niveau de l'entreprise. Au Danemark, syndicats et employés doivent faire une demande de représentation confirmée par un scrutin positif de la majorité des employés. En Finlande, deux groupes représentant la majorité du personnel doivent faire une demande de représentation. En Norvège, dans les entreprises employant au moins 200 personnes, la majorité des travailleurs doivent faire une demande de représentation. En Suède, la représentation dépend d'une décision des syndicats conformément aux conventions collectives de l'entreprise.

3.1.3 Pouvoir de la représentation

Le nombre et/ou le pourcentage de représentants admis au conseil d'administration varie considérablement d'un pays à l'autre. Leur pouvoir varie également en fonction des spécificités de chaque pays suivant le type de structure et de moyens financiers de l'entreprise. Pour terminer, dans quelques pays, leur pouvoir varie en fonction du nombre d'employés (système ascendant).⁴⁹

Systèmes non-ascendants : en Croatie et en Grèce, dans les entreprises admissibles, les travailleurs sont représentés par un membre admis au conseil d'administration. En Espagne, chaque syndicat reconnu peut nommer un membre pour le représenter, c-à-d deux ou trois sièges. En Finlande, la représentation par défaut est fixée à 1/5 du conseil d'administration pour un maximum de quatre sièges, à moins que les parties aient passé d'autres accords.

Dans un nombre de pays, la représentation est fixée à 1/3 du conseil d'administration. C'est le cas de l'Autriche, de la République Tchèque, de l'Irlande, du Luxembourg (pour les sociétés privées) ainsi que des Pays-Bas. En Pologne, la limite est fixée à 2/5 ou 25% en fonction des parts appartenant à l'État. Dans certains pays, le niveau de représentation peut varier en fonction de seuils maximum et minimum définis par la loi. C'est le cas du Danemark (où le seuil est défini par les actionnaires, min. 2 sièges, max. 1/3), de la Hongrie (peut être négocié, fixé à 1/3 des sièges par défaut), de la Slovaquie et de la Slovénie (défini statutairement, min. 1/3, max 1/2, jamais le président).

Droits de représentation ascendants : dans certains pays, le nombre de sièges alloués aux représentants des employés dépend de la taille de l'entreprise.

En France, le seuil est fixé à 200 employés dans les entreprises publiques. Deux membres et au maximum 1/3 des membres sont admis au conseil d'administration pour les plus petites entreprises et 1/3 des membres pour les entreprises publiques plus importantes. Pour les sociétés privées, le seuil est fixé à 1 000 employés (5 000 pour les entreprises internationales). Pour les conseils d'administration pourvus d'un maximum de douze sièges, les employés ont droit à un siège et à deux sièges pour ceux excédant douze sièges. Les droits de représentation peuvent être négociés dans tous les cas, au delà du seuil maximum de quatre (cinq) sièges ou 1/4 du conseil d'administration.

⁴⁹ Proposition ETUC 2016, p. 4.

En Allemagne, la loi fournit la marche à suivre en ce qui concerne la représentation dans les conseils d'administration. Pour les entreprises de 500 à 2 000 employés, le seuil est fixé à 1/3 des membres du conseil d'administration. Pour les entreprises de plus de 2 000 employés, le seuil de représentation est fixé à la moitié du conseil d'administration. Le président en tant que voix prépondérante est élu par les actionnaires. L'industrie de la sidérurgie et du charbon se distingue par un système original pour les entreprises employant plus de 1 000 personnes.⁵⁰ Les employés élisent la moitié des membres siégeant au conseil d'administration, la voix prépondérante étant émise par une personne neutre sélectionnée par les employés ainsi que les actionnaires. D'autre part, un membre représentant les employés siégeant au groupe directoire a le pouvoir de bloquer la nomination du directeur des relations de travail.

Au Luxembourg, dans les entreprises publiques, les employés peuvent élire un membre du conseil d'administration pour cent employés, en respectant cependant les seuils minimum de trois sièges et maximum d'un tiers du conseil.

En Norvège, les employés élisent au minimum un membre à concurrence maximum d'un tiers du conseil, plus un membre supplémentaire en fonction de la taille de l'entreprise.

En Suède, dans les entreprises employant moins de 1 000 personnes, les employés peuvent élire deux membres à concurrence de la moitié du conseil d'administration (en fonction des décisions prises durant les assemblées générales). Dans les entreprises employant au moins 1 000 personnes dans plusieurs secteurs industriels, les employés peuvent élire trois membres à concurrence de la moitié du conseil d'administration (en fonction des décisions prises durant les assemblées générales). Ces deux systèmes permettent à un nombre égal de représentants adjoints de participer aux réunions du conseil d'administration en tant que voix consultatives (sans droit de vote).

