

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)
Discipline ou spécialité : **Droit Privé et sciences criminelles**

Présentée et soutenue par **Pierre Francoual**
Le **Mardi 12 Décembre 2017**

L'ENTREPRISE SOCIALE **ESSAI DE RENOUVELLEMENT DES THEORIES DE L'ENTREPRISE A LA** **CROISEE DU DROIT DES GROUPEMENTS ET DU DROIT DU TRAVAIL**

JURY

Monsieur Gilles AUZERO
Professeur à l'Université de Bordeaux (Rapporteur).

Monsieur David HIEZ
Professeur à l'Université du Luxembourg (Rapporteur).

Madame Isabelle DESBARATS
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole.

Monsieur Charley HANNOUN
Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise.

Directrice de thèse :
Madame Lise CASAUX-LABRUNEE
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole.

École doctorale Droit et Science Politique (ED 479)
Unité de recherche : Institut de Droit Privé (IDP) EA 1920

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières du candidat. »*

Remerciements

Tout doctorant parvenant au terme de ses travaux espère, je l'imagine, faire la plus belle, la plus originale et la plus personnelle des pages de remerciements. David Foster Wallace a pourtant déjà tout dit : *“Everybody is identical in their secret unspoken belief that way deep down they are different from everyone else.”*

Je tenais tout d'abord à remercier Madame le Professeur Lise Casaux-Labrunée pour avoir rendu ces travaux possibles et pour m'avoir accordé la liberté intellectuelle que le sujet, me semble-t-il, exigeait.

Je dois aussi un chaleureux hommage à la #teamDTAP : je ne saurais définir quels sont nos liens, s'il faut parler de camaraderie ou d'amitié, et ce n'est pas bien important. Luc, Sarah, Greg, Marie, Marjorie, Adeline Geoffrey, Bertrand, et les plus jeunes : je ne suis pas le doctorant le plus présent de cette équipe, mais chaque passage aura été l'occasion de trouver auprès de vous du soutien, ou, quand il n'y en avait pas besoin, un temps de récréation si appréciable. Je pense également à Delphine Gardes et Carole Dupouey-Dehan, à leur attention et leurs conseils.

Sur un plan plus personnel, je tenais à remercier mes parents, pour leur soutien dans tous les sens du terme, notamment celui consistant à renoncer à tout retour sur investissement. Plus généralement, ma famille aura eu, je crois, la gentillesse de comprendre que je m'éloigne, tout en continuant à m'encourager.

Pour leur bienveillance et leur accueil, dans des lieux et des contextes très différents, je dois aussi avoir un mot de gratitude pour Marc, Corinne, Danièle et Hervé.

Parmi la cohorte d'ariégeois ou assimilés, de toulousains rencontrés, de discussions de cahiers et de moments partagés, qui justifieraient une thèse entière de remerciements, je pense spécialement à Sylvain, Benjamin, Myriam, Krystel, Manu, Amélie et Valérie. On ne se voit que trop peu, et surtout jamais assez. Vous me prouvez tous les jours, de manière parfois désordonnée, que tout est possible. N'hésitez pas à continuer, vous êtes flamboyants.

Enfin, et surtout,
Merci Clémentine. Pour tout.

Plan sommaire

Remerciements

Plan sommaire

Liste des abréviations

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Première partie. L'entreprise et ses fonctions : des équilibres à trouver

TITRE I : La prédominance de la fonction économique

CHAPITRE 1 : La liberté d'entreprendre, fondement de la fonction économique de l'entreprise

CHAPITRE 2 : Les limites sociales du principe de liberté d'entreprendre

TITRE II : L'émergence d'une fonction sociale

CHAPITRE 1 : L'ancrage de l'entreprise dans sa fonction sociale

CHAPITRE 2 : L'ancrage de l'entreprise dans son environnement

Deuxième partie. La dimension sociale de l'entreprise : une fonction à consolider

TITRE I : L'expression de la fonction sociale des entreprises

CHAPITRE 1 : Une fonction résultant des instruments de régulation de l'entreprise

CHAPITRE 2 : Une fonction dépendant de l'implication des salariés parties prenantes

TITRE II : Le développement d'entreprises à vocation sociale

CHAPITRE 1 : Les entreprises relevant de l'économie sociale

CHAPITRE 2 : Les entreprises engagées dans l'économie solidaire

CONCLUSION GÉNÉRALE

Bibliographie

1. Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires
2. Ouvrages spécialisés, monographies, mélanges, thèses, rapports
3. Articles
4. Notes et observations

Index

Table des matières

Liste des abréviations

§	Paragraphe
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
Al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
Art.	Article
BJS	<i>Bulletin Joly des sociétés</i>
BOI	Bulletin officiel des impôts
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. env.	Code l'environnement
C. G. I.	Code général des impôts
C. mut.	Code de la mutualité
C. pén.	Code pénal
C. rur.	Code rural
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
<i>Cah. dr. ent.</i>	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
<i>Cah. Lamy du CE</i>	<i>Cahiers Lamy du CE</i>
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Cf.</i>	<i>Confer, se reporter à</i>
<i>Chr.</i>	Chronique
CHSCT	Comité hygiène, sécurité et conditions de travail
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Contre
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>CSBP</i>	<i>Cahiers sociaux du barreau de Paris</i>
CSE	Conseil social et économique
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. actu.</i>	<i>Dalloz actualités</i>
D.	Décret
dir.	Ouvrage dirigé par
<i>D.O.</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Droit des sociétés</i>

<i>Dr. rur.</i>	<i>Droit rural</i>
éd. ESS	Edition Économie sociale et solidaire
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
Instr.	Instruction
<i>JCP E</i>	<i>La semaine juridique, édition entreprises et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique, édition générale</i>
<i>JCP S</i>	<i>La semaine juridique, édition sociale</i>
JO	Journal officiel des lois et décrets de la République Française
L.	Loi
<i>LBH éd. sociale</i>	<i>Lexbase Hebdomadaire édition sociale</i>
<i>Liais. soc.</i>	<i>Liaisons Sociales</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	Numéro
<i>Nouv. Cah. du Cons. const.</i>	<i>Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</i>
obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du travail
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
QVT	Qualité de vie au travail
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
<i>Recma</i>	<i>Revue internationale de l'économie sociale</i>
Règl.	Règlement
<i>Rev. dr. banc. fi.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>Rev. dr. fiscal</i>	<i>Revue de droit fiscal</i>
<i>Rev. fr. gestion</i>	<i>Revue française de gestion</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RJC</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy de droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy de droit civil</i>
<i>R.R.J.D.P.</i>	<i>Revue de la recherche juridique - Droit prospectif</i>

<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
s.	Suivant(e)s
Scic	Société coopérative d'intérêt collectif
Scop	Société coopérative et participative
Sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>SSL</i>	<i>Semaine sociale Lamy</i>
ss	Sous
suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
UE	Union européenne
v.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. L'entreprise en droit. Curieux projet que celui qui ouvre à nouveau une étude fondée sur cette expression qui n'a pas besoin d'un point d'interrogation pour être perçue comme une question. L'entreprise en droit est en effet un questionnement aussi perpétuel que la conscience de l'existence des entreprises dans la vie économique et sociale¹ de nos sociétés ; et si elle émerge à intervalles réguliers pour susciter débats et passions, c'est précisément parce qu'elle demeure, irrémédiablement, insaisissable². Aucune de ses caractérisations dans le champ du droit et de la doctrine ne parvient à faire consensus ; aucun texte juridique n'est porteur à son sujet d'une définition autre que sectorielle ; et plus aucun projet ne prétend au fond arrêter une réalité juridique de l'entreprise qui pourrait s'imposer à tous³, fixer un sujet ou un objet de droit, que nombre d'autres champs disciplinaires prétendent parfois appréhender comme une fausse évidence.

2. L'entreprise et ses évolutions. Pourquoi remettre l'ouvrage sur le métier ? L'absence de définition stable de l'entreprise dans le champ du droit semble s'être accompagnée d'une cristallisation des débats qui animent la question. Chacun ayant vu dans l'entreprise ce qu'il voulait y voir sur le fondement d'une matière juridique au croisement d'influences nombreuses et indémêlables, l'entreprise comme objet doctrinal s'est figée, quand bien même elle demeurerait (et demeure encore) le sujet d'une abondante littérature. Car en parallèle de ce phénomène de respiration doctrinale motivée par la lassitude de controverses trop de fois ravivées, les entreprises n'ont, de leur côté, cessé d'évoluer, répondant de dynamiques si diverses qu'il est possible d'affirmer que le paysage des entreprises s'est considérablement complexifié, ce qui n'a aucunement facilité leur appréhension au plan juridique. L'entreprise est alors passée du statut d'objet d'étude à une position de prescriptrice de tendances, au cœur des mouvements de globalisation, de financiarisation, favorisant l'émergence d'un droit des marchés, et s'impliquant activement dans la proclamation de leur propre responsabilité sociale. Les entreprises se trouvent dès lors au carrefour des enjeux contemporains, à l'heure

¹ Sur le mot « social » : G. Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Mélanges en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 345.

² Ch. Hannoun, « La réalité juridique de l'entreprise. Réflexions sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, 2009, n° 57, p. 184.

³ Certains en ont eu le projet : H. Hansmann, R. Kraakman, « The End of History for Corporate Law », *Georgetown Law Journal*, 2001, p. 439.

où précisément le droit se refuse à les définir, préférant n'en percevoir que des réalités alternatives indexées sur les matières à considérer.

3. L'entreprise : un enjeu. Apparaît ainsi un enjeu de taille face au sujet de l'entreprise en droit : ne pas simplement chercher à la comprendre comme l'on chercherait à comprendre un objet univoque doté d'une certaine fixité. Au contraire, saisir en dynamique le sujet : que sont les entreprises, ou du moins que semblent être les entreprises (I) ? Que deviennent-elles, ou pour le dire autrement, à quelles tendances profondes sont-elles soumises, au plan juridique comme dans leur dimension extra-juridique, laquelle influence considérablement leur évolution (II) ? Enfin, pour ne pas se contenter de cet état de fait qui apparaîtra comme nécessairement insatisfaisant, les premières pistes seront apportées pour décrire ce que pourraient devenir les entreprises, en replaçant le droit au centre de la construction de cette perspective nouvelle (III).

I. Ce que sont les entreprises

4. Que sont, ou peut-être même qui sont les entreprises ? La question peut sembler absurde mais un état des lieux s'impose à l'ouverture de ces travaux afin de tenter de mieux comprendre ce que leur objet d'étude principal a de spécifique. Afin, à ce stade, d'approcher de la manière la plus factuelle possible ce que serait l'entreprise, il sera recouru à la statistique nationale afin de dessiner un paysage un tant soit peu fidèle au réel, et qui permette de s'en faire une idée avant d'entrer dans leur détail (A). Ensuite, la même approche distanciée sera adoptée pour ouvrir le champ plus particulier de l'entreprise en droit, par la présentation indispensable mais succincte des théories qui ont animé la matière au cours des 60 dernières années (B).

A. L'image des entreprises en France : éléments de contexte

5. Panorama des entreprises françaises : diversité de tailles. Comment caractériser, décompter et représenter les entreprises, en se fixant pour point de départ de n'évoquer, temporairement, que les entreprises françaises ? Face à cette question qui plonge traditionnellement le juriste dans la perplexité et lui fait rencontrer des échanges doctrinaux marqués par le dissensus, la statistique nationale a été contrainte de trancher pour apporter une image un tant soit peu fidèle de l'état du tissu économique national. Le rattachement à une définition d'inspiration européenne⁴ et fixée par décret (« *la plus petite combinaison d'unités*

⁴ Règlement (CEE) n° 696 / 93 du Conseil du 15 mars 1993 relatif aux unités statistiques d'observation et

légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes »⁵) ne doit pas égarer : il y a là plus un choix pragmatique, quasiment par défaut, qu'un parti-pris notionnel. Quoi qu'il en soit, l'Insee peut sur ces bases apporter un semblant de détail de ce que sont les entreprises françaises. Le constat le plus évident à la lecture des chiffres révélés par les « Tableaux de l'économie française » pour l'année 2017⁶ réside dans l'immense diversité de ces entreprises : sur les 3,75 millions d'entreprises dénombrées dans le secteur marchand non agricole (il y aurait déjà beaucoup à dire sur cette restriction), 96 % sont en réalité des « *micro-entreprises* »⁷. De l'autre côté du spectre, 0,4 % à peine des entreprises françaises emploient plus de 100 salariés ; mais 274 « *grandes entreprises* »⁸ emploient à elles seules 29 % des salariés (soit 4,3 millions).

6. Diversité sectorielle. Cette diversité de taille, parfois commentée en des termes démographiques, se double d'une diversité au moins aussi vaste de champs d'intervention : les codes « *nomenclature d'activités française* »⁹ (ou « *NAF* ») déployés par l'Insee cachent derrière un premier niveau assez lisible en 21 sections, un enchevêtrement sophistiqué prenant la forme d'une arborescence qui à son quatrième niveau compte déjà pas moins de 615 « *classes* » dans lesquelles ranger les activités des entreprises françaises. L'unité n'est donc pas plus à trouver dans la taille des entreprises que dans leur champ d'intervention, aussi varié que peut l'être l'activité humaine.

7. Diversité financière. Outre le nombre de salariés et le secteur d'activité, les prismes comptable et financier permettent également de déceler à partir d'un socle commun une grande diversité des entreprises. Il n'y a là encore rien de commun entre la SARL ou SAS nouvellement créée avec un capital de départ d'un euro et les sociétés du CAC40 affichant des capitalisations boursières se chiffrant en dizaines de milliards d'euros. Les surfaces d'action économique, la capacité d'investissement, d'innovation, aussi bien que les potentiels de création d'emploi découlent largement de ces indicateurs, et varient tout aussi grandement. La

d'analyse du système productif dans la Communauté.

⁵ D. n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, art. 1.

⁶ Insee, *Tableaux de l'économie française, édition 2017*, coll. Insee références, 2017, p. 144 et s. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2587886/TEF17.pdf> [Consulté le 12 mai 2017.]

⁷ Au sens de l'Insee : employant moins de 10 salariés et réalisant un chiffre d'affaires de moins de 2 millions d'euros.

⁸ Au sens de l'Insee : employant plus de 5000 salariés ou réalisant un chiffre d'affaires de plus de 1,5 milliards d'euros.

⁹ Cf. <https://www.insee.fr/fr/information/2406147> [Dernière consultation le 12 mai 2017.]

multiplicité des entreprises dessinée par l'Insee oublie même celles évoluant dans le secteur non-marchand, l'émergence de l'entreprise associative¹⁰ étant un phénomène depuis longtemps constaté, mais difficile à dépeindre statistiquement.

8. Diversité des modèles juridiques. Si l'Insee ne s'intéresse pas dans ses « *Tableaux de l'économie française* » aux entreprises sous forme associative, il est déjà possible d'observer à la lecture de cette publication que les modèles comme les outils juridiques mobilisés par les entreprises françaises sont pluriels. La statistique nationale souligne ainsi le succès de la forme SAS, parvenue à égalité dans le nombre de créations avec les SARL (48 % chacune), et ne laissant aux autres formes qu'une place résiduelle¹¹. Mais un autre constat émerge, plus intéressant pour le juriste : l'importance de la division en personnes morales. Ainsi la statistique nationale met en évidence que si les plus petites entreprises représentent à peu de choses près un nombre égal à celui des personnes juridiques (les « unités légales ») qu'elles mobilisent, il en va différemment des grandes entreprises. Ces dernières, dont il a été relevé qu'elles n'étaient qu'au nombre de 274, constituent en réalité pas moins de 26008 unités légales (soit un ratio de plus de 94 unités légales par entreprise)¹². Ces chiffres s'expliquent par l'éparpillement toujours plus manifeste des groupes de sociétés en personnes juridiques sans pouvoir et parfois sans consistance, qui mobilisent une ingénierie juridique très développée dont les conséquences sont nombreuses à la fois pour les matières comptable et fiscale, ainsi que pour le droit de la responsabilité¹³. Ces instruments sociétaires, pourtant ouverts à tous, présentent un intérêt limité pour des entrepreneurs individuels qui font face à d'autres difficultés¹⁴, et le recours à ces techniques décroît de manière particulièrement nette quand diminue la taille de l'entreprise.

9. Contextualisation sociale : entreprises et emploi. Plus près du droit social, la situation des entreprises est dévoilée par un ensemble de constats statistiques à la fois divers et contradictoires avec la perception résultant des relais médiatiques généralistes ou spécialisés. Ainsi, alors que les « plans sociaux » font régulièrement la une de l'actualité¹⁵ et

¹⁰ E. Alfandari, « L'association, dérive d'une liberté », *JCP E*, 1986, suppl. n° 5.

¹¹ Insee, *Tableaux de l'économie française, édition 2017, op. cit.*, p. 145.

¹² *Ibid.*, p. 149.

¹³ B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *D.O.*, 2013, p. 151.

¹⁴ Le législateur a plutôt insisté les concernant sur la simplification de la gestion et l'allègement des contraintes, que sur une quelconque forme de sophistication. Cf. V. Legrand, « L'auto-entrepreneur à l'ère EIRL », *D. chr.*, 2010, p. 1898.

¹⁵ Les « plans sociaux » ont été remplacés depuis par les « plans de sauvegarde de l'emploi », sans empêcher que le premier groupe nominal perdure dans le langage courant. Sur ce changement de formulation : G. Couturier,

s'élèvent comme la représentation commune la plus évidente de la destruction d'emplois, les licenciements économiques représentent « seulement » 7,9 % des « *situations précédant l'entrée en au chômage des chômeurs en 2016* », soit moins que les ruptures conventionnelles (8,4 %) ¹⁶. Dans un contexte de faible croissance économique faisant peser des risques identifiés sur l'emploi, ce chiffre conduit à nuancer aussi bien les craintes d'un changement de régime juridique de la matière que la nécessité, présentée pourtant comme impérieuse, d'une telle réforme. De fait, la fin de l'emploi à durée limitée représentant 43,6 % des entrées au chômage (et même une majorité de 52,2 % de celles-ci une fois écartés les chômeurs n'ayant jamais travaillé ¹⁷), le juriste saisit par quelles voies les entreprises ajustent prioritairement leurs effectifs aux évolutions de la conjoncture.

10. Entreprises et rapports collectifs. La matière sociale emporte également souvent l'image d'une entreprise perçue comme espace conflictuel, ce qui ne saurait surprendre dans la mesure où le pouvoir de l'employeur se manifeste dans un rapport de subordination, et où l'essence collective du droit du travail suppose la divergence, voire l'affrontement entre intérêts. Les constats de la statistique nationale, sans nier ces oppositions, encouragent pourtant à retenir le « dialogue social » comme une possibilité largement répandue. Les données mesurées témoignent en effet « *d'un processus englobant conflits, négociations et accords dans des chronologies diverses* » ¹⁸, ensemble de situations dans lequel l'acteur syndical, pourtant figure de l'opposition résolue, est en première ligne. Or, 84,2 % des entreprises ayant un délégué syndical ont connu une négociation en 2014 ; et 78,8 % des entreprises ayant été le théâtre de négociations ont vu les négociateurs parvenir à un accord ¹⁹.

11. Le brouillard des relations sociales concrètes. La réunion de ces deux indicateurs, choisis parmi d'autres, impose une certaine modestie dans l'appréhension de ce que sont les entreprises. Les obsessions du juriste ne correspondent pas toujours aux réalités les plus prégnantes du terrain ; et les lectures inévitablement empreintes d'une part d'idéologie cachent parfois des expériences concrètes plus nuancées, et surtout plus complexes. Or, la

« Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. soc.*, 2002, p. 279. L'auteur note, en particulier : « *Le concept de plan social est, depuis toujours, un concept problématique. La difficulté vient d'abord de ce que le langage courant prête une signification très large à l'expression, qui est couramment utilisée comme un quasi-synonyme de l'expression licenciement collectif.* »

¹⁶ Insee, *Emploi, chômage, revenus du travail, édition 2017*, coll. Insee références, 2017, p. 97. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2891780/ecrt17.pdf> [Consulté le 7 sept. 2017.]

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 122.

¹⁹ *Ibid.*, p. 123.

caractérisation de l'entreprise en droit passe aussi par ce que le juriste perçoit comme ressortant de l'état du droit (qui peut être signifiant sans être omniprésent), et par une approche de l'entreprise fonction de préconisations qui ne peuvent exclure toute dimension politique. Naît ainsi une opposition naturelle entre la volonté d'unifier une notion, et une réalité qui complique considérablement l'émergence de cette unité dans le champ du droit. Si les entreprises sont à ce point diverses, et si leurs pratiques sont à ce point mouvantes, voire insaisissables, quel crédit accorder à des pensées qui prétendent figer le sujet ?

B. Approches doctrinales classiques

12. Il y a pourtant, à l'évidence, beaucoup à apprendre à la fois des théories juridiques de l'entreprise échafaudées sur une longue période, et plus encore de leurs évolutions, rencontres et interactions. Une division schématique (il ne peut en être autrement à ce stade) conduira à examiner rapidement les théories contractuelles (1), institutionnelle (2), et de manière plus originale une lecture marxiste de l'entreprise (3).

1. Théories contractuelles de l'entreprise

13. La théorie contractuelle, réunion de deux courants. Les pensées pouvant être rangées sous la bannière de la « théorie contractuelle » s'enracinent dans deux approches de l'entreprise issues d'horizons historiques différents, qui pourtant tendent à se rejoindre dans l'affirmation que le contrat entre associés est premier, et devance conceptuellement l'entreprise qui n'en est que le résultat second. La première source de cette idée peut être trouvée dans la représentation « civiliste » de la société, structurée précisément autour du contrat de société. Cette centralité de la société est proclamée avec un ferveur toute particulière par des théoriciens économiques anglo-saxons à partir des années 1970. Bien que la culture juridique qui les entoure soit différente, ils avancent au prétexte de l'efficacité économique des entreprises la théorie dite « de l'agence »²⁰. Elle servira de socle à une construction plus vaste qui peut se résumer par le concept de « *corporate governance* », qui a porté un dérivé de la théorie contractuelle classique jusqu'à une position hégémonique dans l'imaginaire économique mondial, à tel point que les traces de cette doctrine dans les sciences juridiques sont nombreuses.

14. Approche civiliste : le contrat de société comme acte fondateur. Le premier trait caractéristique de la société pouvant être souligné à la lecture du Code civil est sa nature

²⁰ Cf. *infra* § 17.

contractuelle. Elle est affirmée sans que le moindre doute soit possible dans la version de 1804, qui dispose : « *La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter.* » Cette conception originelle paraît principalement fondée, historiquement, sur le principe d'autonomie de la volonté cher aux rédacteurs du Code civil et à la pensée économique de son époque, qui fait émerger ce qui est habituellement résumé sous le vocable d' « *homo oeconomicus* »²¹, aux origines incertaines mais qui n'a cessé de gagner en influence. Du reste, il demeure indéniable que la constitution de la société obéit toujours aux conditions de validité des contrats (consentement, capacité et objet). Certains ont pu décrire le contrat qui met en œuvre la société comme l'expression de la volonté des parties de créer « *une situation juridique nouvelle* »²², s'accordant sur une partie des règles qui l'organisent (par des dispositions statutaires) tandis qu'un certain nombre de règles légales assure leur homogénéité, ainsi qu'une forme de continuité. D'autres ont avancé l'idée de « *contrat-organisation* »²³ : ils mettent en avant l'idée de mise en commun (qui ressort de la rédaction du Code civil) par laquelle les cocontractants ne se communiquent plus directement au plan patrimonial, mais s'avancent vers la société et placent en elle leurs intérêts qui dès lors doivent converger, le contrat régulant cette convergence. D'autres, enfin, ont imaginé la société comme un acte unilatéral²⁴, s'éloignant de l'ombre du contrat.

15. Une conception de l'entreprise. Quelle que soit la configuration retenue, la société en tant que personne morale est avant toute chose un instrument juridique au service des associés. Contrairement à l'ensemble des parties qui font état d'un lien de nature contractuelle avec la société, les associés peuvent mettre en avant que leur relation contractuelle à la société - et, sur un autre plan, entre eux - est constitutive de cette dernière, par l'intermédiaire de la notion d'*affectio societatis*²⁵. Il est dès lors important de remarquer que la personnalité

²¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2007, p. 177.

²² P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, p. 181.

²³ P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.

²⁴ Sur ce point : J.-P. Bertrel, « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD com.*, 1996, p. 603.

²⁵ N. Reboul, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés*, 2000, p. 425. La notion d'*affectio societatis* est l'objet de débats fleuves dans la doctrine en droit des sociétés. Des auteurs ont pu y entrevoir une forme d'énonciation du partage du risque (Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590), ou l'affirmation d'une vocation à participer à la gestion (Cass. com., 19 sept. 2006, n° 03-19.416 ; « Mésentente entre associés et dissolution anticipée de la société », *Dr. des sociétés*, mars 2007, n° 42, p. 15, note H. Lécuyer). La dissociation entre approche subjective (l'*affectio societatis* comme ressort psychologique de l'adhésion) et objective (comportements ou faits permettant d'apporter une preuve) semble dépassée par le pragmatisme prétorien. Cf. J.-F. Quievy, « La double physionomie de l'*affectio societatis* », *R.R.J.D.P.*, 2010, p.

morale, en constituant un écran juridique entre les associés et les autres catégories de cocontractants, permet la coordination d'un espace juridique qui a pu être décrit comme un « nœud de contrats »²⁶. D'un point de vue libéral et en mettant en avant l'autonomie de la volonté, est ainsi mise de côté toute la dimension du pouvoir, politique au sens premier du terme, qui anime le groupement : ce dernier, bien que servant d'outil aux associés l'ayant mis en œuvre, n'est qu'un atome juridique parmi d'autres que seul le contrat librement consenti relie aux autres personnes juridiques qui l'entourent. Toute sa spécificité réside dans sa position centrale, et dans la combinaison qu'il opère entre ces cocontractants. Mais ces derniers, dans une optique contractuelle individualiste, sont, ou devrait-on plutôt dire « ne sont que » des cocontractants. Le libéralisme juridique et économique qui sous-tend ce principe²⁷ trouve sa cohérence en donnant pour fondement aux engagements de chacun la maximisation des utilités individuelles. Si la société et ses atomes cocontractants sont conçus sur ce mode, l'émergence d'une réalité qui dépasserait leurs relations contractuelles est irrémédiablement compromise.

16. Un pouvoir de décision à vocation économique. La centralité de la société dans le modèle civiliste s'accompagne d'un environnement juridique accordant en principe le pouvoir aux détenteurs du capital en suivant un principe proportionnel. La prise en compte de la quantité de parts détenues implique en effet la prérogative financière de perception des bénéfices correspondants²⁸. Mais le Code de commerce dispose également dans les sociétés par actions que « *le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent* »²⁹ ; s'impose en ces termes une correspondance générale entre la quantité d'actions détenues, un investissement donc une prise de risque, et la légitimité à assurer un contrôle sur le devenir de la société. En quelque sorte, la dynamique entre le risque consenti et le caractère aléatoire du contrat conduit à confier le droit politique de participation décisionnelle à ceux qui ont pris le plus grand risque ; il leur revient de supporter l'aléa, à la fois au plan patrimonial et dans l'orientation stratégique de la société. Se trouvent alors fondues les deux facettes du droit de propriété sur

1369 ; J.-F. Barbière, « Retour sur l'*affectio societatis*, une intention mal aimée », in *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 285.

²⁶ Pour un regard critique, cf. W. W. Bratton, « The « Nexus of Contracts » Corporation : A critical Appraisal », *Cornell Law Review*, 1989, n° 74, p. 423 et s.

²⁷ Sur ce point, cf. S. Deakin, « Le modèle anglo-américain de l'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 180 et s.

²⁸ C. civ., art. 1844, al. 1.

²⁹ C. com, art. L. 225-122.

l'action : le droit politique extrapatrimonial est en effet conditionné, pour ce qui est du droit de vote, par l'aspect purement patrimonial, à savoir le nombre d'actions détenues. Ce principe appliqué aux sociétés par actions n'a pas d'équivalent dans la société de droit commun du Code civil. Celui-ci se contente de disposer que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* »³⁰, principe plus large qui ne précise pas la nature de la participation, qui peut prendre des formes autres que le seul vote³¹. Le principe « une part, une voix » s'est cependant largement répandu dans la pratique, au point en tous cas qu'il apparaisse naturel à nombre d'acteurs économiques³².

17. Renouveau de l'approche contractuelle par la *corporate governance*. Les tenants de la théorie de l'agence³³, au premier rang desquels Jensen et Meckling dans leur article séminal à ce sujet, ne font pas mystère de leur adhésion à la théorie de la firme développée par Coase plus de 40 ans avant auparavant³⁴, et aux propositions de Milton Friedman résumées dans un court mais célèbre article du *New York Times*³⁵. Ils en tirent pour principale conséquence que l'entreprise (« *firm* ») ne constitue pas une personne ou une réalité tangible, mais un simple nœud (« *nexus* ») de contrats, de relations entre individus. Ils en concluent qu'il n'y a pas lieu de questionner les objectifs de l'entreprise, pas plus qu'il n'y aurait lieu de questionner les objectifs du marché comme réalité différente des interactions qui s'y déploient³⁶. *De facto*, un tel modèle met au centre du jeu le détenteur des parts sociales, le plus souvent l'actionnaire dans la théorie de l'agence. En réduisant la société à un ensemble de contrats, il est logique de considérer que ceux qui exercent un droit de propriété ont une forme de primauté sur les décisions. De fait, si dans ce modèle la société (contrairement à l'entreprise dans son ensemble) dispose d'un objectif, il s'agit à l'évidence de produire des

³⁰ C. civ., art. 1844, al. 1.

³¹ En ce sens : P. Le Cannu, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 452 et s.

³² En ce sens : M. Germain, « Le droit de vote », *Dr. des sociétés*, juill. 2014, p. 6.

³³ M. Jensen, W. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economy*, 1976, p. 305.

³⁴ R. Coase, « The nature of the firm », *Economica*, nov. 1937, p. 386 et s.

³⁵ M. Friedman, « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

³⁶ M. Jensen, W. Meckling, *op. cit.*, p. 311 : « *we often make this error by thinking about organizations as if they were persons with motivations and intentions.* » ; sur le sujet : R. Guesnerie, « L'entreprise dans la théorie économique », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 25.

bénéfices. Coase, réactivé par l'école de Chicago, va cependant plus loin en partant de l'idée, discutable juridiquement, que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise³⁷.

18. Rôle du dirigeant et coût de l'agence. Appuyée sur l'observation empirique des modes de gouvernance des entreprises américaines, la théorie de l'agence pose à partir de ce postulat la question, simple en apparence, des relations entre actionnaires et dirigeants. De ce point de vue, les actionnaires propriétaires de l'entreprise délèguent une partie de la gestion de celle-ci aux dirigeants, dans une relation analysée comme une relation « d'agence » : le dirigeant se trouve être l'agent (« *agent* ») des actionnaires considérés eux comme le principal (« *principal* »). Juridiquement, cette relation pourrait se traduire par la notion de mandat : « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom* »³⁸. Sur ces bases conceptuelles, la théorie de l'agence déploie sa logique économique : le dirigeant dispose de la connaissance concrète du fonctionnement de l'entreprise, mais il n'en est pas lui-même actionnaire ; et les actionnaires, au contraire, l'ont désigné comme mandataire (leur « *agent* ») pour défendre leurs intérêts sans disposer d'une information aussi précise sur le fonctionnement de l'entreprise. La théorie de l'agence analyse un glissement de l'action du dirigeant : profitant d'une dissymétrie de l'information par rapport aux actionnaires, son action tend à se détacher de la défense de leurs intérêts, pour poursuivre des intérêts qui lui sont propres. Celui-ci ne manipulant pas son propre patrimoine, son action est vouée à se détacher de l'intérêt des propriétaires de l'entreprise ; et ces derniers ne disposent pas des moyens de contrôle suffisants pour s'assurer que leur intérêt prévale. De la divergence entre l'action du dirigeant et les intérêts qu'il est présumé servir résulte un coût, dit « coût de l'agence » (« *agency costs* »³⁹). La valeur créée au profit des actionnaires se trouve en effet amputée par le fait que l'action du dirigeant ne se fait pas à leur seul profit. Les illustrations les plus évidentes - au risque de la caricature - de cette théorie prennent par exemple forme lorsqu'un dirigeant accorde des avantages importants aux salariés pour s'assurer un climat social calme et favorable, au détriment des perspectives de gain des actionnaires.

19. Influence de la *corporate governance* en droit français. L'arrivée de fonds de pension, en particulier américains, en position d'investisseurs dans les plus grandes sociétés

³⁷ Pour une critique : J.-Ph. Robé, « Pour en finir avec Milton Friedman. Misère de la théorie de l'agence », in A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 11 et s.

³⁸ G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016, p. 638.

³⁹ M. Jensen, W. Meckling, *op. cit.*, p. 308.

françaises dès le début des années 1990 a produit une remise en question très sérieuse de l'ensemble du droit des sociétés. Un enchevêtrement de lois a semblé introduire sous diverses formes la logique de la *corporate governance* dans le droit français⁴⁰. Parmi celles-ci, il est possible de détacher la loi sur les nouvelles régulations économiques⁴¹ : un de ses objectifs consiste dans le fait d'assurer un ensemble de protections aux associés. Cette protection passe en tout premier lieu par un effort de transparence de la part des dirigeants vis-à-vis des associés⁴² : on y perçoit distinctement l'influence de la théorie de l'agence, la transparence étant évidemment un moyen de limiter la dissymétrie d'informations qui s'opère au détriment de l'associé. Si la pratique avait pris de l'avance, et la loi relayé une partie des évolutions préconisées par celle-ci, la période récente a donné lieu à l'apparition d'une formule mixte entre *hard law* et *soft law*, sous la forme du « Code AFEP-MEDEF »⁴³, pour se limiter au texte de référence des sociétés cotées. Au risque de difficultés d'articulation, la loi et ce code semblent relever de logiques différentes, et en réalité, de champs juridiques presque séparables⁴⁴ : d'une part, une loi assurant une protection ferme des actionnaires ; de l'autre, un Code « de bonnes pratiques » s'intéressant essentiellement au fonctionnement des conseils d'administration. Enfin, l'assimilation de l'intérêt social à l'intérêt financier des actionnaires par la *corporate governance* a donné lieu à l'exploration du champ de la gouvernance et de ses modalités, dans le sens d'un alignement de l'intérêt des dirigeants sur celui des associés ou actionnaires. En sont résulté les administrateurs indépendants destinés à professionnaliser la gestion des sociétés en particulier cotées, sous la pression le plus souvent d'investisseurs étrangers⁴⁵ ; et surtout des modes de rétribution des dirigeants directement indexés sur le sort de la société puisque consistant en des opérations sur son capital social, ou, dans la période plus récente et de manière plus originale encore, sur le capital d'autres sociétés du même groupe. Les deux principaux exemples sont l'option de souscription et d'achat d'actions (dite aussi *stock options*) et l'attribution gratuite d'actions. Cet ensemble de mécanismes juridiques traduit avec force une logique plus profonde : la promotion de la *shareholder value*, ou valeur

⁴⁰ Pour un aperçu de cette première vague : G. Goffaux-Callebaut, « La définition de l'intérêt social », *RTD com.*, 2004, p. 35.

⁴¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁴² Plus généralement : J. Mestre, « Gestion, informations et responsabilité des dirigeants », R. Guesnerie, « L'entreprise dans la théorie économique », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 209.

⁴³ Pour un dernier état de ce code : B. François, « Révision du code AFEP-MEDEF », *Rev. sociétés*, 2017, p. 57 ; pour une perspective comparatiste : B. Lecourt, « Les codes de gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne », *Rev. sociétés*, 2016, p. 695.

⁴⁴ V. Magnier, Y. Placot, « Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après... », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 497.

⁴⁵ Sur ce point : J. Paillusseau, « La *corporate governance*. À propos du rapport Bouton », *D.*, 2002, p. 2722.

actionnariale, comme seul instrument de mesure de la production de valeur et de richesse par l'entreprise. En boucle avec l'idée que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise et que les dirigeants ne sont que leurs mandataires, ces modes de rémunération assis sur la valeur des actions de la société encouragent les dirigeants à faire le choix de la maximisation de cette valeur. La conception de l'entreprise qui en découle est empreinte de logiques patrimoniales autant que contractuelles⁴⁶.

20. Théorie contractuelle et réification de l'entreprise. Outre que la théorie contractuelle dans sa version « théorie de l'agence » est défendue en particulier par Milton Friedman, des éléments factuels forts imposent de noter qu'elle se rattache de manière plus globale à des idées qui peuvent être décrites comme libérales. Deux aspects sont à privilégier pour bien saisir cette tendance. D'abord, une forme de réification de la société s'opère, en ce sens que l'entreprise est vue comme la propriété des actionnaires. Toute la théorie des personnes morales s'appuie pourtant sur un constat inverse : l'existence d'un patrimoine propre à la personne morale, et différent de ceux de ses instigateurs, membres ou associés. C'est justement l'existence de ce patrimoine qui permet à la société de capitaux d'engager sa responsabilité, de contractualiser ou de disposer des biens nécessaires à son activité ; tout en faisant écran pour que les actionnaires n'aient qu'une « responsabilité limitée » à hauteur de la valeur de leur action. Du reste, les approches historiques de l'idée de société démontrent bien à quel point leur basculement dans une certaine modernité s'est fait précisément par la sortie de l'indivision et par l'entrée dans la commandite, cette dernière disposant d'un patrimoine social propre⁴⁷. Considérer que cette personne morale n'est qu'une fiction facile à écarter revient à mettre les actionnaires au centre du jeu, et l'intérêt de ceux-ci se trouve alors légitimement en position d'objectif unique.

21. L'ajustement contractuel généralisé. Le second aspect à considérer tient dans l'ajustement contractuel comme fondement de l'ordre social. De manière classique, il s'agit de considérer les individus comme des « *homo oeconomicus* » recherchant leur utilité individuelle. Le fondement de la participation des individus dans la société est donc cette maximisation, le contrat étant le moyen d'y parvenir⁴⁸, ce qui vaut à un autre degré pour tous les cocontractants, et spécialement pour les salariés. D'où l'incapacité de ce courant de pensée

⁴⁶ Pour une critique : Ch. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22.

⁴⁷ M. Germain, V. Magnier *Traité de droit des affaires. Tome 2. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2011, p. 11 ; F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 596 et s.

⁴⁸ J.-Ph. Robé, « Pour en finir avec Milton Friedman. Misère de la théorie de l'agence », *op. cit.*, p. 25 et s.

à saisir pleinement que se nouent dans l'entreprise plus que des relations contractuelles : en particulier, l'émergence d'un collectif ou d'un pouvoir demeurent dans l'angle mort d'un courant théorique pourtant prompt à relever les asymétries informationnelles. L'inscription de l'entreprise dans le champ social se trouve inmanquablement limitée, hors la perception du lien aux logiques de marché. C'est en contrepoint de cette lecture de l'entreprise que s'élève la théorie institutionnelle, qui prétend dessiner un devenir communautaire de l'entreprise.

2. *Théorie institutionnelle de l'entreprise*

22. Présentation du courant doctrinal de la théorie institutionnelle. Prépondérante au cours du XX^{ème} siècle et souvent présentée en contradiction à la théorie contractuelle⁴⁹, la théorie institutionnelle de l'entreprise prétend éclairer la nature de l'entreprise en affirmant qu'elle se distingue de la société pour accéder à une existence juridique propre. Désignée par Michel Despax comme « sujet de droit naissant »⁵⁰, la notion d'entreprise connaît pourtant une gestation anormalement longue⁵¹. Son influence, puissante dès l'origine en droit du travail, est moins perceptible dans les autres branches du droit, malgré le renouvellement porté par l'école dite « de Rennes »⁵². Du point de vue de ce courant doctrinal, l'entreprise est assimilable à une institution, dans le sens développé au départ par la doctrine publiciste, en particulier sous la plume de Maurice Hauriou. De manière générale, celle-ci peut être appréhendée comme une organisation sociale instituée en vue d'atteindre des objectifs relevant d'un intérêt collectif.

23. Contexte d'une pensée. La théorie de l'institution développée en France doit beaucoup à l'œuvre de Maurice Hauriou. Si la plus profonde de ses démonstrations sur le sujet date de 1925⁵³, elle est l'aboutissement d'une pensée mûrie depuis le tout début des années 1900, qui s'articule à l'origine essentiellement autour de la question de l'État⁵⁴. Selon lui, « *une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure*

⁴⁹ Cf. par exemple la construction de la rubrique « contrat de société » du Répertoire Dalloz de droit des sociétés par Th. Massart.

⁵⁰ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p. 414.

⁵¹ M. Despax, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Mélanges en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 178 ; l'auteur compare cette gestation à celle des éléphants.

⁵² En particulier : C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962 ; J. Paillusseau, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

⁵³ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 23, 1925, p. 89.

⁵⁴ E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30/31, 1995, p. 390.

des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »⁵⁵. L'institution connaît donc trois éléments constitutifs⁵⁶ : l'œuvre qui réside à la fois dans une idée objective du but à poursuivre et dans les modalités de poursuite de cet objectif ; le pouvoir organisé mis au service de l'œuvre et chargé d'exprimer l'idée de l'œuvre partagée par les membres de l'institution ; et un processus de communion englobant l'ensemble des personnes instituées (au sens où elles participent à l'institution) et dont la manifestation revêt une forte dimension symbolique⁵⁷. Dénoncé pour son idéalisme, ce dernier critère a été développé par Hauriou dans le sens de l'inscription dans la durée⁵⁸.

24. Basculement en droit du travail. Si la théorie institutionnelle doit beaucoup aux écrits de Maurice Hauriou (auxquels il convient d'ajouter ceux de Santi Romano), la transposition de ces propositions revient conjointement à deux textes fondateurs : le rapport de Paul Durand dans le cadre de l'association Henri Capitant en 1947⁵⁹ ; et la thèse de Michel Despax publiée en 1957⁶⁰. Ces deux pensées aux fondations communes s'inspirent également de manière diffuse de propositions doctrinales nées en Allemagne autour de la notion de communauté de travail⁶¹. Ces précurseurs ont pour particularité de concevoir l'entreprise depuis le droit du travail plutôt que depuis le droit des sociétés ; ce point de départ influence inévitablement leurs propositions. Durand engage le premier une réflexion en vue de dégager une approche de l'entreprise comme organisation sociale dont les ressorts doivent être dévoilés. Son intuition première bat en brèche les doctrines libérale et Marxiste : dans l'entreprise qui forme une communauté, rien ne justifie qu'un droit de propriété sur les choses explique un droit de commandement sur les personnes⁶². Dans le cadre de la théorie de

⁵⁵ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁶ E. Millard, *op. cit.*, p. 392 et s.

⁵⁷ La reprise (moyennant une lecture sélective) d'une partie de la théorie de l'institution par Carl Schmitt ainsi que d'autres théoriciens fascistes invite à un regard distancié. Cf. O. Jouanjan, « Sur une réception allemande de la pensée de Maurice Hauriou : Carl Schmitt et la théorie de l'institution », in Ch. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 181. Pour une critique plus marquée, cf. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017, § 647. Pour une approche de la question par le prisme de la biographie de Paul Durand, cf. F. Géa, « À propos de Paul Durand... », *Dr. soc.*, 2015, p. 508.

⁵⁸ E. Millard, *op. cit.*, p. 389.

⁵⁹ P. Durand, « La notion juridique de l'entreprise. Rapport devant l'association Henri Capitant pour la culture juridique française », in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. III 1947*, Dalloz, 1948, p. 45.

⁶⁰ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, *op. cit.*

⁶¹ Cf. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^{ème} éd., 2007, p. 17.

⁶² P. Durand, *op. cit.*, p. 48.

l'institution, le pouvoir est saisi et situé : au lieu de ne représenter que ses propres intérêts, il se doit de défendre ceux de la communauté (l'entreprise) qu'il commande. Les caractères de l'institution dégagés par Hauriou peuvent être relevés : l'idée d'œuvre s'affirme sous la forme de l'intérêt social et même de l'intérêt commun ; le pouvoir de gouvernement organisé relève des organes de gouvernement de la société, mais ils sont mis au service de l'œuvre plutôt que légitimés par la théorie du mandat ; d'une certaine manière, la communion s'exprime par le respect des règles de fonctionnement aux différents niveaux : minoritaires reconnaissant la majorité en assemblée générale ; ou salariés se voyant appliquer le règlement intérieur. Pour compléter, la condition d'inscription dans la durée peut prendre des formes variables mais doit correspondre à un projet d'entreprise et d'activité économique éloigné d'expressions trop ponctuelles.

25. L'enjeu de la personnalité morale. La formule est connue des juristes s'intéressant au droit de l'entreprise : celle-ci serait, selon Michel Despax, un « *sujet de droit naissant* »⁶³. La dissociation entre l'entreprise et l'entrepreneur décrite par Despax⁶⁴ impose la problématique dans le champ de notre étude. Mais c'est surtout l'arrêt du 28 janvier 1954 de la chambre civile de la Cour de cassation⁶⁵ qui renforce sa conviction : il attribue la personnalité morale à un comité d'établissement malgré le silence des textes, aux motifs que la personnalité civile « *appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés.* » Définie comme « principe de réalité », cette approche de la personnalité morale considère que son attribution dépend des conditions de fait dans lesquelles évolue le groupement considéré, et non d'une attribution par affirmation du législateur. Le mode d'organisation spécifique aux entreprises, dans lequel s'intègrent les intervenants humains autour d'un principe hiérarchique, suffit selon Despax à éclairer l'idée d'une expression collective⁶⁶. Quant à la défense d'un intérêt licite, elle suppose que l'entreprise dispose d'un intérêt propre distinct des intérêts de ses membres. Or, c'est précisément le postulat de la théorie de l'institution que de proclamer un intérêt distinct et

⁶³ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, op. cit., p. 377.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 195.

⁶⁵ Cass. civ., 28 janv. 1954 ; *D.*, 1954, p. 217, note G. Levasseur.

⁶⁶ M. Despax, op. cit., p. 385.

collectif, et d'affirmer la nature communautaire du groupement : l'intérêt social propre à l'organisation sociale constituée par l'entreprise et ses membres⁶⁷.

26. Une gestation interrompue. Reprenant ses propres écrits, Michel Despax tente de retrouver la trace de ses propositions dans une publication en forme d'état des lieux, en 1992⁶⁸, sans renoncer à une approche qu'il continue de porter. Plus qu'une explication du coup d'arrêt qu'a pu subir l'idée d'une entreprise autonome juridiquement, Despax livre un exposé optimiste des effets de la notion. Deux indices⁶⁹ sont particulièrement éclairants : tout d'abord il fait référence à l'article L. 122-12 du Code du travail (devenu depuis L. 1224-1) prévoyant le transfert des contrats de travail en cas de changement dans la personne juridique de l'employeur, mais également les compléments apportés à ce texte (par l'article L. 122-12-1 ancien, notamment⁷⁰) qui organisent selon lui un véritable « *ensemble contractuel* ». La remise en cause de l'effet relatif des conventions reste un argument central de la théorie de l'institution. Le second argument tient dans le fort recul du principe de l'unité du patrimoine engagé par la loi du 11 juillet 1985⁷¹ qui crée l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Le fait que la société puisse à partir de ce moment être « *instituée* », y compris « *par l'acte de volonté d'une seule personne* » opère un renversement qui n'est pas que sémantique. La perception de l'entreprise et la possibilité de son autonomie s'imposent pleinement. Il est notable qu'en parallèle, l'assurance des tenants de la théorie institutionnelle au plan doctrinal s'affirme⁷² ; les écrits de Jean Paillusseau servent de nouvelle référence s'agissant de théoriser une version moderne de l'entreprise comme institution, par-delà de la problématique de la personnalité morale⁷³.

27. La recherche de l'œuvre commune et de l'intérêt commun. La théorie institutionnelle dans sa version développée par Paul Durand fait de l'intérêt de l'entreprise une notion fondamentale mais complexe, correspondant à l'œuvre commune évoquée par

⁶⁷ *Ibid.*, p. 383 et s.

⁶⁸ M. Despax, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Mélanges en l'honneur de Jean Savatier, op. cit.*, p. 177.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 186.

⁷⁰ Selon les dispositions en vigueur à l'époque : « Le premier employeur est tenu de rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur en application de l'alinéa précédent, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux. » (C. trav., art. L. 122-12-1, al. 2, ancien).

⁷¹ Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

⁷² Cf. C. Champaud, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 117.

⁷³ Cf. J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D. chr.*, 2003, p. 260 ; « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D. chr.*, 1997, p. 97 ; « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705.

Hauriou. Il convient de remarquer que cet intérêt est évoqué en des termes divers et voisins par Durand lui-même : se succèdent les expressions « *fin économique* »⁷⁴, « *fin* »⁷⁵, « *intérêt de l'entreprise* »⁷⁶ ou encore « *fin commune* »⁷⁷. Puis Durand se montre plus précis. Il tente d'explicitier ce que recouvre cette « fin », quand il la range parmi les éléments constitutifs de l'entreprise : « *un but économique : la recherche du profit dans une activité déterminée* »⁷⁸. Puis Durand se montre plus original quand il évoque l'entreprise « *destinée à l'épanouissement des personnalités individuelles, et au bien commun de tout le groupe social* ».

28. Les porteurs de l'intérêt commun. Mais qui sont alors les participants de ce groupe social ? Pour Durand, la réponse à cette question est claire : l'entreprise est une réalité distincte de la société, et elle réunit dirigeants et personnel⁷⁹, accompagnés de moyens (matériels, juridiques, contractuels⁸⁰). L'ambiguïté de cette présentation tient à l'exclusion des apporteurs de capitaux qui sont renvoyés vers la société mais qui sont à la fois au point de départ de l'entreprise (la société préexiste et dote l'entreprise de ses moyens matériels) et en position de dicter partiellement ses buts (ils sont destinataires potentiels du profit réalisé, sans quoi leur présence n'a pas de sens). Durand se détache ainsi aussi bien de l'approche contractualiste que marxiste : plutôt qu'un face à face conflictuel, il imagine une entreprise servant le but économique de la société, mais disposant d'une marge de liberté pour organiser son fonctionnement et faire valoir ses intérêts. Afin de régler un potentiel conflit entre intérêt de la société et de l'entreprise, Durand précise que l'intérêt de l'entreprise est pourvu d'une vertu transcendante qui combine l'intérêt de la société avec les autres (essentiellement à cette époque l'intérêt de la communauté de travail). Aucun des intérêts particuliers ne s'impose aux autres ou ne prime sur les autres : il n'y a donc pas d'opposition, mais un processus que Durand décrit comme une « *fusion* »⁸¹.

⁷⁴ P. Durand, « La notion de juridique de l'entreprise. Rapport devant l'association Henri Capitant pour la culture juridique française », *op. cit.*, p. 48.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 49 ; p. 53.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 53.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 51.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁸¹ *Ibid.*, p. 53 : « *La conception moderne de l'entreprise suppose une notion nouvelle ; elle implique une fusion de ces rapports au sein de la société professionnelle. L'entreprise se détache de la propriété et du contrat de travail, elle unit ses éléments constitutifs.* »

29. Le chef d'entreprise garant de l'intérêt commun. C'est sur le chef d'entreprise que s'appuient aussi bien Durand que Despax pour porter les intérêts de l'entreprise. Leurs pensées laissent ainsi une large place à la notion de hiérarchie⁸², appuyée sur le droit du travail qui organise l'exercice du pouvoir sur le modèle d'une constitution démocratique (pouvoirs législatif, exécutif et disciplinaire⁸³) et institue des contre-pouvoirs confiés aux salariés. Cette structuration de l'entreprise a pour objet de mettre en place un pouvoir différent de celui exercé par l'intermédiaire du droit absolu de propriété qui marque les logiques libérale et marxiste. Elle a surtout pour effet une légitimation de la personne du chef d'entreprise et de son pouvoir. Le rôle du chef d'entreprise est développé par Despax dans le sens d'une recherche permanente d'équilibre entre les intérêts en jeu. L'intérêt de l'entreprise rencontre ainsi les exigences de la société (ou de « l'entrepreneur sociétaire » pour reprendre les mots de l'auteur) et celles de la collectivité des travailleurs. Quant à la place de ces derniers, Durand évoque clairement une notion de salariés « *citoyens* » plutôt que « *sujets* »⁸⁴ même s'il est indéniable que le pouvoir qui s'exerce sur eux n'est ni choisi ni désigné par eux. Pour reprendre l'analogie suivie par les deux auteurs, les salariés s'avèrent citoyens plutôt au sens d'une « société civile » organisée pour assurer un contre-pouvoir et désignant non pas des représentants du pouvoir, mais seulement ceux du contre-pouvoir⁸⁵. Durand accorde cependant au comité d'entreprise de larges prérogatives. Il voit en effet en lui « *l'organe de tous les intérêts, associés pour la bonne marche de l'entreprise* » et « *la préfiguration de la personne morale que pourrait devenir l'entreprise* »⁸⁶. Cet optimisme est cohérent à la fois avec la construction intellectuelle qui lui donne naissance, et compréhensible face au champ des possibles de son époque. Peut-être les quelques années qui séparent leurs propositions contraignent-elles Despax à se montrer plus prudent sur le sujet des instances de représentation du personnel. Il décrit le comité d'entreprise comme un « *organe de coopération* » entre capital et travail mais écarte toute prétention démocratique en relevant que son action doit se concevoir dans les limites du respect de l'autorité du chef d'entreprise⁸⁷.

⁸² M. Despax, *L'entreprise et le droit*, op. cit., p. 276 et s. P. Durand, op. cit., p. 58.

⁸³ P. Durand, op. cit., p. 56.

⁸⁴ P. Durand, op. cit., p. 58.

⁸⁵ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, op. cit., p. 303 ; l'auteur évoque le passage d'un « *monarque absolu* » à un « *monarque constitutionnel* » composant avec des « *corps intermédiaires* ».

⁸⁶ P. Durand, op. cit., p. 58.

⁸⁷ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, op. cit., p. 292.

30. Une théorie influente. Le développement de la théorie institutionnelle en droit positif s'est principalement déroulé dans le champ du droit collectif du travail. Le plus emblématique de ces développements ressort de la construction des lois dites « Auroux »⁸⁸. Touchant à la fois aux droits collectifs (subvention de fonctionnement des comités d'entreprise ; création et généralisation des comités d'hygiène, sécurité et conditions de travail par fusion des « comités hygiène et sécurité » et des « comités d'amélioration des conditions de travail »⁸⁹) et individuel (droit disciplinaire encadré, droit d'expression garanti) du travail, elles ont à leur manière, et selon les vœux de leur porteur, posé frontalement la question de la « citoyenneté dans l'entreprise »⁹⁰. La dimension institutionnelle de cette affirmation relève de l'évidence : au plan collectif, le salarié trouve de nouveaux sujets et de nouvelles manières de faire entendre ses revendications, donc d'aboutir à un équilibre dans les relations avec le chef d'entreprise. Au plan individuel, il se voit garantir des droits relevant d'une forme de statut du salarié participant de l'entreprise, plutôt que de sa position de cocontractant⁹¹.

31. Une théorie en mutation. Reste que l'évolution sur une longue période du cadre juridique entourant les entreprises a conduit la théorie institutionnelle à reculer, et à se repenser. Spécialement, le phénomène de mondialisation et l'hégémonie de la *corporate governance* ont resitué le pouvoir sur le terrain actionnarial, dans une approche de l'entreprise qui a pu séduire le législateur français soucieux de voir son environnement juridique figurer en bonne position dans la compétition internationale. Dans ces conditions, les défenseurs de la théorie institutionnelle, particulièrement en droit des affaires, sont encouragés à reconnaître que leur théorie n'exclut pas la dimension contractuelle. Ces auteurs, au premier rang desquels il convient de citer Claude Champaud et Jean Paillusseau, développent une approche de l'entreprise comme activité et organisation au service de fins économiques, mais disposant de structures juridiques préétablies, parmi lesquelles celles de la société. L'heure n'est plus à prophétiser la naissance d'un sujet de droit ; et s'il est difficile de parler de synthèse ou

⁸⁸ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ; loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel ; loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

⁸⁹ Sur ce point : P.-Y. Verkindt, *Les C.H.S.C.T. au milieu du gué. Rapport au Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, fév. 2014, p. 9 et s.

⁹⁰ J. Auroux, *Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, La documentation française, 1981, p. 7.

⁹¹ Cf. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 162.

d'hybridation, les tenants de l'institution ne manquent pas de rappeler que le contrat est inévitablement une composante de l'analyse des entreprises⁹².

32. Une théorie critiquée. En parallèle, de nombreuses critiques se sont élevées pour pointer les dérives supposées de la théorie institutionnelle. La doctrine marxiste exprime notamment une dénonciation de son caractère moralisateur (comme en témoignerait la référence à l'intérêt de l'entreprise s'agissant de juger au contentieux des licenciements économiques⁹³) ignorant les réalités des rapports de force entre capital et travail et plus largement autres facteurs de production ou parties prenantes, pour construire une communauté imaginaire. Au fond, le reproche adressé par les tenants d'une approche marxiste réside surtout dans la négation de l'antagonisme entre capital et travail que postule la théorie institutionnelle, empreinte d'une forme de christianisme social. Réactivée à l'heure de la financiarisation des entreprises, cette critique dénonce l'illusion selon laquelle la théorie de l'institution aurait pu constituer une « *troisième voie* » : la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle s'opposent effectivement dans un monde où tout serait à inventer, mais le constat étayé par les faits est désormais celui de la faiblesse de la seconde à contenir les avancées de la première⁹⁴. De fait, si l'influence de la théorie institutionnelle est réelle dans le droit tel qu'il subsiste, elle s'est semble-t-il éteinte dans le droit tel qu'il s'écrit.

3. Une théorie marxiste de l'entreprise ?

33. L'approche marxiste de l'entreprise, courant doctrinal diffus. La doctrine juridique française s'intéressant à l'entreprise s'est, dans une large mesure, concentrée sur une opposition de principe entre tenants d'une théorie contractuelle, et défenseurs d'une théorie dite institutionnelle. Pour autant, si ces courants doctrinaux ont dominé et représenté chacune des manières de voir l'entreprise, d'autres pensées ont pu participer à leurs côtés aux débats qui influencent aujourd'hui la vision de l'entreprise en droit. C'est tout spécialement le cas du courant de pensée marxiste. Son émergence au XIX^{ème} siècle dans un environnement

⁹² J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 735. L'auteur insiste sur l'accroissement contemporain de la liberté contractuelle laissée aux « *utilisateurs* » des personnes morales dans l'organisation de celles-ci.

⁹³ A. Lyon-Caen, G. Lyon-Caen, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 610 ; T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013, p. 87. Cette dernière évoque un « *effacement de la décision patronale* ».

⁹⁴ En ce sens : J.-Ph. Robé, « L'au-delà de la « doctrine de l'entreprise » », *Cah. de droit de l'ent.*, mars 2013, dossier 8, p. 23 et s. L'auteur, en particulier, signale : « *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 !* »

économique fondamentalement libéral en fait un contrepoint souvent évident aux théories contractuelles de l'entreprise. Cependant, hors du monde communiste, ces idées n'ont eu, au XX^{ème} siècle, qu'un effet diffus conduisant notamment en France à concevoir des normes prenant en compte certaines observations, spécifiquement en droit du travail. Car la théorie marxiste, si elle ne propose pas à proprement parler une théorie de l'entreprise (d'où l'usage de la forme interrogative) s'appuie, dans l'observation de celle-ci, essentiellement sur une division et un conflit entre les facteurs de production que sont le capital et le travail dans une logique de lutte des classes. De cette opposition naît l'intuition que l'entreprise doit être envisagée et analysée comme un lieu d'exercice du pouvoir, capitaliste et patronal.

34. Entreprise et processus de production chez Marx. Une approche historique. En s'appuyant directement sur la pensée de Karl Marx, il semble possible de considérer l'entreprise capitaliste moderne comme l'héritière des manufactures industrielles représentant le quotidien du XIX^{ème} siècle et un « *mode de production* » qualifié de « *capitaliste* »⁹⁵. L'ensemble de ce processus consiste pour le capitaliste à accumuler du capital par la revente de la marchandise pour un prix supérieur à celui payé à l'origine. D'où l'observation, selon Marx, de la nécessité pour le capitaliste d'une transformation de la marchandise, processus dans lequel intervient précisément le travail : celui-ci est en effet susceptible de transformer et d'accroître la valeur de la marchandise⁹⁶ pour offrir au capitaliste, au moment de la revente, une plus-value dite « absolue ». L'extraction d'une plus-value revenant au capitaliste à partir du travail des ouvriers est désignée par Marx comme « *exploitation* »⁹⁷, la valeur de la plus-value étant, qui plus est, directement fonction du degré d'exploitation de la force de travail. Pour expliquer la raison de cette recherche de plus-value, et les nombreuses conséquences qu'elle produit sur le monde social, Marx a recours à la pensée d'Aristote, et établit une distinction entre fonction économique et fonction chrémastique de l'argent⁹⁸. La fonction économique renvoie à la nécessité qu'ont les hommes d'échanger entre eux pour des fins naturelles et pour remplir des besoins. Au contraire, la fonction chrémastique renvoie à la fonction de l'argent quand il s'inscrit dans un processus d'accumulation, au risque de mettre en danger les bases de la vie sociale. Marx rattache sans hésitation le mode de production capitaliste à cette fonction chrémastique, reprenant sur ce point les travaux d'économistes

⁹⁵ D. Collin, *Comprendre Marx*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2009, p. 72.

⁹⁶ K. Marx, *Le capital. I*, Le temps des cerises, 2009 (1^{ère} éd. 1867), p. 212 ; en des termes plus imagés, Marx explique : « *En achetant la force de travail, le capitaliste a incorporé le travail comme ferment de vie aux éléments passifs du produit, dont il était aussi nanti* ».

⁹⁷ *Ibid.*, p. 237.

⁹⁸ D. Collin, *Comprendre Marx, op. cit.*, p. 105.

libéraux qui ont limité leurs pensées aux questions de l'enrichissement et de la répartition des richesses⁹⁹.

35. Le droit et sa fonction dans l'entreprise chez Marx. Marx analyse les modalités d'organisation de la production par le droit en vigueur dans les sociétés capitalistes. Cette organisation s'appuie sur des catégories juridiques classiques et prégnantes dans nos ordres juridiques : la division entre personnes et choses en premier lieu ; mais surtout, prolongeant cette première distinction, la propriété et le contrat. La propriété dans cette approche s'entend des rapports entre les personnes et les choses ; le contrat permet lui, particulièrement dans une approche libérale, de régler les relations entre les personnes. Pour Marx, le droit décompose le mode de production capitaliste en deux rapports distincts¹⁰⁰ : un rapport de propriété du capitaliste sur le capital et les moyens de production matériels¹⁰¹ ; un contrat de travail qui organise les relations entre le capitaliste et les travailleurs productifs - aujourd'hui les salariés.

36. Une critique du droit. Ces observations de Marx au sujet de la formalisation juridique du rapport de production servent de support à une critique féroce du système juridique en action dans les sociétés capitalistes. Le point d'entrée de cette critique porte directement sur le rapport de travail. En effet, le contrat de travail reposerait plutôt sur la vente de la force de travail réifiée et devenue propriété du travailleur, que sur une relation à véritablement interpersonnelle¹⁰². Cette analyse explique que les principes d'égalité des parties au contrat et de liberté des contractants défendus par les libéraux survivent dans le contrat de travail : il n'y a égalité que dans la mesure où les travailleurs sont libres de vendre leur force de travail, qui est *de facto* transformée en marchandise pour permettre l'échange marchand¹⁰³. Or selon Marx, ces travailleurs sont aussi libres qu'aliénés : s'ils se trouvent en situation de vendre leur force de travail, c'est précisément car ils trouvent là le seul moyen de leur subsistance. La nécessité économique décrite ci-dessus conduit inévitablement à un rapport de domination. Une vision elliptique de cette idée apparaît ainsi en ouverture du titre consacré au pouvoir de l'employeur dans le Précis Dalloz : « *Le pouvoir de l'employeur est*

⁹⁹ J. Ellul, *La pensée marxiste*, La table ronde, 2003, p. 106.

¹⁰⁰ L. Althusser, « L'objet du « Capital » », in L. Althusser, E. Balibar, R. Establet, P. Macherey, J. Rancière, *Lire Le Capital*, PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2014, p. 389 et s.

¹⁰¹ La nature et les conséquences de l'intermédiation par une personne morale ne sont pas envisagées, ce qui constitue un point commun notable avec la pensée libérale.

¹⁰² Sur ce point : B. Géniaut, « Le contrat de travail et la réalité », *RDT*, 2013, p. 90.

¹⁰³ P. Duhaucourt, « Introduction à « Travail salarié et capital » », in K. Marx, *Travail salarié et capital; salaire, prix et profit éditions sociales*, Ed. sociales, 1985, p. 17.

d'abord un fait, issu de la domination économique. »¹⁰⁴ Marx va plus loin en décrivant ce rapport non pas simplement comme une domination, mais comme une exploitation des travailleurs¹⁰⁵ décrite en des termes qui rappellent la dureté du rapport salarial observé et qui appelait sa critique¹⁰⁶.

37. Une critique de l'ajustement contractuel. En précisant que le rapport de domination économique « fut longtemps nié par le droit »¹⁰⁷, le texte du Précis de droit du travail ouvre d'autres perspectives. La pensée libérale (à laquelle Marx associe le nom de Bentham) a en effet exprimé sa foi en la liberté et l'égalité pour guider la rencontre des cocontractants au rapport salarial¹⁰⁸. La pensée marxiste, à contre-courant de la pratique du XIX^{ème} siècle industriel, refuse de voir dans le contrat cet ajustement des volontés qui résoudrait le rapport d'inégalité, et dénonce logiquement le rôle du droit dans la sacralisation de l'ajustement contractuel. Tout en concédant que le droit est une nécessité, la pensée marxiste le relègue au rang d'instrument du mode de production (qu'il soit capitaliste ou autre), destiné à l'exprimer et dans bien des cas à le cacher¹⁰⁹. Tant et si bien que le droit, pendant longtemps, ne constituera pas un réel enjeu pour ceux se réclamant de la pensée marxiste : la loi par essence bourgeoise devra être renversée avec le système dans le cadre de la lutte des classes, et non pas amendée pour prendre en compte les difficultés que connaît la classe ouvrière. Plus encore, dans le monde communiste ou socialiste qui succédera historiquement à la société capitaliste, le rôle du droit sera celui d'un instrument voué à la pleine efficacité du système à organiser¹¹⁰.

38. Le droit du travail dans la doctrine marxiste. L'approche marxiste originelle contribue aux rapports complexes qu'entretient la doctrine marxiste (ouvertement déclarée ou non) avec le droit du travail. Comme le souligne dans un constat critique le Professeur Alain Supiot, « *les lois sociales sont le produit des luttes ouvrières et doivent être défendues à ce*

¹⁰⁴ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017, § 643.

¹⁰⁵ K. Marx, *Le Capital. I, op. cit.*, p. 237 et s.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 200 : au sujet du travailleur : « (...) *quelqu'un qui a porté sa propre peau au marché, et qui ne peut plus s'attendre qu'à une chose : à être tanné* ».

¹⁰⁷ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail, op. cit.*, § 643.

¹⁰⁸ K. Marx, *Le Capital. I, op. cit.*, p. 199 : « *Ils passent contrat ensemble en qualité de personnes libres et possédant les mêmes droits. Le contrat est le libre produit dans lequel leurs volontés se donnent une expression juridique commune* ».

¹⁰⁹ K. Marx, *Le Capital. I, op. cit.*, p. 290 : « *On le voit, ces édits minutieux, qui règlent militairement et au son de la cloche la période, les limites et les pauses du travail, ne furent point le produit d'une fantaisie parlementaire. Ils naquirent de circonstances et se développèrent peu à peu comme des lois naturelles du mode de production moderne.* »

¹¹⁰ En ce sens et au sujet de l'exemple soviétique, pour une approche critique : A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, p. 162 et s.

titre, mais elles n'en font pas moins partie intégrante de la législation bourgeoise et devront donc disparaître avec elle »¹¹¹. Cette difficulté, à laquelle seront directement confrontés les syndicats de la fin du XIX^{ème} siècle, se fait jour à l'heure de choisir entre action révolutionnaire et négociations d'avancées concrètes et légales¹¹². Une forme de synthèse de ces difficultés s'exprime à travers la théorie de l'ambivalence du droit du travail, qui prend notamment pour point de départ un article de Gérard Lyon-Caen¹¹³. Il y inscrit le droit du travail au cœur de la dynamique du mode de production capitaliste, et comme résultat de l'action du mouvement ouvrier face à l'exploitation du travail en régime capitaliste. Il résume en définissant le droit du travail comme « *l'ensemble des règles qui régissent : 1) l'exploitation du travail humain en régime capitaliste ; 2) les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation ; 3) les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même* »¹¹⁴.

39. Un rapport ambivalent au droit du travail. Cependant, les développements ultérieurs de cette conception critique du droit du travail se démarquent des idées marxistes traditionnelles sur un point : ils confèrent au droit du travail une certaine autonomie qui le conduit à participer à la configuration du rapport entre capitalistes et travailleurs, et pas simplement à répercuter les rapports économiques¹¹⁵. S'établirait en quelque sorte un mouvement de balancier, le rapport de force amenant des modifications du droit du travail dont les dispositions conditionneraient en partie et en retour le rapport de forces, notamment son organisation juridique.

40. Du rapport de domination au rapport de subordination. L'adoption des premières lois sociales dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle peut être lue en termes de dynamique historique comme une lente montée en puissance de la prise en compte de l'inégalité des parties à la relation de travail. La subordination est ainsi décrite comme « *une évidence de fait* » dans nombre de discours de l'époque, que ceux-ci trouvent leur origine dans la doctrine marxiste ou socialiste, ou dans des observations concrètes du sort des classes ouvrières.

¹¹¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^{ème} éd., 2007, p. 201.

¹¹² En témoignent notamment le rapport des syndicats à leur propre légalisation par l'État. Sur ce point, cf. J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1930 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2004 p. 260.

¹¹³ G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *D.O.*, janv. 1951, p. 1.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁵ Pour un résumé des théories de ce courant doctrinal : A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in A. Jeammaud, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 20 et s.

L'apparition de l'idée de subordination dans le droit français se réalise par touches législatives et jurisprudentielles qui n'embrassent le sujet que de manière incidente. Des premiers signes d'un interventionnisme étatique novateur dans la question du contrat de travail¹¹⁶ à la fixation du critère de subordination juridique par la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'arrêt Bardou¹¹⁷, le débat ne porte déjà plus sur l'existence d'un pouvoir dans le rapport salarial, mais bascule dans une controverse visant à la définition de cette notion en gestation.

41. Le pouvoir en fait et en droit. Bien qu'étant transformé en droit, le fait n'est pas exclu. De l'appréciation des faits de l'arrêt Bardou - secondaire par rapport à la caractérisation du « *lien juridique* » - au mouvement jurisprudentiel attaché à l'analyse des « *conditions d'accomplissement de la tâche* »¹¹⁸, le fait survit sous la forme de l'étude concrète d'un nouveau postulat posé comme évidence : l'exercice d'un pouvoir dans la relation de travail¹¹⁹. Mais de l'inégalité factuelle qu'auraient pu invoquer Marx et les tenants de la dépendance économique face à la propriété des moyens de production, ce pouvoir semble se déplacer sur un terrain nouveau plus proche du lien hiérarchique¹²⁰ et de sa manifestation. De cette avancée qui a pu être présentée comme une « *coupure épistémologique* »¹²¹ résulte une double conséquence. La première tient au fait que le pouvoir, ainsi nommé et identifié, trouve une forme de consécration, ou tout du moins de légitimité. Si le rapport salarial au fondement des sociétés capitalistes est analysé sous l'angle du pouvoir, c'est que ce dernier est indéniablement présent, mais il est alors, et dans le même mouvement, admis. En quelque sorte, le voile juridique qui cachait la réalité du rapport salarial aux yeux des marxistes, sans se déchirer, tout au moins se fait plus transparent. Car la reconnaissance de ce pouvoir s'accompagne de sa limitation, selon une logique analysée comme relevant du champ démocratique¹²². Le pouvoir ainsi identifié et considéré devient non plus un simple élément de caractérisation de l'idée de subordination (« *direction* », « *surveillance* » et « *autorité* » soulevés par l'arrêt Bardou), mais le véritable objet d'un régime juridique dont la construction s'étale tout au long du XX^{ème} siècle et jusqu'à nos jours. Dans ses travaux consacrés au

¹¹⁶ Loi du 27 décembre 1890 sur le contrat de louage et sur les rapports des agents des chemins de fer avec les compagnies ; cf. J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1930 à nos jours*, op. cit., p. 166.

¹¹⁷ Cass. ch. civ., 6 juill. 1931 ; *D.*, 1931, I, p. 121, note P. Pic.

¹¹⁸ E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 548.

¹¹⁹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 109.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 114.

¹²¹ J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1930 à nos jours*, op. cit., p. 169.

¹²² E. Dockès, « Pouvoir patronal et démocratie », *SSL suppl.*, 11 fév. 2008, n° 1340, p. 85.

régime juridique du pouvoir de l'employeur, le Professeur Alexandre Fabre décrit un double mouvement juridique autour de l'action unilatérale de l'employeur : sans que le droit du travail n'attribue ce pouvoir, il le régit en premier lieu ; puis en second lieu, s'exprime une logique de rationalisation de l'action de l'employeur, porteuse de légitimité¹²³. Pris en étau entre un libéralisme niant l'existence du pouvoir et un marxisme postulant un absolutisme de ce dernier dans une relation de domination, le régime du pouvoir de l'employeur paraît avoir beaucoup emprunté au droit public et à la théorie institutionnelle¹²⁴, seuls susceptibles d'en accepter l'existence tout en le justifiant¹²⁵, au point d'admettre qu'il constitue un mode de production normative autonome. Sa limitation sous diverses formes apparaît dès lors comme l'un des fondements du droit du travail¹²⁶.

42. Le conflit réincarné dans le collectif ? Si l'antagonisme et le conflit chers à la doctrine marxiste perdurent, c'est en partie sous la figure des droits accordés au collectif de travail. Des mécanismes aussi divers et imbriqués¹²⁷ que le droit de grève, le droit de représentation collective, le droit à la négociation collective et la liberté syndicale peuvent chacun être pensés comme des occasions de trouver de nouveaux équilibres face au rapport de travail individuel et subordonné, sous la forme de « *libertés individuelles d'agir collectivement* »¹²⁸ qui prennent tout leur sens au niveau de l'entreprise. Arrachant le salarié à sa condition de cocontractant, elles lui ouvrent la possibilité de se défendre par une arme économique (le droit de grève), de se faire représenter pour revendiquer et être informé (par les institutions représentatives du personnel), ou encore de faire évoluer son statut et ses conditions de travail en les discutant à une échelle qui lui est, en tous cas théoriquement, plus favorable (par la négociation collective).

43. Ambivalence du droit collectif du travail. Au premier abord, l'importance du collectif dans l'entreprise et le rapport de travail semble participer de la « *conscience de classe* » et de l'organisation du mouvement ouvrier souhaitées par Marx. Pour autant, comme le prouvent les rapports parfois difficiles des syndicats à la conflictualité d'une part et au

¹²³ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, p. 111 et s.

¹²⁴ Cf. *supra* § 29.

¹²⁵ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 27 et s.

¹²⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 114 : « *Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être de faire resurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même temps – irréductible ambivalence du droit – une légalisation et une limitation de ce pouvoir.* »

¹²⁷ M.-A. Souriac, « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », *Dr. soc.*, 2001, p. 705.

¹²⁸ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 140.

compromis de l'autre, la thèse de l'ambivalence du droit du travail¹²⁹ peut à nouveau être convoquée. La reconnaissance des acteurs et l'inscription de leur action dans des formes et procédures spécifiques éteint la part de subversion que certains estiment utile dans une logique de remise en cause du système capitaliste. La clé de compréhension des difficultés d'application d'une théorie marxiste est là : chaque avancée de la partie « faible » au rapport de travail vers un équilibre est-elle un progrès, ou au contraire un signe que la structure plus générale admet un compromis pour s'assurer de ne pas être remise en question ? Dans ce questionnement, l'entreprise n'est guère qu'un champ de bataille dont la géographie conditionne les options stratégiques des acteurs sans pour autant fixer les règles du conflit.

II. Ce que les entreprises deviennent

44. Relevant du rappel de notions déjà abondamment explorées par la doctrine, ce retour sur les théories « classiques » de l'entreprise est une nécessité pour, à nouveau, poser les termes d'un débat jamais tranché par la doctrine, face auquel législateur et juges gardent des positions ambiguës. Il conduit à envisager l'entreprise un territoire hétérogène, sur lequel se calque une cartographie morcelée. En réalité, aucune de ces théories ne saurait prétendre résumer et embrasser le droit de l'entreprise français. Entre découpage disciplinaire, opportunisme des différentes sources de droit, ou influences idéologiques internationales, nombreux sont les facteurs qui ne plaident pas pour la cohérence du système. Ainsi, pour reprendre schématiquement les analyses déjà avancées, le contrat de société intervient comme un socle incontournable de la mise en œuvre de l'activité entrepreneuriale ; ce qui n'empêche pas l'entreprise d'émerger comme une réalité distincte ; mais cette réalité, loin d'être univoque, ne saurait masquer les dissensions, pour ne pas dire les conflits, qui animent les différents intervenants, au premier rang desquels capital et travail ; et ces relations conflictuelles sont en quelque sorte « civilisées » par le droit (civil et du travail, principalement) selon des modalités obéissant largement aux règles du contrat.

45. Chacune de ces propositions doctrinales a plutôt vocation à s'établir comme le projet, dessiné leurs auteurs, de voir un jour émerger un système juridique fidèle à des principes clairs et doté d'une cohérence d'ensemble. Or, l'évolution des contextes dans lesquels évoluent les entreprises rend périlleuse pareille aventure : de nouvelles problématiques ne cessent de remonter à la surface du monde juridique, et de bousculer les certitudes déjà largement discutables et discutées. Prétendre à une analyse empreinte de

¹²⁹ G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *op. cit.*, p. 1.

neutralité axiologique et tenter de redéfinir l'entreprise peut alors apparaître contre-productif. Comment positionner le droit, dès lors que ce discours doctrinal classique devient moins recevable, moins pertinent ? La priorité tient dans le fait de réinterroger les grands enjeux qui sont ceux de l'entreprise dans le champ social¹³⁰, les tendances que ces enjeux dessinent (A). Il sera ensuite nécessaire de revenir au droit, à son rôle dans la caractérisation, la réglementation ou la régulation de ce que deviennent les entreprises (B).

