

Dossier

Repenser le gouvernement des sociétés commerciales



PAR JEAN-PASCAL CHAZAL
PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS,
ÉCOLE DE DROIT DE SCIENCES PO

Dans les *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, G. Ripert explique que l'entreprise n'est pas une création du droit capitaliste, lequel n'en a pas besoin, les notions juridiques de propriété et de société lui suffisant (LGDJ, 2^e éd., 1951, n^o 120 et 125). Si le lien de propriété s'est distendu à cause de l'écran de la personnalité morale de la société qui exploite l'entreprise, les pouvoirs conférés par la détention du capital (notamment celui de choisir les dirigeants et de voter l'affectation du résultat) permettent de verrouiller la direction et le contrôle de l'entreprise au profit des actionnaires. C'est pourquoi, la société anonyme, dont les conditions de création ont été libéralisées en 1867, est ce « merveilleux instrument », cette « machine juridique », ayant, toujours selon Ripert, assuré le triomphe du capitalisme libéral. L'entreprise, en revanche, est une communauté d'intérêts dont la finalité est le bien commun de tous ceux qui coopèrent en son sein, ainsi que de « la société des hommes » dont elle est une des institutions. Ce n'est donc pas un hasard si le droit du travail et le droit fiscal ont été les premiers à se saisir de cette notion qui jusque-là était « restée cachée sous la propriété » (*op. cit.*, n^o 120). Les choses changent lorsque l'entrepreneur ne suffit plus à satisfaire les besoins d'apport de capitaux et que le processus de production se complexifiant engendre une spécialisation du travail et une constante nécessité d'innovation. C'est à ce moment que l'entreprise naît, mais qu'elle passe sous un autre éteignoir. La confusion fréquente entre

l'entreprise et la société qui l'exploite, ainsi que la confusion subséquente entre l'intérêt de la première et l'intérêt social, réduit à celui des actionnaires, a permis au droit capitaliste et libéral de s'approprier l'entreprise tout en la vidant de ses aspects intolérables ou subversifs. « L'entreprise capitaliste est donc quelque chose de très simple. Elle met le travail au service du capital. Elle donne aux capitalistes la propriété et la direction de l'exploitation » (Ripert, *op. cit.*, n^o 127). Cet asservissement n'a été possible que par la mutilation de la notion d'entreprise et l'instrumentalisation de la société commerciale : « si l'entreprise appartient à une société par actions, le concept de personnalité morale permet de maintenir en apparence l'identité entre la propriété et la direction. La société est propriétaire de l'actif ; les mandataires de la société dirigent l'exploitation des biens. Voilà la thèse » (*loc. cit.*).

Cependant, la technique sociétaire, telle qu'élaborée en droit positif, contient en elle-même les possibilités d'une autre conception de l'entreprise, moins simpliste, moins déséquilibrée, plus respectueuse de l'ensemble des intérêts des parties prenantes. Ainsi, par exemple, la personnalité morale de la société autorise la construction d'un intérêt social distinct de celui des actionnaires ; elle permet également de se débarrasser de l'idée suivant laquelle les dirigeants seraient les mandataires de ces derniers, alors qu'ils sont les représentants de celle-là (V. Ripert, *op. cit.*, n^o 130, p. 286 : « une entreprise est une communauté hiérarchisée. Elle a un chef qui ne représente pas seulement le capital, mais aussi toutes les forces engagées dans l'entreprise et qui doit la diriger dans l'intérêt commun. Alors même que le chef est désigné par les détenteurs de capitaux, il ne représente pas le capital, il représente l'entreprise »). Évidemment, les tenants de la théorie de la firme soutiennent que la société n'est qu'une fiction légale, qu'une connexion de relations contractuelles qui rend oiseuses toutes les questions du but de l'entreprise ou de la responsabilité sociale (V. M. C. Jensen et W.H. Meckling, *Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership*

Structure : Journal of Financial Economics, 1976, Vol. 3, n° 4, p. 305 et s.

La société commerciale, quelle que soit sa forme, est indéniablement un instrument juridique au service de buts et d'intérêts, mais en ce qu'elle est le moyen juridique de l'exploitation d'une entreprise, elle est aussi un lieu politique et social dont le gouvernement (choix des représentants, détermination de la stratégie, etc.) devrait refléter de façon équilibrée tous les intérêts en présence. Or, ceux des salariés sont négligés dans la mesure où ils n'ont, en général, aucune voix délibérative. D'où des propositions d'instaurer une véritable démocratie d'entreprise au sein des structures sociétaires, comme par exemple en s'inspirant du modèle bicaméral.

Pour une analyse plus fine, il est impératif de distinguer les petites et moyennes entreprises (PME) et les grandes multinationales, car le rôle joué, dans l'un ou l'autre cas, par les actionnaires, les mandataires sociaux et les divers conseils n'a rien de comparable. La législation ne devrait pas laisser le choix d'exploiter l'une ou l'autre de ces catégories selon les mêmes formes sociétaires, mais réserver la forme anonyme aux plus importantes. Pourtant, par-delà les différences, certes essentielles, il y a des constantes : les actionnaires, pour se limiter à eux, exercent des pouvoirs de décision et de contrôle considérables mais n'ont qu'une responsabilité limitée à leurs apports, ce qui, pour le coup, n'est pas très libéral ! Là encore, le droit

positif donne des éléments qui permettraient de les responsabiliser (V. par exemple, *C. civ.*, art. 1382).

Il est intéressant de constater que Ripert citait déjà des économistes (comme Pirou en 1939) qui dénonçaient la suprématie de la finance et parlaient d'altération du capitalisme. Il leur répondait très justement : « ce n'est pas une altération du capitalisme, mais c'est une altération de l'entreprise » (*op. cit.*, n° 129, p. 285). Cette remarque est toujours pertinente : les crises contemporaines prennent leur source non pas tant dans un monde de la finance peuplé de traders amoraux, mais dans les carences graves des règles de gouvernement des sociétés commerciales. Les crises financières, mettant sous pression tant la dette privée que publique, qui se succèdent depuis 2008 créent un effet de loupe ; il existe des causes structurelles plus profondes, qui remontent aux années 1980 où le compromis social-démocrate a peu à peu volé en éclats, débridant les effets les plus extrêmes du capitalisme libéral. Il devenait dès lors dangereux de laisser les entreprises aux seules mains du pouvoir actionnarial.

Le présent dossier a pour objet de réfléchir au gouvernement des sociétés commerciales, sous un angle pluridisciplinaire et original. Il n'a pas l'ambition d'apporter des réponses simples et à des problèmes complexes, mais, et c'est déjà beaucoup, de poser des questions et d'esquisser des propositions à la fois théoriques et pratiques, le tout afin d'alimenter un passionnant débat.

Doctrines de l'entreprise

8 L'AU-DELÀ DE LA « DOCTRINE DE L'ENTREPRISE »

Article rédigé par :

Jean-Philippe ROBÉ,
docteur en sciences juridiques de l'Institut
universitaire européen de Florence,
avocat au barreau de Paris et de New York,
maître de conférences à l'École de Droit
de Sciences Po



Cette étude tend à démontrer qu'en dépit de ses prétentions, la doctrine de l'entreprise n'est pas une « troisième voie » entre « collectivisme » et « ultralibéralisme ». C'est une doctrine approximative, incapable de contrer scientifiquement les prétentions de la théorie de l'agence. Adaptée – et encore – aux petites et moyennes entreprises, elle se reconnaît elle-même incapable de la moindre préconisation face aux questions de notre temps qui sont celles qui découlent de la globalisation de l'économie.

Le « Manifeste pour la doctrine de l'entreprise »¹ est un « ouvrage considérable », selon ses préfaciers. Il poursuit ouvertement quatre objectifs : montrer qu'il existe des rémanences nombreuses et fortes de la doctrine de l'entreprise, théoriser de façon synthétique cette doctrine, mettre en exergue la dimension éthique de ses analyses et préconisations ; enfin, rappeler la place que tient la doctrine de l'entreprise dans notre droit positif². Compte tenu de son ambition et de la pluralité de ses auteurs,³ nous prendrons donc le *Manifeste* comme l'expression la plus aboutie de cette doctrine. Elle est présentée comme une « troisième voie sociétale » entre les « faillites des analyses étatistes des entreprises » d'un côté, et les « maladies du capitalisme purement financier » de l'autre. On notera dès l'abord que, nonobstant la thèse de l'existence d'un double danger, il ne reste réellement aujourd'hui qu'une seule idéologie à contrer. C'est la théorie

de l'agence et de la « valeur actionnariale ». Elle fait des actionnaires les propriétaires de l'entreprise et des mandataires sociaux des laquais qui ne doivent servir que les intérêts de ces propriétaires. Mais les auteurs du *Manifeste* font le choix de laisser entendre qu'un deuxième danger survivrait. Ce procédé leur permet de présenter la doctrine de l'entreprise comme celle du « juste milieu ». Cette posture nous semble découler du refus de toute analyse serrée de l'entreprise et de sa structure juridique ; de tout « intellectualisme ». C'est la marque du profond défaut de cette doctrine. En se cantonnant à des approximations, elle ne s'est pas donnée les moyens de contrer le « financialisme » (1). On verra pourtant qu'une analyse juridique des thèses de ce « chanfrein du financialisme » qu'est Milton Friedman aurait permis de les réduire en pièces. Un auteur comme Georges Ripert – auquel les auteurs du *Manifeste* se réfèrent souvent – en donnait d'ailleurs en partie les clefs. Et il n'était pas le seul (2). Loin d'être « le rempart contre le financialisme » qu'elle prétend être, la doctrine de l'entreprise a laissé faire et porte une lourde responsabilité dans l'invasion de l'idéologie de la théorie de l'agence.

1. C. Champaud, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise – Sortir de la crise du financialisme* : Larcier, 2011, ci-après désigné le « Manifeste ».

2. *Manifeste*, p. 15.

3. Même si, hormis Claude Champaud, ils sont restés anonymes, ce que l'on peut comprendre.

1. Le chant du cygne de la doctrine de l'entreprise

Les auteurs du *Manifeste* concluent leur ouvrage par cette phrase :

« Non ! La doctrine de l'entreprise n'est pas un *corpus* d'idées du passé. C'est la voix de l'avenir »⁴ !

L'avenir nous parlerait donc par le biais de la doctrine de l'entreprise. On peut en douter. Nous allons voir qu'en dépit de ses prétentions, la doctrine de l'entreprise n'est pas une « troisième voie » entre « collectivisme » et « ultralibéralisme » (A). C'est une doctrine approximative, incapable de contrer scientifiquement les prétentions de la théorie de l'agence (B). Adaptée – et encore – aux petites et moyennes entreprises, elle se reconnaît elle-même incapable de la moindre préconisation face aux questions de notre temps qui sont celles qui découlent de la globalisation de l'économie (C).

A. - De l'artificialité de la prétendue « troisième voie »

« On ne répétera jamais assez qu'entre les excès du capitalisme purement financier et ceux du soviétisme, également inhumains, il n'y a qu'un chemin, celui de la " troisième voie ", où se situe précisément la doctrine de l'entreprise »⁵.

C'est la thèse essentielle du *Manifeste*. Deux ennemis rodent : les soviets et le « financialisme ». La solution : se frayer un chemin entre les deux, passer dans un « juste milieu » et dégager une troisième voie. Mais attention :

« (...) cette doctrine se heurte à deux adversaires idéologiques redoutables. Le premier est le communisme marxiste qui refuse l'appropriation privée des entreprises, moyens de production de la richesse d'une nation. Le second réside dans une conception d'un capitalisme pur et dur, ultralibéral et financier qui, dans sa lorgnette, ne voit dans l'entreprise qu'un outil de production de richesses au profit des seuls apporteurs de capitaux ou plutôt de ceux (les financiers) qui s'arrogent le droit de parler et de décider en leur nom »⁶.

Le procédé peut séduire les convaincus, mais la ficelle est un peu grosse. Écrire dans un *Manifeste* publié en 2011 que le « communisme marxiste » est un adversaire idéologique « redoutable » et évoquer, plus loin, un « marxisme hégémonique »⁷ est totalement déconnecté du réel. Cet ennemi n'est maintenu artificiellement en vie dans le *Manifeste* que pour présenter la doctrine de l'entreprise comme une troisième voie, pondérée, scientifique, éloignée de deux extrémismes idéologiques dont l'un a de fait quasiment disparu.

Car aussi surprenant que cela puisse paraître, la justification du bien-fondé de l'existence de cette « troisième voie » ne passe pas par une démonstration juridique ou économique. Les auteurs du *Manifeste* en justifient l'existence par la géométrie :

« L'itinéraire ordinaire d'une " troisième voie " se calque naturellement sur la médiane du parallélogramme des forces sociétales »⁸.

Même si on n'est pas sûr de bien comprendre ce que cette phrase veut dire, la méthode est de toute façon originale. Mais elle impose aux auteurs du *Manifeste* de maintenir artificiellement en vie un ennemi depuis longtemps disparu. D'ailleurs, dans les 15 pages (sur 350) que le *Manifeste* consacre aux analyses « étatistes » des entreprises on trouve allègrement mélangés des développements sur le « marxisme économique » (7 pages) et le « colbertisme gallican ». Il fallait bien trouver le moyen de donner un peu de poids au risque « étatiste »...

Les « redoutables » dangers extrémistes exposés au lecteur, il restait aux auteurs du *Manifeste* à en présenter les conséquences pour la doctrine de l'entreprise :

« (...) le destin de ce genre de doctrines, pondérées par essence et intellectuellement conciliatrices, est d'être diabolisées et rattachées au camp d'en face par les extrémistes des deux bords qui n'acceptent pas que la " vertu siège au juste milieu " »⁹.

Nous verrons dans la deuxième partie de cet article que l'on peut être en total désaccord avec la doctrine de l'entreprise sans pour autant la diaboliser et sans être un « extrémiste ». Le principal défaut de cette doctrine est d'être très approximative, à peu près descriptive de la PME mais totalement incapable de présenter une analyse structurée de la grande entreprise et donc de contrer l'idéologie de la *shareholder value*. Elle n'aurait jamais dû s'appeler autrement que « doctrine des petites et moyennes entreprises ». Il n'y a dans cette remarque rien de péjoratif : les PME sont les entreprises les plus nombreuses, parmi les plus dynamiques, elles créent de l'emploi, de l'innovation, etc. Mais ce n'est pas avec les instruments développés pour analyser ce type d'entreprise que l'on peut faire face aux problèmes de notre temps : globalisation, financiarisation, perte de souveraineté de l'État, bouleversements climatiques, destruction de la nature, évasion fiscale généralisée, crise des déficits et des dettes, etc.

Mais, contrairement à ce qu'elle prétend être, la doctrine de l'entreprise pose aussi problème par son propre extrémisme.

Elle se dit « pondérée ». Cela reste à voir. Le capitalisme de Friedman est « aveugle, sourd et borné »¹⁰. Le *Manifeste* parle ailleurs de « l'intégrisme friedmanien », du « sida de la titrisation »¹¹, des « suppôts d'un financialisme international »¹². Les « bandes organisées du financialisme » sont une « engeance »¹³. Dès qu'une théorie juridique un peu sophistiquée est sommairement présentée elle devient vite un « débat

4. *Manifeste*, p. 318 ; c'est bien le mot « voix » et non « voie » qui est utilisé dans l'original du texte.

5. *Manifeste*, p. 134.

6. *Manifeste*, p. 226.

7. *Manifeste*, p. 226.

8. *Manifeste*, p. 305.

9. *Manifeste*, p. 305.

10. *Manifeste*, p. 289.

11. *Manifeste*, p. 290.

12. *Manifeste*, p. 87.

13. *Manifeste*, p. 266.

quelque peu sorbonnard »¹⁴. Ceux qui contestent les « doctes recherches » de Michel Despax sur l'entreprise en tant que sujet de droit naissant (parce qu'ils trouvent que l'accouchement est un peu long) sont des « saint Thomas du droit »¹⁵. Aubry et Rau font de « fumeuses assertions »¹⁶. Les révolutionnaires français étaient des « terroristes »¹⁷. Les « dérives judiciaires »¹⁸ sur la répression des abus de biens sociaux sont des « dérives gauchistes »¹⁹.

Ce style littéraire peu adapté au débat d'idées et encore moins à la « science » transpire dans tout le *Manifeste*. En restant à ce niveau de langage, on se fait peut-être plaisir, mais on n'a pas fait avancer la compréhension de l'entreprise et la lutte contre le « financialisme » d'un iota. On ne peut pas déceintement dénoncer les propos certes outranciers d'un Friedman et utiliser exactement les mêmes procédés littéraires.

La réalité est qu'il n'y a plus qu'une idéologie à combattre et que, par ses approximations, la doctrine de l'entreprise ne s'est pas donnée le moyen de le faire. Contrairement à ce qu'elle prétend, elle a laissé (les dehors de) la science aux tenants de la thèse de la valeur actionnariale.

B. - Les approximations de la doctrine de l'entreprise l'ont empêché de contrer la montée de la théorie de l'agence et du « financialisme »

« Sur le plan juridique, la nature du problème fondamental que pose l'entreprise aux juristes c'est celui de savoir si l'entreprise est un sujet de droits ou si elle n'est juridiquement qu'un objet »²⁰.

Mais on est très vite rassuré : ce débat n'a aucune portée pratique...

« Technique juridique polyvalente et multifonctionnelle, la forme sociétaire confère la personnalité morale à l'entreprise en la dotant d'un patrimoine et d'intérêts propres par un biais juridique qui retire, alors, toute portée pratique à cette controverse doctrinale »²¹.

C'est une manière bien particulière de présenter les choses. Aucune définition unique n'est donnée de l'entreprise dans le *Manifeste* ; mais on glane çà et là ce que ses auteurs en pensent. L'entreprise est une « cellule sociétale fondamentale »²², « une équipe et un équipement »²³. Ou encore « l'entreprise est, par essence, une collectivité matérielle, certes mais aussi humaine, c'est-à-dire une communauté solidaire sociale et culturelle et non pas uniquement une entité économique »²⁴. C'est une

« cellule socio-économique »²⁵, « un lieu de vie collective »²⁶, une « collectivité sociétale »²⁷.

Bref, l'entreprise est une forme de communauté, un lieu lisse sans aspérités, « une collectivité symbiotique d'intérêts humains (...) un lieu de vie quotidienne et collective, de collaboration, d'intérêts communs et d'espoirs partagés (...) une communauté d'hommes et de femmes unis par des intérêts collectifs »²⁸.

« Le débat est de savoir si l'entreprise est un objet ou un sujet de droit »

La vie en entreprise est-elle uniquement faite d'une telle symbiose, de collaboration, d'intérêts communs ? Si tel était le cas, nous traverserions l'existence dans un monde de bisounours, idyllique et sans heurts. Mais c'est un peu se moquer du monde que de faire l'impasse sur la réelle difficulté. Le problème n'est pas celui des intérêts en commun ; c'est celui des intérêts en conflit ! Tout le monde a certes intérêt que l'entreprise prospère. Mais les actionnaires veulent plus de dividendes ; les salariés veulent du travail, si possible intéressant, de meilleurs salaires, être considérés. Les dirigeants veulent plus de marges de manœuvre vis-à-vis des actionnaires, des bonus juteux, les sous-traitants une marge confortable et un peu de fidélité, les consommateurs des produits ou services moins chers et sûrs, le fisc des impôts qui rentrent, nous tous un environnement naturel préservé, etc. Ne pas aller au-delà de la « collectivité symbiotique d'intérêts humains », c'est passer à côté du sujet. Un moyen de le vérifier ? Il suffit de prendre la phrase « X est une collectivité symbiotique d'intérêts humains » et de remplacer « X » par le nom des entreprises qui font l'actualité par leurs délocalisations, leurs fermetures de sites, leur pollution de l'environnement, etc. La crise de fourire menace...

Il faut dire que dans le monde des auteurs du *Manifeste*, la question de la direction de l'entreprise et des intérêts qui doivent être pris en compte est réglée une fois pour toute grâce à ces prodiges que sont tous les chefs d'entreprise : « Le chef d'entreprise (...) est capable de synthétiser et de hiérarchiser les informations, de prévoir, de sentir le vent avant qu'il soit venu. Il est aussi celui qui arbitre, qui ordonne, le maître dont l'œil voit les toiles d'araignées invisibles aux yeux des autres. C'est un penseur qui agit, un homme dont le charisme suffit à assurer le pouvoir et à rassurer ceux qui l'entourent. (...) aucune science ou technique de gestion ne lui est étrangère »²⁹.

Le problème de la gouvernance d'entreprise est donc réglé. Lecteur, lève les yeux : si tu vois des toiles d'araignées, tu es de la

14. *Manifeste*, p. 153. – En page 145, c'était le « conceptualisme sorbonnard » qui était critiqué. En page 224, c'est la « philosophie conceptualiste sorbonnarde »...

15. *Manifeste*, p. 223 ; ce qui pourrait être pris pour un compliment, mais certainement pas sous la plume des auteurs du *Manifeste*.

16. *Manifeste*, p. 223.

17. *Manifeste*, p. 85.

18. *Manifeste*, p. 133.

19. *Manifeste*, p. 134.

20. *Manifeste*, p. 21 et 222.

21. *Manifeste*, p. 21-22.

22. *Manifeste*, p. 91.

23. *Manifeste*, p. 102, l'expression étant de Savatier.

24. *Manifeste*, p. 136.

25. *Manifeste*, p. 158.

26. *Manifeste*, p. 159.

27. *Manifeste*, p. 150 et 288.

28. *Manifeste*, p. 224.

29. *Manifeste*, p. 162.

race des chefs, un penseur qui agit (pas un de ces sorbonnards !), ton charisme suffit à rassurer (de quoi ?) ceux qui t'entourent, aucune science de gestion ne t'es étrangère. Si tu ne les vois pas, ce n'est pas grave ; ce n'est pas parce que le ménage a été bien fait : c'est parce que tu n'es pas de la race des seigneurs mais de celle des moutons qui doivent rester près de leur berger qui sent le vent avant qu'il ne soit venu...

En posant que le débat est de savoir si l'entreprise est un objet ou un sujet de droit et, sans le démontrer le moins du monde, que l'entreprise est une « cellule sociétale », une « collectivité privée » conduite, telle un troupeau de brebis, par son berger de chef d'entreprise, évidemment, l'idée qu'elle puisse être un objet de droit ne peut être que repoussante. Et bien sûr, les deux ennemis jurés de la doctrine de l'entreprise se retrouvaient là-dessus : « (...) fondamentalement, le marxisme hégémonique et le capitalisme financier tentaculaire se rejoignent sur ce point crucial de l'entreprise-objet »³⁰.

L'entreprise en devient alors « (...) en tant que cellule sociétale fondamentale, [un] sujet de droit collectif (...) »³¹, un « (...) sujet collectif de droit parce que collectivité sociétale »³².

Les formules sont répétées à l'envie. Mais il ne suffit pas d'affirmer que l'entreprise est une « cellule », une « collectivité privée », une « collectivité sociétale » et, dans un même souffle, qu'elle est donc sujet de droit pour que cela devienne la réalité. La critique a déjà été formulée dès 1978 : la doctrine de l'entreprise « puise sa source dans une réalité (...) pour la légitimer en la déformant »³³. Près de 35 ans plus tard, on ne peut que constater que la méthode est dans les gènes de la doctrine de l'entreprise. Bien sûr, « (...) la doctrine de l'entreprise s'attache à personnaliser l'entreprise, pour en faire un être collectif. Une collectivité sociétale, créancière de son environnement, mais aussi (...) débitrice d'emplois, de niveaux de vie, de sécurité sociale et de contributions aux institutions qui lui fournissent le moyen de fonctionner (transports, voies routières, énergies, etc.) »³⁴.

Belle aspiration : une « collectivité sociétale » qui a des créances, qui a des dettes. On dirait du droit. Le problème est que l'on cherche encore le tribunal où il est possible de faire valoir ces créances et faire payer ces dettes... Mais il s'agit là probablement d'une considération de sorbonnard...

N'empêche, l'entreprise n'a pas la personnalité morale. Elle n'a pas de dettes ; elle n'a pas de créances. Quand à une entreprise correspond une seule société, on peut encore tenter de soutenir que la société « personnalise » l'entreprise, au prix d'un réductionnisme considérable de ce qu'est une entreprise. Mais quand à une entreprise correspond un groupe de plusieurs centaines de filiales installées dans toutes les capitales financières du monde, dans les pays ateliers de la planète, dans les grands lieux de consommation, dans les paradis fiscaux,

etc., faire la confusion entre société et entreprise est fatal à toute analyse un peu sérieuse. Et se payer de mots ne paie plus.

Il nous reste encore à constater que si la doctrine de l'entreprise prétend beaucoup, elle ne débouche sur rien.

C. - La prétendue « troisième voie » n'est qu'une impasse

La doctrine de l'entreprise n'est en rien un rempart contre le financialisme et elle est dans l'incapacité de faire la moindre préconisation face aux difficultés de notre temps.

La doctrine de l'entreprise : « (...) revendique le rôle de rempart contre le " financialisme ", fruit empoisonné des théories friedmaniennes, dès lors que la liberté devient licence et pollueuse du capitalisme entrepreneurial »³⁵.

La doctrine de l'entreprise, un « rempart contre le " financialisme " » ? Plutôt une ligne Maginot... Elle n'a rien empêché et l'invasion de la théorie de l'agence s'est faite sans résistance, ou presque. La doctrine de l'entreprise ne s'est tout simplement pas donnée les moyens d'être à la hauteur du défi qu'elle prétend être le sien. Il est vrai qu'elle se revendique gallicane et se regrette monoglotte, ce qui constitue un sérieux handicap pour contrer une idéologie qui est née et a grandi en anglais, au-delà des mers...

Nous verrons dans la deuxième partie de cet article comment elle aurait pu remplir ce rôle qu'elle revendique sans l'avoir joué. Mais avant cela, on va voir qu'en plus de se prétendre muraille protectrice, la théorie de l'agence se pose en « science » capable de faire la jonction avec la théorie de parties prenantes et celle de la responsabilité sociale des entreprises (« RSE »).

Isolée, la doctrine de l'entreprise lance donc une OPA sur des analyses certes apparentées mais très différentes : « On notera que ces deux courants de pensée [du stakeholderism et de la RSE] sont présentés comme des réactions « intellectuelles » d'origine et d'expression nord-américaines, ayant pour but de prendre à contre-pied l'analyse idéologique monodimensionnelle de l'École de Chicago, et plus particulièrement la bible du parfait financialiste qui résulte des écrits de Milton Friedman. (...) cette opposition n'a rien de factice. (...) la nature et la virulence des « dénonciations » de la théorie de la RSE, fulminées par Friedman révèlent l'origine et soulignent la portée du fossé abyssal qui existe entre ces pensées fondées sur une vision sociétale de l'entreprise et le financialisme dont Friedman est le chantre »³⁶.

Mais on constate un comble d'aveuglement quand on lit les justifications apportées à cette OPA :

« Par rapport à d'autres courants de pensée voisins, voire cousins, [la doctrine de l'entreprise] (...) se distingue des doctrines parentes par la place qu'elle réserve à la rigueur scientifique (sciences sociales : économiques, juridiques et de gestion) qui guide ses réflexions (...) »³⁷.

Et donc pour les tenants de la RSE, la seule voie de salut est... la doctrine de l'entreprise :

30. *Manifeste*, p. 226.

31. *Manifeste*, p. 91.

32. *Manifeste*, p. 288.

33. A. Lyon-Caen et G. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise : Lib. Tec.*, 601, 1978, p. 619.

34. *Manifeste*, p. 150.

35. *Manifeste*, p. 28.

36. *Manifeste*, p. 289.

37. *Manifeste*, p. 281.

« Contrairement aux financialistes, aux *stakeholderists* ou aux tenants de la doctrine de l'entreprise, économistes ou juristes de formation, leurs origines majoritairement littéraires [des apôtres de la RSE] et l'intellectualisme pur de leurs postulats ne leur ont pas permis de construire et de proposer une analyse systémique débouchant sur un concept d'entreprise pluridisciplinaire, cohérent et global. (...) La construction d'une "théorie générale" de la RSE socialement cohérente est encore à venir. (...) Pour dépasser le catalogue, [ses tenants] devront réemprunter les chemins tracés par la doctrine de l'entreprise (...) »³⁸.