Droits supplémentaires : en Slovaquie, dans les entreprises d'au moins 500 personnes, les employés sont également autorisés à élire un membre du groupe directoire ou un membre exécutif du conseil d'administration. En Pologne, dans les entreprises d'au moins 500 personnes, les travailleurs peuvent également élire un membre du conseil d'administration.

Systèmes soumis aux négociations : en Finlande et en Hongrie, la législation fournit une structure par défaut au cas où les négociations n'aboutiraient pas sur un accord. Le même cas se présente également au Danemark, en Norvège et en Suède puisque les syndicats (représentants ou employés) doivent eux-mêmes amorcer la demande de RPCA au sein de l'entreprise.

3.1.4 Élection ou nomination

Les méthodes d'élection des représentants peuvent être divisées en deux catégories principales : avec ou sans élection générale ou élection par délégués du personnel.

Nomination et élection générale : dans certains pays, le processus comporte deux facettes consistant en une nomination par les syndicats, par les comités d'entreprise ou par les employés suivie d'une élection générale impliquant tous les employés. C'est le cas de la Norvège, de l'Irlande, de l'Espagne, de la France (sous certaines conditions), du Danemark, de la Grèce et de la Finlande.

Aucune élection générale : dans de nombreux pays, aucune élection générale n'est ouverte aux employés. Certains pays permettent la nomination des candidats par syndicat ou par comité d'entreprise ainsi que des élections ouvertes aux actionnaires durant les assemblées générales. C'est le cas des Pays-Bas, de la Hongrie (certaines entreprises) et de l'Allemagne (certaines entreprises). Dans d'autres pays, le comité

⁵⁰ En référence au système Montan, par ex. Conchon, A, 2011 (n 1), p. 7.

d'entreprise ou le syndicat nomme directement les représentants destinés à siéger au conseil d'administration. C'est le cas de la Suède, de la Slovaquie, de la Croatie (sous certaines conditions), de la France (sous certaines conditions) et du Luxembourg (pour l'industrie du fer seulement).

Dans certains pays, la méthode consiste à combiner la nomination directe ou la nomination et les élections. C'est le cas du Portugal, de la Croatie, de la France, de la Slovaquie et de l'Allemagne (certaines entreprises).

Dans un pays, l'employeur fixe les règles relatives à la nomination ou à l'élection des candidats. Tel est le cas de la République Tchèque.

3.1.5 Admissibilité

Dans certains pays, il n'existe aucune législation définissant l'admissibilité aux élections. C'est le cas de la Pologne, de la Croatie, du Luxembourg (dans l'industrie sidérurgique), de la Slovaquie (pour certaines entreprises) et de l'Espagne.

Dans la plupart des pays, le représentant doit être employé par l'entreprise. C'est le cas de la Slovaquie, de la Suède (« obligatoire »), de la Norvège, du Portugal, de la Slovaquie (certaines entreprises), de la Croatie (selon d'autres critères), de la République Tchèque, du Danemark, de la France (selon d'autres critères), de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande et du Luxembourg (sauf l'industrie du fer). En Autriche, les représentants doivent aussi être membres du comité d'entreprise.

Un nombre réduit de pays autorisent la nomination de personnes étrangères à l'entreprise. En Allemagne, les employés et les représentants syndicaux externes sont autorisés à se présenter aux élections. Au Luxembourg, l'industrie sidérurgique permet aux représentants syndicaux de se présenter aux élections.

Enfin, le système propre aux Pays-Bas n'autorise aucun lien entre les représentants et les travailleurs de l'entreprise. Ceci permet d'éliminer les négociations collectives entre les syndicats, les employés et l'entreprise. Le représentant est donc une personne externe ayant un intérêt particulier et qualifiée pour débattre les problèmes concernant les employés au niveau du conseil d'administration.

3.1.6 Rôles et responsabilités

Dans la plupart des pays, les représentants des travailleurs se présentent sur un pied d'égalité avec les membres du conseil d'administration. Ces représentants sont tenus au devoir de confidentialité. Ils ont les mêmes obligations et droits légaux que les membres du conseil d'administration élus par les actionnaires. Le représentant des employés est responsable à part entière des décisions au même titre que tout autre membre du conseil d'administration.

4 Discussion – nouvelles perspectives

4.1 Les méthodes - contexte politique, économique et social

Il est évident qu'une grande variété de *méthodes* et de *structures* existent en matière de représentation au niveau du conseil d'administration.