A. L'entreprise : l'importance des enjeux sociaux et environnementaux

46. L'entreprise au centre de toutes les attentions. La période actuelle voit les entreprises placées au centre de toutes les attentions, tandis que leur évolution soulève des enjeux inédits à l'échelle de l'humanité. Elles sont cependant confrontées à des injonctions et des perceptions contradictoires : placées au centre des politiques publiques¹³¹, dotées pour certaines d'une surface financière comparable à celle de certains États¹³², perçues à tort ou à raison comme responsables d'un nombre considérable de maux inhérents à un esprit purement lucratif, ou susceptibles par l'affirmation de leur responsabilité sociale et par leur contribution à l'économie d'améliorer la situation de tous. Ces contradictions doivent être observées sur la base de quelques exemples révélateurs qui aident à mieux saisir comment la réalité abstraite des entreprises se déploie dans le champ juridique, produisant crises, réactions, espoirs ou méfiance.

47. Le drame du « Rana Plaza ». Un premier exemple majeur de l'inscription des entreprises dans l'imaginaire collectif à un degré susceptible de faire évoluer le droit tient dans l'évènement survenu en 2013 de l'effondrement de l'usine textile dite « Rana Plaza » au Bangladesh¹³³. De ce drame humain ont été tirées une prise de conscience (partagée par le

¹³⁰ L'expression « champ social » sera utilisée dans nos travaux comme synonyme du terme « société » (au sens d'une communauté d'individus organisée autour d'institutions communes économiques, politiques ou juridiques). Ce choix permet d'éviter les difficultés terminologiques inhérentes à la rencontre entre cette société au sens large et la société personne morale ; il renvoie par ailleurs à la pensée sociologique et permet d'insister sur les relations et interdépendances entre individus et groupes. Par « champ social », il s'agira essentiellement dans cette étude de désigner ce qui fait société (au sens des faits sociaux) et ceux qui font société, individus ou groupes sociaux.

¹³¹ Sur ce point, il est intéressant de se souvenir que la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 « relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels » avait été initialement annoncée, au stade sa présentation en Conseil des ministres (le 24 mars 2016), comme projet de loi « *visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs* », laissant à ce titre entendre que les entreprises étaient non seulement la cible du texte, mais surtout qu'elles pouvaient être récipiendaires de « *libertés* » et de « *protections* ».

¹³² Pour s'en donner une idée, à l'initiative du cabinet « PricewaterhouseCoopers » : *Global Top 100 Companies by market capitalisation*. Disponible sur : <http://www.pwc.com/gx/en/audit-services/assets/pdf/global-top-100-companies-2017-final.pdf> [Dernière consultation le 6 oct. 2017.]

¹³³ F. Laronge, R. de Quenaudon, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza », *RDT*, 2013, p. 487.

législateur, la doctrine juridique et les consommateurs) et des conclusions stimulantes au plan juridique, quoique largement imparfaites¹³⁴.

48. Face au drame, le droit impuissant. La prise de conscience tient largement au traitement juridique immédiat de la catastrophe survenue : alors que les vêtements produits au Rana Plaza étaient destinés aux marchés occidentaux, la structure juridique des chaînes d'approvisionnement a rapidement rendu illusoire la recherche d'une responsabilité des entreprises des pays développés, laissant au système juridique local et à ses évidentes limites le soin d'assurer la réparation des victimes. Si la situation, au-delà du drame lui-même, apparaît comme révoltante, c'est par la conjonction de deux éléments. D'abord, la facilité avec laquelle les entreprises occidentales, principales bénéficiaires commerciales puisqu'en position de mettre sur le marché ces produits confectionnés à coût réduit, ont pu s'exonérer de leur responsabilité en arguant de la division entre personnes morales résultant de filialisation et de relations de sous-traitance en cascade¹³⁵. Ensuite, cette impression s'est trouvée renforcée par la comparaison avec les politiques de responsabilité sociale des entreprises adoptées majoritairement par ces entreprises, dont le sens s'est semble-t-il évaporé à cette occasion. Face à un évident risque d'image, les entreprises notamment européennes ont conjugué un mouvement consistant à s'extirper de leur responsabilité dans ce cas précis tout en prenant des engagements renforcés pour l'avenir¹³⁶. De quoi laisser songeur l'observateur, juriste comme citoyen.

49. Appréhension d'une entreprise fragmentée. Ce que de tels évènements et leurs conséquences juridiques disent du monde dans lequel évoluent ces entreprises, c'est qu'il est grand temps de saisir les nouvelles formes d'organisation de la production fragmentées entre personnes morales et entre pays, qui entretiennent des logiques de répercussion de la contrainte économique jusqu'aux périphéries de réseaux¹³⁷ dont la cartographie est devenue exagérément complexe. En résumé, ce qu'une telle tragédie invite à repenser tient dans la

¹³⁴ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; cf. *infra* § 387 et s.

¹³⁵ Ch. Belporo, « Les enjeux contemporains de l'encadrement de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains dans la chaîne d'approvisionnement : le cas pratique de la tragédie au Bangladesh », *RDT*, 2016, p. 722.

¹³⁶ F. Laronze, R. de Quenaudon, *op. cit.*, p. 489 : les auteurs font mention des accords sociaux internationaux adoptés dans les mois qui ont suivi l'effondrement du Rana Plaza, dont celui qui traite spécialement des conditions de sécurité dans les bâtiments occupés par l'industrie au Bangladesh.

¹³⁷ E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2008.

façon avec laquelle les entreprises multinationales répondent du pouvoir d'organisation¹³⁸ qui est le leur, dont elles tirent bénéfice, et des projections qu'elles établissent à l'échelle planétaire dans une économie globalisée.

50. L'environnement atteint : l'exemple du naufrage de l'Erika. Les droits de la personne humaine ne sont pas les seuls touchés par des activités économiques échappant à tout contrôle. Le champ environnemental lui aussi a connu des désastres de grande ampleur, complexes à interpréter juridiquement. Le cas le plus emblématique en droit français est certainement celui de la société Total suite au naufrage du pétrolier Erika, dont la responsabilité n'a été reconnue que 13 ans après les faits¹³⁹. Plusieurs aspects du contentieux ont en effet fait obstacle à la reconnaissance de la responsabilité de la société Total, qui était défenderesse eu égard à sa position de société mère de l'affréteur du navire. D'abord, l'absence de reconnaissance d'un préjudice écologique (jusqu'en 2016¹⁴⁰) a posé question aussi bien quant à la détermination du préjudice né de la marée noire que s'agissant de la désignation des personnes publiques ou privées susceptibles de demander réparation¹⁴¹. La seconde problématique tenait dans la territorialité du droit maritime applicable, qui jusqu'au terme du contentieux aura laissé planer le doute sur la compétence des juridictions françaises¹⁴². Enfin, s'agissant de la société Total elle-même, son statut d'affréteur n'avait rien d'évident (elle opérait par l'intermédiaire d'une filiale) et la responsabilité attachée à ce statut fut quant à elle complexe à établir, reposant finalement sur la construction d'une faute dite « de témérité » visée par le droit applicable au litige, mais seulement reliée dans la mesure où la société Total était intervenue à travers une procédure dite de « *vetting* » (contrôle de l'état des navires) menée, non sans ironie eu égard de la suite des événements, par son service commercial¹⁴³.

¹³⁸ S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Université Paris Nanterre, 2012.

¹³⁹ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 ; le naufrage du pétrolier Erika était intervenu en 1999 ; la décision de première instance était intervenue en 2008 (TGI Paris, 16 janv. 2008, n° 9934895010) ; la décision d'appel en 2010 (CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278).

¹⁴⁰ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, art. 4 ; C. civ., art. 1247.

¹⁴¹ Sur ce point : P. Jourdain, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *RTD civ.*, 2013, p. 119, note sous Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

¹⁴² J.-H. Robert, « L'épave de l'Erika est juridiquement stabilisée », *Rev. sociétés*, 2013, p. 110, note sous Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

¹⁴³ Sur ce point : L. Neyret, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.*, 2010, p. 2238. La description la plus éclairante de ce procédé est offerte dans le cadre de ce commentaire de l'arrêt d'appel relatif au même contentieux : « *le groupe pétrolier avait mis en place, de manière volontaire, un contrôle spécifique appelé vetting, dans la perspective clairement affichée de renforcer la sécurité des navires et, en cas*

51. Un environnement juridique complexe. La grande complexité de ce contentieux (mêlant droit commercial, des sociétés, du transport maritime et de l'environnement) aussi bien que les incertitudes ayant pesé sur son issue démontrent fort bien dans quels environnements juridiques enchevêtrés les plus grandes entreprises évoluent, et combien la maîtrise de ces environnements est pour elles un enjeu majeur. Leur capacité à se jouer des règles de droit et à organiser leur irresponsabilité sans renoncer à leur prétention lucrative s'élève alors en difficulté majeure pour l'ordre juridique tout entier, particulièrement quand les intérêts susceptibles d'être atteints, humains ou environnementaux, ne sont qu'imparfaitement défendus.

52. L'entreprise pourvoyeuse d'emplois. Ce paysage sombre se compose en opposition avec les espoirs placés dans l'entreprise (ou dans les entreprises en général) par les législateurs successifs, spécialement en matière de création d'emploi. Dans un contexte où l'objectif de toute politique est devenu la réduction du taux de chômage, la superposition des lois relatives au droit du travail a été immanquablement présentée comme répondant *in fine* à l'objectif d'encourager les embauches¹⁴⁴. L'outil privilégié de ces politiques de l'emploi déplacées du rôle de la puissance publique vers l'entreprise est principalement la négociation collective comme instrument de gestion et d'adaptation des entreprises à leur contexte¹⁴⁵, qui prend place dans le cadre plus large d'un dialogue social souvent vanté¹⁴⁶. Au travers de dispositifs tels que l'accord de maintien dans l'emploi¹⁴⁷, puis l'accord de préservation et de développement de l'emploi porté séparément¹⁴⁸ fusionnés désormais dans un seul type d'accord primant sur les contrats de travail des salariés¹⁴⁹, le législateur impose l'entreprise comme espace de détermination négociée de l'évolution des emplois, prérogative traditionnellement rattachée à l'employeur en tant qu'exécutant en matière sociale de la

d'accident, d'échapper au reproche de négligence et donc à une recherche de responsabilité pour faute ».

¹⁴⁴ P. Lokiec, « Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi », *Dr. soc.*, 2016, p. 319.

¹⁴⁵ J.-D. Combrexelle, « La confiance, l'accord et l'emploi », *Dr. soc.*, 2016, p. 330 : « *La négociation collective ne crée pas en elle-même des emplois mais elle peut être un puissant levier de performances économiques et sociales, porteuses d'emplois.* »

¹⁴⁶ Sur la notion de dialogue social, et soulignant une dimension à la fois juridique et gestionnaire : N. Maggi-Germain, « Sur le dialogue social », *Dr. soc.*, 2007, p. 798.

¹⁴⁷ C. trav., art. L. 5125-1 ancien ; E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT*, 2013, p. 168.

¹⁴⁸ C. trav., art. L. 2254-2 ancien ; D. Baugard, L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. soc.*, 2016, p. 745.

¹⁴⁹ C. trav., art. L. 2254-2 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

stratégie des entreprises. Si les entreprises sont invitées à créer ou préserver des emplois, tous les moyens (juridiques) leur en sont donnés¹⁵⁰.

53. L'entreprise pourvoyeuse de normes. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ces évolutions du droit du travail. En premier lieu, l'ouverture du thème de l'emploi à la négociation collective élargit le champ de cette dernière, et renforce le positionnement de l'entreprise parmi les sources de droit¹⁵¹. Le développement du droit produit dans l'entreprise, qu'il soit négocié ou non, est une tendance forte en droit du travail comme dans d'autres disciplines. En second lieu, et par voie de conséquence, l'entreprise gagne dans ces négociations une forme d'autonomisation au regard du droit produit par l'État : autrefois espace de déclinaison des normes au champ d'application plus général (processus garanti par le principe de faveur), la négociation collective se détache du carcan étatique pour répondre à d'autres objectifs (l'emploi en premier lieu)¹⁵² que le droit législatif dicte toujours, mais en imposant un cadre moins contraignant. L'espace de l'entreprise gagne là une forme de légitimité et ce d'autant plus que la norme négociée conduit à éloigner la régulation de l'emploi du regard du juge¹⁵³. Enfin, comment ne pas remarquer que les négociations relatives à l'emploi font de la conjoncture économique un déterminant toujours plus pesant sur le statut social des salariés ? Le « donnant-donnant »¹⁵⁴ qui anime la rédaction de ces accords implique qu'à la garantie relative à l'emploi (préservé, maintenu, développé) soit accolé un effort des salariés aux formes variables. Mais les deux faces de l'accord demeurent soumises à l'évolution d'un contexte économique devenu mouvant et imprévisible, à la fois variable et toile de fond de la production de droit, au point que le rattachement du droit du travail « à des valeurs organisationnelles plutôt que marchandes »¹⁵⁵ est remis en cause. Cet aspect dévoile l'enjeu qu'il y a à se ressaisir du droit : si sa maîtrise et sa production sont chaque jour un peu plus assurées par les entreprises plutôt que par l'État, c'est un acteur privé de marché qui se substitue à un garant de l'intérêt général dans des conditions qui ne sauraient laisser

¹⁵⁰ P. Henriot, « Confiance dans et de l'entreprise : à quel prix ? », *RDT*, 2016, p. 761.

¹⁵¹ F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 516 ; *contra*. J. Barthélémy, G. Cette, « Réformer le droit social », *Dr. soc.*, 2016, p. 400.

¹⁵² A. Jobert, « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Dr. soc.*, 2013, p. 332.

¹⁵³ F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 98 ; A. Fabre, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2 oct. 2017, n° 1784, p. 3.

¹⁵⁴ E. Dockès, « Un accord donnant, donnant, donnant... », *Dr. soc.*, 2008, p. 280.

¹⁵⁵ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 314.

indifférent. Or le droit, qui a le pouvoir de structurer l'entreprise et d'influencer son comportement, est lui-même bousculé par les enjeux contemporains.

B. Des enjeux qui interrogent la place du droit

54. Le droit instrumentalisé. Les exemples qui viennent d'être rappelés sont représentatifs du rôle conféré aux droits de l'entreprise et dans l'entreprise dans la période récente. Il ne s'agit pas de dire que ces trois situations (drame humain, catastrophe environnementale et rapport à l'emploi) suffisent à décrire les dynamiques qui secouent les ordres juridiques, mais les grandes tendances de la matière s'y retrouvent et ces cas s'avèrent représentatifs d'une réalité plus large. La perception des mouvements de fond du droit de l'entreprise et de ce qu'ils disent du rôle du droit doit se faire en ayant à l'esprit les liens d'interdépendance qui connectent le droit aussi bien à la matière économique qu'aux exigences du champ social et aux idées politiques. Sans prétention à restituer un processus historique complet rendant intelligibles toutes les dynamiques à l'œuvre, le droit semble plus instrumentalisé que jamais quand il s'applique à l'entreprise, cette instrumentalisation traduisant les relations qui s'établissent entre sphère économique et sphère sociale.

55. De la réglementation à la régulation. Le mouvement le plus perceptible s'agissant de la place du droit dans l'environnement des entreprises tient dans l'émergence de la régulation au détriment de la réglementation. Pour reprendre les termes du Professeur Supiot qui a tôt fait de ce mouvement un objet d'étude, « *réglementer c'est dicter des règles de l'extérieur, tandis que réguler c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique d'une organisation* »¹⁵⁶. La cause de ce glissement est largement imputable à ce qui a pu être décrit comme un « *imaginaire cybernétique* »¹⁵⁷, ainsi qu'au processus de globalisation qui a fait tomber les frontières physiques entre les marchés. La possibilité pour les entreprises de s'implanter où elles le souhaitent a débouché sur une concurrence entre les législations qui a elle-même encouragé l'émergence d'un appareil critique vis-à-vis de la réglementation, jugée trop rigide. De fait, l'extrême liquidité des marchés dans un espace libéral global impose aux agents économiques des facultés d'adaptation que seul un droit par la régulation peut leur conférer¹⁵⁸. Dès lors, les caractères classiques de la règle de droit, à

¹⁵⁶ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 16.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ J. Barthélémy, G. Cette, « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.*, 2013, p. 17 ; les auteurs notent : « *Un droit du travail conférant au tissu conventionnel une place et une autonomie plus grandes non seulement n'affecte pas de ce fait sa fonction protectrice, mais encore permet de l'optimiser. Le remplacement de normes légales, donc banalisées, par des normes conventionnelles adaptées à une situation*

savoir la prescription juridique (ou l'interdiction) d'un comportement assortie d'une sanction, sont écartés au profit de normes énonçant « *des intentions, des objectifs, des recommandations, voire de simples considérations politiques et qui ne sont pas susceptibles de sanction* »¹⁵⁹.

56. Le marché, image de la transformation de la pyramide en réseau. Ce glissement de la réglementation vers la régulation s'opère dans un environnement plus général qui voit la figure du réseau se substituer à celle de la pyramide pour former un nouveau paradigme de la théorie générale du droit¹⁶⁰. Le droit de l'entreprise n'échappe pas à cette remise en cause de la hiérarchie et de la linéarité des rapports entre sources du droit, sur fond d'émancipation des personnes privées vers une forme d'autonomie normative. Si certains défendent encore l'approche Kelsenienne de personnes privées « *organes* » n'agissant *in fine* que par délégation de l'État dans l'ordre juridique¹⁶¹, les hypothèses d'un État désengagé ou cantonné à la fixation d'objectifs apparaissent comme de plus en plus conformes à la réalité¹⁶². Dans cette dynamique, l'effacement de l'État législateur et prescripteur se fait au profit du marché, figure dont François Ost et Michel van de Kerchove soulignent fort justement qu'elle exclut précisément toute structure pyramidale ou hiérarchique, privilégiant un fonctionnement en réseau¹⁶³. L'État continue de produire des normes ... mais en défense des logiques de marché, pour encourager ou défendre l'illusion d'un marché autorégulateur et autorégulé. L'ordre des fins et des moyens tend à s'inverser, le marché devenant une valeur de référence et un ordre de rationalité propre de la production normative¹⁶⁴. Tout le problème est que le marché obéit à des conceptions et des déterminants extra-juridiques car assis sur un autre ordre de scientificité. Il se détache aussi, sous l'empire de la théorie économique standard

précise crée de la valeur ajoutée, favorise la productivité et contribue de ce fait à l'efficacité économique. »

¹⁵⁹ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 46.

¹⁶⁰ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

¹⁶¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 2^e éd., 1999 (1^e éd. 1934), p. 152 et s.

¹⁶² F. Ost, M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 109 et s.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 112 : « *Or, il est caractéristique pour notre propos que le marché soit précisément une organisation en réseau, dépourvu de centre et de sommet (mais non de pouvoir et de rapports de force), et que les relations qui s'établissent entre ses opérateurs prennent la forme horizontale de rapports contractuels.* »

¹⁶⁴ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, EHESS, Gallimard, Seuil, coll. Hautes études, 2004, p. 166 ; évoquant l'ordolibéralisme, Foucault souligne le projet de « *redéfinition de l'institution juridique et des règles de droit qui sont nécessaires dans une société régulée à partir et en fonction de l'économie concurrentielle de marché* ».

hégémonique, du champ démocratique et des délibérations collectives que l'État confie à ses administrés¹⁶⁵.

57. Le rôle moteur des entreprises multinationales. Les entreprises multinationales sont, plus que tout autre acteur, au cœur et en partie motrices de ce mouvement. Les traces de normativité par régulation sont multiples et en extension. La partie émergée de l'iceberg est évidemment la *soft law*¹⁶⁶ qui a structuré les engagements en matière de responsabilité sociale des entreprises et l'imaginaire éthique qui les accompagne¹⁶⁷. Mais la dynamique touche bien d'autres domaines, à commencer par le droit du travail. Sous l'angle de la montée en puissance de la régulation, la négociation collective est en effet devenue un outil de gestion privilégié eu égard de sa nature négociée. Participant d'une forme d'autorégulation concertée, la négociation collective d'entreprise se voit dotée de marges de manœuvres toujours plus importantes et surtout, opère dans des champs de plus en plus liés à la situation du marché, afin de favoriser l'ajustement contractuel collectif et l'adaptation de l'entreprise¹⁶⁸. Le dernier aspect à relever est l'envahissement du droit par les normes à caractère incitatif. Du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁶⁹ au barème encadrant les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁷⁰, l'objectif commun de nombreux dispositifs invite à repenser la façon dont le champ social exige des standards de comportement de la part des entreprises. Ainsi n'est plus posée la question de la légitimité ou de l'illégitimité du comportement ; seul lui est associé un coût prévisible, et le débat se trouve déplacé du champ juridique vers celui du calcul économique rationnel, jusqu'au point d'acceptation de la « *violation efficace du droit* »¹⁷¹.

58. La rigidité du droit réservé au marché. Pour autant, cette irrésistible montée du phénomène de régulation ne touche pas tous les domaines. De manière notable eu égard de l'histoire des idées libérales¹⁷², l'effacement du droit dur ne touche pas avec la même sévérité le droit du marché. Plusieurs fois remarqué, ce processus conduit à nuancer les rapports du

¹⁶⁵ Sur ce point : P. Bourdieu, « L'essence du néolibéralisme » *Le Monde Diplomatique*, mars 1998, p. 3.

¹⁶⁶ C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

¹⁶⁷ I. Desbarats, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *Dr. soc.*, 2015, p. 572.

¹⁶⁸ E. Peskine, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 438.

¹⁶⁹ M. Dubost-Moliner, « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », *AJDA*, 2003, p. 2073.

¹⁷⁰ C. trav., art. L. 1235-3 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 ; sur la logique du barème : G. Bargain, T. Sachs, « La tentation du barème », *RDT*, 2016, p. 251.

¹⁷¹ P. Lokiec, A. Lyon-Caen, « Contre la violation efficace du droit du licenciement », *SSL*, 10 sept. 2012, n° 1550, p. 27.

¹⁷² K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944).

libéralisme économique avec le droit quand s'impose une logique néolibérale¹⁷³ : si la régulation et l'ajustement contractuel sont mobilisés pour structurer le champ social en le rendant plus conforme au fonctionnement du marché, une réglementation plus rigide est concevable afin de garantir les conditions d'existence du marché. Cette dynamique mise en lumière par Michel Foucault¹⁷⁴ est perceptible dans le champ du droit international, où le Professeur Supiot a pu démontrer à quel point la rigidité des normes encadrant le commerce international contraste avec l'application hésitante des normes sociales de l'organisation internationale du travail¹⁷⁵.

59. L'Union européenne théâtre de déséquilibres. Cette déconnexion toujours plus forte entre rigidité des règles de marché et souplesse des règles sociales peut également être observée dans le champ du droit de la concurrence de l'Union européenne. De manière remarquable, compte tenu des débats nourris en doctrine, cette branche du droit a fait émerger une définition de l'entreprise opérante en droit¹⁷⁶. Mais cette définition obéit à deux caractéristiques qui la rendent difficilement mobilisable hors son champ initial : d'abord elle envisage l'entreprise essentiellement comme un agent économique en se fondant notamment sur l'autonomie de décision ; ensuite et surtout, le droit de la concurrence est un droit de police, et la définition de l'entreprise qui lui est utile a pour visée l'identification plus que la structuration d'un sujet de droit¹⁷⁷. Reste que la facilité avec laquelle le juge de la concurrence sanctionne en faisant fi des personnes morales¹⁷⁸ a de quoi étonner, surtout en comparaison des contentieux déjà évoqués, ou encore du droit du travail où la notion de coemploi fait encore débat¹⁷⁹. S'il n'y a pas lieu d'envisager une transposition, force est de constater que le droit du marché, sous ses diverses formes, s'impose avec vigueur alors que l'encadrement des effets du marché sur le champ social laisse à désirer.

60. Le droit saisi par la science économique. Si la place du droit autour et dans l'entreprise est à ce point bousculée, c'est aussi parce que la sphère économique, au-delà de l'

¹⁷³ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979, op. cit.*, p. 166 et s.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 168 : « Ce n'est pas l'économie qui, purement et simplement, détermine un ordre juridique qui serait dans un rapport à la fois de service et de servitude par rapport à l'économie. Le juridique informe l'économie, lequel économique ne serait pas ce qu'il est sans le juridique. »

¹⁷⁵ A. Supiot, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, p. 134.

¹⁷⁶ L. Idot, « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés*, 2001, p. 191.

¹⁷⁷ A. Lyon-Caen, « Le droit sans l'entreprise », *RDT*, 2013, p. 749.

¹⁷⁸ En ce sens : L. Idot, « La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne », *RSC*, 2012, p. 330 : « Le sujet du droit de la concurrence n'est pas la personne morale, mais l'entreprise, ce qui permet, de longue date, d'appréhender le groupe de sociétés comme une entreprise unique. »

¹⁷⁹ Cf. *infra* § 431 et s.

influence qui vient d'être décrite sur la manière dont est produite la norme, en est venue à avancer son propre discours sur le droit. Porteuse de l'essentiel de ces positions, la doctrine de l'analyse économique du droit (ou « *law & economics* ») n'a cessé de gagner en influence à partir des années 1990 dans le monde anglo-saxon mais aussi en droit français¹⁸⁰. Si ces pages n'ont pas vocation à retracer les interactions entre droit et économie, l'importance de la thématique de l'efficacité de la législation sociale, l'omniprésence du discours économiste à son sujet et la mise en concurrence symbolique ou réelle des législations nationales sont autant d'indices qui suffisent à prouver que la science économique ne se contente pas d'observer le droit, et qu'au contraire elle intervient dans son champ en fondant son discours sur une scientificité prescriptive et sur une prétendue neutralité axiologique¹⁸¹.

61. Le droit instrumentalisé. Passé au tamis de l'analyse économique, que reste-t-il du droit ? Force est de constater qu'il perd de sa légitimité propre en étant contraint d'aller la puiser dans un autre registre que celui de ses justifications classiques, pouvant relever de la traduction « *d'une multitude de facteurs matériels et moraux, sociologiques et idéologiques, historiques et actuels* »¹⁸². Contribuant à fonder l'ordre social tout entier sur la réalisation des « lois économiques » et à voir le droit comme instrument de cette réalisation, cette dynamique s'avère profondément destructrice pour les fondements de certaines matières, en tout premier lieu le droit du travail¹⁸³. Au cœur de ce processus, l'entreprise est ancrée dans sa condition d'agent économique¹⁸⁴, et le droit est mobilisé pour lui garantir la possibilité d'opérer sur le marché des biens et services, mais aussi du travail¹⁸⁵ en procédant aux ajustements rendus nécessaires par l'exercice de sa pleine rationalité économique. Dans ce cadre, le droit ne produit plus de discours autonome sur ce qu'est l'entreprise ; il ne traduit même plus les aspirations du champ social à son sujet ; il se contente en réalité de relayer une lecture libérale de l'entreprise dont les fondements sont extérieurs au discours juridique¹⁸⁶.

¹⁸⁰ E. Mackay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008 ; pour une lecture critique en rapport avec le droit du travail : T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, 2013, p. 10 ; p. 333 et s.

¹⁸¹ O. Favereau, « Note critique sur le droit, l'économie, et le « marché » du travail », *RDT*, 2012, p. 479.

¹⁸² J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 50.

¹⁸³ G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2014.

¹⁸⁴ Cette dynamique est mise en lumière par Michel Foucault (*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979, op. cit.*, p. 181) évoquant la doctrine ordolibérale allemande, puisqu'il décrit son projet comme « une économie de marché concurrentielle, accompagnée d'un interventionnisme social qui, lui-même, implique une rénovation institutionnelle autour de la revalorisation de l'unité « entreprise » comme agent économique fondamental. »

¹⁸⁵ T. Sachs, « La consolidation d'un droit du marché du travail », *RDT*, 2016, p. 748.

¹⁸⁶ Sur ce point : O. Favereau, « La fin de l'entreprise privée », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde*

62. Le droit participant d'une autonomisation de la sphère économique ? Au cours de cette évolution désormais bien saisie, le droit en vient à changer de fonction et, corrélativement, à emprunter les nouvelles formes qu'exigent ces fonctions. Plutôt que d'appréhender le champ social comme un tout comprenant une dimension économique et de chercher à le structurer en répondant aux objectifs que le corps social s'est démocratiquement donnés, le droit participe désormais d'une autonomisation de la sphère économique et de l'émergence d'un « *marché total* »¹⁸⁷ qui ne sont pas sans rappeler l'analyse qu'avait pu formuler Karl Polanyi en décrivant un phénomène de « dés-encastrement »¹⁸⁸. L'essence économique de l'entreprise en sort indubitablement renforcée, de même que la soumission du champ social à un marché autorégulateur. Il est pourtant permis d'imaginer que les entreprises, dont certaines sont aujourd'hui actrices de ce mouvement, présentent d'autres réalités et appellent à d'autres exigences plus en phase avec les aspirations du champ social. C'est justement cette possibilité que nos travaux ont pour objectif d'explorer.

III. Ce que pourraient devenir les entreprises

63. Le mouvement décrit ci-dessus est-il général et irrémédiable ? La généralité de la tendance a de quoi impressionner : l'essentiel des évolutions législatives se traduit par une pression forte des postulats économiques sur le champ du social, spécialement en droit du travail. Plus original encore, des mesures ayant pour objet de dompter les logiques économiques, comme le devoir de vigilance, empruntent des instruments juridiques marqués par l'idée d'autorégulation (dans ce cas, le « plan de vigilance »)¹⁸⁹ renforçant le sentiment que même la poursuite d'exigences sociales passera désormais par des outils dûment adaptés au marché. Mais il convient de rester nuancé. Les pires dérives constatées continuent d'entretenir des réactions, aussi bien dans le champ doctrinal que dans le corps social. Chaque nouvelle évolution du droit prônant des formes de flexibilité et d'adaptation au marché s'accompagne de résistances et d'oppositions. Surtout, une longue histoire a profondément ancré dans le droit positif des principes forts, qui méritent d'être encore défendus, et parfois redécouverts. Par exemple, le principe de justice sociale porté par la déclaration de Philadelphie de 1944 adoptée dans le cadre de l'organisation internationale du travail est jugé

sans frontières, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 305 ; l'auteur évoque même (p. 306) un « *impérialisme de la discipline économique par rapport à la discipline juridique* ».

¹⁸⁷ A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, éd. du Seuil, 2010.

¹⁸⁸ K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944), p. 121.

¹⁸⁹ Sur ce point : T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 380.

par une partie de la doctrine comme un possible point de référence¹⁹⁰ pour une remise en cause des politiques menées et pour une reconstruction d'un ordre juridique tenant le marché en position subalterne. De même, dans le contexte français, les principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* » dégagés par le préambule de la Constitution de 1946 appellent une réinterprétation en phase avec leur actualité, dans la perspective d'un approfondissement d'une certaine idée de la démocratie sociale et économique¹⁹¹.

64. Quant au caractère irrémédiable du mouvement qui s'opère sous nos yeux... il s'agit d'une question éminemment politique qui ne peut dépendre du seul apport des juristes. Reste que ceux-ci peuvent, par une étude renouvelée du droit applicable et par des propositions innovantes, proposer un outillage conceptuel et technique utile à une telle refondation (B). Il convient donc de mieux exposer quel est le projet poursuivi, à savoir l'approfondissement de la dimension sociale droit de l'entreprise (A), mais également d'exposer les méthodes qui seront les nôtres (C) avant de présenter le plan de l'étude (D).

A. L'approfondissement de la dimension sociale du droit de l'entreprise

65. Une tendance à la déconnexion. Les situations particulières aussi bien que les tendances générales envisagées jusqu'ici conduisent à considérer, suivant l'enseignement de Karl Polanyi¹⁹², que la période actuelle donne à voir une forme de déconnexion de la sphère économique par rapport à la sphère sociale qui se manifeste en tout premier lieu dans l'évolution du droit de l'entreprise. Ce mouvement consiste à voir dans le marché présumé autorégulateur une force susceptible de structurer l'ordre social¹⁹³, dans la lignée de l'idéologie libérale prônant l'ajustement contractuel généralisé pour réaliser la maximisation des utilités individuelles. De fait, le marché se trouve soumis non plus aux forces sociales (dont le droit) et maintenu au rang de composante du champ social, mais se s'autonomise. Le droit lui-même est alors mobilisé pour imposer puis assurer cette autonomie du marché, tandis que le caractère autorégulateur de ce dernier acte la déconnexion des sphères économiques et

¹⁹⁰ Au-delà des travaux du professeur Supiot déjà évoqués : M.-A. Moreau, « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », *Dr. soc.*, 2010, p. 324 ; l'auteure note notamment : « *Le progrès économique et la compétitivité économique conditionnent donc et ordonnent les valeurs sociales. La promotion de la justice sociale s'inscrit au milieu des autres objectifs économiques et révèle l'asymétrie institutionnelle liée au découplage entre la dimension sociale et économique dénoncée par Fritz Scharpf.* »

¹⁹¹ Bien que le Professeur Jeammaud appelle à « *ne plus trop rêver* », son propos a force d'inspiration possible : A. Jeammaud, « Ne rêvons plus de démocratie « économique » ou « industrielle », ne parlons plus de « démocratie sociale » », *RDT*, 2017, p. 576.

¹⁹² K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944), p. 104 : « *Au lieu que l'économie soit encadrée dans les relations sociales, ce sont les relations sociales qui sont encadrées dans le système économique.* »

¹⁹³ *Ibid.*, p. 137 et s.

sociales. La normativité présente dans la seconde ne se fait alors plus que par référence et au service de la première¹⁹⁴ dans une relation qu'a théorisé la doctrine ordolibérale¹⁹⁵.

66. Indices dans le champ juridique. Bien des dispositifs juridiques obéissent aujourd'hui à cette tendance dans le champ du droit de l'entreprise. Au-delà de la justification des politiques publiques entreprises par les « *signaux à donner aux marchés* »¹⁹⁶, les logiques du marché s'infiltrent dans les dispositifs juridiques s'appliquant à l'entreprise. Cette dernière est principalement perçue comme un agent économique auquel il convient de garantir l'exercice des pouvoirs permettant d'agir sur le marché. Le Conseil constitutionnel ne dit pas autre chose en prenant la défense des « *choix économiques* » en réaction aux « *contraintes* » pesant sur la « *gestion* »¹⁹⁷. Le droit du travail est un témoin privilégié de cette évolution : si la fiction du travail comme marchandise est une condition d'existence du système capitaliste libéral¹⁹⁸, ce marché requiert désormais que les agents s'y adaptent collectivement (par la négociation collective en matière d'emploi¹⁹⁹) ou individuellement, pour l'employeur (auquel est promise la prévisibilité des coûts de ses décisions de gestion de l'emploi²⁰⁰) comme pour le salarié (auquel il est demandé de cultiver son « *employabilité* », donc sa « *liquidité* » sur le marché de l'emploi²⁰¹).

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 158.

¹⁹⁵ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, EHESS, Gallimard, Seuil, coll. Hautes études, 2004, p. 180 ; l'auteur évoque à propos des rapports entre droit et marché « *cette idée d'un droit dont la forme générale serait celle d'une règle du jeu que la puissance publique imposerait aux joueurs, mais ne ferait qu'imposer aux joueurs qui, eux, resteraient libres de leur jeu (...)* ».

¹⁹⁶ Pour un exemple parmi d'autres des relations entre choix politiques, agences de notation et réponse des marchés aux « *signaux* » : S. Rolland, « Élection de Macron : soulagés, les marchés ont désormais les yeux rivés sur les législatives », *Les Echos*, 8 mai 2017. Disponible sur : https://www.lesechos.fr/08/05/2017/lesechos.fr/0212055601762_election-de-macron---soulages--les-marches-ont-desormais-les-yeux-rives-sur-les-legislatives.htm#HrhLIKukH9LLSMfW.99 [Dernière consultation le 9 oct. 2017.]

¹⁹⁷ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, consid. 21 ; cf. T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

¹⁹⁸ K. Polanyi, *La grande transformation*, *op. cit.*, p. 117 et s.

¹⁹⁹ F. Géa, « Au nom de l'emploi », *RDT*, 2016, p. 814 ; au sujet des accords de préservation et de développement de l'emploi, l'auteur signale : « *Pour favoriser l'emploi, la réforme El Khomri semble chercher à agir sur le comportement des employeurs en tant qu'acteurs du marché du travail. En cela, elle tend, si l'on s'en tient aux mesures spécifiquement consacrées à cet objectif, à réduire le droit du travail à une fonction instrumentale et à lui assigner une finalité extrinsèque. Ce choix débouche inévitablement sur le retrait d'une certaine conception du droit du travail.* »

²⁰⁰ Au sujet des dangers dont sont porteuses de telles approches : T. Sachs, « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique », *Dr. soc.*, 2015, p. 1023 : « *En vérité, il apparaît, à la lumière du Jobs Act italien de 2015 qui a instauré un barème d'indemnisation pour les licenciements injustifiés, qu'un dispositif de ce type vise moins à indemniser le salarié qu'à conférer un prix à l'exercice abusif d'un pouvoir. Ce faisant, le primat de la prévisibilité conduit à méconnaître une autre dimension de la sécurité juridique : la protection contre l'arbitraire. La quête du raisonnable se trouve délaissée.* »

²⁰¹ Ch. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit », *RDT*, 2008, p. 292 : « *A cet*

67. La nécessité d'une reconnexion. Face à cette déconnexion, l'enseignement de Polanyi tient dans la prise de conscience de la nécessité d'un travail d'établissement de relations d'interdépendance plus étroites entre la sphère économique et la sphère sociale. Son étude de l'émergence puis de la prétention hégémonique des idées libérales au long du XIX^{ème} siècle tend à démontrer à quels dangers le corps social s'expose, quand un marché autorégulateur se substitue à des règles à vocation sociale, le paradoxe résidant dans la production d'une richesse inégalée pour l'époque conjuguée à une destruction des structures sociales tout aussi inédite²⁰².

68. Nécessité de la reconnexion avec la sphère sociale. La situation actuelle ne fait pas courir exactement les mêmes risques au corps social : les expériences tirées de cette époque ont conduit en occident à l'émergence de systèmes de protection sociale assez robustes pour empêcher, du moins jusqu'ici, que le tissu social ne se déchire. L'exemple majeur de ces leçons tirées de l'histoire tient dans les dispositions du préambule de la Constitution de 1946, demeurés d'une brûlante actualité²⁰³. Mais des économies émergentes sont, en parallèle, entrées de plain-pied dans la globalisation et dans des logiques de marché sans bénéficier ni de l'encadrement juridique, ni de l'expérience des démocraties européennes. Or, dans un contexte de marché global, les standards de comportement prescrits aux entreprises multinationales sont susceptibles de se répercuter avec des effets exponentiels le long des chaînes de valeur (comme l'atteste la catastrophe du Rana Plaza), des marchés financiers ou de matières premières. Le droit des pays développés et le droit international produit à leur initiative sont donc centraux dans l'élaboration d'une mondialisation humainement soutenable²⁰⁴ qui reste à inventer, contribuant à l'évolution des pays encore en développement tout en assurant la dignité des populations des pays considérés comme développés.

endroit est, semble-t-il, mis en œuvre un des principes premier de la financiarisation, à savoir la liquidité absolue du capital financier, qui se trouve appliquée au salariat d'au moins deux manières. La première concerne les cadres qui se trouvent associés ou placés sous la pression d'un projet financier sans désormais prétendre faire carrière au sein de l'entreprise. Ainsi se trouve rejetée sur le salarié la responsabilité de ce que les économistes appellent « l'employabilité » et la gestion de sa carrière. L'implication patrimoniale et personnelle du salarié vise ainsi à faire converger tel un travailleur indépendant ses objectifs avec ceux des marchés financiers. »

²⁰² K. Polanyi, *La grande transformation*, op. cit., p. 159.

²⁰³ J. Commaille, « La République sociale », *Dr. soc.*, 2000, p. 1128 ; v. également L. Fontaine, A. Supiot, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 759 et s.

²⁰⁴ A. Supiot, « Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », in A. Supiot, M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 17 : « À la différence de la globalisation, qui a pour horizon l'uniformisation du monde sous l'égide d'un marché devenu total, la mondialisation a pour horizon un monde rendu humainement vivable par l'intelligence de la diversité des civilisations et de leur interdépendance croissante. »

69. Nécessité de la reconnexion avec l'environnement. S'est greffée sur ces problèmes réurgents plus que nouveaux la question climatique et plus généralement écologique. C'est pour l'essentiel l'activité économique qui conduit à entrevoir une destruction prochaine de la nature si des freins ne sont pas actionnés quant au potentiel dévastateur d'un marché qui ne fait pas de l'environnement une variable. De ce point de vue, l'urgence est déjà là : pas plus la régulation douce que l'incitation ne semblent suffisantes pour réaliser les objectifs planétaires de la COP 21²⁰⁵, ou pour porter haut la notion de développement durable en tant que ligne de conduite²⁰⁶.

70. Nécessité de la reconnexion : l'impératif démocratique. Si la nécessité d'entrer dans une logique de reconnexion est prégnante, c'est également dans une perspective d'impératif démocratique. L'analyse d'un droit de l'entreprise trouvant son référentiel dans le marché et constituant un ordre juridique autonome de l'ordre juridique étatique²⁰⁷ produit des déconnexions béantes avec les formes classiques de la délibération démocratique. Perçue dans l'environnement économique globalisé comme excessivement rigide, la référence à un ordre juridique étatique dispose dans les sociétés démocratiques d'une capacité à diffuser cette légitimité démocratique dans le droit produit. Les actes juridiques des personnes privées sont, dans cette optique, conçus comme des formes de prolongation de l'ordre juridique fondé en dernier ressort sur une norme fondamentale²⁰⁸ qui impose que leur adoption repose sur une légitimité démocratique (fut-elle imparfaite dans les faits). Si le droit de l'entreprise se détache de cet ordre juridique pour adhérer à des ordres juridiques concurrents ou pour s'arrimer à la logique de marché, l'impératif démocratique s'étiole, le marché n'étant pas lui-même pensé et conçu pour fonctionner comme une institution démocratique, et n'ayant d'ailleurs aucunement cette vocation²⁰⁹. Tout l'enjeu consiste alors, dans le champ du droit de l'entreprise, à réinsuffler des formes d'impératifs démocratiques tout en prenant acte du fait qu'elles ne passeront pas forcément par l'ordre juridique étatique classique, et devront s'implanter parfois directement dans les ordres juridiques périphériques suivant des processus d'internormativité. Il s'agira ainsi de fonder le cadre juridique s'appliquant à l'entreprise sur

²⁰⁵ Parmi la littérature sur le sujet, pour un premier « bilan » : M. Hautereau-Boutonnet, S. Maljean-Dubois, « Accord de Paris sur le climat : quels effets un an plus tard ? », *D.*, 2016, p. 2328.

²⁰⁶ Cf. *infra* § 266 et s.

²⁰⁷ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 114 ; les auteurs précisent que « *la puissance de l'entreprise est désormais en mesure de surmonter, ou du moins de contourner, l'imperium étatique* ». La pointe avancée de ce phénomène est bien évidemment la situation des marchés financiers.

²⁰⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 2^e éd., 1999 (1^{ère} éd. 1934), p. 197 et s.

²⁰⁹ A. Bernard, « Le marché autorégulé, « une idée folle » ? », *D. chr.*, 2009, p. 2289.

des processus délibératifs nouveaux, garants de l'inscription des entreprises dans le champ social et d'un projet renouvelé de démocratisation économique²¹⁰.

71. La possibilité d'une reconnexion ? Si l'impératif d'une reconnexion du droit de l'entreprise avec la sphère du social peut être mis en évidence, il convient tout-de-même de s'interroger sur la possibilité réelle de parvenir à un tel projet afin de ne pas se trouver dans l'impasse d'une réflexion théorique et surtout exagérément utopique. Pour autant et d'emblée, l'existence de cette possibilité doit être affirmée. Elle s'explique en premier lieu par l'héritage juridique laissé par les expériences libérales du XIX^{ème} siècle, et les réponses apportées face au constat des risques encourus. Si le droit français et la culture juridique qui l'accompagne évoluent dans le sens d'une accentuation de leur dimension économique, il n'en a pas toujours été ainsi et surtout, ils demeurent fondés sur des postulats qui ne se résument aucunement à un droit du « *marché total* ». La conception de l'entreprise en droit est certainement le témoin le plus édifiant de cet état de fait : si les grands courants théoriques se sont opposés au long de la seconde moitié du XX^{ème} siècle sans que soit désigné de « vainqueur » ni construite de synthèse satisfaisante, c'est parce que chacun de ces courants a sédimenté dans le système juridique, contribuant à façonner une entreprise en droit complexe mais irréductible à une lecture juridique ou idéologique univoque. Or, si la théorie contractuelle peut, dans ses formes les plus poussées et modernes, participer à la consécration de l'hégémonie de la sphère économique, demeurent au cœur du droit de l'entreprise des influences multiples qui aident à concevoir d'autres approches de l'entreprise, qui la définissent comme bien plus qu'un acteur de marché. Ces approches doivent être gardées à l'esprit, pour s'inspirer de leurs forces tout en se rappelant de leurs faiblesses.

72. L'émergence de nouveaux facteurs de reconnexion. En parallèle à ce rapport étroit à une histoire récente du droit de l'entreprise, il faut aussi étudier la modernité pour trouver en elle des idées fécondes. Ainsi, pour n'envisager qu'un exemple révélateur, la montée des périls environnementaux donne lieu à un foisonnement de projets dictés par l'urgence d'agir. Il est possible à ce titre de citer aussi bien des principes d'ampleur planétaire comme la notion de développement durable (à consolider juridiquement). À l'autre extrémité du spectre émergent des propositions locales et concrètes tel le recours à la théorie des biens communs

²¹⁰ M. Mendell, « Karl Polanyi et le processus institué de démocratisation économique », *Revue du MAUSS*, 2007/1 (n° 29), p. 460.

pour poursuivre des objectifs de préservation des ressources naturelles²¹¹. Des espoirs réalistes se lèvent donc ; ils doivent être reliés à l'existant puis connectés entre eux pour engager une refondation proprement juridique de l'entreprise.

B. Les voies d'une refondation juridique

73. Le droit de l'entreprise à la connexion des sphères économique et sociale. De toute évidence, le projet esquissé d'une reconnexion de la sphère économique avec la sphère sociale ne peut s'abstenir de faire appel au droit. Il y a deux raisons facilement identifiables à cela. La première tient au fait que le droit lui-même a été mobilisé pour opérer leur déconnexion²¹², et qu'il convient de désamorcer ou déconstruire cette tendance en travaillant sur le droit comme vecteur des relations des sphères économique et sociale, de leur entrelacement. La seconde tient au fait que le droit de l'entreprise est lui-même central dans ces relations : actrices du marché, employeuses, contractantes, et par-dessus tout fondées sur la personne morale conférée au groupement, les entreprises sont cet espace multidimensionnel dans lequel il est possible, à l'aide du droit, d'ordonner les relations d'interdépendances sociales pour leur donner du sens²¹³.

74. Un droit pour reconnecter l'économique et le social. L'impératif de construction d'un droit reliant la sphère économique à la sphère sociale et visant à organiser leur interdépendance ne doit pas être injustement assimilé à un droit visant à démanteler les marchés ou à détruire les structures économiques. Il s'agit au contraire d'affirmer que l'institution de tout marché ou structure relevant de l'ordre économique est permise par le recours à des formes de normativité ; puis de s'appuyer sur ce constat pour affirmer que l'institution juridique de cette sphère économique doit comporter une dimension sociale forte et indispensable que le droit est en mesure de lui conférer²¹⁴. Il ne s'agit pas, pour autant, de refonder un rapport pyramidal et hiérarchique à la relation aux sources de droit, et de n'envisager que l'action de l'État comme déterminant de ces nouvelles propositions normatives. Le constat du fait que les États ont contribué²¹⁵ à l'émergence du marché

²¹¹ Cf. *infra* § 331 et s.

²¹² K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944), p. 206.

²¹³ Bien que devant exprimer une opposition avec son approche de l'entreprise, nous ne pouvons que nous référer aux mots du professeur Lamarche au sujet des difficultés éprouvées par les juristes à l'heure de définir l'entreprise en droit : « *Tout d'abord, chacune des dispositions légales ou réglementaires qui s'y réfèrent ne la saisit que sous certains de ses aspects seulement, sans en percevoir les autres et l'appréhender dans sa globalité.* » Cf. Th. Lamarche, « La notion d'entreprise », *RTD com.*, 2006, p. 709.

²¹⁴ A. Supiot, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, p. 131.

²¹⁵ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications

autorégulé ne signifie pas qu'à l'inverse ils pourront lui conférer une ou des dimensions sociales en les reconnectant à des impératifs sociaux. Le réalisme commande plutôt de prendre acte de l'évolution des sources du droit pour s'en saisir comme relais possibles d'un droit de l'entreprise plus social²¹⁶. Là où les normes privées s'étendent, il faut travailler à leur réorientation, leur contrôle, leurs modalités d'élaboration et configurer surtout leurs objectifs. En substance, répondre au devenir réticulaire du droit en le laissant pas aux seules logiques de marché le soin d'assurer les interconnexions et de remplir les éventuels espaces laissés à l'abandon par le droit étatique²¹⁷. Refaire du droit en acceptant que son agencement soit pluriel et ne réponde pas forcément aux schémas pyramidaux classiques.

75. Un droit social du commerce international. Deux exemples peuvent être avancés pour mieux saisir cette affirmation. Le premier, hors le strict droit de l'entreprise, est celui de la réglementation du commerce international. Soumis à un droit dur ayant permis de faire advenir un marché global, le commerce international est dépourvu des constructions sociales qui pourraient correspondre à cette libre circulation des marchandises et flux financiers. Pour cela, il conviendrait que le droit attache aux accords commerciaux des clauses sociales tout aussi impératives, susceptibles de conférer à ces marchés à tout le moins une dimension sociale, si ce ne sont des objectifs sociaux²¹⁸. Tout le problème tient dans le fait que le travail de conviction ayant conduit à ce que les États s'accordent à l'échelle supranationale est plus compliqué à reproduire dans le champ social que sous l'empire d'idées néolibérales hégémoniques²¹⁹. De plus, les outils juridiques mobilisés sont configurés de telle sorte qu'un État seul peut difficilement réinterroger les structures de la globalisation sans se couper du marché qui la définit²²⁰.

des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 169 et s.

²¹⁶ Sur ce point : L. Casaux-Labrunée, P. Francoual, « L'entreprise sociale », in *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 99.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 121 et s.

²¹⁸ A. Supiot, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *op. cit.* p. 137 : « Explorer la dimension sociale du droit commercial est sans doute l'une des tâches les plus urgentes que devrait se donner la doctrine « travailliste ». La politique de libéralisation du commerce international s'est en effet accompagnée de réformes profondes du droit commercial, dont l'impact sur la sécurité, ou plus exactement sur l'insécurité économique des travailleurs est considérable. Le point commun de ces réformes est de faire prévaloir une représentation purement quantitative et financière de l'activité économique au détriment de la prise en considération des personnes et des choses engagées dans cette activité. »

²¹⁹ O. Favereau, *L'impact de la financiarisation de l'économie sur les entreprises et plus particulièrement sur les relations de travail*, Rapport au Bureau international du travail, avr. 2016. Disponible sur : <http://k6.re/gh6G> [Dernière consultation le 8 nov. 2017.]

²²⁰ P. Behrens, « L'établissement des règles du marché mondial : de l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés », *RIDE*, 2003/3 (t. XVII), p. 348 et s.

76. Un droit social des « réseaux ». Un autre domaine est spécialement propice à une reconnexion entre un droit à vocation économique et la nécessité de lui conférer une dimension sociale : le droit des montages sociétaires. Il est indéniable que la manière avec laquelle le droit des groupements traite de ces montages renvoie à une vocation économique prégnante, figurée par un pouvoir d'organisation et de structuration autour du capital et de ses instruments juridiques²²¹. Depuis longtemps, le droit du travail a investi le « groupe »²²², émanation de ces instruments capitalistes, pour lui conférer une dimension sociale et collective. Il est possible de suivre aujourd'hui la voie tracée par la loi relative au devoir de vigilance pour imposer un regard social et environnemental partout où se manifestent ces instruments juridiques à vocation économique, dont l'effet de différenciation entre les personnes morales tient du droit le plus dur²²³. En pareil cas, la reconnexion permise par le droit consisterait simplement en ce que l'instrument juridique à vocation économique ne puisse être mobilisé indépendamment des conséquences sociales qu'il est susceptible de produire, et que ces conséquences deviennent un véritable déterminant de l'action sur le terrain économique. Surtout, le recours à l'instrument du plan de vigilance dit beaucoup des constructions juridiques auxquelles il faudra consentir : fixation d'objectifs et configuration de l'outil par la puissance publique légiférante ; mais mise en œuvre, contrôle et procédure de mise en place laissés à des acteurs privés largement autonomes. Ce rapport au droit va plus loin que des considérations pour les impératifs sociaux, ou pour l'efficacité de mesures ayant pour objet de les protéger. Est sous-jacente la question démocratique que ces instruments juridiques devront transmettre vers l'entreprise autonomisée, toujours plus détachée du rôle d'« organe » de l'État et de l'ordre juridique que Kelsen conférait aux personnes privées²²⁴.

77. Un droit pour concevoir l'entreprise. Si le droit s'appliquant à l'entreprise peut contribuer à la définition de celle-ci en lui imposant des standards de comportement ou, de manière plus proche de l'idée de régulation, des objectifs et des incitations, il convient de redonner également une place centrale au droit dans la manière dont se conçoivent les entreprises. Il s'agit de mobiliser le droit comme facteur d'une hétéronomie fondée sur une

²²¹ Sur ce point : A. Lyon-Caen, « Retrouver l'entreprise ? », *D.O.*, 2013, p. 196 : « *L'employeur est le contractant du salarié, mais ce contractant, l'employeur, semble doté d'un étrange pouvoir : il peut se façonner à son gré ; il se donne la forme qui lui convient. Il peut se donner une forme sociétaire, mais il peut, ensuite, se scinder en plusieurs sociétés, se fondre dans une autre, transférer la charge de certains contrats de travail à une autre société...* »

²²² M. Kocher, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2013.

²²³ B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *D.O.*, 2013, p. 151.

²²⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 2^e éd., 1999 (1^{ère} éd. 1934), p. 152 et s.

vision abstraite de ce que serait l'entreprise à laquelle il s'applique ; mais de doubler cette intervention par l'appel à une autonomie qui encourage les entreprises à élaborer des règles de fonctionnement qui les détachent de leur nature économique pour les rattacher à leur dimension sociale.

78. Dépasser la seule responsabilité sociale. Cette idée renvoie à la perception développée par les juristes du concept de responsabilité sociale des entreprises, dont ils ont pu souligner le caractère parfois factice ou publicitaire en l'absence de relais étatique ou de moyens d'action pour les parties prenantes. En résumé, le rapport au droit de l'éthique revendiquée par ces entreprises s'est avéré fluctuant tant que l'hétéronomie ne venait pas en saisir le contenu²²⁵. Existe pourtant un type d'acteurs différents qui, dans l'appréhension de leur dimension sociale, se sont historiquement appuyés sur le droit plutôt que de cultiver des formes d'ambiguïté à son égard : les entreprises de l'économie sociale²²⁶. C'est le droit des groupements qui fournit ici une clé de compréhension en posant l'hypothèse d'un pluralisme des modèles juridiques qui rejaillit inmanquablement sur les entreprises que ces modèles permettent d'établir. Il s'agit certainement, puisqu'il faut définir les règles de fonctionnement de ces groupements, d'un droit dur authentique ; mais la pratique conserve la possibilité d'adopter tel ou tel modèle pour répondre à ses besoins ou à ses projets²²⁷. Ce libre choix entre une pluralité de modèles constitue une richesse dans l'optique d'une refondation juridique de l'entreprise appuyée sur une reconnexion entre sphères économique et sociale. Car si le droit des sociétés commerciales reste pour l'essentiel tourné vers la nature économique de l'entreprise, les contre-modèles d'économie sociale perfectionnent, au moins en principe, l'intégration du postulat économique dans un ensemble social plus englobant, renvoyant l'économie à un moyen plutôt qu'à une fin. Le chemin d'une refondation de l'entreprise « sociale », dans laquelle le droit aide à concevoir ce que peut devenir l'entreprise, passe inévitablement par l'exploration de ce pluralisme.

79. Le droit pour interroger les fonctions de l'entreprise. Ce qui, au fond, constitue la colonne vertébrale des divers éléments de l'étude telle qu'elle se présente à ce stade émane du discours que tient le droit au sujet de l'entreprise. Il faut bien remarquer sur ce plan que

²²⁵ A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541.

²²⁶ L. Seeberger, « Historique de l'évolution du droit des coopératives, de ses origines à nos jours », *Recma*, n° 333, juil. 2014, p. 60.

²²⁷ J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 706 : « *En réalité, la personnalité morale remplit une fonction, elle est une réponse juridique à des besoins pratiques et juridiques.* »

l'autonomisation de la sphère économique et son influence toujours plus forte sur le droit sapent la singularité du discours que le droit tient au sujet de l'entreprise, étant entendu que le droit est aussi « *le langage que la société tient sur elle-même* »²²⁸. En imposant l'entreprise exclusivement comme agent économique intervenant sur un marché, le mouvement actuel dénie au droit tout discours qui ne trouverait pas sa référence dans une lecture économique des faits sociaux²²⁹. Face à cette situation, la tentation est grande de produire un appareil théorique visant à redéfinir l'entreprise pour lui dessiner des contours nouveaux qui trouvent leur source dans l'ensemble des sciences sociales se réclamant d'une pensée économique hétérodoxe. Pourtant, la description des impasses intellectuelles auxquelles a mené la confrontation des théories de l'entreprise invite à choisir une autre voie, et à préférer une approche originale. Elle consistera à appréhender l'entreprise sous l'angle des fonctions que le droit lui assigne. Par le terme fonction, notre étude pourrait renvoyer à la définition retenue en biologie, à savoir « *l'ensemble des actes accomplis par une structure organique définie en vue d'un résultat déterminé* »²³⁰. Mais il s'agira surtout de renvoyer à la fonction telle que saisie en particulier par Léon Duguit dans son étude du droit de propriété, à savoir l'utilité à laquelle répond la notion ou le droit conféré dans un contexte social déterminé²³¹. Plutôt qu'un objet univoque, la réflexion sous l'angle des fonctions paraît en mesure de dessiner l'entreprise comme lieu de rencontre et d'interdépendances entre sphères économique et sociale²³² qui, saisies par le droit, construisent un entrelacement parfois contradictoire de rôles à remplir, lesquels justifient les droits accordés et les limites qui leur sont associées. Dans ce cadre, une première approche de l'idée de fonction sociale conduirait à la définir comme les droits et pouvoirs conférés par le droit pour la réalisation d'un objectif social déterminé ; ou les obligations imposées pour accompagner d'une dimension sociale les droits et pouvoirs conférés à des fins économiques. Dépeinte sous l'angle de ses fonctions, l'entreprise ne peut manquer de sortir transfigurée car elle devient à la fois multidimensionnelle (car répondant à une diversité de fonctions) et plurielle (car susceptible de produire divers agencements de ces

²²⁸ J. Le Goff, « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité », in M. Doat, J. Le Goff, P. Pédrot, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2007, p. 103.

²²⁹ A. Bernard, « *Law and Economics, une science idiote ?* », *D. chr.*, 2008, p. 2806.

²³⁰ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, définition disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/fonction> [Dernière consultation le 14 sept. 2017.]

²³¹ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920.

²³² Cette lecture par les fonctions n'est pas entièrement ignorée de la doctrine, comme en témoigne le traité de droit du travail consacré à l'entreprise (N. Catala, *L'entreprise*, in G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t. 4, Dalloz, 1980, p. XI et s.) ; mais les fonctions de l'entreprise y sont posées comme un acquis, et l'étude ne se structure pas autour d'elles.

fonctions). Or cette voie pour l'analyse de l'entreprise impose, pour en saisir la multiformité, de mobiliser un certain appareillage méthodologique.

C. Champ et méthode de l'étude

80. Approche pluridisciplinaire. Le caractère multidimensionnel du principal objet d'étude que constituera l'entreprise impose de l'aborder à travers un regard qui ne pourra être que pluridisciplinaire. Il convient cependant de se concentrer sur deux des disciplines juridiques s'intéressant à l'entreprise, en raison de leur caractère structurant. La première mobilisée sera sans surprise le droit des groupements. Sa vocation organisationnelle cache, dans sa partie sociétariste, un socle d'une grande stabilité pour la fonction économique de l'entreprise incarnée dans la création de la personne morale²³³. Ce pouvoir structurant de la matière est cependant loin d'être univoque, comme le suggèrent les modèles d'économie sociale. Dès lors, le droit des groupements est un champ d'étude indispensable pour penser les fonctions de l'entreprise dans leur pluralité. Face à l'évidence du rôle du droit des groupements dans la structuration de l'entreprise, celui du droit du travail peut sembler plus marginal, en décalage face aux enjeux posés. La théorie institutionnelle a pourtant démontré à quel point le droit du travail est central dans la configuration de l'entreprise comme espace communautaire, et irrigue encore aujourd'hui de larges pans du droit collectif du travail²³⁴. Cette approche héritée de l'histoire de la pensée juridique relative à l'entreprise se double d'un second constat. Le droit du travail est en effet, de notre point de vue, la discipline juridique première susceptible d'attribuer à l'entreprise une fonction dépassant le cadre économique. Les salariés, en particulier collectivement, représentent *de facto* la plus immédiate « partie prenante »²³⁵ à l'activité économique et celle qui, de l'intérieur de l'entreprise, est la plus susceptible de participer à une reconfiguration. Mais en parallèle, les salariés subissent le plus directement l'autonomisation de la logique économique du droit de l'entreprise. Si le droit du travail doit être mobilisé, c'est qu'au fond il est le plus directement

²³³ En témoigne la dimension lucrative de la société telle qu'instituée par le Code civil. Sur les débats relatifs à une remise en cause de cette dimension du Code civil : A. Couret, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D. chr.*, 2017, p. 222.

²³⁴ F. Géa, « Pouvoir et responsabilité en droit du travail », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 226. Cf. également Th. Lamarche, « La notion d'entreprise », *RTD com.*, 2006, p. 718 : « En ce sens, le développement récent du droit du travail nous montre, s'il en était encore besoin, que les relations de travail dépassent le simple cadre du lien contractuel et ne peuvent se réduire à une analyse de nature exclusivement patrimoniale entre un débiteur et un créancier. La théorie institutionnelle de l'entreprise admise progressivement dans la législation du travail, l'expression manifeste d'une citoyenneté du salarié, la reconnaissance par les textes d'une certaine liberté politique et syndicale au sein même de l'entreprise, d'un droit d'expression sur l'organisation et les modes de conduite de son activité, ne peuvent s'expliquer autrement que par une dimension extrapatrimoniale. »

²³⁵ F.-G. Trébulle, « Stakeholders theory et droit des sociétés (I) », *BJS*, 2006, p. 1348.

affecté par le devenir de l'entreprise, son inscription dans le temps comme la définition de ses périmètres. Ce n'est pas un hasard si les plateformes numériques de mise en relation qui se défendent pourtant de tout lien de subordination avec les prestataires de service (livreurs, conducteurs, ...) ont été visées dans le Code du travail, sous la forme encore à parfaire d'une « *responsabilité sociale* »²³⁶ : l'enjeu de structuration des entreprises, surtout quand leur forme mute, impose le recours au droit du travail. Ce dernier a donc un véritable discours à tenir sur l'entreprise, et spécialement sur l'articulation de ses fonctions sous l'angle d'une reconnexion entre la sphère économique et la sphère sociale qui se rencontrent en son sein.

81. Approche interdisciplinaire. Ce qui apparaît marquant à l'observation de ces champs d'étude à partir desquels sera analysée l'entreprise, c'est le potentiel qui naît de leur combinaison dans une perspective interdisciplinaire. Il est évident que le droit des groupements et le droit du travail communiquent. Forcé de trouver des moyens de s'adapter à des constructions qui lui échappent, le droit du travail paraît en quelque sorte « courir après » un droit des groupements imposant ses logiques propres, le plus souvent économiques. Seuls quelques épiphénomènes législatifs, telle la recherche d'un repreneur en cas de fermeture d'établissement²³⁷, ou l'information des salariés sur la vente de participation majoritaire²³⁸ vont en sens inverse. Il y a pourtant tout lieu de croire que ce dialogue doit s'intensifier, à l'appel d'une doctrine qui a saisi les enjeux de la question²³⁹. Notre analyse fondée sur la nécessité de reconnecter la sphère économique et la sphère sociale abonde en ce sens : la position subalterne du droit du travail dans ses échanges avec le droit des groupements est un témoignage de l'autonomisation des logiques économiques. Imposer un dialogue qui verrait le droit des groupements, en particulier des sociétés, s'adapter à certaines exigences portées par le droit du travail au relais du corps social serait une manière d'opérer cette reconnexion, le pouvoir organisationnel du droit des groupements étant dès lors réintégré dans des logiques autres qu'exclusivement économiques.

²³⁶ C. trav., art. L. 7342-1 ; I. Desbarats, « Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi », *Dr. soc.*, 2017, p. 971.

²³⁷ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, art. 1 à 3.

²³⁸ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 18 à 22.

²³⁹ Sur ce point : S. Vernac, « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, p. 578, note sous Cons. const., 17 juillet 2015, n° 2015-476 QPC ; l'auteur note : « *L'exercice législatif consistant à insérer des prérogatives des salariés dans le livre II du code de commerce est donc un art délicat, qui commande rigueur, précision et équilibre. Il suppose probablement un compromis social. Peut-être est-ce la principale raison des difficultés rencontrées dans l'élaboration d'un droit à l'information préalable des salariés. Pourtant, rompre avec les (nombreux) cloisonnements entre le droit du travail et le droit des sociétés est une condition pour que naisse enfin, en droit, l'entreprise et que soient pleinement considérées, outre ses pouvoirs, ses responsabilités.* » Cf. également : S. Vernac, « Les perspectives d'un dialogue entre le droit du travail et le droit des sociétés », *RDT*, 2013, p. 236.

82. La position surplombante du droit constitutionnel. Dans ce dialogue disciplinaire, la place du droit constitutionnel est fondamentale car il se positionne en surplomb. Nombreux sont les exemples, dont le plus édifiant est celui de la loi dite « Florange »²⁴⁰, qui donnent à voir en quoi l'analyse constitutionnelle des interactions entre fonction économique de l'entreprise et exigences portées par des textes sociaux débouche *in fine* sur un arbitrage tenant à l'appréciation de la liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre, selon la manière dont elle est saisie pour justifier ou non les pouvoirs conférés dans l'entreprise, dessine l'entreprise et spécifiquement ses fonctions au nom d'un « *métaprin*cipe » constitutionnel donc systémique²⁴¹. C'est la façon dont le Conseil constitutionnel a pu donner l'impression de séparer les sphères économique et sociale qui conduit à remettre en question ses solutions pour réorganiser, depuis le droit constitutionnel lui-même, le dialogue, les relations et l'articulation entre les fonctions de l'entreprise.

D. Plan de l'étude

83. Face aux impasses dans lesquelles les théories de l'entreprise en droit enferment le sujet, et compte-tenu de l'évolution de l'entreprise vers une condition d'agent économique en droit du travail comme en droit des groupements, un renouvellement du regard porté sur le sujet apparaît indispensable. Afin de dépasser les césures qui complexifient la communication entre disciplines juridiques, notre étude avancera en premier lieu que le droit, par le discours qu'il porte sur la figure de l'entreprise, lui attribue une pluralité de fonctions entre lesquelles un équilibre doit être trouvé (**Partie 1**). Le fait que l'entreprise, au sens du droit, n'ait pas une mais des fonctions explique les tensions qui peuvent naître entre disciplines et en leur sein entre dispositifs poursuivant des objectifs divergents, voire concurrents. L'identification de ces fonctions consistera pour l'essentiel à mettre au jour une fonction économique, évidente jusqu'à sembler hégémonique²⁴², et une fonction sociale au sens large dont le régime est à la fois à conceptualiser et à cartographier. Mais il ne s'agira pas de s'en tenir à une coexistence de ces fonctions : la dynamique et l'intérêt du sujet résident dans la recherche d'un équilibre entre ces fonctions, seul susceptible de repenser la place qu'occupent les entreprises dans notre droit, et le rôle que ce dernier leur confie. Cette quête d'équilibre ne doit pas conduire à

²⁴⁰ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC ; *Dr. soc.*, 2014, p. 574, obs. P.-H. Antonmattei ; *LPA*, 27 mai 2014, n° 105, p. 4, note G. Casu ; *cf. infra* § 141.

²⁴¹ L. Fontaine, A. Supiot, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 759 et s.

²⁴² Y compris historiquement : P. Le Cannu, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *BJS*, 2012, p. 672.

contrebalancer l'importance prise par la fonction économique de l'entreprise en prônant sa marginalisation au profit de la fonction sociale. Au contraire, nos travaux font le pari d'un lien intime à revisiter entre ces fonctions dans le but de réaffirmer leur interdépendance. C'est en effet dans la configuration de cette relation entre sphères économique et sociale que le droit doit pleinement assumer son rôle structurant, à contre-courant d'un effacement et d'une uniformisation²⁴³ auxquels conduit l'inscription dans le seul référentiel économique.

84. L'identification des fonctions de l'entreprise et la recherche entre elles d'un délicat équilibre conduiront dans un second temps à se concentrer sur la fonction sociale de l'entreprise. Si sa fonction économique s'impose comme une évidence, sa fonction sociale suppose d'être structurée pour être consolidée. **(Partie 2).** Ce constant affleure à l'observation de régimes juridiques divers mais dont le point commun réside dans l'encouragement adressé aux entreprises à produire leurs propres normes. Cette autonomie normative, écartant les entreprises du carcan des ordres juridiques étatiques, impose dans le champ de notre étude la problématique de ces instruments juridiques porteurs d'une lecture de l'entreprise insistant tantôt sur leur fonction économique, tantôt sur leur fonction sociale. C'est le développement de cette dernière que poursuivront nos travaux, en recherchant quelle part de fonction sociale peut s'exprimer dans les entreprises en général, et sous quelle forme ; et en quoi des modèles d'entreprise font le choix délibéré de la poursuite de déclinaisons spécifique d'une fonction sociale. Le paysage né de cette consolidation du rôle de la fonction sociale de l'entreprise s'éloignera ainsi de l'uniformité à laquelle la théorie économique standard paraît condamner les entreprises²⁴⁴. C'est précisément la consécration de cette diversité comme une richesse dont il faut célébrer l'héritage juridique et cultiver la régénération²⁴⁵ : elle traduit la pluralité des aspirations humaines, et c'est à leur transposition dans l'ordre juridique qu'il convient de réfléchir.

²⁴³ Comme le souligne un auteur au pic d'influence de la *corporate governance* : « Une certaine uniformisation des règles du marché est d'ores et déjà en cours sous l'influence des investisseurs anglo-saxons et ce mouvement se poursuivra certainement parce que la libre circulation des capitaux l'entraîne (...) » ; Ph. Bissara, « Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ? », *Rev. sociétés*, 2000, p. 72. Plus généralement sur les convergences vers un modèle d'entreprise uniformisé : H. Hansmann, R. Kraakman, « The End of History for Corporate Law », *Georgetown Law Journal*, 2001, p. 439.

²⁴⁴ Ch. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22 ; O. Favereau, T. Sachs, « Regards croisés sur la financiarisation, le travail et le droit », *RDT*, 2017, p. 250.

²⁴⁵ Dans cette perspective : J.-L. Laville, « Avec Mauss et Polanyi, vers une théorie de l'économie plurielle », *Revue du MAUSS*, 2003/1 (n° 21), p. 237.

Première partie. L'entreprise et ses fonctions : des équilibres à trouver

85. Par effet de réduction et par-delà les approches doctrinales, l'entreprise en droit pourrait se résumer à l'exercice de la liberté d'entreprendre. Cette dernière justifie au plus haut point de l'ordre juridique interne les pouvoirs conférés dans le cadre de l'activité entrepreneuriale²⁴⁶. C'est par conséquent autour de ce principe structurant qu'il convient d'articuler le premier temps de ces recherches : dans les équilibres à inventer entre exigences économiques et nécessités sociales, c'est bien le périmètre de la liberté d'entreprendre qui est en jeu. Or, une telle réflexion suppose d'envisager le plus clairement possible cette liberté d'entreprendre : son contenu, la version qu'en donne le droit communautaire dont l'attachement aux libertés économiques est manifeste, les limites que le Conseil constitutionnel a pu lui opposer (**Titre I**). L'encadrement de la liberté d'entreprendre ne peut cependant reposer que sur une interrogation de sa fonction dans l'ordre juridique, et à ce titre, sur le constat qu'elle ne peut être conçue comme un principe autonome, détaché des déterminants d'un champ juridique porteur d'autres valeurs et principes. Le constat relatif au contenu du principe laisse place à des propositions quant à sa possible évolution, par les relations qu'il établit à d'autres notions, et quant à ce qui justifie son existence dans l'ordre juridique. De ce point de vue, l'angle choisi vise clairement à bousculer les schémas habituels : il s'agit de réfléchir à l'entreprise résultant de l'exercice d'une liberté de nature économique²⁴⁷, sous l'angle de sa fonction sociale, donc de son intégration à un édifice juridique qui la dépasse. Ce mouvement imposera de décrire l'émergence de cette fonction sociale de l'entreprise par la conception de bases conceptuelles solides, et en examinant ses manifestations en germe dans le droit de l'entreprise (**Titre II**).

²⁴⁶ Dans une logique pyramidale empruntant aux conceptions de Hans Kelsen, le pouvoir d'agir conféré dans l'ordre juridique aux personnes privées ne peut que descendre de l'ordre juridique lui-même, au sommet duquel se trouve la constitution. Supposément, la plus haute garantie qu'il est possible d'offrir à ce pouvoir d'agir est de le protéger au niveau le plus haut de l'ordre juridique. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 2^e éd., 1999 (1^è éd. 1934), p. 224 et s.

²⁴⁷ Cf. S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis, 2015. Pour une actualité : P. Delvolvé, « Les libertés économiques », *RFDA*, 2017, p. 33.

TITRE I : La prédominance de la fonction économique

86. Revenir aux (droits) fondamentaux. Peut-être le pari majeur de cette étude consiste-t-il à reposer la question abondamment discutée de l'entreprise en renouant avec ses racines. Ces racines font de l'entreprise un pouvoir d'agir dans l'ordre économique : il s'agit de la liberté d'entreprendre. Sans la consécration d'un tel principe, de sérieuses entraves pourraient s'élever à l'encontre de ceux souhaitant s'engager dans l'acte d'entreprendre, ou à l'encontre de ceux, déjà actifs et participants d'une entreprise, qui souhaitent disposer d'une liberté dans la gestion de celle-ci. S'attacher à observer la liberté d'entreprendre revient donc à décrire un régime juridique garant de droits d'agir (**Chapitre I**). Par effet miroir, il convient ensuite d'envisager quelles limites peuvent lui être opposées, et de décrypter leurs justifications par des impératifs de nature sociale autant que le degré de contrainte qu'elles manifestent (**Chapitre II**). Pour ce faire, la liberté d'entreprendre peut être utilement saisie au travers des décisions du Conseil constitutionnel, lequel en a dessiné le principe aussi bien que les contours dans des interventions qui continuent de susciter les controverses doctrinales²⁴⁸. À travers une jurisprudence qui continue de s'étoffer, le Conseil constitutionnel permet de comprendre quelle place la liberté d'entreprendre occupe aujourd'hui dans l'ordre juridique, quelles fonctions elle poursuit et, de manière décisive, quelle entreprise elle dessine en creux. Pour autant, si le caractère constitutionnel de la liberté d'entreprendre suffit à la faire accéder au rang des droits et libertés fondamentaux, l'influence communautaire ne saurait être ignorée. D'abord car, comme les dispositions constitutionnelles, elle occupe une position supra-législative ; ensuite parce que la liberté économique défendue au niveau communautaire l'est avec une vigueur supérieure, qui produit des conséquences originales.

²⁴⁸ Pour un exemple récent et éclairant de différences notables de perception : Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC ; à propos de cette décision, un vif échange : J.-P. Chazal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D. chr.*, 2014, p. 1101 ; L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? », *D. chr.*, 2014, p. 1287.

CHAPITRE 1 : La liberté d'entreprendre, fondement de la fonction économique de l'entreprise

87. L'élément le plus marquant à l'étude du contenu du principe de liberté d'entreprendre réside dans le décalage chronologique entre le temps de son apparition, et celui de sa déclinaison. La notion est en effet appuyée juridiquement sur les textes issus de la Révolution française que sont la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, le Décret d'Allarde et la loi Le Chapelier. Cette origine pèse fortement sur le contenu du principe, puisqu'elle reflète les préoccupations de son époque. Or le recours à ce principe dont la dimension constitutionnelle s'est établie à partir de 1982²⁴⁹ répond à des impératifs très différents, qu'il convient d'éclairer par les décisions les plus récentes du Conseil constitutionnel qui démontrent sa vigueur (**Section 1**). Par voie de conséquence, la notion connaît une diversité de déclinaisons dont l'orientation laisse supposer qu'il est nécessaire de les réinterroger, y compris en recourant à des comparaisons avec les libertés économiques communautaires (**Section 2**). Pour garder à l'esprit un cadre général dans lequel nos développements s'inscriront, il est possible de fixer comme première définition de la liberté d'entreprendre qu'elle « *permet le libre exercice de toute activité économique* », ce qui suppose à la fois un libre accès à l'activité économique, et un libre exercice de celle-ci²⁵⁰.

Section 1 : La vigueur du principe de liberté d'entreprendre

88. L'étude de la liberté d'entreprendre et de ses origines impose un découpage chronologique permettant de saisir les différentes phases de son déploiement. Une place évidente doit être faite à la naissance révolutionnaire du principe, laquelle emporte certains déterminismes (**Paragraphe 1**). Pour autant, la notion connaît depuis les années 1980 une actualité inhérente à sa mobilisation par le Conseil constitutionnel, dont il convient de dégager les paramètres (**Paragraphe 2**).

§ 1. Un héritage de la période révolutionnaire

89. La doctrine s'accorde à considérer que la liberté d'entreprendre trouve sa source dans des textes révolutionnaires qui doivent être observés en tant que sources textuelles (A), mais qui sont également porteurs d'une éthique libérale (B).

²⁴⁹ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-182 DC.

²⁵⁰ L. Favoreu, J. Tremeau, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, A. Pena, G. Soffoni, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2015, p. 320.