Nous avons certes déjà eu l'occasion de conseiller aux spécialistes de la RSE de faire usage de plus de rigueur dans le vocabulaire utilisé, ce qui serait le gage d'une compréhension des concepts manipulés³⁹. Mais nous leur déconseillons vivement de s'engager dans le marais de la doctrine de l'entreprise...

La (troisième) voie de la « science » montrée aux chercheurs en RSE, il ne restait plus qu'à récupérer les honneurs conférés à d'autres. C'est fait avec l'OPA sur la théorie des parties prenantes : « (...) les théories *stakeholderistes* honorées par un récent Nobel d'économie, peuvent être considérées comme une version américaine de la gallicane doctrine de l'entreprise »⁴⁰.

Les prétentions hégémoniques des auteurs du *Manifeste* contrastent pourtant singulièrement avec leurs préconisations face aux défis de la mondialisation des affaires. Évoquant ces questions dans les toutes dernières pages de leur livre, selon eux, « La question est (...) de savoir si, sur le plan des activités économiques, une hétérorégulation peut exister et fonctionner efficacement en dehors de toute organisation étatique »⁴¹?

L'impérialisme américain est évoqué, puis rejeté :

« On voit bien un État capable d'arguer de sa puissance politique et économique, sûr de lui et certain de représenter un peuple d'élection pour revendiquer ce rôle de pouvoir étatique, source de régulation mondiale d'une économie globalisée. Il est cependant peu probable que les USA parviennent à convaincre les autres peuples (...) de la pertinence de cette solution »⁴².

Un « fédéralisme » à la mode européenne est évoqué, puis rejeté :

« Quant à penser que la base étatique d'une régulation mondiale puisse procéder d'une organisation mondiale interétatique semblable à l'Union européenne (...) »⁴³.

Ne reste plus que le repli sur soi :

« (...) l'opinion que partagent les tenants de la doctrine de l'entreprise [est] qu'une régulation mondiale efficace étant hors d'atteinte, le retour à des régulations nationale ou "régio-

nales" paraît la seule planche de salut pour pallier les dérives et dérèglements de comportements financiers dissolus (...) »⁴⁴.

Bref, la troisième voie ne mène nulle part...

S'il n'y avait aucun moyen de contrer autrement le « financialisme », on pourrait comprendre cet entêtement à buter contre le mur du fond de l'impasse. Mais il y en a d'autres. Il suffit de faire un peu de droit... il est vrai que l'on se trouve vite alors taxé de « sorbonnard » par les auteurs du *Manifeste*.

Pourtant, essayons de voir ce que cela donne.

2. Les manipulations de Friedman, les silences de la doctrine de l'entreprise et leurs conséquences

Il aurait été tout à fait possible, dans le cadre d'une doctrine de l'entreprise rigoureuse, de contrer la théorie de Friedman développée, par exemple, dans son article intitulé *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*⁴⁵.

Ce texte, qui date de 1970, est critiqué en des termes violents par les auteurs du *Manifeste*. C'est, de fait, une source majeure pour toute une école de pensée.⁴⁶ C'est une des sources de la théorie de l'agence et de l'idée qu'il faut motiver les dirigeants d'entreprises organisées en ayant recours à une société de capitaux par des *stock-options*. Ce serait la meilleure manière de faire en sorte qu'ils ne soient soucieux, dans la gestion de l'entreprise, que de la création de « valeur pour l'actionnaire », l'actionnaire étant, selon cette théorie, la seule partie prenante à l'entreprise avec qui leurs intérêts doivent être alignés.

Mais à part des imprécations, il n'y a aucune critique étayée de ce texte dans le *Manifeste* ni aucune démonstration des erreurs commises par Friedman dans son raisonnement.

Pourtant, un des maîtres auxquels les auteurs du *Manifeste* se réfèrent en permanence – Georges Ripert – leur donnait la méthode à suivre pour faire une analyse critique de ce texte. Pour Ripert, « on ne saurait analyser l'activité productrice des hommes si on ne sait pas qu'elles sont les institutions par lesquelles elle s'exerce »⁴⁷. Et de demander « aux économistes de prolonger leur étude jusqu'aux règles de droit applicables aux faits qu'ils analysent »⁴⁸.

Une des chances qui se présentait à ceux qui prétendent contrer Friedman est que, précisément, ce dernier appuie son analyse sur une présentation des règles de droit. Habituellement, les économistes néo-classiques travaillent à partir d'hypothèses sur la rationalité humaine, l'existence de marchés purs et parfaits, etc. Les hypothèses faites semblent absurdes aux profanes, mais cela n'a jamais affecté ces économistes le moins du monde. Surtout, cela ne les a jamais empêchés de faire des préconisations, nonobstant leurs singulières hypo-

38. *Manifeste*, p. 291.

39. J.-P. Robé, *La responsabilité sociale des entreprises* : Rev. dr. trav. 2010, p. 413.

40. *Manifeste*, p. 142.

41. *Manifeste*, p. 313.

42. *Manifeste*, p. 313.

43. *Manifeste*, p. 313.

44. *Manifeste*, p. 314.

45. Publié le 19 septembre 1970 dans le *New York Times* : <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>.

46. Sur l'importance de cet article, V. par exemple, J. Tirole, *The Theory of Corporate Finance* : Princeton U. Press, 2006, p. 57-58.

47. G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris : LGDJ, 1951, p. 3-4.

48. G. Ripert, *supra*, note 47, p. 2-3.

thèses de départ. Mais qu'est-ce que des juristes, profanes en sciences économiques, pourraient bien opposer à ces économistes professionnels, habiles à mathématiser leurs modèles et à leur donner toutes les apparences de la science ?

En revanche, lorsque les hypothèses de base portent sur la structure juridique de notre société, les juristes ont peut-être quand même leur mot à dire. Or ce que Friedman décrit comme étant le point de départ de son analyse ne correspond en rien à la réalité juridique⁴⁹. Mais aucun des auteurs de la doctrine de l'entreprise ne l'a relevé, préférant en rester au niveau d'une critique bruyante certes, mais très superficielle.

Pour démontrer la thèse qui sert de titre à son article, Friedman part d'une présentation de ce que serait le droit de notre société :

« Dans une économie de libre entreprise et de propriété privée, le mandataire social est un employé des propriétaires de l'entreprise. Il est directement responsable vis-à-vis de ses employeurs. Cette responsabilité est de mener les affaires en fonction de leurs désirs, qui seront généralement de gagner autant d'argent que possible tout en respectant les règles de base de la société (...). Le mandataire social est le mandataire des personnes qui sont propriétaires de la société »⁵⁰.

Friedman indique expressément que son analyse ne porte que sur l'entreprise structurée en utilisant une société par actions (« *I have, for simplicity, concentrated on the special case of the corporate executive (...)* »). Or la présentation que fait Friedman des rapports de droit internes à une telle entreprise est entièrement fausse.

« La question de la gestion de l'entreprise inclut la question des limites de ce que le mandataire social peut faire avec les actifs de la société »

Rappelons en termes simples la différence entre une entreprise et une société⁵¹ : l'entreprise est une organisation au sein de laquelle un pouvoir est exercé pour coordonner la production et/ou la distribution de biens et de services. Ce pouvoir est juridiquement structuré à l'aide d'un réseau de contrats qui

relient les différents détenteurs de ressources contribuées à l'entreprise⁵².

Dans les grandes entreprises, les actifs clés utilisés par l'entreprise sont détenus par une fiction juridique ayant la personnalité juridique, à savoir une ou plusieurs sociétés commerciales. La société doit être utilisée pour détenir les actifs clés et être la contrepartie aux autres fournisseurs de ressources à l'entreprise pour de multiples raisons⁵³. Ce qu'il suffit de comprendre à ce stade de l'analyse, c'est que l'entreprise est une organisation qui n'a pas la personnalité juridique alors que la société est, elle, une personne morale habilitée à fonctionner dans le système juridique en étant propriétaire, en passant des contrats, en étant capable d'ester en justice ; et en étant soumise aux lois et règlements du système juridique positif. L'entreprise n'est rien de tout cela. Elle n'est ni un objet juridique, ni un sujet de droit. Elle ne fonctionne pas dans le système juridique et ne peut pas acheter, vendre, louer, etc., quoi que ce soit. La (grande) entreprise, en tant qu'organisation, ne peut le faire que par le biais de la société (ou d'un groupe de sociétés).

L'analyse de Friedman sur le rôle du dirigeant d'entreprise dans une société de « libre entreprise et de propriété privée » tient à peu près dans le cadre de la petite entreprise individuelle ou de l'entreprise structurée à l'aide d'une société de personnes.

Mais appliquée à la grande entreprise structurée en ayant recours à une ou plusieurs sociétés par actions, la description de Friedman est fautive car elle est fondée sur des affirmations fausses.

• Les actionnaires ne sont pas propriétaires des entreprises : ils sont propriétaires des actions émises par les sociétés commerciales utilisées pour structurer juridiquement les entreprises. La différence est fondamentale : « C'est justement parce qu'il y a une véritable propriété des actions qu'il ne peut y avoir une copropriété de l'entreprise. L'actionnaire a un droit contre la société et non un droit dans la société » nous disait déjà Ripert⁵⁴.

• Les dirigeants ne sont pas les mandataires des actionnaires ; ils sont des mandataires sociaux – des mandataires de la société elle-même. Notons au passage que l'idée selon laquelle les mandataires sociaux ne sont pas les « agents » des actionnaires et qu'ils n'ont aucune obligation de suivre leurs ordres était disponible lorsque Friedman écrivit son article de 1970. Adolf Berle (l'auteur du célèbre *The Modern Corporation and Private Property*, publié en 1932 avec Gardiner Means) écrivait en 1965 que : « *The directors of the corporation are not*

49. Pour plus de détails, V. J.-P. Robé, *Pour en finir avec Milton Friedman, in La crise de l'entreprise et de sa représentation*, p. 11-32, A. Lyon-Caen et Q. Urban eds., Paris : Dalloz, 2012 ; et, en anglais *Being Done with Milton Friedman, Accounting, Economics, and Law* : Vol. 2 : Iss. 2, Article 3, 2012.

50. « *In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to the basic rules of the society (...)* the manager is the agent of the individuals who own the corporation (...) ».

51. V. généralement J.-P. Robé, *L'entreprise et le droit* : PUF, 1999.

52. Ce qui ne veut absolument pas dire que l'entreprise est un nœud de contrats. – V. J.-P. Robé, *The Legal Structure of the Firm, Accounting, Economics, and Law* : Vol. 1 : Iss. 1, Article 5 : <http://www.bepress.com/ael/vol1/iss1/5> (2011).

53. V. J.-P. Robé, *supra* notes 49 et 51.

54. Ripert, *supra*, note 47, p. 105. – Et, dans le monde anglo-saxon, Ernst Freund avait écrit dès 1897 que « (...) a shareholder of a railroad company has no direct right of property in the rolling stock, the roadbed, the station houses, etc. of the road ; he cannot use the cars at his pleasure, he can give no orders to the employees, and if he performs acts of ownerships, he is a trespasser » : E. Freund, *The Legal Nature of Corporations* : The U. of Chicago Press, 1897, p. 34.

(...) *the agents of the stockholders and are not obliged to follow their instructions* ».

Il était donc loisible de savoir, en lisant les écrits de l'un des plus grands juristes de son époque, que l'affirmation de Friedman était fautive.

• Enfin, il n'y a aucune obligation juridique de maximiser les profits qui soit prévue par le droit des sociétés. Le mandataire social doit gérer dans l'« intérêt social » ; et il n'est nulle part écrit dans les textes de loi ou décidé en jurisprudence (c'est vrai en France mais aussi aux États-Unis⁵⁵) que cet intérêt à poursuivre dans la gestion au quotidien de l'entreprise est la maximisation des profits.

Il est totalement contreproductif de hurler contre l'article de Friedman et la « financiarisation ». Il aurait pu suffire de démontrer que cette école de pensée s'appuie sur une compréhension totalement erronée du droit d'une société de « libre entreprise et de propriété privée » dans laquelle les grandes entreprises sont structurées grâce au recours à des sociétés de capitaux emportant limitation de responsabilité pour les actionnaires.

Il aurait alors été possible de montrer qu'il ne faut pas confondre gestion de l'entreprise et direction de la société commerciale⁵⁶. « Une bonne machine pour le régime capitaliste, voilà ce qu'est la société anonyme. Il ne faut rien lui demander de plus que de bien fonctionner. Il ne faut pas confondre le problème de la société par action et le problème de l'entreprise » ; ... toujours du même Ripert.⁵⁷

La question de la gestion de l'entreprise inclut bien sûr la question des limites de ce que le mandataire social peut faire avec les actifs de la société. Si on prend le cas de la grande entreprise structurée juridiquement grâce à une société ayant émis des actions cotées, la structure sociétaire (qui prendra habituellement la forme d'un groupe de sociétés) n'est rien d'autre que la colonne vertébrale juridique de l'entreprise. Le mandataire social de la holding de tête a deux rôles très différents. Son rôle le plus important est de gérer l'entreprise, pas la société commerciale, qui d'ailleurs n'est pas « gérée » et n'est rien d'autre qu'un instrument juridique destiné à collecter, et à servir de véhicule sociétaire pour contrôler, des ressources et des titres juridiques requis pour le fonctionnement de l'entreprise. Le mandataire social est à la tête de l'équipe de direction qui gère l'entreprise. Et cette équipe ne comprend pas les actionnaires ni les membres du conseil d'administration.

Le mandataire social a des devoirs à l'égard de la société et de ses actionnaires. La raison en est simple : il ne gère pas son

propre argent. Il ne doit pas détourner l'actif social, il doit gérer dans l'intérêt social, et il revient au conseil d'administration de vérifier que tel est bien le cas. C'est le cœur des sujets de « *corporate governance* ».

Mais la question qui demeure est de savoir si dans la gestion de l'entreprise, le mandataire social et l'équipe dirigeante n'auraient pas également des devoirs à l'égard des parties prenantes internes à l'entreprise (qui ne comprennent, incidemment, ni les actionnaires ni les administrateurs) de même qu'à l'égard de l'environnement naturel et social de l'entreprise.

Si on n'examine la question des intérêts que le mandataire social doit prendre en compte du point de vue de la société commerciale, dont le fonctionnement interne met en jeu essentiellement les mandataires sociaux, les administrateurs et les actionnaires (et, dans certains systèmes juridiques comme celui de la France, marginalement la représentation collective des salariés), la question n'est pas au cœur du sujet.

Mais si on a une vision plus large du pouvoir du mandataire social et de l'équipe qu'il dirige et que l'on regarde la question du point de vue de l'organisation économique qui compte réellement – l'entreprise – la question devient très importante. Dans le cadre de la gestion de l'entreprise, on peut tout à fait concevoir que les dirigeants aient d'autres obligations à l'égard des participants à l'entreprise et de son environnement, naturel et social. Et il se pourrait bien que les administrateurs aient le devoir de vérifier qu'ils remplissent également ces obligations (et donc internalisent dans les prix des produits et services l'ensemble des coûts générés par l'activité de l'entreprise). Et il se pourrait bien que les actionnaires (en tout cas les actionnaires de contrôle) aient également un devoir de ne pas empêcher les dirigeants de remplir leurs obligations à cet égard. Et la violation de cette obligation pourrait tout à fait être sanctionnée par une perte de leur responsabilité limitée.

Une analyse serrée du texte de Friedman aurait permis d'affiner la pensée également sur la position de l'entreprise par rapport aux pouvoirs publics et au droit positif.

Milton Friedman développe en effet un autre argument dans son article de 1970 en faveur de l'objectif de maximisation de la « *shareholder value* » : un mode de gouvernance incitant à ne poursuivre que cette seule fin serait de toute façon socialement bénéfique car il permet de maximiser la richesse créée. Cette richesse maximisée, il revient ensuite aux institutions politiques d'en allouer l'usage. Mais ce n'est ni aux entreprises ni à leurs dirigeants de se préoccuper de l'usage de la valeur créée. Il y a des institutions politiques pour cela. Si le dirigeant d'entreprise veut avoir une activité sociale, il lui revient (en dehors de ses heures de travail, cela va sans dire) soit de dépenser son propre argent, soit d'agir au sein des institutions politiques créées pour servir de lieu de débat sur les normes juridiques à adopter et leur contenu.

Cette théorie est fondée sur deux hypothèses implicites, clarifiées depuis lors. La première est que les contrats qui relient les contributeurs de ressources à l'entreprise *via* la société commerciale sont supposés parfaits, c'est-à-dire qu'ils intègrent parfaitement l'ensemble de l'accord éclairé entre des parties égales ; et la seconde est que nous vivons dans un

55. V. Lynn A. Stout, *Why we should stop teaching Dodge v. Ford*, UCLA School of Law, Law & Econ. Research Paper Series, Research Paper No. 07-11. – V. aussi le *Report of the Task Force of the ABA Section Of Business Law Corporate Governance Committee On Delineation Of Governance Roles & Responsibilities* : <http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL260000>. – Et V. dernièrement, Lynn A. Stout, *The Shareholder Value Myth – How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations and the Public*, BK Business Books (2012).

56. Pour plus de détails sur cette question, V. J.-P. Robé, *Science v. Ideology : A Comment on Lynn Stout's New Thinking on « Shareholder Primacy »*, *Accounting, Economics, and Law* : Vol. 2 : Iss. 2, Article 7 (2012) ; et, dernièrement, *Corporate governance et gouvernement d'entreprise* : *Revue Française de Gouvernance d'Entreprise*, n° 11, 2012/1, p. 119-137 (2012).

57. Ripert, *supra*, note 47, p. 126.

univers normatif parfait qui intègre les demandes « sociales » et, notamment, internalise dans les coûts de production des produits ou des services (et donc *in fine* dans les prix) *via* des normes impératives (lois, règlements, impôts, etc.) l'ensemble des « externalités négatives » dont il a été décidé qu'elles devaient être internalisées.

La première hypothèse est certainement très éloignée de la réalité mais elle est fondée sur l'idée que chaque individu devrait être rendu responsable de ses actes. Nous ne la discutons pas ici (même si nous sommes généralement en accord avec elle).

La seconde hypothèse pourrait éventuellement être faite si on analysait le fonctionnement d'une entreprise opérant dans le cadre d'une société et d'un écosystème fermés (c'est-à-dire existant sur le territoire d'un seul État aux frontières closes et opérant dans un seul système juridique, politique, économique et naturel isolé), avec des institutions politiques unifiées et efficaces sur ce territoire. Une telle hypothèse est hautement improbable puisqu'elle implique l'existence d'institutions politiques opérant dans un système parfaitement clos. Mais dans le contexte actuel d'une économie globalisée, dans laquelle les plus grandes entreprises ont une empreinte globale et opèrent dans l'univers anarchique du « Système des États » *post* Westphalien sans État global, cette seconde hypothèse n'a vraiment aucun sens.

Les équipes dirigeantes à la tête des grandes entreprises décident de l'allocation géographique des ressources qu'elles contrôlent en évaluant à l'échelle de la planète les avantages et inconvénients des diverses localisations possibles. Les entreprises globales « font leur marché » et « achètent » l'environnement normatif qui leur convient et, individuellement et par leur comportement combiné, elles font jouer la concurrence entre États pour qu'ils leur fournissent les règles les plus appropriées, de leur point de vue, à la poursuite de leurs activités. Les contenus des droits étatiques doivent être adaptés pour que les territoires des États demeurent des lieux concurrentiels pour la localisation d'une partie au moins des processus de production.

Dans une économie globalisée, c'est l'ensemble du système d'allocation de l'autorité, de répartition des prérogatives et des ressources, qui est affecté par les décisions des entreprises. Les entreprises globales mettent en concurrence les États pour qu'ils leur fournissent un environnement normatif qui leur convient et le contenu du droit étatique doit être adapté s'ils veulent rester des lieux concurrentiels de localisation d'une partie au moins de l'activité économique. Les collectivités publiques, l'environnement social et naturel, subissent avec une ampleur nouvelle les conséquences des choix effectués au sein des entreprises parce que la globalisation affecte de manière négative les capacités d'internalisation des États. Il est donc impossible dans un tel environnement de faire l'hypothèse que toutes les externalités négatives sont parfaitement internalisées par le système politique de production des normes impératives.

Il découle d'un tel environnement institutionnel que les méthodes comptables utilisées pour rendre compte de l'activité de l'entreprise et de ses conséquences sont incapables de

donner des indications sur le niveau réel de richesse créée *via* les opérations de l'entreprise. Le système comptable qui permet de constater les profits ne prend pas en compte l'ensemble des coûts générés par l'activité de l'entreprise. Ce sont les « externalités négatives » dont la prise en compte n'est pas internalisée par des normes. Certaines sont des conséquences inévitables et involontaires de l'activité économique. Mais, du fait des préceptes de la théorie de l'agence et de son avatar qu'est la maximisation de la valeur pour l'actionnaire, d'autres sont volontairement produites par les entreprises : en externalisant des coûts sur l'environnement social ou naturel, la production d'externalités se traduit en profits constatés comptablement.

Dans nombre de cas, une balance objective de la valeur créée par l'activité de l'entreprise, prenant en compte l'ensemble des coûts et bénéfices générés, mettrait en évidence que les profits dégagés ne correspondent pas à une création de valeur⁵⁸. Mais la théorie de l'agence permet l'exploitation de la différence entre une comptabilité de la création de valeur pour l'actionnaire et une comptabilité de la valeur effectivement créée par l'activité économique organisée au sein de l'entreprise. Dans un univers de concurrence entre les États pour la localisation de l'activité des entreprises, de situation d'échec du système politique (*political failure*) au plan international et de normes imparfaites, il peut y avoir une différence entre les coûts et bénéfices générés par une décision et leur traduction comptable ; c'est-à-dire qu'il peut y avoir création de « valeur actionnariale » par simple « externalisation » de coûts. La généralisation de l'idéologie de la valeur actionnariale a ainsi abouti à la généralisation de l'exploitation de cette possibilité : il n'est pas nécessaire de créer de la valeur pour créer de la « valeur pour l'actionnaire ».

On pourrait espérer que l'ère des idéologies prenne fin. C'est vrai du « collectivisme » mais il faut aussi mettre fin à cette idéologie selon laquelle nous vivrions dans une pure « économie de marché ». Nous vivons dans une société organisationnelle, faite aussi de gouvernements « privés », opérant souvent à l'échelle planétaire. Ces organisations exercent des pouvoirs qui affectent les individus, la société et l'environnement naturel. Elles ne sont pas l'objet de droits de propriété et ne peuvent être pensées en termes de droit de propriété et d'autonomie individuelle. Elles doivent être pensées en des termes cohérents avec ce qu'elles sont : des organisations exerçant du pouvoir. Historiquement, les États ont progressivement été soumis à des règles de droit destinées à protéger les individus et la société du pouvoir qui s'exerce en son sein. Le temps est maintenant venu de protéger les individus et la société – et l'environnement naturel – de toutes les organisations qui exercent du pouvoir ; et ce compris les plus grandes entreprises.

Bien sûr, les grands auteurs de la doctrine de l'entreprise ont ouvert des pistes. De là à revendiquer la découverte d'une

58. « Les normes IFRS sont inspirées par les conceptions néoclassique de la valeur », écrit Jacques Richard, et aboutissent à « des indicateurs biaisés qui justifient une gigantesque distribution de dividendes fictifs » : in J. Richard, *Comptabilité et développement durable : Économica*, 2012, p. 7.

troisième voie, il y a un monde. Bien sûr, notre droit prend, ça et là, l'existence de l'entreprise en compte. Et le *Manifeste* en fait le relevé millimétrique. Mais le problème d'aujourd'hui est-il là ? Renault, ArcelorMittal, Apple, Total, etc., existent-elles en tant que personnes morales ? Peut-on leur imputer les conséquences de leurs choix en tant qu'organisation dans la localisation de leurs lieux de production, leurs stratégies fiscales, le choix de leurs sous-traitants et les conditions de travail qui s'y pratiquent ? Bien sûr que non. Les choix se font au niveau de l'organisation économique mondiale, de l'entreprise, l'imputation juridique de ces choix est éclatée entre une multitude de supports juridiques sans que l'ensemble ne soit saisi.

La doctrine de l'entreprise se revendique du réalisme. Le réalisme, aujourd'hui, c'est la constatation de la mise en place d'un système de pouvoir global dont la structure juridique est pluraliste, hétérohiérarchique et dans lequel les plus grandes entreprises sont des ordres juridiques autonomes. Dans un tel univers, les thèses de Friedman sont dévastatrices. Elles poussent les entreprises à produire des externalités négatives qu'elles convertissent en profit comptables et mettent les États en concurrence pour mieux le faire.

Le réalisme impose de réfléchir à dé-localiser la production du droit. La localiser ailleurs, dans un espace qui n'est pas

territorial : dans ces organisations qui, sur le réseau mondial des contrats, exercent un pouvoir et donc engagent leur responsabilité. Dans ces ordres juridiques que constituent chaque entreprise,⁵⁹ et dont on peut tenter de faire évoluer, de l'extérieur, la normativité interne. On a pu évoquer un processus de constitutionnalisation⁶⁰. Si on ne s'intéresse qu'aux petites et moyennes entreprises, il s'agit certainement de considérations de sorbonnard sans grand intérêt. Mais si on veut comprendre le type de relations juridiques qui existe entre les États et les entreprises globalisées, c'est ce type d'analyse qui ouvre la voie. Et la doctrine de l'entreprise n'y contribue vraiment en rien.

59. J.-P. Robé, *L'ordre juridique de l'entreprise*, 25 *Droits* 163 (1997).

60. J.-P. Robé, *Multinational Enterprises : The constitution of a Pluralistic Legal Order*, in *Global Law without a State*, p. 45-77, G. Teubner, ed., Dartmouth (1997) ; *Enterprises and the Constitution of the World Economy*, in *2 International Corporate Law* 45-64, Fiona Macmillan, ed., Hart Publishing (2003) ; *Conflicting Sovereignities in the World Wide Web of Contracts – Property Rights and the Globalization of the Power System*, in *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner, Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch and Peer Zumbansen* (eds.), Berlin, De Gruyter Recht (2009), p. 691-703 ; et, dernièrement, *L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoirs*, in Baudoin Roger, éd. *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, p. 273-344 : Éd. Lethielleux/ Collège des Bernardins, Paris (2012).

Formation sur mesure pour votre direction juridique

Dès maintenant, bénéficiez d'une formation adaptée à vos besoins et à votre activité

- Une formation sur la **thématique de votre choix**
- Un programme "sur mesure" adapté à vos besoins spécifiques
- Un intervenant professionnel, expert qui se déplace dans vos locaux pour répondre à vos questions
- Économiser des frais de déplacement coûteux

De nombreuses entreprises nous ont déjà fait confiance et collaborent régulièrement avec nous en nous confiant leur formation, rejoignez-les !

Demande d'informations

Aude Recouvrot *Chef de projets Formations Entreprise*
Tél. 01 45 58 92 72 • aude.recouvrot@lexisnexis.fr



RETROUVEZ
L'AGENDA DES
FORMATIONS SUR :
<http://formations.lexisnexis.fr>

 LexisNexis®

Salariés

9 ENTRE GESTION ET GOUVERNEMENT

De la place des investisseurs en travail dans le gouvernement de l'entreprise capitaliste

Article rédigé par :

Isabelle FERRERAS,

chercheur qualifié du FNRS-Fonds national de la recherche scientifique (Bruxelles), professeur à l'université de Louvain (Belgique), membre permanent du CriDIS (Centre de recherches interdisciplinaires Démocratie Institutions, Subjectivité), et Senior Research Associate du Labor and Worklife Program, Harvard Law School, de l'université d'Harvard (Cambridge MA, USA)



La présente contribution vise à organiser l'histoire des innovations institutionnelles en matière de place accordée aux salariés autour d'un dilemme : coopter les salariés dans la gestion de l'entreprise selon des fins décidées par les apporteurs en capital ou les faire peser de manière décisive sur le gouvernement de l'entreprise. En ce début de XXI^e siècle, ce dilemme, qui révèle l'état de « contradiction capitalisme/démocratie » dans laquelle notre économie européenne se trouve, a suffisamment mûri que pour sonner l'heure de la relance de l'innovation institutionnelle.