Dans un cas récent porté devant la CJUE,⁵¹ la méthode légale d'élection de représentant des travailleurs a fait l'objet d'un conflit. En bref, le cas mettait en cause la législation de RPCA allemande et soulevait la question de savoir si elle constituait une violation des art. 18 et 45 (2) du TFUE puisque les employés résidant en dehors du territoire allemand ne sont pas autorisés à participer aux élections. Les procédures

⁵¹ CJUE verdict de l'affaire C-566/15 du 18 juillet 2017, Konrad Erzberger contre TUI AG et opinion de l'avocat général Saugmandsgaard Oe, rendu le 4 mai 2017 concernant l'affaire C-566/15. Cette affaire et les opinions associées sont débattues dans « Heuschmid, J, Munkholm, N, Zur Unionsrechtskonformität der Unternehmensmitbestimmung », EuZW 11/2017, 419-424.

nationales ont fait l'objet de controverses, considérées comme étant discriminatoires et constituant un obstacle à la libre circulation des travailleurs.⁵²

Le requérant a présenté l'argument selon lequel la libre circulation des travailleurs telle qu'elle est définie par l'art. 45 (2) du TFUE doit être interprétée comme nécessitant l'harmonisation des procédures nationales concernant l'élection des représentants au niveau du conseil d'administration. Du point de vue du requérant, la législation nationale ne permettait pas aux employés affiliés à des organisations internationales de participer aux élections ou d'être élus en tant que représentants des travailleurs dans un conseil d'administration d'une entreprise nationale, et dès lors, celle-ci constituait un obstacle à la libre circulation des travailleurs.

L'avocat général ainsi que la Cour ont refusé d'admettre que l'art. 45 (2) du TFUE exigeait que la législation nationale concernant la représentation des employés au niveau du conseil d'administration soit applicable aux travailleurs situés sur le territoire allemand au même titre que ceux situés en dehors. Il est clair que les États membres sont libres de fixer les critères relatifs à la validité territoriale de leur législation dans la mesure où ces critères sont objectifs et non discriminatoires.⁵³

L'avocat général a ensuite examiné si un tel obstacle serait justifié dans l'éventualité où la Cour estimerait que la législation constitue un obstacle selon l'art. 45 (2) du TFUE. Le gouvernement allemand a présenté l'argument *selon lequel* les dispositions concernant l'élection des représentants dans les conseils d'administration servent les intérêts non seulement d'employés particuliers mais également ceux de la communauté en général, *que ces dispositions* sont une expression des valeurs nationales de coopération et d'intégration, et *qu'elles sont aussi* adaptées aux structures préexistantes de dialogue et de coopération.⁵⁴ De plus, *que ces dispositions* sont adaptées au modèle d'affaire, à la société, ainsi qu'aux structures syndicales allemands et qu'elles représentent un élément fondamental de la culture de coopération en Allemagne. De fait, *elles constituent* un cadre de référence en matière de formation et d'affiliation libre aux syndicats et permet d'exercer ces libertés telles qu'elles sont définies par la Grundgesetz (loi fondamentale).⁵⁵

L'avocat général a noté que, « dans ce cas particulier », la procédure d'élection des représentants au niveau du conseil d'administration est conforme aux particularités nationales, sociales, économiques et culturelles allemandes et, qu'en tant que telle, elle représente un élément essentiel du marché de l'emploi national et, plus généralement, de l'ordre social en Allemagne.⁵⁶ En tant que tels, les éléments de la procédure étaient étroitement liés aux préoccupations sociales et économiques de l'État, un domaine dans lequel L'UE laisse une certaine marge de manœuvre aux États membres.⁵⁷ Pour ces raisons, du point de vue de l'avocat général, même si la Cour avait conclu que la législation allemande enfreignait l'art. 45 (2) du TFUE, cette violation serait justifiée.⁵⁸ Dans le cas de l'Allemagne, une tentative d'harmonisation des dispositions nationales concernant les employés résidant sur ou hors du territoire nécessiterait une modification des caractéristiques fondamentales du système. Ceci impliquerait le transfert des responsabilités concernant l'organisation des élections à l'entreprise mère allemande, ce qui serait contraire aux principes sur lesquels le système est bâti.⁵⁹

⁵² Affaire C-566/15 point 38, opinion C-566/15, question 99. Voir aussi la question de codétermination concernant les travailleurs étrangers en Allemagne, Conchon, A, 2011 (n 1), pp. 29-30.

⁵³ Affaire C-566/15 points 36 et 37, Heuschmid, J et al. 2017 (n 70), p. 420.

⁵⁴ Opinion C-566/15, points 100 et 111.

⁵⁵ Opinion C-566/15, point 102.

⁵⁶ Dans l'éventualité où la Cour aurait conclu que la législation allemande constitue un obstacle à la libre circulation des travailleurs, l'avocat général a examiné la motivation sur laquelle reposait cet obstacle.

⁵⁷ Heuschmid, J et al. 2017 (n 70).

⁵⁸ Opinion C-566/15, point 103.

⁵⁹ Affaire C-566/15 point 109, Heuschmid, J et al. 2017 (n 70), p. 420.