A. Les assises du principe

90. L'émergence du principe de liberté d'entreprendre peut être décelée dans les textes fondateurs que sont le Décret d'Allarde et la loi Le Chapelier (1). Mais la valeur demeurée incertaine de ces textes dans le concert des droits fondamentaux pousse le Conseil constitutionnel à rattacher la liberté d'entreprendre au texte de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, et plus précisément à son article 4 (2).

1. Les sources textuelles : décrets d'Allarde et loi Le Chapelier

91. Importances respectives des deux textes. Les liens sont étroits entre le principe actuel de liberté d'entreprendre et les textes de la période révolutionnaire que sont les Décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, et la loi Le Chapelier du 14 juin de la même année. Mais ces deux textes n'ont pas le même rôle, et surtout pas la même importance. Ce sont en réalité les Décrets d'Allarde qui donnent corps au principe de liberté d'entreprendre en proclamant un autre principe, préexistant conceptuellement : la liberté du commerce et de l'industrie. En énonçant par leur article 7 qu'il « sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon » tout en précisant qu'elle sera tenue « de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits », les Décrets fondent en effet le principe, contraire à celui établi sous l'ancien régime, selon lequel en matière économique, la liberté des individus sera le principe et la restriction l'exception²⁵¹. Le rôle de la loi Le Chapelier est moins décisif sur le fond. Elle constitue plutôt une garantie que ni les corporations, ni les associations ouvrières ne pourront se former et apporter des restrictions à la liberté d'entreprendre nouvellement proclamée²⁵². En d'autres termes, cette loi est le versant répressif des Décrets d'Allarde, un ajout qui apparaît à l'époque indispensable face aux réflexes d'un corps social susceptible de résister. Mais son apport au plan notionnel demeure marginal, surtout au regard de son incidence pratique : l'interdiction des syndicats durant une grande partie du siècle suivant²⁵³.

92. Distinction entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie.

Un regard vers la jurisprudence du Conseil d'État permet d'observer les liens qu'entretiennent les deux principes. Pour les juges administratifs, il semble en effet qu'il n'y ait pas lieu de

²⁵¹ S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis, 2015, p. 21.

²⁵² F. Soubiran-Paillet, « De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier » in J.-P. Le Crom (dir.), *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, Éd. de l'Atelier, 1998, p. 17 et s.

²⁵³ J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, p. 125 et s.

distinguer entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie²⁵⁴. De fait, elles concourent conjointement à assurer la possibilité d'exercer une activité économique. Cette possibilité est offerte aux personnes privées ; c'est face à elles que l'ensemble du corps social, mais surtout l'État sont visés comme étant en position d'attenter à ces libertés. L'État est pointé à double titre : en ce qu'il peut être tenté d'apposer ses propres restrictions, mais également en ce qu'il est en situation de reconnaître certains mouvements du corps social comme porteurs de restrictions légitimes à ces libertés. Ceci explique que la jurisprudence administrative ait été longtemps en première ligne, puisqu'était analysée au contentieux et devant elle l'ingérence étatique ou publique dans le champ économique²⁵⁵. Ce n'est que dans un second temps que le Conseil constitutionnel s'est intéressé au sujet en observant quant à lui l'activité législative.

93. Appréciation doctrinale. Les liens entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie sont diversement appréciés par la doctrine. Certains auteurs considèrent la liberté du commerce et de l'industrie comme une composante d'une liberté d'entreprendre plus englobante, vue comme un réceptacle des libertés économiques en général ; d'autres, plus attachés à une approche classique et aux fondements textuels, considèrent au contraire que la liberté du commerce et de l'industrie est un socle duquel la liberté d'entreprendre doit être inférée²⁵⁶. Ces auteurs s'accordent pour considérer que l'origine de la liberté d'entreprendre réside bien dans les Décrets d'Allarde, et l'importance de ce constat conduit à éviter de s'enfermer dans un débat relatif à l'émancipation réelle ou supposée de la liberté d'entreprendre. À bien y regarder, il convient au contraire, pragmatiquement, de rattacher ces deux libertés à l'ensemble plus vaste des libertés économiques, dans lequel peut également être versée la libre concurrence. Ce champ présente l'intérêt majeur de laisser une place aux libertés issues du droit communautaire. Celui-ci classe en effet sous l'appellation générale de « libertés professionnelles » la libre circulation des travailleurs, mais surtout la liberté d'établissement et la libre prestation de services²⁵⁷. Dès lors il est possible d'affirmer que si la liberté d'entreprendre trouve sa source essentiellement dans les Décrets d'Allarde, elle a connu de multiples relais jusqu'à son appréhension actuelle,

²⁵⁴ En ce sens : E. Glaser, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2013, p. 2536.

²⁵⁵ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Précis Domat, 5^{ème} éd., 2016, p. 56, n° 71.

²⁵⁶ S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis, 2015, p. 19.

²⁵⁷ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Précis Domat, 5^{ème} éd., 2016, p. 59 et s.

qui voit la convergence entre conception historique du droit interne et influence du droit communautaire.

94. Rattachement insuffisant aux Décrets d'Allarde. Pour autant, le rattachement de la liberté d'entreprendre aux Décrets d'Allarde pose une difficulté majeure qui tient à la portée incertaine de ce texte dans l'ordre juridique. Bien que le terme Décret soit trompeur et cache un texte dont la valeur réelle est celle d'une loi²⁵⁸, il n'est pas un texte assimilable à des dispositions ayant valeur constitutionnelle. Il semble que le Conseil d'État ait pris acte de cette situation en attribuant aux Décrets d'Allarde la valeur de principe général du droit en ce qu'ils fondent la liberté du commerce et de l'industrie²⁵⁹, plus de 50 ans après la reconnaissance initiale de cette liberté²⁶⁰. L'objectif de ces recherches étant d'observer les marges de manœuvre du législateur dans l'équilibre entre libertés économiques et droits sociaux, il convient de s'attacher à une observation minutieuse de l'analyse du Conseil constitutionnel qui a pour originalité de se fonder sur une source textuelle différente.

2. Le rattachement à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

95. Contexte de la reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel. La mise en évidence par le Conseil constitutionnel du principe de liberté d'entreprendre est réalisée par une décision du 16 janvier 1982²⁶¹. Le Conseil est à cette occasion sommé de se prononcer sur la loi dite de nationalisations adoptée en fin d'année 1981. Face à ce texte, les parlementaires d'opposition fondent leur saisine notamment sur les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (partie intégrante du bloc de constitutionnalité) et spécialement sur le droit de propriété, qu'ils estiment atteint par les dispositions en cause. C'est donc en lien avec les notions de droit de propriété et de liberté que le Conseil précise, au détour du seizième considérant de sa décision, que « *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* ». Ce n'est donc pas à un texte spécifique mais à la définition générale de la liberté que le Conseil constitutionnel rattache la notion de liberté d'entreprendre : elle serait une des dimensions de la liberté en

²⁵⁸ J.-L. Mestre, « La nature législative du décret du 16 fructidor an III », *RFDA*, 2012, p. 915 et s.

²⁵⁹ CE, 29 sept. 2003, *Fédération nationale des géomètres-experts*, n° 221283.

²⁶⁰ CE, 22 juin 1951, *Daudignac*, n° 00590.

²⁶¹ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-182 DC ; cf. P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Roux, E. Oliva, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 18^{ème} éd., 2016, p. 442.

général, et il suffit par conséquent pour la proclamer de s'appuyer sur fondement juridique définissant et protégeant la liberté en général.

96. Interrogations doctrinales. La mise en exergue de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel n'a pas de conséquences concrètes sur la loi observée en 1982 : ce dernier constate *in fine* « *qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789* »²⁶². Cette apparition du principe de liberté d'entreprendre n'en a pas moins agité la doctrine. Devant ce principe constitutionnel nouvellement érigé, mais relié par sa racine à l'époque de la Révolution française, des auteurs ont tenté d'apporter des éléments de justifications ou au contraire des critiques quant à la légitimité d'un tel choix. Un échange particulièrement vif oppose à ce sujet les professeurs Robert Savy et Jean-Louis Mestre. Pour le premier²⁶³, la décision du Conseil constitutionnel est marquée du sceau d'un libéralisme qui transpire de la lettre de la Déclaration de 1789, mais qui sied fort mal à l'évolution de la société et à un contexte qui vient de voir l'installation d'un gouvernement de gauche. De fait, se pose directement la question de l'obstruction par le Conseil constitutionnel d'un choix de société et de système économique qui diffère ouvertement d'une forme de libéralisme économique, et qui tout au moins remet en cause la prééminence des valeurs économiques dans l'ordre social. Le second répond en défense de la décision et sur le terrain de l'histoire législative²⁶⁴. Son principal argument consiste à voir dans l'argumentation du Conseil non seulement un retour à la lettre, mais surtout à l'esprit de la Déclaration de 1789. Est relevée en particulier la forte continuité, démontrée par les débats parlementaires de l'époque²⁶⁵, entre la liberté proclamée sans précision en 1789, et les libertés économiques des Décrets d'Allarde. Dès lors, il y aurait un lien de filiation direct faisant de ces Décrets la traduction économique de la liberté défendue en 1789. Il serait donc en toute logique juridique possible d'établir entre les deux textes et les deux notions un lien, que le Conseil se contente de dévoiler.

97. Liens entre liberté d'entreprendre et droit de propriété. De manière notable, le Conseil constitutionnel fait dans sa décision le lien entre liberté d'entreprendre et droit de

²⁶² Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-182 DC, consid. 20.

²⁶³ R. Savy, « La constitution des juges », *D. chr.*, 1983, p. 105.

²⁶⁴ J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D. chr.*, 1984, p. 1.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 3. L'auteur note : « *D'Allarde fait valoir aux Constituants cet argument révélateur : la consécration de la liberté du commerce et de l'industrie n'est qu'« une suite de vos principes », de ceux que vous avez proclamés.* »

propriété. Ce lien pourrait sembler incident. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, fondement de la saisine, relie lui-même défense de la liberté et de la propriété, élevés au rang des « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* »²⁶⁶. Il est vrai également que l'occasion de la saisine porte atteinte à chacun des deux principes : la nationalisation dans son principe conduit pour l'entreprise privée visée à voir la propriété son capital transférée vers le secteur public, et aboutit à un transfert l'intention entrepreneuriale vers l'État, donc à un remplacement par l'initiative publique. Ce lien, réapparu notamment dans la décision relative à la loi dite « Florange »²⁶⁷, n'est pas anodin au plan conceptuel : dans l'esprit libéral qui préside à ces productions normatives de l'ère révolutionnaire, la propriété sert d'outil à la liberté d'entreprendre tout autant que la liberté d'entreprendre est la voie privilégiée pour l'enrichissement patrimonial, donc pour une forme de défense de la propriété.

98. Valeur conférée au principe de liberté d'entreprendre. S'il est hypothétique d'imaginer que le Conseil aurait pu appuyer sa démonstration sur les Décrets d'Allarde, force est de constater que le choix du rattachement à la Déclaration de 1789 donne une assise très forte à la liberté d'entreprendre. La doctrine relève en effet que cette décision est également celle qui rend « *toujours applicable* »²⁶⁸ le texte de 1789, ce qui a pour conséquence de lui conférer une « *portée considérable* » et d'en faire un « *texte fondamental* »²⁶⁹ s'agissant de sa place dans la jurisprudence constitutionnelle. Autant de caractères qui, par translation, peuvent être appliqués à la liberté d'entreprendre elle-même, puisqu'elle est conçue par le Conseil comme découlant de ce texte. La plus grande attention doit dès lors être apportée à son contenu, en débutant par l'esprit des références maniées pour la défendre.

B. La philosophie du principe, reflet d'une éthique libérale

99. Une essence libérale incontestable. La proclamation de la liberté d'entreprendre sur le fondement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne peut qu'avoir des conséquences sur le contenu du principe lui-même. Cette connexion réalisée entre un principe mobilisé dans la période contemporaine et une source retrouvée près de 200 ans

²⁶⁶ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.* »

²⁶⁷ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, consid. 15.

²⁶⁸ P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Roux, E. Oliva, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 18^{ème} éd., 2016, p. 451.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 453.

auparavant conduit à d'importants questionnements sur l'esprit de cette disposition et sur la correspondance entre cet esprit et la situation actuelle. L'angle principal de cette difficulté réside dans la notion de libéralisme. La démonstration du Professeur Mestre rejoint cette idée et la développe²⁷⁰ : si la Déclaration de 1789 porte en germe la liberté d'entreprendre, c'est précisément car l'esprit de cette époque est profondément libéral, au plan politique comme économique.

100. Raison d'être et conséquences du libéralisme de la période révolutionnaire. Ce libéralisme révolutionnaire génère la liberté d'entreprendre, *via* celle du commerce et de l'industrie, dans un but précis qu'il convient de rappeler : l'extraction de la société hors les carcans de l'ancien régime. C'est à l'époque l'abolition des corporations qui est visée par les constituants, et par voie de conséquence la libération des compagnons de l'emprise de leurs maîtres. Cette pensée est résumée par la voix de Le Chapelier lui-même, qui fait savoir sans ambiguïté lors des débats sur la loi qui portera son nom : « *Il n'y a plus de corporations dans l'État ; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation.* »²⁷¹ De telles idées, présentes en germe dans la période prérévolutionnaire avec la montée en puissance intellectuelle des physiocrates (dont le point d'orgue sera l'édit Turgot de 1776, rapidement abrogé) connaissent à ce moment là une consécration absolue, en dépit de résistances relevant essentiellement des forces conservatrices et traditionnalistes. Cette consécration se démarque de la pensée des physiocrates en dépassant la simple observation économique : elle a pour objectif de fonder l'ensemble du champ politique et social sur cette vision²⁷².

101. Développement d'un appareil critique à l'endroit du libéralisme de 1789. Pour autant, dans les plus de deux siècles qui séparent la Révolution française des préoccupations qui animent nos travaux, nombreux ont été les discours critiques à l'égard de la Déclaration de 1789, et surtout de son esprit. Dès l'origine, les parlementaires, sans renoncer à leur projet de fondation d'un ordre social libéral, notaient et reconnaissaient que ce modèle de société, fait de rapports interindividuels, conduisait à une réduction des protections et à une

²⁷⁰ J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D. chr.*, 1984, p. 3.

²⁷¹ J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, p. 125.

²⁷² Sur ce point : Y. Charbit, « L'échec politique d'une théorie économique : la physiocratie », *Populations*, 2002/6 (vol. 57), p. 873.

précarisation corrélative²⁷³. Ces constats initiaux ne seront pas démentis par le XIX^{ème} siècle, et donneront lieu à une féroce dénonciation marxiste des idéaux révolutionnaires, décrits comme essentiellement bourgeois, et voués à faire triompher, dans les rapports entre intérêts individuels, l'intérêt d'une classe dominante²⁷⁴. C'est cet appareil critique ayant saisi la question sociale qui, au XX^{ème} siècle, permettra dans les pays occidentaux soucieux des droits de l'homme la survenue de droits dits de seconde et de troisième génération ne se contentant pas de la liberté éthérée de 1789, mais prenant au contraire soin d'inscrire les individus dans leur espace social, en tenant compte de leur condition d'existence²⁷⁵.

102. Transmission de l'éthique libérale par la jurisprudence constitutionnelle. Le libéralisme révolutionnaire ayant donné naissance à la liberté d'entreprendre a donc une histoire contrastée, ce qui explique que sa reprise comme référence par le Conseil constitutionnel soit discutée. Les sages ont-ils réellement voulu apporter par leur choix une coloration libérale assumée aux normes constitutionnelles ? Certains auteurs, au premier rang desquels le Professeur Guibal, le pensent et défendent la cohérence de la démarche. Constatant l'absence de référence à la liberté du commerce et de l'industrie dans les textes constitutionnels postérieurs à 1848, ce dernier s'interroge : « *Est-ce à dire qu'elle ne serait plus reconnue comme une des bases économicosociales de notre système politique ? Évidemment, non. Culturellement, son admission est manifeste. Juridiquement, son admission est implicite, mais manifeste, par les régimes organisés par les lois constitutionnelles de 1875, la Constitution de 1946 et la Constitution de 1958.* »²⁷⁶ Et d'évoquer à la suite le renvoi direct fait par le préambule de la Constitution de 1958 vers la Déclaration de 1789. Dès lors le même auteur conclut que cette liberté est « *le pilier central, voire unique, du libéralisme économique* », non sans préciser qu'il « *n'est pas certain que cette liberté fonde seule le libéralisme économique et il n'est pas certain non plus qu'elle ne concerne que le libéralisme économique* »²⁷⁷. L'éthique libérale serait donc consciemment transmise ou transportée depuis 1789 jusqu'à nos jours, par un geste d'extension constitutionnel dont la portée interroge.

²⁷³ J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, p. 126.

²⁷⁴ L. Favoreu, J. Tremeau, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, A. Pena, G. Soffoni, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2015, p. 41 et s.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 25.

²⁷⁶ M. Guibal, « Commerce et industrie », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2015, § 12.

²⁷⁷ *Ibid.*, § 1.

103. Discussions autour de la présence d'une éthique libérale au cœur du bloc de constitutionnalité. Si la liberté d'entreprendre relève indéniablement d'une logique libérale et d'une tradition de pensée encore vivace, plus épineuse est la question de savoir si les normes constitutionnelles étaient ou non l'instrument idoine pour s'en faire l'écho. Il s'agit du fondement principal de la critique immédiate formulée par le Professeur Savy²⁷⁸ : dans quelle mesure est-il acceptable ou concevable que la norme constitutionnelle fasse peser sur les choix économiques démocratiquement exprimés une contrainte rattachée à une pensée économique spécifique ? Le débat relatif à une « neutralité économique » de la Constitution est vif²⁷⁹, que cette caractéristique soit souhaitée ou combattue²⁸⁰. Mais de toute évidence, et au-delà du cas français, une telle neutralité apparaît largement illusoire, dans la mesure où même un certain recul des constituants et des juges constitutionnels ne peut suffire à retirer tout effet économique à une norme d'une telle importance²⁸¹.

104. De l'origine au contenu des principes. Il devient alors plus intéressant d'examiner le contenu des principes énoncés que de commenter seulement leurs origines ou les conditions de leur émergence. Malgré ses origines marquées, la liberté d'entreprendre ne vit que par la définition qui est donnée d'elle et par les équilibres que cette définition conduit à trouver avec d'autres principes fondamentaux qui lui font concurrence. Il ne s'agit pas de nier l'influence des idées libérales sur la liberté d'entreprendre, ni de prétendre que son rattachement à la Déclaration de 1789 ne renforce pas cette intuition. Simplement, il s'agit de constater que cette liberté existe légitimement, pour des raisons historiques et juridiques certes, mais également pour des raisons sociales²⁸². Dans cette optique, il est plus aisé de comprendre que les entreprises, et à travers elle le marché, sont des institutions sociales destinées à répondre à des fonctions précises²⁸³, et que les circonvolutions juridiques ici exposées n'ont pas seulement consisté à dévoiler leur existence en voie d'autonomisation, mais ont servi à les instituer comme principes et valeurs susceptibles de structurer la vie en société à l'échelle de

²⁷⁸ R. Savy, « La constitution des juges », *D. chr.*, 1983, p. 105.

²⁷⁹ G. Drago, « La liberté d'entreprendre », *Commentaire*, 2015/2, n° 150, p. 395.

²⁸⁰ M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2015 : sans nier l'incidence économique des textes constitutionnels, l'auteure considère l'idée d'une constitution économique « tout à la fois irréaliste d'un point de vue juridique et irréalisable d'un point de vue économique » (p. 315), renvoyant sur ce point aux faiblesses de la doctrine ordolibérale.

²⁸¹ J.-B. Auby, « Quelques observations sur la « Constitution économique » », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 5. L'auteur note : « On ne peut pas nier qu'il y ait ce que l'on peut appeler une « relevance » économique des constitutions, qui tient à ce que les constitutions sont, à leur niveau, « constitutives » de l'espace et des règles du jeu économique. »

²⁸² Sur ce processus général d'avènement de l'institution du marché comme fait social : K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944).

²⁸³ M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.*, p. 257.

la nation. C'est précisément sur ces bases que le droit de la liberté d'entreprendre doit être observé et analysé.

§ 2. Un principe d'actualité permanente

105. Les raisons qui poussent à faire usage du principe de liberté d'entreprendre répondent à des besoins qui varient selon les époques et les situations. Dans une approche initiale, cette liberté est essentiellement tournée vers la libération des individus face aux pouvoirs étatiques, corporatifs puis collectifs (A) ; la notion glisse ensuite vers une posture plus défensive et vers la prise en compte de l'entreprise, dans une défense plus large des conditions de l'activité économique (B).

A. Une protection contre diverses formes de pouvoirs

106. L'individualisme aux origines de la liberté d'entreprendre. Le passage par les sources révolutionnaires de la liberté d'entreprendre permet de dégager quelles nécessités poussent à son adoption dans le cadre des Décrets d'Allarde. La liberté d'entreprendre s'inscrit en effet dans la lignée de textes révolutionnaires attaquant la société d'ancien régime par la proclamation de libertés conférées directement aux individus, et rendues possibles par l'abolition des privilèges qui vient d'être prononcée²⁸⁴. Dans cette optique, la disparition des corporations sous toutes leurs formes est une nécessité impérieuse, et la liberté d'entreprendre se veut offensive : elle envisage la destruction de tout groupement ou corps intermédiaire collectif qui serait susceptible d'interdire aux individus d'exercer l'activité qu'ils souhaitent²⁸⁵.

107. Une autonomie face à l'État. Ce mouvement de méfiance ne vise cependant pas seulement les corps intermédiaires représentés essentiellement par les corporations. L'État est également sommé de tempérer toute velléité d'édification de structures coercitives dans le champ économique, et de laisser les individus entièrement libres de leur activité. Il a pu être souligné à ce titre combien les interventions de la puissance publique étaient nombreuses sous l'ancien régime, et sous diverses formes, en particulier au niveau municipal, mais aussi par la position privilégiée octroyée à certaines sociétés par l'État lui-même²⁸⁶. Cette nouvelle organisation libérale se déploie donc à travers deux dimensions complémentaires : la

²⁸⁴ Lors de la nuit du 8 août 1789, et par les décrets subséquents.

²⁸⁵ Loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791, art. 1^{er} : « *L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit.* »

²⁸⁶ J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D. chr.*, 1984, p. 4.

réduction du champ social à la présence des individus seuls face à l'État ; et la protection des individus face au pouvoir de cet État qui subsiste seul face à eux²⁸⁷.

108. L'évolution de la liberté d'entreprendre face à aux contradictions de la société industrielle. Ce constat permet d'acter le classement de la liberté d'entreprendre comme composante de principe plus général de liberté. Prolongeant cette idée, un auteur peut logiquement décrire la liberté d'entreprendre comme une protection face aux atteintes possibles dues à l'existence d'un pouvoir²⁸⁸. Mais force est de constater que les formes prises par ces atteintes ont considérablement évolué. Si les corporations et structures résiduelles de l'ancien régime font initialement peser les plus grands risques à la liberté économique des individus, ces menaces évoluent tout au long du XIX^e siècle. La critique marxiste déjà mentionnée²⁸⁹ se fonde en effet sur la résurgence d'un pouvoir de domination au sein d'un ordre libéral qui prétend pourtant combattre l'apparition de toute forme de pouvoir surplombant l'ordre social. L'opposition que porte la « *question sociale* » aux idées libérales est fondée précisément sur cette contradiction qui voit un système d'individus atomisés, libres et contractant librement, donner lieu mécaniquement à de nouvelles relations de pouvoir²⁹⁰. Au premier rang, se trouve justement la relation qui lie le patron, nouvellement libéré du joug de l'interventionnisme corporatiste et étatique, à ses ouvriers. La confrontation entre cette lecture des phénomènes sociaux et les principes libéraux de 1789 permet de saisir combien il a été difficile d'admettre qu'une subordination s'exerçait dans le cadre des relations de travail ; et pourquoi dans cette réflexion en vue de la reconnaissance et de la limitation du pouvoir patronal, la liberté d'entreprendre a servi de protection en entretenant l'illusion d'un rapport entre cocontractants égaux²⁹¹. La fonction de la liberté d'entreprendre est par

²⁸⁷ Même si la question du rôle de l'État est un des points de scission entre pensées libérales : L. Favoreu, J. Tremeau, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, A. Pena, G. Soffoni, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2015, p. 20.

²⁸⁸ E. Dockès, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *D.O.*, 2005, p. 4 : « *Il est essentiel de comprendre que, tout au long de son histoire, la liberté d'entreprendre a été invoquée comme une protection des individus contre les atteintes du pouvoir.* »

²⁸⁹ Cf. *supra* § 36 et s.

²⁹⁰ E. Dockès, *op. cit.*

²⁹¹ J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, p. 117 ; p. 165 ; v. également, pour une illustration jurisprudentielle : Cass. ch. civ., 14 fév. 1866 ; « Porter des sabots nuit gravement au salaire », *RDT*, 2006, p. 29, note N. Olszak. Dans cette espèce, une ouvrière condamnée à une lourde amende par son employeur pour avoir enfreint le règlement intérieur en portant des sabots dans l'atelier, voit sa condamnation confirmée par la Cour de cassation (en opposition sur ce point avec le conseil des prud'hommes ayant jugé l'affaire au fond) au motif qu'elle a « *adhéré à ce règlement et qu'elle y a contrevenu* », la nature contractuelle de cette adhésion interdisant aux termes de l'article 1152 du Code civil que la somme soit modifiée. Comme le souligne le commentaire, sous un regard historique : « *Ainsi, le contrat, même d'adhésion, devient la source des relations de travail, en écartant les usages et leurs interprétations prud'homales. Mais cette impossibilité de la régulation traditionnelle va alors*

conséquent pendant cette période d'empêcher toute disposition visant à sortir d'un rapport contractuel civiliste en matière de relations de travail ; elle est aussi d'interdire aux salariés de se regrouper, prolongeant en cela le texte de la loi Le Chapelier²⁹².

109. L'essor du collectif. Il est intéressant d'observer comment la liberté d'entreprendre se décale ainsi de l'hostilité envers les corporations à l'hostilité envers les syndicats et autres groupements ouvriers. Si les premières avaient pour objet de réglementer l'accès à une profession, et *de facto* d'opérer un contrôle strict sur cet accès, les revendications ouvrières ne portent pas tant sur l'accès à l'activité économique que sur leurs conditions concrètes d'existence, à travers les modalités du rapport salarial qu'ils expérimentent. En se constituant en collectif pour défendre les intérêts de leur profession, les salariés créent à leur tour une forme de pouvoir. Largement entendu, il est visé par le texte même de la loi Le Chapelier quand celle-ci instaure le délit de coalition. Il ne s'agit pas d'interdire l'action collective ou la grève, mais les coalitions elles-mêmes, en tant que corps sociaux porteurs d'une organisation et d'un pouvoir de négociation²⁹³, donc un pouvoir perturbant les équilibres de marché et faisant intrusion dans le raisonnement économique classique. Il faudra attendre la fin du XIX^{ème} siècle pour que les associations ouvrières et syndicats sortent de la clandestinité et commencent à avoir voix au chapitre dans l'environnement économique industriel et libéral. Cette montée en puissance se fera en parallèle du recul des principes strictement civilistes et de l'émergence d'un véritable droit du travail²⁹⁴. Cet ensemble de changements intervenus sur une longue période prive la liberté d'entreprendre d'une partie de son sens : la possibilité de l'initiative privée est préservée et garantie (en dépit de l'action des partis ouvriers sur le terrain politique) ; le pouvoir collectif arraché par les travailleurs finit par apparaître comme légitime. Le principe de liberté d'entreprendre demeure comme matrice et se voit de nouveau saisi car il s'actualise en fonction d'un contexte renouvelé.

rendre d'autant plus nécessaire un combat pour établir légalement un équilibre. Curieusement l'affirmation de la primauté de l'individualisme contractuel coïncide avec la reconnaissance des coalitions par la loi du 25 mai 1864 et les débuts d'un mouvement ouvrier qui parviendra à écarter les règles civilistes grâce au droit du travail ! ».

²⁹² Celle-ci interdit notamment aux ouvriers de « *se nommer ni président, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs* » (art. 2) ; et va jusqu'à condamner les simples « *attroupements* » (art. 8).

²⁹³ Sur ce point : A. Supiot, « Revisiter les droits d'action collective », *Dr. soc.*, 2001, p. 687 ; l'auteur signale que le délit de coalition « *proscrivait dans un tout indissociable l'organisation, l'action et la négociation collective de la part des employeurs comme de celle des ouvriers* ».

²⁹⁴ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

B. La liberté d'entreprendre tournée vers l'exercice de l'activité économique

110. Initialement, la liberté d'entreprendre s'est développée comme un droit libérant les activités économiques, tout en restant neutre à l'égard de leurs conditions d'exercice. Cette seconde dimension est devenue fondamentale dans la période récente, la liberté d'entreprendre devenant un véritable droit des entreprises (1) qui s'accompagne d'un droit du marché, plus précisément de la concurrence (2).

1. La liberté d'entreprendre, un droit pour l'entreprise

111. La liberté d'entreprendre et problématiques nouvelles. La résurgence de la liberté d'entreprendre à partir de 1982 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel change en partie ses fondamentaux. Il est naturel que l'évolution sur une longue période du contexte socio-économique conduise à un paysage nouveau et à des problématiques qui le sont également. La défense initiale des individus souhaitant s'établir librement et engager une activité économique sans coercition d'une autorité tutélaire n'est plus qu'une dimension partielle de la liberté d'entreprendre. Le contexte est devenu celui de l'omniprésence de l'entreprise et de sa diversité organisationnelle. C'est donc, sans surprise, en grande partie sur le terrain de l'exercice par les entreprises de leur activité économique que la liberté d'entreprendre est mobilisée. Or, si la possibilité d'engager une telle activité ne soulève plus que d'occasionnelles interrogations, nombreuses sont les questions concernant la possibilité de contraindre, d'orienter, de modifier, et parfois même simplement de produire un effet sur ces activités économiques.

112. La liberté d'entreprendre et l'acte d'entreprendre : l'exemple du droit du travail. Pour illustrer cette tendance, le droit du travail constitue un laboratoire passionnant puisqu'il reconnaît l'existence de l'entreprise en même temps qu'il encadre la partie de son activité qui emploie des salariés. Les décisions du Conseil constitutionnel relatives à des atteintes éventuelles portées par le droit du travail à la liberté d'entreprendre sont nombreuses. À leur lecture, la liberté d'entreprendre est une des dimensions de la liberté d'action de l'employeur, et elle permet de justifier l'existence de pouvoirs importants²⁹⁵. Trois décisions du Conseil constitutionnel en attestent. Celle rendue le 20 juillet 1988²⁹⁶ met en cause une loi d'amnistie

²⁹⁵ La justification par le principe de liberté d'entreprendre des pouvoirs de l'employeur, en particulier son pouvoir de direction, font l'objet d'une critique sur le terrain des principes, prenant pour fondement une décision de la Cour de cassation du 13 juillet 2004 (n° 02-15.142) ; cf. E. Dockès, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *D.O.*, 2005, p. 1.

²⁹⁶ Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC ; « L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé

des représentants du personnel condamnés pénalement, laquelle prévoyait la réintégration de ces représentants dans leurs emplois. À cette occasion, les sages précisent que le pouvoir de l'employeur de « *choisir ses collaborateurs* », puisqu'il est « *responsable de l'entreprise* », est une des dimensions de la liberté d'entreprendre défendue²⁹⁷. Plus tard, en 2002, le Conseil tire d'autres conséquences de cette liberté de choix exercée par l'employeur, en faisant de la possibilité pour l'entreprise de licencier, même si sa pérennité n'est pas en cause, une dimension de la liberté d'entreprendre²⁹⁸. Cette décision estime que la liberté d'entreprendre est atteinte par les dispositions en cause, relatives au licenciement économique. Entre les deux décisions, le même Conseil précise également que la dénaturation de la liberté d'entreprendre peut résulter d'une atteinte portée « *au pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur* »²⁹⁹, faisant clairement de ce pouvoir une part de la liberté d'entreprendre. En creux, ces premières pièces du puzzle des prérogatives de l'employeur permettent de commencer à saisir le rôle social qu'il est appelé à jouer, à savoir un pouvoir aux multiples facettes, justifié par la poursuite de l'intérêt de l'entreprise.

113. Une lecture initiale prudente. La seule approche par le droit du travail permet de constater que l'évolution de la liberté d'entreprendre se fait vers une version plus appliquée de celle-ci. L'acte d'entreprendre défendu constitutionnellement se déploie dans de nouvelles dimensions. S'y rattachent des champs juridiques, comme le droit du travail, qui doivent composer avec l'activité économique des entreprises. Dans un premier temps, le Conseil a pu juger que ces champs n'étaient pas entièrement joints, et que la liberté d'entreprendre pouvait et devait dans une certaine mesure « faire avec » les contraintes posées par le droit du travail. Peu de censures ont par conséquent été prononcées et la doctrine a pu présenter la liberté d'entreprendre comme un « *parent pauvre* » de la jurisprudence constitutionnelle³⁰⁰. Ce schéma s'est ensuite inversé, et dessine aujourd'hui la figure d'un entrepreneur complet, qui trouve à défendre son acte d'entreprendre dans les multiples facettes de son activité.

114. La liberté d'entreprendre, un droit des personnes morales ? Une autre évolution de la liberté d'entreprendre a consisté à en faire un droit des personnes morales, au point

licencié pour faute lourde », *Dr. soc.*, 1988, p. 755, note X. Prétot.

²⁹⁷ Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, consid. 22.

²⁹⁸ Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. 50 ; « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », *Dr. soc.*, 2002, p. 258, comm. A. Lyon-Caen.

²⁹⁹ Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423, consid. 32.

³⁰⁰ Sur cette dynamique : V. Bernaud, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 13.

qu'un auteur en fasse une composante des « *droits et libertés fondamentaux des personnes morales* », et même le premier droit substantiel de celles-ci³⁰¹. Reste que face à l'employeur, régulièrement mentionné comme figure titulaire de la liberté d'entreprendre, la personne morale est rendue plus discrète dans l'expression du Conseil constitutionnel. Le même auteur précise que peu de décisions relatives à la liberté d'entreprendre sont spécifiques aux personnes morales³⁰². Mais à mieux y regarder, devant la multiplicité des angles de défense possibles de la liberté d'entreprendre, la figure centrale est bien la personne morale, généralement socle juridique permettant et protégeant l'action d'un entrepreneur individuel, d'associés, de dirigeants ou d'employeurs. Se dessine donc une vision moderne de la liberté d'entreprendre, adossée à ce qu'est devenue l'activité économique.

2. La liberté d'entreprendre comme droit du marché

115. La liberté d'entreprendre comme fondement possible de la libre concurrence.

Bien qu'il ne s'agisse pas de l'opinion majoritaire, une partie de la doctrine a engagé une réflexion faisant de la libre concurrence une composante de la liberté d'entreprendre envisagée comme une liberté économique générale³⁰³. La libre concurrence était jusqu'à la période récente écartée de la jurisprudence constitutionnelle. Elle ne s'observait qu'au travers de la jurisprudence du Conseil d'État, en des termes variables et peu sûrs s'agissant d'établir son caractère fondamental³⁰⁴. Pour autant, l'influence du droit communautaire se faisait de plus en plus pressante, en ce qu'il conçoit la libre concurrence comme une partie prenante de l'environnement juridique de l'« *économie sociale de marché* »³⁰⁵ défendue par les traités. De fait, si le principe de liberté d'entreprendre doit être poursuivi conformément à l'éthique libérale qui l'influence, difficile de ne pas voir dans la libre concurrence un complément indispensable, voire une composante d'un tel projet. Elle permet en effet que l'entreprise, ayant acquis la liberté d'engager son activité économique et de la mener librement, puisse participer ensuite au marché dans des conditions excluant tout favoritisme pour un des acteurs concurrents.

³⁰¹ N. Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.*, 2008, p. 205 et s.

³⁰² *Ibid.*, p. 215.

³⁰³ S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis, 2015, p. 36.

³⁰⁴ Par exemple : CE, 12 nov. 2001, n° 239840, *Commune de Montreuil-Bellay* ; *Dr. Adm.*, fév. 2002, p. 35, note M. Lombard ; l'auteur énonce (p. 36) : « *La logique de la rédaction de l'ordonnance du CE en date du 12 novembre 2001 voudrait pourtant, dès lors que la liberté du commerce et de l'industrie n'est que l'une des composantes de la liberté d'entreprendre, que cette en comporte d'autres, au nombre desquelles il est difficile de ne pas songer, en l'état, à la liberté de la concurrence.* »

³⁰⁵ TUE, art. 3, 3.

116. La libre concurrence dérivée du principe d'égalité. Il n'est pas étonnant dans ce contexte que le droit de la libre concurrence se soit d'abord arrimé dans la jurisprudence constitutionnelle au principe d'égalité. Dans deux décisions en date de l'année 2001³⁰⁶, le Conseil constitutionnel, certes de manière incidente, reliait les deux notions, faisant implicitement de la libre concurrence une forme d'égalité appliquée aux situations de marché, voire sous la plume d'un auteur une adaptation du principe d'égalité à destination des personnes morales³⁰⁷. Était surtout résumée la prudence dont faisait preuve le Conseil afin de ne pas élever trop haut sur l'échelle des droits fondamentaux un principe de libre concurrence difficile à établir de manière autonome, et relevant d'un niveau différent de celui de la liberté d'entreprendre³⁰⁸.

117. Manifestations constitutionnelles d'un lien entre libre concurrence et liberté d'entreprendre. C'est par deux décisions de 2010 relatives à l'établissement de monopoles en matière de jeux de hasard et de paris hippiques que le Conseil constitutionnel fait implicitement le lien entre libre concurrence et liberté d'entreprendre³⁰⁹. S'il ne mentionne pas explicitement la libre concurrence, il rattache en effet sans doute possible une question posée sur le terrain de la concurrence à la liberté d'entreprendre. À la lumière de cette dernière, il finit par valider les dispositions qui lui sont soumises, en constatant l'absence d'atteinte au principe constitutionnel. Un auteur a pu en conclure que « *le principe est le libre jeu de la concurrence sur un marché et le monopole l'exception* »³¹⁰ ; et que la matière était une composante de la liberté d'entreprendre qui gagnait là une facette supplémentaire. Cette méthode qui voit le Conseil constitutionnel se prononcer sur des problèmes juridiques relevant du champ de la concurrence sans mentionner la libre concurrence, mais en se justifiant grâce à la liberté d'entreprendre a été réutilisée et confirmée dans le cadre de deux décisions relatives aux clauses de désignation d'organismes de prévoyance³¹¹. Un auteur a pu se réjouir de cette « *invocation positive* »³¹² de la liberté d'entreprendre. Les sages avaient

³⁰⁶ Cons. const., 11 juill. 2001, n° 2001-450 DC ; 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC ; sur ce point, cf. M. Lombard, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2011, p. 654.

³⁰⁷ N. Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.*, 2008, p. 216.

³⁰⁸ En ce sens : S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Précis Domat, 5^{ème} éd., 2016, p. 67.

³⁰⁹ Cons. const., 18 oct. 2010, n° 2010-55 QPC ; 3 déc. 2010, n° 2010-73 QPC ; « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2011, p. 652, note M. Lombard.

³¹⁰ M. Lombard, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *op. cit.*, p. 654.

³¹¹ Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC ; 27 sept. 2013, n° 2013-344 QPC ; « Quelle place pour la libre concurrence ? », *RJEP*, avr. 2014, p. 32, note G. Eckert.

³¹² *Ibid.*, p. 35.

entre temps mentionné conjointement liberté d'entreprendre et libre concurrence dans une décision de moindre visibilité, sans pour autant construire de lien particulier entre les deux³¹³.

118. Le droit du marché comme évolution naturelle de la liberté d'entreprendre. Si le Conseil constitutionnel donne des signes interprétables dans le sens d'une intégration de la libre concurrence à la liberté d'entreprendre, les conclusions qui en sont tirées demeurent limitées au plan doctrinal. Il y aurait pourtant légitimité à voir ce développement comme un pas de plus dans l'évolution et la modernisation de la liberté d'entreprendre. Si cette dernière doit être considérée comme une liberté économique au sens large, alors la libre concurrence fait partie des dimensions qui rendent complète la figure de l'entreprise : de même que sa vocation à être employeur a été affirmée et déclinée, sa vocation à être actrice sur un marché le serait également, avec cependant une différence fondamentale tenant à l'insistance du droit communautaire dans le domaine de la concurrence, qui tendrait à raffermir le principe et son contenu. C'est peut-être ce caractère hexogène par rapport au système juridique français qui explique l'attitude encore réservée du Conseil constitutionnel par rapport à la libre concurrence, alors qu'il a multiplié avec aisance les déclinaisons du principe de liberté d'entreprendre, contribuant ainsi à la construction du marché comme institution juridique.

Section 2 : Les déclinaisons du principe de liberté d'entreprendre

119. Puisant aussi bien dans les origines principe que dans la construction du Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre recoupe plusieurs réalités, même envisagée au sens strict. Ces dimensions de la notion ont été explicitées par le Conseil lui-même, qui a eu l'occasion d'affirmer que « *la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou activité* »³¹⁴. Cette présentation permet une approche classique (**Paragraphe 1**) qu'il faut compléter avec les possibilités qui peuvent être extrapolées sur la base de cet énoncé (**Paragraphe 2**).

³¹³ Cons. const., 11 fév. 2011, n° 2010-102 QPC, consid. 5, qui précise que la disposition analysée « *tendait également à favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre* ».

³¹⁴ Cons. const., 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, consid. 7.

§ 1. La définition constitutionnelle

120. La définition donnée par le Conseil constitutionnel se divise en deux temps, clairement distingués : la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique (A) et la liberté dans l'exercice de cette profession ou activité (B).

A. Liberté d'accéder à une profession ou une activité économique

121. Héritage historique. Fonction historique de la liberté d'entreprendre, la protection de la liberté d'accéder à une activité avait pour objet initial d'instaurer la possibilité pour toute personne d'entamer toute forme d'activité économique. Ce libre accès à la position de participant aux marchés devait être conquis en repoussant la mainmise des corporations ou de certaines composantes de l'État d'ancien régime sur l'activité économique³¹⁵. Historiquement, cette liberté se confond avec la liberté du travail, dans la mesure où le Décret d'Allarde qui les fonde fait mention dans son article 7 des notions de « *profession, art ou métier* ». Dans ce contexte marqué par l'absence de réelle structuration du rapport de travail et par une grande majorité d'unités de production de petite taille³¹⁶, les positions d'entrepreneur et de travailleur en général sont délicates à dissocier, et sont embrassées communément par les corporations. La doctrine fait aujourd'hui une différence plus nette entre liberté d'entreprendre et liberté du travail : comme le relève un auteur, il serait utilement possible de préciser le champ de la liberté d'entreprendre en énonçant qu'elle protège la faculté des individus à accéder ou à exercer librement une activité économique « *indépendante* »³¹⁷, pour reprendre les catégories contemporaines.

122. Rareté des censures relatives au libre accès à une profession ou une activité économique. La nécessité de protéger l'accès des individus à toute activité économique n'a entraîné dans la période récente que peu de censures de la part du Conseil constitutionnel. La décision ayant défini explicitement la liberté d'entreprendre montre la rareté ce genre de situation. Dans cette décision en date du 30 novembre 2012³¹⁸, le Conseil constitutionnel censure des dispositions du droit spécial d'Alsace-Moselle prévoyant une affiliation obligatoire à une corporation pour toute entreprise artisanale, laquelle entraîne notamment le

³¹⁵ Cf. *supra* § 100.

³¹⁶ Cf. par exemple : G. Hanne, « L'impact de l'abolition des corporations : une mesure comparée », *Histoire, économie et société*, 2003, p. 565.

³¹⁷ Sur ce point : L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? », *D. chr.*, 2014, p. 1288 ; l'auteur note : « *Qui chercherait à la distinguer des libertés du travailleur ajouterait le qualificatif « indépendantes » à la mention des professions et activités économiques.* »

³¹⁸ Cons. const., 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC.

paiement d'une cotisation, et la possibilité pour la corporation d'imposer des obligations à ses membres, de les surveiller et de les sanctionner le cas échéant. Selon le Conseil, « *la nature des activités relevant de l'artisanat ne justifie pas le maintien d'une réglementation professionnelle s'ajoutant à celle relative aux chambres de métiers et imposant à tous les chefs d'exploitations ou d'entreprises artisanales d'être regroupés par corporation en fonction de leur activité et soumis ainsi aux sujétions précitées* »³¹⁹. C'est pour protéger le libre accès à ces professions que les sages se prononcent³²⁰. Mais le problème soulevé paraît très spécifique et frappé du sceau d'un certain anachronisme.

123. Les restrictions d'accès à certaines professions. Le droit français connaît, malgré le principe de liberté d'entreprendre, de nombreuses restrictions de l'accès à certaines professions qui soulèvent peu d'oppositions jurisprudentielles ou constitutionnelles. Pour un exemple récent, la première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 4 mai 2016³²¹, renvoie devant le Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité. Elle soulève la difficulté de savoir si l'accès dérogatoire à la profession d'avocat soumis à une condition de territorialité (la durée d'activité de 8 ans du juriste auprès d'une organisation syndicale devant avoir été effectuée en France³²²) est contraire ou non au principe de liberté d'entreprendre. Deux éléments sont à souligner dans la décision de renvoi. D'abord, le caractère sérieux de la question est en lui-même une information, et permet d'attendre une décision du Conseil constitutionnel sur le sujet. Ensuite la Cour de cassation mentionne avec clarté le rattachement de la question à la liberté d'entreprendre, mais dans son seul versant « *liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique* », ce qui peut pousser le Conseil à délier les deux aspects de la liberté d'entreprendre dans sa décision finale.

124. Justification des restrictions de l'accès à certaines professions. La liberté d'entreprendre sous son angle de libre accès à une profession connaît de nombreuses exceptions : quand bien même la décision renvoyée vers le Conseil constitutionnel aboutirait à la censure de la condition de territorialité, demeurerait de nombreuses dispositions

³¹⁹ Cons. const., 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, consid. 11.

³²⁰ À travers ces « *sujétions* » imposées par les corporations le libre exercice de la profession constitue cependant une part de la problématique visée.

³²¹ Cass, 1^{ère} civ., 4 mai 2016, n° 14-25.800 ; « Passerelles vers la profession d'avocat et expérience en France ou en droit français », *JCP G*, 13 fév. 2017, 165, p. 301, note J. Perneck.

³²² Cette « passerelle » d'accès à la profession d'avocat résulte de l'effet conjoint de l'article 11 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques et de l'article 98, 5°, du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991.

restreignant l'accès à la profession d'avocat et à de nombreuses professions dites « réglementées »³²³. L'intervention de l'administration empêchant le libre accès à celles-ci est admise, et ne souffre pas de réelle contestation sur le terrain constitutionnel. Elle est un bon exemple des motifs pouvant porter une atteinte justifiée à la liberté d'accès à une profession. Ces raisons ont été détaillées et relèvent de deux ordres parfois mêlés : une forme de pouvoir de police rendu nécessaire par la nature des professions visées et une volonté assumée de régulation économique par l'intervention dans les conditions de concurrence dans des secteurs déterminés³²⁴. Il est notable que ces deux ordres de justification de la réglementation des professions correspondent à une forme de méfiance à l'égard du marché prétendument autorégulateur : la puissance publique intervient alors en jugeant que certains champs doivent être préservés de la logique de marché. Cependant le droit communautaire invite les autorités nationales à repenser la nature de leurs interventions dans ces domaines³²⁵, dans un mouvement que la loi dite « Macron » adoptée en 2015 a tenté de déclencher³²⁶.

B. Liberté dans l'exercice d'une profession ou d'une activité économique

125. Une problématique devenue habituelle. Si le principe du libre accès à une profession ou une activité ne pose plus que des problèmes marginaux, la liberté dans l'exercice de la profession ou de l'activité est devenue un questionnement récurrent, en particulier face aux dispositions législatives nouvelles. Par définition, le droit de l'entreprise est un environnement normatif susceptible de contraindre les acteurs économiques dans leur prétention à agir. Dès lors, chaque obligation ou responsabilité pesant sur un associé, dirigeant ou employeur peut constituer une forme d'ingérence limitant la liberté dans l'exercice de la profession ou de l'activité. Si le Conseil constitutionnel prononce peu de censures sur ce fondement, la récurrence des questions³²⁷ laisse penser qu'une forte tension existe entre ce

³²³ La « profession réglementée » est définie par la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, à son article 3, 1, a) : « une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées ».

³²⁴ Sur ce point : S. Nicinski, « La réglementation des professions », *RFDA*, 2017, p. 69. L'auteure précise : « On distingue ainsi deux grandes catégories de motifs. D'une part, l'administration exerce un pouvoir de police qui s'exprime dans le besoin de s'assurer que les professionnels disposent d'un niveau de qualification (diplôme), de moyens techniques (local, matériel, information, stock) et de garanties (assurance) suffisantes pour fournir des prestations au public. D'autre part, l'administration peut aussi choisir de se placer dans le cadre d'un pouvoir d'interventionnisme économique assumé. »

³²⁵ M. Del Sol, « La dimension communautaire des professions réglementées : un paradigme en mutation », *Dr. soc.*, 2016, p. 131.

³²⁶ M.-L. Dussart, « Réforme des professions juridiques réglementées », *AJDA*, 2015, p. 2188.

³²⁷ Pour la période récente, cf. P. Delvolvé, « Les libertés économiques », *RFDA*, 2017, p. 33.

que permet ou devrait permettre la liberté d'entreprendre dans ce second aspect, et les atteintes à ce principe.

126. Du libre exercice de l'activité à sa libre gestion ? L'élément le plus frappant à la lecture de la jurisprudence du Conseil constitutionnel tient dans la diversité des thèmes au sujet desquels les acteurs économiques, quelle que soit leur qualité ou dénomination, voient leurs prérogatives restreintes au point que la question de la constitutionnalité de ces restrictions soit soulevée. La question survient de manière évidente en droit du travail³²⁸ : la protection du salarié impose nombre d'obligations à l'employeur, dont certaines ont pu être jugées inconstitutionnelles. C'est le cas par exemple quand le Conseil constitutionnel, par sa décision du 12 janvier 2002, évoque le « *cumul de contraintes* » que la définition du licenciement économique, issue de la loi de modernisation sociale³²⁹, fait « *peser sur la gestion de l'entreprise* »³³⁰. Les termes ne sont pas neutres quand la liberté d'entreprendre se transforme en libre gestion de l'entreprise : certains auteurs ont pu y voir la consécration d'une « *faculté de choisir* », ou d'une « *liberté de procéder à des « arbitrages économiques* » »³³¹. Cette liberté permet par exemple d'écarter le juge de toute appréciation qui se substituerait à celle du chef d'entreprise : elle justifie la censure intervenue par décision du 27 mars 2014, quand le Conseil constitutionnel a amputé la loi dite « Florange »³³² de sa disposition visant à sanctionner l'employeur qui refuse la cession de son établissement si existe une offre de reprise sérieuse. Le sérieux de cette offre devant être apprécié par le tribunal de commerce, l'analyse du juge se substituait à celle de l'employeur, et l'obligation entamait la possibilité pour ce dernier d'opérer librement ses choix économiques³³³.

127. Défense de la liberté d'exercice d'une activité économique hors le droit du travail.

La matière fiscale a également donné lieu à une censure récente. La loi du 8 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique imposait en effet à son article 137 que le rapport annuel rendu public par certaines sociétés dépassant des seuils de taille élevés contienne des informations détaillées pour tous les États-membres de l'Union européenne dans lesquels la société avait une

³²⁸ Cf. *supra* § 112.

³²⁹ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, art. 107.

³³⁰ Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. 50.

³³¹ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 529.

³³² Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, art. 1^{er}.

³³³ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, consid. 19 à 21.

activité³³⁴. De manière évidente, le législateur recherchait par ces dispositions à instaurer une obligation de transparence, laquelle avait pour objectif assumé de réduire la fraude fiscale. Or pour le Conseil constitutionnel, cette disposition est de nature à « *permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale* »³³⁵. Elle portait donc atteinte à la liberté d'entreprendre. La formule est plus difficile à appréhender que celle, relativement explicite, qui protège la liberté d'entreprendre en droit du travail. Ici se mêlent protection d'une concurrence non-fauscée (elle le serait par l'accès des concurrents aux informations économiquement sensibles) et protection effective de la liberté dans l'exercice d'une activité économique par une forme de secret ou d'opacité. Il semble à cette occasion que la liberté dans l'exercice de la profession ou de l'activité soit également une liberté de refuser la divulgation des résultats de cette activité réalisés à l'étranger, fût-ce dans une finalité de transparence favorable aux comptes publics.

128. Liberté d'entreprendre et rationalité des choix économiques. De ces décisions émerge l'idée que la liberté d'entreprendre est une forme valorisation par le Conseil constitutionnel, non pas seulement de la liberté dans l'exercice d'une activité économique ou profession, mais du libre développement de stratégies économiques dans le cadre de cet exercice. Des auteurs ont parlé à ce sujet de « *fondamentalisation d'un ordre libéral* »³³⁶. Il y a en effet dans ces orientations la trace d'un respect du choix économique qui ramène la question aux sources du libéralisme et à sa réinterprétation néolibérale³³⁷. Si ces choix bénéficient de la protection du principe de liberté d'entreprendre, c'est précisément parce qu'ils sont porteurs de la présumée rationalité économique³³⁸ des agents qui les opèrent. En témoigne la décision du 27 mars 2014, dans laquelle le Conseil constitutionnel postule la « *capacité* » qu'a l'entreprise « *d'anticiper des difficultés économiques et de procéder à des arbitrages économiques* »³³⁹. Ces choix sont porteurs d'une légitimité propre, qui justifie que

³³⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 137.

³³⁵ Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC, consid. 103.

³³⁶ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

³³⁷ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, EHESS, Gallimard, Seuil, coll. Hautes études, 2004, p. 272 ; l'auteur évoque « *la possibilité d'une généralisation de l'objet économique* », et une « *identification de l'objet de l'analyse économique avec toute conduite rationnelle* ».

³³⁸ J.-M. Albertini, A. Silem, *Comprendre les théories économiques*, Éditions du Seuil, coll. Points, 4^{ème} éd., 2011, p. 168 et s.

³³⁹ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, consid. 19.

la liberté d'entreprendre protège dans certains cas les « *lois économiques* »³⁴⁰ plutôt que de faire une place à des principes juridiques porteurs d'autres impératifs.

§ 2. Les traductions du principe

129. Ainsi définie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre emporte nombre de conséquences et d'effets. Sa projection se trouve en effet matérialisée sous deux ordres : l'un fait de la liberté d'entreprendre un édifice juridique actif et constructif (A) ; mais il se double d'une approche par la négative, sorte de liberté de non-entreprendre (B).

A. La liberté d'entreprendre active

130. La liberté d'entreprendre : avant tout une liberté. La liberté d'entreprendre qui résulte de la définition constitutionnelle est en premier lieu une liberté positive. Elle a pu être décrite comme une liberté d'agir³⁴¹ : elle se décline en un droit d'accéder à une activité économique qui implique que cet accès ne soit pas empêché ; elle se décline également en liberté dans l'exercice de l'activité, donc dans le fait de ne pas subir de contraintes dans l'exercice des prérogatives entrepreneuriales. Cette approche induite par le Conseil constitutionnel est en conformité avec le fondement trouvé dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.* » En fondant la liberté d'entreprendre sur cette disposition, le Conseil l'envisage comme une liberté dont la seule limite théorique réside dans la liberté des autres individus.

131. La rencontre de libertés contradictoires. Ce fondement permet d'expliquer que la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit le plus souvent axée sur les équilibres à trouver entre la liberté d'entreprendre et d'autres droits fondamentaux³⁴² : la liberté d'entreprendre ne saurait s'étendre au point de nuire à autrui et à l'exercice des autres libertés ; mais ces autres libertés ne sauraient nuire à la liberté d'entreprendre. En conséquence, la liberté d'entreprendre n'est définie que par ses frontières, par les situations où elle fait la rencontre

³⁴⁰ Au sens du terme développé par Adam Smith.

³⁴¹ A. Supiot, « Introduction », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 17.

³⁴² V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre aux pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 19.

d'une autre liberté et où un équilibre doit être trouvé. Le renvoi à la loi par le texte révolutionnaire pour régler ces difficultés a déplacé la question sur le terrain de la volonté générale ; mais à l'heure du contrôle de constitutionnalité, c'est bien la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, en dernier ressort, influe le plus ouvertement sur le sort de la principale des libertés économiques.

132. La liberté d'entreprendre, une liberté-prérogative. Cet ensemble de constats rattache directement la liberté d'entreprendre à la notion de « liberté-prérogative » dégagée récemment³⁴³. Cette proclamation de la liberté d'entreprendre débloque en effet un certain nombre de prérogatives découlant de la faculté initiale d'accéder une activité économique et de l'exercer librement. Cette liberté-prérogative est le fondement des divers pouvoirs de faire reconnus dans le cadre de l'activité économique. Ces pouvoirs s'exercent sur des personnes, en conformité avec le droit du travail ; mais ils sont plus largement à relier à un pouvoir « *de direction économique et de gestion* »³⁴⁴. De ce point de vue, la liberté d'entreprendre paraît se manifester sous l'angle d'une fonction économique. Les pouvoirs d'agir ainsi reconnus sont en effet tournés vers une justification de nature économique : ils sont perçus comme des choix rationnels, et surtout comme des choix dont la rationalité se juge sur le terrain économique³⁴⁵.

133. La liberté d'entreprendre, une liberté instituante. La même auteure inaugure une distinction entre liberté-prérogative et liberté instituante³⁴⁶. Il est intéressant de passer la liberté d'entreprendre au filtre de cette dernière. La liberté d'entreprendre dévoile alors une autre facette : celle consistant à structurer juridiquement l'espace social. Les fondements libéraux de la notion, déjà exposés, ont en effet servi à l'édification d'une économie de marché, quand bien même celle-ci n'ait pas été consacrée explicitement dans le cadre des normes constitutionnelles³⁴⁷. La décision de 1982 relative aux nationalisations³⁴⁸ en est un

³⁴³ F. Fouvet, « D'une distinction entre les libertés instituantes et les libertés-prérogatives », *RDT*, 2017, p. 309.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 315.

³⁴⁵ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528 ; les auteurs signalent : « *La référence à la liberté d'entreprendre vise à protéger une certaine performance organisationnelle ainsi qu'une configuration productive, lesquelles ne peuvent être déterminées que par le chef d'entreprise. Aussi, la fondamentalisation de l'ordre libéral se nourrit-elle de l'exacerbation de deux valeurs : la liberté en tant que telle d'une part, l'efficacité économique d'autre part.* »

³⁴⁶ F. Fouvet, « D'une distinction entre les libertés instituantes et les libertés-prérogatives », *RDT*, 2017, p. 310 : « *une dualité apparaît entre ces libertés qui sont tantôt un élément de la constitution juridique de notre société - les libertés instituantes - tantôt une habilitation à agir- les libertés-prérogatives* ».

³⁴⁷ Sur ce point, cf. G. Carcassonne, « La liberté d'entreprendre », *RLDA*, n° 55 supp., déc. 2010, p. 45 : « *Enfin, socialement, il faut se rappeler que la liberté d'entreprendre est au cœur de tous nos systèmes ; qu'elle fait partie intégrante de leur définition même ; que l'économie de marché, que permet et que traduit la liberté d'entreprendre, est consubstantiellement attachée à la société dans laquelle nous vivons. Il est assez étrange qu'aucune constitution française ne soit allée jusqu'à la proclamer formellement alors que plus personne ne*

exemple évident : aucune prérogative n'est reconnue mais un cadre est institué : la possibilité pour l'État d'intervenir, sachant que des limites sont posées à cette intervention. Depuis, c'est le droit de la concurrence qui a pris le relais de ces préoccupations pour établir un véritable droit du marché, dont les liens avec la liberté d'entreprendre ont été mis au jour à la lecture de décisions récentes³⁴⁹.

134. La liberté d'entreprendre, un principe aux prétentions hégémoniques ? La conséquence de ces observations réside dans une forme de prétention à l'hégémonie de la liberté d'entreprendre au plan conceptuel : elle garantit à la fois une certaine capacité d'action aux individus, en particulier les personnes morales ; et elle crée les conditions systémiques propices à ce que ces libertés s'épanouissent. En cela elle est liberté prérogative et liberté instituante. Elle devient alors, au moins en germe, un principe juridique qui, élevé à valeur constitutionnelle, est susceptible d'avoir une forte influence. Sa façon de s'imposer dans le champ juridique tout en le remodelant souligne une forme d'autonomisation qui voit la sphère économique se détacher de la sphère sociale et ses impératifs³⁵⁰. Il sera par conséquent primordial d'observer quels motifs justifient que la liberté d'entreprendre trouve ses limites.

B. La liberté d'entreprendre par la négative

135. Envisagée conceptuellement comme une liberté d'agir positive, la liberté d'entreprendre connaît également une dimension négative, à la fois plus originale et plus discutable. Elle prend en premier lieu la forme de conflits entre plusieurs libertés d'entreprendre, quand la conclusion de ces oppositions accorde une priorité plutôt qu'elle ne promeut un équilibre (1). En second lieu, la liberté d'entreprendre se décline dans une forme de liberté de « désentreprendre », qui pose également des difficultés (2).

1. Conflits entre libertés d'entreprendre

136. La pluralité des libertés d'entreprendre. La liberté d'entreprendre fondée sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ne doit pas nuire à la

remet véritablement en cause les principes de l'économie de marché. »

³⁴⁸ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-182 DC.

³⁴⁹ Cf. *supra* § 115 et s.

³⁵⁰ Il est possible de renvoyer à ce titre à la pensée de Karl Polanyi. Cf. K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944), p. 104 : « *C'est, en fin de compte, la raison pour laquelle la maîtrise du système économique par le marché a des effets irrésistibles sur l'organisation toute entière de la société : elle signifie tout bonnement que la société est gérée en tant qu'auxiliaire du marché. Au lieu que l'économie soit encadrée dans les relations sociales, ce sont les relations sociales qui sont encadrées dans le système économique.* »

liberté d'autrui. Ce principe, simple en apparence, pose une problématique particulière quand la liberté d'entreprendre entre en confrontation avec elle-même, c'est-à-dire quand deux libertés d'entreprendre se rencontrent et s'opposent. Sur le marché, la défense de la libre concurrence est présumée régler la question : le marché doit accueillir une pluralité d'entrepreneurs. Dans ce cadre, la réduction des libertés d'entreprendre mises en actes est sanctionnée, qu'elle résulte de monopoles de fait ou d'ententes anticoncurrentielles. Ce n'est pas en la matière le droit qui fait peser un danger sur certaines libertés d'entreprendre au bénéfice d'autres.

137. Liberté d'entreprendre des personnes publiques. Plus épineuse est la question de l'intervention de l'État ou de personnes morales de droit public sur le marché. La difficulté renvoie aux questions initialement posées au Conseil constitutionnel dans le cadre de l'analyse des lois de nationalisation³⁵¹ : le principe de liberté d'entreprendre peut-il servir à justifier la limitation de la liberté d'entreprendre des personnes publiques ? Une jurisprudence abondante du Conseil d'État tend à démontrer que ces dernières ne sont pas des entrepreneurs comme les autres, au sens où elles ne peuvent se reposer sur la liberté d'entreprendre pour arguer de leur pouvoir d'agir³⁵². Pour résumer leur situation, le principe est que les personnes publiques ne doivent pas intervenir en tant qu'acteurs économiques. Ce n'est que par exception à ce principe que leur apparition sur le marché est admise, exceptions dont le champ s'est élargi avec le temps. De la réponse à des « *besoins exceptionnels en importance et en durée* », les personnes publiques ont vu évoluer leur potentiel d'activité économique vers ce qui est aujourd'hui résumé dans la formule de « *la réponse à un besoin public auquel les personnes privées ne répondent pas du tout ou insuffisamment* »³⁵³. Même si ces exceptions sont importantes, elles demeurent des exceptions à un principe qui veut que les personnes publiques n'interviennent pas dans la vie économique. De leur point de vue, la liberté d'entreprendre a un contenu inégal. Elle ne leur permet d'entreprendre qu'exceptionnellement et leur est le plus souvent opposée, à l'initiative des personnes privées. Cette restriction est logique dans la mesure où la protection de l'initiative économique des personnes privées contre l'intervention de l'État est la raison d'être de la liberté d'entreprendre. Mais là où l'État était perçu comme un pouvoir susceptible d'assujettir les

³⁵¹ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

³⁵² Sur ce point : M. Lombard, « A propos de la libre concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D. chr.*, 1994, p. 163.

³⁵³ M. Guibal, « Commerce et industrie », in *Répertoire de droit commercial*, 2015, Dalloz, § 84.

entrepreneurs, il n'est plus vu que comme un concurrent potentiel dont le champ d'intervention doit être borné.

138. Liberté d'entreprendre des salariés. Une question émergente apparaît plus délicate à régler dans son principe : la confrontation de la liberté d'entreprendre des salariés avec celle des associés, dirigeants ou employeur de leur entreprise. Dans l'absolu, la liberté d'entreprendre des salariés est la même que celle de tout individu. L'activité entrepreneuriale, si elle est menée en parallèle de celle de salarié, donc sans la rencontrer, est légitime et même encouragée par les pouvoirs publics³⁵⁴. Une véritable double casquette (dite « double qualité »³⁵⁵) existe même dans les sociétés coopératives et participatives³⁵⁶. Mais dans ce cas, il faut noter que le cumul se forme soit à l'initiative des salariés coopérateurs eux-mêmes (ils forment une Scop *ex-nihilo*), soit à l'initiative de l'entrepreneur qui dirigeait ou disposait des parts de leur société, qui leur cède en quelque sorte celles-ci (cas des reprises par les salariés). Dans ces situations, la liberté d'entreprendre du salarié s'exprime sans s'opposer à celle de leur employeur ou de leur entreprise : elle apparaît isolément, ou est consentie.

139. Faiblesse face à une liberté d'entreprendre concurrente. Parfois, la norme constitutionnelle se fait moins accueillante pour la liberté d'entreprendre des salariés. Dans sa décision relative à la loi sur l'économie sociale et solidaire de 2014³⁵⁷, le Conseil constitutionnel³⁵⁸ met en balance la liberté d'entreprendre des salariés avec la liberté d'entreprendre de la personne cédant le fonds de commerce ou les parts majoritaires de la société qui les emploie. Le législateur avait relié à ces situations de cession, souvent critiquées pour l'avenir d'une entreprise et des emplois, une obligation d'information des salariés portant sur l'existence du projet de cession qui devait leur permettre de formuler une offre de rachat. Cette information devait être présentée au moins deux mois avant toute cession³⁵⁹. C'est la sanction consistant dans l'annulation de la cession intervenue en méconnaissance de

³⁵⁴ F. Laronze, « Lecture croisée de la loi Florange et de la loi sur l'économie sociale et solidaire », *SSL*, n° 1656, 14 déc. 2014, p. 7.

³⁵⁵ Cf. D. Hiez, « Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de double qualité dans les Scop », *Recma*, n° 299, fév. 2006, p. 34.

³⁵⁶ Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production.

³⁵⁷ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 19 à 22 ; cf. S. Vernac, « Le droit à l'information préalable des salariés en cas de cession de leur entreprise », *RDT*, 2015, p. 43 ; B. Dondero, « L'information des salariés sur la cession de l'entreprise : belles questions en perspective », *D. chr.*, 2014, p. 1946.

³⁵⁸ Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-476 QPC ; « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, p. 573, note S. Vernac.

³⁵⁹ Concernant les cessions de fonds de commerce : C. com., art. L. 141-23 et s. ; concernant les cessions de participation majoritaire : C. com., art. L. 23-10-1 et s.

l'obligation d'information que vient invalider le Conseil constitutionnel³⁶⁰ : il estime qu'elle « *porte une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre* »³⁶¹. Le choix est donc fait de privilégier le droit du cédant, conçu comme une dimension de sa liberté d'entreprendre. Par-delà la clarté de la censure, le considérant interroge : il signale en effet « *que l'obligation d'information a uniquement pour objet de garantir aux salariés le droit de présenter une offre de reprise sans que celle-ci s'impose au cédant* ». Que déduire de cette précision ? Il y a lieu d'hésiter. D'un côté, le Conseil constitutionnel ne mentionne même pas que l'enjeu est aussi le droit fondamental de liberté d'entreprendre des salariés, qu'il aurait été pourtant utile et innovant de mettre en exergue. Le sentiment est que la liberté d'entreprendre des salariés, pourtant reliée dans ces situations à leur droit à l'emploi, est jugée négligeable³⁶², leur offre étant présentée comme une parmi d'autres, presque dénuée de sérieux. Une autre lecture plus énigmatique peut engager dans des conjectures nouvelles : si le législateur, fermement, avait imposé un droit de préemption des salariés en cas de cession, comme l'avait initialement envisagé le gouvernement ?³⁶³ Dans ce cas, l'annulation aurait pu être considérée comme une sanction proportionnée puisque la cession intervenue sans information préalable aurait eu des conséquences beaucoup plus graves sur les salariés, privés d'un véritable droit à la reprise de leur entreprise, et non simplement d'une opportunité de déposer une offre de rachat. Reste que le Conseil constitutionnel, dans ce scénario uchronique, aurait été poussé à se prononcer directement sur la liberté d'entreprendre des salariés et sur le fait de savoir si cette liberté peut justifier un droit de préemption. Il est permis de douter que cette confrontation des libertés d'entreprendre aurait tourné à l'avantage

³⁶⁰ Précédé il est vrai par une doctrine sévère : S. Vernac, « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, p. 577 ; l'auteur note : « *L'action en annulation de la cession ne sera pas regrettée. Le choix de la nullité était pour le moins audacieux, tant l'aversion à l'endroit de cette sanction est traditionnellement forte en droit des sociétés.* » ; v. également, avant le vote de la loi en question : B. Dondero, « Les méfaits d'un formalisme excessif », *RDT*, 2014, p. 13.

³⁶¹ Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-476 QPC, consid. 13.

³⁶² F. Laronze, « Lecture croisée de la loi Florange et de la loi sur l'économie sociale et solidaire », *op. cit.*, p. 10 : « *Or, si la liberté d'entreprendre est un droit civil et politique, le salarié en est titulaire, en tant qu'individu capable juridiquement. Si, en revanche, la liberté d'entreprendre est un droit économique et social reconnu à l'homme situé* », des mécanismes légaux aujourd'hui nombreux permettent au salarié d'en bénéficier sans compter la position doctrinale controversée relative aux droits sociaux fondamentaux. Dès lors, le Conseil constitutionnel impose une conception de la liberté d'entreprendre qui ne prend pas en considération la variabilité des contours des modes d'entrepreneuriat. »

³⁶³ « Hamon veut promouvoir les Scop par la loi », *L'Humanité*, 28 juin 2012 ; disponible sur : <http://www.humanite.fr/hamon-veut-promouvoir-les-scop-par-la-loi> [Dernière consultation le 1er juin 2017.] Pour un soutien à ce projet sur le terrain juridique et en défense de la liberté d'entreprendre des salariés : Th. Jeantet, « Pour la création d'un droit de préférence », *RDT*, 2014, p. 10 ; l'auteur espère « *un texte respectant le droit d'entreprendre de tous, y compris des salariés* ».

des salariés, le Conseil constitutionnel se montrant plus soucieux de la liberté de ne pas, ou de ne plus entreprendre.

2. Liberté de « désentreprendre »

140. Fondement conceptuel d'une liberté de « désentreprendre ». L'idée d'une liberté de « désentreprendre » trouve son origine dans une question théorique fondamentale : la liberté d'entreprendre comprend-elle la liberté de ne pas entreprendre, sorte de versant négatif ? Le parallèle avec le droit de propriété est intéressant : le propriétaire d'un bien peut en user, mais il peut aussi choisir de n'en faire aucun usage, tout en interdisant aux autres d'en faire quelque usage que ce soit ; il peut même en altérer la substance ou le détruire³⁶⁴. Qu'en est-il de la liberté d'entreprendre ? Chaque individu en est titulaire, mais chacun garde bien évidemment la possibilité de s'engager ou non dans une activité économique, donc de faire ou non usage de son pouvoir d'agir. Plus épineuse est la question de savoir ce qu'il advient de ce pouvoir quand l'entrepreneur souhaite se retirer de son activité. Car en pareille hypothèse, les conséquences d'un retrait peuvent être considérables, notamment au plan social. Dès lors, la liberté pour l'entrepreneur de cesser son activité peut-elle être totale, ou la liberté d'entreprendre devrait-elle être rattachée à une forme de fonction sociale qui impose une continuité de l'activité eu égard aux intérêts en jeu ?

141. Manifestation juridique de la liberté de « désentreprendre » dans la loi dite « Florange » : champ d'application de la disposition. Si des études sur la question avaient déjà fait émerger l'idée que la liberté de « désentreprendre » fasse effectivement partie de la liberté d'entreprendre³⁶⁵, c'est à la suite de la loi dite « Florange »³⁶⁶ que la question s'est posé ouvertement devant le Conseil constitutionnel. Suite à plusieurs fermetures de sites industriels ayant défrayé la chronique médiatique³⁶⁷, le gouvernement, relayé par le législateur, a cherché à contrevenir à ces situations où une entreprise procède à la fermeture d'un établissement (et aux licenciements pour motif économique qui l'accompagnent) pour des raisons stratégiques ou de rentabilité jugée insuffisante, tout en poursuivant par ailleurs son activité. Car il ne s'agissait pas de traiter une situation classique où une entreprise cesse son activité pour des raisons traduisant des difficultés économiques. La loi « Florange », au

³⁶⁴ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2014, p. 133.

³⁶⁵ V. Fraissignier, *La liberté d'entreprendre. Étude de droit privé*, Université de la Réunion, 2006.

³⁶⁶ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.

³⁶⁷ ... et doctrinale. Cf. Ph. Roussel Galle, S. Vernac, « Sites et établissements : maintenir plutôt que fermer ? », *RDT*, 2013, p. 233.

contraire, s'intéresse dans son article premier à des fermetures d'établissements par des entreprises dont l'activité se poursuit, donc dont la pérennité globale n'est pas menacée. Le texte précise ainsi³⁶⁸ que les entreprises visées sont celles mentionnées à l'article L. 1233-71 du Code du travail, lequel prend place parmi les dispositions relatives au licenciement économique, mais séparément des licenciements intervenant « dans le cadre d'une sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire »³⁶⁹.

142. Objet de l'obligation. L'objet du texte est d'imposer une « obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement »³⁷⁰. Outre une procédure d'information des salariés et de l'administration sur le projet de fermeture, il est prévu que l'employeur poursuive une démarche positive de recherche d'un repreneur, d'examen et de réponse aux offres éventuelles, le tout en permettant au comité d'entreprise (et bientôt au comité social et économique voué à le remplacer³⁷¹) de participer s'il le souhaite à cette recherche, et en rendant compte auprès de lui du résultat de cette recherche³⁷². Le Conseil constitutionnel valide cet ensemble de dispositions malgré les demandes des parlementaires auteurs de la saisine, estimant ces obligations proportionnées au regard de l'objectif poursuivi³⁷³. Au-delà, le texte contenait un ensemble de sanctions au cas de non-respect, que le comité d'entreprise pouvait demander devant le tribunal de commerce. Ce non-respect pouvait être rattaché à la procédure de recherche, mais également au refus de donner suite à une offre « sérieuse » de reprise, hors motif légitime consistant dans la « mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise »³⁷⁴. Si le Conseil constitutionnel admet que le respect de la procédure de recherche puisse être contrôlé et sanctionné, il en va différemment de l'appréciation du sérieux des offres et de la réponse apportée. Sur ce point, le pouvoir de sanction confié aux juges porte atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété³⁷⁵. De même, la principale sanction, consistant dans une pénalité financière fonction

³⁶⁸ C. trav., art. L. 1233-57-9.

³⁶⁹ Ces situations sont l'objet de la section suivante de Code du travail. Cf. C. trav., art. L. 1233-58 et s.

³⁷⁰ Suivant le nom du premier Titre du texte de loi.

³⁷¹ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 4, 20°.

³⁷² C. trav., art. L. 1233-57-9 à 21.

³⁷³ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692, consid. 11.

³⁷⁴ Selon le texte de l'article L. 772-2 du Code du commerce, amputé par la décision et depuis abrogé.

³⁷⁵ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692, consid. 19 à 21.

du nombre d'emplois supprimés, est censurée car dépourvue de proportionnalité dès lors qu'elle ne sanctionne plus que les défauts de la démarche de recherche³⁷⁶.

143. Diversité des lectures de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi « Florange ». Plusieurs opinions doctrinales se sont exprimées suite à cette décision. Suivant une lecture plutôt optimiste, un auteur a pu faire valoir que la décision, bien qu'elle libère l'employeur de toute obligation de cession, marquait la possibilité d'une procéduralisation de son pouvoir, et ouvrait un sillon juridique à creuser³⁷⁷. D'autres auteurs, plus critiques, soulignent que ce pouvoir de l'employeur est surtout consacré dans sa dimension organisationnelle et dans sa faculté à procéder à des arbitrages économiques. Le législateur est en effet censuré là où il voulait imposer une analyse au niveau de l'ensemble des activités de l'entreprise ; or le Conseil constitutionnel protège la possibilité de procéder à des découpages et d'opérer à ces différents niveaux d'organisation à des arbitrages économiques autonomes³⁷⁸. Il est aussi intéressant d'observer cette décision pour ce qu'elle dit d'une approche négative de la liberté d'entreprendre. En refusant de sanctionner le refus - même illégitime - de céder l'établissement, le Conseil constitutionnel affirme l'absence de fonction sociale de la liberté d'entreprendre. Il permet en effet à celui qui entreprend de se retirer de cette entreprise quand bon lui semble, et lui ménage par ailleurs la possibilité de cibler ce retrait, *via* le pouvoir d'organisation qu'il lui confère. Face à ce choix délibéré, le droit - du travail en particulier - n'a qu'un objet curatif³⁷⁹ : il ne peut en rien s'opposer à la fermeture d'établissement et à la faculté de « désentreprendre » liée à la liberté d'entreprendre. Si la procédure de licenciement économique subséquente peut aménager les conséquences sociales de la situation, le choix de l'employeur ne saurait être remis en cause dans son principe.

144. Conclusion du chapitre. Le premier aperçu du principe de liberté d'entreprendre tel que saisi par le Conseil constitutionnel permet de conclure à sa vocation économique et à son orientation libérale. Ses origines, ses déclinaisons, ses implications correspondent largement à cette idée. Cette lecture de la liberté d'entreprendre induit de nombreuses conséquences dans la perspective d'une rencontre entre libertés économiques et exigences sociales. D'abord, le poids constitutionnel du principe, appuyé sur la Déclaration des droits de l'Homme et du

³⁷⁶ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692, consid. 25.