Pour des raisons d'efficacité – parce que la « main-d'œuvre » prend aujourd'hui le visage d'une équipe de personnalités à mobiliser autour du service à rendre au client et de la prochaine innovation à développer, et pour des raisons de cohérence démocratique – parce que l'expérience du travail est devenue cette expérience fondamentalement politique qui est animée par l'intuition de la justice démocratique, il nous faut revisiter les arrangements institutionnels en matière d'accès des salariés à peser sur la stratégie des entreprises. Ce que l'on peut appeler leur participation véritable au gouvernement de l'entreprise. La présente contribution vise à organiser l'histoire des innovations institutionnelles en matière de place accordée aux salariés autour d'un dilemme : coopter les salariés dans la gestion de l'entreprise selon des fins décidées par les apporteurs en capital ou les faire peser de manière décisive sur le gouvernement de l'entreprise. En ce début de XXI^e siècle, ce dilemme, qui révèle l'état de « contradiction capitalisme/démocratie » dans laquelle notre économie européenne se trouve, a suffisamment mûri que pour sonner l'heure de la relance de l'innovation institutionnelle.

1. XX^e siècle : l'ambiguïté des innovations institutionnelles dans l'entreprise capitaliste

Il faudra attendre le choc de la Seconde Guerre mondiale pour que les institutions de l'entreprise capitaliste en matière d'implication des salariés évoluent de manière décisive. C'est la même inspiration qui veut qu'à la sortie de la guerre, le consensus

NdA : L'auteure tient à remercier Jean-Pascal Chazal et Olivier Favereau, et tout particulièrement Jean De Munck pour le travail conjoint mené sur ces questions depuis de nombreuses années, V., en particulier, J. De Munck et I. Ferreras, *The Democratic Exchange as the Combination of Deliberation, Bargaining, and Experimentation*, in J. De Munck, C. Didry, I. Ferreras, A. Jobert, *Renewing Democratic Deliberation : the Future of Social and Civil Dialogue in Europe*, Brussels-Oxford : Peter Lang Press, 2012, sur la distinction analytique marchand/délibérer qui fonde la distinction opérée ici en matière d'analyse du fonctionnement de l'entreprise, gérer/gouverner. Cette contribution s'appuie sur les chapitres III. 3 et III. 4. de l'ouvrage publié par l'auteure, I. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique* : PUF, 2012. V. J. Rogers et W. Streeck, *Works Councils. Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, pour l'étude systématique de la nouveauté institutionnelle majeure : le comité d'entreprise, étude de six pays européens et de la situation en Amérique du Nord.

politique en Europe célébrant les efforts consentis par chacun et chacune durant l'épreuve, le suffrage universel sera étendu aux femmes. Ainsi, une mise à jour du contrat social qui fonde les nations européennes est conclue dans la plupart des pays.

En France, le pacte social qui s'impose à la sortie de la guerre permet la mise en place des comités d'entreprise en 1946¹. Même si elles n'ont pas été appliquées, ces dispositions prévoient jusqu'à la présence au conseil d'administration (ou conseil de surveillance) de deux ou quatre membres représentant les salariés avec voix consultative². Même si les différents pays européens connaissent des inflexions particulières, la dynamique qui se donne à voir en France est caractéristique de l'ambiguïté qui marque cette phase de l'histoire : sur fond d'arrachement du travail à la sphère privée³, les débats oscillent entre la volonté, pour les apporteurs en capital, de ne pas perdre leur pouvoir, et l'intention d'associer les salariés au gouvernement de l'entreprise afin de légitimer la place de celle-ci dans la société d'après-guerre et de sécuriser les conditions de l'adhésion des salariés à l'impératif de productivité. Au-delà des options institutionnelles privilégiées, dans la période de l'immédiat après-guerre, Streeck⁴ a insisté sur l'ambiguïté qui caractérise les choix des nations occidentales en matière de relations industrielles. En effet, il faut encore ajouter à ce tableau la palette des stratégies syndicales, allant de la prudence à la franche hostilité – en fonction des traditions syndicales –, vis-à-vis d'une hypothétique prise de responsabilité des travailleurs dans la marche d'un capitalisme... qu'elles souhaitent combattre.

Fondée sur ce constat d'une lutte progressive et équivoque pour l'arrachement du gouvernement du travail au régime domestique de la sphère privée, cette contribution entend broser à grands traits la diversité des innovations institutionnelles que les nations occidentales ont connues durant le XX^e siècle en matière de participation des salariés, et de leurs représentants syndicaux, au pouvoir dans l'entreprise capitaliste. Ce parcours va permettre d'identifier la logique de ces innovations : impliquer les salariés dans la gestion de l'entreprise à l'intérieur d'un cadre fixé par les apporteurs en capital. C'est ce que nous appelons participer à la gestion de l'entreprise et ce, en opposition au fait de peser sur le gouvernement de l'entreprise. Nous nous trouvons plongés au cœur d'une histoire, longue, ambiguë, d'innovations institutionnelles. Aujourd'hui, la perspective peut se résumer ainsi : poursuivre l'ère de la gestion (aussi souvent appelée gouvernance) par les apporteurs en capital, ou entrer véritablement dans l'ère du gouvernement de l'entreprise, et du travail en particulier, fondée sur un poids décisif – enfin – reconnu aux investisseurs en travail.

A. - Les options : gérer ou gouverner

Au sortir de la seconde guerre mondiale, on assiste en Europe occidentale à une hésitation de fond : l'intuition qu'il faut associer les salariés au gouvernement de l'entreprise, impératif fondé sur la reconnaissance de leur égalité « en dignité et en droit » telle que proclamée par la Déclaration universelle des droits de l'homme, fraîchement signée en 1948, ou, autre option, la préférence classique du capitalisme, traiter le travailleur comme un facteur de production, qui demande certes un peu plus d'égards, ou de précaution dans la manipulation, que d'autres. Nous pensons qu'il faut l'identifier comme une des tensions les plus emblématiques des « démocraties capitalistes »⁵. La première version verrait les salariés associés à une véritable délibération doublée d'une négociation sur les termes de l'échange économique, donnant lieu à une discussion sur ses finalités et ses moyens⁶. C'est ce qui correspond à l'idée de faire place aux travailleurs dans le gouvernement de l'entreprise. La seconde se contente de marchander (*bargain*) les moyens de la mise en œuvre d'un projet défini par ailleurs, en amont, par les apporteurs en capital. C'est ce que nous entendons par l'idée de participer à la gestion, ou gérer l'entreprise. Dans la délibération, les termes de l'échange sont politiques, ils touchent aux conceptions sur la justice et concernent les finalités de l'activité ; dans la négociation-marchandage, ils se déploient selon un échange quantifié terme à terme : salaire, heures de travail, horaires, cadences contre subordination, productivité et ordre social. *Gouverner* touche aux finalités en même temps qu'à la poursuite pratique de ces fins ; *gérer* concerne la mise en œuvre d'un cadre préétabli, décidé à la suite d'une délibération qui s'est tenue au préalable, par d'autres acteurs habilités que les investisseurs en travail et/ou leurs représentants. *Gouverner* se joue dans les coordonnées de l'espace public démocratique, *gérer* s'inscrit dans la sphère privée où ceux qui sont en position de force peuvent imposer leurs conditions aux termes de l'échange.

L'arrachement du travail au régime de l'espace privé se joue donc dans la création d'institutions susceptibles de permettre aux investisseurs en travail de participer pleinement au gouvernement de la vie au travail. Cependant, tout au long du XX^e siècle, les institutions qui connaîtront la plus grande expansion sont celles qui auront cherché à coopter les investisseurs en travail dans la gestion, et non le gouvernement, de l'entreprise, c'est-à-dire à les impliquer dans la gestion de l'entreprise à l'intérieur d'un cadre fixé par les apporteurs en capital. Le bref parcours qui va suivre vise à fournir des repères qui permettent de soutenir la perspective proposée. Il est partiel et tributaire d'un certain arbitraire dû au format, son statut ne consiste qu'à

1. H. Rouilleault, *Où va la démocratie sociale ? Diagnostic et propositions*, Paris : Éd. de l'Atelier, 2010.

2. H. Rouilleault, *Où va la démocratie sociale ? Diagnostic et propositions*, préc.

3. I. Ferreras, *Critique politique du travail. Travailler à l'heure de la société des services*, Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2007.

4. W. Streeck, *Works Councils in Western Europe: From Consultation to Participation*, in J. Rogers, W. Streeck, *Works Councils. Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations*, Chicago : University of Chicago Press, 1995, p. 313-348.

5. J. Cohen, J. Rogers, *On Democracy. Toward a Transformation of American Society*, New York : Penguin Books, 1983.

6. On s'appuie ici sur la distinction, au plan analytique et non pratique, que nous avons proposée avec Jean De Munck, des trois composantes de ce que nous appelons l'« échange démocratique », à savoir : délibération, marchandage (*bargaining*) et expérimentation (J. De Munck et I. Ferreras, *The Democratic Exchange as the Combination of Deliberation, Bargaining, and Experimentation*, in J. De Munck, C. Didry, I. Ferreras, A. Jobert, *Renewing Democratic Deliberation : the Future of Social and Civil Dialogue in Europe*, Brussels-Oxford : Peter Lang Press, 2012, p. 149-169).

illustrer le propos théorique qui vient d'être fait et (espérer) convaincre de la dynamique historique qui s'est jouée au XX^e siècle et qui donc, est en train de se jouer à l'heure où nous écrivons. Des choix sont à poser. Les acteurs du monde du travail contemporain, investisseurs en travail, apporteurs en capital et gestionnaires, et les élus des démocraties européennes écrivent la suite de l'histoire.

B. - Participer à la gestion

Pour commencer à brosser ce tableau des options institutionnelles relatives au gouvernement de l'entreprise capitaliste, regardons d'emblée la situation la plus faible. Le cas des États-Unis est représentatif d'une des véritables différences de fond entre les « variétés de capitalisme » européen et américain⁷ : les apporteurs en capital états-uniens ne se sont jamais laissés aller à l'hésitation que nous venons d'évoquer. Là n'est pas la moindre des contradictions du modèle libéral américain, véritable parangon du capitalisme et des démocraties capitalistes. Seul le principe de la négociation collective, au niveau de l'entreprise, fut pratiqué sur une période longue, du *Wagner Act* de 1935 à la fin des Trente Glorieuses⁸. Au-delà, même si dès 1833 une première forme de représentation des travailleurs était mise en place par un fabricant de cigares⁹ et malgré la tentative avortée des années 1920 de l'*American Plan* qui a vu la mise en œuvre d'instances de concertation au niveau de l'entreprise *via* des conseils d'usine ou comités d'atelier¹⁰, le modèle de l'entreprise capitaliste américain n'a jamais connu que d'anecdotiques tentatives pour impliquer les salariés dans les institutions de gestion de l'entreprise capitaliste, généralement motivées par le souhait d'éviter la syndicalisation des travailleurs¹¹. Ainsi, la montée en puissance du mouvement syndical dès les années 1930, avec le soutien de l'administration Roosevelt, fut sévèrement combattue par les employeurs et s'est seulement traduite, après la guerre, par l'existence – momentanée – de la négociation collective au niveau unique de l'entreprise, voire même usine par usine¹². Notons que de façon significative l'acteur patronal américain a soigneusement évité d'offrir un front uni au niveau sectoriel¹³ – ce qui doit se lire comme une véritable stratégie visant à laisser vide sa chaise à la table de tout éventuel « échange politique »¹⁴.

En Europe, l'hésitation entre l'implication dans le gouvernement ou dans la gestion de l'entreprise irrigue tout le XX^e siècle jusqu'à aujourd'hui. Durant la guerre, le Programme national de la résistance française prévoit « la participation des travailleurs à la direction de l'économie ». Les discussions étaient vives depuis 1936 et la volonté du Front populaire d'imposer des délégués du personnel dans les entreprises de plus de dix salariés. Il fallut attendre 1946 pour voir l'instauration des comités d'entreprise dans les entreprises de plus de cinquante travailleurs. Ses prérogatives seront consolidées *via* l'une des lois *Auroux* votées en 1982. Comme le précise la loi, les comités sont tripartites, composés du chef d'entreprise, des élus du personnel et des représentants des syndicats. Bien qu'étant constitué dans le but de prendre en compte « de manière permanente [les] intérêts [des salariés] dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production »¹⁵, le comité d'entreprise a une fonction essentiellement consultative. Certes, le comité est le destinataire d'un ensemble important d'informations économiques et financières relatives à la vie de l'entreprise ; sur certaines matières comme l'organisation du travail ou le licenciement collectif, sa consultation est même rendue obligatoire ; cependant son avis reste non contraignant.

“ Faut-il revendiquer le droit de participer au gouvernement de l'entreprise ou simplement à sa gestion ? ”

Dans les années 1960, le Général de Gaulle cherchera à réinsuffler l'intention du Programme national de la résistance¹⁶. En 1963, François Bloch-Lainé publie un plaidoyer « pour une réforme de l'entreprise » qui effraiera les milieux

7. P. Hall, D. Soskice, *Varieties of Capitalism : The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford : Oxford University Press, 2001.

8. P. Weiler, *Governing the Workplace. The Future of Labor and Employment Law*, Cambridge : Harvard University Press, 1990.

9. J. Rogers, *United States : Lessons from Abroad and Home*, in J. Rogers, W. Streeck, *Works Councils. Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations*, Chicago : University of Chicago Press, 1995, p. 390.

10. M. Piore, C. Sabel, *The Second Industrial Divide : Possibilities for Prosperity*, New York : Basic Books, 1984.

11. J. Rogers, *United States : Lessons from Abroad and Home*, *préc.*

12. J. Rogers, *United States : Lessons from Abroad and Home*, *préc.*, p. 397.

13. Le secteur automobile fut longtemps le meilleur élève de la classe en matière de négociation collective. Aujourd'hui, dans le secteur privé, le sport professionnel constitue l'une des dernières exceptions, de loin la plus médiatisée, avec une fédération patronale de branche très active.

14. A. Pizzorno, *Political Exchange and Collective Identity in Industrial Conflict*, in C. Crouch, A. Pizzorno, *The Resurgence of Class Conflict in Western Europe since 1968*, New York : Holmes & Meier, 1978, p. 277-298.

15. Texte de la loi *Auroux* relative à l'instauration du comité d'entreprise du 28 octobre 1982.

16. « Il y a une troisième solution : c'est la participation, qui, elle, change la condition de l'homme au milieu de la civilisation moderne. Dès lors que des gens se mettent ensemble pour une œuvre économique commune, par exemple, pour faire marcher une industrie, en apportant soit les capitaux nécessaires, soit la capacité de direction, de gestion et de technique, soit le travail, il s'agit que tous forment ensemble une société, une société où tous aient intérêt à son rendement et à son bon fonctionnement et un intérêt direct. Cela implique que soit attribuée de par la loi, à chacun, une part de ce que l'affaire gagne et de ce qu'elle investit en elle-même grâce à ses gains. Cela implique aussi que tous soient informés d'une manière suffisante de la marche de l'entreprise et puissent, par des représentants qu'ils auront tous nommés librement, participer à la société et à ses conseils pour y faire valoir leurs intérêts, leurs points de vue et leurs propositions. C'est la voie que j'ai toujours cru bonne. C'est la voie dans laquelle j'ai fait déjà quelques pas ; par exemple en 1945, quand, avec mon gouvernement, j'ai institué les comités d'entreprises, quand, en 1959 et en 1967, j'ai, par des ordonnances, ouvert la brèche à l'intéressement. C'est la voie dans laquelle il faut marcher » (Charles de Gaulle en 1968, cité in J. Bourdin et P. Schillinger, *Rapp. d'information n° 227 fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur la prospective du pacte social dans l'entreprise*, Paris, Sénat français, 2011, p. 205)

patronaux¹⁷. Haut fonctionnaire d'État, Bloch-Lainé constate que « dans les grandes firmes, la démocratie des sociétés anonymes est une fiction »¹⁸ ; il propose de mettre le « gouvernement de l'entreprise » entre les mains d'une gestion collégiale associant représentants du capital et du personnel au sein d'une « commission de surveillance » supervisant le « collège des directeurs ». S'inscrivant dans cette veine, une dizaine d'années plus tard, le rapport sur la « réforme de l'entreprise » commandité par le président Giscard d'Estaing à Pierre Sudreau¹⁹ détaillera des propositions visant à accorder aux salariés davantage de pouvoir dans l'entreprise, notamment en leur réservant un tiers des sièges au sein des conseils d'administration, mais uniquement à titre informatif et de contrôle. La proposition déclencha l'opposition des acteurs patronaux et, en partie, celle des acteurs syndicaux.

Les organisations syndicales sont en effet gênées par cette question : faut-il revendiquer le droit de participer au gouvernement de l'entreprise ou simplement à sa gestion ? Sur ce point, les travaux de Serge Mallet sont représentatifs des débats qui ont animé les organisations syndicales françaises durant les Trente Glorieuses. En même temps que sort le livre de Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*²⁰, la *Nouvelle Classe ouvrière* de Mallet (1963) défend la nécessité d'une nouvelle politique ouvrière – on parlerait aujourd'hui de stratégie syndicale – en phase avec les développements qui touchent au mode de production du capitalisme. Mallet identifie l'émergence d'une « nouvelle » classe ouvrière dans l'industrie automatisée, qu'il appelle aussi « capitalisme d'organisation ». Si l'automation amène ces nouveaux ouvriers à s'organiser sur la base de l'entreprise, le mouvement syndical doit en tirer les conséquences et s'orienter : « vers les revendications de contrôle de la gestion de l'entreprise, tant du point de vue des conditions techniques de la production (outillage, organisation du travail) qu'économiques (nature des investissements, orientation des marchés, etc.) »²¹.

Mallet formule la nécessité de ces revendications de contrôle sur la gestion des entreprises et plaide en conclusion pour « l'élargissement et l'institutionnalisation des pouvoirs de contrôle du syndicat d'entreprise sur l'orientation économique de la firme »²². Il pointe à la nécessité de peser sur le gouvernement de l'entreprise - pour reprendre les termes de la présente contribution. C'est dans la poursuite de cette ligne que, durant les années 1970, le Parti socialiste unifié, présidé par Michel Rocard, fera sien le thème de l'autogestion popularisé par l'expérience yougoslave.

Pour autant, comme mentionné plus avant, il faudra attendre les lois *Auroux* votées en 1982 pour consolider les prérogatives du comité d'entreprise établi en... 1946 pour les

entreprises de plus de cinquante travailleurs. En 1982, avec l'élection historique d'un Président socialiste, le premier Gouvernement Mauroy fait adopter les lois du ministre Auroux dont l'esprit revendiqué se résume ainsi : « citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise »²³. Cependant, l'écart entre l'esprit et la lettre du texte est béant. Ainsi, la loi du 4 août 1982 met fin à certains aspects de l'arbitraire patronal en affirmant qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses ; la loi du 23 décembre 1982 accorde un droit de retrait du salarié en cas de situation de danger grave et imminent. Mais plutôt que de représenter une véritable avancée de la citoyenneté dans le travail, les lois *Auroux* semblent entériner la fin de l'ère proprement domestique, scellant seulement la première étape de l'émancipation du travail de la domesticité propre à la sphère privée²⁴, et cherchant à articuler quelques principes de base de la reconnaissance du travail en l'associant à la gestion de l'entreprise, *via* un comité d'entreprise aux prérogatives uniquement consultatives.

Nous restons ici bien loin d'institutions permettant l'exercice d'une véritable citoyenneté dans l'entreprise...

“ La clé de la capacité d'innovation des entreprises se trouve chez leurs salariés ”

Certes, plus récemment, de nombreuses initiatives s'en revendiquent, en particulier celles qui promeuvent le principe de la « responsabilité sociale de l'entreprise », ou de l'« entreprise citoyenne ». Mais que produisent ces différentes techniques visant à améliorer la gestion de ressources humaines de l'entreprise ? Aller le plus loin possible dans la cooptation du salarié comme co-contributeur à l'entreprise, afin d'accroître sa motivation et donc de pouvoir récolter les fruits de sa plus grande productivité. L'entreprise Danone, par exemple, se fait fort d'intégrer ses employés dans le choix de ses initiatives caritatives, ce qui permet un renforcement de la motivation, par augmentation du sens du travail et de l'adhésion du salarié²⁵. Les plus innovants vont jusqu'à rendre le pouvoir d'initiative à leurs salariés. Ainsi, Carney et Getz²⁶ étudient des entreprises qui cherchent à « libérer le pouvoir d'initiative » de leurs salariés ; stratégie qui se révèle être un succès et qui se

17. F. Bloch-Laine, *Au cœur de l'État : Annales des Mines*, juin 2000, p. 7.

18. F. Bloch-Laine, *Pour une réforme de l'entreprise*, Paris : Seuil, 1963, p. 14.

19. P. Sudreau, *Rapp. du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise remis le 7 février 1975 au Président de la République*, Paris : La Documentation française, 1975.

20. F. Bloch-Laine, *Pour une réforme de l'entreprise*, préc.

21. S. Mallet, *La nouvelle classe ouvrière*, Paris : Seuil, 1963, p. 87.

22. S. Mallet, *La nouvelle classe ouvrière*, préc., p. 242.

23. J. Auroux, *Les droits des travailleurs. Rapp. au Président de la République et au Premier ministre*, Paris : La Documentation française, 1981, p. 4.

24. I. Ferreras, *Critique politique du travail. Travailler à l'heure de la société des services*, préc. ; I. Ferreras, *La société des services donne un sens politique du travail*, in I. Sainsaulieu, M. Surdez, *Le sens politique du travail*, Paris : Armand Colin, 2012 ; I. Ferreras, *What Is Work ? Experiencing Production and Politics in the Service-based Society*, Cambridge (MA) : Harvard University Press, à paraître.

25. F. Riboud, *Le projet économique et social de Danone, Compte-rendu de l'Observatoire du Management alternatif d'HEC Paris*, 2007.

26. B. Carney, I. Getz, *Freedom Inc. : Free Your Employees and Let Them Lead Your Business to Higher Productivity, Profits, and Growth*, New York, Crown Business, 2009.

traduit par des profits croissants. Dans une économie de services, il y a là un levier de croissance évident, le levier par excellence, dans la mesure où l'innovation n'arrive jamais sans qu'elle soit rendue possible par le travailleur. Dans ces entreprises à l'organigramme « libéré », ayant même été parfois jusqu'à supprimer les départements des ressources humaines, la question va tôt ou tard se poser : *in fine*, les salariés peuvent-ils réellement peser sur les décisions de l'entreprise, y compris les plus stratégiques ? Ou au contraire, doivent-ils simplement se contenter d'être autonomes et innovants, aidant à gérer l'entreprise au mieux, dans un cadre défini par les apporteurs en capital et leurs représentants ? La question de la légitimité du gouvernement de l'entreprise s'invite dans le débat.

C. - Co-gérer

Les principes de la cogestion (appelé aussi *paritarisme*), tant redoutés par le patronat français (rappelons les réactions aux propositions de Bloch-Lainé et Sudreau), sont aussi regardés avec ambivalence, voir franche hostilité par les organisations syndicales. Ici l'on doit faire à nouveau usage de la distinction proposée : la cogestion relève du principe de la *gestion*, et non du gouvernement. Les oppositions à cette option sont logiques d'un point de vue syndical – nous y reviendrons plus loin –, mais pas nécessairement d'un point de vue patronal.

L'institution allemande de la *Mitbestimmung* (« codécision » ou « codétermination ») est la figure de proue du mouvement qui cherche à associer les salariés à la gestion de l'entreprise capitaliste. Le dispositif allemand est à juste titre présenté comme celui qui a été le plus loin dans la perspective d'une « économie sociale de marché » (*soziale Marktwirtschaft*). Il faut opérer d'emblée une distinction entre cogestion d'établissement et cogestion d'entreprise²⁷ : la première concerne les enjeux de gestion de la production et d'organisation du travail (conseil d'établissement élu par les salariés, *Betriebsrat*), tandis que la seconde vise les orientations économiques les plus stratégiques de l'entreprise (conseil de surveillance) ; la première concerne *mutatis mutandi* le niveau du comité d'entreprise français, la seconde le niveau du Conseil d'administration. La cogestion d'établissement relève de la section précédente, méthode d'implication des salariés dans la gestion de l'entreprise. Nous nous intéressons ici à la cogestion d'entreprise, à savoir l'implication de représentants de salariés dans le conseil de surveillance de l'entreprise allemande.

D'emblée, il faut lever un malentendu en insistant sur le fait que la forme la plus avancée de l'institution de la codétermination, qui est la plus ancienne, a pratiquement disparu. Elle seule constitua une véritable institution de gouvernement paritaire de l'entreprise. Ce fut l'innovation radicale votée par le *Bundestag* en 1951. À cette époque, comme le rappelle Hildwein²⁸, les sociétés anonymes du secteur du charbon, du fer et de l'acier employant plus de 1 000 salariés se voient imposer le fait que leur conseil de surveillance soit composé de manière paritaire (cinq représentants des actionnaires, cinq

représentants des travailleurs, salariés ou syndicats), avec un arbitre élu par les dix autres, qui préside le conseil, mais n'appartient à aucun des deux bancs.

C'est un contexte historique particulier qui a permis la mise sur pied d'un tel cadre légal²⁹ : les alliés souhaitaient déconcentrer le secteur qui avait joué un rôle majeur dans la puissance du régime nazi. Mais, au plan intérieur, s'imposait la nécessité de trouver une formule tenant compte de deux contraintes : d'une part, des syndicats forts, menaçants, vu les risques de prise de pouvoir révolutionnaire et la proximité avec l'URSS ; d'autre part, une classe capitaliste délégitimée à la suite de sa collaboration avec le régime nazi. Depuis cette loi de 1951 concernant le seul secteur du charbon et de la sidérurgie, dont l'importance économique n'a fait que diminuer, la *Mitbestimmung* allemande prendra d'autres formes, mais aucune ne sera plus aussi contraignante pour les apporteurs en capital. Cette exception du secteur du charbon et de la sidérurgie mise à part, il est important de saisir que la *Mitbestimmung* représente *de facto* une offre de participation à la gestion de l'entreprise, et non à son gouvernement. En effet, après la loi de 1951, plus aucune formule de *Mitbestimmung* mise en place en Allemagne ne sera paritaire.

En effet, malgré les tentatives des syndicats allemands d'étendre le principe de la codétermination paritaire, c'est le principe d'une codétermination de « fausse parité », selon l'expression de Gamillscheg³⁰, qui s'est installée dans le paysage économique de l'Allemagne. Ainsi est votée, en 1976, la *Mitbestimmungsgesetz* qui prévoit que le conseil de surveillance des entreprises employant plus de 2 000 salariés, bien que composé à 50/50 des représentants du capital et du travail, soit présidé par un membre choisi (au second tour de vote) par le banc du capital. En se trouvant ainsi numériquement en majorité, d'une voix, les représentants des apporteurs en capital sont assurés de faire basculer la décision de leur côté³¹. On se trouve ici devant la formule la plus avancée de cogestion de l'entreprise capitaliste. Ainsi les salariés et leurs représentants sont-ils cooptés pour participer activement à la cogestion de l'entreprise et de ses établissements, au travers des comités d'entreprise (*Betriebsrat*), mais il reste qu'ils ne sont pas en position de peser de manière décisive sur les finalités de l'entreprise car ils ne disposent jamais de la faculté d'emporter la décision, ou dit autrement, ils ne disposent pas d'un droit de veto.

Cette formule est intéressante pour les capitalistes car l'entreprise a besoin de récolter les connaissances que possèdent les salariés sur les produits et les services qu'elle vend, sur la meilleure manière d'organiser la production et de répondre aux besoins des clients. Dès lors, impliquer les salariés et leurs

27. S. Milano, *Allemagne, la fin d'un modèle*, Paris : Aubier, 1996.

28. F. Hildwein, *Les arguments des débats sur la cogestion allemande*, Mémoire HEC, Paris, *Majeure Alternative Management*, 2010.