En ce qui concerne la RPCA, le verdict démontre que les *dispositions* qui sont étroitement liées aux valeurs économiques et sociales, aux traditions, à l'ordre social, aux droits fondamentaux ainsi qu'aux structures sous-jacentes au dialogue commercial et social peuvent légitimement défier les prétentions d'harmonisation à l'échelle européenne.

La plupart des éléments relatifs aux droits à la RPCA variant en fonction des systèmes nationaux en place, une initiative législative à l'échelle européenne applicable aux dispositions nationales d'entreprise doit être menée avec soin en tenant compte des traditions et valeurs économiques, sociales et politiques nationales de chacun.⁶⁰

4.2 Un droit social fondamental ?

La représentation au niveau du conseil d'administration est associée au droit des sociétés et au droit du travail.⁶¹ Dans la plupart des pays, la représentation des travailleurs est incorporée au droit des sociétés (par ex. au Danemark, en Allemagne et dans l'UE en général). Dans d'autres pays, celle-ci est couverte par le droit du travail (par ex. en Autriche). Ceci influence le statut légal de la représentation au niveau du conseil d'administration, soit en tant que droit fondamental du travail ou du droit social qui doivent être respectés, soit en tant qu'élément des règles de gouvernance des sociétés, en fonction de délibérations d'ordre économique.

Le débat théorique sur la gouvernance des sociétés axé sur les modèles coûts/profits⁶² où la question consiste à établir si la représentation des employés confère davantage de bénéfices économiques qu'elle ne coûte au niveau de l'entreprise et si la représentation des employés est un élément préjudiciable à la compétitivité des entreprises à l'échelle nationale.⁶³

D'autre part, le débat théorique concernant les droits du travail est fondé sur les devoirs et obligations des parties où tous les droits du travail doivent être respectés par l'employeur, quel qu'en soit le coût.

Dans l'affaire C-566/15, l'avocat général a annoncé que le droit de vote et d'éligibilité, tel qu'il est conçu par la législation allemande, s'inscrit dans le cadre « d'autres conditions de travail et d'emploi » selon l'art. 45 (2) du TFUE.⁶⁴ En tant que tel, le droit à la RPCA, tel qu'il est conçu par la législation allemande, est un droit individuel de l'employé selon le TFUE.

De plus, l'avocat général a identifié le processus de participation électorale impliquant la participation des syndicats, des comités d'entreprise ainsi que les élections elles-mêmes comme des éléments essentiels du marché du travail ainsi que de l'ordre social en Allemagne.⁶⁵ Les mécanismes de participation représentent non seulement un droit individuel mais expriment également les valeurs sociales et, en tant que telles, sont des parties intégrales de l'ordre social. Cette perspective de la RPCA en tant que droit social individuel est totalement conforme à la pensée originale d'Hugo Sinzheimer sur l'autodétermination des employés sur les lieux de travail.⁶⁶

Cependant, cette opinion ne reflète pas le fait que la codétermination soit un droit fondamental sur le plan social ou celui du travail au niveau européen, pas même dans

⁶⁰ Heuschmid, J et al. 2017 (n 70), p. 421, et ETUC 2016, p. 1-2.

⁶¹ Comme noté également par la CJUE dans l'affaire C-566/15 point 38.

⁶² Par ex. Forth, J, A Bryson, A George, *Explaining cross-national variation in workplace employee representation (Explication des variations transnationales dans la représentation des employés sur les lieux de travail)*, Eur. J. Ind. R., 2017 vol 23 (4), 415-455, p. 417; Neville, M et al. 2015 (n 15); et Thomson, S et al. 2016 (n 15) p. 488.

⁶³ Un point de vue « pratique » selon lequel un lien positif a été difficile à démontrer, voir Conchon, A, 2011 (n 1). Voir par ex. le rapport danois du comité gouvernemental sur la loi de modernisation des entreprises (*Modernisering af Selskabsretten, betænkning 1498/2008*) p. 379.

⁶⁴ Opinion C-566/15, point 44.

⁶⁵ Opinion C-566/15, point 103.

⁶⁶ Voir par ex. Kaufmann, F-X, *Thinking about social policy:*

The German Tradition (Réflexions sur la politique sociale : la tradition allemande), Springer 2012, p. 71.

le contexte de l'art. 45 (2) du TFUE. Selon son point de vue, l'avocat général a conclu que la législation nationale octroyait un droit de participation aux élections des représentants dans le contexte légal du travail et, qu'en tant que tel, ce droit relevait de l'article 45 (2) du TFUE. Son opinion n'aide pas à déterminer si un droit à la participation au conseil d'administration au niveau européen ou au niveau des États membres est fondamental lorsqu'il n'est pas prévu par la législation statutaire.

5 Débat – Aspects de la législation européenne

La législation européenne concernant la RPCA dépend de la volonté politique des institutions de l'UE. La base légale de la législation européenne est fournie par l'art. 153 (1) (f) du TFUE.