³⁷⁷ J.-Ph. Robé, « Loi Florange et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 251.

³⁷⁸ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

³⁷⁹ En ce sens : S. Vernac, « Les perspectives d'un dialogue entre le droit du travail et le droit des sociétés », *RDT*, 2013, p. 236.

citoyen de 1789, lui confère une force indéniable. Cette force n'est pas neutre : elle traduit l'influence des idées libérales qui sont au fondement de cette liberté et leur permet de délargir continuellement leurs effets, l'environnement juridique français s'instituant en quelque sorte en référence à une logique d'économie de marché qui donne de l'importance au pouvoir d'agir entrepreneurial et redessine l'essence des entreprises sous la forme d'agents économiques intervenant sur le marché³⁸⁰. Ce rattachement à la logique libérale empêche de penser la liberté d'entreprendre comme un principe structurant au plan juridique : elle ne constitue plus dans cette optique qu'une condition de la réalisation de l'espace du marché. Pour resituer ce principe de liberté d'entreprendre dans un ordre juridique plus large et susceptible de lui donner plus de sens, il convient d'observer les formes qu'il prend lorsqu'il est confronté à d'autres principes ou logiques : quelles règles peuvent alors limiter la liberté d'entreprendre, et comment ces oppositions sont-elles tranchées ?

³⁸⁰ Pour une approche critique : A. Bernard, F. Riem, « Comment « ça » gouverne ? L'exemple du droit financier », *D. chr.*, 2011, p. 1630.

CHAPITRE 2 : Les limites sociales du principe de liberté d’entreprendre

145. Une compréhension des dynamiques de la relation entre liberté économique et droits sociaux ne peut être atteinte sans confronter la liberté d’entreprendre, dont les contours ont été dessinés, avec d’autres exigences de nature sociale, dont la teneur et la valeur juridique peuvent varier³⁸¹. De cette observation peuvent naître de nombreuses perspectives : aussi bien dans ce qui justifie la réduction de la liberté d’entreprendre que dans les clés de résolution de ces oppositions dont use le Conseil constitutionnel, il y a trace de l’utilité et du rôle du principe de liberté d’entreprendre, donc de sa fonction dans l’environnement juridique, au risque d’estimer que celle-ci est insatisfaisante. L’analyse portera sur le champ matériel des motifs de réduction de la liberté d’entreprendre (**Section 1**) avant de procéder à une tentative de systématisation des solutions déployées lors de ces confrontations entre liberté d’entreprendre et principes sociaux constitutionnels (**Section 2**).

Section 1 : La confrontation entre liberté d’entreprendre et normes sociales

146. L’opposition entre normes est un motif classique de la théorie juridique, spécialement quand il s’agit d’examiner la constitutionnalité d’une disposition. La plupart des dispositions adoptées par le législateur portent en effet le projet de servir un ou plusieurs impératifs constitutionnels, que les exposés des motifs et les débats parlementaires mettent expressément en évidence. Naissent par ce biais des oppositions entre principes de valeurs comparables (**Paragraphe 1**). En parallèle, le législateur peut défendre les dispositions adoptées sous un angle qui ne mobilise pas de norme constitutionnelle spécifique, en sollicitant la contribution supposée à l’intérêt général, observée de manière différente par le Conseil constitutionnel (**Paragraphe 2**).

§ 1. L’opposition à des normes sociales constitutionnelles

147. Le vaste domaine des interactions entre liberté d’entreprendre et autres normes constitutionnelles doit en premier lieu être analysé sous l’angle des normes sociales au sens strict, à savoir celles renvoyant au droit du travail et de la sécurité sociale, connus pour faire peser des contraintes sur la marche des entreprises (A). Pour autant, l’étude ne saurait

³⁸¹ Pour une appréhension du sujet sous l’angle de la confrontation entre libertés dans l’entreprise : L. Casaux-Labrunée, « La confrontation des libertés dans l’entreprise », *Dr. soc.*, 2008, p. 1032.

s'arrêter là : d'autres impératifs débordant du champ strictement social ont pu heurter la liberté d'entreprendre, et livrer des informations sur son contenu (B).

A. Liberté d'entreprendre et droits constitutionnels sociaux

148. Même en rattachant les droits sociaux à une source constitutionnelle, leur valeur demeure variable (1) ; ce n'est qu'après avoir détaillé ces variations qu'il sera possible, au cas par cas, d'observer la capacité de ces droits sociaux à s'imposer ou non face à la liberté d'entreprendre (2).

1. Diversité de l'appréhension des principes sociaux constitutionnels

149. Existence d'un droit constitutionnel du travail. Trouver l'équilibre entre libertés économiques et nécessités sociales sur le terrain constitutionnel suppose de s'intéresser aux principes de nature sociale susceptibles de s'élever face à la liberté d'entreprendre. Sur ce plan, la prétention constitutionnelle de la matière sociale est plus limitée que celle des libertés économiques. L'existence d'un droit constitutionnel du travail a longtemps fait, et fait encore débat en doctrine, même si ces doutes apparaissent « dépassés »³⁸².

150. Les principes sociaux du préambule de la Constitution de 1946. L'essentiel des principes sociaux se trouve sans surprise dans le préambule de la Constitution de 1946, seule composante du bloc de constitutionnalité ayant marqué un réel intérêt pour la question. Ce sont les alinéas 5 à 8 de ce préambule qui touchent de près au droit du travail : le devoir et travailler et le droit d'obtenir un emploi (accompagnés du principe de non-discrimination) ; le droit à l'adhésion et à l'action syndicale ; le droit de grève ; et le principe de participation à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises. Ces principes inscrits dans le texte de 1946 ont chacun fondé des décisions du Conseil constitutionnel, sans que celles-ci les mettent forcément en opposition avec la liberté d'entreprendre.

151. Droit à l'emploi. Le droit à l'emploi a ainsi fait l'objet, par exemple, d'une décision fameuse du 10 juin 1998 au sujet des lois instaurant la durée hebdomadaire légale de travail de 35 heures³⁸³, dont le Conseil constitutionnel a reconnu qu'elle faisait peser des contraintes sur les entreprises, ce qui justifiait l'analyse de sa conformité à la liberté d'entreprendre. Validant finalement les dispositions critiquées, le Conseil met en lumière leur lien avec le

³⁸² O. Dutheil de Lamothe, « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », *JCP S*, 7 fév. 2012, 1050, p. 15.

³⁸³ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

droit à l'emploi par l'intermédiaire de la méthode de partage du temps de travail³⁸⁴, rangée parmi les politiques de l'emploi³⁸⁵.

152. Liberté syndicale. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé de manière emblématique sur la liberté syndicale en examinant le statut des salariés amnistiés³⁸⁶. La question des salariés protégés est évoquée à cette occasion, et le Conseil en approuve le principe, même s'il ne le met pas, ou du moins pas directement, en balance avec la liberté d'entreprendre. La conformité du régime juridique des salariés protégés avec la liberté d'entreprendre peut être déduite de cette décision³⁸⁷.

153. Principe de participation. Si le principe de participation a été reconnu sans être réellement développé par la jurisprudence constitutionnelle³⁸⁸, sa confrontation directe avec la liberté d'entreprendre attend toujours. Une décision en date du 20 juillet 1983³⁸⁹, relative aux représentants des salariés dans les conseils d'administration des entreprises publiques évite le sujet, préférant envisager la question du respect du droit de propriété sur les actions des entreprises en question. Cette démarche par évitement a été suivie récemment quand une question semblable s'est posée au sujet de la participation aux résultats dans les mêmes entreprises publiques³⁹⁰, prouvant que le Conseil n'était pas le plus à son aise au moment de mettre en débat la liberté d'entreprendre. De manière notable, l'instauration d'instances de dialogue social dans les réseaux de franchises aurait pu donner lieu à une décision recherchant l'équilibre entre participation des travailleurs et liberté d'entreprendre, puisque ce motif était

³⁸⁴ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, consid. 26 : « *Considérant, en deuxième lieu, qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, et notamment de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés ; qu'en réduisant, à l'article 1er de la loi, de trente-neuf à trente-cinq heures, la durée légale du travail effectif, en 2000 ou 2002, selon les cas, et en prévoyant, à l'article 3, un dispositif visant à inciter les employeurs à réduire la durée du travail avant ces échéances, le législateur a entendu, dans le contexte actuel du marché du travail, s'inscrire dans le cadre du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; »*

³⁸⁵ En ce sens : D. Baugard, « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.*, 2014, p. 333 et s.

³⁸⁶ Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, consid. 24.

³⁸⁷ Cf. B. Mathieu, S. Dion-Loye, « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », *Dr. soc.*, 1990, p. 531 : les auteurs voient dans cette décision « *une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et celui relatif à l'exercice des droits syndicaux* ».

³⁸⁸ Cf. V. Bernaud, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.*, 2015, p. 960.

³⁸⁹ Cons. const., 20 juill. 1983, n° 83-162 DC, consid. 22.

³⁹⁰ Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC ; « La QPC au secours de la liberté d'entreprendre », *Constitutions*, 2013, p. 592, note Ch. Radé, P. Gervier.

soulevé par les requérants opposés aux dispositions législatives³⁹¹. Là encore, le Conseil a éludé l'opposition, préférant ne pas rattacher ces instances au principe de participation, et les appuyant seulement sur un objectif d'intérêt général³⁹².

154. Droit de grève et d'action collective. Enfin, le droit de grève ne paraît pas avoir été directement confronté à la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel. Il est cependant important de noter qu'à des niveaux de contentieux autres que constitutionnels et devant d'autres juridictions, la question de la conformité de l'exercice du droit de grève avec la liberté d'entreprendre est une question récurrente³⁹³. L'absence de décision du Conseil constitutionnel à ce sujet témoigne du peu de conflits directs entre ces droits et la liberté d'entreprendre, hors le cas du droit à l'emploi. Même si elle paraît parfois étouffée par le Conseil constitutionnel, cette conflictualité est latente, eu égard à l'indéniable valeur conférée à ces normes sociales constitutionnelles et compte tenu du fait qu'elles font de manière évidente peser des contraintes sur les entreprises et les entrepreneurs.

155. Relais d'autres normes constitutionnelles. Le droit du travail a également bénéficié du relais d'autres droits constitutionnels pour s'imposer dans l'ordre juridique, parfois face au principe de liberté d'entreprendre. Un cas révélateur tient dans le droit à la santé, reconnu par l'alinéa 11 du même préambule de 1946 à « tous », duquel le Conseil constitutionnel a déduit plusieurs protections pour les salariés, dont le droit au repos³⁹⁴ et diverses limites en matière de temps de travail. C'est à l'occasion de l'étude de dispositions affirmant le caractère exceptionnel du travail de nuit que le Conseil met en balance cette composante d'un régime protecteur du salarié avec la liberté d'entreprendre³⁹⁵. Dans la réponse, le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur la prérogative consistant à opérer une « conciliation » entre ces principes, et précise qu'une telle conciliation ne présente pas de déséquilibre manifeste³⁹⁶.

³⁹¹ Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC.

³⁹² Consid. 32 : « En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre aux représentants des salariés des employeurs franchisés d'être informés des décisions du franchiseur « de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés » et de formuler des propositions. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. »

³⁹³ J. Péliissier, « La grève, liberté très surveillée », *D.O.*, 1988, p. 59.

³⁹⁴ Sur le repos hebdomadaire, cf. Cons. const., 6 août 2009, n° 2009-588 DC.

³⁹⁵ Cons. const., 4 avr. 2014, n° 2014-373.

³⁹⁶ Consid. 17 : « Considérant qu'en prévoyant que le recours au travail de nuit est exceptionnel et doit être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale, le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes

2. Résistance des principes sociaux face à la liberté d'entreprendre

156. Difficultés d'une analyse systémique. La question de la capacité des normes sociales constitutionnelles à résister au principe de liberté d'entreprendre soulève plusieurs ordres de difficulté. Pour être analysée, elle suppose que des dispositions législatives s'opposent à la liberté d'entreprendre, mais également que le Conseil constitutionnel identifie ces dispositions comme porteuses d'une norme sociale à valeur constitutionnelle. Or il est fréquent que le Conseil ne rattache pas la disposition issue de la matière sociale à une norme constitutionnelle sociale, préférant invoquer l'objectif d'intérêt général qui la sous-tend. De même, le Conseil évite parfois, après avoir identifié l'objectif social constitutionnel, de le confronter à la liberté d'entreprendre, préférant organiser son argumentation autour d'une autre opposition, avec le droit de propriété par exemple. En définitive, ce sont des décisions rares qui permettent de juger des équilibres recherchés.

157. L'exemple du droit à l'emploi. La matière la plus transparente sur ces équilibres est sans conteste la confrontation du droit à l'emploi avec la liberté d'entreprendre³⁹⁷. Le nombre de décisions visant ce droit découlant du cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 est comparativement plus important que pour les autres droits sociaux du même préambule. Surtout, le droit à l'emploi est devenu la motivation principale du législateur en matière de droit du travail, même quand cette lutte pour l'emploi passe par un élargissement, d'inspiration libérale, des libertés des entreprises. S'agissant des contraintes imposées aux entreprises par ce droit à l'emploi, le Conseil constitutionnel évolue dans le sens d'un accueil de plus en plus réservé envers les dispositions portant atteinte à la liberté d'entreprendre³⁹⁸.

158. Aux origines, le critère de dénaturation. Cette variation peut être suivie au fil de trois décisions emblématiques du Conseil constitutionnel. Dans celle de 1998 déjà évoquée relative au régime des 35 heures³⁹⁹, les sages mettent en exergue, en tête de décision, les normes constitutionnelles dont ils vont faire application⁴⁰⁰. Cette présentation fait apparaître les normes sociales du préambule de 1946 au même niveau que la liberté d'entreprendre : aucune distinction de valeur n'est opérée au stade de cette formulation. Quand le Conseil en

fondamentaux du droit du travail, a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, et les exigences tant du dixième alinéa que du onzième alinéa du Préambule de 1946 ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre doit être écarté ; ».

³⁹⁷ Sur ce thème : D. Baugard, « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.*, 2014, p. 332.

³⁹⁸ En ce sens : G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017, § 44.

³⁹⁹ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC ; *cf. supra* § 151.

⁴⁰⁰ Consid. 3.

vient à mettre en balance le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre, il précise d'abord de manière classique, « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles* ». Sa clé de résolution de la problématique suit : « *à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* »⁴⁰¹. Or, pour l'appliquer, le Conseil démontre son ouverture pour l'objectif du droit à l'emploi, développant les arguments susceptibles de minimiser l'atteinte à la liberté d'entreprendre : le considérant 26 mentionne le contexte du marché du travail ; le considérant 27 précise que le Conseil ne saurait être juge des moyens appropriés pour la poursuite de l'objectif ; tandis que le considérant 28 minimise les conséquences sur l'entreprise en évoquant les mesures d'accompagnement. Le droit à l'emploi bénéficie d'un accueil favorable, le Conseil constitutionnel observant toutes les dimensions des dispositions proposées pour juger finalement l'aménagement de la liberté d'entreprendre acceptable.

159. Vers la conciliation par proportionnalité. La décision du 12 janvier 2002⁴⁰², dans sa partie relative au licenciement économique, marque un changement de ton. Les principes ne sont présentés selon un agencement différent : le législateur doit « *assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties* »⁴⁰³. Si la liberté d'entreprendre figure au rang de ces libertés, elle est en quelque sorte préexistante ou préétablie, et c'est en fonction d'elle que les objectifs sociaux doivent être poursuivis, dessinant une relation devenue inégalitaire. La clé de résolution n'est plus la « dénaturation » mais l'atteinte disproportionnée au principe, plus favorable à la liberté d'entreprendre. Enfin et surtout, le Conseil fonde sa décision sur le « *cumul de contraintes* »⁴⁰⁴, qu'il a pris soin de mesurer et d'explicitier. Il est nullement question de la pertinence des mesures égard du droit à l'emploi, et seules sont observées les implications en termes d'atteinte à la liberté d'entreprendre. Il n'est guère étonnant que la conclusion soit une censure des dispositions en cause.

160. Une lecture lacunaire de l'objectif poursuivi. L'ampleur du glissement peut *in fine* être mesurée à la lecture de la décision relative à la loi dite « Florange »⁴⁰⁵. Reprenant sa grille de lecture appuyée sur la proportionnalité de l'atteinte, le Conseil constitutionnel fait le choix

⁴⁰¹ Consid. 26.

⁴⁰² Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC ; cf. *supra* § 112 ; 127.

⁴⁰³ Consid. 46.

⁴⁰⁴ Consid. 50.

⁴⁰⁵ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.

de détacher l'objectif du droit à l'emploi du raisonnement, en le mentionnant seulement *in limine*⁴⁰⁶. Quand il en arrive à censurer les dispositions relatives à l'analyse des offres sérieuses de reprise et à la possibilité ou non pour l'employeur de les refuser, le Conseil n'observe plus que l'atteinte à la liberté d'entreprendre. Il l'estime « *manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »⁴⁰⁷. Mais quel est cet objectif ? Le Conseil constitutionnel, l'ayant évacué initialement, n'y revient pas : aucun indice n'est apporté sur ce que cet objectif de droit à l'emploi pourrait justifier ou non. De sorte que la valorisation des arbitrages économiques déjà analysée⁴⁰⁸ s'accompagne d'une autonomisation du principe de liberté d'entreprendre. Il n'y a pas lieu de le mettre réellement en balance avec le but recherché, et seule la nature de l'atteinte compte, dans un référentiel autocentré sur la liberté d'entreprendre. Force est alors de constater que la « *fondamentalisation d'un ordre libéral* »⁴⁰⁹ pointée par une partie de la doctrine se fait avant tout au détriment du poids constitutionnel des droits sociaux.

B. Liberté d'entreprendre et autres normes constitutionnelles

161. Ouverture du champ. Cette étude concerne d'abord l'opposition entre normes sociales constitutionnelles et liberté d'entreprendre, mais il ne s'agit pas de la seule hypothèse qui voit des impératifs de valeur constitutionnelle s'opposer à la liberté d'entreprendre. L'observation de ces autres confrontations, qui pourrait sembler hors sujet, peut s'avérer utile pour mieux cerner le poids des principes sociaux, en les comparant à des principes constitutionnels d'autre nature. Il est alors possible de savoir si la liberté d'entreprendre est envisagée avec la même vigueur face à tous les types de principes constitutionnels, ou si au contraire sa nature économique et son fondement libéral la rendent particulièrement intransigeante avec les normes sociales.

162. Liberté d'entreprendre et impératif de protection de la santé. Un premier exemple peut être tiré de décisions récentes relatives au droit à la santé, protégé par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, qui prévoit que la nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* ». Si cet objectif peut être rattaché au droit du travail⁴¹⁰, plusieurs espèces font émerger le droit à la santé au soutien

⁴⁰⁶ Consid. 7 et 8.

⁴⁰⁷ Consid. 21.

⁴⁰⁸ Cf. *supra* § 128.

⁴⁰⁹ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

⁴¹⁰ Il fonde le droit au repos des salariés. Cf. *supra* § 155.

d'autres dispositions. Il fonde ainsi la politique de lutte contre le tabagisme, qui a justifié de nombreuses dispositions restrictives. Parlementaires et industriels du secteur les ont dénoncées, en arguant d'atteintes excessives à la liberté d'entreprendre. Dans une décision de janvier 2016⁴¹¹, la neutralité des emballages de cigarettes et de tabac a été analysée sous cet angle. Aux yeux du Conseil constitutionnel, « *le législateur a entendu priver ces produits d'une forme de publicité susceptible d'en favoriser la consommation, alors qu'il est établi que cette consommation nuit à la santé des personnes ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de protection de la santé ; que les dispositions contestées n'interdisent ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; qu'il n'en résulte aucune atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre* »⁴¹². Dans ces lignes, le Conseil prend soin de détailler la nature concrète de l'atteinte, ou plutôt de l'absence d'atteinte (les dispositions « *n'interdisent pas* »). La caractérisation du but du législateur et la description de l'état postérieur de la liberté d'entreprendre démontrent une réelle préoccupation pour l'objectif poursuivi. Concernant toujours le droit à la santé, le Conseil constitutionnel a pu se prononcer sur la suspension « *de l'importation et de la mise sur le marché national à titre gratuit ou onéreux des conditionnements, contenants ou ustensiles comportant du bisphénol A et destinés à entrer en contact direct avec des denrées alimentaires* » ainsi que de « *la fabrication et l'exportation de ces produits en France ou depuis la France* »⁴¹³. Reliant ces interdictions à l'impératif constitutionnel de protection de la santé, le Conseil détaille et ventile sa décision : si l'interdiction de la mise sur le marché en France de ces produits est une mesure proportionnée dans l'atteinte qu'elle porte à la liberté d'entreprendre, ce n'est pas le cas de l'interdiction de fabrication ou d'exportation, caractéristique d'une atteinte excessive. Deux conclusions peuvent en être tirées : d'abord, l'impératif de protection de la santé n'est pas plus absolu que les droits du travail à valeur constitutionnelle, et peut donc également reculer face à la liberté d'entreprendre⁴¹⁴. Ensuite, c'est à nouveau avec le souci du caractère concret des atteintes que le Conseil s'exprime, avec une censure partielle qui délie les différents effets de la mesure.

163. Liberté d'entreprendre et lutte contre la fraude fiscale. Un mouvement comparable peut être observé en matière de lutte contre la fraude fiscale. Bien que n'étant pas

⁴¹¹ Cons. const., 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC.

⁴¹² Consid. 21.

⁴¹³ Cons. const., 17 sept. 2015, n° 2015-480 QPC, consid. 7 et 8.

⁴¹⁴ Il est pour le moins étonnant que le Conseil constitutionnel s'attache à la protection des personnes sur le territoire français, mais laisse libre les entreprises établies en France de procurer ces produits *a priori* dangereux aux marchés étrangers.

expressément contenu dans les textes du bloc de constitutionnalité, cet impératif a été élevé par le Conseil constitutionnel au rang d' « objectif à valeur constitutionnelle »⁴¹⁵. Or, dans la décision du 8 décembre 2016 déjà observée⁴¹⁶, cet objectif ne suffit pas à résister au principe de liberté d'entreprendre. Les dispositions obligeant les entreprises à publier leur données économiques pays par pays sont censurées, non sans que les sages aient décrit en quoi cette obligation de transparence pouvait déstabiliser les entreprises visées⁴¹⁷. Là encore, la volonté du Conseil constitutionnel de justifier concrètement sa perception des atteintes à la liberté d'entreprendre lui permet d'appuyer ses conclusions sur le terrain de la proportionnalité.

164. À la recherche des résistances à la liberté d'entreprendre. L'observation de ces confrontations à la liberté d'entreprendre ne permet pas de tirer de conclusions claires quant à une différence entre normes issues du droit constitutionnel du travail et autres normes constitutionnelles. Cette observation confirmée par la doctrine démontre que la liberté d'entreprendre est protégée avec une relative constance par le Conseil constitutionnel⁴¹⁸, qui ne confère pas à certaines dispositions constitutionnelles plus qu'à d'autres un pouvoir de la bousculer. Il n'y aurait donc pas de régime d'exception propre à la matière constitutionnelle sociale face à la liberté d'entreprendre, ce qui est un gage de cohérence jurisprudentielle. Mais cette absence de spécificité prive également de point d'appui ou de repère. D'abord au plan conceptuel car le Conseil constitutionnel ne positionne sa réflexion dans aucun référentiel qui permettrait de saisir en quoi la liberté d'entreprendre participe ou non d'impératifs qui la dépassent et qui justifient qu'elle prime face à d'autres libertés ou droits fondamentaux. Ensuite sur un plan plus pratique, la matière sociale ne bénéficie pas d'un modèle de norme constitutionnelle qui s'imposerait de manière plus vigoureuse face à la liberté d'entreprendre. C'est par conséquent une démarche prospective et créative qui doit gouverner la refondation

⁴¹⁵ A. Barali, « L'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude », *Constitutions*, 2010, p. 284.

⁴¹⁶ Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC ; cf. *supra* § 127.

⁴¹⁷ Consid. 103 : « l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays, est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale. »

⁴¹⁸ P. Delvolé, « Les libertés économiques », *RFDA*, 2017, p. 41. L'auteur note qu'existe un régime commun aux différentes libertés économiques, et l'absence de régime propre à certaines atteintes, et conclut à l'existence d'un régime relativement homogène : « Cela n'empêche que finalement les réformes récentes ne paraissent pas avoir affecté sensiblement la portée des libertés économiques telles qu'elles avaient déjà pu être reconnues précédemment. Si certaines lois ont été présentées comme destinées à diminuer les contraintes pesant sur les entreprises (lois Macron, El Khomri), et si les dispositions de certaines autres ont pu être censurées comme portant atteinte de manière excessive aux libertés économiques, n'a pas changé le système juridique dans lequel s'exerce l'activité économique. »

des relations entre libertés économiques et impératifs sociaux, afin de dégager des solutions originales.

§ 2. L'opposition à des normes d'intérêt général social

165. Au-delà des normes présentant une valeur constitutionnelle, le législateur oppose à la liberté d'entreprendre des dispositions qui poursuivent des buts d'intérêt général. Il convient d'observer comment ces buts se déclinent en matière sociale (A) et de déterminer leur capacité à s'imposer face à la liberté d'entreprendre (B).

A. Indétermination des objectifs d'intérêt général de nature sociale

166. Complémentarité avec les normes constitutionnelles. L'observation des normes constitutionnelles sociales tirées du bloc de constitutionnalité démontre à la fois qu'elles sont dotées d'une certaine force, mais qu'elles se présentent en nombre trop limité pour être le relais de l'ensemble des dispositions intéressant la matière sociale, ou même du seul droit du travail. Il est illusoire d'imaginer des normes sociales constitutionnelles exhaustives. Certaines dispositions font ainsi face à la liberté d'entreprendre mais, faute de pouvoir s'appuyer sur des normes constitutionnelles de ralliement, sont défendues dans le cadre de l'intérêt général.

167. L'intérêt général face à la liberté d'entreprendre. La référence à l'intérêt général par le Conseil constitutionnel face à la liberté d'entreprendre apparaît pour la première fois dans une décision du 4 juillet 1989⁴¹⁹. Les juges y analysent un dispositif d'information de l'administration obligeant à déclarer les acquisitions de parts de sociétés privatisées portant à plus de 10 % les parts détenues⁴²⁰. Le Conseil constitutionnel juge les dispositions conformes, non sans préciser « *que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* »⁴²¹. Si la formulation est classique pour l'époque, la mise en balance de la liberté d'entreprendre avec l'intérêt général plutôt qu'avec des normes constitutionnelles est inédite. L'approche du Conseil constitutionnel s'est étoffée depuis : la référence à la dénaturation cède la place à une lecture

⁴¹⁹ Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC ; *D.*, 1990, p. 209, note F. Luchaire ; *RTD civ.*, 1990, p. 519, note F. Zenati.

⁴²⁰ Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, art. 10.

⁴²¹ Consid. 5.

sous l'angle de la proportionnalité⁴²². Et pour juger de cette atteinte, le Conseil recherche de manière récurrente aujourd'hui deux ordres possibles de justification. Ainsi, ces limitations peuvent être « *liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* »⁴²³.

168. Difficultés de différenciation. Appliquée à la matière sociale, cette formule du Conseil constitutionnel pose difficulté en compliquant le fait de distinguer les normes sociales à valeur constitutionnelle et celles incarnant l'intérêt général. Un auteur ayant consacré une étude exhaustive à « *l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* » met en évidence des buts d'intérêt général ayant justifié les atteintes à la liberté d'entreprendre qui sont également ... des normes constitutionnelles, tels le droit à l'emploi ou le principe de participation⁴²⁴. Dans ces situations, difficile d'interpréter les liens qu'envisage le Conseil : l'usage du « ou » laisse entendre qu'il n'exige pas que la norme analysée soit à la fois une déclinaison d'un principe constitutionnel et d'un but d'intérêt général. Pour autant cette double référence pourrait être le signe qu'un double rattachement renforce mécaniquement le poids de la disposition en cause, donc ses chances de résister à la liberté d'entreprendre. Mais une telle approche peut aussi témoigner d'une relative faiblesse de ces dispositions sociales, qui même présentes dans la lettre du bloc de constitutionnalité devraient être renforcées par l'intérêt général pour prendre leur pleine mesure.

169. Déclinaison à partir d'une décision récente. Un exemple récent permet de prendre la mesure de ce que l'intérêt général permet en matière sociale. Au sujet de la loi « *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* »⁴²⁵, le Conseil rattache explicitement la création d'instances de dialogue social dans les réseaux de franchisés à un « *objectif d'intérêt général* », lequel se décline dans le fait de « *permettre aux représentants des salariés des employeurs franchisés d'être informés des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés* » et de formuler des propositions »⁴²⁶. La décision ne relie pas ces instances vouées au dialogue social au principe de participation : le Conseil

⁴²² Cf. *supra* § 158 et s.

⁴²³ Pour un exemple récent : Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, consid. 16.

⁴²⁴ G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Thèses, 2004, p. 166.

⁴²⁵ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 64.

⁴²⁶ Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC, consid. 32.

précise qu'il envisage le principe de participation comme centré sur la communauté de travail, quand les dispositions en cause ont pour originalité d'établir l'instance au sein d'un réseau où l'interlocuteur des salariés est le franchiseur plutôt que le franchisé employeur⁴²⁷. Par conséquent, et à défaut de rattachement au principe de participation qui aurait conféré une coloration nouvelle et originale, il est regrettable que l'objectif d'intérêt général ne soit pas précisé ou caractérisé. Il aurait en effet été souhaitable que le Conseil constitutionnel catégorise en quelque sorte l'intérêt général autrement qu'en déclinant les dispositions qu'il analyse. Un tel travail permettrait utilement de cartographier quel intérêt général le législateur est susceptible d'opposer à la liberté d'entreprendre. Cette mise en évidence n'aurait pas pour autant pour objet ou pour effet de conférer à ces objectifs d'intérêt général une valeur constitutionnelle, bien que de tels glissements d'intérêt général à « objectif à valeur constitutionnelle » aient pu déjà avoir lieu⁴²⁸. En attendant, « *la notion d'intérêt général n'est ainsi ni précise dans sa définition, ni rigoureuse dans son contenu.* »⁴²⁹

B. Faiblesse des objectifs d'intérêt général de nature sociale

170. Intérêt d'une distinction entre justification par la norme constitutionnelle et par l'intérêt général. Toute la question ici est de savoir si une norme sociale reposant seulement sur la poursuite d'un but d'intérêt général est dotée par le Conseil constitutionnel de la même valeur qu'une norme sociale appuyée sur un principe constitutionnel. La question a son intérêt dans la perspective de l'action du législateur : ses marges de manœuvre sont-elles plus importantes s'il raccroche les dispositions nouvelles à une norme constitutionnelle, ou s'il se contente de la poursuite d'un objectif d'intérêt général ? Cette entrée pourrait permettre de définir plus précisément le périmètre d'intervention du législateur en décrivant par la négative les contours de la liberté d'entreprendre confrontée aux exigences sociales.

⁴²⁷ Sur ce point : A. Fabre, « L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise », *Constitutions*, 2016, p. 446 ; l'auteur critique vertement cette approche du Conseil constitutionnel (« *La décision donne l'impression que le principe de participation des travailleurs est prisonnier des frontières de l'entreprise - groupement doté de la personnalité juridique - et du cercle des salariés - liés à l'employeur par un contrat de travail. En somme, une version rabougrie du principe de participation.* ») et détaille plusieurs autres décisions où le Conseil s'était montré plus ouvert, en ouvrant par exemple la principe de participation aux travailleurs « *intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail* », salariés ou non de l'entreprise en question. Cf. Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, consid. 29.

⁴²⁸ G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Thèses, 2004, p. 166 : l'auteur met en évidence que la lutte contre la fraude fiscale constitue un objectif d'intérêt général ; or, cet objectif s'est depuis mué en « *objectif de valeur constitutionnelle* ». Cf. Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC, consid. 19.

⁴²⁹ P. Delvolvé, « Les libertés économiques », *RFDA*, 2017, p. 38.

171. Relativité de la distinction. Il convient cependant de rester prudent : l'observation des équilibres entre normes constitutionnelles sociales et liberté d'entreprendre a déjà donné à voir la relativité du poids des exigences sociales, même constitutionnellement défendues. La poursuite d'un but d'intérêt général ne peut apporter à la norme défendue que des garanties moindres ou au mieux égales par rapport aux normes constitutionnelles. Or ces normes constitutionnelles ont été décrites comme irrégulièrement défendues par le Conseil constitutionnel, et il est logique de ne pas trop insister sur l'éventuel contraste entre les deux ordres de justification, tant leurs capacités respectives à résister à face à la liberté d'entreprendre semblent aléatoires. En toute hypothèse, et dans l'état de la jurisprudence du Conseil, ni les normes sociales constitutionnelles ni la poursuite d'un but d'intérêt général ne sauraient suffire à emporter la conviction des juges constitutionnels.

172. Expression par le Conseil constitutionnel d'une différenciation : faveur aux principes constitutionnels. Pour tenter d'explicitier les différences entre les deux ordres de justification, la décision du Conseil constitutionnel du 4 août 2016⁴³⁰ constitue un exemple intéressant, dans sa partie relative à l'article 64 de la loi⁴³¹ qui instaure des instances de dialogue social dans les réseaux de franchisés. Le Conseil fait ici le choix d'un rattachement de la disposition à l'objectif d'intérêt général, alors qu'une justification par le principe de participation semblait envisageable⁴³². Il valide le principe des instances de dialogue social, jugeant qu'au regard du but d'intérêt général poursuivi, l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est pas disproportionnée⁴³³. Mais une précision éveille l'attention⁴³⁴. Dans le considérant 37, le Conseil précise en effet : « *Compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, dont la portée ne peut qu'être limitée en raison de l'absence de communauté de travail existant entre les salariés de différents franchisés, ces dispositions, qui imputent l'intégralité des dépenses et des frais au seul franchiseur à l'exclusion des employeurs franchisés, portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.* » Les dispositions en cause avaient pour objet de mettre à la charge du franchiseur un certain nombre de dépenses relatives à

⁴³⁰ Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC.

⁴³¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Les dispositions de l'article 64 ne sont pas codifiées.

⁴³² Cf. *supra* § 153 ; sur ce point, A. Fabre, « L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise », *Constitutions*, 2016, p. 446.

⁴³³ Consid. 33, *in fine* : « *Ainsi, la création de cette instance de dialogue social ne porte pas en elle-même atteinte à la liberté d'entreprendre.* ».

⁴³⁴ Dans son commentaire sur le sujet, le Professeur Fabre demeure cependant précautionneux. A. Fabre, *op. cit.*, p. 455 ; l'auteur évoque la possibilité d'un « *raisonnement spécieux, essentiellement construit pour valider le dispositif créé* ».

l'organisation ou au fonctionnement de l'instance en l'absence d'accord collectif sur ces questions. Bien que supplétive, cette disposition est censurée. Le Conseil dessine ici un scénario alternatif curieux : il pointe l'absence de communauté de travail pour restreindre l'objectif du législateur (relié à l'intérêt général) et expliquer la censure. Cette précision appelle deux remarques : elle paraît expliciter le fait que la communauté de travail soit ce qui sépare les dispositions en cause du principe de participation⁴³⁵, pour ne les rattacher qu'au seul but d'intérêt général. Mais surtout cette incise établit une hiérarchie nette : ce que la poursuite du but d'intérêt général ne permet pas, le principe de participation aurait pu, semble-t-il, le permettre⁴³⁶. Il y aurait donc effectivement une moindre capacité du but d'intérêt général à s'élever à l'encontre de la liberté d'entreprendre. Le législateur, en matière sociale, serait alors encouragé à s'aligner sur les normes constitutionnelles sociales quand il sait qu'il porte atteinte à la liberté d'entreprendre. En pareil cas, il semble que l'atteinte jugée acceptable par le Conseil constitutionnel soit plus importante que si elle est justifiée par le seul but d'intérêt général. Plus largement, cette décision et ses effets, s'ils venaient à se confirmer, incitent à considérer le contenu du bloc de constitutionnalité comme le socle le plus à-même de s'élever face à la liberté d'entreprendre et les libertés économiques afin de défendre d'autres fonctions de l'entreprise que celle obéissant à la condition d'agent intervenant sur un marché. Hors hypothèse d'une révision constitutionnelle, c'est bien dans le contenu du bloc de constitutionnalité que l'inventivité doit s'exercer pour faire advenir de nouveaux équilibres entre libertés économiques et exigences sociales.

Section 2 : La résolution des confrontations entre liberté d'entreprendre et normes sociales

173. La description des relations entre la liberté d'entreprendre et la matière sociale dénote, au travers d'une jurisprudence variée, d'une certaine fragmentation des solutions adoptées. La doctrine elle-même a pu souligner que les décisions du Conseil constitutionnel à ce sujet manquaient de cohérence et mettaient en évidence des évolutions plus profondes laissant

⁴³⁵ Ceci constitue une réduction du champ du principe de participation, pour lequel le Conseil avait, en d'autres occasions, dessiné un périmètre qui ne se limitait aucunement à la collectivité de travail. Cf. Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, consid. 29 ; A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT*, 2007, p. 84 ; plus récemment : O. Levannier-Gouël, « L'intégration étroite et permanente à la communauté de travail », *RDT*, 2017, p. 19.

⁴³⁶ A. Fabre, *op. cit.*, p. 454 : « La formule est intéressante car elle laisse entendre que, si le principe de participation avait été applicable, l'existence d'une communauté de travailleurs aurait pu conduire à justifier l'imputation de la totalité des dépenses au seul employeur ou, du moins, à l'employeur principal. »

supposer que ces réflexions n'étaient aucunement figées⁴³⁷. Cette absence de fixité dans la ligne du Conseil constitutionnel laisse penser qu'il demeure ouvert à certaines influences, et que sa lecture des enjeux peut varier en fonction du contexte politique et social dans lequel il s'exprime. Les controverses doctrinales suffisent à démontrer que les désaccords peuvent être profonds sur un tel sujet, et que des options fondamentales sur la nature de la liberté d'entreprendre s'opposent dans ce cadre. Les variations observées n'empêchent pas un travail de systématisation des méthodes envisageables pour régler ce type de conflit de normes (**Paragraphe 1**). Pour autant, ces propositions n'épuisent pas les questions juridiques et la recherche d'un équilibre entre fonctions de l'entreprise appelle l'ouverture de nouvelles perspectives (**Paragraphe 2**).

§ 1. Systématisations des modalités de résolution des confrontations en fonction des ordres juridiques

174. La question des solutions à adopter lors des frictions entre liberté d'entreprendre et droits fondamentaux a déjà donné lieu à une proposition de systématisation⁴³⁸, qui distingue trois possibilités traduisant autant de tendances. Aux deux extrémités, une approche authentiquement libérale donne la priorité à la liberté d'entreprendre (A) tandis qu'une approche dite « *humaniste* » renvoie la liberté d'entreprendre à une position secondaire face aux normes sociales dans l'ordre juridique (B). Une approche médiane traduit la solution française : il s'agit d'une conciliation dite « *social-libérale* » (C). Les termes de cette proposition de systématisation méritent d'être réinterrogés à la lumière des jurisprudences, notamment de la CJUE, survenues depuis.

A. Approche authentiquement libérale

175. Prépondérance des libertés économiques dans l'ordre juridique. Dans un système juridique décrit comme libéral, les libertés économiques sont vues comme « *à la fois un moyen et une finalité première* »⁴³⁹. Même s'il en existe une version plus tempérée prenant la forme d'un compromis de type « *libéral-social* », le fait est que la liberté d'entreprendre prend une place conséquente dans ce type d'ordre juridique. Cette liberté, dans ce contexte, n'est pas simplement participante de l'ordre juridique : elle est véritablement structurante pour celui-ci. C'est en vertu d'une vision économiquement libérale des rapports sociaux que

⁴³⁷ P. Delvolvé, « Les libertés économiques », *RFDA*, 2017, p. 36. L'auteur évoque des « *progrès* » de la jurisprudence en matière de liberté d'entreprendre, tout en regrettant qu'ils n'aient « *rien changé* ».

⁴³⁸ V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 19.

⁴³⁹ *Ibid.*

s'organise alors l'environnement normatif, ce qui constitue une forme de retour à la radicalité des idées libérales.

176. Dimension historique. Déjà évoquées⁴⁴⁰, les racines de la liberté d'entreprendre en font un principe juridique aux déclinaisons diverses. La pensée libérale ne postule pas seulement que les libertés économiques modifient la structure économique de l'espace social. Plus encore, ces idées assument le pari que les libertés économiques ont des conséquences plus profondes et sont bénéfiques pour l'ordre social tout entier, qui trouve ou retrouve là son état naturel⁴⁴¹. De fait, pour reprendre l'exemple du système juridique français, il est vrai que les principes consacrés par la Révolution française ont effectivement contribué à de profonds changements qui ne se limitaient pas à repousser les corporations et à libérer l'activité économique. C'est plus largement la structure du pouvoir politique et économique qui est bouleversée par ce rejet des corps intermédiaires⁴⁴². Ce cadre juridique participe également de l'expansion économique sans précédent qui suivra avec la révolution industrielle, apportant une transformation profonde de l'économie et des rapports sociaux⁴⁴³. Le parallèle avec la situation actuelle est difficile. La réintroduction des idées libérales dans les politiques publiques des pays occidentaux à partir des années 1980 se fait sur d'autres bases⁴⁴⁴. Ainsi, nombre de politiques économiques traduites en droit ne défendent pas les libertés économiques *per se*, mais argumentent de leur contribution présumée à la prospérité générale, contribution qui justifierait que les principes sociaux soient écartés. Cette rhétorique est spécialement visible en droit du travail, où les protections des salariés sont souvent opposées au droit à l'emploi des chômeurs, l'existence des premières empêchant l'entrée des seconds dans le rapport salarial⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Cf. *supra* § 90 et s.

⁴⁴¹ Un état de nature qui peut se rattacher à la pensée pionnière d'Adam Smith théorisant la « *main invisible* ». Cf. M. Biziou, *Adam Smith et l'origine du libéralisme*, PUF, 2003.

⁴⁴² Ces impressions sont exprimées par les penseurs libéraux de l'époque. Cf. A. Diemer, B. Laperche, « De la critique des corporations à la libération des forces productives : l'économie politique de Jean-Baptiste Say », *Innovations*, 2014/3 (n° 45), p. 19.

⁴⁴³ Sur ce phénomène, particulièrement en Angleterre : K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944).

⁴⁴⁴ Ce que le Professeur Alain Supiot a pu qualifier de « *grand retournement* », évoquant les « *noces du communisme et du capitaliste* ». Cf. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010 ; M. Borgetto, « Renouer avec « l'esprit de Philadelphie » ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 457.

⁴⁴⁵ F. Géa, « Au nom de l'emploi », *Dr. soc.*, 2016, p. 813 et s. L'auteur souligne à propos de la loi du 8 août 2016 : « *Pour favoriser l'emploi, la réforme El Khomri semble chercher à agir sur le comportement des employeurs en tant qu'acteurs du marché du travail. En cela, elle tend, si l'on s'en tient aux mesures spécifiquement consacrées à cet objectif, à réduire le droit du travail à une fonction instrumentale et à lui assigner une finalité extrinsèque. Ce choix débouche inévitablement sur le retrait d'une certaine conception du droit du travail.* »

177. Influence libérale issue du droit communautaire. Au niveau supranational, l'Union européenne, notamment la jurisprudence de la CJUE, réserve un accueil plus que favorable aux libertés économiques. Ceci n'est pas illogique puisque ces libertés sont au fondement du projet européen⁴⁴⁶. Mais l'appréciation portée par la Cour dans les emblématiques arrêts Viking et Laval⁴⁴⁷ a de quoi choquer les habitués des traditions juridiques plus enclines à conciliation entre libertés fondamentales et liberté d'entreprendre. Ces espèces ont en effet donné lieu à une présentation des problèmes juridiques qui, de l'avis de la doctrine majoritaire, ont pour effet de subordonner les droits sociaux, même élevés au rang de principes fondamentaux, aux libertés économiques de l'Union⁴⁴⁸. Dans ces arrêts, la liberté syndicale et le droit de grève se trouvent confrontés à la liberté d'établissement et à la libre circulation des personnes, et la réponse apportée est moins conciliante envers les principes sociaux que l'approche proportionnée du Conseil constitutionnel. En prônant une forme de hiérarchie, la CJUE sous-entend que la contribution des libertés économiques à l'Union européenne doit primer sur l'existence de normes sociales qui entreraient en conflit avec ces libertés. Hors de tout sous-entendu, une forme d'approche libérale dogmatique se dessine, faisant de l'Union européenne un marché commun avant toute autre chose. D'autres décisions ont depuis nuancé cette position, sans pour autant prétendre à la même force que les arrêts Viking et Laval⁴⁴⁹. Ce mouvement général est en tous cas contraire à l'idée parfois avancée d'une « Europe sociale »⁴⁵⁰. Il doit inévitablement être pris en compte dans l'approche du système juridique français, intégré à l'environnement juridique communautaire. L'influence

⁴⁴⁶ A. Supiot, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, p. 131 et s. L'auteur explique, notamment au sujet de l'Union européenne : « Dans cette nouvelle dogmatique, la mise en concurrence est devenue le but et les hommes un simple moyen d'atteindre ce but. Il ne s'agit plus de se demander si une compétition commerciale accrue a bien des effets bénéfiques sur les conditions de vie et de travail, mais tout au contraire de se demander si les règles sociales n'entravent pas cette compétition. »

⁴⁴⁷ CJCE, 11 déc. 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union* ; CJCE, 18 déc. 2007, C-341/05, *Laval un Partneri* ; « Europe sociale ou Europe économique », *RDT*, 2008, p. 80, note S. Robin-Olivier, E. Pataut ; « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.*, 2008, p. 210, note P. Chaumette.

⁴⁴⁸ Cf. not. J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « La jurisprudence sociale de la Cour EDH : bilan et perspectives », *Dr. soc.*, 2010, p. 891 : « Autrement dit, les salariés ne sont autorisés à exercer leur droit de grève qu'à la condition de pouvoir justifier d'impérieux motifs d'intérêt général et, principe de proportionnalité oblige, de ne pas disposer d'autres moyens pour parvenir à leur fin. Singulier droit fondamental que celui qui ne peut être exercé qu'à titre subsidiaire, comme ultime recours, et à la condition que ses titulaires s'en soient préalablement justifiés ! En réalité, dans son raisonnement, la CJUE a subrepticement inversé sa démarche en plaçant au premier rang, non le droit de grève qu'elle venait de reconnaître, mais les libertés économiques prioritairement consacrées par l'Union. La balance n'est donc pas égale entre les deux catégories de libertés. La CJUE a préféré ranger le droit d'action collective des salariés dans la catégorie des droits fondamentaux de second rang, primés par les libertés économiques auxquelles ils sont sommés de se soumettre. »

⁴⁴⁹ S. Robin-Olivier, « Oublier Viking : quand la Cour de justice fait primer la législation sociale de l'Union sur la liberté d'organisation des entreprises de transport maritime », *RDT*, 2016, p. 581.

⁴⁵⁰ Sur ce point : E. Mazuyer, « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », *RDT*, 2017, p. 83.

des arbitrages de la CJUE s'est faite sentir à l'étranger⁴⁵¹, et il est difficile d'écarter l'idée qu'elle puisse avoir influencé également le Conseil constitutionnel, qui considère déjà l'entreprise à titre principal comme un agent intervenant sur un marché pour y poursuivre une fonction économique. Celui-ci défend pourtant encore une ligne décrite comme un compromis « *social-libéral* ».

B. Approche authentiquement sociale

178. Approche « *humaniste* » ou sociale. En opposition s'exprime une approche que la Professeure Champeil-Desplats qualifie d'« *humaniste* »⁴⁵² et qui, appliquée aux principes sociaux, sera dite ici « authentiquement sociale ». L'importance des droits sociaux dans ce modèle réduit le champ de la logique libérale ou économique, ainsi renvoyée à une position « *subalterne* »⁴⁵³. La situation est en réalité relativement rare dans le champ des droits de l'Homme, même si elle trouve à s'appliquer ponctuellement en présence de « *justifications à référent collectif* »⁴⁵⁴ qui renvoient pour partie à des matières comparables aux normes sociales constitutionnelles françaises. Le Conseil constitutionnel français n'a pas une approche aussi tranchée des problèmes, et renvoie plutôt à une forme de compromis⁴⁵⁵. Depuis la chute de l'Union soviétique, aucun système juridique ne paraît plus faire usage de cette lecture systémique défavorable à la liberté d'entreprendre.

179. Excès de la méthode authentiquement sociale. Bien que notre questionne la prééminence absolue de la liberté d'entreprendre dans l'ordre juridique, elle n'adhère pas à l'idée d'une complète inversion de logique qui rendrait les libertés économiques secondaires. Dans un sens comme dans l'autre (celui d'une solution purement libérale), l'idée d'une hiérarchie serait regrettable en ce qu'elle annihilerait toute possibilité de contextualisation et de prise en compte des effets possibles des choix opérés. Rien ne suggère cependant dans le bloc de constitutionnalité français qu'une hiérarchie s'établisse entre principes récents et anciens, ou entre normes sociales et économiques⁴⁵⁶. C'est l'étude de la jurisprudence du

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 86 ; l'auteure souligne que « la Lex Laval suédoise, adoptée en 2010 pour se conformer à la décision de la Cour, a limité la possibilité pour les syndicats de revendiquer des conditions de travail au-delà de ce qui est imposé par la directive sur les travailleurs détachés. Depuis cette loi, le nombre d'accords collectifs conclus entre des organisations syndicales et des employeurs détachant des travailleurs en Suède a diminué de moitié. On voit bien ici l'influence dévastatrice de la jurisprudence de la Cour et de son arbitrage qui se fait essentiellement en faveur des libertés économiques. »

⁴⁵² V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 25.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Cf. *infra* § 182 et s.

⁴⁵⁶ Sur la problématique d'une hiérarchie latente entre les différents pans du bloc de constitutionnalité : G.

Conseil constitutionnel qui permet de déterminer quelles sont, au cas par cas, les normes qui prévalent et si une série de décisions peut éventuellement faire système en affichant une certaine cohérence. Même si une lecture hiérarchisée différenciée devait apparaître dans la confrontation entre libertés économiques et sociales, l'absence de hiérarchie formelle dans le système juridique permet d'envisager une forme de renouvellement contextuel.

180. Dimension sociale résiduelle du principe de liberté d'entreprendre. Au surplus, la mise en retrait de la liberté d'entreprendre par une approche purement sociale serait un procédé peu soucieux des diverses dimensions du principe de liberté d'entreprendre. À bien y regarder, malgré des racines libérales, la liberté d'entreprendre est profondément liée à certains droits fondamentaux de nature extra-économique. Ainsi, la liberté d'entreprendre rattachée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 se rapproche naturellement des libertés individuelles en général⁴⁵⁷. Parmi elles, certaines présentent un versant social particulièrement affirmé : la liberté du travail est indéniablement sociale, et elle trouve justement sa source dans les décrets d'Allarde⁴⁵⁸, soit dans le même véhicule juridique que la liberté d'entreprendre. Repousser la liberté d'entreprendre au rang de liberté secondaire ou subalterne reviendrait à ignorer certaines de ses facettes pouvant participer de la cohérence de l'espace social, autrement que par la promotion de libertés et d'initiatives purement économiques. Cela reviendrait à la priver de la possibilité d'affirmer aussi une fonction sociale.

181. La reconnexion de la sphère économique à la sphère sociale. Une approche soumettant les libertés économiques aux exigences sociales ne serait pas plus lucide et équilibrée qu'une solution purement libérale. Dans cette seconde optique, les libertés économiques sont consacrées et célébrées au point de ne plus faire cas de leur soutenabilité. Dans l'optique purement sociale, la contribution possible des libertés économiques dans le champ social est entièrement négligée. Or, même dans une perspective Polanyienne de « ré-encastrement » de l'économique dans le social⁴⁵⁹, c'est à l'aune de cette contribution que l'intégration des deux corps de règles est seulement envisageable. Il s'agit de prendre acte de la contribution aussi bien des libertés économiques que des normes sociales à la structuration du champ social, celle-ci étant envisagée en lien avec des formes de délibération

Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D. chr.*, 1991, p. 265.

⁴⁵⁷ Sur ce point : L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bâcher ? », *D. chr.*, 2014, p. 1287.

⁴⁵⁸ Des auteurs ont cependant pu appeler au dépassement de cette référence aux décrets d'Allarde. Cf. J. Savatier, « La liberté du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 19.

⁴⁵⁹ K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944), p. 104.

démocratiques. C'est à une forme de compromis qu'il convient d'appeler pour reconnecter les sphères économique et sociale, ce qui implique d'observer comment ce compromis est opéré actuellement dans le système juridique français.

C. Approche médiane dite « social-libérale »

182. Nature du compromis social-libéral. La Professeure Champeil-Desplats présente la solution pratiquée en France comme un compromis social-libéral⁴⁶⁰. Eu égard à l'apparition des normes constitutionnelles sociales dans le préambule de la Constitution de 1946, les libertés économiques préexistantes ont réduit leur portée par comparaison avec les solutions d'inspiration libérale qui les placent au centre de leurs systèmes juridiques. Cette conciliation s'observe dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis 1982 sans hiérarchie apparente. Comme cela a pu être noté, la résolution de ces conflits de normes par le Conseil a évolué dans le sens d'un contrôle de proportionnalité des atteintes portées à la liberté d'entreprendre. La même auteure s'interroge dès 2007 sur la « malléabilité des formules de conciliation utilisées par le Conseil constitutionnel », qui « semble lui ouvrir un pouvoir de modulation des exigences de conciliation en fonction des dispositions législatives en cause »⁴⁶¹.

183. Instabilité des solutions du compromis social-libéral. Cette interrogation subsiste dix ans plus tard. Sans modifier la logique de proportionnalité ni préciser réellement comment il l'applique⁴⁶², le Conseil constitutionnel a soulevé plusieurs controverses par ses décisions, dont certains auteurs soutiennent qu'elles empruntent le chemin d'une forme de libéralisation⁴⁶³. Le passage de la logique de justification à celle de proportionnalité conduit en effet à résoudre par l'équilibre des situations où la liberté d'entreprendre aurait pu s'incliner⁴⁶⁴. Le problème majeur du compromis qui caractérise la situation française réside

⁴⁶⁰ V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 24.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Il faut sur ce point noter tout-de-même l'intervention de Pierre Mazeaud, alors Président du Conseil constitutionnel, à Erevan en 2005 au sujet de « *La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité* ». Il signale à cette occasion, après avoir précisé que le Conseil avait tempéré la portée des droits relevant des articles 10 et 11 du Préambule de 1946, que « *C'est évidemment le réalisme qui a dicté cette solution : le niveau des prestations servies par l'« Etat Providence » étant conditionné par la situation économique, il ne serait pas raisonnable de le fixer de façon rigide au niveau constitutionnel.* » Cf. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf [Dernière consultation le 20 sept. 2017.]

⁴⁶³ En ce sens : T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528 ; J.-P. Chazal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D.*, 2014, p. 1101.

⁴⁶⁴ V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 24 : « *C'est d'ailleurs à partir de l'engagement du Conseil constitutionnel dans une logique de proportion que celui-*

dans l'instabilité des décisions dégagées. Le fait de ne pas établir de hiérarchie entre deux droits ou libertés fondamentales, et d'opérer en observant la proportionnalité des atteintes dénote d'un sens de la mesure *a priori* bienvenu. Mais cette approche mériterait d'être accompagnée d'un travail supplémentaire de justification voire de pédagogie. La casuistique des décisions du Conseil constitutionnel ne paraît déterminer que marginalement si certaines matières font face à la liberté d'entreprendre avec plus de force que d'autres⁴⁶⁵, ou si certains aspects de la liberté d'entreprendre font l'objet d'une protection spécifique qui serait sous-jacente dans la clé de résolution par la proportionnalité.

184. Possibles dérives vers une approche libérale. Une autre problématique réside dans l'absence de réciprocité des analyses⁴⁶⁶ : la restriction de la liberté d'entreprendre par d'autres libertés fait l'objet d'un contrôle plus sévère que les restrictions d'autres libertés par la liberté d'entreprendre. Quand la problématique est posée de manière inversée, la liberté d'entreprendre n'est pas interrogée dans ses objectifs, ses fonctions ou son utilité, en quelque sorte présumés, contrairement aux dispositions du préambule de 1946 qui sont présentées par le texte lui-même comme « *particulièrement nécessaires à notre temps* »⁴⁶⁷, donc contextualisés. Il en résulte que la liberté d'entreprendre dispose d'une légitimité au moins égale à celles des principes sociaux, voire en réalité d'une légitimité légèrement supérieure, même si cette liberté n'est évidemment « *ni générale, ni absolue* »⁴⁶⁸.

185. Défaut de profondeur de l'approche conciliatrice. Le souhait d'une argumentation plus poussée des décisions du Conseil constitutionnel ouvre sur des questions plus profondes : quel contenu est-il possible de donner à la liberté d'entreprendre ? Est-il possible de la faire communiquer avec les libertés de nature sociale ? La conciliation recherchée met face à face deux ensembles de normes qui au sens du droit sont de même catégorie (constitutionnelle), mais dont les conceptions renvoient à deux réalités *a priori* hermétiques : l'une serait d'ordre économique, l'autre d'ordre social. Dans une lecture inspirée de la pensée de Karl Polanyi, il conviendrait de resituer les libertés économiques en tenant compte de leur place et de leur fonction dans l'espace social, de les questionner non pas comme des principes juridiques

ci a prononcé ses premières censures sur le fondement de la liberté d'entreprendre. »

⁴⁶⁵ Cf. *supra* § 156.

⁴⁶⁶ V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 24.

⁴⁶⁷ La problématique d'une hiérarchie latente entre les différents pans du bloc de constitutionnalité n'est pas nouvelle : G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D. chr.*, 1991, p. 265.

⁴⁶⁸ Pour reprendre les termes de Conseil constitutionnel. Pour un exemple : Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, consid. 51.

autosuffisants et autoréférencés, mais comme des composantes d'un champ social plus large, structuré par le droit.

§ 2. Ouverture de nouvelles perspectives

186. Les propositions de systématisation présentées, qui comportent d'évidentes limites, peuvent cependant servir de point de départ à de nouvelles réflexions dans la mesure où elles dessinent l'éventail des solutions déjà envisagées, et montrent les écueils à éviter. Ces réflexions commencent par une mise en lumière de l'insuffisance des solutions actuellement déployées (A). Elles affirment ensuite la nécessité de resituer la liberté d'entreprendre dans le champ social en déployant des objectifs structurants (B). Cette proposition ouvre la perspective d'une entreprise repensée sur le fondement d'une liberté d'entreprendre renouvelée et laissant place à une fonction sociale de l'entreprise (C).

A. L'insuffisance des solutions actuelles

187. Critique de la résolution par hiérarchisation. L'idée même d'une systématisation des solutions à un problème juridique pose la question de son inscription dans la durée. Qu'il s'agisse de hiérarchiser dans un sens favorable ou défavorable à la liberté d'entreprendre, les résultats d'un tel choix présentent un caractère dogmatique qui fige les possibilités de perception du problème initial. Sur une longue période, l'avènement des normes sociales est postérieur à celui des premières libertés économiques, et laisse penser qu'une approche purement libérale aurait freiné voire empêché leur entrée dans la réflexion du Conseil constitutionnel. De plus, la faculté de création de la norme constitutionnelle est déjà limitée institutionnellement⁴⁶⁹, et a été présentée comme devant respecter des principes de prudence⁴⁷⁰. Il convient donc de s'abstenir d'ajouter de nouvelles sources de blocage à cet ensemble déjà rigide, spécialement en matière économique et sociale où les évolutions peuvent être rapides et où l'inertie des normes constitutionnelles pourrait poser difficulté.

188. Critique du compromis par la recherche de proportionnalité. Une critique semblable peut être adressée à l'encontre du compromis social-libéral tel qu'il est pratiqué en France. Si la résolution des conflits par le recours au principe de proportionnalité permet

⁴⁶⁹ Le processus de révision par l'article 89 de la Constitution de 1958 n'a pas empêché que de nombreuses révisions soient entreprises. Sur la question de la stabilité constitutionnelle, dans une perspective historique : Ch. Geslot, « Le prisme de l'histoire sur la représentation doctrinale de la révision et de la stabilité constitutionnelles », *Politeia*, 2015, n° 28, p. 317.

⁴⁷⁰ Sur ce point : S. Hennette-Vachez, « Redécouvrir le préambule de la Constitution, ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », *RFDA*, 2009, p. 397.

d'envisager certaines évolutions dans le temps, elle peut être perçue comme une manière de repousser des débats fondamentaux en se concentrant sur la recherche d'un équilibre évanescent. Le champ des atteintes possibles à la liberté d'entreprendre peut s'en trouver exagérément réduit⁴⁷¹. Surtout, la lecture du critère de proportionnalité est porteuse à sa manière d'une forme d'inertie : s'il avait fallu passer à ce filtre la montée des normes sociales dès la fin du XIX^e siècle, les atteintes à la liberté d'entreprendre auraient été probablement considérées comme disproportionnées⁴⁷². De même, s'il advenait qu'une situation spécifique légitime des mesures urgentes portant atteinte à la liberté d'entreprendre⁴⁷³, la logique de compromis aurait toutes les chances d'en réduire mécaniquement la portée hors de tout débat sur leur opportunité.

189. Mise en perspective de la liberté d'entreprendre. Au contraire, il convient d'avancer vers une lecture renouvelée des interactions entre liberté d'entreprendre et normes sociales. La liberté d'entreprendre doit être sortie de la position d'autonomie qui est la sienne dans la jurisprudence constitutionnelle. En se contentant de vérifier si les atteintes qui lui sont faites sont ou non proportionnées, le Conseil constitutionnel dessine une notion autoréférentielle, détachée du champ constitutionnel, et ne développe aucune justification sur sa place dans l'ordre juridique, lui conférant pour seules prérogatives d'occuper cette place et de la conserver. La relation du principe avec les normes sociales ressemble alors à celle d'un noyau isolé entouré de particules cherchant à entrer en contact avec lui pour en modifier le périmètre. Bien que ces contacts soient sensés déboucher sur une forme de compromis, ils expriment une profonde différence entre des normes sociales flottantes et des libertés économiques autonomisées. Ce sont ces libertés économiques, au premier rang desquelles la liberté d'entreprendre, qu'il convient de mettre en perspective.

190. Resituer la liberté d'entreprendre. La démarche consiste à interroger à nouveau la liberté d'entreprendre, mais hors de schémas préconçus ou contraints, en procédant à une

⁴⁷¹ Sur ce point : E. Christodoulis, « Social Rights Constitutionalism : An Antagonistic Endorsement », *Journal of Law and Society*, vol. 44, n° 1, mars 2017, p. 140 : « *By the time we reach the European Constitutional Court's decisions in Laval and Viking, and the flurry of the subsequent jurisprudence entrenching the economic freedoms of capital against labour protection, the test of proportionality has been magnified out of all proportion to a travesty of its former self, as involving a comprehensive pooling of stakes, values, and interests, to be calibrated on the vague metric of 'optimization'.* »

⁴⁷² Alors que l'importance des enjeux rendait impérieuse la nécessité de « civiliser » le rapport de travail en le sortant du seul empire du droit civil. Cf. A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

⁴⁷³ Difficile de ne pas penser ici au péril climatique. Cf. le dossier suivant : M. Hautereau-Boutonnet (dir.), « Quel droit face au changement climatique ? », *D. chr.*, 2015, p. 2259 et s. ; et en particulier : F.-G. Trébulle, « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *D. chr.*, 2015, p. 2272.

forme de réintégration dans le texte du bloc de constitutionnalité. Il s'agit d'actualiser la liberté d'entreprendre, de réfléchir à son évolution, mais surtout de penser sa place dans l'ordre juridique et la possibilité de l'adapter à des enjeux émergents. Accepter aussi que son contenu soit reconsidéré, moins pour être réduit que pour être réorienté en considération d'objectifs surplombants. Inscrire la liberté d'entreprendre, entendue comme composante des libertés économiques, dans le champ social auquel elle se rattache inévitablement. Là encore, la référence à la pensée de Polanyi nous éclaire⁴⁷⁴ : le marché et la liberté d'entreprendre en tant que droit participant de son élaboration ne sauraient s'autoréguler séparément, ni exister indépendamment des besoins et des enjeux de leur environnement y compris juridique, et de ses évolutions.

B. La nécessaire réintégration de la liberté d'entreprendre dans le champ social

191. La mise en perspective du principe de liberté d'entreprendre implique d'en repenser le contenu à la lumière de normes susceptibles d'assurer son intégration à un ordre constitutionnel plus général. Deux standards juridiques, respectivement en droit interne et international, sont en mesure de dicter les conditions d'une harmonie et d'une réintégration mutuelle entre sphères économique et sociale : celui de République sociale (1) et celui de justice sociale (2).

1. « La France est une République indivisible, laïque, démocratique ... et sociale » (article premier de la Constitution du 4 octobre 1958)

192. Fonction économique de la liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre a été présentée comme relevant de manière univoque du champ des libertés économiques. Ses origines autant que son maniement par le Conseil constitutionnel ne laissent aucune place au doute à ce sujet, et la doctrine relaie cette approche⁴⁷⁵. Une lecture du droit soucieuse des faits sociaux peut appuyer le constat d'une liberté d'entreprendre obtenant dans l'ordre juridique une autonomie croissante. Il est frappant de constater que l'usage par le Conseil constitutionnel de cette notion à partir de 1982⁴⁷⁶ est concomitant d'une ère de domination plus ou moins marquée de la pensée néolibérale. Ceci ouvre l'hypothèse selon laquelle le contenu de la liberté d'entreprendre a pu être influencé par cet environnement idéologique, qui marque le retour en grâce d'une lecture radicale des libertés économiques, aujourd'hui

⁴⁷⁴ K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944), p. 117 et s.

⁴⁷⁵ L'ensemble des traités et manuels de droit public économique abordent la liberté d'entreprendre, et la classent parmi les libertés économiques.

⁴⁷⁶ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-182 DC.

remise en cause. Mais cette approche détachant la liberté d'entreprendre de l'ordre constitutionnel est-elle véritablement respectueuse de celui-ci ?

193. La France, une « République sociale ». Un aspect méconnu du champ constitutionnel pousse à répondre par la négative à cette question. Cet aspect tient au contenu de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 selon lequel la France « *est une République* » qui en plus d'être « *indivisible, laïque, démocratique* » est également « *sociale* ». L'affirmation selon laquelle la France est une « République sociale » se trouve déposée par le constituant de 1958 au fronton non pas simplement du bloc de constitutionnalité mais de la Constitution elle-même, qui compte tenu de cette place de choix, apparaît dotée d'une indéniable dimension programmatique. La Professeure Roman décrit cette idée de « République sociale » comme un « *acquis* » renvoyant tout autant au solidarisme (cher à Léon Duguit⁴⁷⁷ comme à la III^{ème} République), qu'aux « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » soulevés par le préambule de la Constitution de 1946⁴⁷⁸.

194. La « République sociale » comme métaprincape au cœur de l'identité constitutionnelle française. En ligne avec la présentation de ce qui serait une République sociale, le Professeur Supiot dénonce le recours à la conciliation par le principe de proportionnalité, estimant qu'il méconnaît les principes de solidarité et de démocratie économique constitutifs de cette République sociale⁴⁷⁹. L'argument est fort, et il répond aux errances déjà observées des solutions qu'ont pu représenter, ici ou ailleurs, la hiérarchisation et donc la conciliation dépourvue d'objectif déterminé des libertés économiques avec les principes sociaux fondamentaux. En proclamant, appuyé par le texte de 1958, que la France est une République sociale⁴⁸⁰, est proclamée une part de son « *identité constitutionnelle* », laquelle est susceptible de faire office de « *métaprincape* » permettant d'envisager une sortie par le haut de la confrontation entre liberté d'entreprendre et droits sociaux fondamentaux⁴⁸¹.

195. Modification du contenu du principe de liberté d'entreprendre. Un tel changement d'optique, outre qu'il met en perspective la liberté d'entreprendre dans un contexte

⁴⁷⁷ S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 67, 2011/2, p. 69.

⁴⁷⁸ D. Roman, « Constitution et solidarité », *LPA*, 21 janv. 2009, p. 68.

⁴⁷⁹ L. Fontaine, A. Supiot, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 759.

⁴⁸⁰ Sur ce point : J. Commaille, « La République sociale », *Dr. soc.*, 2000, p. 1128.

⁴⁸¹ L. Fontaine, A. Supiot, *op. cit.*, p. 761 : « *Dans cette perspective systémique, la « République sociale » devrait jouer le rôle d'un « métaprincape », à l'instar de la notion de Sozialstaat en Allemagne et permettre de lier les droits et les devoirs dans le domaine économique et social comme dans le domaine environnemental.* »

constitutionnel qui l'englobe et la dépasse, est susceptible de produire de grandes conséquences. Si la liberté d'entreprendre ne peut plus se fonder comme notion autonome et doit au contraire participer d'une identité constitutionnelle marquée par l'idée de République sociale, alors elle doit être refaçonnée et les solutions, en cas de confrontation avec des normes constitutionnelles sociales, doivent être inévitablement réinterrogées. La liberté d'entreprendre marquée par une nature économique qui dicte sa vocation dans l'ordre juridique, devient pluridimensionnelle dans le contexte de la République sociale. Cette fonction économique s'inscrit dans un ordre social plus large, et opère une reconnexion entre ces deux sphères. Mais ensuite et de manière plus originale, il est possible d'aller jusqu'à concevoir une fonction sociale de la liberté d'entreprendre. Une telle perspective fait de la liberté d'entreprendre un outil juridique à vocation économique au service de la République sociale, mais au surplus, il lui confère un statut de contributrice à la construction d'un ordre constitutionnel à la fois plus soucieux de son histoire, et plus ouvert aux enjeux contemporains qui disent assez à quel point l'économie libérale et globalisée peut être néfaste socialement ou écologiquement.

2. La liberté d'entreprendre à la lumière du principe de justice sociale

196. La justice sociale, projection d'enjeux sociaux dans les libertés économiques. Si la liberté d'entreprendre, et plus généralement les libertés économiques, doivent être entendues dans le cadre plus large d'une République sociale en droit interne, il convient de leur conférer une autre dimension par un rattachement à des objectifs sociaux plus structurants à l'échelle internationale, et d'examiner quelle peut être alors leur contribution. Cette approche peut sembler originale tant l'air du temps est à des formes de régulation des marchés et des libertés économiques, plutôt qu'à la construction d'institutions juridiques qui les replacent dans leur contexte social ou environnemental par l'intermédiaire de règles de droit dur. De telles expériences ont pourtant déjà été entreprises avec volontarisme et ont surtout vu l'ensemble de la communauté internationale y souscrire. L'exemple le plus emblématique de ces tentatives est la Déclaration de Philadelphie, adoptée en 1944, aujourd'hui partie de la constitution de l'Organisation internationale du travail⁴⁸². Comme a pu le souligner le Professeur Supiot dans une importante contribution au soutien de ce texte⁴⁸³, la Déclaration a

⁴⁸² La Déclaration de Philadelphie constitue en réalité la « *Déclaration des buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail* », ainsi que des principes dont devrait s'inspirer la politique de ses Membres ». Elle est désormais annexée à la constitution de l'OIT.

⁴⁸³ A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

pour spécificité de porter la notion juridique de justice sociale, et de mettre sa réalisation en position prioritaire dans l'ordre juridique.

197. Contenu de la notion de justice sociale. La notion de justice sociale est définie en ces termes par la Déclaration de Philadelphie : « *tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales* »⁴⁸⁴. Elle a une signification sociale forte, mais dans une acception très large du mot, qui dépasse le droit social au sens strict. Les termes de la définition semblent généraux mais renvoient aux principes de liberté, d'égalité et de dignité qui sont eux-mêmes au fondement des ordres juridiques des pays occidentaux. Surtout, les notions de « *progrès matériel* » et de « *sécurité économique* » témoignent d'une intégration de la dimension économique à la notion de justice sociale. La notion de justice sociale s'appuie en partie sur des standards de nature économique ; mais elle se les approprie pour les mettre en perspective et les intégrer à sa grille d'analyse, proprement sociale.

198. Existence de libertés économiques dans le champ social. Au-delà de cette intégration de standards économiques dans la notion de justice sociale, la Déclaration de Philadelphie précise que « *la réalisation des conditions permettant d'aboutir à ce résultat doit constituer le but central de toute politique nationale et internationale* » et que « *tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier, doivent être appréciés de ce point de vue et acceptés seulement dans la mesure où ils apparaissent de nature à favoriser, et non à entraver, l'accomplissement de cet objectif fondamental* »⁴⁸⁵. Plusieurs points sont à relever. D'abord, la justice sociale est élevée au rang d'« *objectif fondamental* ». Ceci implique que le contenu de la notion soit porté à un niveau supérieur dans l'ordre juridique international constitué par la Déclaration. Elle devient un point de repère, une référence ou une grille de lecture pour l'analyse notamment des mesures « *dans le domaine économique et financier* ». Ces dernières ne peuvent donc pas exister dans un référentiel distinct de l'objectif de justice sociale fixé par la Déclaration. Elles constituent des outils juridiques et économiques au service d'un objectif plus global. Le raisonnement est transposable aux libertés économiques : elles ne doivent pas relever d'un référentiel autonome et être célébrées pour elles-mêmes, mais doivent au

⁴⁸⁴ Déclaration de Philadelphie, II, a.

⁴⁸⁵ Déclaration de Philadelphie, II, b et c.

contraire s'intégrer dans un champ social qui les saisisse pour servir les objectifs qu'il se fixe. Par bien des aspects, c'est la pensée Polanyienne, et les conséquences qu'il convient d'en tirer, qui sont convoquées dans ce texte.

199. Repenser la liberté d'entreprendre pour contribuer à un renouveau de « l'esprit de Philadelphie ». La situation actuelle, au travers un mouvement de financiarisation qui touche les entreprises elles-mêmes, s'éloigne considérablement des options juridiques de la Déclaration de Philadelphie⁴⁸⁶. Le Professeur Supiot propose dans son ouvrage d'en retrouver l'esprit, et pointe les dérives allant dans le sens d'un « *marché total* »⁴⁸⁷. Selon lui, ces dérives doivent cesser afin de réintégrer les instruments économiques, traduits juridiquement, dans le champ social et sous l'empire du droit. C'est dans cette direction que les présents travaux relatifs à l'entreprise sociale s'engagent également. Observant une forme de dérive libérale et d'autonomisation de la liberté d'entreprendre vis-à-vis du champ social, ils prônent un rattachement des libertés économiques à ce champ social. Ce rattachement doit être fondé sur des bases nouvelles et repensées, en déclinant les enjeux sociaux que la liberté d'entreprendre peut et doit accompagner, orientant ainsi les pouvoirs octroyés aux entreprises pour mener leur activité. La justice sociale est à ce titre un exemple fort d'objectif social pouvant être assigné aux activités économiques et entrepreneuriales par l'intermédiaire des normes juridiques qui les encadrent. Cet objectif entre en résonance avec l'identité constitutionnelle française telle que développée autour du concept de « République sociale » mais lui apporte une caractérisation plus précise et fonctionnelle, en même temps qu'il exprime une ligne de conduite que des institutions supranationales, qu'elles soient régionales comme l'Union Européenne, ou planétaires comme l'Organisation mondiale du commerce, seraient susceptibles de rallier.

C. Repenser la liberté d'entreprendre pour faire émerger la fonction sociale de l'entreprise

200. La participation du droit à l'émergence de l'entreprise. Un dernier aspect mérite d'être exploré afin d'acter le basculement de l'étude de la liberté d'entreprendre vers une réflexion au sujet de l'entreprise en droit. De ce point de vue, il a été démontré combien la liberté d'entreprendre constituait le socle de l'essentiel des pouvoirs d'agir mobilisés par les entrepreneurs, quel que soit leur statut : associé, dirigeant ou employeur, et même personne

⁴⁸⁶ Sur ce point : Ch. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22.

⁴⁸⁷ A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

morale⁴⁸⁸. La liberté d'entreprendre leur confère un haut degré de protection qui rend possible un environnement juridique propice à la création et au développement d'entreprises conçues sur la base de ces pouvoirs d'agir. En ce sens, le droit est moteur pour l'élargissement du champ économique, et *a minima* pour ses conditions d'existence⁴⁸⁹.

201. Une structure juridique à vocation économique pour l'entreprise. La conjonction observée entre liberté d'entreprendre et ordre économique, spécialement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, implique que ces pouvoirs soient mobilisés pour l'essentiel dans une approche économique et en relation avec des logiques de marché. Si le pouvoir conféré aux entrepreneurs est à la fois objectif et défendu en ce sens spécifiquement économique, il n'est guère surprenant de constater *in fine* que les entreprises se structurent juridiquement autour de leur vocation économique⁴⁹⁰. De manière plus discutable, l'ensemble des disciplines juridiques qui encadrent les pouvoirs exercés dans l'entreprise ont une tendance forte à se replier sur la logique économique qui prend de plus en plus la forme d'un droit du marché ou de garanties pour l'exercice de la rationalité économique par les entreprises⁴⁹¹. Cette tendance est perceptible en droit du travail : l'équilibre de la matière repose sur l'encadrement et la légitimation d'un pouvoir de l'employeur entendu dans le cadre constitutionnel comme un dérivé de la liberté d'entreprendre⁴⁹², donc comme un pouvoir exercé dans l'entreprise et en son nom pour la poursuite d'objectifs économiques⁴⁹³. Or, le droit du travail est au premier

⁴⁸⁸ S. Vernac, « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, p. 575 : « L'atteinte à la liberté d'entreprendre est donc appréciée en référence à la liberté de choix de celui qui exploite une entreprise, pris en sa qualité de chef d'entreprise, d'employeur, de professionnel, de société, etc. »

⁴⁸⁹ G. Carcassonne, « La liberté d'entreprendre », *RLDA*, n° 55 supp., déc. 2010, p. 45 : l'auteur fait de la liberté d'entreprendre le socle de l'économie de marché.