29. F. Hildwein, *Les arguments des débats sur la cogestion allemande*, préc., p. 11.

30. F. Gamillscheg, *La cogestion des travailleurs en droit allemand. Bilan à la lumière du jugement du Tribunal constitutionnel fédéral du 1^{er} mars 1979* : *Revue internationale de droit comparé*, 1979, n° 32, p. 57-74.

31. Afin d'asseoir des majorités plus confortables, les scandales récents chez Volkswagen et Siemens ont révélé les pratiques de corruption des délégués du personnel par le ban patronal. V. W. Müller-Jentsch, *Industrial Democracy : Historical Development and Current Challenges* : *Management Revue*, 2008, n° 19, p. 260-273.

représentants dans les canaux de décision interne est une manière intelligente de recueillir ces précieuses informations³². C'est ce même argument « pro-compétitif », comme dirait Streeck³³, qui était avancé par Jean-Louis Beffa, ancien PDG de Saint-Gobin, devant la commission du Sénat français en 2010. Il s'y prononce en faveur de l'intégration dans les conseils d'administration des « entreprises de taille significative de 20 à 25 % » de membres élus parmi les salariés³⁴. Ainsi, la commission gouvernementale mise sur pied par le dernier Gouvernement Schroöder, pour la modernisation du système allemand de codétermination au niveau de l'entreprise, présidée par Kurt Biedenkopf, n'indique pas autre chose quand elle conclut : « les entreprises peuvent et devraient utiliser la productivité de la coopération dans la compétition »³⁵.

Contrairement aux arguments souvent répétés par le patronat, la contribution à la performance économique de l'implication des salariés *via* ces formules de participation à la gestion et à la cogestion se révèle être un atout unique pour l'entreprise. Prudente, la commission Biedenkopf conclut qu'il n'y a « pas de preuve d'effet économique négatif de la codétermination »³⁶. Les études scientifiques analysant l'implication des travailleurs dans différentes formules institutionnelles ou financières confirment en effet *a minima* l'absence d'effet négatif ou, au contraire, un impact positif sur la productivité³⁷.

Ici l'argument « pro-compétitif » confirme le bien-fondé de telles démarches d'implication des salariés dans la gestion, du point de vue de l'intérêt des apporteurs en capital. L'opposition patronale semble plus idéologique qu'elle n'est fondée sur le plan empirique. C'est bien cette opinion que la chancelière

Merkel relayait en déclarant : « la codétermination constitue une partie incontournable de notre économie sociale de marché et a fait ses preuves »³⁸. Le cas allemand est passionnant, car il touche au cœur de ce qui se joue dans de tels dispositifs institutionnels : l'entreprise appartient-elle à la sphère publique de nos démocraties ou est-elle à ranger parmi les échanges privés ? Les membres scientifiques de la commission Biedenkopf y répondent à leur manière en explicitant le fait que : « la nécessité de la codétermination n'est pas une question économique. (...) l'objectif de la loi sur la codétermination de 1976 n'était pas d'augmenter la compétitivité des entreprises, mais de donner aux salariés une possibilité de participation démocratique aux décisions de l'entreprise les concernant »³⁹.

Pour cette raison, quelles que soient les évolutions du contexte de la mondialisation économique et de la pression concurrentielle qui pèse sur l'économie allemande, au nom desquels le patronat allemand demande une « réduction de la codétermination » (c'est-à-dire faire passer le nombre de sièges occupés par les représentants des salariés à un tiers du conseil de surveillance), les membres scientifiques de la commission estiment que « la participation démocratique par la codétermination resterait une nécessité inchangée »⁴⁰.

De la sorte, les salariés se retrouvent donc impliqués dans la gestion de l'entreprise. En se trouvant toujours en dessous de la majorité, à une voix près (celle du président du conseil), leur voix n'est jamais indispensable à la décision. Mais l'influence des représentants des salariés dans les grandes entreprises allemandes reste avérée, comparativement à celle des salariés dotés de « capacité à délibérer » inférieure⁴¹.

32. V. W. Müller-Jentsch, *Germany : From Collective Voice to Co-management*, in J. Rogers, W. Streeck, *Works Councils. Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, p. 53-78.

33. W. Streeck, *National Diversity, Regime Competition and Institutional Deadlock* : *Journal of Public Policy*, 1992, n° 12, p. 301-330.

34. J.-L. Beffa, *Audition de M. J.-L. Beffa, président du Conseil d'administration du groupe Saint-Gobin*, in *Rapp. d'information n° 227 fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur la prospective du pacte social dans l'entreprise*, préc., p. 551-558, spéc. p. 552.

35. K. Biedenkopf, *Commission gouvernementale pour la modernisation du système allemand de codétermination au niveau de l'entreprise* : http://www.boeckler-boxen.de/files/Zusammenfassung_BiKo-FR.pdf, 2006, p. 20 cité par J. Bourdin et P. Schillinger, *Rapp. d'information n° 227 fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur la prospective du pacte social dans l'entreprise*, préc.

36. Hans-Böckler-Stiftung, *Résultats de la commission Biedenkopf. Commission gouvernementale pour la modernisation du système allemand de codétermination au niveau de l'entreprise* : <http://www.boeckler.de/> : 7 p., 2007, spéc. p. 3.

37. J. Rogers et W. Streeck, *Works Councils. Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations*, préc. ; R. B. Freeman, E. Lazear, *An Economic Analysis of Works Councils*, in J. Rogers, W. Streeck, *Works Councils. Consultation, Representation, and Cooperation in Industrial Relations*, Chicago : University of Chicago Press, 1995, p. 27-50 ; D. Kruse, R. Freeman, J. Blasi, *Shared Capitalism at Work : Employee Ownership, Profit and Gain Sharing, and Broad-Based Stock Options*, Chicago : University of Chicago Press, 2010.

38. Hans-Böckler-Stiftung, *Résultats de la commission Biedenkopf. Commission gouvernementale pour la modernisation du système allemand de codétermination au niveau de l'entreprise*, préc., p. 7.

39. *Idem*.

40. Hans-Böckler-Stiftung, *Résultats de la commission Biedenkopf. Commission gouvernementale pour la modernisation du système allemand de codétermination au niveau de l'entreprise*, préc., p. 3.

41. À ce titre, une étude de cas menée sur la restructuration de l'usine Volkswagen de Bruxelles est éclairante et emblématique de ce que le droit de la codétermination permet, à l'heure des entreprises globales, contrairement à des formes de droit de participation moins contraignantes, V. J. De Munck, I. Ferreras et S. Werner, *Capacité à délibérer et restructuration industrielle. La restructuration de l'usine VW-Audi de Forest-Bruxelles, 2006-2007*, Louvain-la-Neuve, CriDIS Working Paper Series, 2010, p. 19-30 ; J. De Munck et I. Ferreras, *Restructuring Processes and Capability for Voice. A Case Study : the Volkswagen Plant in Brussels (2006-2007)* : *International Journal of Management*, à paraître. Via IGMetall, les représentants des salariés allemands parviennent, grâce au droit de la codétermination qui leur donne du poids dans le conseil de surveillance de la maison-mère, à peser sur les décisions et à protéger l'intérêt de leurs travailleurs, alors que les salariés belges, pourtant syndiqués tout aussi massivement mais non bénéficiaires du droit de la codétermination, sont réduits à gérer les offres de licenciement ou de réduction de salaire qui leurs sont faites par la direction de Bruxelles, exécutante des volontés allemandes ; pour le dire vite, délibération à Wolfsburg, siège de VW, marchandage (*bargaining*) à Bruxelles.

A minima, ils sont en position de force pour négocier leurs conditions de travail⁴².

La codétermination à l'allemande, tout comme le paritarisme à la française dans les entreprises publiques, ou plus généralement les comités d'entreprise, à l'instar des comités d'entreprise européens (*European Works Council*) qui ont été créés au niveau européen depuis le début des années 1990, traduisent cette ambivalence entre, d'une part, la volonté d'une émancipation du travail du règne de la domesticité, via l'instauration d'un gouvernement de l'entreprise qui implique les salariés (jusqu'à être paritaire) et, d'autre part, le maintien de la souveraineté du capital sur l'entreprise. Dès lors, étant donné que la réalité de ces inventions institutionnelles est bien celle de la cooptation des salariés à la gestion de l'entreprise, dans un cadre convenu entre apporteurs en capital, on peut parfaitement comprendre que les acteurs syndicaux aient développé une attitude de méfiance, ou de rejet, vis-à-vis d'elles.

D. - Attitudes syndicales

En raison d'héritages culturels distincts, la tradition syndicale européenne chrétienne s'est impliquée dans les institutions de co-gestion de manière généralement volontariste, à l'instar du cas allemand, alors que la tradition syndicale socialiste a choisi de ne pas promouvoir ces structures dans le but de privilégier une stratégie de « contrôle ouvrier ». Ainsi, Mandel⁴³ se fait le porte-parole lumineux de la doctrine marxiste en la matière : les seules revendications acceptables sont celles qui constituent des « revendications transitoires », à savoir le « contrôle ouvrier », et ce en vue de la seule forme acceptable de production : l'autogestion⁴⁴.

Tout formule d'implication des travailleurs, explique Mandel, ne sert qu'à « canaliser et détourner cette révolte (avec l'aide des appareils syndicaux) dans une direction de collaboration et non de contestation de classe »⁴⁵. On entend ici le procès fait à toutes les institutions de gestion et de cogestion de l'entreprise capitaliste auxquelles les salariés doivent absolument résister, sous peine d'être « détournés » dans la collaboration de classe, pour le plus grand profit des capitalistes

eux-mêmes⁴⁶. On retrouve la critique classique que Marx et les marxistes classiques adressaient aux socialistes réformistes, utopiques et autres sociaux-démocrates : se faire complices de la domination capitaliste en entretenant l'idée vaine d'une « conquête graduelle de la « démocratie économique », sans renversement préalable du pouvoir d'État bourgeois et sans expropriation du grand Capital »⁴⁷.

Les syndicats d'influence chrétienne seront nettement plus sensibles aux propositions de cogestion : ils en seront les relais⁴⁸. La tradition catholique sur laquelle l'encyclique papale *Rerum Novarum*, publiée en 1891, aura une influence décisive ne conteste pas la propriété privée. Non exempte d'ambiguïté, elle privilégie une voie qui reconnaît le droit des capitalistes à user de leur propriété, dans le cadre du respect de la « dignité » des travailleurs⁴⁹. La doctrine sociale de l'Église catholique privilégie l'idée d'une harmonie entre classes sociales, plutôt que de reconnaître l'antagonisme de classes dont la conscience irrigue la tradition socialiste. Dès lors, les syndicats de culture chrétienne auront souvent été les alliés des formules de cogestion.

Nous sommes aujourd'hui au seuil d'une étape à franchir. Après une lutte séculaire pour l'arrachement du gouvernement du travail des mains du régime domestique typique de la sphère privée, le parcours est à poursuivre. L'étape à venir peut se résumer ainsi : sortir de la gestion (plus couramment visée via le terme de gouvernance de l'entreprise), entrer dans le gouvernement, légitime, raisonnable et intelligent⁵⁰ de l'entreprise.

2. Aujourd'hui : avec l'économie de services, le travail participe de la sphère publique ; il est politique

Dans le contexte de l'épuisement de la société industrielle au profit de la société de services⁵¹, la participation du travail à la sphère publique s'élargit de manière décisive car il ne s'agit plus seulement de considérer le travail comme véhicule de la citoyenneté sociale, objet de la politique, de la régulation de l'État et de l'action des partenaires sociaux, mais de prendre au sérieux ce qui fait sa logique profonde : la rationalité proprement politique qui se trouve au cœur du travail en tant qu'expérience vécue. À l'heure d'une économie européenne dominée par les services, la clé de la capacité d'innovation des entreprises se trouve chez leurs salariés et ce, même au plus bas de l'échelle des qualifications – tel est le cas de la caissière de

42. Fonction de la composition de l'actionnariat, la codétermination de fausse parité permet aux salariés allemands d'accéder à une certaine forme de délibération, donc négocier le cadre même qui détermine l'activité de l'entreprise. – V. J. De Munck et I. Ferreras, *Restructuring Processes and Capability for Voice. A Case Study: the Volkswagen Plant in Brussels (2006-2007)*, préc. Dans le cas de VW, cela se traduira généralement par le fait que les représentants IGMetall des travailleurs parviennent à convaincre le *land* de Basse-Saxe, actionnaire de l'entreprise, partagent leur vote sur une décision particulière et d'emporter alors la majorité au sein du conseil de surveillance. Dans ces cas uniquement, on pourra dire que les salariés pèsent sur le gouvernement de l'entreprise. Comparer le destin que connaissent actuellement les travailleurs en Belgique (Herstal, Liège) et en France (Florange) versus en Allemagne (Düsseldorf) face aux décisions de l'actionnaire ArcelorMittal dans ces investissements convainc du fait que le droit de la codétermination allemand ancre l'apporteur en capital dans ses investissements d'une manière autrement durable, en même temps qu'il met les investisseurs en travail dans une position bien plus favorable quant au respect de leurs intérêts, qu'en l'absence d'un tel droit.

43. E. Mandel, *Autogestion, occupations d'usines et contrôle ouvrier*, Paris : Maspero, 1973.

44. E. Mandel, *Autogestion, occupations d'usines et contrôle ouvrier*, préc., p. 12.

45. E. Mandel, *Autogestion, occupations d'usines et contrôle ouvrier*, préc., p. 11.

46. E. Mandel, *Autogestion, occupations d'usines et contrôle ouvrier*, préc., p. 12.

47. E. Mandel, *Autogestion, occupations d'usines et contrôle ouvrier*, préc., p. 13.

48. Hildwein rappelle à ce sujet combien l'influence de l'Église catholique a été particulièrement notable dans le soutien à la codétermination en Allemagne (F. Hildwein, *Les arguments des débats sur la cogestion allemande*, préc., p. 16-17).

49. F. Hildwein, *Les arguments des débats sur la cogestion allemande*, préc., p. 16.

50. V. l'étude des justifications du gouvernement représentatif en régime de bicamérisme politique, I. Ferreras, *Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique*, préc.

51. I. Ferreras, *La société des services donne un sens politique du travail*, in I. Sainsaulieu, M. Surdez, *Le sens politique du travail*, Paris : Armand Colin, 2012.

supermarchés⁵². Tant du point de vue normatif que du point de vue de l'efficacité, l'heure est venue d'en tirer toutes les conséquences en ce qui concerne les institutions de gouvernement de l'entreprise.

A. - Gouverner

Cela ne fait aucun doute, l'idée selon laquelle les travailleurs doivent disposer du droit de participer au gouvernement de l'institution dans laquelle ils vivent quotidiennement et à laquelle ils contribuent au moins tout aussi intensément que les apporteurs en capital est aussi vieille que le capitalisme lui-même. Ainsi, depuis la vitalité des initiatives d'Owen, Fourier et Proudhon au XIX^e siècle (les coopératives, les *kibboutz*, les entreprises en autogestion), jusqu'aux expériences contemporaines (entreprises marchandes appartenant à leurs propres travailleurs⁵³ comme Mondragon⁵⁴, entreprises dites de « l'économie sociale et solidaire »⁵⁵), l'idée a été mise en pratique à travers le monde *via* une grande diversité d'exemples, souvent originaux et visionnaires.

“ Il y va de la légitimité des salariés de se choisir des représentants pour relayer leur point de vue ”

Mais revenons à l'entreprise capitaliste. L'évolution du modèle économique moteur du capitalisme européen, de la domination de l'industrie manufacturière au secteur tertiaire implique que les entreprises les plus innovantes et productives nourrissent leurs capacités d'innovation en tablant sur l'implication de leurs salariés, dont l'influence est décisive sur leur motivation⁵⁶.

Le cas de l'expérience menée par Ricardo Semler⁵⁷ au Brésil est emblématique : Semco, l'entreprise familiale dont il prend la tête à la suite de son père, connaît une croissance fulgurante depuis qu'il en a démocratisé radicalement le fonctionnement ; de quelques centaines de personnes dans les années 1980, l'entreprise est passée à plus de 3 000 employés en 2005, s'est internationalisée ensuite et les profits n'ont cessé d'augmenter. Semler n'a pas pu prétendre obtenir la motivation et le sérieux nécessaires à l'implication des salariés dans leur travail sans leur accorder le droit de participer au choix de leur hiérarchie (*via* un vote ; également sur les nouvelles embauches de futurs collègues), le droit de participer aux décisions de développement de nouveaux produits, le droit de se prononcer sur la rémunération des actionnaires, ainsi que de fixer leur propre salaire⁵⁸. En un mot, entrer dans le gouvernement de l'entreprise avec lui⁵⁹, le principal propriétaire des parts de la société anonyme⁶⁰.

B. - Un point de passage historique

Nos États européens se trouvent à ce carrefour : se contenter de faire participer les salariés à la gestion de l'entreprise, et s'enfoncer dans les problèmes qui en découlent en termes de motivation faible et d'absence d'innovation, ou poursuivre la voie historique de l'innovation institutionnelle en cherchant les moyens de les faire peser pleinement sur le gouvernement de l'entreprise dans le but de renouveler les conditions d'une plus grande capacité d'innovation en même temps que de cohésion sociale.

L'accord du 11 janvier 2013, signé par les partenaires sociaux français⁶¹, relève de ce moment historique. Il oscille précisément entre les pôles de ce choix historique, approfondir l'implication des salariés dans la gestion de l'entreprise ou les mettre en position de peser sur les finalités, le gouvernement de l'entreprise. Dans l'introduction du titre II de l'accord, l'enjeu

52. I. Ferreras, *Critique politique du travail. Travailler à l'heure de la société des services*, Paris : Presses de Sciences Po, 2007.

53. Pour l'étude des contours du secteur, V. P. Guiol, Y. Lambert, O. Sabouraud, *La démocratie dans l'entreprise : une utopie ?* : *Panoramiques*, 2000, n° 46 (n° spécial) ; T. Barreto, *Société coopérative de production (Scop) et démocratie dans l'entreprise*, in B. Roger (dir.), *L'entreprise : formes de propriété et responsabilités sociales* : Paris, Lethielleux, 2012, p. 347-366.

54. Mondragon est une entreprise coopérative fondée en 1956 au Pays basque espagnol. Devenue un grand groupe international, elle compte plus de 150 entreprises réparties dans les domaines d'activités les plus divers et 87 000 salariés. Les travailleurs-proprétaires élisent leur direction et leurs managers (F. Freundlich, *Generational Perspectives on Employee Ownership : The Relationship between Age and Satisfaction with Cooperative Ownership in Mondragon*, Ed.D. Dissertation, Harvard University, Graduate School of Education, 2009).

55. J.-L. Laville, *Politique de l'association*, Paris : Seuil, 2010.

56. Parce que la motivation est le produit de la trilogie de Pink (D. Pink, *Drive : The Surprising Truth about what Motivates Us*, New York : Riverhead, 2009) : autonomie (*autonomy*), expertise (*mastery*), contribution (*purpose*) ou, selon nos propres termes, parce que le rapport au travail est « expressif, public et politique », animé par l'attente de la justice démocratique (V. I. Ferreras, *Critique politique du travail. Travailler à l'heure de la société des services*, Paris : Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2007 ; I. Ferreras, *What Is Work? Experiencing Production and Politics in the Service-based Society*, Cambridge (MA) : Harvard University Press, à paraître).

57. R. Semler, *Maverick ! The Success Story Behind the World's Most Unusual Workplace*, London : Arrox Books, 1999.

58. Détail intéressant : décision qui se prend par les travailleurs sur la base d'une grille des salaires incluant les niveaux de rémunération aux mêmes fonctions dans les entreprises concurrentes. Libre à eux de justifier pourquoi, le cas échéant, ils doivent être mieux payés (R. Semler, *Maverick ! The Success Story Behind the World's Most Unusual Workplace*, préc., p. 215-220).

59. Cela dit, il convient d'être attentif à la dimension collective de la capacité des salariés à peser dans les débats (I. Ferreras, *De la dimension collective de la liberté individuelle. L'exemple des salariés à l'heure de l'économie des services, Raisons pratiques (EHESS), numéro spécial : La liberté au prisme des capacités*. Amartya Sen *au-delà du libéralisme*, 2008, p. 281-296) ainsi qu'aux « charges » que l'injonction de participation fait éventuellement peser sur les travailleurs, charges auxquelles les salariés seront d'autant plus capables de répondre que leur poids dans le gouvernement du travail est réel, et non fictif comme c'est le cas des dispositifs de gestion couramment mis en place dans les entreprises. Pour une étude de ces enjeux, V. J. Charles, *Une participation éprouvante. Enquêtes sur l'autogestion, le management participatif, la participation citoyenne et l'empowerment*, Dissertation doctorale en Sciences Politiques et Sociales, Université catholique de Louvain, 2012.

60. Sur la distinction entreprise/société (*firm/corporation*) si décisive au plan tant analytique que politique, V. J.-P. Robé, entre autres : *L'entreprise et le droit*, Paris : PUF, 1999 ; J.-P. Robé, *L'entreprise oubliée par le droit* : *Journal de l'École de Paris*, 2001, n° 32, p. 29-37 ; J.-P. Robé, *The Legal Structure of the Firm, Accounting, Economics, and Law*, 2011, vol. 1, n° 1, art. 5 : <http://www.bepress.com/ael/vol1/iss1/5>.

61. *Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*.

semble se limiter à « Renforcer l'information des salariés sur les perspectives et les choix stratégiques de l'entreprise » dans le but de leur faire « comprendre la stratégie de l'entreprise, les leviers et contraintes qui la déterminent », ceci étant pensé comme « une étape nécessaire aux salariés pour se l'approprier ». On penche ici du côté de la cooptation des salariés et de leurs représentants dans la gestion de l'entreprise, au niveau de la mise en œuvre de contraintes et stratégies établies par les apporteurs en capital. D'un autre côté, les motifs de l'article 13⁹ : Représentation des salariés dans l'organe de gouvernance de tête qui définit la stratégie de l'entreprise (conseil d'administration ou conseil de surveillance), font droit à une justification qui penche du côté de l'objectif qui consiste à doter les salariés de la capacité à peser sur le gouvernement de l'entreprise, au nom de leur « point de vue » propre – « afin de favoriser la prise en compte du point de vue des salariés sur la stratégie de l'entreprise, leur participation avec voix délibérative à l'organe de l'entreprise qui définit cette stratégie doit être assurée (avec les mêmes règles de confidentialité que celles appliquées aux autres participants) dans les entreprises dont les effectifs totaux, appréciés à l'échelle mondiale, sont au moins égaux à 10 000 salariés ou à 5 000 appréciés à l'échelle de la France »⁶².

La mesure, à ce stade, peut sembler relever de l'anecdote historique, tant cette capacité à peser sera faible⁶³. Pour autant, l'étape est véritablement historique : depuis les intentions du Programme national de la résistance française, jusqu'aux attendus des lois *Auroux* (« citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise »⁶⁴), jamais les partenaires sociaux ne s'étaient mis d'accord sur ce point : il y va de la légitimité des salariés de se choisir des représentants pour relayer leur point de vue, avec voie délibérative, au sein même de l'organe suprême qui « définit la stratégie » de l'entreprise.

Pour résumer : la formule pratique est faible car, du point de vue du choix entre participer à gérer et gouverner l'entreprise, les salariés restent cantonnés à la périphérie du gouvernement, incapables de peser de manière décisive sur les finalités de celle-ci. Mais la formule est néanmoins historique, car ce n'est plus au nom de leur accès à l'actionnariat que les salariés sont tolérés dans la plus haute instance de décision de l'entreprise, c'est bien au nom d'une rationalité propre, ce que nous appelons la rationalité politique des investisseurs en travail, dont le « point de vue » est reconnu comme spécifique, différent de celui des apporteurs en capital, que les salariés sont reconnus

comme devant peser sur la stratégie, les finalités, bref, le gouvernement de l'entreprise. La réception par les acteurs du monde du travail de cette formule dépendra de leur conception du changement social.

Dans un exercice prospectif, nous avons poursuivi le présent travail qui consiste à imaginer ce que reconnaître aux salariés le même droit à peser sur les finalités de l'entreprise que celui déjà reconnu aux apporteurs en capital impliquerait en termes de design institutionnel pour le gouvernement de l'entreprise. C'est en nous inspirant des innovations institutionnelles permises par l'histoire du bicamérisme politique que nous avons pu identifier le moyen qui a permis aux sociétés occidentales de passer du despotisme de quelques uns à une souveraineté exercée par un gouvernement représentatif considéré comme « légitime, raisonnable et intelligent »⁶⁵.

L'essentiel dans le cadre de la présente contribution est de nous arrêter sur le constat que, au regard du bref parcours historique retracé ici, le dilemme posé entre cooptation dans la gestion vs peser de manière décisive sur le gouvernement n'est pas à la veille de s'estomper. Notre hypothèse est que l'évolution du contexte tant culturel et normatif que socio-économique va dans le sens d'une consolidation de l'entrée dans l'ère du droit des salariés à peser de manière décisive sur le gouvernement de l'entreprise. Mais ceci n'ira pas sans conflit social. Cette ère vient de connaître en France sa première étape décisive *via* l'accord du 11 janvier 2013. L'usage que feront les acteurs managériaux et syndicaux de cette ouverture d'un nouveau droit, et la portée qu'ils lui donneront, se révélera cruciale. Car à cette heure, la tension centrale des démocraties capitalistes ne peut plus se résoudre sur le mode inadéquat de la cogestion – à savoir, se contenter de négocier, de marchander (*bargain*) les moyens de la mise en œuvre d'un projet défini par les seuls apporteurs en capital. Il en va de l'urgence de relancer, sur des bases adéquates, les conditions de la motivation des investisseurs en travail, de leur capacité d'innovation, d'une croissance durable dans les sociétés européennes et du futur de leur santé démocratique. L'heure de la relance a sonné... qui passera, inévitablement, par la relance de l'innovation institutionnelle.

62. ANI, 11 janv. 2013, *op. cit.*

63. En effet, « le nombre de représentants des salariés sera égal à deux dans les entreprises dont le nombre d'administrateurs est supérieur à douze et à un dans les autres cas ». ANI, 11 janv. 2013, *op. cit.*

64. ANI, 11 janv. 2013, *op. cit.*

65. L'idée du « bicamérisme économique » pour l'entreprise (*I. Ferreras, Gouverner le capitalisme ? Pour le bicamérisme économique, préc.*) consiste à penser le déploiement de la phase suivante, dans l'histoire des institutions de l'entreprise : un véritable gouvernement, institué par les deux corps constituants de l'entreprise, les apporteurs en capital et les investisseurs en travail, réunis au travers de leurs deux chambres de représentants élus respectifs, mobilisés par leurs rationalités spécifiques (le « point de vue » dont parle l'accord du 11 janvier 2013), instrumentale et politique, et qui se reconnaissent comme mutuellement inévitables et indispensables. Le postulat est, qu'en effet, dans l'entreprise capitaliste, performante économiquement et socialement à l'heure d'une économie des services fondée sur la mobilisation des salariés, l'un ne pourra plus sérieusement faire sans l'autre.

Constitutionnalité

10 LES RÈGLES DE GOUVERNEMENT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES SONT-ELLES CONSTITUTIONNELLES ?

Article rédigé par :

Jean-Pascal CHAZAL,
professeur des universités,
École de Droit de Sciences Po



L' introduction en droit français de la question prioritaire de constitutionnalité¹ donne l'occasion de passer au crible du test de constitutionnalité des lois anciennes de notre droit positif, comme par exemple, les règles du Code de commerce relatives au gouvernement des sociétés commerciales, et du coup, de ranimer de vieux débats. Il en est ainsi de la participation des salariés à la gestion des entreprises exploitées par des sociétés commerciales, question qui mérite d'être repensée à l'aune de la situation économique et sociale que la France, comme les autres pays dits développés, connaît depuis plus de deux décennies. Les salariés participent-ils à cette gestion ? Doivent-ils y participer ? Est-il souhaitable qu'ils y participent ?