Les demandes des partenaires sociaux en matière de législation européenne concernant la RPCA sont promues dans le but d'assurer des conditions équitables de concurrence entre les entreprises sur les marchés internes, d'aider les entreprises à obtenir un meilleur rendement et de contrebalancer la mobilité des entreprises (c-à-d le forum shopping). De plus, la RPCA est promue comme le prolongement naturel des lois européennes régissant la participation des employés ainsi qu'en tant qu'élément de droit démocratique sur les lieux de travail. En tant que telle, la RPCA est un outil aidant à la création d'une société plus démocratique et économiquement florissante. Les paragraphes qui suivent offrent quelques perspectives, notamment : deux considérations générales sur la législation concernant la RPCA (5.1 et 5.2) ainsi que deux perspectives de fond (5.3 et 5.4).

5.1 Un phénomène distinct

Il convient de noter que, d'un point de vue purement analytique, la question de la représentation au niveau du conseil d'administration se distingue des systèmes de participation des employés en matière de consultation ou d'information. Des différences considérables existent entre, d'une part, le droit à la participation en matière d'information et de consultation, et d'autre part, le droit de participer au processus de décision stratégique au niveau du conseil d'administration, y compris le partage des responsabilités que ces décisions impliquent sur un pied d'égalité avec les autres membres du conseil.⁶⁷

Premièrement, les objectifs du droit à l'information et à la consultation sont multiples et principalement axés sur le besoin de garantir un flux d'informations aux travailleurs et de leur donner la possibilité de se faire entendre. De même, l'objectif du droit à la représentation dans le conseil d'administration ne se limite pas à un but unique mais vise également à assurer un échange d'informations entre les travailleurs et le patronat et donne aux employés le pouvoir d'influencer le développement stratégique de l'entreprise au moyen d'une participation directe au niveau de la direction.⁶⁸

Deuxièmement, les deux systèmes imposent des charges différentes aux représentants. Les employés participant aux dispositifs d'information et de consultation doivent s'occuper des intérêts des travailleurs en leur fournissant des réponses et en prenant part aux débats. D'autre part, les représentants au niveau du conseil d'administration se préoccupent des intérêts généraux de l'entreprise, au même titre que d'autres membres du conseil.

Troisièmement, le type de performance est susceptible de varier. Les organes d'information et de consultation reçoivent et traitent les informations dans un esprit consultatif. Par contraste, le conseil d'administration fournit des décisions stratégiques puisque les décisions et délibérations auxquelles il prend part sont effectuées dans un but décisionnel.

⁶⁷ Seifert, A, 2016 (n 4) p. 210.

⁶⁸ E.g. Seifert, A, 2016 (n 4) p. 210, et le rapport danois 1498/2008 (n 85) p. 374.

Quatrièmement, la portée des questions examinées est variable. En général, les procédures d'information et de consultation concernent une sélection d'informations importantes pour l'entreprise en tant que lieu de travail. En revanche, la tâche du conseil d'administration consiste à aborder des questions générales d'ordre stratégique basées sur des délibérations incorporant toutes les informations disponibles.

Pour terminer, les questions de responsabilité diffèrent. Les employés chargés des procédures d'information et de consultation ne sont pas responsables des décisions finales prises par la direction alors que les représentants des employés sont responsables des décisions prises par le conseil d'administration au même titre que les autres membres.

Ces éléments différencient la RPCA des autres formes de participation des employés. En ce sens, la représentation au niveau du conseil d'administration ne représente pas une simple extension du droit à l'information et à la consultation mais constitue un véritable élargissement de la participation des employés vers un nouvel ensemble d'obligations et de devoirs.

Dès lors, on pourrait faire valoir la notion qu'en tant que procédure distincte de participation, la RPCA exige une réflexion égale des employés et des employeurs. En tant que telle, selon moi, la RPCA et ses procédures doivent être examinées au mérite.

5.2 Contexte sous-jacent

Dans certains pays, le droit à la participation aux élections se trouve incorporé aux valeurs sociales ainsi qu'aux traditions et la législation est, dès lors, une expression de choix sociaux, politiques et économiques.⁶⁹ La méthode peut être si étroitement liée aux droits fondamentaux, tels que la liberté d'association, qu'une participation à la RPCA devient une expression essentielle du marché du travail et de l'ordre social.⁷⁰

Du point de vue de l'avocat général, l'Union européenne devrait adopter une vision modérée en matière d'harmonisation des méthodes, surtout lorsque la présence de tels liens entre choix législatifs et valeurs sous-jacentes est mise en évidence.⁷¹ Cette approche s'accorde totalement avec les délibérations d'Otto Kahn-Freund de 1974⁷² puisque l'harmonisation de la RPCA et de ses dispositions au sein des États européens ressemble à une transposition des dispositions juridiques d'un système à un autre.