⁴⁹⁰ L'activité économique est même le trait caractéristique permettant de définir l'entreprise, au sens du Code monétaire et financier tout au moins. Cf. Cass., 1^{ère} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917 ; 99-17.209 ; 99-15.598 ; *RTD com.*, 2002, p. 524, note M. Cabrillac ; « Information annuelle de la caution : la Cour de cassation précise la notion d'entreprise », *D.*, 2002, p. 1199, note A. Lienhard. Ce dernier auteur souligne : « La solution apparaît en parfaite harmonie avec la conception que se font, de manière générale, tant la doctrine que la jurisprudence, de l'entreprise. Avec quelques nuances, tous les auteurs modernes s'accordent pour regarder cette dernière davantage avec les yeux de l'économiste que du juriste, et la définir, plus ou moins, comme une organisation tendant à la production, ou encore, ce qui revient au même, en accord avec le « Système de comptabilité nationale », comme une « unité institutionnelle engagée dans une activité de production ». »

⁴⁹¹ M.-L. Dussart, « D'une liberté personnelle à la garantie d'un ordre économique : la mutation de la liberté d'entreprendre », communication lors du IX^e congrès de l'Association française de droit constitutionnel, Lyon, 2014. Disponible sur : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-dussart_T2.pdf [Dernière consultation le 22 sept. 2017.] L'auteure note en particulier : « Peu à peu, le Conseil constitutionnel semble considérer par le chemin de la liberté d'entreprendre, non la situation des individus, mais principalement la structure économique qui leur est imposée par la loi. » Si cette intervention se rapporte à la question de l'intervention sur le marché des personnes publiques, il nous semble que l'évolution de la liberté d'entreprendre tend à faire se rejoindre la protection de la liberté d'agir des individus, et une l'édification d'une structure de marché au moyen précisément des modalités d'action des individus sur le marché.

⁴⁹² Ce pouvoir est en particulier caractérisé par le libre choix des collaborateurs ; cf. *supra* § 112.

⁴⁹³ E. Peskine, S. Vernac, « Pouvoirs et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in E. Peskine,

chef le droit qui donne consistance sociale à l'entreprise en fixant les limites du pouvoir de l'employeur, mais en organisant également sa justification par des arguments n'ayant pas toujours de fondement économique⁴⁹⁴.

202. La liberté d'entreprendre repensée, facteur de l'émergence d'une fonction sociale de l'entreprise. Il est possible alors d'entrevoir pourquoi à ce stade de l'étude le basculement de la liberté d'entreprendre vers l'entreprise apparaît. La réintégration proposée de la liberté d'entreprendre dans un ordre juridique constitutionnel ou international plus large, qui la fait participer d'objectifs tels que la République sociale ou la justice sociale, fait changer de dimension à l'entreprise et au droit qui la structure. L'approche actuelle a pour caractéristique de rabattre l'entreprise sur sa fonction d'acteur de marché, la liberté d'entreprendre étant constituée pour la défense du droit à intervenir sur le marché et à moduler cette intervention en fonction des conditions dictées par le marché⁴⁹⁵. S'il s'agit d'une fonction de l'entreprise, elle ne saurait cependant s'y résumer. C'est ce que permet la réinscription de la liberté d'entreprendre dans une identité constitutionnelle sociale. Dès lors que la liberté d'entreprendre devient une liberté économique mobilisée pour participer de la construction d'une République sociale, les formes qu'elle donne à l'entreprise changent. Principalement, cette réintégration de la liberté d'entreprendre dans la sphère sociale provoque la remise en cause de la perception de l'entreprise comme agent économique au sens strict et l'ouvre d'autres dimensions de son activité, au premier chef sa dimension sociale. C'est à ce titre qu'il est possible d'affirmer que ce nouveau regard porté sur la liberté d'entreprendre ouvre la voie d'une réflexion relative à la fonction sociale de l'entreprise. C'est la justification et la légitimité du pouvoir exercé qui sont en cause. En renversant les perspectives, le pouvoir dans l'entreprise ne peut plus s'exercer dans le seul référentiel économique et doit trouver sa source dans la contribution du champ économique au principe de République sociale, ou dans sa propre contribution à ce principe. Dès lors, l'entreprise devient un acteur et un espace

G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 132.

⁴⁹⁴ Ainsi le pouvoir disciplinaire de l'employeur, bien que complémentaire avec son pouvoir de gestion, relève, en particulier dans l'appréhension qu'en a le droit du travail, d'un ordre extra-économique. Cf. A. Jammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *SSL* suppl. n° 1340, 11 fév. 2008, p. 23 : « *Le pouvoir de direction est la pièce centrale de la palette de prérogatives reconnues à cet employeur. Son analyse conduit à distinguer deux dimensions: un pouvoir de direction économique (ou de gestion) de l'entreprise, qui fonde à effectuer les choix d'activité, d'implantation, d'organisation, de production, de réorganisation, de délocalisation, de cessation d'activité, etc, et un pouvoir de direction des personnes. Celui-ci apparaît véritablement comme un pouvoir sur les salariés et chacun d'eux, celui-là plutôt comme un pouvoir opposable aux salariés.* »

⁴⁹⁵ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

multidimensionnels, dont la fonction sociale ne peut être ignorée. Cette fonction est cependant à construire, construction à laquelle contribue le nouveau paradigme proposé pour la liberté d'entreprendre qui se décline dans l'édification juridique de l'entreprise et de son droit autour d'objectifs revisités qui concourent à sa fonction sociale.

203. Conclusion du chapitre. L'étude des interactions entre liberté d'entreprendre et autres principes constitutionnels, en particulier sociaux, conduit à deux séries de conclusions. La première tient dans la relative indétermination des solutions dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La lecture de ces décisions laisse en effet penser qu'il est souvent question d'opportunité et de contexte, et que peu d'éléments permettent d'établir si des normes fondamentales sociales peuvent s'imposer de manière globale, ou si la liberté d'entreprendre est dans un processus d'expansion. Seul un élément se détache : une forme d'autonomisation du principe de liberté d'entreprendre, dont les déclinaisons construisent un référentiel à teneur économique qui lui est propre.

204. La seconde série de conclusions tient dans la difficulté à systématiser les solutions retenues en droit français à travers le processus de conciliation social-libérale. Cette solution qui pourrait être porteuse d'équilibres se heurte à l'autonomie de la liberté d'entreprendre confrontée aux normes fondamentales sociales par le filtre d'une lecture libérale et détachée du champ social. C'est cette méthode de conciliation qu'il convient de repenser et de renouveler comme proposé, au moyen de standards tels que la « République sociale » ou le principe de justice sociale.

205. Conclusion du titre. L'étude de la liberté d'entreprendre comme fondement des pouvoirs d'agir qui permettent à l'entreprise de mener son activité conduit à saisir les tensions qui habitent l'ordre juridique. En tant que liberté économique, la liberté d'entreprendre développée par les idées libérales tend à gagner en autonomie et à être défendue dans un référentiel propre au marché et à la rationalité des acteurs économiques. Cependant l'autonomie des libertés économiques ne saurait constituer une fin en elle-même, d'autant que c'est en réalité par des constructions sociales et juridiques que cette autonomie est rendue possible. Ce que le corps social a construit, y compris juridiquement, il peut également le défaire, ou le refaire. Face aux enjeux sociaux et environnementaux, il convient de revenir sur cette autonomie de la liberté d'entreprendre et de la réintégrer à une approche plus sociale, et plus proche des attentes qui émergent par des processus démocratiques et qui ont été portées aux plus hauts niveaux de l'ordre juridique. Pour ce faire, une nouvelle approche de la liberté

d'entreprendre doit permettre de mesurer davantage sa contribution dans le champ social, et de définir la place qu'elle pourrait y occuper juridiquement. Les propos du Professeur Supiot peuvent ici être convoqués tant ils résument parfaitement l'objectif poursuivi : « *Dans la Déclaration de Philadelphie, l'économie et la finance sont des moyens au service des hommes et non le lieu de forces aveugles qui s'imposeraient à eux. À la différence du communisme, elle reconnaît l'utilité de la liberté d'entreprendre et de l'économie de marché. Mais à la différence de l'ultralibéralisme, elle n'entend pas soumettre la société aux forces du marché, mais bien au contraire soumettre les marchés au respect d'objectifs que les sociétés se donnent démocratiquement à elles-mêmes. Trente années d'ultralibéralisme ont renversé cet ordre des moyens et des fins. Renouer avec l'esprit de Philadelphie veut dire s'employer à rétablir cet ordre, en tenant compte bien sûr d'un contexte historique très différent de celui de 1944.* »⁴⁹⁶ Si cette recherche n'entend pas renouer avec les seuls principes de la Déclaration de Philadelphie, tout en reconnaissant que ceux-ci participent du cadre théorique à mobiliser, elle s'inscrit dans cette idée de reconnecter le marché et l'entreprise à la sphère sociale, de laquelle ils n'auraient jamais dû se détacher.

⁴⁹⁶ A. Supiot, A. Corsani, « L'esprit de Philadelphie », *Dr. soc.*, 2010, p. 453.

TITRE II : L'émergence d'une fonction sociale

206. Le constat initial d'une liberté d'entreprendre en voie d'autonomisation par rapport au champ social pousse à envisager les solutions possibles pour faire face à cette forme de dérive. Resituer l'entreprise dans le champ social demande un appareillage conceptuel important. Il s'agit en effet de porter une vision nouvelle de la liberté d'entreprendre, mais également d'appuyer cette vision nouvelle sur des notions fondamentales solidement ancrées dans le système juridique, qui puissent structurer l'entreprise elle-même. Si ces conditions ne sont pas remplies, il y a fort à parier que l'entreprise reste repliée sur ses fondamentaux libéraux et sur sa condition d'agent économique : les origines de la liberté d'entreprendre pèsent en effet fortement pour ne pas qu'elle s'ouvre au champ social, pression perceptible dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme quand celui-ci dénie la liberté d'entreprendre aux salariés pour la réserver aux associés ou employeurs⁴⁹⁷. Extirper l'entreprise de cette logique libérale suppose un regard entièrement nouveau, une perception qui projette la notion dans une toute autre dimension conceptuelle et dans des objectifs jusqu'ici délaissés. De manière pragmatique, il faut ensuite asseoir cette conception nouvelle sur un ou des principes forts, de valeur au moins équivalente au principe de liberté d'entreprendre. En effet, ce nouveau regard implique de donner une direction et même plus largement un sens à l'entreprise, afin de matérialiser la recherche de meilleurs équilibres entre les fonctions de l'entreprise.

207. La poursuite de cet objectif passera dans un premier temps par l'établissement d'une nouvelle conception de l'entreprise, fondée sur une étude de sa fonction sociale et des principes constitutionnels pouvant guider son inscription dans l'ordre juridique (**Chapitre 1**). Puis il conviendra d'envisager l'ancrage de l'entreprise dans son environnement autour de modèles structurants qui déclinent le principe de cette fonction sociale (**Chapitre 2**).

⁴⁹⁷ Cf. *supra* § 138.

CHAPITRE 1 : L'ancrage de l'entreprise dans sa fonction sociale

208. Ancrer l'entreprise dans une fonction sociale suppose de reconsidérer la notion en la sortant des logiques économique et libérale qui sont naturellement les siennes et diriger son insertion dans l'ordre juridique. Pour changer de perspective, la notion la plus prometteuse est celle de fonction sociale. Elle correspond en tous points au projet formulé : en finir avec l'autonomie des libertés économiques qui fondent les droits d'agir mobilisés dans l'acte d'entreprendre, pour repenser leurs contributions dans le champ social et, à partir du regard porté sur ces contributions, reconsidérer leurs places dans le système juridique. Il s'agit précisément du travail entrepris par Léon Duguit sur la notion de propriété au début du XX^{ème} siècle⁴⁹⁸, auprès duquel notre démonstration puise son inspiration (**Section 1**). Fort de cette correspondance, il sera temps d'examiner en profondeur la fonction sociale existante ou potentielle de l'entreprise principalement dans les droits du travail et des groupements (**Section 2**).

Section 1 : La fonction sociale de l'entreprise en germe dans la doctrine civiliste

209. Le choix d'examiner l'entreprise sous l'angle de sa fonction sociale ne doit rien au hasard. Au contraire, les réflexions relatives à la fonction sociale de la propriété, distantes de près d'un siècle, présentent nombre d'analogies avec les problématiques actuelles posées par l'entreprise et relayées par le contentieux constitutionnel de la liberté d'entreprendre. Elles sont, malgré leur destinée doctrinale contrariée, des outils utiles pour saisir le rattachement possible d'une liberté ou d'un droit fondamental présenté comme absolu et détaché du champ social, à des logiques n'ayant pas été envisagées et qui lui donnent un sens nouveau. Il s'agit d'un premier parallèle, celui de la démarche empruntée, qu'il convient d'étudier et de justifier (**Paragraphe 1**). Mais un second parallèle apparaît, qui renforce la conviction: la forte cohésion entre les notions de liberté d'entreprendre et de propriété qui justifie que ces principes puissent se diffuser à l'entreprise (**Paragraphe 2**).

§ 1. Fonction sociale de la propriété et fonction sociale de l'entreprise

210. L'analogie des démarches à engager sous l'angle de la fonction sociale dispose de deux ordres de justification : les démarches apparaissent similaires sur plusieurs points (A) et

⁴⁹⁸ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^{ère} éd. 1920.

encouragent à considérer que les problèmes et solutions sont éventuellement transposables (B).

A. Identité des démarches

211. Théories de la propriété fonction sociale. La centaine d'années qui sépare les présents travaux des réflexions fondatrices de Léon Duguit relatives à la propriété fonction sociale oblige avant tout autre développement à interroger l'actualité de ces propositions et à comparer le contexte de leur émergence avec la situation actuelle. Quant à l'actualité et la destinée des théories Duguistes, il faut reconnaître que leur héritage est mince, ou tout au moins contrasté. Dans une contribution récente relative à la notion de propriété, le Professeur Chazal présente l'accueil réservé qu'a toujours suscité la théorie de la de la propriété fonction sociale⁴⁹⁹. En rompant avec le dogme d'une propriété individualiste et absolue, Duguit devait en effet provoquer une réaction empreinte de conservatisme dont l'effet durable aura été d'éteindre les prétentions doctrinales à saisir la nature politique et la fonction sociale de la propriété privée⁵⁰⁰. D'un certain point de vue, une telle situation présente au moins l'avantage de laisser intacte la notion de fonction sociale, son absence de postérité étant la meilleure garantie d'une absence de déformation. Ce constat du destin contrarié des idées de propriété fonction sociale pourrait décourager d'en faire le socle d'une réflexion nouvelle appliquée à l'entreprise. Pourtant, des éléments de contexte aident à mieux comprendre pourquoi les idées de Duguit constituaient une nécessité pour leur période, et comment la situation actuelle appelle également à de profondes remises en question. Dans ses contributions relatives aux évolutions du droit civil, parmi lesquelles il s'intéresse à la propriété privée, Duguit adopte une position empreinte de sociologie juridique pour décliner les évolutions que le champ social aurait déjà faites émerger, et y puise de nouvelles conceptions de notions fondamentales⁵⁰¹. Ainsi observe-t-il non seulement la propriété, mais également la liberté, ou encore l'autonomie de la volonté⁵⁰². Ces évolutions vont, de son point de vue, dans le sens

⁴⁹⁹ J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 775-776 : « Pour montrer ce refoulement, je pourrai développer la manière dont la théorie de Léon Duguit, suivant laquelle la propriété ne serait pas un droit subjectif, mais une fonction sociale, a été discréditée et rejetée, le plus souvent avec des arguments oiseux et intellectuellement malhonnêtes. » ; plus loin, p. 777 : « D'un point de vue épistémologique, on peut dire que le droit doctrinal se fabrique donc de manière plutôt homogène, exerçant sur les auteurs de puissantes forces centripètes et provoquant un verrouillage théorique rendant difficile la survenance de révolutions scientifiques et de changements de paradigme. »

⁵⁰¹ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920, p. 19 ; l'auteur évoque « un système juridique qui, lentement, sous la pression des faits, vient remplacer l'ancien système, et cela en dehors de l'intervention du législateur ».

⁵⁰² Respectivement dans les deuxième et troisième conférences.

général d'un recul de l'individualisme et du droit subjectif caractéristiques de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et de l'élaboration du Code civil de 1804⁵⁰³. Ces caractères sont remplacés au long du XIX^{ème} siècle par une conception plus socialisée et plus réaliste du droit civil. D'un ensemble de droits permettant d'imposer à d'autres individus sa volonté ou une forme de pouvoir, le système juridique basculerait vers des droits ayant pour fondement une fonction sociale que les individus ont à remplir dans le champ social. D'individus atomisés et titulaires de droits activés en toute autonomie, la société se ressouderait autour de la conviction de personnes juridiques interdépendantes, devant par conséquent tenir compte du champ social dans lequel elles évoluent⁵⁰⁴. Les libertés individuelles du Code civil s'en trouvent inmanquablement bouleversées.

212. Recherche d'adéquation entre principes juridiques et réalité sociale. Le réalisme sociologique⁵⁰⁵ de Duguit le conduit à procéder par constat de cette évolution latente, puis seulement ensuite par comparaison avec un ordre juridique législatif figé, pour en conclure une transformation nécessaire du droit afin d'obtenir une situation d'adéquation entre principes juridiques et réalité sociale. Aussi bien la lecture critique que fait Duguit de la tradition civiliste que son appui sur les fondements d'une sociologie encore balbutiante⁵⁰⁶ rendent son approche quelque peu schématique. Mais ce schématisme peut également être déduit de la volonté de participer au changement social, difficile à masquer devant l'ampleur des bouleversements juridiques proposés. En comparaison, la démarche consistant à s'appuyer sur ces réflexions pour porter une entreprise renouvelée et revisitée à partir de sa fonction sociale assumera plus volontiers son caractère prospectif. Nul besoin de prétendre à une clarté absolue des faits sociaux entourant l'entreprise pour constater qu'ils sont l'objet de questionnements et de remises en cause⁵⁰⁷. Nul besoin de prétendre constater une évolution univoque du champ juridique dans le sens de la réception de l'idée de fonction sociale pour observer le décalage croissant entre des libertés économiques en voie d'autonomisation, et des normes appelant au social en mal de fondements, de structure et de force⁵⁰⁸. En substance, les

⁵⁰³ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p. 16.

⁵⁰⁴ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p. 26 : Duguit fait référence aux notions d'« interdépendance sociale » et surtout de « solidarité sociale » au sujet desquelles il renvoie aux écrits d'Emile Durkheim.

⁵⁰⁵ Sur ce point : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^è éd., 2012, p.193.

⁵⁰⁶ En témoignent les nombreuses références à la pensée d'Auguste Comte.

⁵⁰⁷ Pour un point de vue circonspect sur ces critiques : A. Couret, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D. chr.*, 2017, p. 222.

⁵⁰⁸ A. Supiot, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, p. 131 ; l'auteur signale la « faiblesse des règles sociales » face aux normes internationales du commerce et plaide pour un

propositions de Duguit dépeignent une tradition civiliste bousculée par les faits sociaux⁵⁰⁹ ; la situation actuelle présente un retour du droit économique vers une radicalité libérale en même temps que le corps social fait advenir des problématiques environnementales ou sociales nouvelles. Les deux situations présentent un décalage semblable, même si dans l'une le droit apparaît rétif à l'évolution et au changement tandis que dans l'autre, le droit sert d'outil dans le sens d'un changement mal contrôlé.

B. Identité des difficultés et des solutions

213. Au-delà de contextes présentant certaines similitudes, ce sont les problèmes juridiques auxquels Duguit veut faire face qui attirent l'attention. Leur caractérisation démontre une identité de contextes (1) et appelle des solutions dont il sera possible de s'inspirer (2).

1. Caractérisation des problèmes

214. Usage et non-usage des prérogatives associées à la propriété. A l'appui de ses réflexions sur la propriété fonction sociale, Duguit détaille plusieurs exemples qui dénotent des difficultés que peut poser le régime juridique de la propriété absolue et exclusive. Celui mis en avant le plus ouvertement par Duguit est le droit de non-usage qui est compris dans les prérogatives du propriétaire⁵¹⁰. Ce droit de non-usage est en effet classiquement associé à l'*usus*, donc aux attributs de la propriété⁵¹¹. Il est loisible au propriétaire d'un bien de ne pas en faire usage s'il le souhaite ; et il lui est plus largement possible de ne pas en tirer les fruits, ou de ne pas en disposer. Duguit présente des situations où ces prérogatives peuvent s'avérer problématiques : « *terres sans culture* », « *emplacements urbains sans constructions* », « *maisons sans location et sans entretien* », « *capitaux mobiliers improductifs* »⁵¹². Dans chacune de ces situations, il est net que l'absence d'implication du propriétaire nuit éventuellement à son profit personnel, et au champ social dans son ensemble si ce dernier peut trouver quelque utilité à ces cultures, ces logements ou ces productions. Le parallèle avec la situation actuelle de certaines entreprises interpelle dans la mesure notamment où Duguit fait lui-même référence aux « *capitaux mobiliers improductifs* ». Le droit de

« *renouveau normatif* ».

⁵⁰⁹ Duguit résume : « *Cependant la propriété est une institution juridique qui s'est formée pour répondre à un besoin économique, comme d'ailleurs toutes les institutions juridiques, et qui évolue nécessairement avec les besoins économiques eux-mêmes.* » Cf. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p. 148.

⁵¹⁰ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920, p. 153.

⁵¹¹ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 9^è éd., 2014, p. 133.

⁵¹² L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p. 153.

« désentreprendre » dont il a été observé qu'il fait partie intégrante de la liberté d'entreprendre⁵¹³ pose des difficultés de même nature. En ouvrant la possibilité de s'abstenir de mener une activité déjà engagée, le droit positif autorise des situations socialement préjudiciables, qui n'interrogent pas forcément l'intérêt individuel du décisionnaire et ne génèrent qu'une responsabilité imparfaite puisqu'elles se raccrochent à une prérogative qui n'est pas remise en cause.

215. Critique de la « propriété-spéculation ». Une critique du même ordre et ayant le même fondement juridique est formulée par Duguit à l'encontre de ce qu'il nomme la « *propriété-spéculation* »⁵¹⁴. Cette critique se rattache au non-usage puisqu'elle vise les propriétaires acquérant des biens puis les laissant hors usage dans l'attente d'une évolution de leur valeur, et dans la perspective d'une plus-value à leur cession. Difficile de ne pas établir ici un parallèle avec l'économie financiarisée : les mêmes reproches visent en effet les opérations financières spéculatives, spécialement quand elles peuvent avoir des conséquences sociales lourdes. Là où Duguit craignait la sortie de certains biens du commerce juridique, le problème tient aujourd'hui plutôt dans la liquidité excessive des biens négociés sur les marchés financiers, laquelle opère une déconnexion entre leur valeur et la nature des usages qu'ils permettent⁵¹⁵, ou qui fragilise plus généralement leur substance, spécialement dans le cas des entreprises⁵¹⁶. Dans les deux cas, le risque est de perdre de vue les usages concrets du bien, et par là d'oublier son utilité sociale pour se concentrer uniquement sur sa valeur d'échange sur le marché.

216. Prohibition de comportements et réparation des préjudices causés. Un dernier élément soulevé par Duguit attise la curiosité pour son parallélisme évident avec certains problèmes actuels : les liens entre faute et dommages causés à autrui. Il s'agit pour Duguit de critiquer l'idée selon laquelle la liberté du propriétaire serait extensible tant que le tiers subissant les conséquences de l'usage de cette liberté est dédommagé⁵¹⁷. Cette conception est fondamentale dans la défense du droit absolu de propriété : hors les interdictions contenues dans des lois de police, le propriétaire demeure libre d'exercer toutes les prérogatives que lui

⁵¹³ Cf. *supra* § 140 et s.

⁵¹⁴ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 164.

⁵¹⁵ Pour un regard critique sur la notion de valeur en économie : A. Orléan, *L'empire de la valeur*, Seuil, 2015.

⁵¹⁶ Ch. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22.

⁵¹⁷ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 167 : « Mais, dira-t-on, ces choses inutiles ne sont pas en réalité interdites au propriétaire ; ce qui est interdit c'est le dommage qu'elles peuvent causer à autrui. Non point. Si le dommage causé à autrui entraîne réparation, c'est précisément parce qu'elles sont interdites. »

confère son droit de propriété à la condition d'accorder la réparation éventuelle. Or, pour Duguit, cette réparation n'est pas une simple compensation mais la sanction d'une interdiction véritable et sous-jacente⁵¹⁸. Il n'y a pas selon lui un comportement autorisé moyennant juste réparation, mais un véritable comportement prohibé et sanctionné.

217. Entreprise, rationalité et violation lucrative du droit. Là encore, un lien peut être tiré entre ces constats et certaines questions actuelles entourant l'entreprise. Même si les termes peuvent sembler datés, les observations de Duguit pourraient être transposées sans mal aux situations décrites comme « *violation efficace du droit* » bien connues du droit du travail⁵¹⁹. Dans cette optique, ce sont les prérogatives accordées à l'employeur sur le fondement de la liberté d'entreprendre qui sont parfois abusivement utilisées, par exemple en matière de licenciement. La violation du droit est alors passée par le détenteur de la prérogative au seul filtre de l'analyse économique pour comparer le gain attendu grâce à l'acte accompli et la réparation due en principe⁵²⁰. Du point de vue de Duguit, c'est la logique d'interdiction qui devrait primer; or la tendance du législateur actuel est, en droit du travail, de rendre la sanction prévisible pour favoriser le calcul de rationalité économique⁵²¹ et ainsi sacraliser le statut d'agent économique reconnu à l'entreprise. La prérogative de l'employeur bascule clairement alors d'une fonction sociale sous-jacente - le licenciement peut tout-à-fait être justifié juridiquement et nécessaire socialement - à une fonction économique explicite.

2. Orientation des solutions

218. Fonctions de la propriété privée et de l'entreprise dans leur environnement social. Si les problématiques juridiques ci-exposées ne sont pas absolument semblables, leur observation rappelle à ce point les critiques adressées au cadre juridique dans lequel évoluent les entreprises qu'il est naturel de puiser là une forme d'inspiration. Il a été souligné, en particulier au travers du principe constitutionnel liberté d'entreprendre, que les libertés économiques étaient en voie d'autonomisation et obéissaient à des logiques économiques propres et déconnectées du champ social, ou tout au moins rétives à prendre en considération

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 168 : « Mais la prohibition existe par elle-même ; car, si elle n'existait pas, il n'y aurait pas cette sanction. »

⁵¹⁹ P. Lokiec, A. Lyon-Caen, « Contre la violation efficace du droit du licenciement », *SSL*, 10 sept. 2012, n° 1550, p. 27.

⁵²⁰ Sur une appréhension juridique possible : I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD com.*, 2017, p. 19.

⁵²¹ G. Bargain, T. Sachs, « La tentation du barème », *RDT*, 2016, p. 251 ; les auteurs décrivent la technique du barème indemnitaire en matière de licenciement comme se raccrochant à des logiques de « *standardisation* » et d'« *incitation* ».

des préoccupations sociales⁵²². C'est à ce type de déconnexion entre un régime juridique (celui de la propriété absolue et exclusive) et son environnement social que Duguit tente de remédier. Il opère en quelque sorte vis-à-vis de la propriété un mouvement de reconnexion en faisant obéir son régime juridique non plus à des logiques indépendantes du champ social, mais en proclamant au contraire une relation d'« *interdépendance sociale* »⁵²³.

219. Une rénovation sans destruction de la propriété privée et une entreprise aux fondements économiques. Accusé de vouloir saper les fondements de la propriété privée, Duguit lève toute ambiguïté en faisant savoir son attachement à la notion. Tout d'abord, il démontre que son projet vise à conserver la propriété privée en l'adaptant aux exigences de son époque⁵²⁴. C'est pourquoi il propose de rechercher la fonction sociale de la propriété, afin de mettre en relation la notion avec son contexte. Il double cet argument d'une remarque visant à ne pas discréditer la propriété privée absolue et exclusive : selon Duguit, cette conception de la propriété a pu avoir sa justification pour répondre aux besoins économiques de la période qui l'a engendrée⁵²⁵. C'est seulement dans la mesure où cette fonction initialement légitime évolue, que le régime juridique devrait évoluer également, dans le sens d'une meilleure prise en compte des interdépendances sociales. Ces précisions sont utiles. Nos travaux n'ont en effet pas pour objectif d'évincer la nature économique de l'entreprise du système juridique, car elle est nécessaire à son équilibre. Il s'agit cependant de penser l'entreprise dans un référentiel plus large que la seule sphère économique, ce qui suppose d'admettre qu'elle poursuit une ou des fonctions, et que ces fonctions ne sont pas émancipées du reste du champ social.

220. Fonction économique et fonction sociale de la propriété. Duguit définit la fonction de la propriété par référence à un besoin économique⁵²⁶ ce qui contredit en apparence le projet

⁵²² Cf. *supra* § 134.

⁵²³ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920, p. 158.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 160 : « Aussi bien je tiens à éviter ici tout malentendu. Je ne dis pas, je n'ai jamais dit, je n'ai jamais écrit que la situation économique qu'est la propriété individuelle disparaisse, doive disparaître. Je dis seulement que la notion juridique sur laquelle repose sa protection sociale se modifie. »

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 156 : « Le système civiliste de la propriété se décompose aussi, parce qu'il tendait à protéger uniquement les fins individuelles, considérées comme se suffisant à elles-mêmes. (...) Si l'on protégeait l'affectation individuelle d'une richesse, c'était uniquement en considération de l'individu ; c'était uniquement l'utilité individuelle que l'on avait en vue. Or, aujourd'hui nous avons la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen (...). » Duguit évoque plus loin (p. 157) une « contradiction flagrante avec cet état de la conscience moderne ».

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 148 : « Cependant la propriété est une institution juridique qui s'est formée pour répondre à un besoin économique, comme d'ailleurs toutes les institutions juridiques, et qui évolue nécessairement avec les besoins économiques eux-mêmes. »

de trouver dans la fonction sociale un moyen de nuancer les libertés économiques structurant l'entreprise et fondées sur des logiques économiques propres. Cependant il faut bien comprendre que dans la théorie de Duguit, il n'y a pas d'opposition entre fonction économique (ou pour reprendre son expression, entre « réponse à des besoins économiques ») et fonction sociale. Considérer la propriété comme une fonction sociale revient à s'interroger sur les fonctions que lui assigne le champ social, lesquelles peuvent être économiques sans entrer en conflit avec la fonction sociale générale. En effet, la fonction économique en question ne se détache pas du champ social mais en émane ; et en tant que composante de ce champ, elle peut se combiner à d'autres fonctions non-économiques, quand bien même Duguit n'explore pas cette possibilité. Il y a donc un corps social marqué par les relations d'interdépendance qui produit une matière juridique poursuivant une fonction sociale générale, laquelle peut se décliner en fonctions plus spécifiques, qu'elles soient économiques ou sociales au sens strict.

221. Appui sur les théories de la fonction sociale de Duguit. C'est en s'inspirant des réflexions de Duguit mais en les dépassant que peut se construire une théorie de la fonction sociale de l'entreprise. L'inspiration conduit à ne plus de penser l'entreprise comme notion juridique auto-référencée dans le seul ordre économique. Le dépassement permet d'aller plus loin que l'affirmation générale d'une fonction sociale. En premier lieu la fonction sociale n'est pas univoque, et si elle met en lumière le recours à une approche fonctionnaliste⁵²⁷, le singulier est trompeur tant les objectifs poursuivis (sociaux, économiques, environnementaux⁵²⁸ ou autres) sont divers et perpétuellement réinterrogés par le corps social. Il convient cependant de poursuivre notre analyse car Duguit reste silencieux sur les conditions d'émergence de ces fonctions⁵²⁹. La référence à la sociologie d'Auguste Comte ne suffit pas à mesurer la montée des besoins économiques ou sociaux, à les expliquer, et de manière plus décisive au plan juridique, à décrire comment ils sont formalisés pour influencer ensuite la règle de droit. Ce sont ces dynamiques qu'il convient de dévoiler pour porter une entreprise repensée.

⁵²⁷ Th. Boccon-Gibod, « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *RIDE*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 288 ; où l'auteur évoque un « fonctionnalisme assumé ».

⁵²⁸ Sur ce point : B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.*, 2015, p. 539.

⁵²⁹ Th. Boccon-Gibod, « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *op. cit.*, p. 290 et s. : « *Quelles sont au juste les fonctions sociales ? Surtout, qui les détermine, et comment ? Duguit laisse délibérément sans réponse ces questions, pourtant décisives : il se contente de dégager des principes et paraît laisser à l'Histoire – c'est-à-dire, en somme, à personne – le soin de trancher.* »

§ 2. Connexité des notions de propriété et de liberté d'entreprendre

222. L'un des arguments pour lier les réflexions entre entreprise et propriété tient dans la connexité souvent rappelée entre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Les deux notions émanent en effet d'un postulat idéologique commun (A) et leurs destins sont étroitement liés (B).

A. Des origines idéologiques communes

223. Rattachement aux libertés révolutionnaires. Si le Conseil constitutionnel a pu relier à plusieurs reprises liberté d'entreprendre et propriété dans des décisions qu'il conviendra d'examiner⁵³⁰, un lien moins explicite mais tout aussi concret existe en parallèle. Ce lien découle du fondement choisi par le Conseil constitutionnel pour établir la présence de la liberté d'entreprendre dans le bloc de constitutionnalité⁵³¹. Il la rattache en effet à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui dispose : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.* » Pour comprendre le lien intime entre liberté d'entreprendre et propriété, la notion de « *droits naturels* » au sens de ce texte doit être saisie et expliquée. Elle trouve sa définition à l'article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.* » Reliant ces deux articles, il est possible d'affirmer que l'exercice des droits naturels de l'individu, dont la liberté et la propriété, « *n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* ». En conséquence, si la liberté d'entreprendre se déduit d'un principe de liberté plus général, elle trouve sa place auprès de la propriété au rang des droits naturels et imprescriptibles.

224. Le droit de propriété saisi par la doctrine juridique au début du XIX^{ème} siècle. Ce que dit ce rapprochement, c'est surtout que le libéralisme de la période révolutionnaire a touché dans le même mouvement droit de propriété et liberté d'entreprendre, même si cette dernière n'a été affirmée que dans un second temps. La sacralisation de ces principes constitue un fruit politique, social et juridique de la période. La construction sera appuyée par

⁵³⁰ Cf. *infra* § 228 et s.

⁵³¹ Le lien est opéré par le Conseil constitutionnel dès sa première décision relative à la liberté d'entreprendre. Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, consid. 16.

une doctrine unanime dans la première moitié du XIX^{ème} siècle⁵³² : le droit de propriété y est décrit non seulement comme la principale caractéristique de l'individu souverain érigé par la période révolutionnaire, qui bénéficie également de l'autonomie de la volonté⁵³³. Il est au surplus décrit comme le fondement de l'ordre juridique tout entier.

225. Droit de propriété, liberté d'entreprendre et individu souverain. C'est en résonance avec ces deux dimensions du droit de propriété que la liberté d'entreprendre trouve sa place et les raisons de son apparition dans l'ordre juridique⁵³⁴. Il est dès lors possible de la considérer comme une déclinaison nouvelle, dans l'ordre économique, des idéaux de 1789, et comme une forme de complément utile à leur réalisation. Comment en effet considérer un individu souverain et bénéficiant de l'autonomie de la volonté, incapable de mener une activité économique ? Il paraît compliqué pour l'individu de se réaliser à travers sa principale prérogative qui serait sa souveraineté sur ses biens, sans disposer en parallèle des instruments juridiques lui permettant d'accéder à cette propriété⁵³⁵. De ce point de vue, la liberté d'entreprendre n'est pas seulement un droit à exercer une activité indépendante, simple pendant de la liberté du travail⁵³⁶. Elle est plus largement un droit économique indispensable pour que chaque individu ait la possibilité d'atteindre juridiquement le statut de souverain sur son patrimoine, que la liberté d'entreprendre lui permet de constituer.

226. Rôle central du droit de propriété, et apport de la liberté d'entreprendre. En référence à la place centrale de la propriété dans l'ordre juridique, la liberté d'entreprendre développe aussi le potentiel d'une forme de propriété spécifique, à vocation économique. De fait, il convient de lier à la propriété des libertés qui en déploient les usages. La liberté d'entreprendre s'érige en quelque sorte en liberté d'employer économiquement sa propriété. Là encore, les idées libérales servent de pont entre les notions : au long du XIX^{ème} siècle, la

⁵³² En ce sens : J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763 ; l'auteur précise notamment : « *Le consensus dogmatique sur la propriété n'a pas vraiment posé de problème tant qu'il coïncidait avec le consensus politique issu de la Révolution de 1789, suivant lequel la propriété privée était à la fois le fondement de l'ordre social, l'incarnation de la liberté individuelle et un facteur de prospérité économique pour tous.* »

⁵³³ M. Latina, « Contrat : généralités », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017, § 136 : « *En tant que telle, la théorie de l'autonomie de la volonté est donc étroitement liée à la philosophie individualiste. Sa parenté avec le libéralisme économique est également évidente.* »

⁵³⁴ Cf. *supra* § 90 s.

⁵³⁵ Quant à l'existence d'un patrimoine préalable à l'engagement dans l'activité économique, cf. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920, p. 160 : « *D'autre part, je prends comme un fait la détention de la richesse capitaliste par un certain nombre d'individus.* » L'auteur envisage ici que la propriété fonction sociale puisse s'établir y compris sur les bases d'une société relativement inégalitaire ; c'est *a fortiori* vrai pour la propriété absolue.

⁵³⁶ Sur la déconnexion entre les deux notions : J. Savatier, « La liberté du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 19.

propriété nouvellement érigée en droit fondateur du système juridique sera employée comme jamais auparavant au soutien des activités économiques⁵³⁷. Début XXème siècle, Duguit lui-même admet cette connexion en précisant qu'il s'intéresse principalement à la propriété capitaliste, donc à une propriété à vocation économique⁵³⁸ qui ne peut se concevoir pleinement sans liberté d'entreprendre. La pensée marxiste abonde : en figeant l'analyse des rapports sociaux autour de la question de la propriété des moyens de production⁵³⁹, les penseurs marxistes font de la mobilisation de la propriété entrepreneuriale l'élément structurant d'une lecture de l'espace social. Même les pourfendeurs des idées libérales reconnaissent la cohérence d'un système basé précisément sur la propriété et la liberté d'entreprendre.

B. Destin commun

227. Plus encore que ces liens historiques, il semble propice de penser conjointement les notions de propriété et de liberté d'entreprendre sous des angles plus actuels pour en tirer une pensée relative à l'entreprise. Le Conseil constitutionnel a en effet renouvelé les situations où il joint les deux notions (1). Ces liens doivent être envisagés puisqu'ils ouvrent la possibilité d'avancer l'idée d'une fonction sociale de l'entreprise (2).

1. Le lien opéré par le Conseil constitutionnel

228. Rapprochement initial. Dès la première décision mettant en lumière le principe de liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel aborde la notion conjointement avec celle de propriété. Mais ce lien peut apparaître purement conjoncturel à la lumière du contexte de cette décision de 1982⁵⁴⁰. Il s'agit en effet de l'examen d'une loi de nationalisation, qui pose une difficulté reliant les deux notions : le processus de nationalisation consiste précisément à transférer du secteur privé vers le secteur public et hors contractualisation à la fois la propriété des parts sociales de la société objet du processus, et l'initiative entrepreneuriale que cette

⁵³⁷ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13 : « Dans un premier temps, la Révolution française a posé les bases juridiques de l'économie de marché et de la révolution industrielle. En imposant une conception du droit de propriété nettoyée des liens féodaux et en émancipant le contrat de louage de service des liens corporatifs, elle a permis une accélération sans précédent du machinisme. »

⁵³⁸ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920, p. 149 : « J'ajoute une observation importante : dans cette étude je considérerai exclusivement ce que les économistes appellent la propriété capitaliste, laissant de côté la propriété des objets de consommation qui présente des caractères tout à fait différents, et de laquelle il ne serait point exact de dire qu'elle évolue dans le sens socialiste. »

⁵³⁹ C'est la position dans le rapport de production capitaliste qui justifie chez Marx la lecture de la société divisée en classes sociales ; cf. K. Marx, F. Engels, *Manifeste du parti communiste*, Éditions Science Marxiste, 1999 (1^{ère} éd. 1848).

⁵⁴⁰ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

société met en œuvre⁵⁴¹. L'apparition conjointe des deux notions doit *in fine* être considérée comme incidente. Il est vrai que l'entreprise est aussi dans cette optique une question de propriété⁵⁴², qui s'exerce sur les parts sociales, qui changent de main en revenant à la puissance publique. Dès lors il arrive que les problématiques soient contingentes, sans pour autant que les notions ne communiquent réellement.

229. La liberté d'entreprendre au travers de la loi dite « Florange ». Dans sa décision du 27 mars 2014⁵⁴³ relative à la loi « *visant à reconquérir l'économie réelle* »⁵⁴⁴, le Conseil constitutionnel censure le fait que le tribunal de commerce puisse se voir confier l'analyse des refus par l'employeur d'une « *offre de reprise jugée sérieuse* », « *en l'absence d'un motif légitime* », lequel ne pourrait résider que dans la « *mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise* »⁵⁴⁵. Dans ce qu'il considère comme une substitution de l'appréciation du juge à celle du chef d'entreprise, le Conseil constitutionnel voit une atteinte à la liberté d'entreprendre manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi⁵⁴⁶. Cette appréciation portée sur le dispositif légal envisagé n'a pas manqué d'être discutée mais elle n'est pas illogique s'agissant de défendre la liberté d'entreprendre, et n'est pas erronée en termes de fondement juridique. La possibilité de fermer un établissement est en effet un choix de gestion qui se rattache naturellement à une vision classique de la liberté d'entreprendre, à la fois dans sa dimension de garantie pour son pouvoir d'organisation⁵⁴⁷, et en ce qu'elle permet de « désentreprendre ». En résumé, le fondement de la liberté d'entreprendre semblait largement suffisant pour justifier la censure prononcée.

230. L'intégration du droit de propriété dans la décision relative à la loi « Florange ».

Il est surprenant de voir le Conseil constitutionnel lier le droit de propriété à la liberté

⁵⁴¹ J.-F. Giacuzzo, « Brèves remarques sur la nationalisation », *Constitutions*, 2016, p. 635 ; l'auteur considère que « *la nationalisation est une acquisition autoritaire. Elle se distingue des prises de participation auxquelles l'État a procédé depuis la crise économique de 2008 et qui relèvent d'une démarche contractuelle.* »

⁵⁴² Plus généralement sur l'entreprise et sa « propriété » : B. Roger (dir.), *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Collège des Bernardins, éd. Lethielleux 2012.

⁵⁴³ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC ; cf. *supra* § 141.

⁵⁴⁴ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.

⁵⁴⁵ Ces dispositions résultaient des articles L. 772-2, L. 773-1 et L. 773-2 du Code de commerce dont la loi susvisée prévoyait la création avant leur censure par le Conseil constitutionnel.

⁵⁴⁶ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, consid. 21.

⁵⁴⁷ F. Fouvet, « D'une distinction entre les libertés instituant et les libertés-prérogatives », *RDT*, 2017, p. 315 : « *Car entreprendre consiste à créer et à gérer une organisation reposant sur des capitaux et parfois de la main-d'œuvre, en vue de produire des biens ou des services destinés à être échangés. Le principe de la liberté d'entreprendre garantit donc la faculté de créer et d'exploiter une entité économique. Le titulaire de cette liberté-prérogative est habilité à prendre des décisions et des mesures d'organisation. Il dispose d'un pouvoir de direction qui s'entend à la fois d'un pouvoir de direction économique ou de gestion et d'un pouvoir de direction des personnes.* »

d'entreprendre pour censurer les dispositions en cause. Sont dénoncées par le Conseil les contraintes que font peser ces dispositions « *sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion* »⁵⁴⁸. En cherchant à cloisonner artificiellement les notions, l'« *aliénation de certains biens* » pourrait être vue comme une question contigüe, mais différente de la liberté d'entreprendre. La fermeture de l'établissement ou sa cession entraînent inévitablement des transferts de biens, et le texte encadrerait de ce point de vue le droit de disposer de ces biens conféré à la personne morale, qui en est propriétaire pour mener son activité.

231. Quelle justification ? Mais cette séparation est si artificielle qu'elle ne convainc pas. La formulation du Conseil constitutionnel incite au contraire à envisager l'hypothèse d'une rencontre entre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre porteuse d'une signification plus profonde. D'abord car le droit de propriété (par « *l'aliénation de certains biens* ») est rangé parmi les « *choix économiques de l'entreprise* », à côté de sa gestion, dans un même mouvement de description des prérogatives du chef d'entreprise. Il y aurait donc une véritable complémentarité organisée dans l'entreprise entre gestion économique et exercice du droit de propriété. Ensuite, la référence à la propriété interroge dans la mesure où le texte en cause s'intéresse aux situations de cession d'établissement. La notion d'établissement est en effet issue du droit du travail, et recouvre une réalité bien différente d'un ensemble de biens. Elle se comprend comme résultant d'un ensemble économique et social, lequel comprend une collectivité de travailleurs⁵⁴⁹ dotée de moyens qui sont autant de biens ; mais elle ne peut se concevoir sous le seul angle du droit de propriété⁵⁵⁰. Comme l'a souligné un auteur, ce lien devient signifiant car il dénote d'une vision économiquement orientée de l'entreprise : plutôt qu'à une communauté ou une organisation, l'entreprise traversée par la question de la

⁵⁴⁸ Cons. const, 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, consid. 21.

⁵⁴⁹ G. Loiseau, « La notion d'établissement », *CSBP*, 2017, p. 314 : « *Structurellement, l'établissement se présente comme une entité économique et sociale qui associe une direction, exercée par un représentant de l'employeur, et une collectivité de travail.* » L'auteur souligne par ailleurs le caractère fonctionnel de la notion, qui l'emmène à changer de sens au gré des objectifs des textes qui la mobilisent, y compris hors le droit du travail. Il ne fait aucun doute que la loi « Florange », œuvrant ouvertement dans le sens du maintien de l'emploi, se rattache à une conception travailliste de l'établissement.

⁵⁵⁰ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 530 : « *Cette évidence se dissipe si l'on veut bien se souvenir qu'un établissement, composé d'un ensemble de moyens corporels (les machines, les locaux) et incorporels (les marques, les brevets) ainsi que du personnel, n'est pas un objet de droit. La société employeur ne peut pas être considérée comme propriétaire d'un établissement. Et la cession d'un établissement ne peut s'analyser comme le simple exercice du droit de propriété sur des biens corporels et incorporels, cette cession emportant également le transfert du personnel en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail.* »

propriété renvoie aux théories de la valeur actionnariale, donc à une approche néolibérale⁵⁵¹. Dans cette optique, les arbitrages du chef d'entreprise ne relèvent plus d'un équilibre entre intérêts divergents, et glissent vers le pur calcul fondé sur la rationalité économique⁵⁵². Dans ce calcul, la propriété fait office de garantie pour une conception de l'entreprise sous l'angle de sa valeur, plutôt que de sa fonction.

2. L'intérêt du lien pour concevoir une fonction sociale de l'entreprise

232. Adaptation à l'entreprise. Ce parallèle entre propriété et liberté d'entreprendre n'est pas simplement fortuit. Les liens entre les notions, de même que l'appréhension d'un contexte semblable de celui qui a vu émerger la pensée de Duguit, encouragent à pousser plus loin la réflexion, sur le mode prospectif. Duguit cherchait à remettre en question la propriété privée absolue, exclusive et perpétuelle pour la refonder sur sa fonction sociale. Et si un tel projet était envisageable pour la liberté d'entreprendre, pour la nature et la justification des pouvoirs qui s'exercent dans l'entreprise ? Si la pensée de Duguit est porteuse de solutions juridiques intéressantes, il ne s'agira pas exactement de la même transformation : la liberté d'entreprendre et les pouvoirs mobilisés dans le cadre de l'entreprise n'ont pas acquis dans l'ordre juridique français la même aura que la propriété absolue célébrée par la doctrine du XIX^{ème} siècle⁵⁵³. Mais la démarche est similaire : la liberté d'entreprendre contribue à un resserrement de plus en plus marqué de l'entreprise sur sa fonction économique. L'absolutisme naît de cette appréhension orientée de la notion : l'entreprise est dotée d'une évidente fonction économique qui justifie qu'elle agisse en opérateur sur le marché ; mais les entreprises font face à d'autres défis aussi importants. La fonction sociale de l'entreprise ouvre alors de nouvelles perspectives.

233. Propriété, liberté d'entreprendre et rapport aux idées politiques. Le rapprochement entre droit de propriété et liberté d'entreprendre trouve une partie de son sens

⁵⁵¹ J.-P. Chazal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D. chr.*, 2014, p. 1103 ; l'auteur considère que « le Conseil constitutionnel assimile purement et simplement les prérogatives du chef d'entreprise (« choix économiques relatifs à la conduite et au développement » de l'entreprise) au droit de propriété sur celle-ci qui appartient, le plus souvent, à une société dont le capital est lui-même détenu par des actionnaires et qui constitue une personne juridique autonome, dotée d'un patrimoine et d'un intérêt propre » ; il y voit « la marque des théories de la firme et de la corporate governance, conçue par des économistes américains du dernier quart du XX^e siècle, dont l'idée principale est que les entreprises doivent être gérées dans la seule optique de maximiser la valeur actionnariale ».

⁵⁵² T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *op. cit.* : « Aussi, la fondamentalisation de l'ordre libéral se nourrit-elle de l'exacerbation de deux valeurs : la liberté en tant que telle d'une part, l'efficacité économique d'autre part. »

⁵⁵³ Sur ce point : J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763.

dans le renvoi aux idées libérales qui ont porté à la fois la définition moderne du droit de propriété, et qui soutiennent actuellement une liberté d'entreprendre forte, fondement d'une lecture de l'entreprise conçue comme agent économique. Les deux notions, chacune à leur façon, constituent en tous cas des déclinaisons juridiques de projets politiques dont la référence est commune. Le libéralisme révolutionnaire qui anime la doctrine favorable au droit de propriété absolue au XIX^{ème} siècle n'est pas strictement semblable aux idées néolibérales qui font aujourd'hui des libertés économiques les droits fondamentaux prépondérants dans l'ordre juridique. Mais les deux références politiques, au-delà de leur évidente filiation, ont en commun de proposer des visions du champ social fondées sur une forme d'individualisme : de l'individu souverain s'agissant du libéralisme classique ; de l'agent économique pour le courant néolibéral⁵⁵⁴. Elles s'opposent ainsi fermement à la construction de l'interdépendance sociale que Duguit appelle de ses vœux. En poursuivant cette lecture comparée, le libéralisme initial entrevoit les relations entre individus sous le seul angle du contrat⁵⁵⁵ ; tandis que la lecture néolibérale fait du marché à la fois l'espace et le moyen de la rencontre entre agents économiques⁵⁵⁶. Les notions de marché et de contrat partagent, dans l'esprit des doctrines qui s'appuient sur elles, une même autonomie par rapport à leur environnement social. Dans les deux cas, il s'agit de porter en réponse des projets visant à consolider la fonction sociale de l'entreprise.

234. Lecture pragmatique de la propriété fonction sociale. Avant de plonger dans le travail de déclinaison des fonctions de l'entreprise et de combinaison entre fonctions économiques et sociales, il convient de souligner que les idées de Duguit ont connu une réception contrastée. Beaucoup a été dit sur l'influence de l'idée de fonction sociale de la propriété, et il est possible de retenir qu'elle a disposé d'un certain crédit dans le droit positif, sans que celui-ci ne se traduise par une remise en cause de la propriété absolue⁵⁵⁷. Son destin aurait pu être différent : la propriété fonction sociale aurait pu constituer être consacrée par le

⁵⁵⁴ S'agissant de la construction intellectuelle du concept d'*homo economicus*, cf. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, EHESS, Gallimard, Seuil, coll. Hautes études, 2004, p. 271 et s.

⁵⁵⁵ Ph. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} édition, 2003, p. 827.

⁵⁵⁶ Sur ce point, et en lien avec l'ensemble des présents travaux : O. Favereau, T. Sachs, « Regards croisés sur la financiarisation, l'entreprise, le travail et le droit », *RDT*, 2017, p. 250.

⁵⁵⁷ Pour des exemples : B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.*, 2015, p. 539 : « *L'interventionnisme étatique a entraîné de multiples atteintes aux droits des propriétaires, intimés de ne plus bâtir, de ne plus arracher, de ne plus puiser, sauf autorisation spéciale délivrée par le Prince. Rarement dédommages de ces pertes d'utilités, les propriétaires n'ont pu que souffrir cet empilement successif de normes.* » ; le même auteur concède plus loin que cette propriété désacralisée « *est de nos jours passée dans les esprits (moins dans les textes !)* ».

projet constitutionnel du 19 avril 1946⁵⁵⁸ qui prévoyait dans son article 36, à l'alinéa premier : « *Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou à la propriété d'autrui.* » Ce projet inabouti, sur lequel le Conseil constitutionnel a pu appuyer une de ses démonstrations⁵⁵⁹, a permis à la doctrine d'évoquer la pensée de Duguit et la notion de fonction sociale à titre incident dans les écrits de droit des biens⁵⁶⁰. Suivre la pensée de Duguit comporte le risque de se servir d'un processus marqué par son échec à convaincre dans le champ de la pensée juridique, écrasé par l'absolutisme de la propriété et par une institution juridique trop importante pour être bousculée. Pour ne pas subir le même sort, il convient de comprendre où la pensée de Duguit atteint ses limites, et de se concentrer sur ses points faibles. Cela a déjà été relevé⁵⁶¹ : la principale difficulté dans la théorisation de la propriété fonction sociale tenait dans le flou entretenu sur les déterminants de cette fonction sociale : comment se définit-elle ? Qui est en position de la déterminer ? Comment peut-elle évoluer ? C'est à ces questions qu'il faut s'efforcer de répondre pour démontrer l'existence d'un ancrage de l'entreprise dans sa fonction sociale.

Section 2 : La fonction sociale de l'entreprise en germe dans le droit du travail et des groupements

235. La comparaison entre les contextes et les démarches articulées autour de la propriété fonction sociale et d'une étude de l'entreprise par ses fonctions font ressortir son bien-fondé. Il ne s'agit pas seulement de dire que l'entreprise obéit à une fonction sociale au sens large : cette proposition serait réductrice. Il s'agit plutôt de procéder par ouverture en posant comme indispensable la fonction économique de l'entreprise qui renvoie l'entreprise vers son statut d'acteur économique (**Paragraphe 1**). Toute l'originalité de la présente proposition doctrinale consiste à travailler dans le sens d'une combinaison entre les fonctions de l'entreprise qui ont toutes pour effet de l'interconnecter entreprise avec son environnement. Poursuivant la recherche d'un équilibre de ces fonctions, nos réflexions conduisent à envisager l'entreprise en tant qu'employeur (**Paragraphe 2**) puis à formuler le projet, en lien avec les préoccupations environnementales s'infiltrant dans le droit des groupements comme le droit du travail, d'une entreprise écologique (**Paragraphe 3**).

⁵⁵⁸ Ce projet a été rejeté par référendum le 5 mai 1946.

⁵⁵⁹ Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, consid. 13 et 14 : le Conseil réaffirme le droit de propriété tel que formulé en 1789 en s'appuyant sur le rejet de la proposition de modification de ce même droit en date de 1946.

⁵⁶⁰ Par exemple : F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445.

⁵⁶¹ Cf. *supra* § 221.

§ 1. L'entreprise acteur économique avant tout

236. Préservation de la fonction économique. Malgré le projet de refondation porté dans ces pages, la fonction économique de l'entreprise reste son socle initial fondé sur la liberté d'entreprendre. Coupée de son essence économique, l'entreprise perdrait son sens : celui du résultat de l'usage d'une liberté économique susceptible de favoriser les initiatives économiques, et de conférer une part d'autonomie juridique aux projets économiques menés. Renoncer à cette fonction de l'entreprise ferait courir le risque d'un basculement dans une logique où la liberté d'entreprendre deviendrait subalterne, et dont l'aspect déséquilibré a pu être expliqué et démontré⁵⁶². Le projet ici défendu consiste au contraire à rechercher une forme de combinaison au sens de l'assemblage de plusieurs éléments, concrets et abstraits, suivant certains rapports voulus, produisant un effet d'ensemble et orientés vers un but précis⁵⁶³. Dans cette optique, la fonction économique de l'entreprise participe d'un projet qui la dépasse, mais auquel elle est indispensable.

237. Liberté d'accéder à une activité économique. La fonction économique de l'entreprise demeure fondée sur une liberté d'accès aux activités économiques. Cette dimension paraît en extension dans la législation récente. En inaugurant la possibilité de la société unipersonnelle, le législateur a facilité dès 1985 les conditions dans lesquelles une personne individuelle peut engager une telle activité en préservant son patrimoine personnel⁵⁶⁴. Les déclinaisons de ce principe se sont poursuivies depuis avec en particulier le statut d'autoentrepreneur⁵⁶⁵. Un équilibre est à trouver entre la garantie pour chacun de pouvoir entreprendre, et les conséquences les plus notables de cette possibilité dans le champ social. La plus évidente d'entre elles tient sans doute, s'agissant du statut d'autoentrepreneur, dans le brouillage entre activités salariées et activités indépendantes⁵⁶⁶. De ce point de vue, la liberté d'entreprendre qui fonde l'entreprise ne saurait aspirer dans son giron toutes les situations, surtout quand il en résulte un contournement manifeste des réglementations du travail. Il s'agit d'un premier exemple à observer pour la réintégration de la dimension économique de l'entreprise dans le champ social, par l'affirmation qu'elle n'est pas la forme

⁵⁶² Cf. *supra* § 178 et s.

⁵⁶³ Cette définition du mot « combinaison » s'inspire des termes du Trésor de la langue française, repris sur la page web du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/combinaison> [Dernière consultation le 13 juillet 2017.]

⁵⁶⁴ Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

⁵⁶⁵ Sur le sujet : L. Casaux-Labrunée, « La révolution de l'auto-entrepreneur », *SSL*, 9 nov. 2009, n° 1420, p. 5.

⁵⁶⁶ V. par exemple : Cass, 2^e civ., 7 juill. 2016, n° 15-16.110 ; *D.* 2016, p. 1574 ; « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », *Dr. soc.*, 2016, p. 859, note J. Mouly.

juridique correspondant à toutes les activités économiques. Pourra lui être adjoint le thème du pluralisme économique, idée selon laquelle une pluralité de statuts juridiques doit être mise à disposition des entrepreneurs pour favoriser une économie non seulement dynamique, mais diversifiée⁵⁶⁷. Ce pluralisme est une consécration par d'autres moyens de la liberté d'accès à l'activité économique. Il garantit à des projets défendant des valeurs diverses de disposer d'une forme juridique adaptée.

238. Reconsidération du pouvoir de mener librement l'activité économique. Plus généralement, l'entreprise bénéficie de la liberté d'entreprendre comme garantie de la possibilité de mener librement une activité économique, et d'avoir accès à ce titre aux prérogatives qui en découlent⁵⁶⁸. Là encore, il convient de ne pas entièrement rogner l'autonomie du pouvoir de l'employeur et du dirigeant, ou les droits reconnus aux associés : il y a bien une forme de légitimité dans les pouvoirs conférés aux porteurs du risque financier et aux personnes qu'ils délèguent pour assurer la gestion de leur activité, y compris et surtout au plan social. Mais ces pouvoirs, pas plus que le droit de propriété décrit par Duguit, n'ont pas vocation à être absolus. En conséquence, il convient de rechercher comment combiner l'exercice de ces pouvoirs avec des préoccupations sociales et environnementales qui pourraient participer de la définition de l'entreprise. Pour réaliser cet objectif, divers instruments juridiques peuvent être mobilisés afin de contraindre le ou les détenteurs du pouvoir économique de n'en faire usage que conformément aux autres impératifs affichés. Ces instruments tels que la procéduralisation⁵⁶⁹ ou l'intégration des parties prenantes à la gouvernance ne remettent pas en cause l'existence de ce pouvoir structurant l'entreprise, mais règlementent son exercice pour qu'il n'opère pas aveuglément, en ne prenant pour référence que le devenir économique de l'entreprise. En ce sens, la rationalité économique peut encore guider les choix du dirigeant ou de l'associé, et la dimension économique de son action ne s'efface pas ; mais elle rencontre d'autres acteurs, impératifs et logiques qui influent sur elle et réduisent son autonomie, ou reconfigurent ses objectifs.

239. L'inscription du pouvoir dans son environnement. En analysant l'entreprise comme résultant d'un pouvoir de faire conféré dans l'ordre économique, la matière s'éclaircit. Il n'est

⁵⁶⁷ C. Borzaga, S. Depedri, E. Tortia, « Diversité des organisations dans les économies de marché, rôle des coopératives et des entreprises sociales. Plaidoyer en faveur d'un pluralisme économique », *Recma*, n° 321, juill. 2011, p. 32.

⁵⁶⁸ Cf. *supra* § 119 et s.

⁵⁶⁹ J.-Ph. Robé, « Loi Florange et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 251.

pas dans la nature d'un pouvoir de se limiter de lui-même ; c'est donc à l'environnement juridique de se construire autour de lui pour faire apparaître ses limites. Au-delà c'est par la transparence, l'organisation de contre-pouvoirs et surtout la définition d'un objectif surplombant que le pouvoir de nature économique peut trouver une place dans l'ordre juridique sans s'imposer à lui de manière absolue et aveugle.

§ 2. L'entreprise employeur

240. La liberté d'entreprendre confère sur le terrain social à l'employeur un certain nombre de droits et pouvoirs accompagnés de procédures, d'obligations et de responsabilités. La logique jusqu'ici retenue est d'opposer ces pouvoirs et ces responsabilités, les secondes venant rogner les premiers. Or en réfléchissant sous l'angle d'une fonction sociale de l'entreprise, il est possible de dépasser ces oppositions pour combiner droits et obligations dans deux directions qui semblent propices à assurer leur coexistence⁵⁷⁰ : une déclinaison de la fonction sociale orientée vers la continuité de l'entreprise (A), et une autre tenant compte du collectif de travail (B).

A. La recherche de continuité

241. Avancer l'idée d'une fonction sociale de l'entreprise revient à reconnaître le fait que celle-ci, par son existence, crée une situation spécifique et produit un certain nombre de conséquences aussi bien sociales que juridiques qui rendent nécessaire une forme de continuité. Cette fonction s'exprime notamment dans l'objectif de préservation de l'emploi imposé par le droit du travail (1), mais doit également être envisagée sous l'angle plus général de la durabilité de l'entreprise (2).

1. La préservation de l'emploi

242. Fondement constitutionnel. Une réflexion sur l'objectif de préservation de l'emploi comme conséquence possible du fait entrepreneurial doit en premier lieu faire mention du droit à l'emploi comme norme constitutionnelle. Présent au cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le « *droit d'obtenir un emploi* » y est accompagné du plus énigmatique « *devoir de travailler* » et d'une déclinaison du principe de non-discrimination. Ce droit d'obtenir un emploi est souvent résumé par la formule du « *droit à l'emploi* », qui en a changé les perspectives⁵⁷¹. Il n'agit plus uniquement comme une norme constitutionnelle

⁵⁷⁰ N. Catala, *L'entreprise*, in G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t. 4, Dalloz, 1980, p. 66.

⁵⁷¹ Sur ce point : D. Baugard, « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.*, 2014, p. 332.

utile pour réglementer l'accès à l'emploi en le rendant effectif face à des situations de discrimination, ou par recours aux politiques de l'emploi et d'accompagnement des chômeurs. Le droit à l'emploi constitue aussi en cours de relation salariée une norme destinée à apporter des protections au salarié face aux mesures que la liberté d'entreprendre pourrait appeler de la part de l'employeur⁵⁷². De ce fait, les deux droits fondamentaux sont dans une opposition que le Conseil constitutionnel a pu mettre en évidence⁵⁷³.

243. Droit à l'emploi et entreprise privée. Il y aurait pourtant lieu de rechercher les possibles combinaisons entre droit à l'emploi et pouvoirs à l'œuvre dans l'entreprise. Dans le contexte d'une économie de marché, un rapport de dépendance fonctionnelle s'établit entre la nécessité pour chacun de trouver à s'employer, et les droits conférés aux entrepreneurs susceptibles quant à eux de faire appel à de la main-d'œuvre pour mener leurs projets. Dans la mesure où l'État employeur ne peut entièrement résorber le manque d'emplois fournis et où le droit d'obtenir un emploi ne s'entend pas d'une créance exigible et opposable⁵⁷⁴, c'est bien à l'initiative privée qu'est renvoyé l'essentiel de la création d'emplois, donc le sort des chômeurs en recherche d'emploi. La confirmation de ce constat peut être aisément trouvée dans les discours accompagnant les politiques économiques et de l'emploi, qui n'hésitent pas à voir dans le droit du travail un levier voire un instrument destiné à servir la création d'emplois. Dans cette optique ce sont bien les employeurs privés qui sont vus comme les créateurs d'emploi potentiels, et c'est bien le droit du travail qui est vu comme un frein à ces créations⁵⁷⁵.

244. L'obligation de reclassement. La rencontre entre objectif de préservation de l'emploi et entreprise est plus féconde sous l'angle de l'obligation de reclassement. Cette obligation impose à l'employeur envisageant de licencier un salarié pour inaptitude ou pour motif économique de rechercher dans son entreprise ou plus loin que celle-ci si existent des postes à

⁵⁷² *Ibid.* ; l'auteur évoque un « droit à la conservation de l'emploi ».

⁵⁷³ Cons. const., 13 janv. 2005, n° 2005-509 DC ; « De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Dr. soc.*, 2005, p. 371, note X. Prétot. L'auteur évoque à propos de la liberté d'entreprendre et du droit à l'emploi « des exigences contradictoires de principes d'égale valeur constitutionnelle ».

⁵⁷⁴ Il est possible de renvoyer au professeur Revet, qui estime que le principe du droit à l'emploi « n'a pas créé une véritable prérogative subjective qui serait le « droit au travail »... car il n'y a ni débiteur, au sens juridique, ni procédure permettant d'en obtenir l'exécution en nature ou par équivalent ». Cf. pour cette citation et d'autres constats sur le sujet : D. Baugard, « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.*, 2014, p. 332.

⁵⁷⁵ F. Géa, « Au nom de l'emploi », *RDT*, 2016, p. 813. L'auteur signale : « Pour favoriser l'emploi, la réforme El Khomri semble chercher à agir sur le comportement des employeurs en tant qu'acteurs du marché du travail. En cela, elle tend, si l'on s'en tient aux mesures spécifiquement consacrées à cet objectif, à réduire le droit du travail à une fonction instrumentale et à lui assigner une finalité extrinsèque. »

proposer au salarié visé et qui permettraient d'éviter la mesure de licenciement⁵⁷⁶. Spécialement en matière de licenciement économique, le reclassement est intimement lié à la possibilité pour l'employeur d'opérer des arbitrages économiques justifiée par la liberté d'entreprendre. Bien que l'obligation ait des origines anciennes et diverses⁵⁷⁷, elle s'érige en compensation vis-à-vis du sort des salariés subissant l'adaptation économique recherchée par leur employeur. Leur licenciement ne reposant pas sur un motif personnel, une obligation supplémentaire pèse sur l'employeur⁵⁷⁸, préalablement à la logique d'indemnisation dans le cas où le licenciement comme ultime recours devrait être déclenché. Il n'est pas surprenant que le périmètre de l'obligation de recherche de reclassement se soit élargi : les projections de l'employeur qui étaient visées et son pouvoir d'organisation qui était saisi par des logiques sociales⁵⁷⁹. Un mélange s'opérait même puisque le périmètre mêlait un critère social (la permutabilité des salariés) et un critère économique⁵⁸⁰. Par les ordonnances du 22 septembre 2017, le gouvernement vient modifier cet alliage jurisprudentiel⁵⁸¹ : s'il consacre le critère de permutabilité (« *l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* »), il resserre le critère économique sur la figure du groupe au sens du droit des comités de groupe⁵⁸², coupant court sur ce second point à des décisions de justice qui envisageaient d'autres formes de pouvoir d'organisation de l'employeur, et assumant un rétrécissement de l'obligation de reclassement qui accompagne un allègement de son formalisme⁵⁸³.

245. Mieux penser le lien de l'entreprise à l'obligation de reclassement. L'obligation de reclassement traduit dans son principe une intégration de la logique de préservation de

⁵⁷⁶ A. Martinon, « Emploi et licenciements économiques », *Dr. soc.*, 2016, p. 327.

⁵⁷⁷ G. Couturier, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.*, 1999, p. 497.

⁵⁷⁸ T. Sachs, « La raison économique en droit du travail », *RDT*, 2011, p. 619 : « *Alors que la cause économique proprement dite est généralement considérée comme extérieure à l'entreprise et produisant des effets sur elles, l'imposition d'une obligation de reclassement permet de réinscrire le motif économique de licenciement dans la sphère du pouvoir d'organisation économique de l'employeur.* »

⁵⁷⁹ M. Kocher, « La notion de groupe en droit du licenciement pour motif économique : une nouvelle partition pour un accord parfait ? », *RDT*, 2017, p. 44 : l'auteur note, à propos de la prévalence de plus en plus évidente du critère social en matière de groupe de reclassement : « *Faire l'économie d'une définition du groupe amène inévitablement à se focaliser sur le seul critère permettant de circonscrire le périmètre de reclassement : la permutation du personnel. Les lignes se déplacent mais le problème de fond de la nature et de l'intensité des relations inter-entreprises demeure.* »

⁵⁸⁰ Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063 et n° 15-19.927 ; M. Gadrat, « Les périmètres du groupe en droit du licenciement pour motif économique », *Dr. soc.*, 2017, p. 221 : l'auteur renvoie comme clé de lecture de ces mêmes arrêts à la jurisprudence administrative et à sa recherche des permutations possibles avec d'autres entités « *en raison des relations qui existent avec elles* » (CE, 4^{ème} et 5^{ème} s.-s. réun., 9 mars 2016, n° 384175).

⁵⁸¹ C. trav., art. L. 1233-4 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017.

⁵⁸² Mention explicite est faite à l'article L. 2331-1 du Code du travail.

⁵⁸³ Sur ce point : A. Fabre, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2 oct. 2017, n° 1784, p. 5 ; l'auteur évoque même un glissement vers une logique d'« *autoreclassement* ».

l'emploi au cœur de l'entreprise. Contrairement aux limites posées par le droit du licenciement qui s'opposent ontologiquement au pouvoir absolu de l'employeur, l'obligation de reclassement s'insère et s'inspire de l'entreprise comme structure économique, épouse ses formes et s'y ajuste. La question de savoir si cette construction juridique atteint le point où la caractérisation comme fonction sociale de l'entreprise devient possible est plus épineuse. En son état actuel, l'obligation de reclassement ne semble pas développée suffisamment mais ses fondations conceptuelles poussent à considérer qu'elle demeure un aiguillon, éventuellement déclinable dans une obligation générale de prévention des conséquences des arbitrages économiques.

2. La durabilité de l'entreprise

246. Le transfert d'entreprise. Malgré l'existence d'un droit à « désentreprendre » attaché à la liberté d'entreprendre⁵⁸⁴, les systèmes juridiques français et européen poursuivent l'objectif de formes de continuité de l'entreprise, à des degrés qui peuvent varier. L'exemple typique de cette recherche de continuité tient dans le régime juridique du transfert d'entreprise, qui trouve sa source dans l'article L. 1224-1 du Code du travail⁵⁸⁵ et dans une directive du 12 mars 2001⁵⁸⁶. Dans les deux cas, et du point de vue de l'entreprise, c'est la situation de fait induite par son existence qui est saisie. Pour entrer dans le champ du transfert, l'entreprise doit en effet répondre à certaines conditions : constituer une entité économique, voir son identité se maintenir et disposer d'une certaine autonomie⁵⁸⁷. En pareil cas, il est perceptible que l'usage des pouvoirs exercés dans le cadre de l'entreprise a produit une situation spécifique : réunion de personnes et de moyens matériels, complémentarité de ces moyens dans un processus de production déterminé et s'organisant dans une relative autonomie. Ces caractères créent un ensemble dénommé entreprise au sens du droit du transfert ; cette entreprise échappe à la possibilité reconnue à l'employeur de faire ou

⁵⁸⁴ Cf. *supra* § 140.

⁵⁸⁵ C. trav., art. L. 1224-1 : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. » ; pour une approche générale : J.-F. Cesaro, « La notion de transfert d'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 718.

⁵⁸⁶ Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

⁵⁸⁷ Pour un état des lieux récent de l'évolution de la notion de transfert d'entreprise : S. Laulom, « La notion toujours débattue de transfert d'entreprise », *SSL suppl.*, n° 1750, 26 déc. 2016, p. 27 ; l'auteure résume (p. 28) : « la Cour de cassation conditionne toujours la reconnaissance d'un transfert d'entreprise, au transfert d'un ensemble de personnes et d'éléments corporels et/ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique ».

défaire⁵⁸⁸ en vertu des prérogatives de la liberté d'entreprendre. Il se trouve contraint en tant que cédant de transférer les contrats de travail avec le reste de l'entité, obligation qui pèse également sur le cessionnaire, tenu lui d'hériter de la situation existante au plan social⁵⁸⁹. Il y a dans cette situation une réalité de l'entreprise qui dépasse l'exercice des prérogatives liées à la liberté d'entreprendre : la liberté de l'employeur et l'effet relatif des contrats sont paralysés, du moins en théorie, par la présence des salariés employés dans l'entreprise, qui se déplacent juridiquement avec elle.

247. L'obligation de rechercher un repreneur. Cette fonction de continuité conférée à l'entreprise est évidemment au fondement de la loi dite « Florange »⁵⁹⁰ plusieurs fois évoquée⁵⁹¹. En imposant à l'employeur envisageant la fermeture d'un établissement la recherche d'un repreneur, le texte initial tordait la liberté de « désentreprendre » en la soumettant à une responsabilité consistant dans l'exploration de solutions possibles, sanctionnant même le refus de céder en cas d'offre sérieuse. Comme pour le transfert d'entreprise, il faut voir dans ce projet un égard pour les situations de fait générées par l'existence de l'entreprise. Il ne s'agissait pas d'une entreprise reprenant les mêmes caractéristiques que celles du régime juridique du transfert, mais simplement d'un établissement dans le sens classique du droit du travail⁵⁹². Reste que le fondement est commun, jouant sur la communauté de moyens humains et matériels pour justifier qu'elle poursuive son existence malgré le droit de l'employeur ou des associés majoritaires de se retirer de l'activité.

248. Une fonction de continuité riche mais actuellement affaiblie. La fonction sociale entendue sous l'angle de la continuité de l'entreprise et de l'emploi affiche un destin profondément contrarié. Le régime historique du transfert d'entreprise a été amputé dans certaines hypothèses par la réforme du droit du travail menée en 2016⁵⁹³, qui a permis aux plus grandes entreprises de préparer des cessions en procédant à des licenciements préventifs. L'objectif poursuivi par le législateur est de faciliter aux cédants leur opération en permettant

⁵⁸⁸ L'employeur cédant ne peut procéder à des licenciements à l'occasion du transfert ; de tels licenciements seraient jugés « sans effet ». Cf. A. Mazeaud, « Licenciements économiques à l'occasion du transfert d'entreprise : les droits des salariés », *Dr. soc.*, 2003, p. 482.

⁵⁸⁹ L'objet de l'article L. 1224-1 du Code du travail est précisément la protection de l'emploi des salariés transférés, lesquels voient leur contrat de travail se poursuivre automatiquement avec le cessionnaire.

⁵⁹⁰ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.

⁵⁹¹ Cf. *supra* § 141.

⁵⁹² G. Loiseau, « La notion d'établissement », *CSBP*, 2017, p. 314.

⁵⁹³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 94 ; C. trav., art. L. 1233-61.

de façonner l'entité économique la plus susceptible d'attirer un repreneur. La disposition, pensée initialement dans le même périmètre que l'obligation de recherche d'un repreneur, s'appuie sur une logique économique discutabile au plan juridique⁵⁹⁴ : que reste-t-il de l'essence d'une recherche de continuité si l'employeur peut choisir ceux qui dans l'entreprise en bénéficient et écarter ceux que le marché considère comme indésirables ? Cette critique se renforce dans la mesure où le champ initial de la disposition, qui visait les seules entreprises de plus de 1000 salariés, n'a pas été conservé par les ordonnances intervenues en septembre 2017, lesquelles rendent ce découpage possible pour toute entreprise tenue d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi (soit toute entreprise à partir de 50 salariés)⁵⁹⁵. Renonçant à établir une cohérence avec l'obligation de recherche d'un repreneur, le régime se généralise et implique un surcroît de vigilance tant la pression économique du repreneur pourra désormais s'abattre y compris sur des entreprises de petite ou moyenne taille.

249. La fonction sociale confrontée au marché. Il y a dans ces textes récents comme un écho à la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi Florange⁵⁹⁶ où il était question de la possibilité pour l'employeur de procéder à des arbitrages économiques, justifiés par le fait que l'entreprise ne soit pas objet d'une procédure collective⁵⁹⁷. Face à la nécessité de préserver la cellule sociale, c'est bien la logique économique qui prévaut et rogne sur la continuité de l'entreprise: d'un côté l'employeur peut procéder à un redimensionnement selon ses souhaits ; de l'autre il peut refuser de céder même en cas d'offre sérieuse qui pérenniserait l'établissement. Si la dynamique est défavorable, il convient pourtant de réaffirmer que la liberté d'entreprendre ne saurait engendrer des entités jetables, et que l'existant, généré à des fins économiques doit être perpétué dans sa dimension sociale, dans le cadre d'une responsabilité inhérente à l'entreprise elle-même.

B. L'existence d'un collectif

250. La fonction sociale de l'entreprise peut se manifester sur un autre terrain, celui du collectif ou de la communauté de travail⁵⁹⁸. La continuité est en effet recherchée spécialement

⁵⁹⁴ Sur ce point : J. Mouly, « Une disposition oubliée de la « loi travail » : l'article 94 sur les licenciements économiques antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 738.

⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 1233-61 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017.

⁵⁹⁶ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC ; « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT.*, 2014, p. 528, note T. Sachs, S. Vernac.

⁵⁹⁷ Consid. 20, *in fine* : « que les dispositions contestées conduisent ainsi le juge à substituer son appréciation à celle du chef d'une entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise ».

⁵⁹⁸ Sur le sujet : P.-Y. Verkindt, « La collectivité de travail, ou « La belle inconnue » », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.

en présence d'une entité économique constituant un ensemble de moyens matériels mais surtout humains, lesquels donnent une forme communautaire à l'entreprise considérée⁵⁹⁹. La prise en compte de cette dimension peut se décliner au plan politique, au sens de la direction de l'entreprise (1) et au plan économique au sens du partage de la valeur créée (2).