1. Les salariés participent-ils à la gestion des entreprises exploitées sous forme de sociétés commerciales ?

Si l'on excepte les sociétés anonymes du secteur public, dans lesquelles le tiers des postes d'administrateurs est réservé aux salariés, on ne peut pas dire que les salariés participent vraiment à la gestion des entreprises exploitées sous forme de

sociétés commerciales en France². Si des efforts ont été réalisés pour accroître les prérogatives des salariés, ceux-ci ont plutôt concerné l'actionnariat des salariés et leur participation aux bénéfices des entreprises³. On peut ainsi énoncer le principe à l'aune duquel le droit positif peut être analysé : la démocratisation de l'entreprise passe nécessairement par l'actionnariat

NdA : En hommage à mon ami Yves Reinhard.

1. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 a inséré dans la Constitution (*Const.* 4 oct. 1958, art. 61-1) la possibilité pour un justiciable de poser, à l'occasion d'un litige et suivant certaines conditions posées par la loi organique du 10 décembre 2009, une question prioritaire de constitutionnalité, en passant par le filtre de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, à propos d'une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

2. Les SCOP sont exclues de la présente étude, malgré l'originalité de leur statut, en raison de la faiblesse de leur nombre parmi les sociétés commerciales françaises.

3. *L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 de modernisation sociale* : JO 18 janv. 2002, p. 1008 ; *L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006 relative au développement de la participation et de l'actionnariat salarié* : JO 31 déc. 2006, p. 20210 ; *L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008 en faveur des revenus du travail* : JO 4 déc. 2008, p. 18488 ; *L. n° 2011-894, 28 juill. 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011* : JO 29 juill. 2011, p. 12922, créant la prime de partage des profits.

salarié et donc la détention d'une partie du capital. Pour le dire vite, le salarié ne peut avoir une part active dans la gestion de l'entreprise, que s'il est aussi associé ou actionnaire.

La participation des salariés (non actionnaires) à la gestion reste très faible, voire inexistante ; elle fait même figure, en France, « d'épouvantail »⁴. Le droit positif se résume à un régime obligatoire très peu contraignant⁵ : deux délégués du comité d'entreprise assistent sans voix délibérative au conseil d'administration ou au conseil de surveillance des sociétés anonymes, dont l'effectif salarial est égal ou supérieur à cinquante (*C. trav., art. L. 2323-62*)⁶ et peuvent assister aux assemblées générales (*C. trav., art. L. 2323-67*)⁷. De nombreuses sociétés sont donc exclues des dispositions de ce régime obligatoire : les SA de moins de 50 salariés, les SARL, les SAS, les SNC, notamment. Même s'agissant des SA de 50 salariés et plus, on ne peut dire que les salariés participent à la gestion de l'entreprise : une simple voix consultative au conseil d'administration ne confère aucun pouvoir de décision, tandis que la formule à directoire et conseil de surveillance évince les représentants des salariés de l'organe assumant la gestion effective, le conseil de surveillance n'étant pas investi de ce pouvoir. « La participation à la gestion – ou mieux aux décisions – bien que prévu dans le préambule constitutionnel de 1946, a été sacrifiée jusqu'ici à la participation aux résultats de l'entreprise »⁸. Si gérer a pour synonyme : administrer, diriger, gouverner⁹, et si participer signifie prendre part, avoir parmi d'autres une action dans..., partager¹⁰, alors les salariés qui n'ont pas de pouvoir décisionnel ne peuvent être considérés comme ayant un tel droit.

“ La participation des salariés (non actionnaires) à la gestion reste très faible, voire inexistante ”

D'ailleurs, il était bien clair, pour les rédacteurs de la loi du 24 juillet 1966 que « le comité d'entreprise n'est pas fait pour diriger l'entreprise, ni même pour partager cette direction. Mais on peut concevoir qu'il contrôle la direction au nom du

travail, comme le conseil de surveillance le fera au nom du capital »¹¹. Faisant un bilan des réformes en la matière, René Roblot écrivait en 1980 : « les prérogatives qui ont été ainsi reconnues aux représentants du personnel n'ont pas transformé le caractère capitaliste de l'entreprise privée. Les comités d'entreprise sont consultés et ont le droit de présenter des suggestions ou des réclamations. Ils ne possèdent aucun pouvoir de décision. (...) La liberté du chef d'entreprise demeure entière »¹². Encore aujourd'hui, « la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise se borne donc à un droit pour leurs représentants d'être consultés sur cette gestion »¹³. Malgré la multiplication des cas de consultations obligatoires, « le pouvoir est exercé au sein des entreprises par des mandataires des apporteurs de capitaux »¹⁴. Il convient donc de dresser un constat d'échec : « la participation des salariés à la gestion de leur (sic) entreprise reste encore à faire »¹⁵. Cet échec s'explique de la manière suivante : « c'est en fait l'absence d'une volonté politique claire et délibérée qu'il faut incriminer dans la mesure où les procédés techniques exposés plus haut ne sont que la traduction d'une contradiction que la France n'a pas encore su surmonter : d'une part, assurer la participation des salariés à la gestion (...) et, d'autre part, la crainte de porter atteinte à la souveraineté des actionnaires, de faire fuir les capitaux, de brider l'initiative individuelle (...) et, au-delà, de porter atteinte à la propriété privée et à la valorisation actionnariale si chère à l'idéologie de la *corporate governance* »¹⁶.

2. Les salariés doivent-ils participer à la gestion des entreprises exploitées sous forme de sociétés commerciales ?

Qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse il paraît difficilement contestable que les salariés, en droit positif français, ne participent pas, en principe, à la gestion des sociétés commerciales. Pourtant, l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 déclare : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »¹⁷. Il s'agit de la reprise de l'article 31 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen intégrée dans le projet de Constitution du 19 avril 1946¹⁸, dans le but de moderniser celle de 1789 en

4. Selon l'expression de M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés* : Litec, 23^e éd., 2010, n° 806.

5. Il existe aussi un régime facultatif, institué par l'ordonnance du 21 octobre 1986 (*C.com., art. L. 225-27, al. 1^{er}*), qui permet, par modification statutaire, de réserver un certain nombre de sièges d'administrateur aux salariés.

6. Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, et lorsque le rapport présenté par le conseil d'administration lors de l'assemblée générale devant statuer sur l'approbation des comptes annuels établit que plus de 3 % du capital est détenu par des salariés de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, un ou plusieurs administrateurs (ou membre du conseil de surveillance) sont élus parmi les salariés actionnaires.

7. Ils sont entendus, à leur demande, lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés.

8. J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail* : Précis Dalloz, 25^e éd., 2011, n° 1114.

9. *Le Grand Robert de la langue française* : 2^e éd., dir. A. Rey.

10. *Op. cit.*

11. Propos de Capitant, *JOAN CR 8 juin 1965*, p. 1867, cités par J. Hémar, F. Terré et P. Mabillat, *Sociétés commerciales* : Dalloz, 1972, t. 1, n° 1047.

12. R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, de G. Ripert : LGDJ, 10^e éd., 1980, t. 1, n° 370.

13. J. Savatier, *La représentation des salariés dans les organes de la société anonyme après la loi du 25 juillet 1994* : *Dr. sociétés* 1995, p. 33.

14. J. Savatier, *préc.*, p. 33.

15. G. Auzero, *Représentation des salariés dans les organes de gestions de la société anonyme* : *JCL Sociétés Traité*, fasc. 130-60, 2033, n° 1.

16. J.-M. Moulin, *La participation des salariés à la gestion de la société (le comité d'entreprise actionnaire)* : *Bull. Joly* 2002, p. 580.

17. On considérera, dans les développements qui suivent, que travailleurs et salariés sont des termes synonymes.

18. Ce projet fut rejeté lors du référendum du 5 mai 1946, mais recueillit tout de même 47 % des suffrages.

énonçant les exigences d'une démocratie sociale, afin de tenir compte des transformations économiques et de tenter une délicate synthèse entre les principes individualistes et libéraux, d'une part, et ceux du socialisme, ou à tout le moins, d'un interventionnisme étatique en matière économique, d'autre part.

Roblot qualifiait le préambule de la Constitution de 1946 posant la règle de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, *via* leurs représentants, de « déclaration de principe »¹⁹, et ce dans le but de lui dénier toute portée normative. Avant la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, la question de la portée normative du préambule était débattue en doctrine²⁰. Elle ne fait aujourd'hui plus débat. Conçu comme un simple gardien de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif (afin que le second n'empiète point sur le premier), le Conseil constitutionnel s'est auto-institué, grâce à cette extension de la Constitution de 1958, par ricochet, au préambule de celle de 1946 et à la DDHC de 1789, en véritable Cour constitutionnelle. « Le respect des dispositions du préambule de la Constitution de 1946 est effectif depuis près d'un quart de siècle maintenant. Comme pour la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a démenti les prévisions selon lesquelles toutes ces dispositions du texte n'auraient pas valeur normative, en ne refusant d'appliquer aucune d'entre elles (...) »²¹.

Cependant, s'agissant du droit constitutionnel des salariés à participer à la gestion des entreprises, les mêmes auteurs sont curieusement prudents et dubitatifs : « la participation à la gestion des entreprises est un droit moins précis qui pourrait notamment impliquer participation aux bénéfices, participation au capital, participation aux conseils d'administration ou de surveillance, décentralisation de la décision dans l'entreprise. Il ne s'agit en tout cas ni de cogestion, ni d'autogestion »²². Si l'on comprend bien, la Constitution impose une participation des salariés à la gestion des entreprises (l'indicatif du texte de l'alinéa 8 du préambule valant impératif²³), mais il ne s'agirait pas de cogestion. Il est permis de ne pas être convaincu ! Ripert, quant à lui, était plus expéditif, mais plus franc : la participation des travailleurs à la gestion des entreprises, prévue dans le préambule de la Constitution de 1946 est « une déclaration de principe. Elle éveille les espérances, mais ne contient aucune réalité »²⁴.

Il est bien connu que l'interprétation d'un texte ne dépend pas uniquement de la définition des mots qui le composent. D'autres facteurs jouent un rôle également déterminant : la

volonté de l'auteur, le contexte dans lequel il est appliqué, les buts poursuivis par le lecteur en charge de lui conférer une signification, ses préjugés et sa compréhension du monde, etc. Ainsi posée, la question revient à s'interroger sur les limites de la technique juridique et la manière dont le droit se construit, ou est construit. Il s'agit donc d'une question épistémologique. Or, il est connu depuis longtemps, par ceux qui s'y intéressent, que le lecteur d'un texte (en l'occurrence le juge) n'a certes pas un pouvoir absolu de déterminer le sens d'un texte, mais une marge de manœuvre considérable.

Si le Conseil constitutionnel²⁵ était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité visant les règles du Code de commerce relatives au gouvernement des sociétés commerciales (notamment SA, SAS, SARL), il serait facile au juge d'adopter l'une ou l'autre des positions suivantes, sachant que d'autres sont aussi possibles :

- ou bien considérer que les dispositions actuelles du Code de commerce sont conformes à la Constitution. Deux raisonnements au moins sont envisageables. En premier lieu, il est possible de dire qu'être consulté obligatoirement sur les actes de gestion les plus graves, les plus importants, cela consiste précisément à participer à la gestion de l'entreprise. Gérer c'est tout simplement contribuer à l'administration et l'organisation de l'entreprise, nullement détenir un pouvoir de décision. Au surplus, le Conseil constitutionnel n'ayant pas le même pouvoir d'appréciation et de décision que le Parlement, il doit laisser celui-ci libre d'appliquer et d'aménager le principe constitutionnel de la participation des salariés à la gestion des entreprises. L'exclusion de certaines sociétés commerciales (notamment celles qui ont moins de 50 salariés, mais aussi celles dont la forme sociale ne justifie pas des pouvoirs importants conférés aux représentants du personnel), n'est donc pas, en soi, une transgression de la règle constitutionnelle, laquelle est suffisamment floue et imprécise pour laisser une large place à l'interprétation et à l'initiative du législateur quant « aux choix des modalités de mise en œuvre de ce principe »²⁶. En second lieu, il est possible de dénier toute portée normative à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946, du moins pour ce qui est de la participation des salariés à la gestion, contrairement à ce qui est habituellement jugé pour la détermination des conditions collectives de travail point sur lequel il existe une jurisprudence consistante. Après tout ce ne sera pas la première fois qu'un texte aura, dans la même phrase, une portée normative variable : cela a été le cas entre le second arrêt *Jand'heur* (1930) et l'arrêt *Blieck* (1991) pour le premier alinéa de l'article 1384 du Code civil ;

19. R. Roblot, *op. cit.*, n° 369.

20. V. le commentaire de cette décision in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* : Dalloz, n° 19.

21. L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel : Précis Dalloz*, 5^e éd., 2002, n° 168, p. 118.

22. *Op. cit.*, n° 1330, p. 797. – V. également J.-Y. Chérot, *Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel* : *Gaz. Pal.* 5 juill. 1994, p. 837.

23. G. Cornu, *Linguistique juridique : Montchrestien*, 2^e éd., 2000, n° 67.

24. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* : LGDJ, 2^e éd., 1951, n° 139, p. 309.

25. Ou la Cour de cassation, qui joue le rôle de filtre et peut accepter ou refuser de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel, s'arrogeant ainsi un pouvoir négatif de contrôle de la constitutionnalité des lois.

26. *Cons. const.*, déc. n° 77-79 DC, 5 juill. 1977 : *Rec. Cons. const.* p. 35. – G. Vedel in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 : PUF, 1989, p. 56 : « L'imprécision d'une norme constitutionnelle relative aux droits et aux libertés, si elle peut mettre obstacle à sa mise en œuvre directe sans le relai de la loi, n'empêche nullement qu'elle serve de base à la censure de la loi ou du règlement qui lui est contraire. Le degré de son imprécision a, de ce point de vue, pour seul effet d'ouvrir au législateur, à l'administration ou au juge, un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu ».

- ou bien estimer, au contraire, que la participation à la gestion implique un pouvoir de décision et non simplement une voix consultative et qu'au surplus les vides législatifs pour les petites entreprises ou certaines formes sociales ne sont nullement justifiés par un intérêt général suffisant et reviennent à nier le principe posé par la Constitution, violant qui plus est le principe d'égalité des citoyens devant la loi. Après tout, gérer revient à administrer, c'est l'action de diriger la société : pas de gestion sans pouvoir de décision.

Nous touchons ici les limites de la technique juridique, entendue comme l'ensemble des instruments juridiques mobilisés pour mener un raisonnement (loi, concept, théorie, etc.). Finalement, la technique juridique ne résume pas le droit, elle ne permet pas d'expliquer la *ratio decidendi*. Loin d'être un ensemble de normes qu'il conviendrait d'appliquer à des cas, le droit est une matière ouverte sur le monde, interdisciplinaire, que l'on ne peut légitimement enfermer dans des frontières imperméables. Il faut donc se poser la question de l'opportunité de déclarer contraire à la Constitution les dispositions du Code de commerce relatives à la gestion des sociétés commerciales, en se départissant, au moins un moment²⁷, de la technique juridique, laquelle peut justifier une solution et son contraire.

3. Est-il souhaitable que les salariés participent à la gestion des entreprises exploitées sous forme de sociétés commerciales ?

Quelques chiffres et phénomènes enregistrés depuis une trentaine d'années permettent d'amorcer la réflexion. Selon la Commission européenne, la part des salaires dans la valeur ajoutée est passée en France de 64,6 % du PIB dans les années 1971-1980 à 57,1 % dans les années 2001-2008²⁸. Le taux de rendement des actions, qui mesure les revenus du capital, est passé de 6,7 en moyenne entre 1973 et 1982 à 20,5 % entre 1983 et 1992 et 22,1 % entre 1993 et 2000²⁹. En France, les dividendes distribués annuellement ont doublés en dix ans³⁰, ce qui est loin d'être le cas pour les salaires.

La part d'autofinancement des entreprises est, quant à elle, passée de 28,2 % en 1980 à 143,2 % en 2008³¹. La bourse n'est plus un moyen pour les entreprises de lever des fonds destinés à leur financement, mais un siphon de valeurs au profit des actionnaires provoquant un phénomène de décapitalisation. Ainsi, en 2007 à la bourse de Paris, les entreprises cotées ont levé 39 milliards d'euros tandis que, dans le même temps, le montant versé aux actionnaires s'élevait à 57 milliards d'euros (37,8 milliards sous forme de dividendes et 19,2 milliards de

rachats d'actions³²). Le célèbre « théorème » du chancelier allemand Schmidt³³ est démenti : la part des investissements dans l'Union européenne est passée de près de 24 % du PIB en 1975 à moins de 22 % en 2007, tandis que la part des profits est passée, sur la même période, de 24 % à 35 %, tous les pays d'Europe connaissant des taux de chômage élevés.

“ La notion d'entreprise est donc historiquement indissociable du rôle particulier que les salariés jouent au sein du processus de création de la richesse ”

Le paradoxe n'est qu'apparent de vivre la crise économique et financière la plus importante depuis le début des années 1930, tout en constatant que « les dividendes des stars du CAC 40 résistent à la crise : les grandes entreprises devraient verser 37 milliards d'euros à leurs actionnaires ; les trois quarts des membres de l'indice augmenteront ou maintiendront leurs dividendes ; les rachats d'actions ont doublé en 2011 »³⁴. L'explication réside dans la puissance acquise depuis les années 1990 par certaines catégories d'actionnaires : les fonds de pension, les *hedge funds*, les *private equity funds*, etc. Il est loin le temps où l'on constatait que l'éparpillement du capital social rendait illusoire le pouvoir des actionnaires³⁵. Dans le même temps, les rémunérations des dirigeants des sociétés, notamment celles du CAC 40, se maintiennent à des niveaux sans précédent : 4,2 millions d'euros en moyenne pour 2011, (14 d'entre eux dépassant 240 fois le SMIC), alors que sur la même période, la capitalisation des sociétés du CAC 40 a perdu 17 % et que les bénéfices nets ont baissé de 10 %³⁶. Par ces politiques de rémunérations élevées, les actionnaires ont rallié à leurs propres intérêts les dirigeants, instaurant ainsi une collusion entre le pouvoir actionnarial et le pouvoir managérial. Sauf que les pratiques de distributions massives de dividendes et de rachats d'actions finissent à terme par éroder la rentabilité des entreprises, lesquelles n'investissent plus autant qu'elles le devraient, privilégiant le court terme au détriment du long terme.

Ce phénomène ne concerne pas que les sociétés cotées (même si la rémunération des dirigeants des PME est sans commune mesure avec celles qui viennent d'être rappelées). La pression de la stratégie de la « maximisation de la valeur

27. On retrouvera évidemment la technique juridique au moment de la motivation de la décision.

28. Chiffres cités par D. Plihon, *Le nouveau capitalisme : La Découverte, Coll. Repères, 3^e éd., 2009, p. 44.*

29. *Commissariat général au plan, Rapp. Rentabilité et risque dans le nouveau régime de croissance : La Documentation Française, 2002.*

30. J.-P. Cotis, *Partage de la valeur ajoutée, partage des profits et écarts de rémunérations en France, rapp. au président de la République : INSEE, 2009.*

31. D. Plihon, *op. cit.*, p. 46.

32. D. Plihon, *op. cit.*, p. 61. – V. aussi J.-L. Gréau, *L'avenir du capitalisme : Gallimard, 2005*, notamment le chapitre 5 : *À quoi servent encore les bourses ?*

33. « Les profits d'aujourd'hui sont les investissements de demain et les emplois d'après-demain ».

34. Une du journal *Les Échos* du jeudi 5 janvier 2012, le titre de l'article en page 24 étant : « le CAC 40 soigne ses actionnaires ».

35. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne : LGDJ, 2^e éd., 1951, n° 38 et s.* : « la grande illusion des actionnaires ».

36. D. Guinot, *Les patrons du CAC ont gagné 4,2 millions d'euros en 2011 : Le Figaro, 11 déc. 2012.*

actionnariale » (*maximizing shareholder value*³⁷) se propage dans toutes les entreprises, y compris les PME en raison des liens contractuels d'approvisionnement et de sous-traitance, puisqu'elles se voient imposer des diminutions de prix, qui correspondent chez les clients à des réductions de coût motivées par le souhait de maximiser les profits³⁸. C'est cette pression exercée sur les petites et moyennes entreprises qui explique la stabilité de la répartition de la richesse produite (PIB) entre le capital et le travail depuis le début des années 1990 (le grand basculement ci-dessus rappelé se produisant au milieu des années 1980), car dans ces entreprises intermédiaires la régression salariale ne s'accompagne pas d'une augmentation corrélative des profits, les gains de productivité étant aspirés par les clients importants qui ont le pouvoir d'imposer les prix³⁹.

Pour beaucoup d'économistes, le gouvernement (ou gouvernance en bon français) des entreprises est au cœur du problème⁴⁰. En effet, remettre l'intégralité du pouvoir de gestion et de direction des entreprises dans les seules mains des actionnaires, *via* l'intermédiaire des dirigeants, qui n'ont comme seule préoccupation que de satisfaire les intérêts de ces derniers (outre les leurs, grâce à d'importants bonus et aux *stock-options*, les actionnaires ayant intérêt à faire voter des systèmes de rémunération incitant ces derniers à maximiser la valeur actionnariale), ne permet pas de trouver un équilibre entre les intérêts en présence (notamment ceux des salariés) et de satisfaire l'intérêt général. Contrairement à ce que tente de faire croire la théorie de la *corporate governance*, la grande question de l'entreprise n'est pas le contrôle des actionnaires sur les dirigeants et la qualité de l'information transmise par ces derniers aux premiers, mais bel et bien la place des salariés et de la défense de leurs intérêts dans la gestion de l'entreprise. Un peu d'histoire permet de le comprendre. Dans leur très stimulant opusculé, B. Segrestin et A. Hatchuel montrent que la notion d'entreprise est plus récente qu'on ne le pense généralement ; il s'agit d'une invention moderne datant de la toute fin du XIX^e et du début du XX^e siècle⁴¹. Cette invention rompt avec l'idée, bien résumé par L. Walras, suivant laquelle la création de richesses dépend de l'activité d'un entrepreneur qui négocie avec des fournisseurs de biens ou de services afin de mettre des produits sur le marché⁴². En raison des progrès de la science et des innovations technologiques, il ne sera plus possible de considérer les travailleurs comme des fournisseurs extérieurs apportant leurs compétences ; ils deviennent de véritables partenaires, intégrés dans une organisation collec-

tive du travail, participant à la réalisation d'un but commun. C'est cette idée nouvelle du travail comme participation qui a donné naissance au contrat de travail, par opposition au contrat de louage d'ouvrage qui régissait jusque-là les relations entre patron et travailleur. La notion d'entreprise est donc historiquement indissociable du rôle particulier que les salariés jouent au sein du processus de création de la richesse, avec pour contrepartie la création d'un lien de subordination permettant à l'employeur d'assumer la responsabilité de l'organisation du travail. Dans cette conception, l'entreprise n'avait pas pour but exclusif de maximiser le profit des détenteurs de capitaux, mais devait être gérée afin d'assurer sa pérennité, y compris par le sacrifice à court terme des intérêts de ces derniers si, par exemple, la politique d'investissement ou d'innovation le nécessitait. Apparaissait ainsi un nouvel acteur au sein de l'entreprise : le dirigeant (*manager*) qui n'est pas un actionnaire mais qui, choisi par eux pour ses compétences techniques et de gestionnaire, gère l'entreprise en tenant compte de tous les intérêts présents (*stakeholders* par opposition aux *shareholders*), y compris ceux des salariés. Dans un important travail, paru en 1932, A. Berle et G. Means⁴³ théorisent le *managerial capitalism*, fondé sur l'opposition entre la propriété des actionnaires et le contrôle de la société qui est aux mains des dirigeants et ce en raison de la dispersion de plus en plus grande de l'actionnariat des grandes entreprises. L'intérêt de l'entreprise était alors clairement distingué de l'intérêt des actionnaires, même si celui-ci demeurerait évidemment une composante de celui-là. Il fallait seulement encadrer, selon Berle, le pouvoir managérial par une réglementation assurant le respect de l'intérêt collectif⁴⁴.

C'est précisément contre la conception moderne de l'entreprise et partant du constat de la perte de pouvoir des actionnaires sur la direction effective des sociétés que la doctrine de la *corporate governance* a réagi. Il s'agissait de redonner l'entier pouvoir aux actionnaires, lequel était devenu de plus en plus tenu face au pouvoir de la « technostructure » contrôlée par les dirigeants, comme J.K. Galbraith l'a montré⁴⁵ ; de faire de l'entreprise un instrument aux mains des apporteurs de capitaux afin qu'ils rentabilisent au plus vite leur investissement.

Les théoriciens emblématiques qui initient cette rupture idéologique sont F. Hayek et M. Friedman, ce dernier proclamant que l'entreprise est « l'instrument des actionnaires qui la possèdent »⁴⁶. Les penseurs libertariens n'ayant aucune confiance dans les effets bénéfiques de la réglementation, il fallait trouver les instruments idoines qui permeffraient de

37. Pourtant qualifiée d'idée la plus idiote du monde par S. Denning, *The dumbest idea in the world : Maximising Shareholder Value*, www.forbes.com/sites/stevedenning/2011/11/28/.

38. V. la démonstration de F. Lordon, *La crise de trop* : Fayard, 2009, p. 177 et s.
39. F. Lordon, *op. cit.*, p. 180.

40. M. Aglietta, *Le capitalisme de demain, Notes de la Fondation Saint-Simon*, Paris, nov. 1998 ; D. Plihon, *op. cit.*, p. 62 et s. ; B. Segrestin et A. Hatchuel, *Refonder l'entreprise* : Seuil, 2012.

41. B. Segrestin et A. Hatchuel, *Refonder l'entreprise* : Seuil, 2012. – C'est également l'opinion de G. Ripert in *Aspects juridiques du capitalisme moderne* : LGDJ, 2^e éd., 1951, n° 119 et s.

42. *Éléments d'économie politique pure, ou Théorie de la richesse sociale* : 1^{re} éd., 1874, éd. Revue et augmentée, Paris, 1926, p. 196.

43. *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Transaction Publishers, 1932.

44. V. sur cette question, A. Rebérioux, *Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants : 1932-2008, d'une crise à l'autre*, in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise, Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, dir. V. Magnier : LGDJ, 2010, p. 3.

45. *The New Industrial State*, 1967, trad. franç. *Le nouvel état industriel* : Gallimard, 1989.

46. M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, 1962, trad. franç., *Capitalisme et liberté* : R. Laffont, 1971, p. 172. – V. aussi F. A. Hayek, *The corporation in a democratic society : in whose interest ought it to be and will it be run* ; Mc Graw Hill company, N.Y. 1960, trad. Franç. In *Essais de philosophie, de sciences politique et d'économie*, Les Belles Lettres, 2007, p. 433.

mettre au pas les dirigeants de société afin qu'ils n'aient d'autre objectif que la recherche des intérêts à court terme des actionnaires. Très logiquement, ces instruments seront, d'une part, le marché qui fournira le seul critère de la performance des entreprises au travers de leurs cours de bourse, et, d'autre part, l'indépendance, par rapport aux dirigeants, des conseils d'administration qui joueront un rôle de contrôle de la gestion, au profit des actionnaires. À cela va s'ajouter, en pratique, le développement de l'attribution généreuse de *stock-options* ou d'actions gratuites aux dirigeants, afin qu'ils aient, à titre personnel, des intérêts convergents avec ceux des actionnaires. Ainsi, pouvait commencer, à partir des années 1970, le règne du modèle actionnarial de gouvernance, dont le mot d'ordre a été : *maximisation of the shareholder value* ; ce que Friedman exprime ainsi : le dirigeant n'a qu'une responsabilité qui est d'accroître les profits des actionnaires, lesquels, en leur qualité de *residual claimants*, sont les mieux placés, selon Alchian et Demsetz, pour assurer une gestion optimale des entreprises⁴⁷.