Selon Kahn-Freund, lorsqu'on envisage une « transplantation » de procédures juridiques d'un pays vers l'autre afin d'aboutir sur une réforme législative, on doit examiner de près la nature des dispositions à « transplanter ». Les dispositions étroitement liées aux structures du pouvoir, qu'il s'agisse de fonctions constitutionnelles formelles ou des groupes sociaux jouant un rôle majeur dans le processus de décision, sont moins à même de générer les réformes législatives voulues puisque ces dispositions ne sont pas nécessairement compatibles avec les structures du pouvoir du cadre légal récepteur. Dans les domaines du droit collectif du travail et des relations industrielles, les dispositions légales et la réglementation sont souvent étroitement liés aux structures du pouvoir de l'État.⁷³ Dès lors, selon Kahn-Freund, de telles initiatives sont pratiquement « non transplantables ».⁷⁴ Une réforme par « transplantation » de dispositions légales ou d'institutions est, par conséquent, davantage porteuse de conflits et de résistances plutôt que de produire l'effet désiré.

La perspective de Kahn-Freund est en accord avec l'opinion de l'avocat général. Lorsqu'une question est étroitement liée aux structures du pouvoir, en particulier en matière de droit collectif du travail et de relations industrielles comme c'est le cas de

⁶⁹ Heuschmid, J et al. 2017 (n 70) p. 422.

⁷⁰ Opinion C-566/15, point 103.

⁷¹ Heuschmid, J et al. 2017 (n 70) , p. 421.

⁷² Kahn-Freund, O, *On the Uses and Misuses of Comparative Law, (Utilisation et abus en droit comparé), The Modern Law Review* 1974, p. 5.

⁷³ Kahn-Freund (n 94), pp. 18, 21 et 24.

⁷⁴ Kahn-Freund (n 94), p. 22.

la RPCA en Allemagne, l'approche en besoins d'une « transplantation légale » sous forme d'harmonisation doit être modérée. De même, cette perspective est liée à l'opinion qu'un ajustement même mineur peut potentiellement modifier et altérer les fondements et les valeurs exprimées par les méthodes en place.⁷⁵

En effet, il convient de ne pas sous-estimer le contexte social et culturel de dialogue, de consultation et de coopération effectué à un niveau inférieur à celui du conseil d'administration ainsi que les interactions entre les différentes procédures en place au niveau du conseil d'administration et autres niveaux inférieurs. Que ce soit au niveau de l'entreprise ou celui de l'État, ce contexte (ou son absence) peut avoir une influence notable, si ce n'est décisive, sur la réussite de la RPCA.⁷⁶

Par conséquent, la perspective de Kahn-Freund signifie donc qu'en matière de législation européenne dans les domaines du droit collectif du travail et des relations industrielles tels que la RPCA et ses procédures, les structures existantes, les traditions, les valeurs culturelles, l'ordre social et l'environnement économique spécifiques aux États membres doivent être soigneusement pris en compte.

5.3 Pouvoir de la représentation

Portant notre attention sur des éléments plus spécifiques de la RPCA, la législation européenne en vigueur concernant les SE ne favorise pas la mise en place d'une certaine proportion de représentation dans les conseils d'administration.⁷⁷ D'autre part, les systèmes nationaux actuels varient considérablement lorsqu'il s'agit d'aborder les questions de pouvoir et de seuils, telles qu'elles sont soulevées dans les paragraphes 2.2 et 2.3.

La proposition d'ETUC contient une nouvelle suggestion préconisant une approche ascendante :⁷⁸

- les petites entreprises de 50 à 250 employés doivent fournir 2 à 3 représentants ;
- les entreprises de 250 à 1000 employés doivent fournir une représentation au tiers ;
- les entreprises d'au moins 1 000 employés doivent fournir une parité complète, c-à-d la moitié des sièges.

Selon l'aperçu des modèles nationaux mentionnés ci-dessus, la suggestion d'ETUC entrerait en conflit avec les modèles actuellement en place dans la plupart des États membres de l'UE. Les niveaux moyens et inférieurs de représentation entreraient en conflit avec les modèles existants du fait que de nombreux pays imposent des critères supplémentaires en ce qui concerne la représentation à ce niveau, de nombreux pays proposent de négocier des systèmes différents au niveau de l'entreprise, de nombreux pays interdisent la représentation pour tout type de structure d'entreprise et financière et de nombreux pays ne permettent pas la représentation au tiers même dans les entreprises de plus grande taille (un max. de 1 000 employés).