1. La communauté de travail au sens politique

251. La communauté de travail comme contre-pouvoir. La prise en compte de la dimension collective du travail est au fondement du droit du travail lui-même et constitue sa matrice, au point que certains auteurs estiment que cet aspect collectif a permis l'extraction du droit du travail hors du droit civil pour atteindre une forme d'autonomie⁶⁰⁰. Le droit collectif, dans sa diversité, concourt également à la structuration de l'entreprise au sens du droit du travail. La représentation du personnel s'élève en contre-pouvoir vis-à-vis de l'employeur⁶⁰¹, qu'elle réponde à la nécessité d'établir un dialogue avec lui (rôle des délégués du personnel et du comité d'entreprise) ou qu'elle vise des impératifs de protection des salariés sur les terrains de la santé et de la sécurité au travail (rôle du comité hygiène, sécurité et conditions de travail). L'ensemble de ces rôles est voué à être fondu dans l'instance unique du comité social et économique⁶⁰². En parallèle, la négociation collective a longtemps été inhérente à la conflictualité des rapports de travail, se posant en instrument de résolution des conflits⁶⁰³. Elle a vu son utilisation s'élargir vers une fonction d'adaptation locale du droit du travail au sein de l'entreprise. Ces expressions de l'existence d'un collectif de travail doivent être analysées sous un nouvel angle du fait de ces évolutions, pour essayer de les considérer non pas comme des éléments hexogènes à l'entreprise, mais comme des facteurs permettant de déployer une fonction sociale pleinement intégrée à l'entreprise.

252. Représentation dans les organes de direction. Quant à la représentation du personnel, la construction historique des régimes juridiques a surtout cherché à établir des contre-pouvoirs face à ceux de l'employeur. Mal insérés à l'intérieur des logiques entrepreneuriales, les salariés étaient invités à se positionner en tant que facteur extérieur à la

⁵⁹⁹ Pour une lecture historique : N. Catala, *L'entreprise*, in G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t. 4, Dalloz, 1980, p. 477 et s.

⁶⁰⁰ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

⁶⁰¹ Cette édification se fait d'ailleurs dans une forme de concordance entre le niveau d'exercice du pouvoir et le niveau d'institution de la représentation. Cf. P. Lokiec, *Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail*, PUF, coll. Thémis, 2011, p. 124.

⁶⁰² Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

⁶⁰³ Encore aujourd'hui, les accords de fin de conflit « ont les mêmes effets que les conventions ou accords collectifs de travail » (C. trav., art. L. 2524-5).

décision, mais destiné à peser sur la réflexion de l'employeur⁶⁰⁴. Difficile dans ces conditions de prétendre intégrer une fonction sociale dans l'acte d'entreprendre lui-même, tant les logiques sont antagonistes. Pour autant, un mouvement récent conduit à reconsidérer cette approche. D'abord la représentation du personnel s'est élargie vers les instances de direction de l'entreprise. Plusieurs dispositifs se côtoient aujourd'hui, jusqu'à l'incohérence⁶⁰⁵. En lien direct avec les représentants du personnel classiques, le comité d'entreprise (tout comme le futur comité économique et social⁶⁰⁶) dépêche en premier lieu deux de ses membres au conseil d'administration ou de surveillance dans les sociétés⁶⁰⁷. Mais cette disposition est ancienne, et constitue surtout une prolongation du rôle d'information-consultation, qui rend les représentants plus spectateurs que participants, leur absence n'étant même pas sanctionnée par le droit des groupements⁶⁰⁸.

253. Une représentation directe en extension. Plus intéressante est la montée d'une représentation des salariés directe dans ces mêmes conseils d'administration ou de surveillance, en dehors des cas de participation des salariés au capital. La longue histoire de la démocratisation de la gouvernance des entreprises a longtemps butté sur deux obstacles : la concentration des efforts sur les entreprises publiques ou ex-entreprises publiques⁶⁰⁹ ; et le caractère purement facultatif des désignations de salariés représentants dans le secteur privé⁶¹⁰. Ce n'est qu'avec la loi de sécurisation de l'emploi en 2013 que cette présence est rendue obligatoire⁶¹¹, dans un cercle d'entreprises restreint par un critère de taille⁶¹². Cette

⁶⁰⁴ Cette position extérieure permet aux représentants de préserver leur radicalité, toute l'institutionnalisation du droit collectif étant tournée dans le sens du dialogue donc d'une moindre spontanéité. Sur ce point : A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} édition, 2007, p. 153 et s.

⁶⁰⁵ R. Vatinet, « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés*, 2014, p. 75 ; l'auteur dénonce le fait qu'aucun de ces dispositifs n'ait « été mené au bout de sa logique », trahissant une « relative inefficacité » autant qu'une « extrême complexité ».

⁶⁰⁶ C. trav., art. L. 2312-72 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

⁶⁰⁷ C. trav., art. L. 2323-62.

⁶⁰⁸ Le Code de commerce ne prévoit que la nullité des décisions prises en violation d'une disposition impérative du livre II du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats (C. com., art. L. 235-1, al. 2), dont ne font donc pas partie les dispositions du Code du travail, et *a fortiori* celles relatives à l'obligation de convoquer les représentants du comité d'entreprise. Ces derniers ne sont donc pas des membres « comme les autres » de ces organes, puisqu'ils ne bénéficient pas de la protection du droit des sociétés. Seule la voie classique en droit du travail du délit d'entrave leur est ouverte. Cf. Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15.883, *RJS*, 10/1998, n° 1243, p. 749.

⁶⁰⁹ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017, § 1302 et s.

⁶¹⁰ Ce régime juridique demeure : C. com., art. L. 225-27 et L. 225-79.

⁶¹¹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 9. Cf. G. Auzero, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.*, 2013, p. 740 ; Q. Urban, « La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par actions : Quel progrès ? », *RDT*, 2013, p. 689 ; R. Vatinet, « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés*, 2014, p. 75.

⁶¹² Malgré un élargissement en 2015, le régime juridique reste applicable aux seuls grands groupes et grandes

participation doit cependant être nuancée dans ses effets concrets : les représentants demeurent largement minoritaires, en dessous du tiers des membres des instances en question⁶¹³ ; et de manière surprenante c'est l'employeur qui garde la main sur le mode de désignation⁶¹⁴, ce qui lui ouvre la possibilité si ce n'est de choisir, du moins d'orienter la désignation des représentants.

254. Orientation des procédures d'information-consultation vers un dialogue économique. Au-delà, et peut-être plus profondément qu'avec la nomination des représentants dans les organes de gouvernance, apparaît également une fonction de la représentation du personnel centrée autour du dialogue économique⁶¹⁵. Elle prend en particulier la forme de l'information-consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques⁶¹⁶ et sur la situation économique et financière de l'entreprise⁶¹⁷. Dans les deux cas, le rôle consultatif du comité dépasse le simple dialogue avec l'employeur et son avis peut être porté jusque devant « *l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise* », lequel doit au surplus apporter une réponse argumentée en matière d'orientation stratégique⁶¹⁸. Pour le Professeur Auzero, le dispositif demeure balbutiant⁶¹⁹ : la définition de la nature de l'information sur les orientations stratégiques est vague, et le processus en général est soumis au contexte de l'entreprise, notamment à la présence d'un actionnaire majoritaire ou aux marges de manœuvre laissées concrètement à l'employeur. Mais cette première approche d'un régime juridique plus poussé du dialogue économique a semblé prometteuse en ce qu'elle souligne une part de fonction sociale reposant sur l'entrepreneur plutôt que l'employeur. Ainsi les orientations stratégiques ne relèvent plus des organes de direction fermés puis d'une traduction au plan social renvoyée à l'employeur. Au contraire, le comité d'entreprise devient acteur du choix stratégique, ce qui le responsabilise mais induit surtout que l'acte d'entreprendre ne se fasse pas au nom du seul entrepreneur,

entreprises (plus de 1000 salariés en France ou 5000 salariés en consolidant les effectifs dans le monde). Cf. C. com., art. L. 225-27-1, I, al. 1.

⁶¹³ C. com., art. L. 225-27-1, II, al. 1 : « *Le nombre des administrateurs représentant les salariés est au moins égal à deux dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs mentionnés aux articles L. 225-17 et L. 225-18 est supérieur à douze et au moins à un s'il est égal ou inférieur à douze.* »

⁶¹⁴ C. com., art. L. 225-27-1, III.

⁶¹⁵ La notion de « dialogue économique » (« et social », le plus souvent) n'a pas de réelle consistance juridique mais est saisie depuis peu, notamment par les décideurs politiques, pour embrasser ce mouvement. Elle est par exemple un des thèmes de discussion lancés au printemps 2017 pour préfigurer l'adoption d'ordonnances réformant le droit du travail. Cf. L. de Montvalon, « Ordonnances « pour le renforcement du dialogue social » : quelles réformes pour le droit du travail ? », *Cah. Lamy du CE*, n° 172, juill. 2017, p. 3.

⁶¹⁶ C. trav., art. L. 2323-10.

⁶¹⁷ C. trav., art. L. 2323-12.

⁶¹⁸ C. trav., art. L. 2323-10, al. 2.

⁶¹⁹ G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 1010.

mais au nom de la communauté que représente l'entreprise, avec en ligne de mire sa fonction sociale. C'est par conséquent sur le régime juridique concret qu'il conviendrait d'avancer pour rendre le comité d'entreprise réellement acteur, dimension qui lui manque encore cruellement.

255. Un dialogue économique négociable dans le cadre du comité social et économique.

Le dialogue économique par l'intermédiaire des représentants du personnel ne connaît pas réellement d'avancée dans le cadre des ordonnances publiées le 22 septembre 2017⁶²⁰. Positionnées, en vertu de la proposition architecturale inaugurée par la réforme du droit du travail de 2016, dans les dispositions d'ordre public⁶²¹, les consultations relatives aux orientations stratégiques et à la situation économique et financière de l'entreprise semblent pleinement consacrées⁶²². Pourtant, à y regarder de près, et alors que le titre premier de l'ordonnance en question mentionne une « *amélioration de l'association des représentants du personnel aux décisions de l'employeur* », la porte d'un recul du dialogue économique semble entrouverte par le législateur. Passé cet ordre public initial, un très large renvoi est opéré vers un dialogue économique lui-même négocié par l'article L. 2312-19 nouveau du Code du travail : contenu, périodicité, modalités et informations nécessaires aux consultations ci-dessus évoquées sont désormais objets de négociation, de même que le délai pour le rendu des avis du comité social et économique. La périodicité peut ainsi être portée jusqu'à 3 ans, ouvrant la possibilité de repousser fermement le dialogue économique. En conséquence de l'ouverture de ce champ de négociation, le droit de ces consultations dans sa version préalable aux ordonnances de septembre 2017 est renvoyé à un statut de norme supplétive, appliquée seulement en l'absence d'accord⁶²³. L'ensemble des garanties et avancées évoquées, tel le dialogue porté au-dessus de l'employeur vers les organes d'administration ou de surveillance, ou le caractère annuel de l'information-consultation ne sont donc plus applicables que faute d'accord. Or rien n'interdit que le résultat de la négociation soit moins favorable ou moins constructif pour le dialogue économique : l'ordre public, très limité, et le champ de la négociation relativement vaste n'empêchent aucunement que soit négociée une information-

⁶²⁰ En matière de représentation du personnel : Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

⁶²¹ Sur ce point : M. Véricel, « Une nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail », *RDT*, 2016, p. 824 ; G. Vachet, « Une nouvelle architecture des règles en matière de durée du travail et de congés payés », *Juris tourisme*, 15 fév. 2017, n° 194, p. 21.

⁶²² C. trav., art. L. 2312-17 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

⁶²³ C. trav., art. L. 2312-24 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

consultation réduite en termes d'information nécessaire, de possibilité de saisir tel ou tel interlocuteur ou encore de périodicité. Il apparaît alors difficile de ne pas poser une question lancinante : en quoi le retranchement au rang de droit supplétif d'un droit du dialogue économique déjà peu contraignant peut-il favoriser ce dernier ? Certes, il convenait d'ouvrir des possibilités de négociation pour adapter et dynamiser ce dialogue. Mais fallait-il rendre le socle minimal de ce dialogue seulement supplétif ? Le gouvernement assumerait-il que ce dialogue économique n'est pas la priorité avancée par le texte, qui conçoit l'amélioration sous l'angle de sa rationalisation pure, donc d'un allègement des contraintes imposant le dialogue⁶²⁴. Restera alors à observer la pratique des relations sociales faire son œuvre : armés du supplétif, les négociateurs syndicaux pourront-ils façonner un dialogue économique satisfaisant ou seront-ils au contraire acculés à des reculs, emportés par la force de négociations qui feront de l'allègement de la matière la contrepartie d'un gain plus tangible sur les questions d'emploi, de salaires, ou de temps de travail ? De fait, la fonction sociale en émergence dans l'échange naissant entre comité d'entreprise et société (plutôt qu'employeur) apparaît désormais pleinement négociable ... donc fragile ?

256. Le dialogue économique en matière de négociation collective. La même dynamique de co-construction de la décision de nature économique touche le droit de la négociation collective. De plus en plus saisie par des logiques gestionnaires⁶²⁵, la matière a ouvert de nouveaux champs autrefois insusceptibles de discussion. Ainsi, se sont intégrés au droit conventionnel des problématiques conjoncturelles : l'ouverture des accords de maintien dans l'emploi⁶²⁶, puis des accords de préservation et de développement de l'emploi⁶²⁷ en était le signe patent ; ces accords sont en vertu des ordonnances de septembre 2017 fondus, avec ceux de mobilité géographique, dans une catégorie d'accords prévus par le législateur aux fins de « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi »⁶²⁸ sans que cette fonction assignée aux accords collectifs ne soit

⁶²⁴ Sur ce point : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; le texte évoque comme choix assumé la nécessité de « Faire confiance aux partenaires sociaux pour s'adapter et anticiper grâce à un dialogue social simplifié et opérationnel ». De là à penser que le caractère opérationnel est principalement attaché à la simplification ...

⁶²⁵ Sur la fonction économique de la règle négociée : G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2014, p. 359 et s.

⁶²⁶ C. trav., art. L. 5125-1 et s. ; P.-H. Antonmattei, « Accord de maintien de l'emploi : premier « lifting » législatif », *Dr. soc.*, 2015, p. 811.

⁶²⁷ C. trav., art. L. 2254-2 et s. ; S. Béal, « L'accord de préservation et de développement de l'emploi », *SSL*, n° 1743, 7 nov. 2016, p. 14.

⁶²⁸ C. trav., art. L. 2254-2, I nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

réellement interrogée. Autour de la même logique, des matières relevant de la décision du seul employeur ont également été renvoyées vers la négociation collective, l'exemple topique étant les accords collectifs en matière de plans de sauvegarde de l'emploi⁶²⁹, alors que de manière générale, cette question de l'emploi joue l'évitement avec les formes classiques de gestion de l'emploi par le licenciement⁶³⁰. Le mouvement amorcé est porteur d'ambiguïtés : il fait peser sur les négociateurs salariés le poids de choix économiques qu'ils subissent. Plus généralement, l'adaptation au contexte économique se fait sous la contrainte de la défense de l'emploi qui met l'employeur en position de force⁶³¹. De ce point de vue, la logique économique issue de la liberté d'entreprendre et propre à l'entreprise vient heurter le principe de participation en imposant la raison économique comme cadre et même objet de négociation⁶³². Mais il serait possible d'envisager une proposition inverse : articuler les négociations à fondement économique de telle sorte qu'elles servent des objectifs sociaux ; et la rencontre entre logiques opposées se ferait alors au service des seconds. L'entreprise étant l'espace dans lequel les acteurs se saisissent de la négociation collective pour imposer des thèmes concernant désormais le champ économique, cette négociation pourrait être saisie pour produire l'effet inverse en se voyant attribuer une part de fonction sociale, précise et corrélative.

2. La communauté de travail au sens économique

257. Le partage de la richesse produite. En ouvrant le sujet de la considération sous un angle économique de la communauté de travail, il s'agit de voir l'entreprise comme une entité produisant des richesses. Redoublant la question politique (au sens du rapport de pouvoir), la

⁶²⁹ C. trav., art. L. 1233-24-1 ; cf. F. Géa, « Le licenciement comme objet de dialogue social », *Dr. soc.*, 2015, p. 994.

⁶³⁰ Sur ce point : A. Fabre, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2 oct. 2017, n° 1784, p. 5 et s. L'auteur évoque un droit du licenciement pour motif économique devenu un « repoussoir » (p. 6) et met en exergue les nouveaux accords en matière d'emploi comme point culminant de cette tendance, en les décrivant comme « une voie de délestage » (p. 7).

⁶³¹ P. Lokiec, « « Qui dit conventionnel dit juste ! » L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP G*, 9 mars 2015, p. 464. L'auteur signale : « À cette inquiétude, deux raisons au moins. Le contexte juridique tout d'abord, avec le recul du principe de faveur en vertu duquel l'accord collectif ne s'applique que s'il est favorable à la partie faible, en l'occurrence le salarié. Un recul qui, de surcroît, s'opère de plus en plus au profit de l'accord collectif d'entreprise, conclu à un niveau auquel le délégué syndical, même protégé contre le licenciement, négocie en face de son propre employeur. Le contexte économique ensuite, avec un rapport de force nécessairement déséquilibré en période de chômage massif, sauf dans les professions où l'on a du mal à recruter. Les négociations sont d'autant plus déséquilibrées qu'elles sont menées avec, omniprésente, cette thèse, relayée pour la première fois par un gouvernement de gauche, selon laquelle les protections accordées aux salariés seraient nuisibles à l'emploi. »

⁶³² Sur ce point : T. Sachs, « La consolidation d'un droit du marché du travail », *RDT*, 2016, p. 748 ; selon l'auteur, « la « célébration de l'accord d'entreprise » contribue bien à l'édification d'un droit du marché du travail ».

thématique du partage de la richesse créée par l'entreprise est ancienne et complexe. La logique du salariat consiste en effet à renoncer aux fruits de l'activité et à ses risques en échange d'un salaire fixe et périodique. Du point de vue de la liberté d'entreprendre, il y a une cloison étanche entre l'activité de l'entreprise et la rémunération du travail. Au travers l'acte entrepreneurial, initiative et prise de risque justifient, dans une logique libérale, une entière liberté dans les choix de répartition des excédents, reconnue aux associés⁶³³. Le salarié n'étant qu'un cocontractant, sa rémunération se rattache au contrat de travail et s'y limite ; et l'excédent n'est pas objet de discussion ultérieure avec le salarié. À s'en tenir là, il n'y a pas de fonction sociale de l'entreprise au plan de la répartition des richesses produites.

258. La participation aux résultats, construction historique. Cette analyse principielle est pourtant démentie depuis longtemps. Diverses constructions juridiques ont émergé au long des soixante dernières années à la faveur de projets politiques spécifiques, et le plus souvent de formes d'opportunisme face à une situation économique de crise. En matière politique, c'est principalement la pensée gaulliste qui a fait sienne la question⁶³⁴ : dans une société des années 1960 très imprégnée de l'idée de lutte des classes, les gaullistes proposent une forme d'union nationale entre travailleurs et détenteurs du capital autour d'un partage de la valeur créée qui prendra la forme des dispositifs d'intéressement et de participation. Ce n'est pas tant une vision de l'entreprise qu'une approche politique qui est privilégiée alors⁶³⁵, sorte de conciliation destinée à éteindre la conflictualité sociale pour calmer en particulier l'influence communiste. Depuis, ces dispositifs de partage de la valeur créée ont été saisis sans grande cohérence pour poursuivre des objectifs principalement économiques⁶³⁶. Dans un contexte de crise, ils ont été vus comme des palliatifs à l'impossibilité d'assurer une augmentation des

⁶³³ En particulier, l'assemblée générale décide de l'attribution de dividendes. Cf. C. com., art. L. 232-12, al. 1^{er} : « *Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes.* »

⁶³⁴ Ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des salariés à l'entreprise ; cf. J.-Ph. Lieutier, « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », *Dr. soc.*, 2014, p. 500 ; l'auteur note en particulier que l'analyse gaulliste tient à « *une forme de rejet de l'analyse conflictuelle des rapports sociaux issue du marxisme* » et vise avant tout à « *rétablir la cohésion et la croissance nationale* ». Si ces constats sont effectués au sujet de l'actionnariat salarié, il est possible de les élargir à l'intéressement et la participation, dispositifs également promus initialement par le pouvoir gaulliste.

⁶³⁵ Sur ce point : J.-Ph. Lieutier, *Le modèle de l'actionnariat salarié*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 210 et s.

⁶³⁶ Ce qui n'empêche pas la permanence des références souvent anecdotiques à la pensée gaulliste. Sur ce point : R. Vatinet, « Développement de la participation des salariés (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, Titre I) », *JCP S*, 9 janv. 2007, n° 1001 ; y est déploré le fait que « *ce rappel historique paraît un peu dérisoire lorsqu'il est exprimé dans la langue de bois des parlementaires et qu'il trouve comme prolongement l'adoption d'une disposition sans portée réelle* ».

salaires⁶³⁷. En indexant sur les résultats de l'entreprise un complément de rémunération non substituable au salaire, les salariés bénéficient des rebonds de la conjoncture économique sans que l'entreprise soit tenue, en cas de retournement, de maintenir les mêmes niveaux de versement.

259. Dispositifs de partage des résultats. Quelle que soit la motivation ayant mené à leur adoption, ces dispositions peuvent ressembler à un aiguillon pour stimuler la fonction sociale de l'entreprise centrée sur la communauté de travail. Ces dispositions sont d'essence collective : le législateur impose en effet qu'un accord collectif d'entreprise soit le véhicule des dispositifs d'intéressement et de participation⁶³⁸ ; ce n'est qu'en l'absence d'un tel accord que les dispositions supplétives prennent le relais⁶³⁹. Il y a là une forme de garantie pour les salariés puisque leurs représentants participent à la mise en place de ces dispositifs, notamment sur le choix des modalités de calcul. Ces dernières doivent impérativement préserver le caractère aléatoire de la rémunération⁶⁴⁰, ce qui produit un second effet : le rattachement à une variable plus proche du capital que du travail. Le croisement de ces principes conduit à y voir un genre de fonction sociale de l'entreprise : la fonction économique et l'objectif lucratif qui sont à son fondement se retrouvent en effet mobilisés pour servir la cellule sociale de l'entreprise, qui n'est pourtant pas en position d'user de la liberté d'entreprendre. Évidemment, ces dispositifs devraient gagner en lisibilité et être présentés sous d'autres angles que le soutien au pouvoir d'achat pour prétendre incarner cette fonction sociale.

260. Actionnariat salarié. À la croisée entre économie et politique se trouvent également les questions relatives à l'actionnariat salarié. Là encore, c'est essentiellement sous l'angle du complément de rémunération que les dispositifs ont été promus par le législateur⁶⁴¹ tandis que la littérature gestionnaire et managériale se contente de louer l'influence de ces dispositifs sur la productivité des salariés⁶⁴², ou sur l'organisation sociétaire⁶⁴³. Cet état de fait implique

⁶³⁷ J.-Ph. Lieutier, *Le modèle de l'actionnariat salarié*, *op. cit.*, p. 62 et s.

⁶³⁸ J. Savatier, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.*, 1988, p. 89.

⁶³⁹ C. trav., art. L. 3323-5.

⁶⁴⁰ C. trav., art. L. 3312-1, al. 2.

⁶⁴¹ Pour un exemple éclatant, *cf.* Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement. Ce texte, prévoyant en particulier une faculté de déblocage anticipé et exceptionnel, hors toute justification, de l'épargne salariale, la relie directement à la question de la « consommation », donc du pouvoir d'achat.

⁶⁴² S. Benhamou, « Gouvernance, participation des salariés et performance des entreprises : enjeux et prospective économique et sociale », *Dr. soc.*, 2014, p. 550.

⁶⁴³ Ph. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 21^e édition, 2017, §

deux limites à l'heure de saisir une fonction sociale : l'absence de poids politique des salariés devenus actionnaires ; et l'absence de discours tenu sur l'entreprise par ces dispositifs⁶⁴⁴. D'autres développements seraient envisageables, la question de l'actionnariat salarié étant idéalement positionnée à l'intersection du politique et de l'économique. Encore faudrait-il que le sujet soit pleinement embrassé par le législateur pour porter la vision d'une entreprise plus attachée à sa structure sociale et accordant une place aux salariés dans sa gouvernance ; et par les salariés eux-mêmes, par une implication stratégique dans la gouvernance. Comme le souligne la Professeure Vatinet : « *cet actionnariat salarié ne peut jouer un rôle utile qu'à la condition d'être organisé, et de s'inscrire résolument dans la ligne de la corporate governance, en utilisant toute la gamme des droits reconnus aux actionnaires minoritaires, et en commençant par se regrouper* »⁶⁴⁵. Et de retrouver un appel au collectif qui décidément s'impose comme la matrice d'une construction de la fonction sociale de l'entreprise.

§ 3. L'entreprise écologique

261. Préoccupation récente par rapport à la question sociale dans les systèmes occidentaux, la problématique environnementale s'élève inexorablement comme l'enjeu contemporain le plus prégnant. La force de son influence sur l'entreprise reste mesurée mais émerge indiscutablement en s'infiltrant dans plusieurs disciplines juridiques (A). Mais c'est surtout la notion englobante de développement durable qui se pose en objectif capable de transcender les fonctions divergentes de l'entreprise (B).

A. L'émergence d'une fonction environnementale de l'entreprise

262. Liberté d'entreprendre et protection de l'environnement dans la jurisprudence constitutionnelle. Trouver trace de l'émergence d'une fonction environnementale de l'entreprise dans le système juridique français demande d'observer les divers espaces dans lesquels une telle fonction pourrait s'exprimer⁶⁴⁶. Au plan de la jurisprudence constitutionnelle, il faut constater qu'à la manière des droits sociaux fondamentaux c'est encore aujourd'hui un régime de conciliation entre normes ontologiquement opposées qui prévaut. Un exemple est trouvé dans une décision du Conseil constitutionnel du 11 octobre

601 ; les auteurs évoquent un actionnariat salarié qui « *favorise la paix sociale, augmente les revenus des salariés sans nuire à la compétitivité et garantit la présence d'un pôle d'actionnaires stable* ».

⁶⁴⁴ M. Kocher, « L'actionnariat salarié : à la croisée des chemins de la gouvernance », *Dr. soc.*, 2014, p. 540.

⁶⁴⁵ R. Vatinet, « La société anonyme et ses salariés », *Rev. sociétés*, 2000, p. 168.

⁶⁴⁶ Un auteur voit ainsi émerger de son côté une fonction environnementale de la propriété. Cf. B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD. civ.*, 2015, p. 539.

2013⁶⁴⁷, première question prioritaire de constitutionnalité relative à la protection de l'environnement, posée à l'initiative d'une entreprise cherchant à faire censurer les dispositions d'une loi du 13 juillet 2011 « *visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique* ». Dans cette décision, les sages recourent à leur habituelle appréciation de la proportionnalité des atteintes faites à la liberté d'entreprendre. Selon eux, « *le législateur a poursuivi un but d'intérêt général de protection de l'environnement* », et « *la restriction ainsi apportée tant à la recherche qu'à l'exploitation des hydrocarbures, qui résulte de l'article 1er de la loi du 13 juillet 2011, ne revêt pas, en l'état des connaissances et des techniques, un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi* »⁶⁴⁸. La décision appelle deux remarques importantes. D'abord elle remet en scène l'opposition de la norme environnementale à la liberté d'entreprendre dans une forme de confrontation peu satisfaisante où la liberté d'entreprendre, donc l'entreprise, est insusceptible d'intégrer une dimension environnementale. De manière plus notable encore, le Conseil constitutionnel fait référence à un « *objectif d'intérêt général* » plutôt qu'aux dispositions de la Charte de l'environnement de 2004 pour défendre le texte législatif. L'effet de cette dégradation aurait pu être problématique puisque les objectifs d'intérêt général ne sont pas dotés par le Conseil de la même force de résistance face à la liberté d'entreprendre⁶⁴⁹. Même s'il n'y a *in fine* pas de conséquence, la loi étant préservée, cette mise à l'écart de la Charte dit bien le chemin restant à parcourir pour une pleine et entière réception de la norme environnementale au plus haut niveau de l'ordre juridique.

263. Intégration de la problématique environnementale au Code civil. Pour autant, les préoccupations environnementales imprègnent de manière de plus en plus nette l'ordre juridique français. Au plan symbolique, un pas important a été franchi avec l'admission du préjudice écologique dans le Code civil. Création de la loi dite « biodiversité »⁶⁵⁰, le préjudice environnemental prend place aux articles 1246 et suivants du Code civil. Comme le souligne

⁶⁴⁷ Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC ; « Le Conseil constitutionnel valide la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 », *D.*, 2013, p. 2586, note F. Laffaille.

⁶⁴⁸ Consid. 12.

⁶⁴⁹ En ce sens : K. Foucher, « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (novembre 2012 à octobre 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions*, 2013, p. 606. L'auteure note : « *Il est donc curieux que le juge ne mobilise pas la Charte quand il se trouve saisi d'une question remettant en cause des dispositions législatives qui concernent au premier chef l'environnement, et qui, même, ont été prises sur le fondement explicite de la Charte, ce qui n'est pas si fréquent !* »

⁶⁵⁰ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

le Professeur Trébulle⁶⁵¹, sa formulation (« *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer.* ») constitue une référence à peine voilée à celle, classique, du désormais article 1240 (« *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* ») qui renforce considérablement son expressivité. Au-delà de ce parallélisme des formes et des importantes avancées que ce nouveau régime permet, notamment dans la désignation des personnes ayant qualité et intérêt à agir⁶⁵², deux aspects sont à souligner. D'abord, la spécificité environnementale est exprimée dans l'insertion de dispositions relatives à la prévention aux articles 1251 et 1252 du Code civil, respectivement relatifs à la réparation des « *dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences* », et à la possibilité ouverte au juge de « *prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage* ». Cette logique d'anticipation induit l'introduction d'une forme de prévention propre au droit de l'environnement dans une matière civile marquée au contraire par le binôme logique formé par le dommage et sa réparation⁶⁵³. Surtout, l'entrée dans le Code civil permet une rencontre entre une matière juridique teintée des idées libérales du premier XIX^{ème} siècle et la matière environnementale récente. Cette rencontre autour de la question centrale de la responsabilité pourrait s'avérer fructueuse, mais demande à être poussée bien plus loin⁶⁵⁴.

264. La protection de l'environnement intégrée aux logiques entrepreneuriales. S'agissant plus directement de l'entreprise et du droit qui s'applique à elle, la question environnementale est traitée de plusieurs manières, souvent spécifiquement à certains types d'activités⁶⁵⁵. Mais plutôt que de procéder par déclinaison, il est intéressant d'observer comment le droit de l'environnement pénètre les espaces du droit de l'entreprise les plus empreints de la logique libérale. L'exemple le plus éclairant tient dans l'information environnementale édifée en droit des sociétés. Ici la préoccupation environnementale saisit des tendances de la *corporate governance* en matière de transparence⁶⁵⁶, pour les mettre au

⁶⁵¹ F.-G. Trébulle, « La consécration de l'accueil du préjudice écologique dans le Code civil », *Energie - Environnement - Infrastructures*, nov. 2016, 20, p. 19.

⁶⁵² L. Neyret, « La consécration du préjudice écologique dans le code civil », *D.*, 2017, p. 925.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 928 ; l'auteur signale que « *le droit de la réparation du préjudice écologique est ici précurseur puisqu'à l'avenir, l'action préventive pourrait être généralisée dans le cadre de la réforme de la responsabilité civile* ».

⁶⁵⁴ A. Supiot, M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015.

⁶⁵⁵ En témoigne le droit spécial des installations classées. Cf. C. env., art. L. 511-1, al. 1.

⁶⁵⁶ A. Couret, « Le gouvernement d'entreprise : la *corporate governance* », *D.*, 1995, p. 163. Est particulièrement bien décrite à cette occasion l'asymétrie informationnelle que soutient la théorie de l'agence, et qui fonde

service de la protection de l'environnement, ou tout au moins d'une transparence incitant les entreprises à agir pour préserver leur image. Dans la dernière version de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce⁶⁵⁷, une « *déclaration de performance extra-financière* » accompagne le traditionnel rapport de gestion. Elle comprend « *des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* » et plus précisément « *des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et de la lutte contre le gaspillage alimentaire* »⁶⁵⁸.

265. Une transparence extra-financière en lien avec l'environnement de l'entreprise.

Instrument du contrôle actionnarial, la transparence, en s'élargissant à l'extra-financier, devient l'instrument d'un contrôle social plus large sur l'activité des entreprises et les risques que celle-ci fait courir notamment à l'environnement. Associée à des dispositifs comme le devoir de vigilance⁶⁵⁹ ou des instruments financiers dédiés à la matière environnementale⁶⁶⁰, cette transparence apparaît porteuse d'une forme d'hybridation entre la société, y compris dans sa dimension financiarisée de l'entreprise, et les préoccupations environnementales. Si ce mouvement est encore balbutiant et peut être objet de nombreuses critiques puisqu'il peut favoriser une financiarisation de la question environnementale plutôt que l'inverse, il prouve que le droit de l'environnement est doté d'une plasticité telle qu'il s'imisce partout, et se trouve donc porteur de fortes potentialités pourvu que des lignes directrices claires soient données quant à la rencontre entre ordre économique et écologique.

B. L'objectif du développement durable

266. Une approche transversale des fonctions de l'entreprise pose, aussi bien par le versant social que par le versant environnemental, la question de l'objectif poursuivi⁶⁶¹. Difficile en effet de concevoir de nouvelles lignes directrices permettant de repenser l'entreprise sans fixer au préalable non pas un but à atteindre, mais un *modus operandi* déclinant les axes

l'amélioration de l'information financière.

⁶⁵⁷ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

⁶⁵⁸ Préalablement à la réforme par l'ordonnance de juillet 2017, v. F.-G. Trébulle, « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *D.*, 2015, p. 2272.

⁶⁵⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Cf. *infra* § 387.

⁶⁶⁰ F.-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable (2e partie) », *JCP E*, 19 nov. 2015, 1565, p. 38.

⁶⁶¹ C'est en particulier sur ce point que les théories de Duguit sur la propriété avaient pu manquer de force. Cf. *supra* § 234.

poursuivis et les priorités établies. La clé pour résoudre cette difficulté est fournie par la notion de développement durable, dont il faut brièvement rappeler le contenu (1) avant de saisir la consistance juridique (2).

1. Contenu de la notion

267. Pour un réinvestissement de la notion de développement durable. Les présents travaux n'ont pas vocation à revenir sur l'histoire du concept de développement durable, mais à saisir sa substance pour en faire un marchepied vers une nouvelle approche de l'entreprise et de la liberté d'entreprendre. Un tel projet impose dans un premier temps de remarquer que la notion de développement durable a connu depuis son émergence une forme de dérive qui a soulevé de nombreuses critiques⁶⁶². Saisie à des fins de *marketing* par certaines entreprises ou continuellement utilisée par le discours politique sans être toujours suivie d'actes concrets, la notion a fini par apparaître démonétisée. De fait, s'il se limite au mode incantatoire, le recours à la notion de développement durable a toutes les chances de se muer en fable inconséquente. Or, si l'omniprésence de la notion interdit de parler de redécouverte, il semble bien qu'un réinvestissement soit à tout le moins possible. Par réinvestissement, il s'agit d'affirmer que les principes attachés à la notion sont à la hauteur des enjeux contemporains et n'ont en rien perdu de leur pertinence⁶⁶³. Surtout, il s'agit de construire une politique juridique exigeante autour du développement durable, en partant de ses principes, mais sans se limiter à leur proclamation.

268. Définition de la notion de développement durable. Texte considéré comme fondateur, le rapport Brundtland définit le développement durable comme le fait de « *répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs* »⁶⁶⁴. Consacrant cette approche, la déclaration dite « de Rio » (« *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement* ») met en avant dès 1992 des termes semblables pour les porter dans son article 3 au plus haut niveau international : « *Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire*

⁶⁶² A. Touzet, « Droit et développement durable », *RDP*, 2008, p. 453. V. également : Ch. Cans, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *ADJA*, 2003, p. 218 ; dès 2003, cette auteure évoque une « *appropriation par effet de mode* ».

⁶⁶³ Par exemple, les États membres de l'ONU ont adopté en septembre 2015 un nouveau programme de développement durable, lequel vise à lutter contre les inégalités, la pauvreté et l'injustice, mais également à faire face au changement climatique. Cf. « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », Résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 25 septembre 2015. Disponible sur : <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld> [Dernière consultation le 27 juill. 2017.]

⁶⁶⁴ World Commission on Environment and Development, *Our common future*, Oxford University press, 1987, Introduction, I, 3.

équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures. »⁶⁶⁵ Quant à la principale traduction juridique française de la notion, elle tient dans l'article 6 de la Charte de l'environnement adoptée en 2004⁶⁶⁶ qui dispose : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.* » Avec un degré de normativité moindre, le septième considérant du préambule de la même Charte précise auparavant une définition opératoire proche : « *afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* ».

269. Observations quant aux propositions de définition. Ces propositions appellent plusieurs remarques. En premier lieu, le développement durable constitue en quelque sorte un avertissement proféré par les perspectives d'avenir, et adressé aux actions menées dans le présent. Eu égard à l'irréversibilité de certaines politiques⁶⁶⁷, il convient de mesurer leurs conséquences en particulier sur l'environnement, et de prendre garde à ce que ces conséquences ne mettent pas en péril les générations futures. Le développement durable ne fixe ainsi pas tant un but précis qu'une ligne de conduite dans le contexte général du développement. En second lieu et de manière décisive pour les présents travaux, le développement durable met en valeur l'interdépendance des sphères économique, sociale et environnementale. Le rapport Bruntland souligne bien à quel point il est question de la satisfaction de « *besoins essentiels* »⁶⁶⁸ dont le fondement est social. Cependant il renvoie le développement durable à des formes de croissance économique plus soutenables mais ne remettant aucunement en cause l'économie de marché en tant que telle.

⁶⁶⁵ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 14 juin 1992. Disponible sur : <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm> [Dernière consultation le 25 juill. 2017.]

⁶⁶⁶ Charte de l'environnement, Loi const. n° 2005-205 du 1er mars 2005, art. 2. Pour un état des lieux, cf. Y. Jégouzo, « La Charte de l'environnement, dix ans après », *AJDA*, 2015, p. 487.

⁶⁶⁷ Sur le sujet de l'irréversibilité en matière environnementale et un rattachement à un principe de « non-régression » : M. Prieur, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 43, avr. 2014, p. 23 ; l'auteur note : « *Mais la non régression n'est pas seulement une conséquence du droit à l'environnement, elle est aussi la traduction de l'objectif de développement durable qui fait partie du préambule de la Charte (dernier alinéa). En effet tout recul dans la protection revient à laisser aux générations futures un environnement dans un état moins équilibré et moins respectueux de la santé.* »

⁶⁶⁸ World Commission on Environment and Development, *Our common future*, Oxford University press, 1987, Chapitre II, III, 3. Le texte de la déclaration établit une énumération non exhaustive de ces besoins : travail, alimentation, énergie, logement, hygiène ou encore accès aux soins.

270. Développement durable et fonctions de l'entreprise. L'intérêt de la notion de développement durable est de raccrocher la sphère économique à son environnement social et écologique⁶⁶⁹. Cette absence d'autonomie contredit les théories libérales au sujet de la rationalité économique et du marché autorégulé, et rapproche au contraire la vision de l'économie des idées développées par Karl Polanyi⁶⁷⁰. De plus, le développement durable dessine une interdépendance triangulaire entre sphères économique, sociale et environnementale, qui aide à relier les différentes dimensions de l'entreprise déjà esquissées. Spécifier que le rapport à l'économie et au développement doit être fonction des conséquences sociales et environnementales, ainsi que d'un regard particulier sur la durabilité, valide la méthode employée. Il y a bien dans l'action économique d'autres dimensions que la seule raison économique, et le contexte actuel appelle à nommer ces dimensions sociales et environnementales pour en faire des facteurs déterminants. La porte ainsi ouverte doit permettre de fonder un cadre juridique plus stable pour le droit de l'entreprise, reposant sur la Charte de l'environnement comme norme constitutionnelle, et s'appuyant sur une méthode de production normative qui contribue à sortir le développement durable de l'abstraction de sa définition première.

2. Consistance juridique

271. La Charte de l'environnement. L'appui sur la Charte de l'environnement confère *a priori* à la notion de développement durable une force indiscutable dans le système juridique français dans la mesure où la Charte fait partie du bloc de constitutionnalité. De ce point de vue, l'article 6 obligeant les politiques publiques à promouvoir le développement durable constituerait un droit fondamental au même titre que la Déclaration des droits de 1789 (source textuelle de la liberté d'entreprendre pour le Conseil constitutionnel), le préambule de la Constitution de 1946 et ses droits sociaux fondamentaux, ou la mention de la « République sociale » par le texte de 1958. Mais la façon dont le Conseil saisit la question du développement durable pose plus de difficultés. Ce dernier a en effet pu exprimer à plusieurs

⁶⁶⁹ A. Supiot, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, p. 136. L'auteur, évoquant un règlement européen du 27 juin 2005 relatif aux clauses sociales dans le commerce international, précise : « *La combinaison dans un même instrument de ces trois dimensions, sociale, écologique et institutionnelle, doit être soulignée, car elle met en lumière autant de points aveugles de la dogmatique économique. Cette dogmatique consiste à croire que le travail et la nature sont réellement des « produits » susceptibles d'échange marchand, alors qu'ils ne peuvent être traités comme tels que par le jeu de fictions juridiques et d'institutions stables et fiables qui tout à la fois autorisent et canalisent cette marchandisation. La notion de développement durable est donc bienvenue dans ce contexte, en ce qu'elle permet de rappeler les risques sociaux, écologiques et politiques auquel cette dogmatique nous expose.* »

⁶⁷⁰ K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944), p. 341.

reprises le fait que « *cette disposition n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit* », ajoutant conséquemment que « *sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* »⁶⁷¹. Il paraît alors impossible pour un justiciable de rechercher la censure d'une loi par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce fondement. Pour autant, l'article 6 demeure opérant dans le cadre d'un contrôle *a priori*, comme le prouve une décision du 11 avril 2013⁶⁷². Il est par ailleurs diversement saisi par les juridictions administratives, la définition du terme « *politiques publiques* » étant encore mal établie⁶⁷³.

272. Appréhension du développement durable dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 6 de la Charte. Pour autant que la défense du développement durable soit possible comme dans la décision du 11 avril 2013, se pose la question des modalités de cette défense. Le Conseil constitutionnel précise « *qu'il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de conciliation posé par ces dispositions, les modalités de sa mise en œuvre* »⁶⁷⁴. En cela et de manière très nette, le Conseil s'en tient au texte de l'article 6 de la Charte qui lui-même évoque cette idée de conciliation⁶⁷⁵. Pour lui, l'action du législateur doit s'inscrire dans cette nécessité de concilier impératifs économiques, sociaux et environnementaux. Il enjoint en quelque sorte le législateur à prendre les devants par rapport à sa propre jurisprudence. Il est en effet récurrent de voir le Conseil rechercher la conciliation entre impératifs à valeur constitutionnelle et sanctionner les déséquilibres hors de tout texte lui imposant de recourir à une telle méthode. Pour une fois, il dispose avec l'article 6 de la Charte d'un fondement textuel à valeur constitutionnelle faisant de la conciliation la voie à suivre⁶⁷⁶ ; il s'appuie donc dessus pour renvoyer la définition de ces équilibres au législateur.

273. L'esprit du développement durable et la lettre de l'article 6 de la Charte de l'environnement. Si cette approche du Conseil constitutionnel paraît respectueuse de la lettre

⁶⁷¹ Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-283 QPC, consid. 22 ; Cons. const., 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC, consid. 19.

⁶⁷² Cons. const., 11 avr. 2013, n° 2013-666 DC.

⁶⁷³ F. Brunet, « Le champ d'application de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2016, p. 1330.

⁶⁷⁴ Cons. const., 11 avr. 2013, n° 2013-666 DC, consid. 39.

⁶⁷⁵ Pour rappel, l'article 6 de la Charte de l'environnement précise que les politiques publiques « *concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ».

⁶⁷⁶ D. Deharbe, « Le principe d'intégration ou une méthodologie pour le développement durable », *Environnement*, avr. 2005, 34, p. 29. L'auteur moque à juste titre un constituant préférant « *dire plutôt deux fois qu'une* » et signale qu'il s'agit d'une première dans l'ordre constitutionnel français.

de la Charte de 2004, est-elle pour autant aussi respectueuse de l'esprit du développement durable ? Des positions critiques à l'égard de la démarche du Conseil constitutionnel ont vu le jour. La principale a été formulée par le Professeur Prieur, qui s'appuie sur un principe dit d'intégration qui serait consubstantiel à la notion de développement durable. L'intégration impliquerait « *une prédominance de l'environnement qui doit être prise en compte dans les autres politiques* »⁶⁷⁷, et qui n'est selon lui aucunement synonyme de conciliation. Au contraire poursuit-il, « *il s'agit de bien situer l'intérêt environnemental au même niveau que les autres droits de l'homme et en tant qu'intérêt fondamental de la Nation* »⁶⁷⁸. En conséquence, « *l'environnement doit être pris en compte dans toutes les autres politiques et une loi non environnementale qui ne le ferait pas serait de jure en contradiction avec l'article 6* »⁶⁷⁹. Que retenir de cette charge fustigeant les « *petits pas des juges* »⁶⁸⁰ dans l'appréhension de la Charte de 2004 ? Principalement, il convient d'affirmer que le constituant a considérablement tordu la notion de développement durable en prenant le parti d'explicitement une démarche de conciliation qui ne reflète en rien la logique d'intégration. Si existait la moindre chance que le Conseil constitutionnel déroge à ses habitudes conciliatrices, elle était réduite à néant dès l'origine. Ce sentiment d'inachèvement dans la transcription de la notion de développement durable dans l'ordre juridique est d'autant plus regrettable que le droit communautaire, par l'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, adopte une approche beaucoup plus fidèle au principe d'intégration : « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable.* »

274. Le développement durable : une logique d'intégration corroborant l'approche par la fonction sociale. Il faut pourtant continuer à porter l'idée du principe d'intégration et affirmer la nécessité de faire de l'environnement un déterminant pour toute politique publique, en particulier législative. Mises en perspective avec une fonction sociale de l'entreprise, des dispositions usant de cette méthodologie par intégration⁶⁸¹ seraient un encouragement à poursuivre les réflexions. Si le développement durable doit être intégré à

⁶⁷⁷ M. Prieur, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, avr. 2014, n° 43, p. 20 et s.

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁸¹ D. Deharbe, « Le principe d'intégration ou une méthodologie pour le développement durable », *Environnement*, avr. 2005, 34, p. 29.

tous les degrés de l'ordre juridique, alors il convient de dessiner un droit de l'entreprise compatible avec le développement durable, mais qui fasse au surplus de l'entreprise un moyen de réaliser ce développement durable, à la fois dans sa dimension économique qui ne peut être écartée, et dans ses dimensions sociale et environnementale. C'est en cela que la notion de développement durable peut aider à transcender des oppositions et fixer les lignes directrices d'une entreprise réinterrogée par le biais de sa possible fonction sociale.

275. Conclusion du Chapitre. Afin de sortir de la logique d'opposition entre liberté d'entreprendre et exigences sociales, la réflexion sous l'angle des fonctions de l'entreprise est aussi salutaire que porteuse de perspectives. En premier lieu, il faut bien remarquer comment cette proposition remet en cause les conceptions libérales qui ont façonné l'entreprise dans la période récente et ont conduit à l'autonomisation des libertés économiques. Interroger la fonction sociale de l'entreprise revient à postuler son intégration dans un ensemble plus large, et à mettre au jour des dynamiques qui la dépassent. Comme la notion propriété repensée par Duguit, l'entreprise sort de l'épreuve désacralisée en tant qu'agent économique, mais paradoxalement réactualisée et revivifiée. En perdant son rapport à un champ économique autonome, elle perd de sa liberté d'action et de son rapport à la rationalité de marché qu'avaient saisis les penseurs libéraux, mais elle gagne une meilleure intégration dans l'ordre social qui lui confère un rôle plus ouvert, et réaffirmé. Cette approche porte aussi de nombreuses perspectives. Ainsi insérée dans le champ social, l'entreprise dépasse son statut de cellule économique pour prendre de nouvelles formes, embrasser de nouveaux rôles, et faire usage de nouveaux outils. Dans cette optique, le rôle du droit est majeur. Il peut de nouveau exprimer ce que pourrait ou devrait être l'entreprise sans se heurter à une vision économique de celle-ci⁶⁸². Il peut également dessiner un nouveau cadre juridique pour inciter et obliger selon les cas les entreprises à adopter certains comportements. Il peut enfin laisser plus de place aux modèles alternatifs et faire le lit d'un véritable pluralisme des modèles juridiques d'entreprise.

⁶⁸² Sur la force de la perception économiste de l'entreprise : O. Favereau, « La « fin » de l'entreprise privée », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 305.

CHAPITRE 2 : L'ancrage de l'entreprise dans son environnement

276. La période récente a été marquée par de nouveaux regards portés sur l'entreprise et son fonctionnement. Sans prétendre à l'exhaustivité ni résumer des propositions conceptuelles nées sur le terrain économique, il est nécessaire d'observer les plus innovants et les plus influents des mouvements qui caractérisent l'entreprise et qui permettraient, au moins partiellement, de changer de vision à son sujet. Ces théories ont pour particularité de faire une place importante à la notion de développement durable, autour de laquelle elles s'articulent avec des degrés de radicalité variables. Elles défendent un droit de l'entreprise spécifique, qui n'a pas été examiné sous l'angle des fonctions mais dont les caractéristiques le rendent signifiant et stimulant à ce titre. Deux approches retiennent l'attention : la première, dont l'émergence est bien documentée y compris dans le monde juridique, est la *stakeholders theory*, un ensemble de réflexions sur la prise en compte des parties prenantes dans la gouvernance des sociétés (**Section 1**). La seconde, plus novatrice, consistera en une analyse de la théorie des biens communs (ou « *commons theory* ») qui propose des modes de gouvernance et des agencements de la propriété privée adaptés à l'accès à des biens spécifiques, appliquée à l'entreprise (**Section 2**).

Section 1 : L'entreprise intégrée à son environnement par la *stakeholders theory*

277. La *stakeholders theory*, dont la traduction pourrait être « théorie des porteurs d'intérêt⁶⁸³ », est un courant dont les premières manifestations remontent aux années 1980⁶⁸⁴, et qui s'est développé dans les champs de l'économie et du management. Ses tenants défendent la possibilité pour les entreprises de faire des choix stratégiques écartant la *shareholder value* (valeur actionnariale) pour privilégier la prise en compte des effets de l'activité sur d'autres acteurs que les seuls actionnaires (**Paragraphe 1**). Par conséquent, la nature purement économique que la théorie libérale attache à l'entreprise est remise en question puisque l'entreprise s'ouvre à son environnement, dans ses diverses composantes. La *stakeholders theory* a surtout été saisie par les porteurs du principe de responsabilité sociale des entreprises, qui ont tenté d'en systématiser les propositions et dans certains cas de

⁶⁸³ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders theory* et droit des sociétés (I) », *BJS*, 2006, p. 1337.

⁶⁸⁴ R. Edward Freeman, *Strategic management : a stakeholder approach*, Harpercollins College Div., coll. Pitman Series, 1984.

construire, à partir de cet éventail de choix stratégiques, un environnement juridique (Paragraphe 2).

§ 1. Du *shareholder* au *stakeholder*

278. La construction des stratégies d'entreprises par leurs dirigeants est le point central de la *stakeholders theory*. Là où la *corporate governance* met au centre du jeu l'intérêt des actionnaires, et demande que les dirigeants se comportent en agents de ceux-ci y compris dans des logiques de court terme, la *stakeholders theory* propose une voie différente qui tient compte des effets de l'activité sur une collectivité plus large⁶⁸⁵. En quelque sorte, d'un champ des possibles limité à la variable économique, l'entreprise bascule vers un éventail de stratégies diversifié dont les déterminants sont tournés vers l'environnement économique mais aussi social et écologique. Cette approche suppose en premier lieu que la notion de « parties prenantes » soit définie (A). Elle postule également que les décisionnaires soient habités de certaines valeurs qui conditionnent des choix éthiques (B).

A. Notion de partie prenante

279. La notion de « partie prenante » est fondamentale dans le cadre théorique défini par la *stakeholders theory*, qui s'organise entièrement autour d'elle. Son importance implique qu'elle soit objet de débats et qu'elle ait fait au cours du temps l'objet de précisions. Pour l'approcher, il est nécessaire de revenir sur l'idée d'influence de l'activité de l'entreprise, posée comme critère permettant de désigner les parties prenantes (1). La délimitation du périmètre de ces parties prenantes pousse cependant vers la question des objectifs poursuivis, éclairée par la notion de développement durable (2).

1. Les influences réciproques entre l'organisation et son environnement

280. Diversité des définitions de la notion de partie prenante. Incessamment débattue, la notion de partie prenante paraît s'être stabilisée dans la littérature autour de deux approches. La première, largement admise, consiste à désigner les parties prenantes comme un « *groupe ou individu influencé par ou influençant l'organisation* »⁶⁸⁶. Cette définition a été complétée par une approche par le lien de dépendance : est partie prenante le tiers dont l'entreprise

⁶⁸⁵ M. Bonnafous-Boucher, J. D. Rendtorff, *La théorie des parties prenantes*, La Découverte, coll. Repères, 2013, p. 19.

⁶⁸⁶ M. Bonnafous-Boucher, J. D. Rendtorff, *La théorie des parties prenantes*, *op. cit.*, p. 22.

dépend pour sa survie⁶⁸⁷. La coexistence de ces critères d'identification informe déjà sur les divergences qui animent le courant théorique : le critère d'influence réciproque est large et cette influence peut s'exprimer selon des formes très diverses. Le critère de dépendance, en parallèle, paraît obéir à des logiques plus proches du terrain économique : l'idée de survie de l'entreprise est évidemment attachée à sa réussite économique et c'est pour assurer cette réussite que les relations avec les parties prenantes deviennent un enjeu, qu'il s'agisse d'obtenir leur participation ou simplement de les préserver. Cette seconde approche paraît plus restreinte, mais décrit l'entreprise comme un ensemble plus actif.

281. Rupture avec la *shareholder value*. Quelle que soit la définition retenue, la perception de l'entreprise dans cette optique est ouverte : la *corporate governance* avait fait de l'intérêt des actionnaires le seul objectif de l'entreprise, et avait tourné la gouvernance de l'entreprise vers cette seule question. Au contraire, la *stakeholders theory* considère l'entreprise comme intégrée à son environnement (dans une approche qui rappelle celle de Polanyi⁶⁸⁸) et sa réussite économique comme dépendante de cet environnement. La création de valeur pour l'actionnaire ou l'associé n'est pas écartée, mais elle s'organise en tenant compte du contexte de sa réalisation. De ce point de vue, ce courant théorique reçoit au moins en partie les propositions formulées en matière de combinaison des fonctions de la liberté d'entreprendre : la fonction économique de l'entreprise, en particulier pour les propriétaires des parts de la société, n'est pas écartée ; mais elle n'est pas conçue de manière autonome par rapport au champ social. Par une connaissance plus fine des interactions de l'entreprise avec ce champ social, de nouvelles stratégies sont rendues possibles, que la littérature managériale cherche à identifier et à construire.

282. Diversité et appréhension des parties prenantes. L'idée que les parties prenantes s'établissent dans l'environnement de l'entreprise dans un rapport d'influence ou de dépendance invite à les dénombrer. L'exercice, évident pour les parties les plus impliquées, devient plus complexe à mesure que l'influence ou la dépendance sont plus difficiles à caractériser. Il est possible au titre de l'identification de s'attarder sur une des rares études juridiques du sujet en lui-même qui met en évidence : associés, dirigeants, salariés, créanciers (fournisseurs de crédit ou investisseurs), clients, pouvoirs publics (État et collectivités territoriales), autres sociétés du groupe, marchés ou encore associations de défense d'intérêts

⁶⁸⁷ M. Bonnafous-Boucher, J. D. Rendtorff, *La théorie des parties prenantes, op. cit.*, p. 22.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 20.

divers (consommateurs, environnement, ...) ⁶⁸⁹. Devant une telle diversité, des auteurs ont tenté d'élaborer une forme de hiérarchie ou de typologie, séparant parfois artificiellement les ensembles selon la proximité ou le degré d'implication dans l'entreprise ⁶⁹⁰. Ainsi certaines parties prenantes sont intégrées là où d'autres restent extérieures à l'entreprise ; certaines peuvent se prévaloir de relations contractuelles là où d'autres ne se lient pas juridiquement avec l'entreprise. Mais les évolutions du cadre juridique de ce tissu d'influences tendent à gommer les différences, ce que la démarche active soutenue par l'idée de *stakeholders* encourage bien au-delà du droit.

283. Une dimension juridique variable de la prise en compte des parties prenantes. La traduction juridique de la prise en compte des parties prenantes est une problématique difficile précisément à cause de la diversité des situations juridiques en cause. Certaines de ces parties prenantes disposent, depuis longtemps, à la fois de protections mais également de processus garantissant qu'elles sont consultées, voire prises en compte. Au contraire, d'autres parties prenantes, en l'absence de tout lien juridique les unissant à l'entreprise, sont contraintes de prendre acte de relations de fait, et ne foulent le terrain juridique qu'en réaction, par exemple en matière de responsabilité pour un dommage causé. Au surplus, certaines situations de droit établissent des relations entre les parties prenantes elles-mêmes, qui finissent de brouiller les pistes en exigeant une compréhension des dynamiques à l'œuvre.

284. Une démarche active de prise en compte des parties prenantes. La *stakeholders theory* repose cependant sur une organisation plus profonde des relations aux parties prenantes. En effet, l'idée ayant germé dans la doctrine du management stratégique, elle suppose la mise en place d'outils de gouvernance des entreprises susceptibles d'accompagner cette prise en compte des *stakeholders* au-delà de ce qu'imposent les disciplines juridiques classiques ⁶⁹¹. Cet aspect explique que le droit des sociétés soit à la fois, en l'état, insuffisant à prendre en compte la diversité des influences, mais en germe le centre de gravité d'un champ juridique en gestation. Il est possible à ce titre d'envisager trois dimensions de cette relation aux parties prenantes, qui dessinent une entreprise « encadrée » dans le champ social qui l'entoure. L'entreprise doit évidemment dans un premier temps s'interroger sur la manière dont elle influe, par son activité, sur les parties prenantes et leur devenir. Elle doit ensuite analyser la manière dont les parties prenantes peuvent en retour exercer leur influence, du

⁶⁸⁹ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders theory* et droit des sociétés (I) », *BJS*, 2006, p. 1346 et s.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 1349.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 1342.

risque d'image à la contrainte dans le cadre d'une intervention de la puissance publique. Enfin, l'entreprise est encouragée à penser l'institutionnalisation de ces relations afin qu'elles fonctionnent selon un mode coopératif et non-conflictuel, sans pour autant brider la spontanéité de l'expression des intérêts mis en jeu. Or, le droit positif ne prévoit déjà les modalités de ces échanges que dans certaines disciplines. Ainsi le droit du travail français a déjà construit au fil du temps les espaces d'expression, de règlement des conflits, et les relations contractuelles entre l'entreprise et ses salariés. Mais d'autres domaines apparaissent nettement moins avancés.

285. Caractérisation de l'influence de l'entreprise sur son environnement. Outre la détermination des parties prenantes et des modalités de leur prise en compte, la *stakeholders theory* pose la question de l'influence que l'entreprise peut avoir sur elles. Entre une simple logique de préservation, et des approches maximalistes allant jusqu'à la création de valeur mutuelle dans une relation de coopération, il est possible d'adopter un grand nombre de postures pour l'entreprise. Ces postures relèvent d'une « *densité d'interprétations* »⁶⁹² qui ne se réalise qu'au cas par cas et hors de toute systématisation, en accord justement avec les contraintes organisationnelles et les demandes des parties prenantes elles-mêmes.

2. La prise en considération des parties prenantes pour un développement durable

286. Gradation du rapport aux *stakeholders* : l'efficacité économique comme point d'ancrage. La *stakeholders theory* articule une problématique fondamentale qui permet d'évaluer le degré de prise en compte des parties prenantes. Entre minimalisme et maximalisme, une gradation peut s'opérer et définir les obligations auxquelles doit se soumettre la société. Une première approche développée dans la théorie économique fait de la prise en considération de l'environnement (au sens large) un facteur de réussite économique de l'entreprise⁶⁹³, renouant avec la fonction économique primaire de l'entreprise. Au-delà de toute dimension morale ou juridique, l'entreprise serait encouragée à veiller aux rapports qu'elle entretient avec ses parties prenantes dans l'objectif de préserver l'écosystème qui rend sa réussite possible au plan financier. Dans une certaine mesure, cette approche de la *stakeholders theory* est compatible avec les objectifs définis par la *corporate governance* : elle serait un moyen stratégique supplémentaire de réaliser la maximisation de la valeur

⁶⁹² M. Bonnafous-Boucher, J. D. Rendtorff, *La théorie des parties prenantes, op. cit.*, p. 70.

⁶⁹³ S. Cossart, M.-L. Guislain, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable. Pourquoi le raisonnement juridique ne peut pas constituer un obstacle aux choix politiques », *RLDA*, mai 2015, n° 104, p. 75.

actionnariale⁶⁹⁴, quand bien même cette maximisation se ferait sur une échelle temporelle différente, selon des indicateurs économiques affinés⁶⁹⁵ et une compréhension plus sophistiquée des situations. Dans cette optique, *l'homo economicus*, sans se renier, s'attache à la préservation des acteurs concernés par son activité pour qu'elle puisse prospérer⁶⁹⁶.

287. Une institution élargie. Une autre approche de la *stakeholders theory*, moins développée au plan doctrinal, semble la rapprocher d'idées proclamées par la théorie institutionnelle. De nombreux éléments développés par cette dernière s'agissant de l'équilibre des intérêts à prendre en compte dans le cadre de la gestion stratégique de l'entreprise se retrouvent en effet sous des formes diverses et systématisées dans la *stakeholders theory*. La prise en compte des parties prenantes se trouve en germe et en actes dans le droit des sociétés depuis longtemps : prêteurs ou salariés jouissent déjà de positions spécifiques⁶⁹⁷ qui entrent en contradiction avec la théorie contractuelle strictement entendue puisqu'ils sont des tiers au contrat de société, et ne devraient donc pas disposer de droits particuliers. Dès lors que ces intérêts sont reconnus et défendus, il serait cohérent de penser leur élargissement à de nouvelles catégories. Cependant, un élément marque une divergence entre principes institutionnels et *stakeholders theory* : la participation à l'œuvre commune⁶⁹⁸. Point central de la doctrine d'Hauriou, cette participation s'entend d'une démarche active et de marqueurs d'adhésion qui ne sont pas réalisés par les parties prenantes auxquelles l'élargissement est envisagé par la *stakeholders theory*. Là encore, la définition des critères et du périmètre de désignation des parties prenantes s'élève comme une question décisive. Un dernier point semble rapprocher théorie institutionnelle et prise en compte des parties prenantes : la position de surplomb du dirigeant, et la marge de manœuvre qui lui est accordée par les actionnaires ou associés à l'origine de sa nomination. Dans la mesure où son rôle est accru par la *stakeholders theory* en particulier par la recherche de coopérations avec les différentes parties prenantes, le dirigeant retrouve une place centrale et créative que la théorie de l'agence lui déniait⁶⁹⁹.

⁶⁹⁴ A.-M. Idrac, « La RSE au service de la stratégie de l'entreprise et de la création de valeur : les travaux de l'IFA », LBH éd. Affaires, 10 avr. 2014, p. 36.

⁶⁹⁵ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders theory* et droit des sociétés (I) », *BJS*, 2006, p. 1344.

⁶⁹⁶ En témoignent les fonds d'investissement dits « socialement responsables » dont la dimension financière n'est pas occultée. Cf. E. Forget, « L'investissement éthique », *Rev. sociétés*, 2015, p. 559.

⁶⁹⁷ F.-G. Trébulle, *op. cit.*, p. 1348.

⁶⁹⁸ Cf. *supra* § 27.

⁶⁹⁹ C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2014, p. 221 et s.

288. L'entreprise citoyenne et la mise en œuvre effective d'un développement durable.

Une approche plus intégrée encore du rôle de l'entreprise s'attache à établir à son sujet une forme de citoyenneté⁷⁰⁰ structurée autour de la notion de développement durable. En effet, la personnalité morale qui est accordée à la société l'insère *de facto* dans un tissu économique, social et surtout juridique. En sens inverse, la société personne morale participe de la structuration du monde social. Il serait à ce titre possible d'exiger d'elle une forme de citoyenneté faite de droits et de devoirs⁷⁰¹, ou dans une moindre mesure un comportement tempéré dans son rapport à ses semblables, à savoir les parties prenantes en relation avec son activité. Sans pour autant exiger d'elle une soumission à l'intérêt général ou au bien commun, il y aurait dans ce courant de pensée une certaine légitimité à attendre que l'entreprise participe à sa façon, à l'établissement d'un développement durable effectif, tel que proposé au niveau interne et international⁷⁰². Si la traduction concrète de ces propositions est encore largement incomplète, elles suffisent à démontrer que les attentes du corps social vis-à-vis des entreprises sont plus larges et complexes que la vision de simple structure économique avancée par la théorie libérale. Ces préoccupations sont au centre de la *stakeholders theory* qui a justement été pionnière dans la prise en considération des « risques d'image » associés à une stratégie négligeant les parties prenantes.

289. Dimension éthique de l'engagement de l'entreprise. Un dernier étage de cette gradation des contraintes pesant sur l'entreprise mérite d'être envisagé : la dimension éthique ou morale de leur activité et des modalités de son exercice. L'intégration de ces questions dans une étude essentiellement juridique est complexe. Si les valeurs prônées par l'environnement dans lequel l'entreprise évolue peuvent avoir une influence directe sur elle, et même sur le droit qui s'y applique, elles ne créent pas du droit à elles seules et obéissent à des standards *a priori* extra-juridiques, quand bien même l'entreprise participe à la construction d'un développement durable. En conséquence, l'obéissance par l'entreprise à un socle de principes sans transposition juridique relève d'un volontariat très bien mis en scène par le phénomène de responsabilité sociale des entreprises, avant précisément d'être rattrapé par le droit. Dès lors, la dimension éthique des stratégies de prise en compte des *stakeholders* ne peut être ignorée, particulièrement quand elle se fait au-delà des exigences du droit positif.

⁷⁰⁰ F.-G. Trébulle, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'entreprise citoyenne », *Rev. sociétés*, 2006, p. 41. L'auteur développe notamment l'idée d'une « *citoyenneté secondaire* » dont pourraient faire état les entreprises.

⁷⁰¹ C. Lucas de Leyssac, « Vers une citoyenneté économique de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 265.

⁷⁰² Cf. *supra* § 268 et s.

Ne disposant pas du caractère de généralité communément prêté à la règle de droit, cette éthique sous-jacente mérite une étude spécifique.

B. La réalité incertaine de l'éthique des affaires

290. Le rapport étroit entre les principes de la *stakeholders theory* et la notion d'éthique des affaires conduit à deux ordres de difficultés. Tout d'abord, se placer sur le terrain des valeurs suppose de les choisir et de les définir en des termes moraux, ce qui implique des initiatives et des processus d'élaboration spécifiques (1). Se pose ensuite la question de la traduction de ces valeurs dans des normes, et plus généralement de leur rapport au droit, perturbé en matière de responsabilité sociale des entreprises par le recours à des formes de mise en scène de ces valeurs (2). Au travers de ces deux dimensions de l'éthique des affaires, il s'agit d'observer quel lien peut être fait entre ces valeurs et la question du développement durable qui oscille entre standard juridique et concept éthique.

1. Éthique désintéressée ou utilitariste ?

291. Dimension philosophique des questionnements éthiques. La question de la morale ou de l'éthique des comportements de chacun dépasse largement la question des entreprises. De manière schématique, il est possible de distinguer une morale kantienne qui implique le respect de principes supérieurs dans une optique désintéressée⁷⁰³, s'exprimant dans la recherche du bien commun ou de l'intérêt général. À l'opposé de cette approche, une forme d'éthique d'inspiration anglo-saxonne, décrite en particulier dans les écrits de Max Weber, est fortement teintée d'utilitarisme. Les encouragements à des comportements éthiques relèvent alors moins de la conformité à une morale absolue et immanente, que de l'entretien d'une réputation et de formes de confiance entre acteurs économiques, favorables au climat des affaires⁷⁰⁴.

292. Éthique kantienne et éthique utilitariste dans le cadre de l'entreprise. Il est douteux que l'approche kantienne de l'éthique puisse être réalisée pleinement par une forme d'éthique des affaires. Elle renvoie en effet de manière trop évidente à des considérations personnelles et individuelles⁷⁰⁵, qui ne peuvent prétendre ni à la généralité de la règle de droit, ni à l'interactivité du regard collectif porté sur un comportement qui définit une sorte de

⁷⁰³ J. Delga, « De l'éthique d'entreprise et de son cynisme », *D. chr.*, 2004, p. 3127.

⁷⁰⁴ P. Abadie, *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, coll. Droit & Économie, 2013, p. 219 et s.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 224.

réputation. S'agissant de l'entreprise, il est délicat de s'aventurer sur le terrain des valeurs sur un mode trop intime dans la mesure où les comportements visés se construisent en groupe et se réalisent dans le rapport aux autres. Seules les entreprises familiales peuvent faire figure d'exception, par l'interpénétration de valeurs portées à des niveaux différents⁷⁰⁶. Il est plus intéressant, dans le cadre de notre étude, de s'attarder sur les conséquences de l'éthique utilitariste, plus pragmatique, qui rejaillissent dans la construction de la *stakeholders theory*. Celle-ci vise en effet à conduire l'activité économique - ses modalités, son organisation, les comportements qu'elle suppose - vers des standards respectueux des parties prenantes, sans que le recours au droit soit absolument indispensable.

293. Engagement éthique et principes établis juridiquement. Dans cet espace de la *stakeholders theory*, souvent commun à celui de la responsabilité sociale des entreprises, l'éthique apparaît de plusieurs manières⁷⁰⁷. Une forte dimension éthique s'exprime évidemment dans le droit lui-même : les sources diverses du droit positif, même les plus techniques, reflètent de grands principes qui permettent de structurer le monde social, et peuvent être consacrés à l'échelle constitutionnelle ou internationale, telle la notion de développement durable, ce qui n'empêche pas que ces normes obéissent parfois à des préoccupations plus conjoncturelles. Les discussions autour de la Charte de l'environnement fournissent un exemple éclairant de ces mouvements : son intégration au bloc de constitutionnalité soulève une comparaison avec les principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* » tels qu'intronisés par le préambule de la Constitution de 1946. Pourtant, la forte dimension éthique proclamée n'éteint pas la contestation s'exprimant sur le terrain de la légitimité de la Charte de 2004, comme en témoignent les remises en cause du principe de précaution qui se font jour au travers de raisonnements économiques⁷⁰⁸.

294. Engagement éthique et phénomènes d'incitation. Sans relever d'une construction juridique ni d'une logique de contrainte, l'éthique s'exprime également par le biais de phénomènes d'incitation. En témoigne la montée en puissance d'outils de recommandations sans portée normative impérative (norme *ISO 26000*⁷⁰⁹, *Global Compact*⁷¹⁰ entre autres à

⁷⁰⁶ P. Barraud de Lagerie, G. Hirigoyen, S. Schiller, « Les nouvelles valeurs de l'entreprise ? », *Cah. de dr. de l'entreprise*, mars-avril 2013, p. 10.

⁷⁰⁷ F. Buy, J. Theron, « L'éthique de l'entreprise », *JCP E*, 20 juin 2013, 1359, p. 26.

⁷⁰⁸ A. Van Lang, « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », *AJDA*, 2015, p. 510.

⁷⁰⁹ F. Larozze, « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO », *Dr. soc.*, 2013, p. 345.

⁷¹⁰ D. de La Garanderie, « « Anticiper et prévenir » : l'irrésistible progression des responsabilités des entreprises en matière de droits humains », *RDT*, 2011, p. 399.

l'échelle internationale ; ou encore code Afep-Medef⁷¹¹ en France) mais dont la promotion est assurée par des organisations reconnues de stature nationale ou mondiale, souvent avec en toile de fond la question du développement durable. Ces outils produisent un encouragement difficilement contournable pour les entreprises qui ne veulent pas risquer leur réputation en s'excluant de programmes qui influencent de plus en plus l'image du grand public, et particulièrement des consommateurs. Indirectement, et contrairement à une éthique imposée, la pression économique joue ici un rôle majeur : c'est précisément pour affirmer son appartenance au marché comme institution sociale que l'entreprise s'oblige à adhérer à ces outils.

295. Engagement éthique et référence spontanée à des systèmes de valeurs. Une place doit enfin être faite à une éthique qui paraît plus authentique, et qui relève de démarches spontanées engagées par les entreprises. Ce champ des codes de conduite et autres chartes éthiques fait l'objet de nombreuses analyses ayant trait à la fois à leur contenu, et au degré de contrainte qu'ils font réellement peser sur les entreprises qui décident de les appliquer⁷¹². Au-delà de ces questions légitimes, c'est la démarche qu'il convient d'interroger : dans l'univers proposé par la *stakeholders theory*, la prise en considération des parties prenantes relève du choix stratégique, donc d'un positionnement qui, sans être réellement spontané, s'écarte du choix contraint par le droit, ou par une forte incitation. Mais les déterminants de ce choix sont nombreux, et doivent être étudiés au cas par cas : de la conviction des dirigeants à la déloyauté consistant à prévenir un risque d'image par des démarches de « *green washing* »⁷¹³ ou de « *social washing* ». Ainsi des auteurs ont mis en évidence la dimension ouvertement publicitaire⁷¹⁴, voire cynique⁷¹⁵ de certains outils employés dans des timings opportunistes, ou épousant des formes qui ont poussé les juges à les rattacher au régime de la publicité organisé par le droit de la consommation. Sur ce terrain, les évolutions vont dans le sens d'une meilleure assimilation des pratiques mises en œuvre par les entreprises. Récemment créé par la loi relative à l'économie sociale et solidaire, l'article L. 113-1 du Code de la consommation

⁷¹¹ J.-M. Moulin, « La force normative du Code AFEP-MEDEF », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 597.

⁷¹² I. Desbarats, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *Dr. soc.*, 2015, p. 572 ; N. Huet, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de droit ? ! », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, 2014, p. 155.

⁷¹³ B. Denis, « Le greenwashing après la loi Grenelle II : encore de beaux jours ? », *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2010, p. 22.

⁷¹⁴ Pour un exposé complet et divertissant, cf. P. Deumier, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 338 et s.

⁷¹⁵ J. Delga, « De l'éthique d'entreprise et de son cynisme », *D. chr.*, 2004, p. 3130.

relatif aux conditions sociales de fabrication des produits approche ainsi la question de la chaîne de production. Ce texte montre à quel point la préoccupation des consommateurs s'élargit du seul produit aux engagements portés par le producteur⁷¹⁶. Le législateur répond à cette demande croissante en offrant un nouveau levier d'action en vue de possibles conséquences contentieuses.

296. Permanence du droit dans la réception des engagements éthiques. Qu'elle s'exprime dans un engagement proprement éthique et moral, ou en vertu de visées stratégiques assumées, la *stakeholders theory* fait face au droit existant, mais conduit également à la réapparition de celui-ci dans des espaces desquels il semblait exclu. Il doit dès lors être étudié pour son rôle de « courroie de transmission » des valeurs prônées par cet ensemble théorique.

2. Transposition des valeurs éthiques en droit

297. Le sens d'une traduction juridique. La prise en compte des parties prenantes dans le cadre de l'activité économique constitue une préoccupation qui n'est pas propre aux entreprises, et s'est manifestée historiquement de diverses manières. Cet assemblage de sources explique que les réalisations pratiques attachées à la *stakeholders theory* soient parfois antérieures à sa théorisation, et que ce droit soit multidimensionnel.

298. Les protections préexistantes conférées par le droit à certaines parties prenantes. Loin des propositions théoriques de la *stakeholders theory*, les entreprises se sont vues de longue date imposer la prise en considération d'intérêts autres que les leurs. De manière logique, ces protections ont d'abord été accordées aux intervenants les plus intégrés à l'entreprise : au premier rang, les actionnaires minoritaires se sont vus reconnaître un ensemble de droits visant la protection de leurs droits individuels dans le fonctionnement de la société⁷¹⁷. De manière plus évidente encore, les salariés ont fait l'objet de la construction progressive d'instances de représentation du personnel dont la conception répond à la fois à des propositions institutionnelles⁷¹⁸, et dans le même temps à des conquêtes sociales sur fond

⁷¹⁶ I. Buffier, « De l'information sur les conditions sociales de fabrication des produits. Mythe ou réalité pour le consommateur ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 30 juin 2016, p. 12 ; v. également : I. Desbarats, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *Dr. soc.*, 2015, p. 574.

⁷¹⁷ Sur le sujet, cf. J.-Ph. Dom, « La protection des minoritaires », *Rev. sociétés*, 2001, p. 533.

⁷¹⁸ Cf. *supra* § 29.

de lutte des classes⁷¹⁹. Sur un autre terrain et plus récemment, l'émergence de la consommation de masse a conduit à la catégorisation des intérêts des consommateurs, encouragée par l'émergence de mouvements de défense⁷²⁰. Le droit civil permet lui aussi de constituer un tissu juridique permettant, malgré sa généralité, la défense de divers intérêts : sa logique libérale suppose une protection des cocontractants de l'entreprise, au nom de l'équilibre des parties ; d'autre part, le principe de responsabilité civile ouvre de nombreuses possibilités de contentieux en cas de dommages causés par l'activité de l'entreprise lui faisant courir le risque de condamnations *a posteriori*. Mais l'apparition récente de la *stakeholders theory* implique qu'elle n'a pas influencé l'élaboration de cet ensemble de normes. Elles répondent au contraire à des préoccupations anciennes qui ne manquent pas de mobiliser des valeurs, mais que le législateur a transformées en normes, justement pour qu'elles ne relèvent pas du domaine de la stratégie d'entreprise, ou du bon vouloir de dirigeants. Il est particulièrement éclairant sur ce point d'observer les pratiques paternalistes de certains employeurs du XIX^{ème} siècle : mêlant démarches éthiques (souvent d'inspiration religieuse) et visions à l'époque originales de leur intérêt économique, ces chefs d'entreprise avaient construit une forme de prise en compte des salariés bien antérieure à l'édification de la législation ouvrière. Ces démarches n'empêchèrent pas les législateurs successifs de produire un droit qui, de toute évidence, s'imposait.