Les faillites d'un certain nombre de grandes entreprises, d'Enron à Lehman Brothers, ont révélé l'inefficacité et la perversité du système instaurant la valeur actionnariale comme seul critère de gestion des entreprises⁴⁸. La crise économique et financière qui sévit depuis 2008 a, quant à elle, montré l'inefficacité des marchés et leur incapacité à constituer des outils de régulation et de détermination de la valeur des entreprises⁴⁹. Or, malgré ces constats accablants, les tentatives de refonte du système peinent à voir le jour. Pire, beaucoup pensent encore par le prisme d'une problématique dépassée consistant à rechercher comment les actionnaires pourraient être mieux protégés contre les dirigeants, ignorant, de bonne ou de mauvaise foi, l'existence d'une communauté d'intérêts entre ces deux catégories depuis plus de trente ans, laquelle s'est construite contre les intérêts des salariés et plus généralement contre l'intérêt général. Exemple est, à cet égard, la préface écrite par Philippe Marini à l'ouvrage collectif ayant pour titre *La gouvernance des sociétés cotées, pour une meilleure protection de l'intérêt social*⁵⁰. Le sénateur UMP, qui est à l'origine de certaines lois réformant le gouvernement des sociétés commerciales en France, commence par rappeler que dans son rapport de 1996 relatif à la modernisation du droit des sociétés, il relevait un double déséquilibre : la suprématie des fonctions de direction sur celles de contrôle, d'une part, et, la faiblesse des contrôles internes exercés par les actionnaires, d'autre part. Redite exacte de la vulgate dispensée par la doctrine de la *corporate governance* dans les années 1960, à un moment où avait déjà eu lieu le renversement d'alliance, le pouvoir managérial ayant rejoint, depuis les années 1980, les intérêts immédiats des actionnaires. Puis, le sénateur Marini propose comme remède aux scandales financiers et à la crise actuelle, la même médication qui pourtant est à l'origine du mal : « Les principaux objectifs ont été aussi bien de renforcer

les contrôles internes, que d'accroître la participation des actionnaires et leur information. (...) Néanmoins la crise actuelle nous amène à relativiser les avancées normatives récentes. Il apparaît que les mécanismes de contrôle, de contre-pouvoir, ont été dans l'incapacité de prévenir la montée de risques contradictoires avec les intérêts à long terme des entreprises cotées (...) : désinformation de certains conseil d'administration, mise en place de pratiques de rémunération excessives et privilégiant la rentabilité à court terme, incapacité des actionnaires à protéger leurs intérêts »⁵¹. Qu'à cela ne tienne, après une autocritique aussi feinte que rapide, il suffit de proposer plus d'informations et de contrôle pour les actionnaires afin de les responsabiliser et de se féliciter qu'en 2009, « douze sociétés du CAC 40 ont consacré plus de trente minutes aux questions de gouvernance ». Nous pouvons donc être rassurés !

“ Il est certainement temps de repenser la manière dont les sociétés sont gouvernées ”

Par ailleurs, il est paradoxal d'écrire, comme le fait V. Magnier dans l'avant-propos qui suit la préface de Philippe Marini que : « l'idée émerge alors d'une gouvernance dont l'objet est d'instaurer la confiance, sans prétendre donner le pouvoir aux actionnaires. Reposant sur un modèle de démocratie indirecte, elle doit conforter le rôle du conseil d'administration, dépositaire de l'intérêt social (...) ». Comment une telle position peut-elle être crédible, sauf à se payer de mots, lorsqu'on sait que les salariés ne sont pas représentés au conseil d'administration avec voix délibérative ? Comment nier que les conseils d'administration sont contrôlés par les seuls actionnaires et que les dirigeants des grandes entreprises, motivés par une politique de rémunération élevée et l'attribution de *stock-options*⁵², n'ont eu de cesse, pour la plupart, que de privilégier les intérêts de ces derniers ? Même G. Ripert, que l'on ne peut pourtant pas soupçonner de tendance gauchisante, plaide pour un pouvoir décisionnel, et pas seulement consultatif, attribué aux salariés dans les conseils d'administration : « si nous voulons établir le droit de l'entreprise sur une base démocratique, il est rationnel de faire délibérer les représentants de l'élément travail »⁵³.

Il est certainement temps de repenser la manière dont les sociétés sont gouvernées. Des programmes de recherches existent ; par exemple le collège des Bernardins conduit depuis quelques années une réflexion intéressante⁵⁴, dont l'une des

47. A. Alchian et H. Demsetz, *Production, Information Costs and Economic Organisation*, *The American Economic Review*, vol. 62, 1972, p. 777.

48. V. A. Reberieux, *préc.*

49. A. Orléan, *L'empire de la valeur* : Seuil, 2011.

50. *Sous dir. V. Magnier* : LGDJ, 2010.

51. Incapacité toute relative, si l'on regarde l'importance des dividendes distribués ces dernières années !

52. Sur l'échec de cette politique, V. S. Rousseau, *Gouvernance d'entreprise et analyse économique du droit, quelle perspective suite à la crise financière ?*, in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, op. cit., p. 220.

53. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* : LGDJ, 2^e éd., 1951, n° 139, p. 311.

54. <http://www.collegebernardins.fr>.

composantes est d'opposer la notion d'entreprise à celle de société commerciale, la première étant une imbrication d'intérêts, intégrant ceux des salariés, structurée afin de réaliser des projets collectifs innovants⁵⁵, tandis que la seconde est un contrat conférant pouvoir aux seuls associés. Dans cette perspective, il conviendrait de distinguer soigneusement l'intérêt de l'entreprise de l'intérêt social. Citons également les travaux d'Isabelle Ferreras qui propose un bicaméralisme (salariés-actionnaires) comme mode de gouvernement des sociétés⁵⁶. On pense ainsi, même s'il existe des différences importantes, au modèle allemand de la codétermination, dont il est étonnant qu'il n'inspire pas plus la classe politique française, tous bords confondus, elle qui est en général si prompte à vanter la capacité de nos voisins d'outre Rhin à réformer leurs institutions. Et si le succès de l'industrie allemande s'expliquait aussi par la participation des salariés à la gestion des entreprises ?

55. B. Segrestin et A. Hatchuel, *op. cit.*, p. 45.

56. I. Ferreras, *Gouverner le capitalisme* : PUF, 2012. – V. aussi A. Reberxioux, *Gouvernance d'entreprise et théorie de la firme : quelle(s) alternative(s) à la valeur actionariale* : *Revue d'économie industrielle*, n° 104, 4^e trimestre 2003, p. 85 et s.

Cette participation des salariés à la gestion n'est-elle pas le seul contre-pouvoir crédible à l'omnipotence des actionnaires au sein des entreprises, lorsqu'ils imposent une politique à court terme de distribution massive de dividendes, au détriment de l'investissement ou de délocalisation au détriment de l'intérêt général ?

Évidemment, il n'est pas question, dans le court espace de la présente contribution, de clore les débats ou d'apporter des solutions péremptoires. Mais, dans ce débat, les juristes ont leur mot à dire. Il existe d'ores-et-déjà dans notre droit positif des instruments pour opérer la refondation tant nécessaire du gouvernement des sociétés commerciales. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 en est un. Couplé à la question prioritaire de constitutionnalité, il serait un moyen puissant pour forcer le législateur à entreprendre une réforme de grande ampleur, à la hauteur des enjeux et des défis à relever. Il suffit pour cela de prendre conscience que la technique juridique est malléable et que l'interprétation d'un texte dépend non seulement du contexte dans lequel il est appliqué, mais aussi des choix économiques et politiques des juges, ainsi que des présupposés philosophiques et théoriques qui guident, consciemment ou non, leurs raisonnements.

Recouvrement de créances

Intervenants

Olivier FRADIN et Cyril NOURISSAT

Objectifs

- Analyser toute l'actualité et la pratique du recouvrement de créances tant en France qu'en Europe
- Lever les difficultés rencontrées et mettre en œuvre les bonnes pratiques
- Maîtriser et mettre en perspective les différentes possibilités offertes par les voies de recours.

 LexisNexis®



LexisNexis® Formations

MARDI 28 MAI 2013 À PARIS
14 h 00 - 18 h 00

Programme

Procédures civiles d'exécution

- Actualité législative
- Actualité jurisprudentielle

L'injonction de payer

- Aspects internes : état de la pratique au regard de la jurisprudence récente
- Aspects européens : état de la pratique du règlement du 12 décembre 2006 au regard de la jurisprudence récente

Le titre exécutoire

- Aspects internes : état de la pratique au regard de la jurisprudence récente
- Aspects européens : état de la pratique du règlement du 21 avril 2004 au regard de la jurisprudence récente.
- Perspectives liées à l'adoption du règlement « Bruxelles I bis » du 12 décembre 2012

RETROUVEZ
L'INTÉGRALITÉ
DES FORMATIONS
<http://formations.lexisnexis.fr>

Inscriptions & renseignements

- LexisNexis® Formations - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
- Tél. 0821 200 700 • Fax 01 45 58 94 35 • formations@lexisnexis.fr
(0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe)

Intérêt social

11 L'INTÉRÊT SOCIAL, REFLET D'UNE ÉTHIQUE LIBÉRALE

Article rédigé par :

Thierry FAVARIO,

maître de conférences, université Jean Moulin
Lyon 3



Qu'est-ce que l'intérêt social aujourd'hui ? La réponse ne peut être que nuancée. Reflet des valeurs de son temps, cette notion incarne manifestement une certaine conception du libéralisme qui a balayé le droit des sociétés ces dernières années : réhabilitation de la liberté statutaire, valorisation du rôle des associés « propriétaires »... En revanche, la responsabilité de ces mêmes associés reste à préciser.

La terminologie juridique comprend un certain nombre de mots-pièges, soit des mots d'une telle puissance d'appel qu'ils aspirent toute réflexion, toute signification dans leur orbite.

L'intérêt social est un des mots-pièges les plus fameux du droit des sociétés. Mot-piège ou trou noir juridique ? La littérature qu'il suscite périodiquement convainc du pouvoir d'attraction de l'intérêt social et de la frustration qu'il engendre : après tant de pages écrites¹, où la rigueur des analyses rivalise avec la pertinence des métaphores employées², l'intérêt social demeure insaisissable. L'échec interpelle. Un élément de réponse découle, peut-être, de sa nature même. L'intérêt social, considéré abstraitement, serait dénué de sens propre et n'en prendrait que dans un contexte donné. Il se « chargerait » ainsi des valeurs liées à son environnement, factuel, juridique et politique. Incarnation, par exemple, d'un certain dirigisme sous l'ère Gaulliste³, symbole contemporain d'une financiarisation du droit des sociétés, l'intérêt social est tout cela, non pas simultanément, mais successivement. Souhaiter ramener à l'unité ce qui est pluriel, donner « un » sens à une expression que l'histoire rend polysémique est peut-être la tentation qui confère à l'intérêt social sa qualification de mot-piège.

Même en dehors d'une perspective historique, la qualification de mot-piège s'impose. L'intérêt social sert de norme

fondamentale à l'occasion de débats intéressants l'orientation du droit des sociétés, qu'il s'agisse de la finalité de la société, de la légitimité du pouvoir en son sein, des relations entre les parties prenantes à l'entreprise. Norme fondamentale plus politique que juridique mais également standard technique quand il s'agit de censurer un abus par l'associé de son droit de vote⁴, de valider un pacte extra-statutaire ou le cautionnement donné par une SCI⁵, voire de s'assurer de la pertinence de certaines demandes faites en référé⁶. Règle de comportement, enfin, quand l'intérêt social fonde un devoir de loyauté s'imposant plus particulièrement au dirigeant social à l'égard de la société et des associés⁷. Postuler que ces manifestations de l'intérêt social sont celles d'un concept unique se discute. Cela confirmerait plutôt que l'intérêt social est une notion relative dont le contenu et la perception varient selon le contexte dans laquelle elle est employée. Aujourd'hui comme hier, aspirer à l'unité paraît une impasse. De cette impasse, le problème posé ressort, paradoxalement, simplifié. Il s'énonce en peu de mots : « de quoi l'intérêt social est-il aujourd'hui le nom ? Eu égard à ce qui a été écrit précédemment, la réponse qu'il appelle sera strictement bornée. Bornée temporellement. L'évolution du droit des sociétés sur une génération environ, soit les vingt dernières années, tel est le cadre proposé. Bornée quant à son domaine. C'est sur le plan des fondements généraux du droit

1. S. Rousseau et I. Tchotourian, L'« intérêt social » en droit des sociétés : *Rev. sociétés* 2009, p. 735 ; D. Poracchia et D. Martin, *Regards sur l'intérêt social* : *Rev. sociétés* 2012, p. 475.
2. A. Pirovano, *La boussole de l'intérêt social – Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* : *D.* 1997, *chron.* p. 189.
3. CA Paris, 22 mai 1965 : *D.* 1968, *jurispr.* p. 147 ; R. Contin, *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés* : *D.* 1968, *chron.* p. 45.

4. *V. infra* n° 19.
5. Cass. 3^e civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948 : *JurisData* n° 2012-020134 ; *JCP E* 2012, 1604 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. Viandier.
6. D. Martin et G. Buge, *L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés* : *RTD. com.* 2010, p. 481.
7. K. Grévain-Lemerrier, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse, Rennes 1, 2011.

des sociétés que la réponse sera assise et non sur tel ou tel point technique ou problématique. Bornée quant à son objet. Le point de vue des associés au sein retiendra seule l'attention. A *contrario*, le cas du dirigeant social, l'évolution de son statut, la densification de ses obligations, sera exclu du champ de l'étude. Ces bornes posées, il reste à exposer l'hypothèse que la présente étude entend vérifier. Il est ainsi commun d'affirmer qu'un vent de libéralisme a soufflé sur le droit français des affaires au cours de ces vingt dernières années, balayant particulièrement les terres du droit des sociétés. Ce vent de libéralisme, porteur d'une éthique assise sur les principes de liberté, de propriété et de responsabilité, a revitalisé les fondements du droit des sociétés.

Cette éthique libérale a notamment déteint sur le rôle de l'associé, *alpha* – par l'apport qu'il réalise – et *oméga* – par les dividendes qu'il escompte – de la société qui s'est ainsi réapproprié l'intérêt social. Les trois piliers classiques de l'éthique libérale que sont la liberté (1), la propriété (2) et la responsabilité (3) constitueront les portes d'entrée de la démonstration.

1. Le premier pilier : la liberté

Prétendre que la liberté constitue le premier pilier de l'éthique libérale est proche du truisme. L'affirmation prend, cependant, un sens particulier en droit des sociétés. La liberté s'y décline désormais en trois degrés confirmant la réappropriation de l'intérêt social par les associés.

Liberté pour liberté statutaire, évidemment. L'affirmation de la liberté statutaire signifie que le législateur accorde aux associés la préséance pour organiser le fonctionnement de la société et définir l'intérêt social⁸. Cela se traduit par une latitude laissée aux associés principalement dans l'élaboration des rapports internes à la société. Les hommages à la liberté statutaire sont nombreux : épanouissement des pactes extra-statutaires⁹, démocratisation de la société par actions simplifiée... (C. com., art. L. 227-1 et s.). La jurisprudence récente en porte également la trace. Hommage à la liberté statutaire quand la Cour de cassation dénie l'existence d'une obligation de non-concurrence s'imposant de plein droit à l'associé sauf clause contraire¹⁰ ; hommage encore quand la Cour laisse les statuts déterminer l'organe compétent pour prononcer l'exclusion d'un associé¹¹. Le pli est pris : la liberté statutaire innerve le droit moderne des sociétés. Les associés peuvent façonner la société à leur image, selon leurs intérêts. Tableau idyllique à nuancer cependant. Outre un ordre public prétoire en cours d'élaboration¹², des pans complets du droit des sociétés demeurent strictement corsetés, qu'il s'agisse des

sociétés évoluant sur des marchés réglementés ou de celles dont l'activité est liée à des impératifs d'intérêt général notamment sanitaires. Protection des investisseurs et des patients, prévention des conflits d'intérêts et transparence de l'information... L'intérêt social reste une valeur relative.

Liberté pour liberté de choix également. L'épanouissement de la liberté révèle, en effet, une tendance lourde du droit des sociétés de ces dernières années résidant dans une polyvalence accrue des structures. La cohérence conceptuelle du droit des sociétés reposait anciennement sur un ordonnancement cristallisé sous de Gaulle¹³, liant société et entreprise¹⁴. En substance, à chaque entreprise économique correspondait un manteau juridique. La loi assignait aux formes sociales leur finalité¹⁵. Peu importe que des considérations fiscales et sociales aient tôt troublé cet ordonnancement : le principe d'un dirigisme étatique orientant le choix originel des associés demeurait. Cet ordonnancement a vécu. La pratique, qui devine dans une forme sociale des potentialités que le législateur ne décèle pas d'emblée¹⁶, a sa responsabilité. Responsabilité moindre, cependant, que l'essor de la liberté statutaire conjuguée à la diffusion de la société par actions simplifiée. Celle-ci est devenue une société tout-terrain¹⁷. Les formes sociales imposées demeurent, qu'il s'agisse de l'accès aux marchés financiers ou de l'exercice de certaines professions. Mais le législateur semble désormais s'astreindre à une certaine neutralité, laissant les associés libres de choisir la structure qu'ils jugent conformes à leurs intérêts.

Liberté de choix qui instille une forme de darwinisme en droit des sociétés. Le constat est simple au fond. D'une part, le législateur rend les diverses formes sociales relativement polyvalentes et susceptibles de s'adresser à un même public d'entrepreneurs. Il met donc en concurrence les différentes sociétés toutes rendues « attractives »¹⁸. D'autre part, le législateur laisse les associés adopter la structure la plus adaptée à leurs besoins. À ce jeu, la société par actions simplifiée, alliée de la liberté statutaire et de la responsabilité limitée, sort gagnante comme l'illustrent le nombre de transformations de sociétés anonymes en sociétés par actions simplifiées et son poids dans le total des constitutions de sociétés. La société par actions simplifiée prolifère et devient la société commerciale de droit commun. Dans le même temps, des sociétés tombent en désuétude¹⁹ ou se replient dans des espaces de protection comme les

8. D. Poracchia, *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée* : *Rev. sociétés* 2000, p. 223.

9. Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés* : LGDJ, 4^e éd., 1999.

10. Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 : *JurisData* n° 2011-025126 ; *JCP E* 2011, 1893, note A. Couret et B. Dondero ; *Rev. sociétés* 2012, p. 292, note L. Godon ; *RTD. com.* 2012, p. 134, obs. A. Constantin ; *D.* 2012, p. 134, note Th. Favario.

11. Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-10.855 : *JurisData* n° 2012-004961 ; *JCP E* 2012, 1310, note R. Mortier ; *Rev. sociétés* 2012, p. 435, note A. Couret ; *D.* 2012 p. 1584, obs. A. Lienhard.

12. Cass. com., 23 oct. 2007 : *Rev. sociétés* 2008, p. 814, note P. Le Cannu.

13. L. 24 juill. 1966.

14. J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise* : Sirey, 1967.

15. La société anonyme, technique de concentration des capitaux pour les grandes entreprises ; la société à responsabilité limitée, habillage idoïne des entreprises familiales et de petite taille... jusqu'à la société par actions simplifiée, initialement conçue comme la structure *ad hoc* des filiales communes.

16. L'antique société en nom collectif, société de commerçants, devint ainsi un instrument d'optimisation fiscale au sein des groupes de sociétés.

17. La SAS peut servir comme *holding* dans un groupe, structure pour un entrepreneur individuel, filiale commune pour des sociétés internationales, coquille d'une opération de capital-risque...

18. B. Saintourens, *L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004* : *Rev. sociétés* 2004, p. 207.

19. Au 1^{er} janvier 2011, l'INSEE recensait moins de 30 000 sociétés en nom collectif et un peu plus de 1 100 sociétés en commandite simple.

activités réglementées ou les marchés financiers. La suite logique – mais irréaliste – résiderait dans l'abrogation des formes sociales en voie de disparition²⁰. Le législateur a donc accordé foi au marché, soit au libre choix des associés, bouleversant ainsi la physionomie du droit des sociétés.

La conclusion s'impose alors : *via* la liberté, premier pilier du libéralisme, les associés se sont réappropriés l'intérêt social en étant libres d'en définir tant le réceptacle que les contours.

2. Le deuxième pilier : la propriété

La propriété, comme deuxième pilier de l'éthique libérale, permet de régler la question sensible de la légitimité du pouvoir au sein de la société et de déterminer qui définit l'intérêt social et donc le sens de l'action sociale. La propriété, illustrée par l'acte d'apport, est la source première de légitimité du pouvoir au sein de la société (*C. civ., art. 1832*). Les associés, souvent présentés comme les « propriétaires » de la société, sont donc à l'origine du pouvoir et définissent l'intérêt social. En forçant le trait, l'associé le plus riche commande, la richesse légitimant l'individu. Nuancions le propos. Le pouvoir découle moins de la propriété que de la règle supplétive de la proportionnalité de l'attribution des droits selon la valeur de l'apport réalisé par l'associé (*C. civ., art. 1843-2*). Par ailleurs, s'il existe sociologiquement une confusion des statuts et des fonctions au sein des petites structures – l'associé majoritaire étant en même temps le dirigeant quasi inamovible de la société – conduisant à assimiler propriété et pouvoir, la réalité est différente au sein des structures importantes. Les associés ou actionnaires, s'ils se considèrent improprement « propriétaires de la société », n'exercent pas un pouvoir de direction mais choisissent un mandataire à cette fin. La propriété leur confère le droit de choisir la personne et l'équipe qui définiront concrètement l'intérêt social. La suspicion à l'égard des mécanismes susceptibles d'entraver les libertés de choisir et de révoquer le dirigeant se comprend qu'elle illustre la problématique des « parachutes dorés »²¹ : la révocation est la sanction ultime d'une divergence d'appréciation du contenu de l'intérêt social et l'expression du droit de choisir son dirigeant. Une métamorphose est cependant intervenue qui sape, dans une certaine mesure, le pouvoir légitimant de la propriété. La transformation s'est effectuée en deux temps. Le premier est la disparition de l'exigence d'un capital social minimum pour la constitution des sociétés à responsabilité limitée d'abord²², pour les sociétés par actions simplifiée ensuite²³. La réforme se veut libérale. Outre que l'exigence d'un capital social minimum constituait une entrave artificielle à la constitution des sociétés et donc à

l'initiative économique, sa suppression postule que le législateur n'a pas à décider du capital nécessaire à la création d'une société. Cette décision est un acte de gestion relevant du seul associé entrepreneur. L'évolution sape la propriété comme fondement du pouvoir : celui qui constitue une société avec un euro de capital est seul maître à bord de la société. Proposition juridiquement incontestable mais difficile à rattacher au pouvoir légitimant de la propriété. Le second temps de la métamorphose est intervenu avec l'avènement de la société par actions simplifiée qui permet de rompre la règle de l'attribution proportionnelle des droits de vote selon la valeur de l'apport (*C. com., art. L. 227-5*). Dissocier capital et pouvoir revient à nier le statut de la propriété comme source première du pouvoir au sein de la société. Autrement dit, ce ne sont plus nécessairement les « propriétaires » – les associés ayant apporté le plus – qui définissent l'intérêt social.

L'éviction de la propriété signe-t-elle un recul de l'éthique libérale au sein du droit des sociétés ? Non. Elle pourrait, tout d'abord, révéler le déclin du capital matériel dans le cadre d'une économie tertiaire davantage axée sur les services aux entreprises et aux personnes. Corrélativement, la suppression d'un capital social minimum illustrerait l'importance accrue du capital intellectuel, la prédominance de l'idée et de la créativité. En somme, l'éviction toute relative de la propriété est l'indice de la mutation profonde d'une économie, hier industrielle et gourmande en capitaux, aujourd'hui dématérialisée et davantage fondée sur les qualités personnelles des individus. Et l'on notera, pour conclure, que le législateur a sorti de sa torpeur l'apport en industrie, notion vieillie aujourd'hui symbole de cette mutation (*C. com., art. L. 227-1, al. 4*)²⁴. Là encore, le constat est à nuancer : l'importance du capital matériel ne diminue pas réellement, les sociétés ayant toujours besoin d'investisseurs. La mutation concerne, en revanche, un rééquilibrage de l'importance relative du capital matériel et du capital intellectuel. Il est aujourd'hui permis de donner la prééminence au second, nonobstant les fondements classiques du droit des sociétés. Tout simplement parce que la prime est donnée moins au propriétaire de l'entreprise qu'à l'initiateur et à l'animateur de l'entreprise.

Et l'on retrouve l'éthique libérale au cœur des sociétés : celui qui prend l'initiative bénéficie de la légitimité du pouvoir au sein de la société ; à lui de composer avec les différentes forces et influences pour façonner l'intérêt social.

3. Le troisième pilier : la responsabilité

Le troisième pilier de l'éthique libérale est la responsabilité. Or, du point de vue de l'associé, la question de sa responsabilité est presque un non-sens tant tout semble conspirer pour en diluer la portée²⁵. Et pourtant, cette responsabilité existe et l'on peut prétendre qu'elle tend à s'accroître.

De prime abord, il serait donc judicieux de parler de non-responsabilité de l'associé. Certes, dans de nombreuses formes sociales, les associés engagent de plein droit leur patrimoine

20. Dont résulterait une heureuse simplification du droit des sociétés.

21. J. El-Ahdab, *Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée* : *Rev. sociétés* 2004, p. 18. D'un côté, la revendication légitime de dirigeants soucieux d'atténuer les conséquences radicales d'un statut précaire ; de l'autre, la volonté des associés de conserver le pouvoir de les révoquer librement ; au final, la solution de la Cour de cassation, admettant la validité des indemnités de révocation à la condition qu'elles n'entraient pas la libre révocabilité des dirigeants, V. notamment, *Cass. com.*, 19 avr. 2005 : *BJS* 2005, p. 1233, note Th. Favario ; *Cass. com.*, 6 nov. 2012 : *D.* 2012, p. 2655, obs. A. Lienhard.

22. L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003 : *JO* 5 août 2003, p. 13449.

23. L. n° 2008-776, 4 août 2008 : *JO* 5 août 2008, p. 12471.

24. S. Schiller et P.-L. Perrin, *Les apports en industrie dans la SAS* : *Rev. sociétés* 2008, p. 812.

25. C. Campels, *Limiter sa responsabilité au travers de la création d'une société : réalité, rêve ou utopie ?* : *JCP N* 1995, p. 1387.

personnel (*C. com.*, art. L. 221-1) tandis que dans d'autres, ils se portent souvent garants de la bonne tenue de l'activité sociale. D'une manière générale, les associés sont des créanciers sociaux de dernier rang. En dehors de ces hypothèses, le sentiment demeure plutôt celui d'une dilution de la responsabilité de l'associé. Dilution à raison de la personnalité morale de la société, seule responsable à l'égard des tiers, civilement et pénalement (*C. pén.*, art. 121-2). Dilution, dans les grandes sociétés, à raison de la personne du dirigeant social qui concentre sur lui l'attention, les associés semblant ravalés au rang de spectateurs d'une vie sociale qui leur échappe. La conséquence est double. D'une part, dans ces sociétés, le dirigeant social, et non plus les associés, définit l'intérêt social. Le risque de discordance explique l'avènement de la doctrine de la *corporate governance* comme moyen d'encadrer l'activité du dirigeant²⁶. D'autre part, la passivité de l'associé exclut, paradoxalement, que l'on recherche sa responsabilité si la société traverse une zone de turbulences. N'est-il pas alors gênant de voir des associés revendiquer la propriété de la société, nommer ses dirigeants mais refuser d'endosser la responsabilité d'une mauvaise gestion comme s'ils ne pouvaient commettre ni *culpa in eligendo* ni faute de gestion ? Les dirigeants sociaux ont le monopole de ces errements, le droit des sociétés affirmant le dogme de l'inaffabilité des associés.

Cela ne signifie pas que l'associé bénéficie d'une complète immunité. Des constructions prétorienne fondées sur l'abus de droit sanctionnent certaines de ses fautes. Fautes à l'égard des dirigeants sociaux à l'occasion de la décision de révocation, qu'il s'agisse de la violation des droits de la défense²⁷, des circonstances ayant entouré la révocation²⁸ voire, tout simplement, de l'absence d'un juste motif²⁹. Faute envers les coassociés et la société elle-même en cas d'abus de majorité³⁰ ou de minorité³¹, tous deux ayant pour dénominateur commun une certaine conception de l'intérêt social³². L'énumération des fautes potentielles de l'associé n'est pas exhaustive et on y décèlera souvent, en filigrane, l'intérêt social. Qui ne voit,

cependant, combien cette responsabilité est réduite ? Celle-ci ne déborde pas le cadre de la société. Les associés rendent rarement compte de leur gestion et de leur stratégie aux autres parties prenantes à l'entreprise – à l'exception notable mais relative de la collectivité des salariés – comme si leurs actes étaient sans conséquence sur le tissu économique et social dans lequel la société se meut.