Si les niveaux moyens et inférieurs interfèrent quelque peu avec les modèles nationaux, les niveaux supérieurs (plus de 1 000 employés), quant à eux, seraient novateurs dans tous les systèmes nationaux. Seuls la Suède, l'Allemagne, la Slovaquie et la Slovénie offrent une possibilité de parité dans les conseils d'administration. Pour la Suède, la Slovaquie et la Slovénie, le droit à la parité peut être obtenu uniquement suite à une décision prise au niveau de l'entreprise (assemblée générale ou statuts d'entreprise). Avec une parité complète dans les conseils d'administration des entreprises employant plus de 1 000 personnes, le niveau de RPCA suggéré est

⁷⁵ *Opinion C-566/15, point 109.*

⁷⁶ *Heuschmid, J, 2016. 2016 (n 7).*

⁷⁷ *Directive SE, annexe A, 3^{ème} partie.*

⁷⁸ *Proposition ETUC 2016, p. 3.*

(assez) similaire au modèle utilisé en 1951 dans l'industrie de la sidérurgie et du charbon en Allemagne.⁷⁹ Dans ce pays, en dehors de l'industrie de la sidérurgie et du charbon, la parité n'est obligatoire que pour les entreprises employant au moins 2 000 personnes. Promouvoir la parité complète dans toutes les entreprises de 1 000 personnes représenterait un développement considérable en matière de droit à la représentation pour n'importe quel pays, y compris pour l'Allemagne.

5.4 Considérations pratiques en matière de contournement

Le risque de contournement au niveau de l'entreprise soulève une question d'intérêt pratique. Certains pays demeurent sceptiques en ce qui concerne l'attitude des actionnaires envers les représentants des employés du fait qu'ils sont à peine tolérés et ne sont pas considérés comme membres à part entière du conseil.⁸⁰ Une des stratégies permettant de saper la participation des représentants au processus de décision consiste à organiser des réunions non officielles les excluant et d'aborder les questions plus superficielles durant les réunions officielles les incluant avant les scrutins.⁸¹

Si les institutions européennes décident de légiférer en faveur d'une RPCA au niveau européen, il convient de prendre en compte certaines réflexions.

5.4.1 Systèmes de soutien aux représentants des travailleurs

Pour permettre aux représentants de participer et de contribuer aux travaux du conseil d'administration dans les conditions les plus favorables,⁸² certains pays recommandent que l'employeur s'engage à former le représentant et alloue suffisamment de temps pour permettre une préparation adéquate afin de participer efficacement aux réunions.

La proposition d'ETUC suggère également que le représentant soit invité aux réunions avec un préavis suffisant, qu'une documentation adéquate lui soit fournie, qu'il ait le droit d'aborder et de débattre les questions individuellement, qu'il soit autorisé à convoquer des réunions extraordinaires et puisse demander à ce que certains sujets soient mis à l'ordre du jour.⁸³ Ces points essentiels semblent être l'évidence même puisqu'ils permettent au représentant d'effectuer son travail efficacement en tant que membre du conseil dans la mesure où il est responsable des décisions prises au même titre que les membres actionnaires. Dans le cas où un nouveau devoir impliquant un représentant des travailleurs est inclus, la législation nationale pourrait assurer que tous les membres du conseil d'administration soient en mesure de le remplir dans les mêmes conditions, quelles que soient les personnes qui les ont élu. Ceci améliorerait la qualité de travail pour tous les scrutins et permettrait au conseil d'administration d'œuvrer pour le bien de l'entreprise.

Néanmoins, même dans les pays où le cadre légal est clair et fournit des mesures de soutien aux représentants des employés, leur présence dans les conseils d'administration demeure limitée et les actionnaires restent sceptiques quant à la représentation.⁸⁴ Ceci est également le cas dans les pays traditionnellement ouverts au dialogue social ainsi qu'à la participation des travailleurs.⁸⁵

5.4.2 Protection contre le licenciement

Les systèmes de dialogue avec le patronat ou de représentation actuellement en place fournissent à l'employé une protection croissante contre la discrimination ou le licenciement justifié par une participation aux devoirs effectués en tant que

⁷⁹ Seifert, A, 2016 (n 4), p. 214.

⁸⁰ E.g. Ireland, Taylor, R et al. 2006 (n 13) p. 74.

⁸¹ Waddington, J, 2016 (n 7) et proposition ETUC 2016, p. 3.

⁸² Compris également dans la proposition ETUC de 2016, p. 3.

⁸³ Proposition ETUC de 2016, p. 3.

⁸⁴ Thomsen, S et al. 2016 (n 15).

⁸⁵ Thomsen, S et al. 2016 (n 15).

représentant. Par exemple, c'est le cas des employés participant aux procédures d'information en tant que représentants, des délégués à la sécurité et à la santé, et sous certains critères, des représentants des travailleurs au niveau de l'entreprise. C'est également le cas des législations nationales concernant les représentants des conseils.⁸⁶

En ce qui concerne la législation sur le licenciement et la discrimination actuellement en place dans les États membres, il semble essentiel qu'une même protection spéciale soit également applicable aux représentants des conseils, suivant la recommandation d'ETUC.