299. Un droit destiné à l'affichage volontaire des valeurs. Le droit construit à l'initiative des entreprises pose de son côté nombre de difficultés. Parmi la diversité des chartes et autres codes de conduite produits par les entreprises, la prise en compte des intérêts des parties prenantes est évidemment un élément structurant⁷²¹, souvent affiché comme participant des valeurs de l'entreprise. Or le respect de ces engagements ne peut être considéré comme acquis : il suppose contrôle, et le cas échéant, sanction. Les valeurs portées deviennent alors du droit « dur », en fonction de deux canaux principaux⁷²² : soit que leur contenu résulte d'un engagement clair et précis ne consistant pas en une simple déclaration ; soit que la publicité faite à cet engagement soit assez large pour qu'un non respect expose à la qualification de

⁷¹⁹ La proclamation du principe de participation au sein du préambule de la Constitution de 1946 obéit à un contexte de forte influence du parti communiste français au sortir de la seconde guerre mondiale. Sur ce point : J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 346.

⁷²⁰ J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, 2015, p. 20.

⁷²¹ P. Deumier, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.*, 2009, p. 77 ; R. Beauchard, « Responsabilité sociale des entreprises : la communication saisie par le droit », *RDT*, 2011, p. 396.

⁷²² F. Buy, J. Theron, « L'éthique de l'entreprise », *JCP E*, 20 juin 2013, 1359, p. 28.

pratique commerciale trompeuse⁷²³. Ce type d'engagement fait cependant l'objet de critiques récurrentes pointant son instabilité ; et le droit né de la *stakeholders theory* s'est élançé sur le terrain du droit des sociétés.

300. L'adaptation de la gouvernance et la référence au développement durable en matière d'engagements volontaires. Un retour aux textes des théoriciens de la *stakeholders theory* suffit à convaincre qu'une approche stratégique est privilégiée, et que celle-ci doit s'exercer au travers des modalités de gestion, de direction et plus largement de la gouvernance de la société. Plutôt que de brider les pratiques en fonction d'engagements préalables, ou de se contenter de postures en réaction aux externalités produites, l'entreprise peut avoir intérêt à s'organiser pour faire entendre la voix de ses parties prenantes en amont de son processus de prise de décision. Le législateur européen⁷²⁴ s'est saisi du sujet en imposant des formes de « reporting extra-financier » aux plus grandes entreprises⁷²⁵ depuis transposées en droit interne⁷²⁶. L'association des parties prenantes à ce processus reste incertaine mais se pose comme un enjeu majeur⁷²⁷. En parallèle, le volontariat dont peuvent faire preuve les sociétés trouve toute sa place : l'organisation d'une représentation des parties prenantes au sein des conseils d'administration n'est pas rendue obligatoire par la loi, mais peut se mettre en place grâce aux statuts en s'appuyant par exemple sur le rôle des administrateurs indépendants⁷²⁸. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce fait justement une place majeure à la notion de développement durable en lien avec les engagements éthiques de l'entreprise. Le texte dispose en effet que l'entreprise fait état dans sa « déclaration de performance extra-financière » d'informations relatives « à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable ». En faisant le lien avec les dispositions de la Charte de l'environnement, il est possible de voir dans la notion de développement durable un déterminant non pas seulement pour les politiques publiques, mais également pour les engagements éthiques de l'entreprise. Les entreprises sont ainsi tenues de respecter un droit qui, au moins en principe, est produit

⁷²³ C. consom., art. L. 121-2.

⁷²⁴ Directive PE et Cons. UE, n° 2014/95 du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

⁷²⁵ M.-P. Blin-Franchomme, Y. Queinnec, « Reporting extra-financier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 20.

⁷²⁶ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises ; cf. C. com., art. L. 225-102-1.

⁷²⁷ M.-P. Blin-Franchomme, Y. Queinnec, *op. cit.*, p. 21.

⁷²⁸ G. Jazottes, « La promotion de la RSE par le conseil d'administration », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 17.

par un législateur soucieux du développement durable ; mais elles sont sommées en parallèle de donner à leurs engagements cette même direction.

301. Un chemin à suivre ? Il semble que le droit des sociétés soit ainsi un terrain d'élection pour la responsabilité sociale des entreprises et plus généralement pour les idées de la *stakeholders theory*. Au travers du droit se construit une conception nouvelle de l'entreprise ouverte sur son environnement, à laquelle la notion de développement durable participe pleinement. Les modalités d'intrusion de la *stakeholders theory* dans le droit des sociétés doivent, à ce titre, être davantage explorées.

§ 2. L'intégration en droit des principes de la *stakeholders theory*

302. L'intégration des principes de la *stakeholders theory* dans le droit des sociétés conduit à insérer des préoccupations sociales centrées sur les parties prenantes dans une matière qui, naturellement, constitue un instrument économique au service du fonctionnement des sociétés. Cette intégration constitue une forme de combinaison de fonctions de l'entreprise en tissant depuis le cœur de la cellule économique des relations avec des intervenants extérieurs qui forment l'environnement de l'entreprise. Pour ce faire, deux sillons complémentaires ont été creusés. Le premier intervient en aval de l'action de l'entreprise : la responsabilité (A). Le second s'est imposé plus récemment et tente d'organiser une régulation en amont de l'action de l'entreprise : l'exigence de transparence (B). Ces deux outils devront enfin être mis en perspective avec le projet de diversification des fonctions de l'entreprise qui constitue le socle des présents travaux (C).

A. L'activité de l'entreprise source de responsabilités

303. La responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle, est un levier juridique saisi depuis longtemps par les parties prenantes de l'entreprise. Il est possible de remonter jusqu'au cœur du XIX^{ème} siècle pour observer, avant la création d'un régime spécifique, que le contentieux des accidents du travail relevait de l'article 1384 du Code civil⁷²⁹. La généralité de ces principes constitue en effet un terrain d'élection pour reconnaître d'éventuels dommages causés par l'entreprise aux tiers, en particulier ceux qui ne peuvent se prévaloir d'un contrat avec elle (1). En complément de celle-ci, la responsabilité des dirigeants peut également être recherchée mais dans des conditions plus strictes (2).

⁷²⁹ Aujourd'hui article 1242, al. 1 ; pour une réinterrogation contemporaine du sujet introduisant la responsabilité contractuelle, cf. G. Lyon-Caen, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *Dr. soc.*, 1990, p. 737.

1. Responsabilité de la société

304. Responsabilité civile des personnes morales. Le silence du Code civil sur la question de la responsabilité civile des personnes morales, et les doutes subsistant sur la question ont été balayés par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 27 avril 1977 selon lequel la personne morale « *répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, lesdits organes pris comme préposés* »⁷³⁰. De fait, la personne morale absorbe aujourd'hui non seulement l'ensemble de la responsabilité civile des articles 1240 et suivants nouveaux du Code civil (fait des choses, fait des animaux qu'elle aurait sous sa garde, fait des préposés pour la personne morale en position de commettant) mais également les fautes commises par les dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions.

305. La responsabilité civile, un levier pour les *stakeholders*. Cette responsabilité admise constitue un levier utile pour les parties prenantes qui estimeraient subir un dommage en raison de l'activité de la société. La responsabilité contractuelle est plus simple à établir : la personne morale étant partie au contrat, un défaut ou une mauvaise exécution peuvent directement être invoqués. De même, certaines branches du droit connaissent des régimes juridiques favorables à la réparation des préjudices⁷³¹. Au contraire, l'intérêt de la responsabilité civile au sens des articles 1240 et suivants du Code civil réside dans sa généralité : aucun intérêt ne semble rejeté *a priori*, ce qui ouvre largement le champ des parties prenantes qui souhaiteraient s'en saisir, au-delà des protections catégorielles imaginées par le législateur. Cette possibilité d'agir, si elle ne relève pas directement du droit des sociétés, pèse sur les personnes morales au point qu'elles soient contraintes d'adapter leurs stratégies⁷³².

306. Réception du dommage environnemental par le droit de la responsabilité civile. L'évolution de la responsabilité de la personne morale en matière de dommages causés à l'environnement présente un parfait exemple de la plasticité de l'article 1240. La problématique du dommage causé à l'environnement est de ne pas être personnifié. Quand bien même faute, dommage et lien de causalité seraient établis, l'environnement ne peut ester

⁷³⁰ Cass. 2^{ème} civ., 27 avr. 1977, n° 75-14.761.

⁷³¹ Un exemple majeur est celui de la responsabilité du fait des produits défectueux, paradoxalement plus large que le seul droit de la consommation puisqu'elle est envisagée aux articles 1245 et suivants du Code civil.

⁷³² F.-G. Trébulle, « *Stakeholders theory* et droit des sociétés (II) », *BJS*, 2007, p. 24.

en justice pour faire valoir le dommage qui lui est porté. Les premières réponses apportées par le droit de l'environnement se sont avérées imparfaites : outre que le droit administratif encadre des activités susceptibles de causer des dommages à l'environnement, le droit de la responsabilité s'est implanté à l'article L. 160-1 du Code de l'environnement, à la suite de la loi du 1^{er} août 2008⁷³³. Cet article exprime une certaine généralité, tant du point de vue des dommages concernés (« *les dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant* ») que des personnes visées (« *L'exploitant s'entend de toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non-lucrative* »). L'article L. 162-1 du même Code, qui en définit plus précisément le régime, délimite un champ plus réduit, notamment en contenant le principe général dans une liste d'activités professionnelles précise. La généralité de l'article 1240 (et avant lui 1382) a été mobilisée en dépit d'un droit spécifique de protection de l'environnement. Dans un premier temps, le défaut de personnification de l'environnement a été contourné par le versement d'un préjudice moral à des associations de défense de l'environnement. Depuis, la jurisprudence, dans un arrêt *Erika* de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 septembre 2012⁷³⁴, est passée outre en posant les jalons d'un préjudice environnemental ou écologique rattaché au droit commun et basé sur une « *faute de témérité* », rattaché ensuite à l'article 1382 (aujourd'hui 1240) du Code civil⁷³⁵.

307. Une législation propre au dommage environnemental. Cette évolution jurisprudentielle a conduit le législateur à s'adapter, en consacrant dans la loi du 8 août 2016⁷³⁶ un « préjudice écologique » de droit commun, codifié aux articles 1246 et suivants du Code civil, soit directement à la suite de l'article 1240. Ce préjudice est défini comme « *une atteinte non négligeable aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* »⁷³⁷ L'action est ouverte à « *toute personne ayant intérêt à agir* », la formule « *telle que ...* » laissant supposer que la liste comprenant

⁷³³ Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, art. 1.

⁷³⁴ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 ; *D.*, 2012, p. 2557, note F.-G. Trébulle ; *RTD civ.*, 2013, p. 119, note P. Jourdain ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 110, note J.-H. Robert.

⁷³⁵ A.-S. Epstein, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 1236, note sous Cass. crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650.

⁷³⁶ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, art. 4 ; F.-G. Trébulle, « La consécration de l'accueil du préjudice écologique dans le Code civil », *Energie - Environnement - Infrastructures*, nov. 2016, 20, p. 19 ; L. Neyret, « La consécration du préjudice écologique dans le code civil », *D.*, 2017, p. 925.

⁷³⁷ C. civ., art. 1247.

l'État, les collectivités territoriales ou les associations de défense de l'environnement ne soit pas limitative.

308. Prévention et intégration. Comme le montre l'exemple du préjudice écologique, les voies de la responsabilité civile sont riches de potentialités et constituent un outil majeur pour les parties prenantes, en particulier celles dépourvues d'un lien contractuel ou d'un cadre juridique spécifique. Deux aspects de ce régime conduisent à relativiser l'efficacité de cet édifice législatif et jurisprudentiel. Tout d'abord, par hypothèse, la responsabilité civile s'exerce en aval du dommage causé. La facilité avec laquelle il est, ou sera, possible de mobiliser ces principes ne manquera pas d'influencer la conduite d'entreprises craignant de se voir condamner *a posteriori*. Mais au strict plan juridique, cette responsabilité civile s'écarte d'un régime préventif. Dans le champ environnemental, l'article 1252 du Code civil présente un aiguillon à ne pas négliger en ouvrant la possibilité au juge de prescrire des « *mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage* ». Un auteur signale ainsi qu'il s'agit d'un régime « *précurseur puisqu'à l'avenir, l'action préventive pourrait être généralisée dans le cadre de la réforme de la responsabilité civile* »⁷³⁸. Il n'est pas étonnant que ces évolutions apparaissent dans le champ environnemental. La notion de développement durable est précisément assise sur le principe d'intégration qui veut que la question environnementale soit posée au stade de la conception des politiques publiques concernant l'action de l'État, ou de la stratégie concernant les entreprises. La logique d'intégration constitue à ce titre une forme de prévention assurée en interne, plutôt qu'imposée de l'extérieur.

309. L'obstacle de la personnalité morale. Au cœur du droit des sociétés, il convient de souligner l'obstacle que peut représenter la personnalité morale s'agissant de désigner un responsable au dommage causé. À rebours des prescriptions de la *stakeholders theory*, il n'est pas rare de voir des groupes de sociétés diluer la responsabilité par l'effet de personnalités morales intermédiaires protégeant *in fine* la société-mère. Si le droit du travail connaît une parade par le recours à la notion de coemploi, la proclamation plus générale d'un principe de solidarité n'est pas encore à l'ordre du jour, malgré les avancées du « devoir de vigilance »⁷³⁹.

⁷³⁸ L. Neyret, « La consécration du préjudice écologique dans le code civil », *D.*, 2017, p. 928.

⁷³⁹ Cf. *infra* § 387.

2. Responsabilité des dirigeants

310. Le dirigeant, organe de la société. Le véritable ancrage du principe de responsabilité dans le droit des sociétés et surtout dans leur gouvernance ressort plus clairement du régime juridique de la responsabilité des dirigeants. En tant qu'organe de la personne morale, ces derniers ont un rôle spécifique dans la conduite de l'activité de la société. Leurs choix relèvent d'arbitrages par nature discutables, en particulier s'agissant de savoir s'ils sont opérés dans l'intérêt de la société. Ni le Code civil⁷⁴⁰, ni le Code de commerce⁷⁴¹ ne font de différence entre l'action en responsabilité des dirigeants selon qu'elle est intentée par des tiers ou par des associés. Pourtant, leurs régimes juridiques diffèrent.

311. Action intentée par un associé. L'action en responsabilité des dirigeants intentée par un associé ou un actionnaire s'appuie directement sur le texte du Code de commerce, lui-même rédigé conformément à l'article 1850 du Code civil. Pour ne prendre que l'exemple de la SA, l'article L. 225-251 dispose que les dirigeants sont responsables « *soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ». S'en tenant au texte, la jurisprudence accueille avec une relative facilité ces trois causes possibles d'engagement de la responsabilité du dirigeant. Les deux premières (infraction aux dispositions législatives ou réglementaires, et violation des statuts) n'appellent pas de remarque particulière. La faute de gestion, quant à elle, a pu soulever d'importants débats doctrinaux dans la mesure où elle repose sur la notion elle-même très discutée d'intérêt social. La faute de gestion est en effet, de manière générale, constituée par le comportement du dirigeant contraire à l'intérêt social⁷⁴². C'est précisément au titre de la défense de l'intérêt social que l'action est ouverte aux associés *ut singuli*, c'est-à-dire dans l'intérêt de la société - visée dans le Code civil comme dans le Code de commerce, contrairement à l'associé - en plus de leur intérêt propre s'il y a lieu.

312. L'intérêt social comme problématique sous-jacente. Le débat qui émerge ici est évidemment celui de la définition de l'intérêt social. Eu égard à la *stakeholders theory*, le rôle

⁷⁴⁰ C. civ., art. 1850 : « *Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion. Si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers et des associés. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.* »

⁷⁴¹ C. com., art. L. 223-22 concernant les SARL ; C. com., art. L. 225-251 concernant les SA.

⁷⁴² P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2015, 6^{ème} éd., p. 311.

du juge est en la matière prépondérant. Plus son pouvoir d'immixtion est affirmé, plus son appréhension de l'intérêt social⁷⁴³ embrasse les intérêts en cause y compris au-delà de ceux des actionnaires ou associés, plus la *stakeholders theory* est susceptible de recevoir une forme de consécration contentieuse laquelle aurait *in fine* une influence sur les pratiques de gestion des sociétés. Le lien avec une réflexion sur les fonctions de l'entreprise est évident : plus l'intérêt social est saisi largement, plus il est susceptible de dépasser la sphère proprement économique pour embrasser des intérêts liés à l'entreprise, mais reflétant des préoccupations sociales ou environnementales, et affecter ainsi d'autres fonctions à l'entreprise. Le problème n'est pas sur ce sujet la marge d'appréciation dont disposent les juges : la notion d'intérêt social, d'essence jurisprudentielle, dispose d'une plasticité suffisante dont les juges pourraient s'emparer.

313. Action intentée par les tiers : cibler la société plutôt que le dirigeant. Le régime de la responsabilité civile des dirigeants à l'encontre des tiers s'avère au contraire plutôt fermé, ce que ne manquent pas de remarquer certains auteurs évoquant des situations ayant conduit à exonérer les dirigeants de leur responsabilité malgré des fautes décrites comme grossières⁷⁴⁴. Le critère permettant d'invoquer la responsabilité du dirigeant est en effet la faute « séparable » ou « détachable » des fonctions⁷⁴⁵, même si la jurisprudence récente a laissé supposer qu'une évolution était en cours vers une notion de faute « *anormale* »⁷⁴⁶. Cette difficulté souvent impossible à dépasser conduit *de facto* les tiers à préférer la voie de l'action en responsabilité contre la société elle-même, jusqu'à faire de ce contentieux une sorte de droit commun de la *stakeholders theory*, et le principal vecteur de son influence. Il est en effet plus difficile de considérer que les associés ou actionnaires sont eux-mêmes des parties prenantes. Ils peuvent le devenir quand leur posture minoritaire les met en position délicate face à la gestion majoritairement appuyée de la société. Mais hors ces situations, les associés sont si proches du « premier cercle » de personnes intéressées par la société, que le droit

⁷⁴³ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders theory* et droit des sociétés (II) », *BJS*, 2007, p. 30 et s.

⁷⁴⁴ Au point que certains proposent la réhabilitation de la notion : M.-H. De Laender, « Responsabilité du dirigeant qui outrepassé ses pouvoirs », *D.*, 1999, p. 639, note sous Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-15.418 ; ou posent ouvertement la question d'une immunité des dirigeants : cf. B. Dondero, « L'immunité des dirigeants d'entreprise », in O. Dehayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. « colloques », 2009, p. 37.

⁷⁴⁵ Pour un tour d'horizon : B. Dondero, « L'immunité des dirigeants d'entreprise », in O. Dehayes (dir.), *op. cit.*, p. 49.

⁷⁴⁶ E. Nicolas, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. sociétés*, 2013, p. 535. Est en particulier évoqué à l'appui de cette théorie : Cass. Com. 10 février 2009, n° 07-20.445 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

visant à tenir compte de leurs intérêts, notamment face aux errances des dirigeants, ne saurait relever à proprement parler d'une théorie des parties prenantes dès lors qu'il constitue un moyen de défense inhérent au droit des sociétés et centré sur la fonction économique de l'entreprise.

314. Parties prenantes et intérêts à défendre. Ce déséquilibre entre associés et tiers exprimé par la responsabilité des dirigeants a conduit diverses parties prenantes à rattacher leur situation à celle des associés pour accéder à de nouveaux droits et de nouvelles voies de recours. Cet « activisme actionnarial »⁷⁴⁷ a pour effet de permettre une immixtion dans la gestion, et d'approcher les choix de gouvernance dans une optique préventive, plutôt que de les subir en tant que tiers. La méthode, au-delà de la question du coût (coût de l'accession à la qualité d'associé ainsi que de l'action contentieuse) a pour effet de rabattre les intérêts de la partie prenante sur ceux de l'associé puisque l'action lancée le sera ... en qualité d'associé, à défaut d'autre catégorisation pertinente pour la partie prenante « multi-casquettes ». Pour autant, les cas de violation des statuts ou d'infraction aux lois et règlements, ouvrant aux associés la possibilité d'engager la responsabilité des dirigeants, pourraient constituer un terrain d'élection de ces actions d'associés opportunistes. Certains textes ayant pour objet de protéger les parties prenantes voient en effet leur invocabilité grandement facilitée par le fait d'agir en qualité d'associé⁷⁴⁸. Il y a là une perturbation de la fonction économique de l'entreprise par des acteurs se saisissant des outils de défense de l'intérêt économique des actionnaires pour défendre d'autres causes, qui sensibilisent la société à des préoccupations sociales ou environnementales. Cet objectif pourrait être également rempli par des administrateurs indépendants choisis pour leur compétence et leur sensibilité envers certains intérêts de *stakeholders*⁷⁴⁹, mais cette pratique reste encore marginale. En l'absence de reconnaissance des diverses qualités de parties prenantes dans les organes de gouvernance (à l'exception notable des salariés⁷⁵⁰) la qualité d'associé serait un levier permettant d'invoquer en particulier les obligations d'information et de transparence qui sont en plein essor en droit des sociétés.

⁷⁴⁷ Cf. F.-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable », *JCP E*, 27 oct. 2011, 1765, p. 42 et s.

⁷⁴⁸ Cf. *supra* § 311.

⁷⁴⁹ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders theory* et droit des sociétés (II) », *BJS*, 2007, p. 22 ; G. Jazottes, « La promotion de la RSE par le conseil d'administration », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 17.

⁷⁵⁰ Cf. *infra* § 484.

B. La transparence, outil de contrôle social sur les pratiques de l'entreprise

315. L'exigence de transparence dans la gestion des sociétés résulte principalement des principes de la *corporate governance*⁷⁵¹ mais a été saisie par les tenants du développement durable afin d'imposer aux entreprises des pratiques conformes à certains impératifs hors du champ économique. La pression des actionnaires pour assurer un contrôle de l'action des dirigeants est alors devenue un outil mobilisé par les *stakeholders* et par les défenseurs de la responsabilité sociale des entreprises qui ont obtenu qu'elle soit étendue à des indicateurs autres que financiers. Il est à ce titre nécessaire d'étudier à la fois les modalités de cette information extra-financière (1), et les conséquences qu'elle est susceptible de produire (2).

1. Le reporting extra-financier

316. Une approche initialement volontariste. L'élargissement aux questions non financières de l'information produite par les sociétés trouve son origine dans la montée en puissance de la notion de développement durable. Au plan méthodologique, cette évolution s'inscrit dans le recours à des engagements volontaires qui caractérise le courant de la RSE. Outre certaines entreprises ayant décidé de diffuser une information soucieuse des externalités susceptibles d'accompagner leur activité, nombreux sont les organismes et normes de *soft law*⁷⁵² qui, à l'échelle internationale, ont tenté de définir des principes pour guider vers des éléments extra-financiers ce que les anglo-saxons résumant sous le nom de *reporting*⁷⁵³. Pour ne prendre que cet exemple, le « *Global compact* » promu par l'Organisation des nations unies fait de la transparence le premier vecteur en vue du développement durable, n'hésitant pas à affirmer : « *Reporting to stakeholders in a transparent and public manner is fundamental for companies committed to sustainability.* »⁷⁵⁴ L'éclatement du cadre normatif de cette *soft law* ne va pas sans poser difficulté. Principalement, la diversité des sources préconisant un *reporting* extra-financier (de la « *Global Reporting Initiative* » aux principes de l'OCDE, en passant par la norme ISO 26000) conduit à de fortes disparités dans les méthodes de recueil et de transmission des informations.

⁷⁵¹ Cf. *supra* § 19.

⁷⁵² M.-P. Blin-Franchomme, Y. Queinnec, « Reporting extra-financier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 20.

⁷⁵³ Pour une définition du terme *reporting*, cf. M. Julien, E. Mazuyer, « Les obligations des entreprises en matière de reporting social », *RDT*, 2015, p. 234 : « Le reporting, dérivé de report signifiant « rapporter », « rendre compte », désigne le fait, spécifiquement pour les entreprises, de transmettre et de communiquer des données dans différents domaines : financier, social, environnemental, sociétal. »

⁷⁵⁴ Cf. : <https://www.unglobalcompact.org/participation/report> [Consulté le 7 septembre 2016.]

317. Un relais dans la *hard law* du droit interne : la « déclaration de performance extra-financière ». Ces principes ont été relayés par certains législateurs nationaux, au premier rang desquels le français a pu faire figure de précurseur. Essentiellement logée à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, l'obligation de compléter le rapport de gestion avec un volet non-financier s'est élargie au fil de très nombreuses réformes, à la fois en termes de contenu (comme tend à le prouver le gonflement du texte qui ne comprenait à l'origine que quatre brefs alinéas⁷⁵⁵) et de champ d'application. Elle porte désormais le nom de « *déclaration de performance extra-financière* », appellation qui interroge tant l'idée de performance renvoie à une forme de gouvernance par les nombres par trop symbolique de la domination d'indicateurs d'inspiration économique⁷⁵⁶. Quant au champ d'application, alors qu'au départ seules étaient concernées les sociétés cotées, cette condition a disparu, ouvrant le champ de l'obligation aux sociétés non-cotées dépassant certains seuils⁷⁵⁷. De même, les sociétés soumises à l'obligation de publier des comptes consolidés à l'échelle du groupe sont tenues d'apporter une information extra-financière consolidée⁷⁵⁸. Enfin, il convient de souligner que l'information extra-financière a été imposée au-delà du champ des sociétés commerciales, notamment aux sociétés coopératives par l'effet de la loi sur l'économie sociale et solidaire⁷⁵⁹. Si ces élargissements sont de véritables avancées, il ne semble pas exister d'étude permettant de connaître le nombre précis d'entreprises visées par l'obligation, et de mesurer ainsi l'échelle de diffusion de ces principes.

318. Les apports mesurés du droit communautaire. Au niveau communautaire, la question a également été traitée⁷⁶⁰. L'objectif du texte obéit à la nécessité d'imposer un socle minimal en la matière à un certain nombre d'États dispensant leurs entreprises de la publication de telles informations⁷⁶¹. Quant au contenu de l'information et au champ d'application, le texte européen s'avère en retrait en comparaison des standards français.

⁷⁵⁵ Version initiale de l'article, résultant de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dont le quatrième alinéa disposait que le rapport de gestion comprenne « des informations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité » ; la dernière version du texte résulte de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 « relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises ».

⁷⁵⁶ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015.

⁷⁵⁷ Ces seuils sont fixés à « 100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice ». C. com., art. R. 225-104 ; décret n° 2017-1174 du 18 juil. 2017, art. 1.

⁷⁵⁸ C. com., art. L. 225-102-1, II.

⁷⁵⁹ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 8.

⁷⁶⁰ Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95 ; l'ordonnance du 19 juillet 2017 en est techniquement la transposition.

⁷⁶¹ B. Lecourt, « Chronique de droit européen des sociétés », *Rev. sociétés*, 2015, p. 135.

Seule l'intégration de la notion structurante de « risque » dans le texte européen s'avère notable⁷⁶², dans la mesure où elle est limitée à la question environnementale par le droit français⁷⁶³. Le texte communautaire se montre plus ambigu sur les indicateurs extra-financiers à mobiliser au sein des rapports de gestion. En ne désignant pas de cadre de *reporting* précis pour préférer un renvoi vers diverses modalités existantes, la directive réduit considérablement la capacité des investisseurs comme des parties prenantes à comparer les bilans affichés⁷⁶⁴, d'autant plus que les entreprises visées évoluent dans des cadres transnationaux qui à eux seuls rendent les comparaisons difficiles.

319. Quelles perspectives pour la transparence extra-financière ? Si les obligations d'information extra-financière voient leurs régimes juridiques se compléter, des limites subsistent. Au premier rang dans l'optique de la *stakeholders theory*, les modalités de construction de l'information extra-financière sont exemptes de toute contrainte concernant l'implication des parties prenantes⁷⁶⁵. Le fait de leur conférer un rôle autre que celui de simples spectatrices de la production d'une information qui, en théorie, les concerne directement, est laissé à la discrétion des organes de gouvernance de la société. Si cette invitation à la co-construction apparaît naturelle à certains dirigeants ou peut être saluée par les divers observateurs (en particulier les ONG), aucun impératif ne ressort des textes français ou européens. Sur le sujet, le législateur français s'est montré à la fois hésitant et méfiant : dans la version de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce résultant de la loi dite « Grenelle II »⁷⁶⁶, un alinéa 6 disposait : « *Les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises peuvent présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés.* » Cette avancée spectaculaire de la *stakeholders theory*, associant directement à la production de l'information extra-financière les parties prenantes et leur ouvrant la possibilité de formuler des avis joints au rapport de gestion ne constituera la lettre du texte que peu de temps (3 mois !), la loi « de régulation bancaire et financière »⁷⁶⁷ l'ayant expurgée.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 138.

⁷⁶³ C. com., art. R. 225-105-1, I, 2°, a).

⁷⁶⁴ N. Cuzacq, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. sociétés*, 2015, p. 711.

⁷⁶⁵ M.-P. Blin-Franchomme, Y. Queinnec, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁶⁶ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

⁷⁶⁷ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

320. Ouverture de l'action par le droit positif. Le dernier état de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce doit cependant être souligné pour une avancée en matière d'intégration des parties prenantes. Un régime de sanction accompagne en effet désormais les hypothèses de refus de diffusion de l'information extra-financière⁷⁶⁸. Notamment, la possibilité de demander au tribunal statuant en référé la communication des informations est ouverte à « *toute personne intéressée* », ce qui dans le cadre d'une disposition relative à l'information extra-financière, laisse supposer un champ très vaste de requérants potentiels. S'il n'y a pas intégration des parties prenantes au stade de l'élaboration, elles sont placées en première ligne s'agissant d'imposer à la société la diffusion des informations extra-financières, et peuvent le faire rapidement (la question est soumise au juge des référés) et sans poids financier. L'astreinte prononcée et les frais de procédure sont en effet « *à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire* ».

2. L'action extra-financière

321. Qualité de l'information. Même élevée en modèle de comportement pour les grandes entreprises, la logique de transparence, en particulier extra-financière, doit être analysée afin de déterminer sa capacité, au-delà de la transmission de l'information, à modifier les comportements. Bien que le développement de l'obligation de transparence des sociétés, en matière d'externalités et de conséquences sur les parties prenantes, constitue une évolution positive dans l'optique de la *stakeholders theory*, l'efficacité de ces dispositifs reste un sujet de débats. La qualité de l'information fournie reste un problème : les textes de *soft law* comme de *hard law* ont gagné en précision, mais les marges de manœuvre dont disposent les dirigeants au moment de la rédaction des rapports restent importantes. Outre que ces processus n'associent pas toujours les parties prenantes, le contrôle des informations transmises qui s'est intensifié ne suffit pas toujours à décortiquer efficacement les informations transmises. D'une part, la multiplicité des indicateurs n'aide pas à réaliser des comparaisons qui pourraient être éclairantes ; d'autre part, la quantité d'information fait émerger la problématique de l'« *information overload* »⁷⁶⁹ et peut constituer un frein, en

⁷⁶⁸ C. com., art. L. 225-102-1, VI, al. 2 : « *Lorsque le rapport prévu au deuxième alinéa de l'article L. 225-100 ne comporte pas la déclaration prévue au I ou au II du présent article, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations mentionnées au III. Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire.* »

⁷⁶⁹ M.-P. Blin-Franchomme, Y. Queinnec, « Reporting extra-financier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 22.

nécessitant un traitement complexe face auquel les moyens de contrôle, en particulier des organismes tiers indépendants⁷⁷⁰, peuvent être insuffisants.

322. Intégration du principe « *comply or explain* ». Sensibles aux faiblesses des dispositifs de transparence, spécialement ceux reposant sur des normes de *soft law*, les législateurs européen et français se sont inspirés de la règle d'origine anglo-saxonne du « *comply or explain* » (« appliquer ou expliquer ») pour tenter d'articuler au mieux dispositifs de transparence. Cette règle impose à celui qui se réfère volontairement à un code de gouvernance ou à un autre outil de ce type de l'appliquer, ou s'il en écarte certaines dispositions, de s'en expliquer de manière claire et circonstanciée⁷⁷¹. Ces règles renforcent la contrainte qui pèse sur les dirigeants : l'adhésion au code de conduite devient pleine et entière, et tout écart dans son application doit être justifié.

323. Version française. Ce principe s'établit en droit interne à l'article L. 225-37-4 du Code de commerce pour les sociétés anonymes à conseil d'administration⁷⁷². Le texte ne vise pas l'information extra-financière, mais fait référence à des codes de gouvernance qui pourraient mobiliser de telles notions. Toute la question est de savoir si les codes auxquels se réfèrent les entreprises prévoient de tels engagements. À ce titre, il est regrettable que le principal outil français, le code « Afep-Medef », s'en tienne à des propos laconiques en matière d'information extra-financière : « *Le conseil veille à ce que les actionnaires et les investisseurs reçoivent une information pertinente, équilibrée et pédagogique sur la stratégie, le modèle de développement, la prise en compte des enjeux extra-financiers significatifs pour la société ainsi que sur ses perspectives à long terme.* »⁷⁷³

324. Version communautaire. Au niveau communautaire, le principe du « *comply or explain* » a été mis en évidence par une recommandation⁷⁷⁴ destinée à préciser les conditions d'application de l'article 20 de la directive n° 2013/34 du 26 juin 2013. Elle cherche notamment à assurer la qualité de l'explication fournie en lieu et place de l'application du

⁷⁷⁰ C. com., art. R. 225-105-2.

⁷⁷¹ P. Durand-Barthez, « Le principe « appliquer ou expliquer » », *Cah. de droit de l'entreprise*, mars-avril 2016, p. 25.

⁷⁷² La même obligation existait dans la société à directoire et conseil de surveillance aux termes de l'article L. 225-68 du Code de commerce, mais a disparu par l'effet de l'ordonnance n° 2017-1162 du 12 juil. 2017 « portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés ».

⁷⁷³ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées Afep-Medef, art. 4.2.

⁷⁷⁴ Recommandation n° 2014/208/UE de la Commission du 9 avril 2014 sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise (« appliquer ou expliquer »). Cf. B. Lecourt, « Chronique de droit européen des sociétés », *Rev. sociétés*, 2014, p. 683.

principe. Mais de la même manière, ce texte ne mentionne pas spécifiquement l'information extra-financière, et précise au contraire que son champ d'application concerne « *les sujets les plus importants pour les actionnaires* »⁷⁷⁵. Certes les parties prenantes sont visées comme récipiendaires de cette information ou des explications qui s'y substituent, mais il est douteux qu'elles fassent grand usage de renseignements qui ne les concernent pas, ou pas directement.

325. Un contentieux de l'information ? Face à l'effectivité relative que ces dispositions confèrent à l'information extra-financière, il semble qu'une prise en compte en profondeur des parties prenantes passe plutôt par la possibilité d'un contentieux autour du refus de divulgation, ou de la mauvaise divulgation par les dirigeants. Sur le terrain du refus de divulgation, des dispositions viennent d'ouvrir la possibilité d'agir à « *toute personne intéressée* », ce qui constitue indéniablement une avancée⁷⁷⁶. S'agissant de la qualité de l'information, la matière est plus difficile à appréhender, spécialement pour les tiers qui ne bénéficient pas des qualités d'associé ou d'actionnaire, et qui n'ont pas de relation contractuelle pouvant servir de fondement à un engagement⁷⁷⁷. Au-delà de la responsabilité de la société, celle des dirigeants suppose pour les tiers de dégager une faute séparable des fonctions, hypothèse d'autant plus improbable qu'est à déplorer l'absence de dispositions pénales sur le sujet de la reddition d'information extra-financière. Deux voies s'offrent alors aux parties prenantes soucieuses de pointer le défaut d'information. La première réside dans une forme d'alliance avec des investisseurs (ou dans le fait de se porter elles-mêmes au capital) pour s'ouvrir l'accès à l'action *ut singuli* sur le fondement du non-respect d'obligations légales. Par ailleurs, la qualité d'actionnaire ouvre d'autres possibilités dont les *stakeholders* peuvent avoir l'utilité, de la question écrite au droit d'alerte⁷⁷⁸. La seconde renvoie plus directement à l'intervention de l'entreprise sur le marché et passe par la qualité de consommateur que les parties prenantes peuvent épouser. Le champ très large de la pratique commerciale déloyale paraît doté d'un pouvoir d'attraction suffisant pour devenir un terrain d'action pour les parties prenantes⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ Recommandation n° 2014/208/UE de la Commission du 9 avril 2014 sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise (« appliquer ou expliquer »), sect. 2, pt. 4.

⁷⁷⁶ Cf. *supra* § 313.

⁷⁷⁷ E. Mouial Bassilana, « La responsabilité civile dans le contexte de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) », *Act. prat.*, 2013, n° 127, p. 10 et s.

⁷⁷⁸ S. Sabathier, V. Vidalens, « L'engagement actionnarial se met au service de la RSE », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 24.

⁷⁷⁹ C. consom., art. L. 121-1 ; cf. J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, 2015, p. 138.

326. Encore et toujours la contrainte économique. Quel que soit le potentiel de ces outils juridiques pour imposer aux entreprises de poursuivre des politiques en adéquation avec les principes de la *stakeholders theory*, il semble qu'ils demeurent en retrait de la contrainte économique que fait peser le risque dit de réputation. Autour de lui se construisent à la fois les stratégies des parties prenantes montant à l'assaut de l'espace public pour faire entendre leurs griefs, et le mode de gouvernance des entreprises, soucieuses de leur rapport à l'opinion publique et de leur réactivité face aux mouvements de celle-ci⁷⁸⁰. Se cristallise dans ce constat toute la force et la faiblesse des outils, notamment de transparence, engendrés par une *stakeholders theory* aux origines gestionnaires : la sanction du public et des marchés y apparaît comme le plus puissant des leviers du changement. Pareil constat souligne l'incapacité du droit à imposer, seul et en l'état, des comportements contraignants prenant en compte les parties prenantes.

C. *Stakeholders theory* et développement durable : la nécessité d'un meilleur encadrement juridique

327. *Stakeholders theory* et fonctions de l'entreprise. L'environnement juridique prôné par la *stakeholders theory* ne produit qu'une résonance limitée quand il est envisagé au spectre d'un projet plus large d'identification et de combinaison des fonctions de l'entreprise. Par hypothèse, la considération pour les parties prenantes est une manière pour l'entreprise de s'insérer respectueusement dans son environnement. Il s'agit d'un premier élément grâce auquel l'entreprise change de focale. Bien que continuant à poursuivre un but économique, elle prend en compte les effets de son activité sur son environnement. La fonction économique n'est aucunement écartée ; elle est même réaffirmée mais poussée à un degré de sophistication stratégique élevé, qui tient mieux compte des influences respectives et croisées entre l'entreprise et son environnement⁷⁸¹. Mais à ce stade des principes fondateurs de la *stakeholders theory*, l'entreprise ne diversifie pas réellement ses fonctions. Elle trouve simplement des voies de réalisation de sa fonction économique plus soucieuses de l'environnement, la *stakeholders theory* ayant conduit à une lecture plus consciente des risques, notamment réputationnels et *in fine* économiques, d'une activité de l'entreprise perçue comme mal insérée dans son environnement.

⁷⁸⁰ C. Malecki, « Opinion publique et gouvernance de l'entreprise : un couple inséparable pour le meilleur et pour le pire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, 2015, p. 503.

⁷⁸¹ Cf. *supra* § 285.

328. Responsabilité et transparence : un effet indirect sur les fonctions. Du point de vue des fonctions de l'entreprise, les fondements juridiques de la *stakeholders theory* que constituent la responsabilité et la transparence n'agissent que modérément. En premier lieu, la responsabilité n'influe qu'indirectement sur le comportement de l'entreprise. Elle est un vecteur utile pour une forme d'incitation face à la menace du contentieux lié au dommage éventuellement causé, mais la responsabilité ne comprend pas d'obligation ferme à adopter des comportements conformes à certains standards, tel le développement durable. Le risque est alors de voir émerger des stratégies économiques peu soucieuses de l'environnement social, surtout quand la surface financière de l'entreprise, sa capacité à produire une communication efficace⁷⁸² ou l'organisation de son insolvabilité par l'entremise de personnes morales tierces⁷⁸³ font écran à la désignation de responsables. En la matière et malgré ces risques d'image, la *stakeholders theory* s'en tient à une logique essentiellement curative. La transparence est quant à elle bienvenue pour donner aux parties prenantes les moyens d'une forme de contrôle social sur l'activité de l'entreprise. Mais là encore, ce sont des mécanismes incitatifs qui sont à l'œuvre. Dans l'absolu, une entreprise peut rendre un « *rapport de performance extra-financière* »⁷⁸⁴ peu concluant quant à ses engagements sociaux et environnementaux, et respecter tout de même, par le simple fait d'avoir publié ledit rapport, les obligations juridiques imposées. À nouveau le risque d'image pèse, mais transfère le débat sur le comportement de l'entreprise hors de la sphère juridique.

329. Déterminants des comportements des entreprises. Face à ces apories de la *stakeholders theory*, un retour à la notion de développement durable s'impose. Par la logique d'intégration qui le sous-tend⁷⁸⁵, le développement durable paraît en effet constituer un standard juridique capable d'influencer directement la marche de l'entreprise. L'intégration suppose en effet que le développement durable soit envisagé *a priori* dans l'ensemble des dimensions de l'activité de l'entreprise, et pas seulement *a posteriori* comme en matière de

⁷⁸² En lien avec le droit, cf. R. Aries, « Avocats et communicants : un double jeu qui s'impose », *D. actu*, 28 janv. 2014 ; G. Deharo, « Stratégie judiciaire et performance de l'entreprise : approche dynamique de droit processuel appliquée à l'entreprise », *RTD com.*, 2013, p. 177 ; l'auteure note : « *Le choix d'aller ou de ne pas aller au procès ne doit pas être déconnecté de l'objectif commercial ni de la stratégie de l'entreprise : la place qu'occupera l'entreprise dans la procédure affectera son image commerciale et emporte donc des conséquences importantes sur la communication de l'entreprise qui peut ainsi se présenter en victime, accusateur, accusé, défendeur de droits ou de valeurs liées à l'entreprise.* »

⁷⁸³ B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *D.O.*, 2013, p. 151 ; l'auteur évoque une logique de « *fractionnement des risques* ».

⁷⁸⁴ C. com., art. L. 225-102-1.

⁷⁸⁵ D. Deharbe, « Le principe d'intégration ou une méthodologie pour le développement durable », *Environnement*, avr. 2005, 34, p. 29.

transparence et de responsabilité⁷⁸⁶. Dès lors, selon la manière dont le respect du développement durable est transposé dans le champ juridique, la stratégie de l'entreprise peut comporter des éléments révélateurs d'une fonction sociale ou environnementale. Dans ce cas, transparence et responsabilité servent d'outils de contrôle, cette fois au service d'une ligne de conduite prédéfinie.

330. La *stakeholders theory*, version minimaliste d'une entreprise confrontée à sa fonction sociale. En définitive, la *stakeholders theory* apparaît comme une voie mesurée au plan juridique pour l'intégration du développement durable dans la stratégie des entreprises et l'avancée vers une véritable fonction sociale de ces dernières. Le rattachement à la pensée gestionnaire explique en partie que la fonction économique soit *in fine* prépondérante, comme en témoigne le recours à des instruments pour l'essentiel incitatifs. Les liens avec la *corporate governance* doivent être notés : en se saisissant des instruments de la pensée libérale, les parties prenantes s'adonnent à une forme d'entrisme qui a facilité dans la période récente la visibilité de leurs causes. Si le potentiel réformateur du courant de la responsabilité sociale des entreprises est discutable, il constitue une voie réaliste pour faire avancer la question du développement durable. Il est en quelque sorte une prise de conscience par l'entreprise de son insertion dans un environnement, et une ouverture à celui-ci, ce qui n'est qu'un point de départ. L'exploration par l'entreprise des interactions avec son environnement demeure insuffisante. C'est seulement par la construction d'un environnement juridique plus complet et exigeant qu'une véritable fonction sociale pourrait émerger, mettant en jeu ces interactions de manière plus profonde. Les progrès enregistrés sur le terrain du devoir de vigilance⁷⁸⁷ doivent à ce titre être mis en avant, tant ils dépassent de beaucoup les premiers constats de la *stakeholders theory* en édifiant des obligations juridiques concrètes. Pourtant, même si la problématique du réalisme ne doit pas être ignorée, d'autres projets sont susceptibles de développer dans des proportions inédites le principe d'une fonction sociale de l'entreprise, en donnant au droit une place centrale.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 30 ; l'auteur évoque un principe d'intégration associé au développement durable entendu « *comme un moyen de réorienter le développement économique lui-même en fonction de paramètres écologiques pour dépasser une simple approche correctrice de ses excès* ».

⁷⁸⁷ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 380 ; l'auteur fait état d'une préoccupation sur le rôle du droit que ces travaux rejoignent pleinement : « *Peu importe qu'une technologie relève du droit commercial ou du droit social ; peu importe qu'elle relève de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire : le prisme de l'analyse est davantage le rapport entre un dispositif juridique et la manière dont il oriente un comportement.* »

Section 2 : L'entreprise intégrée à son environnement par la théorie des biens communs

331. La théorie des biens communs est un courant de la théorie économique dont le projet est de s'élever contre l'idée de « *tragédie des biens communs* »⁷⁸⁸. Selon elle, face à des ressources menacées d'épuisement, seules une gestion purement étatique (par nationalisation) ou purement de marché (par la privatisation) permettraient une gestion et une gouvernance efficace conduisant à la meilleure allocation de la ressource et sa pérennité. Appuyée sur l'observation des solutions de gouvernance déployées par les acteurs locaux, la théorie des biens communs présente un riche éventail de modes de gouvernance et de gestion, et en appelle à l'inventivité des populations concernées, en constatant qu'elles peuvent déployer des solutions tout aussi, sinon plus adaptées que les options étatique ou de marché. Les plus éminents travaux sur le sujet sont l'œuvre d'Elinor Ostrom⁷⁸⁹ qui se vît à ce titre, conjointement avec Oliver Williamson, décerner le prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel en 2009. Du fait de l'objectif de préservation des ressources, ces projets entrent en résonance avec la problématique du développement durable ; ils constituent une porte d'entrée vers de nouvelles manières de considérer l'entreprise qui pourraient bien décliner sa de fonction sociale. La créativité des solutions déployées étant mise en évidence par Ostrom, c'est avec une approche résolument prospective que cette thématique sera abordée. Après avoir envisagé la théorie des biens communs telle que proposée dans le champ économique jusque dans ses conséquences juridiques (**Paragraphe 1**), il sera temps de proposer une projection de celle-ci sur l'entreprise (**Paragraphe 2**).

§ 1. Une propriété adaptée aux biens dits « communs »

332. L'entreprise n'est pas le point de départ des recherches d'Elinor Ostrom. Elle fonde son modèle théorique sur la problématique des ressources naturelles et de leur exploitation, et se place délibérément dans l'optique de la préservation de ces ressources. Plus précisément, elle observe que la gestion de ces ressources pose un certain nombre de difficultés spécifiques, au premier rang desquelles un risque de surexploitation pouvant conduire à leur

⁷⁸⁸ G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, 13 déc. 1968, p. 1243.

⁷⁸⁹ E. Ostrom, L. Baechler (trad. et révisions scientifique), *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, de boeck, coll. Planète enjeu, 2010.

disparition. Ainsi, ces recherches font naître à partir de la spécificité des biens communs (A) un régime juridique adapté (B).

A. La spécificité des biens communs

333. Elinor Ostrom n'a pas pour prétention de proposer un modèle qui s'appliquerait au-delà des biens dits « communs ». Dans l'ordre des causalités c'est la nature du bien, susceptible d'extinction en cas d'usage mal contrôlé, qui implique une gouvernance et un mode de gestion spécifique. Mais hors ce type de bien, elle ne prescrit aucun modèle. Dès lors, il est fondamental de s'interroger sur les principaux caractères de ces biens qui expliquent leur spécificité (1), et d'en tirer les conséquences au regard de leur gestion (2).

1. Essai de définition

334. Un point d'ancrage dans l'étude des ressources communes. L'ouvrage de référence⁷⁹⁰ d'Elinor Ostrom sur la question des biens communs ne les définit pas explicitement. S'agissant de préciser à quel type de biens ses propositions se réfèrent, elle utilise la formule de « *common pool resources* », qui pourrait se traduire par « ressource commune », ou « fonds de ressources communes »⁷⁹¹. Cette ressource commune a pour caractéristiques d'être à la fois non-exclusive et rivale⁷⁹². Par non-exclusive, Ostrom entend qu'il est difficile de restreindre l'accès à la ressource, et par là d'empêcher de prélever sur celle-ci. Il s'agit d'un trait caractéristique des biens publics, accessibles largement et librement. Par rivale, elle entend que le prélèvement d'une unité de la ressource est possible, souvent facile, mais se réalise à l'exclusion des autres (un trait caractéristique des biens privés) : par exemple, le poisson (unité) prélevé en mer ne peut plus être prélevé par un autre pêcheur avec lequel la mer (ressource) est partagée.

335. La théorie des biens communs en contrepoint à la « tragédie des biens communs ». Ostrom s'en tient essentiellement à des exemples de ressources naturelles renouvelables⁷⁹³ et celles-ci ont pour particularité d'être épuisables quand le taux de retrait qui s'applique à elles dépasse leur taux de régénération. Il s'agit précisément du scénario de « tragédie des biens communs » : le risque de surexploitation. Dans la mesure où il est à la

⁷⁹⁰ E. Ostrom, *Governing the commons : the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University press, 1990.

⁷⁹¹ P. Dardot, Ch. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014, p. 144.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 143.

⁷⁹³ E. Ostrom, L. Baechler, *op. cit.*, p. 44. Ses études de cas concernent la gestion de prairies et de forêts, de systèmes d'irrigation ou de pêcheries.

fois simple de prélever, et difficile de restreindre l'accès à la ressource, il existe un risque fort que le prélèvement soit excessif, et mette à mal la durabilité du bien en dépassant sa capacité à se régénérer. Deux éléments s'ajoutent à cette problématique pour l'amplifier : en premier lieu le fait que les acteurs en position de prélever les unités ne sont pas incités à supporter les coûts d'entretien de la ressource, profitant à tous, ce qui accélère son dépérissement. En second lieu, le fait qu'il soit également coûteux, et parfois impossible, pour les acteurs d'organiser l'exclusion d'autres afin d'assurer la pérennité de la ressource. Le caractère hybride des biens communs, entre bien privatif et bien public, a conduit les auteurs accréditant l'idée d'une « tragédie des biens communs » à proposer de rabattre leur gestion sur celle soit des biens publics, soit sur celle des biens privés.

2. Propriété et gouvernance

336. Modèle de gestion publique centralisée des biens communs⁷⁹⁴. La première proposition d'un modèle de gestion de ces biens est tournée vers la sphère publique. Dans ce cas, le bien est donc administré par la puissance publique, le plus souvent étatique et centralisée. Cette dernière dispose des moyens permettant d'exclure des personnes souhaitant s'approprier la ressource, ou de réguler leur accès à celle-ci par des accords contraignants. Il est alors permis d'espérer une politique d'appropriation raisonnée de la ressource assurant qu'elle puisse se régénérer, voire se développer. Au plan du droit, le schéma est celui d'une propriété publique, le plus souvent étatique, qui assure elle-même l'exploitation ou l'attribue à des acteurs privés sous forme de concessions qui définissent strictement les règles de son exploitation. Mais le modèle, pour séduisant qu'il soit, n'est pas forcément efficace. Ostrom pointe le fait qu'il repose sur plusieurs postulats « *en termes de pertinence de l'information, de capacités de surveillance, de fiabilité des sanctions et de coûts de gestion* »⁷⁹⁵. Ces difficultés génèrent des coûts divers, et manquent régulièrement leur objectif d'assurer une durabilité du bien commun.

337. Modèle de gestion individuelle privatisée des biens communs⁷⁹⁶. À l'opposé de ces propositions, d'autres économistes ont proposé de soumettre les ressources communes à une forme de privatisation pour les rapprocher du marché. Dans cette optique, la ressource n'est

⁷⁹⁴ Pour une approche éclairante : A. Akhmouch, « Public ou privé : quelle gestion pour les « communs » ? Le cas de l'eau en Argentine », in B. Parance, J. de Saint Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 197.

⁷⁹⁵ E. Ostrom, L. Baechler, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁹⁶ A. Akhmouch, « Public ou privé : quelle gestion pour les « communs » ? Le cas de l'eau en Argentine », *op. cit.*

plus accessible à tous, et se trouve au contraire privatisée : soit elle est confiée à un seul acteur, soit elle est divisée entre plusieurs acteurs, dont les parts de l'accès à la ressource ne sauraient se confondre. Chacun étant seul à disposer de l'accès à sa ressource, mais aussi à l'exploiter, les tenants de cette proposition supposent qu'ils seront plus enclins à assurer la pérennité de la ressource : leur activité économique, donc leur intérêt, dépend *in fine* de leur capacité à gérer correctement la ressource en ne prélevant pas plus que ce qui nuirait à la conservation de la ressource, et en assurant éventuellement son entretien. Dans ce schéma, repris notamment par la pensée néolibérale, l'organisation juridique de l'exploitation des biens communs est entièrement basée sur le principe de propriété privée : la même personne est propriétaire de la ressource et des unités prélevées ; elle dispose du droit d'exclure d'autres utilisateurs et d'assurer la gestion selon les modalités qu'elle seule décide. Ostrom se montre également critique vis-à-vis de ce type de propositions : elle relève que certaines ressources se plient mal à une délimitation en droits privés (la pêche ou l'eau, notamment), et que le partage des terres peut engendrer l'appauvrissement de certains acteurs s'il est réalisé de manière inégalitaire quant au rendement ; elle souligne enfin que la propriété privée ne garantit nullement contre la surexploitation, qui peut être l'œuvre d'un propriétaire individuel dans des conditions semblables à celles qui touchent un prélèvement commun⁷⁹⁷.

338. De la ressource commune au bien commun. Ayant affirmé ses positions critiques face aux solutions proposées en termes de modèles public ou privatisé, Ostrom tente de formuler, à partir d'observations de terrain, une solution à la « tragédie des biens communs » construite à partir des acteurs locaux en position de partager la ressource en commun⁷⁹⁸. Ces observations lui laissent entrevoir des modes de gestion et de gouvernance organisés en commun, et dont certains ont permis la pérennité de la ressource. Selon des critères de droit de propriété et de gouvernance, la ressource commune devient alors un « bien commun »⁷⁹⁹. La spécificité des « *common pool resources* » est pourtant de relever pour partie de logiques propres aux biens publics, et pour partie de caractères de biens susceptibles de propriété privée. Or, la théorie des biens communs telle que développée par Ostrom exclut à la fois le modèle de gestion purement public ou nationalisé, et le modèle de marché et de privatisation. Outre la capacité d'auto-organisation des acteurs concernés par la ressource commune, le

⁷⁹⁷ Sur ces trois points : E. Ostrom, L. Baechler, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 27 : « Plutôt que de faire reposer les politiques sur la présomption que les individus concernés sont impuissants, je souhaite en apprendre davantage sur l'expérience des individus confrontés à des situations réelles. »

⁷⁹⁹ B. Coriat, « Propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements », in B. Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015, p. 32.

fondement du modèle intermédiaire qui s'établit entre État et marché est un agencement du droit de propriété propre à cette catégorie de biens.

339. Une théorie de la propriété conçue comme *bundle of rights*. L'appréhension par Ostrom de la question des droits de propriété s'exerçant sur les biens communs doit pour beaucoup aux écrits de John Roger Commons⁸⁰⁰. Sans entrer dans le détail de cette construction de juristes de *common law* puis d'économistes, le « *bundle of rights* » (ou « faisceau de droits ») décompose la propriété privée absolue⁸⁰¹. Dans la version que reprend Ostrom pour développer son modèle de biens communs⁸⁰², le *bundle of rights* se compose de cinq droits : droit d'accès au bien ; droit de prélèvement des unités sur le bien ; droit de gestion du bien ; droit d'exclure d'autres utilisateurs du bien ; enfin, droit d'aliénation du bien. Outre que ces droits présentent une forme de gradation en fonction de leur force contraignante sur le bien commun, Ostrom relève des différences de nature : les deux premiers (accès et prélèvement) ont un caractère opérationnel ; tandis que les trois suivants (gestion, exclusion, aliénation) représentent l'administration du bien et la part du « choix collectif »⁸⁰³.

340. Décomposition et agencements institutionnels. La décomposition du droit de propriété privée en plusieurs éléments permet d'envisager de nouvelles sortes d'organisation du rapport au bien entre les acteurs (ou « *commoners* »). Il devient en effet possible de ventiler la propriété entre utilisateurs, gestionnaires, décisionnaires ou même véritables propriétaires de la ressource, disposant du droit absolu d'aliénation. Il s'agit dans le cadre théorique développé par Ostrom d'un « système de règles »⁸⁰⁴, d'une modalité d'organisation des droits afférents au bien commun. Par hypothèse, le recours à un agencement institutionnel peut apparaître comme complexe comparé à un régime privatisé de propriété absolue, où toutes les conditions (utilisateur, gestionnaire, propriétaire) sont confondues et attribuées à la même personne. La gouvernance des biens communs impose au contraire de désigner qui administre et qui utilise le bien, mais aussi les conditions dans lesquelles s'organisent et cette

⁸⁰⁰ John Roger Commons, *Legal foundations of capitalism*, Macmillan, 1924.

⁸⁰¹ Sur le sujet : F. Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, n° 14, 2^{ème} semestre / automne 2013. Disponible sur : <http://regulation.revues.org/10471> [Consulté le 13 septembre 2016.]

⁸⁰² E. Ostrom, C. Hess, « Private and common property rights », p. 11.

Disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304699 [Consulté le 13 septembre 2016.]

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 12 et s.

⁸⁰⁴ O. Weinstein, « Comment se construisent les communs : questions à partir d'Ostrom », in B. Coriat (dir.), *op. cit.* p. 74.

administration et cette utilisation. Il s'agit de mettre en œuvre un « coexercice » de droits sur un même bien, qui met en relation à la fois une pluralité d'acteurs, et la communauté qu'ils forment.

341. Problématiques récurrentes dans la gestion des biens communs. Fondée sur des observations de terrain, la pensée d'Ostrom fait émerger un certain nombre de problématiques auxquelles font communément face les « *commoners* »⁸⁰⁵ : la délimitation du bien ou de la ressource commune ; l'édiction de règles conformes aux caractéristiques concrètes du bien ; l'organisation des choix collectifs et de leur délibération ; les modalités de surveillance et de sanction face à un éventuel non-respect des règles édictées ; la résolution des éventuels conflits ; l'imbrication de la communauté par rapport aux autres niveaux (en particulier l'État) s'agissant à la fois de la reconnaissance et de l'articulation avec ceux-ci. Sur l'ensemble de ces questions et en rapport avec la gouvernance qu'elle promeut, Ostrom pointe la nécessité de laisser s'organiser les personnes concernées par le bien commun. Contrairement à l'idée selon laquelle la puissance publique ou un acteur privé unique seraient des gestionnaires optimaux de la ressource, elle démontre, exemples à l'appui, la capacité de groupes auto-organisés à trouver des solutions innovantes à ces problèmes sans compromettre la durabilité de la ressource commune⁸⁰⁶.

342. La gestion du bien commun : une situation de fait propice à l'émergence de règles de droit. Il est éclairant de se pencher sur une des études de cas proposées par Ostrom, notamment celle de communautés d'irrigation aux Philippines⁸⁰⁷, et d'observer les formes juridiques qui s'y déploient. À partir d'une problématique de départ simple (assurer l'irrigation de terres agricoles et permettre l'acquisition de terres à cultiver) la communauté observée développe une organisation sociale particulièrement aboutie sans recourir à l'État ni confier la mission à un acteur privé indépendant. Loin de toute comparaison avec le système juridique français, il est intéressant d'observer le droit qui se déploie dans l'organisation de ce système. Des contrats établissent à la fois la conservation du droit de propriété (au sens strict) de la parcelle par les participants, et les obligations qu'ils ont de contribuer à l'entretien du système d'irrigation, de fournir leur travail à cette fin, et même d'une forme de solidarité en cas de mauvaises récoltes. Se greffent également des règles relevant d'une forme de droit des

⁸⁰⁵ E. Ostrom, L. Baechler (trad. et révisions scientifique), *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, de boeck, coll. Planète enjeu, 2010, p. 112 et s.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 81 et s.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 105 et s.

groupements : les participants disposent de parts sociales qui leur confèrent des droits de vote pour participer à la gestion de l'organisation, et ils élisent des dirigeants dont le rôle est de gérer l'activité au quotidien, surveiller et éventuellement sanctionner les manquements aux règles fixées. Ce seul exemple suffit à démontrer comment la gestion organisée de manière autonome par les participants regroupés autour d'un bien commun devient rapidement un modèle ayant de forts caractères juridiques. Bien qu'Ostrom soulève la nécessité de concevoir ces modèles en adéquation avec le type de ressource commune à encadrer, il est intéressant de réfléchir aux formes que pourrait prendre une systématisation juridique de cette gestion des biens communs.

B. Nécessité d'une gestion adaptée

343. Deux dimensions juridiques émergent de cette approche des biens communs développée par Ostrom. En premier lieu, les biens communs interpellent le droit de propriété exclusif tel que le conçoit la tradition civiliste, et imposent plus généralement de repenser les formes de la propriété (1). En second lieu, au-delà du régime de propriété lui-même, les biens communs imposent des modalités de gouvernance adaptées, afin de réguler l'accès, la gestion, ou encore l'entretien des biens. Cette gouvernance passe, inévitablement, par une réflexion en droit des groupements (2).

1. Un régime de propriété d'un genre nouveau

344. Un régime de propriété d'un nouveau genre. Tenter de concevoir un régime de propriété adapté aux biens communs revient tout d'abord à écarter d'une part la propriété publique, et d'autre part la propriété privée absolue. Le fait qu'Ostrom renonce à la logique de nationalisation des biens communs et de gestion publique implique en effet de ne pas se tourner vers une propriété qui serait celle d'une personne morale de droit public, qu'il s'agisse de l'État ou d'une collectivité territoriale. De même, la propriété privée absolue et individuelle est écartée. Dans le cas français, sa construction par le Code civil de 1804, inchangé sur le sujet, laisse peu d'espace à une conception propice à l'épanouissement d'une forme de commun : la propriété demeure le droit « *de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »⁸⁰⁸. Corollaire de ce droit absolu de jouir et de disposer⁸⁰⁹, l'exclusivité du droit

⁸⁰⁸ C. civ., art. 544.

⁸⁰⁹ J. Ghestin, J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil. Les biens*, 2^e éd., LGDJ, 2010, p. 109.

de propriété permet d'exclure les tiers de l'accès ou de l'usage du bien, et empêche toute prétention à une propriété collective ou commune. De plus, la propriété sur le bien s'étend aux produits de ce bien⁸¹⁰, rendant complexe la construction d'un régime juridique séparant le prélèvement d'unités et la gestion de la ressource.

345. Les choses communes, un régime juridique excluant l'appropriation. Plus proche des propositions d'Ostrom, l'article 714 du Code civil dispose dans son premier alinéa : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.* » La perspective est séduisante dans l'optique des biens communs : elle organise une sorte de « communauté négative »⁸¹¹ qui empêche la propriété privée par accaparement de la ressource, et en garantit l'accès à tous. Mais la problématique des *res communes* réside dans l'absence de gouvernance : l'article 714, à son second alinéa, le démontre en renvoyant aux « *lois de police* » les restrictions à la jouissance de la chose commune. Si un tel régime peut convenir à des biens immatériels non-rivaux, une ressource naturelle épuisable risque de ne pas y trouver les moyens de sa préservation⁸¹².

346. Les propriétés collectives, des régimes juridiques inaboutis. Il est encore plus difficile de trouver la piste des biens communs dans l'examen des régimes juridiques qui s'apparentent à une propriété collective. L'indivision, pour prendre l'exemple le plus évident, est juridiquement pensée comme une étape vers le partage (soit précisément la division), et constitue plus probablement un assemblage de propriétés individuelles reliées⁸¹³. De manière générale, le législateur, parfois avec l'aide de la jurisprudence, a construit de nombreux régimes juridiques circonstanciés pour résoudre des situations qu'une propriété privée absolue ne parvenait pas à régler. C'est le cas notamment des sépultures, de la copropriété des immeubles bâtis, de la mitoyenneté ou encore de la communauté des biens entre époux⁸¹⁴. Si ces régimes juridiques fournissent des indices pour penser un début de propriété collective, leur forte relation à des situations de fait ou de droit précises empêche qu'il soit envisageable de construire à partir d'eux un modèle à généraliser. D'autres systèmes juridiques ont pourtant, à l'étranger, développé des formes plus ambitieuses de propriété collective, voire

⁸¹⁰ C. civ., art. 546 *in limine* : « *La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit (...)* »

⁸¹¹ Selon une formule attribuée à Proudhon par J. Rochfeld, « *Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français* », in B. Coriat (dir.), *op. cit.*, p. 92.

⁸¹² *Ibid.*, p. 93.

⁸¹³ F. Zenati-Castaing, « *La propriété collective existe-t-elle ?* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 592.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 602 et s.

commune. L'exemple germanique de la « *gesamte hand* » est à souligner⁸¹⁵ : cette institution consiste en une société de personnes dépourvue de personnalité morale, destinée à gérer un bien et accordant la propriété au groupe tout entier. Dans une perspective communautaire très aboutie, seuls les membres peuvent revendiquer des droits sur le bien, et surtout, tout renoncement à la qualité de membre implique un renoncement corrélatif à tout droit sur le bien.

347. Les biens communaux, un régime juridique stimulant mais archaïque. Aussi intéressante juridiquement que son usage s'est réduit pratiquement, la notion de « biens communaux » survit dans un relatif anonymat qui n'empêche pas de l'évoquer. Le Code civil définit ces biens comme « *ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* »⁸¹⁶. Vestiges de l'époque prérévolutionnaire, ces biens, généralement des bois ou pâturages, pourraient s'approcher de la qualification de biens communs au sens d'Ostrom, mais ont pour la plupart été soit divisés par l'effet de lois révolutionnaires⁸¹⁷, soit rattachés aux communes personnes morales de droit public comme partie de leur domaine privé. La subsistance de biens communaux mais également de sections de communes⁸¹⁸ permet d'envisager avec curiosité la gouvernance de ces biens, selon des modalités qui rappellent la conception de la commune comme une sorte de syndicat privé d'habitants⁸¹⁹. De ce point de vue, les biens communaux présentent ce mélange entre droit privé et droit public qui pourrait séduire en vue d'une application aux biens communs, mais la forte attraction du droit public et le sort qui leur est réservé rendent ces solutions difficilement mobilisables⁸²⁰.

348. Rapprochements possibles entre biens communs et fonction sociale de la propriété. Si la fonction sociale de la propriété apparaît après la lecture de Duguit comme un modèle théorique plus que comme une réalisation pratique, un point de comparaison mérite ici d'être établi. Se détachant de la propriété comme droit absolu, Duguit propose en effet une propriété façonnée par les fonctions que lui assigne le champ social⁸²¹. Même exercée

⁸¹⁵ Sur cette notion : D. Hiez, « La propriété commune de la coopérative, un modèle pour le droit du développement durable », in J.-F. Draperi (dir.), *Défis coopératifs. Alimentation, crédit, démocratie, développement*, L'Harmattan, coll. Les Cahiers de l'économie sociale, 2008, p. 365.

⁸¹⁶ C. civ., art. 542.

⁸¹⁷ En particulier un décret du 10 juin 1793.

⁸¹⁸ CGCT., art. L. 2411-1 et s.

⁸¹⁹ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif. Tome 2. Droit administratif des biens*, LGDJ, 2014, p. 372.

⁸²⁰ F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », *op. cit.*, p. 603.

⁸²¹ Cf. *supra* § 219.

individuellement, cette propriété se trouve nouée à une forme de collectif ou de solidarisme⁸²² puisque son régime juridique intègre les influences de son environnement social. En conséquence, certains comportements de propriétaire sont prescrits et encouragés quand d'autres, que la propriété absolue aurait pourtant légitimé, sont proscrits. La théorie des biens communs s'apparente à ce projet en dessinant une propriété plus complexe donc susceptible d'adaptation, mais va plus loin en fixant l'objectif de préservation ou de durabilité du bien, et en faisant appel aux personnes concernées pour la définition des modalités de gouvernance.

349. La propriété des personnes morales, un régime juridique riche en potentialités.

Les origines historiques de la personnalité morale des groupements ont beaucoup à voir avec la nécessité d'organiser sur un mode individuel simplifié une forme de propriété initialement collective⁸²³. De fait, la situation actuelle des sociétés est limpide s'agissant du rôle d'écran de la personnalité morale : au plan du droit les associés sont propriétaires individuels de leurs parts, mais pas de la société, et encore moins des biens dont celle-ci dispose pour mener son activité. Quant à l'association, elle ne présente même pas de lien sous forme d'un droit de propriété entre la personne morale et ses membres. S'il n'est pas question ici de relancer le débat sur la réalité des personnes morales, force est de constater qu'elles présentent un instrument utile s'agissant de gérer collectivement un bien, *a fortiori* un bien commun. Sans doute le recours à la personne morale renvoie vers le régime de propriété privée individuelle que la personne morale exercera sur le bien ou la ressource en cause. Mais s'agissant de produire les agencements institutionnels dont Ostrom souligne l'efficacité, l'instrument sociétaire et statutaire permet par le contrat des organisations à la fois diverses, donc potentiellement adaptées, et un mode de fonctionnement détaillé. Toute la problématique réside cependant dans l'usage, bon ou mauvais, qui peut être fait de l'instrument sociétaire, s'agissant de faire advenir une gouvernance du bien commun cohérente et adaptée.

2. Des règles de gouvernance spécifiques

350. Caractérisation juridique des études de cas. Les situations concrètes de gestion de biens communs à partir desquelles Ostrom construit sa théorie présentent certaines similitudes en matière d'organisation des collectifs et de formes juridiques des institutions créées. Il est ainsi possible de noter que sont adoptés dans le cadre d'alpages communs suisses des « *statuts*

⁸²² S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 67, 2011/2, p. 69.

⁸²³ F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », *op. cit.*, p. 596.

du village » en même temps qu'est organisée une « *association alpine* » tenant ses propres assemblées⁸²⁴ ; dans un autre contexte, des terres communes japonaises sont gouvernées par des « *assemblées villageoises* »⁸²⁵. S'agissant des communautés d'irrigation espagnoles, elles présentent une organisation parfois complexe, avec syndic d'irrigateurs, comité exécutif, assemblée générale, secrétaire exécutif et même employés⁸²⁶. Elles présentent aussi la spécificité d'imposer une possession de superficie minimale pour disposer d'un droit de vote, sans pour autant (une fois le minimum requis atteint) que ce droit politique soit fonction de la superficie⁸²⁷. Enfin, au sujet du cas de l'irrigation aux Philippines, Ostrom mentionne précisément un système d'association et de parts sociales, qui confèrent à la fois droit de vote, droit d'usage de l'eau irriguée, de disposition d'une part de terrain de la communauté, mais aussi des obligations de contribuer en travail ou monétairement aux travaux nécessaires à l'entretien du système⁸²⁸.

351. Traits communs aux situations observées. Dans cette diversité d'exemples apparaît de manière exemplaire le principe d'auto-organisation cher à Ostrom et qui s'impose de lui-même, avec une dimension historique. Sans référer à des modèles juridiques précis, ces collectifs s'instituent et fixent leur propres règles de fonctionnement, de gestion, d'accès à la ressource, et même de régulation des conflits éventuels sans se tourner ni vers la puissance publique ni vers des acteurs de marché. Plus originale et marquante encore est la prétention démocratique qui en émane : reprenant les propos d'un historien local, Ostrom souligne la grande stabilité du « *caractère démocratique et représentatif de la commune agricole de Murcie* »⁸²⁹, caractère qui émerge dans les autres exemples évoqués qui semblent tous organiser la prise de décision sur la base du principe « une personne, une voix » (ou un foyer concerné, une voix).

352. Une correspondance entre théorie des biens communs et modèles juridiques d'économie sociale. Il est intéressant, à partir de ces constats, de se demander quelles formes juridiques le droit commun propose à ces participants à l'usage d'un bien commun. Pour rappel, un aspect caractéristique de ces auto-organisations est le rejet conjoint de s'en remettre

⁸²⁴ E. Ostrom, L. Baechler (trad. et révisions scientifique), *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, de boeck, coll. Planète enjeu, 2010, p. 83.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 87.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 92 et s.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 105 et s.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 104 ; propos attribués à l'historien murcien Diaz Cassou.

à l'État pour encadrer l'accès à la ressource, et de se déposséder au profit d'un acteur privé intervenant sur un marché. Étant entendu que le recours à la personnalité morale se pose comme solution efficace pour l'administration en commun de la ressource, les modèles proposés par les dérivés de l'associationnisme⁸³⁰ aujourd'hui réunis dans l'économie sociale paraissent adaptés⁸³¹. Plusieurs arguments plaident en effet pour le recours à des formes d'associations ou de coopératives. Historiquement, ces modèles représentent des solutions mises en œuvre par des communautés ayant pour objectif de s'auto-organiser pour faire face à des problématiques diverses⁸³². Conceptuellement, la dimension institutionnelle de ces groupements est prégnante, puisqu'ils permettent une grande diversité statutaire, donc l'établissement de règles spécifiques et leur contrôle (par exemple, le processus de révision coopérative permet au mouvement coopératif d'observer la concordance entre le mode de fonctionnement promu et sa réalisation⁸³³). Par ailleurs, ces groupements sont par nature démocratiques au travers du principe « une personne, une voix »⁸³⁴, et permettent la fixation d'un droit d'entrée dans la structure fondé non pas sur une participation capitalistique, mais sur l'usage⁸³⁵ et la participation active⁸³⁶.

353. La propriété privée subvertie par les modèles juridiques d'économie sociale. Le passage par l'écran de la personnalité morale renvoie le bien commun à un régime théorique de propriété privée, l'institution ayant la disposition du bien. Mais les relations entre l'institution et ses membres dans les modèles d'économie sociale portent une forme de subversion vis-à-vis de cette propriété privée. En effet, il n'est pas tant question du rapport d'une ou plusieurs personnes à un bien, que du rapport entre ces personnes⁸³⁷. Ces modèles permettent des choix de gestion adoptés par délibération démocratique, et insistent en premier

⁸³⁰ L'associationnisme peut être défini comme « le projet de démocratisation de la société mené à partir d'actions collectives, libres et volontaires, ayant pour but la lutte pour l'égalité ». Cf. J.-L. Laville, « Histoire et actualité de l'associationnisme : l'apport de Marcel Mauss », *Revue du MAUSS*, n° 36, 2010/2, p. 295.

⁸³¹ P. Dardot, Ch. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014, p. 501.

⁸³² J.-L. Laville, *L'économie sociale et solidaire. Pratiques, théories, débats*, Éditions Du Seuil, 2016 ; cf. en particulier la première partie de l'ouvrage.

⁸³³ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 25-1.

⁸³⁴ Loi n° 47-1775, art. 4.

⁸³⁵ Loi n° 47-1775, art. 1 : sont évoqués « l'effort commun » des membres (al. 1) et leur « participation active » (al. 2).

⁸³⁶ P. Dardot, Ch. Laval, *op. cit.*, p. 151.

⁸³⁷ D. Hiez, « La propriété commune de la coopérative, un modèle pour le droit du développement durable », in J.-F. Draperi (dir.), *Défis coopératifs. Alimentation, crédit, démocratie, développement*, L'Harmattan, coll. Les Cahiers de l'économie sociale, 2008, p. 364 ; l'auteur signale, à propos des modèles de propriété communautaire, que « leur structure sociale ne se situe pas d'abord sur les relations de l'homme aux choses, mais des hommes entre eux, le rapport des biens n'étant dès lors le plus souvent que la manifestation de relations sociales. »

lieu sur les notions d'usage et d'usager⁸³⁸ : il s'agit à la fois d'une condition d'entrée via le principe de double qualité⁸³⁹, et d'une clé de répartition des excédents éventuels⁸⁴⁰. En second lieu, la solidarité et une forme d'altruisme se réalisent en particulier par la réserve impartageable⁸⁴¹ et par la dévolution altruiste⁸⁴². Enfin le mouvement coopératif insiste sur certaines valeurs éducatives, favorisant la formation de ses membres et la transmission⁸⁴³, donc l'inscription durable dans le temps⁸⁴⁴. Le rapport des membres de la coopérative ou de l'association à la ressource commune est durablement modifié : l'instauration d'un collectif, de modes précis de délibération démocratique et d'adoption des normes communes⁸⁴⁵, ou la mise en place de dispositifs juridiques voués au développement durable de la ressource s'éloignent par bien des aspects d'une propriété privée.

354. Vers l'entreprise commune ? L'ensemble de ces développements sur les biens communs s'appuie sur la nature spécifique des biens considérés : ce sont les caractères du bien qui imposent des modes d'appropriation et de gestion spécifiques, et éventuellement des entreprises particulières dont les contours ont été dessinés à travers les modèles d'économie sociale. Est-il possible de renverser l'affirmation, et de réfléchir, sur la base de ces modes d'entreprendre, à une transformation de l'entreprise elle-même en ressource commune ? L'hypothèse mérite d'être envisagée.

§ 2. L'entreprise, un « bien commun »

355. Le projet d'une extension de la théorie des biens communs à l'entreprise a été soulevé avec des degrés divers de précision par des chercheurs de plusieurs disciplines dans la période récente. Si certains s'en tiennent à évoquer le potentiel de la question⁸⁴⁶, d'autres l'avancent

⁸³⁸ Sur ce point : P. Francoual, « La part sociale coopérative, un exemple de propriété commune », *Recma*, n° 345, juil. 2017, p. 57.

⁸³⁹ Loi n° 47-1775, art. 3 bis : bien que la présence d'associés non-coopérateurs (c'est-à-dire n'étant pas usagers) soit permise, elle constitue une exception.

⁸⁴⁰ Loi n° 47-1775, art. 15 : y est fixé le principe d'une répartition des excédents « *au prorata des opérations traitées* » avec les membres.

⁸⁴¹ Loi n° 47-1775, art. 1 al. 4 et art. 16.

⁸⁴² Loi n° 47-1775, art. 19 : selon ces dispositions, l'éventuel actif subsistant est transmis à d'autres groupements de l'économie sociale et solidaire, mais en aucun cas partagé entre les membres.

⁸⁴³ Loi n° 47-1775, art. 1 : est mentionné parmi les principes fondateurs de la coopération « *la formation desdits membres* ».

⁸⁴⁴ Sur ces points : P. Francoual, « Les réserves impartageables, une voie pour l'entreprise sociale et durable », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 40, oct. 2016, p. 20.

⁸⁴⁵ P. Dardot, Ch. Laval, *op. cit.*, p. 445.