Et l'on voit poindre une question simple au fond : un associé peut-il commettre une faute de gestion et engager sa responsabilité à l'égard des tiers ? L'admettre postule qu'un associé réalise parfois des actes de gestion et n'est donc pas l'acteur passif de la société que l'on se plaît à décrire. De fait, voter une distribution de dividendes, nommer un dirigeant, le révoquer, donner *quitus* d'une gestion... ne sont-ce pas là des actes de gestion *lato sensu* ? L'admettre serait reconnaître que des tiers pourraient engager la responsabilité de l'associé à la condition d'identifier un fondement juridique en ce sens. Le domaine de prédilection d'une telle action serait celui du livre VI du Code de commerce. Las, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est expressément dédiée à la sanction de dirigeants sociaux de droit et de fait et épargne donc les associés (*C. com.*, art. L. 651-2)³³. Il reste le droit commun de l'article 1382 du Code civil. Rendre les associés responsables de leurs décisions en les sanctionnant sur ce fondement : est-ce réaliste ? Pas en l'état du droit positif quoiqu'un frémissement apparaisse au niveau des juges du fond³⁴ et que la Cour de cassation ne condamne pas l'emploi de l'article 1382 du Code civil dans ce cas³⁵. Est-ce surtout opportun ? Le risque de dérive existe, l'associé contrôlaire, cible d'actions judiciaires lui reprochant, pêle-mêle, le versement d'un dividende excessif, la nomination d'un dirigeant incompetent, la non révocation du même dirigeant... Et l'on constate le glissement de la sanction pour faute vers une condamnation fondée sur l'opportunité d'une décision, glissement fort discutable.

Conclusion

Le constat s'impose que l'éthique libérale, *via* ses trois piliers fondamentaux, a permis aux associés de se réapproprier l'intérêt social. Ceux-ci ont été les principaux bénéficiaires de ce vent de libéralisme. Un bénéfice sans contrepartie ? Le dernier pilier de l'éthique libérale, postulant une responsabilité accrue de l'associé, reste sans doute à parfaire. C'est peut-être le chantier de demain soit l'intérêt social comme fondement d'une responsabilité de l'associé à l'égard des parties prenantes à la société. Le débat est ancien mais le contexte actuel appelle à le renouveler. La personnalité morale joue, en effet, de moins en moins son rôle d'écran et les associés et actionnaires de référence de sociétés en difficulté sont désormais désignés dans les médias et sommés d'assumer leurs responsabilités. Soit. Mais lesquelles ?

26. A. Couret, *Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance* : D. 1995, chron. p. 163 ; N. Rontchevsky, *Le gouvernement d'entreprise à la française, brèves observations sur le volet société de la loi « NRE »* : D. 2001, p. 2578 ; J.-J. Caussain, *Petit glossaire de la Corporate governance* : Dr. sociétés 2004, étude 20.

27. P. Le Cannu, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants* : BJS 1996, p. 11.

28. Cass. com., 1^{er} févr. 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 53.

29. R. Baïllod, *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux* : RTD. com. 1983, p. 395.

30. Cass. com., 18 avr. 1961 : D. 1961, jurispr. p. 661, note A. Dalsace. – Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15.045 : JurisData n° 2008-044423 ; Dr. sociétés 2008, comm. 176, note R. Mortier ; JCP G 2008, II, 10169, note Ch. Lebel ; Bull. civ. 2008, IV, n° 125.

31. Cass. com., 9 mars 1993 : D. 1993, jurispr. p. 363, note Y. Guyon. – Cass. com., 5 mai 1998 : Rev. sociétés 1998, p. 344, note M. Boizard. – A. Constantin, *La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés*, MéL. Y. Guyon : Dalloz 2003, p. 213.

32. A.-L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Étude comparative des droits français et américain des sociétés* : Dalloz, Thèmes et commentaires, préf. J.-J. Daigre, 2009.

33. V. cependant, Cass. com., 25 oct. 2011 : BJS 2012, p. 243, note D. Poracchia.

34. Trib. com. Orléans, 1^{er} juin 2012 : BJE 2012, obs. R. Dammann et Boché-Robinet.

35. Cass. com., 19 févr. 2008 : BJS 2008, p. 504, note B. Saintourens.

Responsabilité

12

QUELLES RESPONSABILITÉS POUR LES DIRIGEANTS ET LES ASSOCIÉS ?

Article rédigé par :

Serge VICENTE,

maître de conférences à l'université Pierre Mendès
France (Grenoble 2)



La dernière décennie a permis une clarification des responsabilités existant au sein des sociétés commerciales. Si la responsabilité du dirigeant en dehors des actes de gestion semble bien être devenue une réalité, sa portée devrait pouvoir être enfermée dans de justes limites par le développement d'une responsabilité personnelle de l'associé du fait des décisions collectives.

Parmi les règles qui participent d'une bonne gouvernance des sociétés, la règle selon laquelle chacun doit assumer les conséquences de ses actes devrait logiquement trouver une place de choix. Force est pourtant de constater que cette règle peine aujourd'hui à s'appliquer dans le cadre du fonctionnement sociétaire.

La dernière décennie a permis indéniablement une clarification des responsabilités existant au sein des sociétés commerciales. La consécration jurisprudentielle d'une définition de la faute détachable du dirigeant¹, le constat de l'inapplicabilité de cette dernière dans les relations internes à la société², les balbutiements d'une responsabilité personnelle de l'associé³

sont autant d'éléments à relever. Même si elles soulèvent encore des interrogations⁴, ces évolutions ont contribué à clarifier les responsabilités de chacun. Pourtant, des difficultés demeurent et affleurent notamment dans l'articulation des responsabilités des différents organes sociaux que sont les dirigeants (gérant, directeur général), d'une part, et les organes collégiaux, d'autre part (assemblée générale, conseil d'administration). Posée en ces termes, la problématique ne manquera pas de surprendre. Plusieurs précisions s'imposent. Tout d'abord, il est évident que l'assemblée générale ne saurait engager sa responsabilité, étant dépourvue de personnalité morale. C'est de la responsabilité personnelle des associés participant à la décision collective qu'il s'agit même s'il faut bien admettre que ses illustrations restent rares en dehors du cadre assez restrictif de la théorie de l'abus de droit. Ensuite, l'éventualité d'une articulation entre ces responsabilités est *a priori* difficile à imaginer : comment admettre que la responsabilité du dirigeant puisse être combinée avec celle des associés du fait d'une décision collective, alors que le premier œuvre à la gestion de la société, sur laquelle les seconds n'interviennent

1. Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, *Seusse c/ Sati* ; *JurisData* n° 2003-019081 ; *JCP G* 2004, I, 101, § 37, obs. G. Viney ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, note J.-F. Barbière ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, note H. Le Nabasque ; *D.* 2003, p. 1502, obs. A. Lienhard et p. 2623, note B. Dondero ; *RTD com.* 2003, p. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *RTD civ.* 2003, p. 509, obs. P. Jourdain.

2. Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 ; *JurisData* n° 2010-001500 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, note M.-L. Coquelet.

3. Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16.197 ; *JurisData* n° 2001-008646 ; *Bull. civ.* 2001, IV, n° 60 ; *D.* 2001, p. 1175, obs. A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 101, note F.-X. Lucas ; *JCP E* 2001, p. 953, note A. Viandier ; *RTD com.* 2001, p. 443, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 78, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 2002, p. 818, B. Dondero.

4. *Quid* des effets pervers de l'ignorance de la faute détachable par les juridictions pénales ?

pas. Chacun intervenant dans un domaine de compétence distinct, ils devraient assumer des responsabilités différentes. Ce constat est d'autant plus évident que l'action des mandataires sociaux est nettement limitée par les pouvoirs expressément attribués par la loi aux autres organes sociaux et notamment aux assemblées d'associés ou actionnaires⁵.

Ce constat paraît néanmoins démenti par les faits. Quelques arrêts conduisent à s'interroger sur la possibilité pour des dirigeants sociaux de répondre des conséquences préjudiciables des décisions collectives prises en assemblée générale. Que la responsabilité du dirigeant concentre les attentions judiciaires en cas d'acte de gestion préjudiciable et qu'il doive assumer les conséquences des actes relevant de sa compétence exclusive ne surprend guère et sera hors de propos ici. En revanche, il est plus curieux de constater que la personne poursuivie en réparation, voire déclarée responsable, n'est pas celle dotée du pouvoir de décision. Cette situation révèle une forme de conflit entre la responsabilité de l'auteur de la délibération, qui devrait naturellement en assumer les conséquences, et la responsabilité de l'exécutant, ou du bénéficiaire de la délibération, qui les supporte effectivement. Ces conflits de responsabilités révèlent alors un conflit de compétences. À titre d'illustration, pourrait-on admettre qu'un dirigeant puisse être déclaré responsable d'une distribution exceptionnelle de dividendes, par prélèvement sur les réserves, décidée alors que la société traverse une période difficile et connaît une baisse d'activité importante ? Relevant de la compétence exclusive de l'assemblée, les conséquences préjudiciables d'une telle délibération doivent-elles être assumées par le dirigeant ? La jurisprudence semble encline à répondre par l'affirmative contribuant ainsi à alimenter une double idée reçue.

Tout d'abord, cette solution accreditte l'idée selon laquelle le dirigeant est responsable des décisions d'autrui. Cette argutie transpire d'ailleurs de la défense de certains dirigeants poursuivis du fait des décisions collectives préjudiciables⁶. Cette argumentation paraît sans doute simpliste dans la mesure où les dirigeants sont très souvent associés majoritaires, mais suffit-elle à écarter purement et simplement le constat initial ? Ensuite, elle condamne un peu plus la responsabilité personnelle des associés à ne rester qu'une vague réalité⁷ sans consistance pratique en dehors des espèces susceptibles de qualification pénale⁸ ou ressortissant au cadre restreint de la

théorie de l'abus de droit. L'analyse détaillée de plusieurs décisions conduit à nuancer quelque peu ce constat. En effet, si la responsabilité du dirigeant en dehors des actes de gestion semble bien être devenue une réalité (1), sa portée devrait pouvoir être enfermée dans de justes limites par le développement d'une responsabilité personnelle de l'associé du fait des décisions collectives (2).

1. La responsabilité du dirigeant en dehors des actions de gestion

Si le processus d'élaboration d'une délibération sociale révèle une participation convergente, voire causale, de différents acteurs, il n'en reste pas moins qu'ils disposent respectivement de compétences ou de pouvoirs propres. Pourtant, plusieurs arrêts déclarent responsable le dirigeant pour des décisions qui ne ressortissent pas à ses compétences propres mais à celles d'autres organes. Ces illustrations (A) jettent un certain trouble et trahissent un dévoiement des règles de responsabilités applicables au dirigeant. Les causes d'un tel constat s'ancrent dans les évolutions contemporaines du droit des sociétés et se révèlent assez discutables (B).

A. - Les illustrations

Plusieurs décisions démontrent que le dirigeant d'une société à responsabilité limitée, voire d'une société anonyme, assume parfois les conséquences préjudiciables de délibérations relevant des attributions exclusives d'autres organes sociaux, en l'occurrence collégiaux. Ce constat peut être dressé pour l'assemblée des associés mais aussi le conseil d'administration.

Tout d'abord, le dirigeant assume parfois la responsabilité de décisions émanant de la collectivité des associés. Il en va ainsi des rémunérations excessives octroyées au gérant de SARL. Même si les textes sont muets, la fixation de la rémunération du gérant relève de la compétence exclusive de l'assemblée des associés⁹. Pourtant, si l'adoption d'une rémunération devait se révéler excessive au regard des capacités financières de la société et préjudiciable pour elle, il est curieux de constater que la responsabilité dudit dirigeant est parfois recherchée. Dans un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux¹⁰, la gérance, alors exercée par une seule personne, s'était vue octroyer par l'assemblée, en début d'année, une rémunération de 61 000 F par mois. La même année, une autre assemblée avait désigné un co-gérant avec une rémunération mensuelle de 30 600 F. Les membres de l'assemblée avaient accepté tout à la fois cette nomination et la rémunération. Après la dernière assemblée, des dissensions vont rapidement survenir entre associés. Un de ceux, qui pourtant avait adopté les délibérations collectives, « n'a plus accepté les comptes de l'entreprise, en particulier, en ce qu'ils pouvaient avoir des conséquences

5. Il n'y a là que l'expression générale de règles formulées aux articles L. 223-18, L. 225-35, L. 225-51-1 et L. 225-64 du Code de commerce.

6. V. par exemple, *Cass. com.*, 2 oct. 2012, n° 11-18.460 : *JurisData* n° 2012-022254 ; *BJE* 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 39, note Th. Favario ; ou moins explicite, *Cass. com.*, 25 oct. 2011, n° 10-23.671, *Sté Sorim* : *JurisData* n° 2011-023497 ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 243, note D. Poracchia ; *BJE* mars 2012, p. 98, n° 54, note T. Favario.

7. Les ouvrages sont peu prolixes sur la question (hormis le cas de l'abus de majorité). Même si certains ouvrages consacrent quelques développements à la question, V. notamment A. Charvériat, A. Couret, B. Mercadal, *Sociétés commerciales* : Lefebvre, 2012, n° 818. – Pour une étude plus substantielle, V. M.-P. Lamour, *La responsabilité personnelle des associés* : D. 2003, p. 51.

8. Condamnation d'abus de biens sociaux pour un président de conseil d'administration, par ailleurs actionnaire majoritaire, qui a initié une opération de fusion-absorption contraire à l'intérêt social et avantageuse pour lui-même et d'autres de ses sociétés, *Cass. crim.*, 10 juill. 1995 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 1048, note A. Couret et P. Le Cannu.

9. Dans ce sens, *Memento Pratique F.Lefebvre, Sociétés Commerciales*, 2013, n° 31540. – Sauf clause contraire des statuts qui pourraient fixer eux-mêmes la rémunération. Mais cette clause est assez rare en pratique.

10. *CA Bordeaux*, 2^e ch., 23 avr. 2007 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 182, obs. J. Monnet.

sur la rémunération » du premier gérant. Il a contesté deux points : la répartition des rémunérations entre les deux gérants, notamment le fait de savoir si les rémunérations se cumulaient ou si la seconde s'imputait sur la première, d'une part ; et le caractère disproportionné de la rémunération du premier gérant au regard du travail réellement fourni dans sa mission de gérance, d'autre part. Dans un contexte de dégradation des résultats de la SARL, cet associé assigne en responsabilité le gérant en arguant d'une faute de gestion. Les juges bordelais retiennent la responsabilité de celui-ci en considérant que sa rémunération ne correspondant pas à la charge effective de travail réalisée au profit de l'entreprise, le gérant a commis une faute de gestion qui « a causé un préjudice à l'entreprise qui a servi une rémunération plus importante [au premier gérant] qu'au [second gérant], les rémunérations devant être identiques ainsi que cela résulte des assemblées générales de 1997 dont les résolutions ont été adoptées à l'unanimité ». Pour établir cette répartition, les juges estiment que « la situation de l'entreprise conduit à penser que la rémunération [du second gérant] devait s'imputer sur la rémunération globale votée pour la gérance quelques mois plus tôt ». Il ne s'agit pas ici de discuter le bien-fondé de la faute de gestion retenue en l'espèce, même s'il peut paraître surprenant de voir les magistrats apprécier la valeur des prestations fournies à la société et exiger du dirigeant qu'il apporte la preuve de la correspondance entre son activité et sa rémunération. Toutefois, il convient de relever que la rémunération en question avait été déterminée par l'assemblée générale, de surcroît à l'unanimité, et de manière quelque peu approximative, pour ne pas dire imprudente, notamment lors de la nomination du second gérant. Pourtant, le gérant fut condamné à assumer les conséquences préjudiciables des délibérations relatives à sa rémunération alors même qu'il était matériellement incompétent pour les adopter.

“ Plusieurs arrêts déclarent responsable le dirigeant pour des décisions qui ne ressortissent pas à ses compétences propres ”

Deux autres décisions des juges parisiens permettent d'étayer ce même constat pour des délibérations de nature différente. Dans l'une, un gérant de SARL avait proposé une augmentation de capital social par incorporation de réserves et avait anticipé sur des bénéfices escomptés. En effet, l'incorporation avait été décidée à hauteur de 450 000 F alors que les réserves s'élevaient à 407 000 F. Par la suite, les bénéfices n'ayant pas été réalisés, l'augmentation de capital n'avait finalement pu avoir lieu qu'à hauteur de 407 000 F. La société engagea une action en responsabilité contre ce gérant en arguant de la faute consistant à proposer une incorporation de bénéfices qui n'étaient pas encore acquis. Les juges parisiens

accueillirent sa demande et condamnèrent le gérant¹¹. Ici encore, alors que la décision relevait de la compétence exclusive de l'assemblée générale, et que le principe de l'augmentation de capital par incorporation de réserves avait été voté par elle, c'est la seule responsabilité du gérant qui fût recherchée. Dans l'autre, la cour d'appel de Paris condamne un gérant à réparer le préjudice subi par un associé du fait d'une non-distribution de dividendes pendant vingt ans¹². Cette décision surprend également dans la mesure où le dirigeant de SARL ne pouvait se voir reprocher que d'avoir proposé la mise en réserve des bénéfices de l'exercice. La décision avait été prise par l'assemblée d'approbation des comptes, exclusivement compétente en la matière. Commentant cette décision, le professeur Guyon soulignait le caractère surprenant de la condamnation ès-qualités du gérant « pour une décision relevant de la compétence d'un autre organe ». Un autre auteur a également souligné, à propos de cet arrêt, qu'il « révèle le peu d'importance aux yeux de la cour du vote par les associés de la décision critiquée. Même votée par l'assemblée cette décision est imputée au gérant »¹³.

Pour terminer, une dernière illustration retient l'attention. Elle déclare un dirigeant seul responsable des conséquences dommageables d'une succession de délibérations relevant, en réalité, de la compétence légale de deux organes collégiaux différents. Les faits étaient complexes mais participaient d'un montage assez fréquent de refinancement de la holding par la distribution des dividendes des filiales. M. X avait constitué, en octobre 2001, une société holding, SF, dont il était gérant afin d'acquérir les actifs mobiliers d'une deuxième société, MAM, elle-même propriétaire de 96 % du capital d'une troisième société, STIMA, qui détenait 96 % du capital d'une quatrième société, SORIM. Courant 2002, les conseils d'administration des sociétés MAM, STIMA et SORIM, présidés par M. X, décident de proposer aux actionnaires des trois sociétés contrôlées par la société holding SF de voter une distribution exceptionnelle de dividendes. Ces décisions sont adoptées en assemblées générales. À l'issue de l'exercice 2002, la société SF, dont M. X est dirigeant et actionnaire majoritaire, réduit son endettement bancaire de moitié mais, un an plus tard, les deux sociétés STIMA et SORIM sont mises en liquidation judiciaire. Leur liquidateur agit contre M. X en comblement du passif et sollicite contre lui le prononcé d'une mesure de faillite personnelle aux motifs que ces opérations de distributions de dividendes avaient contribué à réduire la trésorerie des sociétés, dans un contexte de baisse de leur activité, contribuant à l'insuffisance d'actif alors que M. X tirait un bénéfice réel de ces décisions au sein de la société holding. Les juges du fond firent droit à ces demandes et condamnèrent M. X à contribuer partiellement au passif des sociétés. La Cour de cassation rejette son pourvoi en considérant que « la distribution exceptionnelle de dividendes aux actionnaires, prélevés sur le poste

11. *CA Paris, 25^e ch. B, 20 févr. 1998 : RTD com. 1998, p. 368, obs. C. Champaud et D. Danet.*

12. *CA Paris, 3^e ch., 15 déc. 1995, Hayat c/ Khayat : Rev. sociétés 1996, p. 357, obs. Y. Guyon.*

13. *F.-X. Lucas, sous Cass. 3^e civ., 2 oct. 2001 : Bull. Joly Sociétés 2001, p. 265.*

« autres réserves » des sociétés SORIM et STIMA pour des montants respectifs de 852 000 et 657 657 €, privant ces sociétés d'une partie importante de leurs réserves tandis que leur passif n'était pas réglé, et ce, dans un contexte de baisse d'activité, a été voulu par M. X ; qu'il retient encore qu'en avril et mai 2002, les conseils d'administration de ces sociétés, qu'il présidait, ont décidé cette distribution exceptionnelle, décisions qui ont été entérinées par leurs assemblées générales ordinaires ; que par ces constatations et appréciations dont il ressort que ces décisions ayant contribué à l'insuffisance d'actif avaient été prises notamment par M. X en sa qualité de dirigeant des sociétés, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »¹⁴.

La motivation surprend. Tout d'abord, l'assemblée générale apparaît comme une simple « chambre de validation » des projets de délibérations qui lui sont soumis. Même si la détention de 96 % des titres par l'associé majoritaire relativise la portée réelle du pouvoir décisionnel des autres associés, il n'en reste pas moins que c'est l'assemblée qui adopte les délibérations et crée les dividendes lesquels, avant sa décision, n'existent pas. Elle a une compétence exclusive en matière d'approbation des comptes et d'affectation des résultats (*C. com.*, art. L. 232-12). Ensuite, souligner le fait que « les conseils d'administration ont décidé cette distribution exceptionnelle », décisions « entérinées par leurs assemblées générales ordinaires » est pour le moins paradoxale lorsqu'en définitive seul le dirigeant se retrouve responsable des délibérations ainsi adoptées ! Une nouvelle fois, le mandataire social est déclaré responsable pour une décision de distribution de dividendes qui constitue la manifestation topique du pouvoir exclusif des associés. La condamnation du président des conseils surprend d'autant plus qu'elle révèle la méconnaissance d'une autre compétence exclusive, si l'on prend en compte celle du conseil d'administration qui, en tant qu'organe collégial, seul convoque les assemblées générales et établit le rapport annuel de gestion¹⁵. En rappelant expressément dans leur motivation le rôle des conseils d'administration dans le processus dommageable, à savoir la convocation de l'assemblée au cours de laquelle la décision préjudiciable a été prise ; il est curieux de constater que le président ait été déclaré responsable.

L'ensemble des arrêts cités, voire d'autres¹⁶, converge vers un résultat déroutant puisqu'il accrédite l'idée selon laquelle le mandataire social répond des décisions d'autrui. L'argument ressort d'ailleurs de la défense de dirigeants poursuivis du fait de décisions collectives préjudiciables¹⁷. Ce raisonnement est

sans doute simpliste mais révélateur d'une certaine confusion dont il convient de rechercher les causes.

B. - Les causes

Les causes de la responsabilité du mandataire social du fait des décisions d'autrui sont doubles. Tout d'abord, cette surbrillance de la responsabilité du dirigeant s'explique par la force d'attraction des règles spéciales du droit des procédures collectives, et notamment le tropisme de la faute de gestion de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Ensuite, la lente (trop lente ?) maturation d'une véritable responsabilité personnelle des associés étouffe la prise en compte du rôle véritable de ces derniers en assemblée.

C'est le plus souvent lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la société que la question du caractère préjudiciable des décisions sociales se pose et, avec elle, celle de la détermination du débiteur de la réparation des préjudices sociaux. S'il ne reste aujourd'hui que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs de l'article L. 651-2 du Code de commerce, et si elle ne peut être exercée qu'en cas de liquidation judiciaire, il faut bien reconnaître qu'elle s'affirme, en raison de son efficacité, comme un instrument redoutable au service du liquidateur pour lui permettre le recouvrement de tout ou partie du passif. Dictée par la maxime *specialia generalibus derogant*, l'attrait et l'efficacité d'une telle action reposent néanmoins sur ces deux conditions principales.

Pour que l'action puisse être accueillie, le liquidateur doit, tout d'abord, prouver l'existence d'une faute de gestion ainsi que le lien de causalité entre celle-ci et l'insuffisance des actifs sociaux. Cette faute de l'article L. 651-2 est une pièce maîtresse de l'action et s'affirme comme une notion plastique, aux multiples facettes¹⁸ (faute d'action et faute d'abstention) et indépendante des notions du droit des sociétés, notamment de la faute détachable de l'exercice des fonctions¹⁹. Ces différentes caractéristiques expliquent sans doute le succès de l'action en insuffisance d'actif auprès des liquidateurs et la myriade d'illustrations qui alimente les revues spécialisées. Ensuite, l'action est ouverte contre « tous les dirigeants de droit ou de fait ». Là encore, la formule a été conçue de manière à embrasser le maximum de situation en poursuivant également ceux qui se sont immiscés dans la gestion sociale par l'exercice d'une activité positive et indépendante de direction²⁰. Elle souligne l'importance de la preuve d'un acte de direction dans la mise en œuvre de l'action. Elle oriente donc inexorablement les acteurs judiciaires vers le dirigeant. Ce tropisme conduit sans doute à masquer l'initiateur réel de la décision préjudiciable. Une rémunération excessive allouée par une assemblée générale, dans un contexte économique difficile, et effectivement perçue par un gérant, nous semble devoir être imputée autant à la légèreté ou l'impéritie des associés qu'au comportement fautif

14. *Cass. com.*, 25 oct. 2011, n° 10-23.671, *Sté Sorim*, préc.

15. Dans ce sens, *Memento Pratique F. Lefebvre, Sociétés Commerciales*, 2013, n° 40880.

16. Même si les éléments de l'arrêt semblent assez incomplets, cette décision condamne un président d'un conseil d'administration pour l'augmentation excessive de sa rémunération (+ 250 % la même année) alors que la rémunération relève de la compétence exclusive du conseil d'administration, *Cass. com.*, 4 janv. 2000, n° 96-22.091.

17. V. par exemple, *Cass. com.*, 2 oct. 2012, n° 11-18.460, préc. ; *Cass. com.*, 25 oct. 2011, n° 10-23671, préc., *Sté Sorim*.

18. Pour une présentation de cette faute de gestion au travers d'une définition unitaire et des manifestations jurisprudentielles plurielles, *Th. Favario, La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce : Rev. proc. coll. 2011, étude 15*.

19. *M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés : Lexisnexis*, 25^e éd., 2012, n° 318.

20. *Cass. com.*, 9 mai 1978 : D.1979, 419, note *M. Vasseur*.

d'un gérant peu sourcilieux de la situation financière de sa société. Mais la nécessaire démonstration d'une direction de fait ou de droit, condition de l'action, orientera inévitablement le choix procédural des liquidateurs sociaux en oubliant le rôle, pourtant décisif, des associés ayant voté à la délibération. Il est vrai que la responsabilité de ces derniers fait débat.