5.4.3 Confidentialité

Le travail des conseils crée un dilemme concernant la confidentialité autant pour le représentant que pour l'entreprise. Bien que le même devoir de confidentialité s'applique à tous les membres du conseil, dans le cas du représentant des travailleurs, l'employeur a un intérêt spécifique pour que certaines informations ne soient pas divulguées au reste du personnel.

Suivant la directive sur l'information et la consultation, un employeur est autorisé à ne pas fournir d'informations ou de mener des consultations dans la mesure où celles-ci endommageraient le fonctionnement de l'entreprise ou seraient cause de préjudice.⁸⁷ La directive stipule que seules les informations considérées comme étant susceptibles de causer un préjudice sérieux ou d'endommager le fonctionnement de l'entreprise et qui lui sont nécessaires selon ses intérêts légitimes (c-à-d. les activités commerciales, l'intérêt des clients, les difficultés économiques ou un projet de vente) peuvent être retenues durant le processus d'information et de consultation du fait de leur nature « confidentielle ».⁸⁸

La proposition ETUC considère qu'un trop grand nombre de sujets peuvent être considérés comme étant « confidentiels » par la direction ce qui conduit à un appauvrissement ou à une absence d'informations fournies aux comités d'entreprise.⁸⁹ Cette situation nuit à la qualité du travail des conseils concernant ces sujets puisque le manque d'informations essentielles représente un obstacle à la participation efficace du représentant des employés.

Une autre possibilité consiste à qualifier certaines informations de confidentielles ce qui empêche les représentants de les divulguer aux autres travailleurs, voir l'art. 6 (1) de la directive sur l'information et la consultation. Dans le contexte de la RPCA, ceci signifie que tous les membres de conseils seraient sur un pied d'égalité en ce qui concerne l'accès à l'information ainsi que le traitement confidentiel de l'information. Le représentant des travailleurs serait toujours à même de débattre de questions d'intérêt spécial avec les représentants syndicaux ou les employés lorsque ceci est absolument nécessaire à l'accomplissement de ses tâches en tant que représentant.⁹⁰ Dans ce cas, le devoir de confidentialité serait lié à l'information et serait donc également applicable aux conseillers externes ou aux représentants syndicaux.

Des sanctions pour violation de la confidentialité pourraient être appliquées en termes similaires pour tous les membres du conseil. Les violations de la confidentialité étant associées au travail de représentation et non au travail d'employé, elles ne devraient pas être sanctionnées par des mesures disciplinaires.

⁸⁶ Par ex. le mandat au ministre concernant la loi des sociétés danoises (*Selskabsloven*), section 143, 5) et 6), et le décret sur la représentation des employés (*Bekendtgørelse om medarbejderrepræsentation*).

⁸⁷ Directive 2002/14/EC art. 6(2) et directive 2009/38/EC du 6 mai 2009 art. 8 (2).

⁸⁸ Par ex. au Danemark, les travaux préliminaires concernant la loi sur l'information et la consultation, L 17 2004-05, remarques pour la section 7.

⁸⁹ Proposition ETUC de 2016, p. 3.

⁹⁰ Verdict CJUE sur l'affaire C-44/08 Fujitsu-Siemens et l'affaire C-384/02 Grøngaard & Bang.

La proposition de l'ETUC mentionne que les sujets qualifiés de « confidentiels » doivent être abordés et traités soigneusement afin d'améliorer la qualité du travail des conseils.

De même, les conséquences connues résultant d'une décision de considérer une information comme étant de nature « confidentielle » doivent être abordées avec soin puisque toutes les solutions ne sont pas forcément appropriées et transposables au niveau du travail des conseils.

6 En résumé

Les procédures concernant la représentation des employés au niveau des conseils varient à travers l'Europe. Cette variabilité s'applique autant aux entreprises qu'aux seuils, aux proportions ainsi qu'aux procédures électorales. Il n'existe aucun droit à la RPCA dans un tiers des pays appartenant à l'EEE. Au niveau de la Communauté européenne, un verdict de la CJUE rendu en 2017 a stipulé que l'art. 45 (2) du TFUE n'oblige pas les législations nationales à octroyer les mêmes droits aux employés travaillant sur et hors d'un territoire. Le droit européen ne reconnaît pas la représentation au niveau des conseils comme étant un droit social fondamental. Depuis l'abandon de la 5^{ème} directive sur le droit des entreprises en 1988, des mesures timides ont été prises pour incorporer la RPCA dans le droit européen. Au niveau national, les droits ont été sujets à des changements durant les dix dernières années et il est difficile de trouver un terrain d'entente. La proposition ETUC comprend des éléments à prendre en considération, notamment une approche ascendante qui favoriserait la parité dans les conseils ce qui permettrait d'atteindre un nouveau niveau dans tous les pays européens, y compris en Allemagne.