La lente et difficile maturation d'une responsabilité personnelle de l'associé explique sans doute cette application extensive de la responsabilité du mandataire social. À l'heure de rechercher les responsables des conséquences préjudiciables d'une délibération sociale, la victime se tournera plus naturellement vers celui qui incarne l'action sociale que vers les associés dont la responsabilité personnelle est niée, voire réduite à la seule théorie de l'abus de droit. Périlleux et donc dissuasif pour la victime, ce constat d'une conception restrictive de la responsabilité de l'associé découle de la théorie de la personnalité morale et de ses multiples ramifications. Trois arguments sont généralement avancés. Tout d'abord, la personne morale est généralement conçue comme instituant un écran interdisant aux tiers de prendre en considération les personnes qui œuvrent au sein de celle-ci. Seule la personne morale, personne de pur esprit²¹, s'affiche et s'affirme sur la scène juridique pour la défense de ses intérêts. Toutefois, l'action de ce *corpus mysticum* s'incarne dans celle de ses différents organes sociaux, notamment son dirigeant ou ses associés réunis en assemblées générales. Agissant dans l'intérêt de la société, les décisions qu'ils adoptent sont censées prises pour la société et engagent cette dernière. Il en va ainsi des décisions prises par l'assemblée ou le conseil d'administration qui expriment alors la volonté sociale. On retrouve là, sans doute, les bases de la théorie de l'organe qui a substitué, à une entité abstraite incapable de s'exprimer par elle-même, un corps constitué par une ou plusieurs personnes s'identifiant avec la société²². Ensuite, la règle de la limitation de la responsabilité au montant des apports, en matière de sociétés de capitaux, paraît entraver la possibilité pour un associé de supporter une responsabilité personnelle potentiellement supérieure au montant de son apport²³. Or, l'admission, voire la généralisation de la responsabilité personnelle de l'associé du fait de sa participation aux décisions collectives préjudiciables ne conduit-elle pas à remettre en cause cette limitation aux apports, principe essentiel d'un pan entier des sociétés commerciales ? Enfin, le droit de vote a souvent été conçu comme une liberté avec l'idée qu'au moment de son émission, il doit être parfaitement indemne de contrainte. Cette conception expliqua, un temps, l'interdiction des conventions de vote. Elle a également justifié l'interdiction d'engager la responsabilité personnelle des associés du fait du vote émis au cours d'une assemblée²⁴. Si l'on admet que la liberté de voter implique une absence de sanction pour l'opinion émise, l'admission d'une

responsabilité personnelle pourrait être un moyen d'entraver cet attribut politique essentiel de l'associé.

Les causes d'une telle responsabilité exorbitante du mandataire social déçoivent. Elles doivent être relativisées puisqu'elles n'expliquent pas, du moins pour les deux dernières, pourquoi le président du conseil d'administration est responsable du fait des décisions collectives de l'organe collégial. En effet, le conseil d'administration ne se composant plus aujourd'hui nécessairement d'actionnaires, la prise en compte de liberté de vote et leur limitation de responsabilité n'apportent rien. Surtout la responsabilité individuelle des administrateurs est clairement admise par l'article L. 225-251 du Code de commerce et la chambre commerciale, dans un arrêt important, accentue encore le trait en considérant que « commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision »²⁵. La responsabilité personnelle des administrateurs est donc parvenue à maturité. Tel n'est pas le cas des membres de l'autre organe collégial, l'assemblée générale. Pourtant, même pour ces derniers, les raisons avancées ne convainquent pas et se révèlent discutables comme nous allons le constater.

Au final, il n'en reste pas moins que l'existence de cette responsabilité du mandataire social du fait des décisions collectives d'autrui déroute tant elle jure avec des règles bien établies du droit des sociétés, notamment celle de la répartition légale des compétences exclusives des organes sociaux, et du droit de la responsabilité civile qui pose le devoir de répondre de ses fautes. Finalement, une application plus respectueuse des principes ne suppose-t-elle pas l'avènement d'une véritable responsabilité personnelle des associés du fait des décisions collectives ?

2. La responsabilité personnelle des associés du fait des décisions collectives

En bonne logique, les conséquences préjudiciables des décisions collectives doivent être assumées personnellement par leurs auteurs, à savoir les associés. Appelée de leurs vœux par certains²⁶, une telle règle répondrait à la finalité même de la responsabilité civile qui doit conduire une personne « à réparer un préjudice subi par une autre et dans la genèse duquel elle se trouve impliquée »²⁷. Aussi, parce que l'associé participe au processus décisionnel, en s'informant, en échangeant et en

21. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *préc.*, n° 171.

22. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. 1, n° 60 et 61.

23. Dans ce sens, P. Le Cannu et B. Dondero, *préc.*, n° 155.

24. Explications avancées par C. Champaud et D. Danet sous *Cass. com.*, 13 mars 2001, n° 98-16.197, *Mesny c/ Baungartner et a.* : *JurisData* n° 2001-008646 ; *RTD com.* 2001, p. 443.

25. *Cass. com.*, 30 mars 2010, n° 08-17.841, *Crédit Martiniquais* : *JurisData* n° 2010-002958 ; *JCP E* 2010, 1416, note A. Couret ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 117, note M. Roussille ; *D.* 2010, p. 960, obs. A. Lienhard et p. 1678, note B. Dondero ; *Rev. sociétés* 2010, p. 304, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 2010, 533, note R. Raffray.

26. P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, n° 155. – De manière encore plus nette, *Cass. com.*, 22 nov. 2005, n° 03-19.860 et n° 03-18.651 : *Rev. sociétés* 2006, p. 526, L. Godon, *spéc.*, n° 17.

27. N. Dejean de la Bâtie, in Aubry et Rau, *Droit civil français, Responsabilité délictuelle*, t. VI-2 : 8^e éd., 1989, n° 1.

votant positivement à l'adoption de la délibération, il est sain, pour le fonctionnement social, qu'il supporte les conséquences préjudiciables découlant des délibérations qu'il adopte.

Cette responsabilité est possible tant les arguments qui lui sont opposés restent discutables (A). Son développement est à l'œuvre aujourd'hui et transpire de plusieurs décisions fondées, plus ou moins clairement, sur l'article 1382 du Code civil (B).

A. - La possibilité d'une telle responsabilité

Les réticences à l'avènement d'une responsabilité personnelle des associés sont discutables. Tout d'abord, l'écran de la personnalité morale n'est plus un écran total et ne préserve plus irrémédiablement l'associé du rayonnement préjudiciable des décisions collectives qu'il contribue à adopter. La théorie de l'abus de droit permet de sanctionner certaines décisions des acteurs de l'assemblée. Sur le fondement de l'abus de majorité²⁸, les juges condamnent des associés majoritaires qui imposent aux minoritaires des décisions contraires à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les intérêts des majoritaires au détriment de ceux de la minorité. Même si elle recouvre plusieurs réalités (abus de minorité, voire d'égalité), la théorie de l'abus de droit marque ses limites dans le cadre sociétaire.

Primo, et parce qu'elle n'est que la transcription de la théorie civiliste de l'abus de droit, l'abus de majorité reste d'application exceptionnelle puisque l'usage d'un droit ou l'exercice d'un pouvoir ne constitue *a priori* pas une faute²⁹.

Secundo, ses conditions d'application sont restrictives et en limitent inévitablement la portée dans la mesure où toute décision collective préjudiciable ne favorise pas nécessairement les majoritaires au détriment des minoritaires, ou alors ne se révèle pas forcément contraires à l'intérêt social³⁰. La seule question qui se pose est donc celle de savoir si l'abus de droit doit rester la seule forme de responsabilité personnelle de l'associé ou s'il convient, par-delà cette forme originelle, de généraliser cette responsabilité ?

“ Les conséquences préjudiciables des décisions collectives doivent être assumées personnellement par leurs auteurs, à savoir les associés ”

Ensuite, l'atteinte portée à la règle de la limitation de la responsabilité aux apports ne conviendrait pas plus. Cette affirmation est d'ailleurs surprenante si on constate qu'historiquement cette règle visait à protéger l'investisseur devenant associé contre les aléas de la vie des affaires et aucunement

contre ses propres fautes. Par ailleurs, si l'on admet que la vocation des apports est de sceller l'adhésion au pacte social de l'apporteur mais également de traduire la mesure dans laquelle l'associé accepte de s'engager dans une aventure sociale par nature risquée car aléatoire ; ne peut-on pas considérer qu'en commettant une faute ou un acte contraire à l'intérêt social l'associé modifie l'aléa inhérent à l'activité sociale ? En conséquence, ne doit-il pas alors assumer la dette de réparation qui en découle, même au-delà des limites de son apport ? De plus, l'avènement et le développement de l'abus de majorité n'ont jamais été contraints par la règle de la limitation aux apports. On ne voit pas pourquoi il en irait différemment ici. Enfin, la contrainte que constituerait une telle responsabilité sur le droit de vote ne porte plus. L'évolution jurisprudentielle contemporaine admet l'encadrement de cette liberté de vote puisqu'elle valide, dans certaines conditions³¹, les conventions relatives à l'exercice du droit de vote. De la même manière, cette liberté, ou plutôt ce droit, de voter a progressivement été encadrée par la jurisprudence qui, tout en soulignant que chaque associé est libre de son vote, n'en condamne pas moins certains votes abusifs. La liberté ne consiste-t-elle pas à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui³² ? Pas plus la liberté de vote que les arguments précédents ne semblent donc en mesure d'entraver la responsabilité personnelle de l'associé. Le droit positif permet d'en apporter plusieurs illustrations qui soulèvent néanmoins quelques interrogations notamment quant au fondement.

B. - Le fondement de cette responsabilité

1147 ou 1382 ? De prime abord, la question devrait inévitablement se poser dans la mesure où les associés, parties au contrat de société, devraient être tenus, en cas de mauvaise exécution de leurs obligations, d'une responsabilité contractuelle. Néanmoins, on connaît le débat sempiternel opposant les tenants d'une lecture contractuelle aux disciples d'Hauriou qui voit dans la société une institution. Sans prétendre prendre part au débat dans le cadre limité de cette contribution, nombre d'illustrations jurisprudentielles admettant une responsabilité personnelle des associés reposent aujourd'hui sur l'article 1382 du Code civil et la responsabilité pour faute. Ce fondement ne surprend pas mais ne constitue pas pour autant un démenti pour la théorie contractuelle. Deux illustrations d'inégale valeur, mais fondées sur l'article 1382, seront ici évoquées. L'une, arrêt de principe, traduit le rayonnement d'une telle responsabilité dans les rapports internes à la société. L'autre, solution d'espèce, appliquée, dans les relations externes, ce texte à un associé dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

Dans les rapports internes, l'arrêt *Mesny* de la chambre commerciale du 13 mars 2001³³ apparaît comme une décision

28. Cass. com., 6 févr. 1957 : JCP 1957, II, 10325, note D. Bastion. – Cass. com., 18 avr. 1961 : JCP 1961, 12164, note D.B.

29. Dans ce sens, M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, préc., n° 402.

30. Dans ce sens, D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* : Joly éditions, 2004, n° 325.

31. Dès lors que l'associé n'est pas irrévocablement privé de son droit de vote, si l'intérêt social est sauf et si l'accord est exempt de toute idée de fraude, V. notamment Cass. com., 19 déc. 1983 : Rev. sociétés 1985, p. 105, note D. Schmidt ; Cass. com., 2 juill. 1985 : Bull. Joly 1986, p. 374, obs. W. Le Bras.

32. DDHC, art. 4.

33. Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16.197, préc.

fondatrice car elle consacre le principe d'une responsabilité personnelle des associés en dehors des abus du droit de vote. Elle pourrait renfermer les ferments d'une possible généralisation de cette responsabilité de l'associé du fait de sa participation aux décisions collectives. Les faits sont connus. Une gérante associée avait été révoquée par une décision d'assemblée générale. Arguant d'une révocation décidée dans le seul dessein de lui nuire, elle invoque la faute personnelle commise par ses deux coassociés et les assigne en réparation. Les juges du fond retiennent que, quelle que soit leur gravité, les reproches adressés aux défendeurs, concernaient des associés qui, usant de leur liberté de vote, avaient pris une décision d'associés engageant la société et étaient impropres à caractériser une faute personnelle des associés susceptible d'engager leur responsabilité à l'égard de leur coassociée. La Cour de cassation casse la décision, considérant « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la décision de révocation avait été prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés et alors qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (à savoir *C. civ., art. 1382*). Contrairement à une décision antérieure³⁴, cet arrêt donne un exemple positif de faute personnelle des associés, mais laisse en suspens la question de son critère, d'une part, et de son degré de gravité, d'autre part, la nature délictuelle découlant naturellement du *visa* de l'arrêt.

Pour caractériser la faute des associés, les Hauts magistrats commencent par constater l'irrégularité de la décision collective (prise au mépris des règles de tenue et de la convocation des assemblées) et ses finalités contestables (intention vexatoire et contraire à l'intérêt social) pour conclure qu'une telle délibération traduisait une volonté de nuire de la part de ses auteurs, et donc une faute. Le critère de la faute réside dans la volonté de nuire, les finalités de la décision n'apparaissant, en l'espèce, que comme des indices de cette intention de nuire. Le fait d'agir en contrariété avec l'objet social révèle la recherche d'un intérêt autre, ici clairement personnel (inimitié à l'égard du gérant), que conforte d'ailleurs l'objectif vexatoire de la décision adoptée. Comme le souligne le professeur Viandier, « il faut franchir un degré de plus pour passer de la faute de l'organe social à la faute de l'associé et ce degré est celui du but personnel ; l'associé détourne en quelque sorte les prérogatives qui lui sont reconnues par l'institution et les exploite à des fins personnelles dans la seule volonté de nuire au dirigeant révoqué »³⁵. Plus complexe est l'interprétation de la référence faite à l'irrégularité de la décision. Dans la motivation de la Cour de cassation, la double irrégularité de la décision participe, avec les motivations contestables, à caractériser la volonté de nuire des associés comme le démontre l'utilisation de la conjonction « et ». Comme le souligne un commentateur, les Hauts magistrats reprochent aux juges d'appel, alors pourtant qu'ils

avaient constaté la violation des règles de convocation et de tenue des assemblées, de n'avoir pas retenu la responsabilité des associés ayant convoqué irrégulièrement l'assemblée appelée à statuer sur la révocation³⁶. Effectivement, la lecture de l'arrêt attaqué confirme que la gérante associée avait été convoquée tardivement à l'assemblée devant statuer sur sa révocation, et qu'un associé avait convoqué lui-même l'assemblée, sans avoir sollicité la gérante à cette fin. La convocation de l'assemblée avait donc été réalisée en violation évidente de l'article L. 223-27 du Code de commerce qui réserve ce pouvoir au seul gérant³⁷. Même si cette irrégularité paraît motiver la cassation pour violation de l'article 1382, rien n'assure qu'elle soit un élément de définition de la faute personnelle. Tout au plus, apparaît-elle comme un autre comportement fautif susceptible d'être pris en compte dans l'appréciation de la responsabilité personnelle des associés, ce que les juges du fond avaient manifestement ignoré provoquant ainsi la censure de leur décision. À cet égard, l'arrêt de la chambre commerciale du 22 novembre 2005³⁸, examinant le pourvoi formé contre l'arrêt rendu sur renvoi après la cassation de 2001, souligne qu'il n'y avait pas de faute personnelle en l'absence d'intention de nuire au gérant et cela malgré l'existence d'irrégularités, démontrant l'incidence toute relative de ces dernières sur la caractérisation de la faute personnelle.

Reste néanmoins en suspens le degré de gravité de la faute personnelle de l'associé. D'emblée, l'exigence d'une faute détachable dans les relations internes est à exclure³⁹, même si la personne morale se retrouvait à agir contre les associés⁴⁰. En revanche, un autre arrêt, rendu également le 25 novembre 2005, apporte quelques précisions intéressantes. La chambre commerciale retient l'existence d'une faute personnelle à la charge d'un associé majoritaire qui avait procédé à la révocation de son coassocié des fonctions de gérant, sans lui fournir aucune explication et sans faire état d'aucun événement grave et imprévu justifiant l'urgence d'une telle décision. La révocation n'était d'ailleurs pas inscrite à l'ordre du jour de la réunion, avait été prise sans que l'intéressé puisse préparer ses observations et était manifestement inspirée par une animosité de l'associé majoritaire à l'égard de son unique associé⁴¹. De ces différents éléments, il ressort que la faute légère ne semble pas en mesure d'emporter une responsabilité personnelle. Certains auteurs estiment qu'avec cette décision la Cour de cassation n'entend pas sanctionner une « *culpa levis* mais qu'elle tend à limiter aux fautes graves et intentionnelles (notamment l'intention de nuire) la responsabilité individuelle des associés »⁴². Un autre auteur considère que « l'exi-

34. Cass. com., 1^{er} févr. 1994 : JCP E 1994, II, 363, n° 7, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. sociétés 1995, p. 281, note Chartier ; JCP 1995, II, n° 22432, note Gibirila ; Bull. Joly 1994, p. 413, note Baillo.

35. A. Viandier, sous Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16.197, Mesny, préc., § 10.

36. Sous Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16.197, préc., spéc. B. Dondero in Rev. sociétés 2002, préc., p. 818.

37. Ou commissaire aux comptes s'il en existe un.

38. Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-19.860.

39. Cass. com., 9 mars 2010, préc.

40. La responsabilité du dirigeant à l'égard de la société n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute détachable de ses fonctions, Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2007, n° 06-12.317 : JurisData n° 2007-038977 ; Dr. sociétés 2007, comm. 151, obs. R. Mortier.

41. Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-18.651, préc.

42. P. Le Cannu et B. Dondero, préc., n° 155.

gence d'une intention de nuire, de même que le *visa* de l'article 1382 du Code civil, signifient aussi très clairement que la notion de faute personnelle est à rattacher à la théorie générale de l'abus de droit⁴³. D'autres décisions sont toutefois moins exigeantes mais se révèlent toutefois trop ambiguës pour être dotées d'une portée incontestable. Ainsi, dans un arrêt du 3 octobre 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère, à propos de l'examen d'une question de procédure, que des actionnaires d'une société anonyme peuvent être déclarés personnellement responsables pour leurs votes en assemblée générale, en l'occurrence l'approbation de comptes sociaux manifestement inexacts. Même si la nature fautive du vote n'avait pas encore été jugée, l'éventualité d'une telle condamnation suffisait pour que les actionnaires ne soient pas mis hors de cause contrairement à ce qu'ils demandaient. Commentant l'arrêt, le professeur Le Cannu constate que « la possibilité de la responsabilité individuelle d'un actionnaire est reconnue en tant que principe »⁴⁴. La faute ainsi retenue semble néanmoins assez éloignée des illustrations habituelles de la théorie de l'abus de droit. Le débat reste ouvert.

“ L'effectivité des responsabilités de tous dans le respect des missions de chacun doit être une réalité ”

Quelle que soit la conception retenue, la faute personnelle de l'associé révèle un comportement que n'aurait pas l'associé normalement avisé agissant conformément à l'intérêt social. Même si cette notion reste débattue, oscillant entre l'intérêt commun des associés et l'intérêt de la personne morale, la faute personnelle révèle un comportement déloyal de l'associé à l'égard de ses coassociés, voire de la personne morale. On sait que cette obligation de loyauté pèse sur le dirigeant, en tant que mandataire social, dans la mesure où il doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de la société. S'il vient à les exercer dans un autre intérêt, le sien ou celui d'une société concurrente, il méconnaît cette obligation⁴⁵. Pourquoi ne pas admettre une telle obligation à la charge de l'associé, contractant de la société ? L'idée fait florès en doctrine⁴⁶, et même si elle n'a pas été consacrée explicitement par la jurisprudence, la faute personnelle de l'associé ne pourrait-elle pas en être une illustration ? En agissant dans son intérêt personnel et contrairement

à l'intérêt de la personne morale ne méconnaît-il pas son obligation de loyauté et ne doit-il pas être condamné à réparer les dommages résultant de ce comportement déloyal⁴⁷ ? Une telle obligation devrait alors logiquement se rattacher à la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil et justifier une responsabilité fondée sur l'article 1147 du même code. Elle pourrait, tout aussi bien, reposer sur l'article 1382 du Code civil si l'on veut bien admettre, avec un auteur⁴⁸, que le manquement à la bonne foi, et donc à l'exigence de loyauté, constitue un manquement à un devoir général de comportement générant une action en responsabilité délictuelle. La bonne foi serait, en effet, « une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel ». Cette analyse rejoindrait le fondement textuel utilisé dans l'arrêt *Mesny* et permettrait de sanctionner les comportements fautifs décrits précédemment. La rémunération excessive octroyée à un dirigeant dans une période difficile pour la société, une distribution exceptionnelle de dividendes dans une période de forte baisse d'activité, l'approbation de comptes inexacts en connaissance de cause sont autant de faits qui trahissent un comportement déloyal à l'égard des associés et de l'être moral. Cette analyse serait en outre cohérente avec le fondement textuel de la responsabilité personnelle des associés lorsqu'elle est mise en œuvre par des tiers extérieurs à la société.

En présence d'une société faisant l'objet d'une procédure collective, et notamment au stade de la liquidation, le débat est souvent orienté, ou biaisé, par l'objectif de désintéressement des créanciers de la procédure. Cet objectif économique conduit parfois à rechercher l'implication réelle des associés dans le processus de dégradation de la société et à les sanctionner grâce aux actions offertes par le livre VI du Code de commerce. Néanmoins, lorsque les conditions n'en sont pas réunies, d'autres voies semblent ouvertes comme le démontre un arrêt de la chambre commerciale du 2 octobre 2012⁴⁹. Le liquidateur d'une société de transports entendait engager la responsabilité de M. Y à raison de conventions conclues avec des sociétés dont il était, pour l'une associé unique, et, pour l'autre, associé majoritaire. Était en cause une convention de coopération. Cette dernière constituait manifestement un soutien abusif de la société finalement défaillante. Ayant échoué dans sa demande principale visant à qualifier l'associé de dirigeant de fait et à obtenir une condamnation en comblement de passif ; le liquidateur avait subsidiairement sollicité la condamnation de l'associé au titre de l'article 1382 du Code civil. Rendu après un premier arrêt de cassation, qui avait acté le principe de l'application de l'article 1382 du Code civil⁵⁰, la Cour de cassation devait examiner la démonstration de la faute de l'associé. Elle approuve ainsi les juges d'appel d'avoir relevé que le fait pour M. Y, associé, de consentir à des actes accomplis

43. Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-19.860 et 03-18.651, préc.

44. Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13.519 : RTD com. 2007, p. 179, P. Le Cannu.

45. Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, Vilgrain : JurisData n° 1996-003972 ; JCP G 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; JCP E 1996, II, 838, note D. Schmidt et N. Dion. — Plus récemment, là encore pour des opérations réalisées dans l'intérêt du dirigeant, Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 : JurisData n° 2012-030284.

46. Les professeurs P. Le Cannu et B. Dondero mentionnent parmi les devoirs généraux des associés une obligation de loyauté des associés tant dans les rapports internes à la société qu'à l'extérieur de celle-ci en citant l'obligation de non-concurrence (*Droit des sociétés*, op. cit., n° 155 I et s.). De même, le professeur P. Didier souligne que l'exercice du droit de vote doit être libre et loyal (*Droit commercial*, t. 2 : 3^e éd., p. 321).

47. Dans ce sens, L. Godon, sous Cass. com., 22 nov. 2005, préc., spéc., n° 17.

48. P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie* : LGDJ, 2000, spéc. n° 126, p. 116.

49. Cass. com., 2 oct. 2012, préc.

50. Cass. com., 19 févr. 2008, n° 06-20.444 : JurisData n° 2008-042881.

par des sociétés dont il avait le contrôle est susceptible d'engager sa responsabilité

Cette solution appelle deux remarques.

Primo, l'arrêt admet le principe d'une responsabilité de l'associé contrôlant une société pour les actes conclus par celle-ci et ayant conduit à l'aggravation du passif de sa cocontractante. Alors qu'il n'était pas dirigeant, l'associé est déclaré directement responsable en tant que tel du fait de la décision collective qu'il a prise sans que la personnalité morale ne fasse ici écran. Sans recourir à la théorie de l'abus, dans l'impossibilité de qualifier de dirigeant (de fait ou de droit) l'associé, la Cour de cassation fonde sa solution sur l'article 1382 du Code civil.

Secundo, il ne semble pas que la faute retenue, à savoir le soutien abusif accordé à la société liquidée, revête une particulière gravité ou ait exigé la démonstration d'une intention de nuire. Elle reste donc différente de la faute détachable telle que définie dans l'arrêt *Sati-Seusse*⁵¹.

Conclusion

En guise de conclusion, deux remarques sur la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des associés du fait des décisions collectives s'imposent. Tout d'abord, le développement d'une telle responsabilité ne doit pas conduire à l'affaiblissement corrélatif de celle du dirigeant. L'effectivité des responsabilités de tous dans le respect des missions de chacun doit être une réalité afin d'éviter d'asseoir l'idée, souvent présente au cours des débats judiciaires, d'un « dirigeant responsable du fait d'autrui ». Ce constat, notamment en présence des conflits de compétences, contribue à brouiller indéniablement les compétences de chacun au sein du fonctionnement social. Les décisions collectives contraaires à l'intérêt social qui créent un préjudice doivent être réparées par leurs auteurs, les associés. Nul besoin de poursuivre la responsabilité du dirigeant, fût-il, par ailleurs, associé majoritaire. Il pourrait assumer plus naturellement ses responsabilités en sa qualité d'associé. En revanche, si le dirigeant a été l'exécutant et/ou l'initiateur d'une décision contestable relevant de la compétence exclusive de l'assemblée, comme dans l'arrêt *Société Sorim*⁵² ; rien ne s'oppose à ce que dirigeant et associés soient déclarés responsables *in solidum*. Une répartition de la charge définitive de la dette pourra alors s'opérer selon la gravité des fautes respectives, ou le rôle causal de celles-ci. Enfin, on pourrait considérer, à l'instar d'une décision de la Cour de cassation, qu'aucune faute ne pourrait être reprochée au gérant qui n'a fait qu'exécuter les décisions de l'assemblée générale de la société⁵³.

Ensuite, nous avons fait état de l'arrêt *Crédit Martiniquais* qui admet, en présence d'un organe collégial, le conseil d'administration, la possibilité de rechercher la responsabilité individuelle des administrateurs avec la possibilité pour chacun d'eux d'écarter sa responsabilité en établissant qu'il s'est comporté en administrateur prudent est diligent, notamment en s'opposant à la décision prise par le conseil⁵⁴. Cette décision constate clairement que l'organe collégial ne suffit plus à masquer l'individu susceptible de devoir répondre de sa faute individuelle. Elle instaure une véritable présomption de faute de l'administrateur en cas de décision fautive de l'organe. L'assemblée générale présente certaines caractéristiques communes avec le conseil⁵⁵ et même si elle reste fondamentalement différente car n'étant pas un organe de gestion, son fonctionnement collégial rejoint par certains aspects celui du conseil. Le même raisonnement ne pourrait-il pas s'appliquer aux associés ayant participé à l'assemblée au cours de laquelle la décision litigieuse a été adoptée ? Chacun pourrait alors s'exonérer de sa responsabilité en démontrant avoir fait preuve de diligence ou de prudence. La difficulté probatoire du sens du vote de chacun ne manquera pas alors de se poser mais le procès-verbal de l'assemblée devrait permettre de recueillir clairement les oppositions de tel ou tel. Reste que la simple reprise d'une telle présomption de faute dans le cadre de l'assemblée alors qu'elle n'est pas un organe de gestion paraîtrait excessive ? Mais n'est-ce pas le prix à payer pour combattre les attitudes imprudentes, irréfléchies, voire « suivies » de certains membres de la collectivité ?

En définitive, le développement d'une responsabilité personnelle de l'associé, la possibilité de s'en exonérer, voire d'envisager un partage avec celle du dirigeant devrait conduire chacun à assumer réellement les conséquences préjudiciables de ses fautes. N'est-ce pas le signe d'une bonne gouvernance et d'un fonctionnement social plus juste ? Reste une interrogation pour parfaire ce constat : celle de l'avenir de la faute détachable du dirigeant. Car, enfin, comment une faute inconnue des textes, issue d'une théorie étrangère à la matière et source d'une véritable immunité pour le dirigeant du fait de ses actes de gestion peut-elle perdurer tant sa constitutionnalité est discutable au regard de la portée constitutionnelle attachée aujourd'hui à la règle selon laquelle tout fait de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer⁵⁶.

51. Cass. com., 20 mai 2003, préc.

52. Cass. com., 25 oct. 2011, *Sté Sorim*, préc.

53. Cass. 3^e civ., 2 oct. 2001, n° 1315, F-D, *Jacob c/ Mourrat* : BJS 1^{er} févr. 2002, n° 2, p. 265, note F.-X. Lucas.

54. Cass. com., 30 mars 2010, préc.

55. Organe collégial et dépourvu de personnalité juridique.

56. Constitutionnalisation qui découle de l'arrêt du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, V. *Cons. const.*, déc. n° 99-419 DC, 9 nov. 1999 : JCP 2000, I, 280, n° 1, obs. G. Viney ; V. déjà *Cons. const.*, 22 oct. 1982 : D. 1983, p. 189, note F. Luchaire.