⁸⁴⁶ D. Hiez, « L'entreprise sociale et solidaire, une source d'inspiration pour le droit de l'entreprise ? », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 273 et s.

comme composante d'un projet de changement radical⁸⁴⁷. La proposition la plus avancée revient à Simon Deakin, dont l'essai de systématisation au plan juridique apparaît porteur de perspectives⁸⁴⁸. Cette approche originale de l'entreprise renvoie à deux principales problématiques qu'il convient d'éclaircir : la transposition de l'idée de bien commun à l'objet entreprise (A) ; puis les conséquences juridiques qu'il conviendrait de tirer de ce rapprochement (B).

A. L'élargissement de la notion

356. Les écrits d'Ostrom, et leur transposition à l'entreprise par Deakin⁸⁴⁹, mettent en lumière deux dimensions fondamentales du bien commun : le fait que sa propriété puisse être décomposée dans le cadre théorique du *bundle of rights* en des droits diversement mobilisables (1), et l'agencement de ces droits qui repose sur des choix institutionnels (2).

1. L'entreprise, ressource commune

357. Du bien commun à l'entreprise commune ? Le passage du bien, *a fortiori* commun, à l'entreprise résume à lui seul toute la problématique qui entoure l'élargissement de la théorie d'Ostrom. Celle-ci est en effet conçue sur la base d'études de cas mettant en lumière des ressources naturelles ou dérivées par l'homme : prairies, forêts, eaux permettant la pêche ou encore systèmes d'irrigation. La notion de bien commun paraît ainsi supposer, à l'origine, une réalité plus ou moins concrète posant des difficultés en termes de partage et de durabilité. La période récente a vu la théorie des biens communs rencontrer les biens immatériels et incorporels, dans le cadre en particulier des licences de logiciels⁸⁵⁰. Ce nouvel espace pour les communs, bien que conçu dans un univers cybernétique, n'en constitue pas moins une réalité tangible, le logiciel étant un objet suffisamment concevable pour servir de point de départ. Cette facilité à concevoir le bien commun est étrangère à la notion d'entreprise. Comme cela a pu être exposé, la définition de l'entreprise au plan juridique pose d'immenses difficultés et demeure source de controverses doctrinales. Or, rattacher l'entreprise à une notion, même élargie, de « bien » crée une difficulté particulière en prenant acte d'une logique de réification défendue par la *corporate governance* dans sa version de la théorie de l'agence⁸⁵¹. La

⁸⁴⁷ P. Dardot, Ch. Laval, *op. cit.*, p. 490.

⁸⁴⁸ S. Deakin, « The Corporation as Commons : Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise », *Queen's Law Journal*, 2012, n° 37, p. 339.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 369.

⁸⁵⁰ De longs passages sont consacrés aux communs immatériels dans : B. Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015.

⁸⁵¹ Cf. *supra* § 20.

contradiction juridique est incontournable : l'idée d'une propriété de l'entreprise ne saurait tenir, pas plus d'ailleurs qu'une propriété de la société personne morale. Actionnaires et associés n'étant propriétaire que de leurs parts, une fiction s'établit par l'attribution de la personnalité morale, qui permet à la société de contracter et d'être propriétaire des biens nécessaires à son activité.

358. L'entreprise, ressource plutôt que bien ? Pleinement conscient des différences entre société et entreprise, comme de l'absence de propriété des actionnaires sur l'actif de la société, Deakin n'en met pas moins en œuvre le rapprochement entre bien commun et entreprise⁸⁵². Il y parvient en réinterrogeant non pas l'entreprise en tant que bien *stricto sensu*, mais en tant que ressource, restant proche en cela des propositions d'Ostrom. Sans doute l'entreprise n'a pas de propriétaire, mais elle est l'objet de « revendications » (Deakin utilise le mot « *claim* »⁸⁵³) de « parts de propriété » et de « droits d'utilisation » par divers participants de son activité. Ces prélèvements (monétaires ou non) sont organisés par les disciplines juridiques qui s'appliquent à l'entreprise : droits des actionnaires ou associés à recevoir rémunération, prélèvement fiscal, salarial, contraintes de concurrence ... Or ces revendications de prélèvement posent les mêmes difficultés que pour les communs observés par Ostrom : une forme de surexploitation fait courir le risque d'attenter à la durabilité de la ressource commune.

359. Détournement du *bundle of rights* pour une application à l'entreprise. Plus largement, Deakin propose une adaptation du *bundle of rights* à l'entreprise, et établit des correspondances avec le mode de fonctionnement de celle-ci⁸⁵⁴. Le droit d'accès se matérialise dans la matière contractuelle qui permet de devenir actionnaire, client, salarié ou de faire crédit à l'entreprise. Le droit de prélèvement trouve ses principales formes dans les prétentions des participants, respectivement aux dividendes, salaires, ou encore impôts. Le droit de participation à la gestion comprend les modalités de prise de décision des dirigeants, éventuellement soumises à des consultations ou avis des *stakeholders*, en particulier les salariés. Le droit d'exclure prend la forme de décisions permettant de donner accès aux droits évoqués à tel ou tel participant, et d'édicter les règles en la matière. Enfin et de manière évidente, le droit d'aliénation permet à ses détenteurs de vendre, supprimer ou modifier radicalement la nature de l'entreprise.

⁸⁵² S. Deakin, *op. cit.*, p. 367 et s.

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 373.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 374.

360. Multidimensionnalité des catégories juridiques mobilisées. Dans cette optique, si l'entreprise est un « bien commun », elle n'appartient cependant pas à une seule personne ou un seul groupe de personne. Au contraire, cette propriété est éclatée et multidimensionnelle. Considérée comme une ressource commune, l'entreprise impose des contributions et autorise des prélèvements par les parties en présence. Leur diversité conduit à des régimes juridiques différents, fruits de leurs positionnements par rapport à l'activité. Mais de la même manière que les biens communs analysés par Ostrom ne sauraient être privatisés par un seul acteur et échapper au collectif d'utilisateurs locaux, l'entreprise comme bien commun ne peut être considérée comme appartenant aux seuls associés ou actionnaires (postulat de la théorie de l'agence) dans la mesure où une multitude de *stakeholders* contribuent et prélèvent également⁸⁵⁵. Cette multiplicité d'acteurs et de positions juridiques par rapport à l'entreprise, si elle est saisie et organisée, ouvre un parallèle avec la pluralité des fonctions de l'entreprise⁸⁵⁶ : la fonction économique demeure, en ce qu'elle est l'objet principal des contributions et en ce qu'elle permet les prélèvements ; mais la diversité d'acteurs conviés à participer à la gouvernance peut orienter l'entreprise vers d'autres objectifs complémentaires, lui trouver d'autres motivations. Au premier rang de celles-ci se trouve la recherche d'une forme de durabilité, elle seule permettant à ces acteurs de perpétuer leur relation à l'entreprise qui constitue leur ressource commune.

2. L'entreprise, choix institutionnel

361. Diversité des positions et des droits de propriété. Cet agencement du faisceau de droits sur l'entreprise définie comme ressource pose inmanquablement la question des choix institutionnels. Le caractère descriptif et statique de l'idée de *bundle of rights* impose en effet un processus de mise en dynamique qui prend la forme des choix de gouvernance dont Ostrom souligne l'importance au sujet des biens communs. Étant entendu qu'une grande variété de *stakeholders* recourent à l'entreprise sous des formes variées, et que ces *stakeholders* ont précisément intérêt à ce que l'activité de l'entreprise soit pérenne, la gouvernance doit refléter l'objectif collectif, et la diversité des implications. Ainsi décomposée en plusieurs dimensions, la relation de droit entre l'entreprise et ses participants

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 373 : « *Different stakeholder groups have claims or rights of various kinds to use the resources produced in and by the firm, in return for the inputs they make into the creation and maintenance of those resources.* »

⁸⁵⁶ *Cf. supra* § 235 et s.

doit être organisée et distribuée, en tenant compte des problématiques singulières de la ressource commune évoquée, ici l'entreprise.

362. La théorie des biens communs en contrepoint du droit de disposer prôné par la *corporate governance*. La proposition formulée par Deakin met en évidence l'écart important entre cette approche par le commun, et les principes mis en avant depuis les années 1970 par les tenants de la *corporate governance*. La prédominance des *shareholders* théorisée par ces derniers est ici rejetée au profit de considérations importantes pour les *stakeholders*. Mais ces derniers ne sont pas seulement pris en compte par les organes de gouvernance : ils disposent de véritables droits dans celle-ci, dans la mesure où ils prennent part au développement de la ressource commune. La principale différence relevée par Deakin tient aux possibilités d'aliénation du bien commun. Sur ce point, la théorie des communs démontre que la possibilité d'aliénation est généralement très encadrée, et il décrit en parallèle le souci historique du droit des sociétés de limiter ces possibilités d'aliénation⁸⁵⁷. De manière évidente, l'objectif de préservation est un élément important de la gouvernance des biens communs quand ceux-ci sont des ressources naturelles. Or la position spécifique des porteurs de capitaux dans la *corporate governance* leur donne en principe un droit d'aliénation absolu, appuyé sur le fait qu'ils sont considérés comme propriétaires de l'entreprise. Ce droit qui peut aller jusqu'à la destruction de la ressource entre en contradiction avec la théorie des biens communs visant à sa préservation, qui impose au contraire un équilibre avec les intérêts des autres intervenants⁸⁵⁸. Difficile de ne pas voir ici un parallèle évident, non seulement avec la théorie Duguiste de fonction sociale de la propriété, mais également avec son prolongement dans une théorie de la fonction sociale de l'entreprise⁸⁵⁹. Là où la *corporate governance* élève l'associé en propriétaire libre de disposer de l'entreprise, une théorie de la fonction sociale se montre soucieuse des conséquences de cette volonté de « désentreprendre » en recherchant sous quelle forme une continuité peut être recherchée.

363. La théorie des biens communs au soutien d'une diversité institutionnelle. Contrairement au modèle de la théorie de l'agence et de la valeur actionnariale porté par la *corporate governance*, les préconisations d'Ostrom ne proposent pas un modèle unique et

⁸⁵⁷ *Ibid.* p. 374 : « *Historically, corporate law has placed at least as much stress on the idea of shareholder lock-in, or limited alienation rights, as it has on shareholders' rights to sell their claims to third parties.* »

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 377 : « *Viewing one user group as having priority over the others in the use it can make of common resources and in its power to hold the managers of the resource to account is not compatible with the maintenance of the resource over time.* »

⁸⁵⁹ *Cf. supra* § 232 et s.

applicable à toutes les situations. Au contraire, cette dernière insiste sur la nécessité de concevoir une gouvernance adaptée aux problématiques spécifiques des biens communs en question. Pour ce faire, sont énoncées plusieurs questions ou difficultés à régler : limites du bien commun, règles d'appropriation adaptées aux contributions et aux conditions locales, modalités de production des règles collectives et communes, surveillance et sanctions, résolution des conflits, reconnaissance par les autorités extérieures, et imbrication dans des ensembles plus importants⁸⁶⁰.

364. Une diversité envisageable pour l'entreprise. L'exposé de Deakin reprend cet ensemble de « principes de conception » pour envisager l'entreprise⁸⁶¹ : il propose des solutions qui encouragent l'implication des *stakeholders*, gage de durabilité de l'entreprise comme ressource. Il s'agit par exemple : de promouvoir les qualités de *stakeholders* grâce à la définition des limites de l'entreprise ; d'imposer à l'ensemble des intervenants une correspondance plus forte entre leurs apports au développement du bien commun et les bénéfices qu'ils sont susceptibles d'en retirer ; ou encore d'organiser la participation des *stakeholders* à la définition des règles communes, en leur permettant d'adapter celles-ci aux contextes particuliers des unités de production si elles sont diverses.

365. La théorie des biens communs comme principe d'auto-organisation. La proposition d'Ostrom insiste sur l'émergence de règles concrètement adaptées au développement du bien commun, à l'opposé de l'idée selon laquelle les logiques de marché appuyées sur une propriété privée absolue seraient les seules à être efficaces. Or ces règles ne peuvent être produites que par un processus d'auto-organisation des utilisateurs de la ressource commune, seuls susceptibles par leur connaissance concrète d'en formuler le contenu. Précisément, cette communauté des utilisateurs de la ressource commune dépasse largement la catégorie des actionnaires ou associés dans le cadre de l'entreprise privée. Ces derniers disposent de certaines prérogatives à l'égard de la ressource commune, mais le développement et la durabilité de cette ressource reposent également sur d'autres acteurs, qui ne peuvent être ignorés. Cette présence des parties prenantes suppose qu'elles soient prises en compte dans les règles de gouvernance à un premier degré d'intégration ; mais en poussant

⁸⁶⁰ E. Ostrom, L. Baechler (trad. et révisions scientifiques), *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, de Boeck, coll. Planète enjeu, 2010, p. 114 et s.

⁸⁶¹ S. Deakin, « The Corporation as Commons : Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise », *Queen's Law Journal*, 2012, n° 37, p. 378.

plus loin, ces parties prenantes doivent avoir prise sur les règles de gouvernance elles-mêmes, et pouvoir les influencer⁸⁶².

366. Dynamique des choix institutionnels. Ainsi considérée, l'entreprise n'est plus un espace figé autour de l'intérêt des actionnaires. Elle diffère également de la vision institutionnelle classique qui recherche un équilibre entre les parties prenantes fondé sur des considérations éthiques et la mise en avant de l'entreprise comme réalité immanente. La théorie des biens communs innove en ce sens que la prise en compte des parties prenantes y est non pas le résultat d'une bonne gouvernance, mais sa condition. Autrement dit, c'est précisément la capacité d'auto-organisation et la propension des parties prenantes à trouver des solutions qui est mise au cœur de la gouvernance de l'entreprise, ce qui ouvre la porte à la définition d'une fonction sociale débordant le cadre économique habituellement connu de l'entreprise.

367. La durabilité au cœur du rapport à la ressource. Par ailleurs, la théorie des biens communs présente l'intérêt de ne pas faire mystère de l'objectif poursuivi. La *shareholder value*, mise en avant par la *corporate governance*, pose à certains égards la difficulté de ne pas trancher entre court ou long terme. La théorie institutionnelle insiste sur un intérêt de l'entreprise souvent complexe à appréhender. L'application de la théorie des biens communs à l'entreprise envisage seulement la durabilité de la ressource comme objectif⁸⁶³, dans l'intérêt des utilisateurs et quel que soit leur statut ; elle correspond donc sur ce point aux deux déclinaisons, durabilité et collectif, de la fonction sociale proposée pour l'entreprise⁸⁶⁴. Elle constitue aussi une application stimulante de la méthode d'intégration qui est à la base des théories du développement durable⁸⁶⁵. Face à la montée de ces préoccupations, elle présente une option maximaliste. Tout l'enjeu réside alors dans la traduction juridique de ces principes.

B. Essai de transposition dans l'ordre juridique

368. La durabilité, un objectif sous-jacent dans l'ordre juridique. En l'état, la proposition d'une approche de l'entreprise par le prisme de la théorie des biens communs n'a été envisagée que sous un angle doctrinal. En conséquence, aucune politique juridique ne

⁸⁶² *Ibid.*, p. 381 : « *the participation of the different stakeholder groups in the formulation of the rules governing the management and use of those resources.* »

⁸⁶³ *Ibid.* : « *Viewing the corporation as a commons in this sense is the first step toward a better understanding of the role that the corporate form can play in ensuring wider economic and social sustainability.* »

⁸⁶⁴ *Cf. supra* § 246 et s.

⁸⁶⁵ D. Deharbe, « Le principe d'intégration ou une méthodologie pour le développement durable », *Environnement*, avr. 2005, 34, p. 29.

porte ces principes à dessein. Il y a pourtant lieu de penser que les principes existent en germe dans l'ordre juridique, et qu'il convient surtout de penser les liens entre l'approche théorique de la théorie des biens communs et ces réalités juridiques. Ainsi, le recours à la notion de « *commons* » pour approcher l'entreprise implique nécessairement de fixer comme objectif sa préservation en tant que ressource. Il s'agit d'un élément fondamental dégagé par Ostrom dans ses observations : les choix institutionnels qui organisent l'attribution des dimensions de la propriété n'ont de sens que dans la mesure où ils visent à assurer que les prélèvements puissent se poursuivre de manière pérenne.

369. Développement durable et durabilité de la ressource commune. Le droit positif se soucie partiellement de la question au travers de la notion de développement durable⁸⁶⁶. Est-elle cependant de la même nature que les objectifs prônés par la théorie des biens communs ? En l'état actuel du droit, il est permis d'en douter. La logique du développement durable vise en effet à ce que l'entreprise se développe, et plus généralement mène son activité en s'assurant que les conditions de cette activité soient préservées, pour elle comme pour les tiers, au travers des logiques de responsabilité et de transparence. Mais l'entreprise est-elle pour autant durable en tant que telle ? Les deux objectifs se recoupent⁸⁶⁷, mais il y a une différence de degrés s'agissant de leur mise en œuvre et des outils de gouvernance mobilisés. Ainsi la transparence apparaît à certains comme un engagement suffisant pour assurer que l'entreprise ne dégrade pas son environnement ; mais elle n'interdit pas, dans l'absolu, un processus d'aliénation de la ressource que constitue l'entreprise à l'initiative des actionnaires ou associés dépositaires de cette prérogative, du moment que ceux-ci respectent les règles qui les obligent à répondre et éventuellement réparer les dommages nés de cette aliénation. Par l'intégration qu'elle promeut, la théorie des biens communs appliquée à l'entreprise s'engage dans une approche maximaliste du développement durable, qui dépasse pour l'instant de beaucoup l'état du droit.

370. La préservation de l'entreprise, enjeu juridique de la loi « Florange ». Certaines dispositions du droit du travail illustrent pourtant la problématique de la préservation de l'entreprise. Le dispositif de la loi « Florange »⁸⁶⁸ a pour objet d'imposer la recherche d'un repreneur par toute entreprise projetant la fermeture d'un établissement. Cette obligation

⁸⁶⁶ Cf. *supra* § 271 et s.

⁸⁶⁷ F.-G. Trébulle, « Le développement durable, un enjeu global », *Cah. de dr. de l'entreprise*, mai-juin 2010, p. 26 : « on peut penser qu'il n'y aura de développement durable qu'avec des entreprises qui elles-mêmes le seront. »

⁸⁶⁸ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, art. 1 ; cf. *supra* § 247.

s'inscrit de manière évidente dans la préoccupation d'assurer la pérennité des entreprises, ou tout au moins de parties d'entre-elles. Cet impératif entre pleinement en résonance avec l'idée de Deakin d'une limitation du droit d'aliénation sur la ressource que serait l'entreprise. C'est précisément en défense de ce droit d'aliénation que le Conseil constitutionnel s'est exprimé, expurgant de la loi qui lui était soumise les dispositions qui visaient à sanctionner les cas de refus de cession n'établissant pas de motif légitime⁸⁶⁹. Le peu d'égard exprimé par le Conseil constitutionnel pour l'objectif de durabilité de l'entreprise et sa réaffirmation du droit du chef d'entreprise à faire des choix économiques⁸⁷⁰ quand bien même ils aboutiraient à la destruction d'une partie de l'entreprise démontrent en tous cas que la conception de l'entreprise comme ressource commune n'est pas encore entrée dans le droit positif.

371. L'entreprise durable d'économie sociale ? De la même manière qu'ils ont été envisagés pour la gestion d'une ressource naturelle commune, les modèles d'économie sociale, en particulier le modèle coopératif, semblent propices à la construction d'une entreprise commune⁸⁷¹. Il est fondamental de remarquer que le statut coopératif entretient un rapport spécifique à l'aliénation⁸⁷². En se basant sur le modèle de Deakin⁸⁷³ pour le comparer au droit coopératif, de nombreux verrous visent à encadrer les possibilités de disposer des parts sociales : impossibilité pour les associés n'étant pas également usagers de disposer de plus de 35% des droits de vote⁸⁷⁴ ; remboursement des parts sociales à leur valeur nominale en cas de retrait de l'associé⁸⁷⁵ ; cession des parts sociales nominatives soumise à l'approbation de l'assemblée générale (sur le modèle des sociétés de personnes)⁸⁷⁶ ; ou encore principe de dissolution altruiste interdisant la répartition du *boni* de liquidation entre les membres⁸⁷⁷. Cet ensemble de dispositions a pour effet direct de vider la possibilité d'aliénation de l'entreprise de sa dimension pécuniaire, et de la soumettre en parallèle à des conditions fixées par la communauté des apporteurs de capitaux et des usagers. Indépendamment du mode de gouvernance choisi ou de la place des *stakeholders* dans celui-ci (la SCIC présentant à ce titre un modèle relevant du droit commun coopératif plus

⁸⁶⁹ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692, consid. 19 à 21.

⁸⁷⁰ T. Sachs, S. Vernac, « La fondamentalisation d'un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528.

⁸⁷¹ P. Francoual, « La part sociale coopérative, un exemple de propriété commune », *Recma*, n° 345, juil. 2017, p. 57.

⁸⁷² Cf. *infra* § 632 et s.

⁸⁷³ S. Deakin, *op. cit.*, p. 374 : « *Rules governing alienability of shares, securitization of financial claims on the firm, etc* »

⁸⁷⁴ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 3 bis.

⁸⁷⁵ Loi n° 47-1775, art. 18.

⁸⁷⁶ Loi n° 47-1775, art. 11.

⁸⁷⁷ Loi n° 47-1775, art. 19.

avancé⁸⁷⁸) l'entreprise est considérée par l'économie sociale telle une « chose commune » et durable, tant sa mise en péril, hors difficulté économique, requiert l'assentiment d'une large partie des utilisateurs.

372. Opposition avec la théorie de l'agence. En sens contraire, d'autres dispositions du système juridique français constitueront des obstacles à l'établissement d'une entreprise commune. La construction théorique d'une entreprise autour de la notion de bien commun est ainsi présentée par Deakin en opposition avec la théorie de l'agence. Il estime le postulat de cette dernière erroné⁸⁷⁹ : elle est fondée sur le droit de propriété dont disposeraient les actionnaires sur l'entreprise, et qui ferait des dirigeants de simples agents de l'intérêt des actionnaires. Les résistances à l'idée d'entreprise commune sont à rechercher sur ce terrain. Les liens entre la notion de propriété (volontairement écartée de l'entreprise commune) et la gestion de l'entreprise constituent le nœud de la difficulté. Une décision du Conseil constitutionnel déjà évoquée⁸⁸⁰ démontre de manière claire la prégnance de la dimension propriétaire face à l'entreprise : relevant que la liberté de l'entreprise dans ses décisions de gestion connaît une atteinte du fait des textes sanctionnant le refus de céder un établissement, le Conseil constitutionnel motive sa censure partielle non seulement par le principe de liberté d'entreprendre, mais également par celui du respect de la propriété privée. Défendu par certains auteurs, tout au moins sur le terrain de la liberté d'entreprendre⁸⁸¹, le choix du Conseil constitutionnel n'est pas exempt de justifications. La principale consiste à regarder dans les prérogatives liées au droit de propriété des actionnaires ou associés sur la société une conséquence du risque pris par eux. Dans cette logique libérale, le fait d'assumer *in fine* les pertes éventuelles de la société accorde une sorte de primauté à l'investisseur face aux décisions de gestion de l'entreprise. Cette primauté est renforcée par le caractère préalable de la construction sociétaire : en établissant statutairement les règles gouvernant la personne morale, les investisseurs fondateurs disposent immanquablement d'un droit dont sont dépourvus les utilisateurs. Mais il y a là en définitive un refus évident de conférer aux positions d'associés ou d'employeurs une fonction sociale trop importante, et ce sont le droit de propriété et la liberté d'entreprendre qui, à travers ces acteurs, sont privés d'une fonction sociale de recherche de durabilité.

⁸⁷⁸ Cf. *infra* § 638.

⁸⁷⁹ S. Deakin, « The Corporation as Commons : Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise », *Queen's Law Journal*, 2012, n° 37, p. 350 et s.

⁸⁸⁰ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 ; cf. *supra* § 229.

⁸⁸¹ L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? », *D. chr.* 2014, p. 1287.

373. Voies de l'implication des parties prenantes. La logique de l'entreprise en tant que bien commun est inverse : si les détenteurs du capital, eu égard au risque pris, conservent les prérogatives les plus absolues, la qualité d'utilisateur de la ressource doit permettre d'accéder à une part du choix de gestion. La difficulté reste de savoir comment fonder juridiquement ces prérogatives nouvelles. Une extrémité du champ des possibles, déjà partiellement explorée sur le fondement de la *stakeholders theory*, consiste à imposer la présence des parties prenantes dans les organes de gouvernance. Mais force est de constater que Deakin reconnaît en toute hypothèse aux détenteurs du capital des droits spécifiques et absolus dont le partage n'est envisagé que *via* des formes de concertation⁸⁸². Par conséquent, il se pourrait que l'aboutissement de la logique de l'entreprise en tant que bien commun soit la mise en commun du capital entre des utilisateurs de diverses catégories.

374. Unité et diversité des choix institutionnels. Un aperçu de ces difficultés est à l'œuvre dans l'exemple des SCIC. Bien qu'elles apparaissent sur le principe comme un modèle idoine pour organiser l'entreprise en bien commun, avec une gouvernance et un capital ouverts largement, la complexité d'application du modèle est souvent soulignée. Toute la dynamique des biens communs s'impose ici, de l'obligation d'ouvrir le capital à des participants variés à une grande liberté dans l'organisation par collèges, permettant de s'adapter aux spécificités des situations rencontrées. Une telle gouvernance est particulièrement exigeante et nécessite du temps, des acteurs formés et impliqués et plus généralement une acceptation culturelle du mode de fonctionnement⁸⁸³. Au plan pratique, Deakin reconnaît qu'une analyse fondée sur les principes de la *corporate governance* démontrerait l'existence dans le modèle des *commons* de coûts et de distorsions nuisant à l'efficacité économique⁸⁸⁴. Un telle critique semble vouée à prospérer aussi longtemps que les analyses se fonderont sur les méthodes du courant *law & economics*.

C. La possible application de la théorie des biens communs à l'entreprise

375. Parallèle initial entre théorie des biens communs et fonction sociale de la propriété. Avant de s'attacher à l'entreprise, il convient de remarquer à quel point le parallèle

⁸⁸² S. Deakin, *op. cit.*, p. 374. Au sujet du droit de gestion de l'entreprise : « *Rules concerning the division of powers between the board and different constituencies on matters of corporate decision making (shareholders' rights to vote on major transactions, employees' rights to be consulted on restructurings, creditors' rights in insolvency, etc).* »

⁸⁸³ Groupe Picri PAP Scic, « Les SCIC, des entreprises de demain : le multisociétariat à l'épreuve de la gestion », *Recma*, n° 340, avr. 2016, p. 52.

⁸⁸⁴ S. Deakin, *op. cit.*, p. 379.

entre théorie des biens communs et fonction sociale de la propriété est significatif. En établissant une forme de propriété communautaire destinée à la préservation de la ressource, la théorie des biens communs s'engage dans une voie semblable à celle de Duguit⁸⁸⁵. Le caractère communautaire sape les fondements individualistes de la propriété ; la multiplicité des droits sur le bien décrite dans le « *bundle of rights* »⁸⁸⁶ s'éloigne de l'idée d'un propriétaire absolu et souverain ; enfin, les agencements institutionnels permettant la gestion du bien induisent une multiplicité de points de vue qui garantit l'expression de ce que Duguit avait pu résumer sous le terme de relation d' « *interdépendance sociale* »⁸⁸⁷. En résumé, la théorie des biens communs telle que formulée par Ostrom consiste bien dans une proposition, certes circonstanciée, de régime de propriété animé par une fonction sociale. Quand bien même Ostrom rattache ses idées au contexte précis des biens communs présentant certains caractères, sa construction est stimulante pour donner vie à certains aspects d'une pensée que Duguit avait voulue plus générale. S'engager dans une application de la théorie des biens communs à l'entreprise conduit-il à transposer une théorie de la fonction sociale à l'entreprise ? Il faut se garder de comparaisons hâtives tant l'exercice de transposition, ici purement théorique, peut être plus facile à conceptualiser qu'à mettre en œuvre à l'aide de régimes juridiques fonctionnels. Reste que du point de vue des projets, des parallèles sont envisageables.

376. Une entreprise ouverte à ses participants. En premier lieu, l'entreprise façonnée par la théorie des biens communs est naturellement ouverte à ses *stakeholders* au sens où les contributions et prélèvements de ceux-ci à la ressource commune constituée par l'entreprise sont pris en considération. Cette approche s'éloigne d'une liberté d'entreprendre exercée individuellement ou par un groupe restreint disposant d'un pouvoir économique. Certainement associés, dirigeants ou employeur disposent de pouvoirs plus importants, y compris dans l'approche par la théorie des biens communs⁸⁸⁸, mais ils doivent faire place aux autres contributeurs, qui ne sont plus de simples cocontractants, et disposent au contraire de droits spécifiques, donc de moyens nouveaux pour influencer la gestion de l'entreprise depuis leur position.

⁸⁸⁵ Cf. *supra* § 218 et s.

⁸⁸⁶ F. Orsi, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RIDE*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 371.

⁸⁸⁷ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920, p. 158.

⁸⁸⁸ Cf. *supra* § 340.

377. Une entreprise sensible à l'idée de durabilité. Cette multiplicité des contributeurs se décline en une multiplicité de situations juridiques au regard de l'entreprise. Parmi elles, la position de détenteurs du capital, initiatrice du groupement et exerçant la liberté d'entreprendre par l'intermédiaire des dirigeants ou de l'employeur, est celle qui confère le plus de pouvoirs. Mais dans la mesure où la théorie des biens communs impose sa coexistence avec d'autres relations de droit, elle réduit aussi son champ d'action. La position de détenteur du capital ou d'entrepreneur ne confère plus alors une liberté absolue, en particulier dans les matières les plus sensibles, au premier rang desquelles figure le droit d'aliénation⁸⁸⁹. Ainsi, alors que le pouvoir d'édiction des règles collectives du groupement est mieux partagé, le droit de disposer (et par là de « désentreprendre ») est fortement encadré. Ce dernier ayant un potentiel destructeur pour l'ensemble des personnes en relation avec la ressource commune, son encadrement est indispensable dans l'optique d'une préservation de l'entreprise, et pour la recherche de son développement durable, qui représente à ce titre et pour l'ensemble des parties prenantes une fonction sociale évidente.

378. Les entreprises initiatrices d'un pluralisme économique. Enfin, la conviction que les personnes impliquées doivent participer à la formulation de leurs propres agencements institutionnels est également séduisante dans la perspective d'une fonction sociale de l'entreprise. En effet, dans l'entreprise appuyée sur la seule fonction économique, une forme d'isomorphisme institutionnel se fait jour, que la *corporate governance* et la théorie libérale ont tenté de modéliser⁸⁹⁰. Mais dans une logique d'interdépendance sociale, la compréhension des faits sociaux et le droit qui en découle peuvent différer, à la recherche de solutions nouvelles. C'est ce que propose Ostrom en matière de gestion des biens communs, et c'est le chemin que prend également une théorie de l'entreprise commune. En recherchant auprès de ses participants (et non des seuls fondateurs et détenteurs du capital) des règles communes répondant aux situations rencontrées, l'entreprise peut s'engager dans une diversité de voies, notamment au plan statutaire, qui créent un véritable pluralisme juridique et économique⁸⁹¹, capable d'assurer mieux la fonction sociale confiée à l'entreprise.

⁸⁸⁹ Cf. *supra* § 362.

⁸⁹⁰ Il est permis de penser à ce titre aux modèles de la théorie de l'agence, et plus généralement à la doctrine dite « *law & economics* ».

⁸⁹¹ C. Borzaga, S. Depedri, E. Tortia, « Diversité des organisations dans les économies de marché, rôle des coopératives et des entreprises sociales. Plaidoyer en faveur d'un pluralisme économique », *Recma*, n° 321, juill. 2011, p. 32.

379. Conclusion du chapitre. En définitive, la *stakeholders theory* comme la *commons theory* participent d'un mouvement d'ouverture de l'entreprise sur son environnement. D'une boîte noire et autonome centrée sur son devenir économique, elle devient une composante d'un espace plus large avec lequel elle doit composer. Ces théories confèrent une place importante aux parties prenantes dans la gouvernance qu'elles proposent de mettre en place. Mais cette implication des parties prenantes connaît des différences de degré, voire de nature. Le spectre s'étend d'une gouvernance soucieuse des parties prenantes et du fait de ne pas dégrader leur environnement ou nuire à leurs intérêts, jusqu'à la modélisation d'une entreprise qui, au sein même de son organisation, intégrerait les parties prenantes comme co-décisionnaires. Mais, dans ce décalage bien mesuré autour de la manière d'appréhender l'objectif de développement durable, se cache un enjeu autrement plus fondamental consistant dans la construction d'une fonction sociale de l'entreprise. Répondant à ce projet formulé sur les traces de Léon Duguit, la théorie des biens communs fait office d'utopie nécessaire pour élever le droit dans des directions nouvelles. Elle conçoit que l'entreprise puisse se mettre au service d'objectifs dépassant le seul champ économique, dans la mesure où le rapport qu'entretiennent les participants à leur entreprise ne saurait se limiter à ce champ économique, et suppose des contingences sociales ou environnementales. Si la proposition théorique a le mérite d'entrebâiller la porte, il convient de mobiliser le droit afin d'en franchir le pas.

380. Conclusion du titre. La conception de l'entreprise autour d'une combinaison de fonctions produit un indéniable changement de perspectives. Au contraire d'une théorie économique libérale qui prône l'autonomie de l'agent économique rationnel, le droit peut se saisir de la théorie de la fonction sociale pour situer l'exercice des libertés économiques et les intégrer à leur environnement social. En résultent des projections théoriques plus ou moins exigeantes sur un *continuum* allant de la fonction économique réaffirmée mais affinée et nuancée par la prise en compte des parties prenantes, jusqu'à une entreprise prête à assumer un rôle social autre que simplement économique, ayant fait place dans sa gouvernance à des participants porteurs de préoccupations autre qu'économiques. La liberté d'entreprendre se trouve indéniablement bousculée par ce mouvement que l'enjoint à façonner autrement les pouvoirs qu'elle confère. Le droit d'agir sur le terrain économique doit alors composer avec ses effets dans le champ social ; les modalités de l'exercice de ces pouvoirs doivent être repensées ; *in fine*, la liberté d'entreprendre et l'entreprise elle-même doivent trouver une place nouvelle dans leur environnement social.

381. Conclusion de la Partie. La comparaison initiée entre le droit positif de la liberté d'entreprendre et des pouvoirs qu'elle confère et une approche théorique renouvelée sous l'angle de la fonction sociale conduit à s'interroger sur le rôle du droit lui-même dans cette construction. De fait, si la liberté d'entreprendre constitue un droit fondamental dans le système juridique français, elle s'est exagérément autonomisée, encouragée en cela par le droit communautaire. Le fondement économique qui la sous-tend a conduit à accorder une importante légitimité à des raisonnements traduisant une pensée économique plutôt que juridique. Une conséquence est la mise à l'écart d'instruments juridiques classiques, en particulier en droit social, auxquels sont préférés des dispositifs incitatifs édifiés pour répondre à la rationalité présumée des agents économiques, et garantissant leur liberté de gestion. Une autre conséquence, plus systémique, tient dans l'impossibilité de faire face aux enjeux sociaux et environnementaux dans le cadre d'une liberté d'entreprendre seulement tournée vers l'objectif économique. En laissant aux libertés entrepreneuriales leur autonomie, le droit s'empêche de jouer son rôle de traducteur des interdépendances sociales. Surtout, il réduit sa capacité à intervenir pour reconnecter la sphère économique à son environnement social, qui fait émerger des objectifs tels que le développement durable, auquel la sphère économique est pourtant tenue de contribuer.

382. Face à ces défis, l'approche par la fonction sociale est une manière de procéder à cette réinsertion de l'entreprise dans son environnement social, au moins au plan conceptuel et dans la perspective d'un équilibre à trouver. Elle replace le droit au centre du processus, en position de tisser des liens entre l'entreprise et les préoccupations sociales qui l'entourent, et en position de redéfinir l'entreprise elle-même. Pour ce faire, c'est tout un environnement juridique de la fonction sociale de l'entreprise qu'il faut consolider. Le projet suppose de se saisir des dispositions existantes qui portent en germe le même dessein, mais également de s'engager dans des démarches plus prospectives tant le chantier est immense.

Deuxième partie. La dimension sociale de l'entreprise : une fonction à consolider

383. La recherche d'un équilibre entre fonctions de l'entreprise fondé sur une fonction économique prédominante et une fonction sociale encore émergente conduit à s'interroger sur le devenir plus indécis de la seconde. À ce stade de l'étude, la fonction sociale correspond aux pouvoirs conférés aux entreprises dans l'objectif de leur faire produire des effets sur le terrain social, ou, le plus souvent, aux obligations qui leur sont imposées pour accompagner d'un versant social les pouvoirs conférés dans l'ordre économique. Présente en germe dans l'ordre juridique et soutenue jusque dans la matière constitutionnelle, la fonction sociale de l'entreprise alterne cependant flux et reflux, en considération des vents contraires soufflant depuis une fonction économique aux prétentions hégémoniques. C'est en ce sens que la fonction sociale de l'entreprise, seule susceptible de lui conférer une dimension sociale⁸⁹², doit être consolidée, stabilisée. L'idée de consolidation renvoie aussi à la matière civiliste, conçue cette fois comme la « *réunion, sur la même tête, de la qualité de propriétaire et de celle de titulaire d'un droit réel accessoire* »⁸⁹³. Périphérique, cette remarque permet néanmoins de renouer avec la pensée Duguiste en matière de propriété, et de souligner l'idée d'une entreprise dans laquelle les propriétaires du capital rencontrent au moins partiellement les volontés des parties prenantes, usagers de la ressource, pour élaborer les équilibres nécessaires entre fonctions de l'entreprise. De ce point de vue, certains modèles juridiques, choisis volontairement par leurs utilisateurs, se proposent de conférer une véritable vocation sociale à l'entreprise, et font à ce titre figure d'inspiration dont le développement doit être recherché (**Titre 2**). Hors de ces modèles et à destination de l'ensemble des entreprises, une part de fonction sociale nécessaire aux équilibres recherchés doit s'exprimer (**Titre 1**). L'ensemble de ces développements remet de manière notable le droit au centre du jeu, en position d'affirmer la dimension sociale de l'entreprise, de pousser les entreprises à mieux définir les conditions de leur rapport à leur propre fonction sociale, voire de mettre à disposition des régimes juridiques élaborés autour d'une déclinaison spécifique de la fonction

⁸⁹² Nous retiendrons ici la définition du mot « dimension » présente dans le Trésor de la langue française repris sur la page web du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales : « *Composante spécifique et relativement importante, quoique parfois mal perçue, de la pensée ou du réel.* » ; disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/dimension> [Dernière consultation le 7 novembre 2017.]

⁸⁹³ G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016, p. 247.

sociale de l'entreprise. Ce droit sera composite, présent dans plusieurs ordres juridiques et selon des modalités d'intervention diverses ; mais cette diversité ne doit pas effrayer : elle est aussi la condition d'un droit adapté à l'environnement des entreprises, et qui fasse de l'autonomie conférée à ces dernières un levier pour la consolidation d'une fonction sociale de l'entreprise.

TITRE I : L'expression de la fonction sociale des entreprises

384. La consolidation d'une dimension sociale de l'entreprise passe en tout premier lieu par une matière juridique susceptible de s'adresser à l'ensemble des entreprises, sans distinction de modèles ou de choix statutaires. Par là il s'agit de poser que toute entreprise se compose d'une dimension sociale irréductible, mais que la consolidation de cette dimension sociale passe par l'expression de leur fonction sociale au cœur du droit. Ici, le mot « expression » peut être saisi dans ses deux sens⁸⁹⁴ : le plus commun renvoie à une forme d'affirmation nécessaire de la fonction sociale des entreprises, au fait de la rendre manifeste dans le droit applicable, afin d'assurer sa pleine mise en œuvre. Expression aussi comme l'action « *d'extraire d'un corps le liquide qu'il contient* »⁸⁹⁵, car la fonction sociale de l'entreprise n'est pas forcément hexogène, et devra s'inscrire dans la capacité qu'ont les entreprises de produire leur propre droit pour mieux organiser les rapports qu'elles entretiennent avec leur environnement social. La fonction sociale résultera par conséquent des instruments juridiques permettant de réguler les entreprises en leur confiant au passage cette part de production normative autonome, selon des logiques qui empruntent souvent plus au marché et au réseau qu'aux modèles de hiérarchie des normes plus classiques, mais qu'il convient cependant de saisir pour leur forte adaptabilité (**Chapitre 1**). Si ce type d'instrument peut servir de levier dans la perspective de l'expression d'une fonction sociale des entreprises, leurs conditions d'élaboration sont décisives au regard du projet formulé. À ce titre il conviendra d'examiner en particulier l'implication des parties prenantes qui, ouvrant la possibilité d'une entreprise soucieuse de son environnement social, est indispensable à l'expression de cette fonction sociale des entreprises (**Chapitre 2**).

⁸⁹⁴ Cf. Trésor de la langue française, repris sur la page web du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/expression> [Dernière consultation le 7 novembre 2017.]

⁸⁹⁵ *Ibid.*

CHAPITRE 1 : Une fonction résultant des instruments de régulation de l'entreprise

385. Le mouvement qui prône les instruments de régulation n'induit pas d'écarter le droit étatique et coercitif. Au contraire, ce sont des dispositifs étatiques qui servent le plus souvent de cadres à l'autorégulation, assurant son effectivité, son contrôle et sa sanction, dans un mouvement qui a pu être décrit comme de « corégulation »⁸⁹⁶. La loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre est l'exemple le plus récent et innovant tant il favorise une forme d'« *internormativité* »⁸⁹⁷. L'intérêt de tels dispositifs est de deux ordres, bien souvent combinés. D'une part, ces normes émanant des acteurs économiques, elles s'établissent au plus près des périmètres d'une entreprise éclatée, que le droit centré sur la personne morale ou l'employeur ne parvient plus à saisir (**Section 2**). Mais avant cela, ce droit manifeste la montée en puissance d'une logique d'activation de l'entreprise dans le champ normatif, qui plutôt que la sanction et la réparation *a posteriori*, cherche à faire émerger une norme par laquelle l'entreprise s'engage à adopter un comportement conforme à certains impératifs sociaux (**Section 1**). Dans ce droit mis à la disposition de l'entreprise pour se définir et se concevoir elle-même, il convient de voir un levier pour envisager la possibilité d'une entreprise qui se resitue dans le référentiel du champ social sous des formes nouvelles et moins dépendantes de l'ordre juridique étatique, plutôt que dans la référence au marché. Reste cependant, pour parvenir à saisir ce levier, à considérer la nature des instruments juridiques mis en jeu.

Section 1 : La fonction sociale normative

386. La construction de régimes juridiques renvoyant à l'autorégulation doit en principe limiter les contentieux par des logiques de prévention, tout en répondant aux carences d'un droit social resté essentiellement national qui ne peut embrasser l'ensemble du périmètre dans lequel ces entreprises évoluent. En établissant sous certains contrôles de forme et de procédure leurs propres normes, les entreprises sont sujettes à les respecter, puisqu'elles se sont engagées dans leur conception ; elles gardent sur ces normes un contrôle qui leur permet d'anticiper pour les faire évoluer plutôt que de les subir, dans une relation à la norme

⁸⁹⁶ L. Hennebel, G. Lewkowicz, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in Th. Berns, P.-F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel, G. Lewkowicz, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 151 et s.

⁸⁹⁷ K. Martin-Chenut, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Dr. soc.*, 2017, p. 798.

internationale ou étatique qui a été décrite comme un « *ultracycle* »⁸⁹⁸. Le devoir de vigilance est à ce titre exemplaire d'une internormativité montante, et du rapport de l'ordre juridique étatique aux instruments mobilisés par les entreprises qu'il combat parfois, mais qu'il choisit de copier en l'espèce puisque des plans de vigilance existaient déjà dans certaines multinationales⁸⁹⁹. Il est à ce titre un exemple majeur de procédé de corégulation (**Paragraphe 1**). Plus généralement, en rendant l'entreprise active dans la construction de son propre droit, les instruments d'autorégulation peuvent constituer une véritable traduction des fonctions de l'entreprise (**Paragraphe 2**).

§ 1. La corégulation

387. Si le devoir de vigilance se présente sous la forme d'un dispositif juridique appuyé sur la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre, son intérêt dépasse cette seule question. Les enjeux du développement durable invitent au dépassement d'une responsabilité simplement curative (A). Au contraire le devoir de vigilance est un dispositif pluriel et à la recherche d'une conformité en matière de protection de l'environnement et des droits fondamentaux, et sa portée doit être détaillée (B).

A. Devoir de vigilance et principes du développement durable

388. Le devoir de vigilance et le développement durable. Le devoir de vigilance tel que porté par le législateur français dans sa loi du 27 mars 2017 peut être replacé dans le contexte plus général du développement durable, même si le texte n'y fait pas directement référence. En effet le champ thématique du devoir de vigilance est très proche des enjeux du développement durable. Sont visés les « *droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »⁹⁰⁰. Cette énumération qui pourrait sembler classique fait écho au contenu de nombreuses initiatives consacrées au développement durable. À titre d'exemple, le *Global Compact* onusien vise également la

⁸⁹⁸ Sur cette notion et son application dans le champ de relations entre normes privées d'entreprises et codes publics s'appliquant à elles : G. Teubner, « L'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite « privés » et « publics » des entreprises », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 80.

⁸⁹⁹ Sur ce point : F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 119-120. Les auteurs signalent : « *Tantôt encore l'État reprend à son compte, par différentes formes de certification, les normes ainsi définies, les dotant d'une juridicité « officielle » et en étendant la force obligatoire à l'ensemble des personnes concernées, même étrangères à l'accord initial. Dans ce cas, l'enchevêtrement est total et il devient malaisé de déterminer qui, des pouvoirs publics ou des pouvoirs privés, est le « véritable » auteur de la réglementation en question.* »

⁹⁰⁰ C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 3.

protection des droits de l'homme et de l'environnement⁹⁰¹. De même l'outil français du *reporting* extra-financier, qui fait mention de son lien avec le développement durable, s'intéresse aux conséquences sociales et environnementales de l'activité, ainsi qu'au « *respect des droits de l'homme* » et aux « *conditions de travail des salariés* »⁹⁰². Si des nuances apparaissent, le devoir de vigilance semble positionné dans la lignée des préoccupations en matière de développement durable, en reprenant ses plus forts enjeux.

389. Plan de vigilance et prévention. L'intérêt du devoir de vigilance dans une optique de développement durable tient surtout à la méthode déployée. La loi contraint les entreprises à mettre en place un plan comportant « *les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves* » sur l'ensemble des thèmes envisagés⁹⁰³. C'est une démarche véritablement préventive qui est encouragée par le législateur : ne se limitant pas à la recherche d'une responsabilité, il enjoint les entreprises visées à adopter une posture active, formalisée en trois temps dans le plan de vigilance : identification des risques, évaluation des risques, et prévention des risques⁹⁰⁴. L'entreprise n'est plus seulement tenue de réparer le dommage qu'elle aurait causé ; elle doit en amont éviter qu'un tel dommage se produise. De tels dispositifs soulignent le fait que « *l'existence d'une sanction, notamment celle qui oblige à réparer le dommage causé, ne suffit pas à assurer l'effectivité d'une règle de droit* »⁹⁰⁵. La mise en place d'un environnement procédural plus dense et de procédures d'évaluation plus strictes est susceptible d'améliorer cette effectivité pour atteindre un développement durable. En ne se contentant pas de réparer les dommages causés mais en prenant au contraire en compte leur éventualité pour chercher à les éviter, le dispositif du devoir de vigilance rappelle le principe d'intégration lié au

⁹⁰¹ V. « *Global Compact : Les 10 principes* » ; disponible sur : <https://www.globalcompact-france.org/p-28-les-10-principes> [Dernière consultation le 7 août 2017.]

⁹⁰² C. com., art. L. 225-102-1, III.

⁹⁰³ C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 3.

⁹⁰⁴ C. com., art. L. 225-102-4, I : l'article, détaillant le contenu du plan, impose qu'il contienne : une « *cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation* » (1°) ; des « *procédures d'évaluation régulière (...) au regard de la cartographie des risques* » (2°) ; des « *actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves* » (3°) ; ou encore un « *mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques* » (4°). Cf. Y. Quéinnec, « Le plan de vigilance idéal n'existe pas ! Pour être raisonnable et effectif il doit être co-construit », *RLDA*, n° 124, mars 2017, 6167, p. 21 ; l'auteur propose une classification du rapport au risque au terme de laquelle l'identification du risque relève d'une « *quasi obligation de résultat* » tandis que le traitement des risques serait une « *obligation de moyens à géométrie variable* ».

⁹⁰⁵ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 385.

développement durable qui ambitionne d'en faire une dimension inévitable avant toute prise de décision stratégique⁹⁰⁶.

390. Un régime de responsabilité préventif. Le régime de responsabilité qui émane de ce devoir de vigilance reflète cet impératif de prévention. En effet, l'engagement de la responsabilité, afin de contourner les règles du droit international, est rattaché au manquement au devoir de vigilance, et non au dommage causé par la filiale ou le sous-traitant. Le déplacement est significatif : est sanctionné pour la société mère ou donneuse d'ordres le fait de n'être pas parvenue à prévenir le risque dans le cadre de son plan de vigilance⁹⁰⁷. Cet élément peut être constaté une fois le préjudice causé, et déclencher la responsabilité mentionnée à l'article L. 225-102-5 du Code de commerce. Mais le préjudice peut aussi venir d'un risque non encore réalisé, mais existant et mal identifié ou mal pris en compte par le plan⁹⁰⁸. Reliant ce régime au principe de précaution, une partie de la doctrine a pu le ranger dans la catégorie de la « *responsabilité-anticipation* »⁹⁰⁹. *A contrario*, le Professeur Hannoun note le fait que seuls les risques « *avérés* » entrent dans le champ de l'obligation de vigilance, écartant les risques « *suspectés* », ce qui écarte tout lien au principe de précaution⁹¹⁰. L'entreprise peut aussi être mise en demeure sous astreinte de rendre son plan conforme aux obligations légales⁹¹¹ : en pareil cas, ce sont les demandeurs qui, avant tout dommage ou préjudice, sont dotés d'un levier d'action destiné à assurer que le plan soit effectivement mis en œuvre par l'entreprise.

391. Un plan ouvrant la société sur son environnement. Un dernier point incite à rapprocher le régime du devoir de vigilance de la question du développement durable : l'intervention des parties prenantes. Si le texte ne rend pas leur participation obligatoire, il dispose tout de même que le plan « *a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société* »⁹¹². En effet, difficile d'imaginer que les thématiques objet du plan puissent être pleinement comprises par les personnes en charge du plan dans la société sans en référer aux premiers concernés par les risques à anticiper, qu'ils soient salariés, riverains ou

⁹⁰⁶ Cf. *supra* § 274. D. Deharbe, « Le principe d'intégration ou une méthodologie pour le développement durable », *Environnement*, avr. 2005, 34, p. 29.

⁹⁰⁷ A. Danis-Fatôme, G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D. chr.*, 2017, p. 1610.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1613 ; les auteurs évoquent la prise en compte des « *risques avérés de dommages futurs* ».

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ En ce sens : Ch. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.*, 2017, p. 806.

⁹¹¹ C. com., art. L. 225-102-4, II.

⁹¹² C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 4.

personnes engagées dans la protection de l'environnement. Au surplus, les organisations syndicales sont désignées pour participer à une concertation afin d'établir les dispositifs d'alerte relatifs aux risques en question⁹¹³. Cependant, le texte leur préfère de manière générale la notion de partie prenante, ce que la Professeur Moreau rattache à un vocabulaire financier et à un vœu de pragmatisme⁹¹⁴. Ce recours aux parties prenantes dans le plan est une manière de penser l'ouverture de la société sur son environnement et d'enrichir l'approche préventive en matière de dommages que la société pourrait causer à ces tiers, tout en renforçant leur contrôle sur l'action de la société⁹¹⁵. Il participe indéniablement d'une logique de développement durable.

B. Portée du devoir de vigilance

392. Pour bien mesurer la portée du devoir de vigilance, il convient d'en rappeler la genèse et le contenu (1) avant d'observer la normativité d'une notion qui change considérablement la manière d'envisager la responsabilité des entreprises (2).

1. Contexte et contenu du devoir de vigilance

393. La tragédie du Rana Plaza. Abondamment commentée et dénoncée, la tragédie dite du « Rana Plaza »⁹¹⁶ a entraîné une réaction du législateur français qui fait écho aux préoccupations concernant la RSE pour les porter à un niveau d'exigence largement supérieur. Comme l'a prouvé cet accident édifiant aux trop minces conséquences juridiques, il était aisé pour une société de se dégager de toute responsabilité en cas de survenance d'un désastre dans une entité éloignée géographiquement, fût-elle liée par des relations de contrôle ou de sous-traitance en cascade. Bien que vendant des vêtements fabriqués dans des ateliers au Bangladesh, des enseignes, notamment françaises, ont pu bénéficier des écrans de la personnalité morale, d'un fait générateur qui ne pouvait être indéfiniment extensible jusqu'à leur être imputé, et des obstacles du droit international privé⁹¹⁷. Seule semblait pouvoir être

⁹¹³ C. com., art. L. 225-102-4, I, 4°.

⁹¹⁴ M.-A. Moreau, « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Dr. soc.*, 2017, p. 792.

⁹¹⁵ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 385.

⁹¹⁶ Ch. Belporo, « Les enjeux contemporains de l'encadrement de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains dans la chaîne d'approvisionnement : le cas pratique de la tragédie au Bangladesh », *RDT*, 2016, p. 722 ; F. Laronze, R. de Quenaudon, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza », *RDT*, 2013, p. 487.

⁹¹⁷ Relativement aux enjeux : L. Gamet, « Droits de l'homme au travail, *urbi et orbi* », *Dr. soc.*, 2016, p. 1029 ; R.-C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 246.

engagée, sur le terrain de la responsabilité civile, celle des sociétés opérant sur place selon le droit local, ce qui avait pour effet d'absoudre toutes les entreprises ayant tiré *in fine* gain financier du recours à ce type d'ateliers. Prenant en considération cette situation juridique figée, le législateur français a décidé de sa propre initiative⁹¹⁸, à défaut de pouvoir abattre cet ensemble d'obstacles, de les contourner.

394. Déclinaison du devoir de vigilance. Le texte impose aux entreprises dépassant certains seuils, mesurés exclusivement en nombre de salariés et dans le groupe, d'établir et de mettre en œuvre de manière effective le plan de vigilance. Son contenu est détaillé (cartographie et évaluation des risques, actions d'atténuation dispositifs d'alerte et suivi des mesures dans le temps⁹¹⁹) et pourrait être précisé par décret, mais il a de manière générale pour objet de décliner un devoir de vigilance de la société porteuse visant à « *identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »⁹²⁰. Tout l'intérêt de cette vigilance est qu'elle ne porte pas seulement sur l'activité menée par la société elle-même, mais qu'elle porte plus largement sur les sociétés contrôlées, sous-traitants ou fournisseurs⁹²¹. Le législateur enjoint la société mère ou donneuse d'ordre de se doter des outils suffisants pour assurer le respect des droits fondamentaux des personnes et de l'environnement dans le périmètre entier du groupe, ou des chaînes de contrats commerciaux.

395. Sanctions punitives censurées. Le dispositif de sanctions prévu par la loi a été en partie purgé par le Conseil constitutionnel⁹²². Ce dernier a en effet relevé que la sanction en cas de manquement à l'établissement du plan (par une amende pouvant s'élever à 10 millions d'euros) ainsi que la sanction résultant d'un manquement dans la mise en œuvre du plan ayant résulté dans un « *préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter* » (par une amende pouvant s'élever à 30 millions d'euros) avaient un caractère punitif, et ne devaient donc s'appliquer que par suite de dispositions claires et précises⁹²³. Le Conseil, dénonçant « *la généralité des termes employés* »⁹²⁴ aussi bien dans le principe de la vigilance

⁹¹⁸ Il s'agit d'une proposition de loi.

⁹¹⁹ Sur l'application de ces dispositions : Y. Queinnec, « Le plan de vigilance idéal n'existe pas ! Pour être raisonnable et effectif il doit être co-construit », *RLDA*, n° 124, mars 2017, p. 21.

⁹²⁰ C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 3.

⁹²¹ Cf. *infra* § 440 et s.

⁹²² Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC ; « Devoir de vigilance des multinationales : retour sur la décision du Conseil constitutionnel », *D. actu.*, 29 mars 2017, note P. Dufourq.

⁹²³ Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, consid. 8.

⁹²⁴ Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, consid. 13.

raisonnable que dans les matières visées (« *droits humains* » et « *libertés fondamentales* ») ou dans l'étendue du périmètre à couvrir, décide la censure des dispositions instaurant ces sanctions pécuniaires sous forme d'amende.

396. Possibilité d'autres sanctions. La disparition de l'amende ne prive pas pour autant le texte de tout intérêt ou de toute force contraignante. Demeure en premier lieu l'obligation d'instaurer le plan, qui si elle n'est plus sanctionnée en tant que telle, peut cependant être demandée sous astreinte par la juridiction compétente après mise en demeure⁹²⁵. En second lieu, dans la lignée des caractères habituels des normes de type RSE, le juge pourra prononcer une sanction touchant à la réputation de la société via « *la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision* »⁹²⁶. Surtout, et en troisième lieu, le contournement des obstacles initiaux en matière de responsabilité civile reste d'actualité. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 225-102-5 du Code de commerce : « *Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.* » Conjointement avec le plan, c'est sur cette disposition que repose l'essentiel du devoir de vigilance⁹²⁷. Dans la mesure où la société mère ou donneuse d'ordre, a obligation de mettre en œuvre le plan, le préjudice né d'un manquement à ce plan engage sa responsabilité. Ainsi la difficulté à relier la société dominante au dommage par le lien de causalité est évitée : la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre dans le dommage causé n'a pas à être démontrée ; sa responsabilité pour faute est engagée *via* le plan de vigilance, lequel aurait dû précisément permettre d'éviter que le dommage se réalise⁹²⁸. D'une hypothétique responsabilité pour le fait d'autrui⁹²⁹, ces contentieux basculent vers un régime de responsabilité double : celui de la filiale ou du sous-traitant, localement, pour le dommage causé ; et en parallèle mais relativement au même préjudice, celui de la mère ou donneuse d'ordre pour faute en raison de l'insuffisance de son

⁹²⁵ C. com., art. L. 225-102-4, II.

⁹²⁶ C. com., art. L. 225-102-5, al. 3.

⁹²⁷ Une présomption de responsabilité avait été proposée dans un état antérieur du texte, avant d'être écartée par les longs débats parlementaires. Cf. N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D. chr.*, 2015, p. 1049.

⁹²⁸ Cf. C. Malecki, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », *BJS*, 2015, p. 171. L'auteure signale « *Il ne s'agira pas de reprocher à la société mère un acte ou un fait illicite commis dans l'exercice de son pouvoir de contrôle ou d'influence mais de n'avoir pas pris les mesures raisonnables propres à « identifier » et « prévenir » les « risques RSE » au sein de ses diverses « entités » peu ou très éloignées géographiquement.* »

⁹²⁹ Sur ce point : Cons. const., 22 janv. 2016, n° 2015-517 QPC ; « Message clair du Conseil constitutionnel : la responsabilité d'un maître d'ouvrage ou d'un donneur d'ordre pour les faits d'autrui n'est validée qu'avec réserves et conditions », *JCP G*, 1^{er} fév. 2016, 113, p. 208, note S. Schiller.

plan. Si le dommage apparaît, il restera à vérifier que le plan de vigilance et ses « *mesures raisonnables* » ont manqué d'effectivité dans leur rôle préventif pour établir la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre, ce qui ne manquera pas de soulever une passionnante jurisprudence.

397. Potentiel extraterritorial des mesures⁹³⁰. Le dernier pas en avant réalisé par cette loi réside dans sa prétention à territorialiser en France une part importante du contentieux relatif aux dommages causés dans les chaînes de valeur et dans les matières visées par le plan. L'obstacle du droit international privé⁹³¹, obligeant à invoquer le droit du lieu où est réalisé le dommage, est en effet levé : « *toute personne justifiant d'un intérêt à agir* » sera en effet en position d'engager la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre devant le juge français, puisque n'est pas jugée sa responsabilité directe dans la survenance du dommage causé à l'étranger, laquelle incombe à sa filiale ou son sous-traitant, mais sa responsabilité pour défaut ou mauvaise application du plan de vigilance ayant permis la survenance du dommage. Ces dispositions tentent d'outrepasser des frontières juridiques autrement infranchissables⁹³², ce qui invite à analyser en profondeur le périmètre dans lequel s'exerce ce devoir de vigilance.

2. Normativité du devoir de vigilance

398. Une construction légale originale. Le devoir de vigilance instauré par le législateur français résulte d'un mélange relativement inédit entre instruments de *hard law* et instruments de *soft law*⁹³³. Si le devoir de vigilance est relayé par une obligation, elle ne consiste que dans l'établissement d'un plan, outil *a priori* peu juridique⁹³⁴ et renvoyé à l'entreprise elle-même quant à sa conception. Le devoir de vigilance oblige à constituer un outil que l'entreprise peut adapter et organiser comme elle le souhaite dans une certaine mesure. Les entreprises se trouvent en présence d'un objet à la densité juridique faible (qui existait déjà en pratique⁹³⁵)

⁹³⁰ Relativement à la notion d'extraterritorialité : N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 9 juill. 2015, 1343.

⁹³¹ O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D. chr.*, 2016, p. 385.

⁹³² Pour une lecture plus pessimiste et critique du devoir de vigilance dans une perspective internationaliste : E. Pataut, « Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé », *Dr. soc.*, 2017, p. 833.

⁹³³ Ce type de construction juridique renvoie directement à la notion de *compliance*. Cf. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la *compliance* », *D. chr.*, 2016, p. 1871.

⁹³⁴ Y. Queinnec, « Le plan de vigilance idéal n'existe pas ! Pour être raisonnable et effectif il doit être co-construit », *RLDA*, n° 124, mars 2017, p. 21 ; l'auteur décrit le plan de vigilance comme un « *ovni juridique* ».

⁹³⁵ Non seulement des plans de vigilance sont parfois déjà en place, mais certaines entreprises conscientes de l'avantage compétitif qu'elles tireraient de leur conformité établie à l'obligation de vigilance ont pu assurer un lobbying discret en faveur du texte (même si comparativement moins efficace que celui des entreprises opposées

soudain rigidifié par une obligation de mise en place, en œuvre et en conformité, et par un processus plus général d'internormativité⁹³⁶. Cet édifice juridique semble reprendre la dynamique qui voit le législateur pousser les entreprises vers la négociation collective en vue d'une production normative autonome. Cependant, le modèle du devoir de vigilance, *via* l'outil du plan de vigilance, s'éloigne du modèle contractuel promu par le droit du travail. S'il « *a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société* »⁹³⁷, celle-ci assume seule l'émission du plan.

399. Le recours à l'outil du plan de vigilance. La question du degré de normativité n'est pas neutre s'agissant d'analyser la place et le rôle du droit dans cette rencontre entre l'entreprise et certains aspects sensibles de son environnement. En ayant besoin du relais d'un plan de vigilance pour s'établir, le devoir de vigilance semble perdre en intensité⁹³⁸. Le contenu du plan étant produit par l'entreprise, il constitue une matière première juridique plus compliquée à extraire, aussi bien pour les parties prenantes soucieuses d'en obtenir le respect que pour les juges amenés à juger dans un futur proche de leur caractère suffisant ou non au regard d'un risque finalement réalisé. Inévitablement, ce type de dispositif pose la question des moyens dont disposent les parties prenantes pour accéder au contenu du plan et l'analyser, afin d'en assurer un suivi qui constitue une forme de contrainte pour l'entreprise.

400. Une construction juridique en forme de « corégulation ». Certaines analyses rapprochent le texte relatif au devoir de vigilance d'un phénomène plus général de montée en puissance de la « *corégulation* »⁹³⁹ où production de normes se trouve partagée entre l'État et les acteurs auxquels la norme s'adresse. L'intérêt d'une telle méthode est de faciliter l'adhésion des entreprises à ces dispositifs sur lesquels elles disposent d'une large marge de manœuvre, mais vis-à-vis desquels elles seront ensuite tenues responsables⁹⁴⁰. L'enjeu n'est

au texte. Cf. S. Lakhdar, « Les entreprises vertueuses n'ont rien à craindre de cette proposition de loi », *SSL*, n° 1606, 18 nov. 2013, p. 3.

⁹³⁶ K. Martin-Chenut, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Dr. soc.*, 2017, p. 798.

⁹³⁷ C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 4.

⁹³⁸ I. Desbarats, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *Dr. soc.*, 2015, p. 572 ; l'auteur évoque une « *hybridation des normes sociales, privées et publiques* ».

⁹³⁹ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 380.

⁹⁴⁰ J.-Ph. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *RDT*, 2017, p. 38 ; les auteurs résument parfaitement le mouvement : « *Mais, chose plus originale, c'est la loi qui commande l'adoption par les entreprises d'actes afin de prévenir des dommages graves dans les domaines sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits fondamentaux. Si des sanctions peuvent être prononcées dans l'ordre juridique étatique, elles le seront en contemplation des normes que les entreprises se sont elles-mêmes données.* »

alors plus de déterminer ce qui constitue du droit et ce qui n'en constitue pas : « *c'est moins la force normative de chacune de ces technologies qui importe, que leur combinaison normative* » et « *les effets de régulation tiennent alors à la mise en lien de ces différents instruments.* »⁹⁴¹. De tels régimes juridiques promeuvent une lecture plus pragmatique fondée sur les effets concrets de ces régulations : l'important est qu'ils modifient concrètement le comportement des entreprises visées. À ce titre, c'est plus la synergie entre instruments qui est recherchée, que leurs qualités intrinsèques.

401. Une normativité mieux adaptée à son contexte ? Ce changement de paradigme dans la manière d'envisager l'édification de régimes juridiques vient évidemment s'insérer dans la lignée du mouvement de responsabilité sociale des entreprises. Faut-il déplorer cet élan ? D'un certain point de vue, il marque un recul regrettable du droit de source étatique⁹⁴², devenu incapable de mettre en œuvre des instruments applicables largement, et qui se met dès lors plutôt en position de s'emparer des instruments produits par les acteurs. Pourtant, cette nouvelle conception du rôle de la norme étatique pourrait paradoxalement s'avérer mieux adaptée au contexte de son émergence. Il y a là une forme d'admission du caractère déficient de la norme étatique classique face à des entreprises déployées en réseaux transnationaux dont l'organisation est particulièrement complexe⁹⁴³. Si cette liberté d'organisation est reconnue *via* la liberté d'entreprendre, alors c'est dans le cadre de ces organisations complexes que doivent s'établir les nouvelles formules normatives, en reconnaissant que c'est au cœur des entreprises elles-mêmes qu'une part de la régulation doit s'opérer⁹⁴⁴.

§ 2. L'autorégulation

402. La montée des phénomènes d'autorégulation ou de corégulation peut se muer en véritable indicateur du rapport de l'entreprise au droit et à ses fonctions. Appréhendée dans une logique préventive et contrôlée, l'autorégulation est un aiguillon pour une implantation de

⁹⁴¹ T. Sachs, *op. cit.*, p. 381.

⁹⁴² A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541 ; A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195.

⁹⁴³ M.-A. Moreau, « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Dr. soc.*, 2017, p. 792 : « *Depuis longtemps, les spécialistes des droits de l'homme et de l'environnement cherchent à construire la responsabilité des entreprises transnationales. Dans le domaine du droit social, depuis longtemps aussi, les limites des protections nationales dérivant du droit du travail national et du droit international privé sont dénoncées en raison de leur inadaptation aux entreprises transnationales.* »

⁹⁴⁴ Plus généralement, sur cette logique de « constitutionnalisation » des pouvoirs privés : J.-Ph. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *RDT*, 2017, p. 34.

la fonction sociale de l'entreprise (A). Au contraire, élevée au rang de variable économique, elle consacre la pénétration des logiques de marché au sein du droit social (B), ce qui ne manque pas de produire des conséquences pour l'ordre juridique relevant d'un champ démocratique (C).

A. L'autorégulation préventive

403. Activation de la fonction sociale de l'entreprise. Figure privilégiée d'une autorégulation à vocation préventive, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordres peut être analysée au prisme de l'idée de fonction sociale de l'entreprise. L'élément clé dans cette réflexion tient à la dimension préventive du plan de vigilance. Déjà évoquée⁹⁴⁵, cette dimension suppose que l'entreprise n'est plus seulement tenue de réparer un dommage causé, mais également de concevoir dans le plan de vigilance des stratégies visant à identifier et limiter les risques que le dommage se produise, stratégies sanctionnées juridiquement par le droit dur étatique si elles s'avèrent inopérantes. Tout l'intérêt est de rendre l'entreprise active, et même actrice de la limitation des risques que son activité fait peser sur les droits de l'homme, sa santé et sa sécurité, ou sur l'environnement. Cette logique d'activation est une des caractéristiques des dispositifs dits de *compliance* : des États ou régulateurs sont alors en position d' « émetteurs » de la norme, tandis que l'entreprise en est l' « activatrice »⁹⁴⁶.

404. Une activation volontaire. Cette position d'activatrice de la norme présente un intérêt particulier dans le cadre de la fonction sociale de l'entreprise. En effet, la caractérisation d'une telle fonction suppose que la préoccupation sociale soit inhérente à l'action de l'entreprise, et non pas simplement imposée car exogène. Quand le droit du travail vient par exemple imposer à l'employeur un comportement précis, il ne s'ingère pas nécessairement dans le fonctionnement de l'entreprise, ni dans la manière qu'a l'entrepreneur d'exercer sa liberté d'entreprendre. Il y a alors deux logiques antagonistes qui se font face, et demeurent étrangères l'une à l'autre, le droit social étant perçu comme une contrainte plus que comme une dimension endogène de l'activité de l'entreprise. Or, le projet de fonction sociale suppose que l'exercice de l'activité économique s'imprègne de préoccupations sociales. Le régime du devoir de vigilance répond à cet impératif : en rendant l'entreprise actrice de la prévention des

⁹⁴⁵ Cf. *supra* § 387.

⁹⁴⁶ Quant à ces positions d'émetteur et d'activateur : M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la *compliance* », *D. chr.*, 2016, p. 1871.

risques, il impose qu'elle appréhende pleinement son environnement social, et qu'elle poursuive l'objectif de s'y insérer aussi harmonieuse que possible, en produisant par écrit (dans le plan de vigilance) et en actes (par sa mise en œuvre) une véritable stratégie susceptible d'influencer ses choix économiques⁹⁴⁷.

405. Position d'émetteur de la norme. Une fois le rôle spécifique de l'entreprise souligné, il faut remarquer que c'est la partie étatique de cet édifice normatif qui donne le ton. Contrairement aux versions plus anciennes et juridiquement limitées des engagements en matière de responsabilité sociale des entreprises⁹⁴⁸, le devoir de vigilance est porté par un dispositif législatif exigeant, s'agissant des matières couvertes comme du contenu du plan. La liberté de l'entreprise dans la production du plan n'est pas totale, même si elle est réelle et renforcée par la relative imprécision du législateur⁹⁴⁹. Plus important, les objectifs du plan sont édictés. Sa fonction préventive est mise en avant par un législateur soucieux que les entreprises réduisent les risques créés par leur activité économique. La fonction sociale de l'entreprise s'en trouve renforcée : elle ne dispose pas de la liberté de définir quelle éthique elle entend poursuivre, ni d'en faire l'affichage. Le dispositif législatif lui impose une visée claire, et c'est la synergie entre cet objectif social et les outils que l'entreprise mobilise⁹⁵⁰ qui est porteuse d'une avancée sociale.

406. Un premier pas. Néanmoins, l'activation de la norme produite par l'entreprise dans une démarche de prévention des risques ne saurait suffire. Elle constitue l'édification d'une fonction sociale minimale, consistant pour l'entreprise à limiter les risques inhérents à ses interactions avec l'environnement social ou écologique. Cette forme de neutralisation des effets négatifs de l'entreprise prônée par le devoir de vigilance fait figure de socle minimal pour une réinsertion de l'entreprise dans son environnement social, surtout dans la mesure où le contrôle opéré sur le contenu des plans et la capacité des parties prenantes à peser sur leur

⁹⁴⁷ Ce mouvement a pu être également présenté sous l'angle d'une « *responsabilisation* » des entreprises : X. Boucobza, Y.-M. Serinet, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D. chr.*, 2017, p. 1623.

⁹⁴⁸ Pour une comparaison avec le moment d'émergence de la responsabilité sociale des entreprises : Ch. Neau-Leduc, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. soc.*, 2006, p. 952.

⁹⁴⁹ Cette imprécision a été relevée par la décision du Conseil constitutionnel. Cf. S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 13 avr. 2017, 1193, p. 19 ; l'auteur souligne que « *c'est justement pour excès de « généralité des termes » et « caractère large et indéterminé » de certains que le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'amende prévue pour « un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis »* » ; elle ajoute surtout que « *la censure n'a pas non plus écarté l'imprécision qu'elle a stigmatisée* ».

⁹⁵⁰ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 381.

conception restent inconnus⁹⁵¹. Le risque est de voir les entreprises se contenter de plans *a minima*, voyant dans la vigilance une obligation de moyens limitée. En pareil cas, l'édifice juridique reposerait de nouveau sur la responsabilité en cas de dommage causé, donc sur une sanction *a posteriori* dont la dimension curative n'engage pas véritablement l'entreprise dans une fonction sociale.

B. L'autorégulation de gestion

407. Des effets variables. Cette présentation d'un processus d'autorégulation tel que le dispositif du devoir de vigilance s'est faite sous l'angle d'un apport à l'idée de fonction sociale de l'entreprise. Il convient cependant de rester prudent sur la contribution de ce phénomène de renvoi à l'autorégulation : en effet d'autres instruments relevant de l'autorégulation dans l'entreprise produisent des effets entièrement différents sur les fonctions de l'entreprise. Le principal domaine est évidemment le droit du travail, qui connaît une tendance manifeste au renvoi de la production de normes vers les entreprises⁹⁵². Défendu de manière variée par les gouvernements et législateurs successifs mais ininterrompu depuis le début des années 1980, ce mouvement de décentralisation de la production normative rend nécessaire une analyse fine des instruments d'autorégulation.

408. L'autorégulation en droit du travail. Les processus d'autorégulation en droit du travail sont divers et doivent être différenciés. En premier lieu, une place à part doit être faite aux engagements unilatéraux de l'employeur⁹⁵³. Outils atypiques, ils ne créent d'obligations qu'à la charge de l'employeur, et obéissent à des exigences particulières pour être pris en compte. N'étant pas appelés par une disposition législative qui les insérerait dans l'environnement juridique, ils sont difficilement situables dans un débat relatif aux fonctions de l'entreprise. Dans le même ordre d'idée, il convient d'écarter le règlement intérieur de ces réflexions. Sa fonction disciplinaire⁹⁵⁴ doit en effet être dissociée du pouvoir de direction qui permet à l'employeur de prendre un grand nombre de décisions concernant le fonctionnement de l'entreprise, lesquelles ne peuvent qu'avoir des effets sur les salariés. Le pouvoir

⁹⁵¹ Sur ces questions de suivi et d'audit social : S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 13 avr. 2017, 1193, p. 24.

⁹⁵² Pour une approche déjà ancienne de ces questions : A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 19

⁹⁵³ E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, p. 227.

⁹⁵⁴ Celle-ci est même reconnue par les auteurs les plus critiques à l'encontre du règlement intérieur et de l'absolutisme du pouvoir de l'employeur qu'il a longtemps représenté. Cf. G. Lyon-Caen, « Une anomalie juridique : le règlement intérieur », *D. chr.*, 1969, p. 249 ; l'auteur y décline l'objet du règlement intérieur en ces termes : « *que le travail se déroule dans l'ordre ; que les conditions de travail soient les mêmes pour tous, soient connues de tous et revêtent un caractère de relative permanence* ».

disciplinaire est d'un autre ordre : il s'agit de sanctionner des fautes des salariés, leurs manquements aux diverses règles qui s'appliquent dans l'entreprise⁹⁵⁵. Ce pouvoir de l'employeur s'éloigne de l'ordre économique. Dans la mesure où le règlement intérieur est tenu de respecter les dispositions légales, réglementaires et conventionnelles, tout en protégeant les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives⁹⁵⁶, sa nature économique est inexistante, et son instrumentalisation à cette fin ne manquerait pas d'être sanctionnée par l'inspection du travail⁹⁵⁷ ou les juges⁹⁵⁸.

409. Le droit de la négociation collective. C'est le droit de la négociation collective qui intéresse au plus haut point ces recherches. Si des négociations peuvent obéir à des objectifs classiques d'adaptation d'une norme générale à la réalité concrète du travail dans l'entreprise⁹⁵⁹, elles sont de plus en plus envisagées par le législateur sous l'angle d'une fonction économique⁹⁶⁰. Cette fonction est directement décelable dans deux dispositifs récents : les accords de maintien dans l'emploi⁹⁶¹, et les accords de préservation et de développement de l'emploi⁹⁶², qui dans le cadre des ordonnances publiées en septembre 2017 vont être fusionnés avec les accords de mobilité⁹⁶³. Ces normes négociées constituent une véritable autorégulation à l'échelle de l'entreprise, sur les sujets et selon les marges accommodées par le législateur. Surtout ce dernier n'impose aucunement d'y recourir : contrairement aux négociations obligatoires qui, si elles n'impliquent pas conclusion, obligent au moins à un échange selon des échéances prédéfinies, les accords de maintien dans l'emploi comme ceux de préservation ou de développement de l'emploi, dans leur régime actuel (séparément) comme futur (fusionnés) laissent tout pouvoir d'initiative à l'employeur. C'est bien lui qui « envisage d'engager des négociations relatives à la conclusion » de ces

⁹⁵⁵ S. Frossard, « Les évolutions du droit disciplinaire », *D. chr.*, 2004, p. 2450.

⁹⁵⁶ C. trav., art. L. 1321-3.

⁹⁵⁷ C. trav., art. L. 1321-4, al. 3.

⁹⁵⁸ À l'occasion d'un litige individuel. C. trav., art. L. 1322-4.

⁹⁵⁹ Pour un aperçu rapide de ces évolutions : J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.*, 2009, p. 887 ; l'auteur signale que la matière est gagnée par deux phénomènes de flexibilisation, respectivement par rapport au principe de faveur et par rapport au champ conventionnel. Force est de constater que le temps passé depuis la rédaction de cette contribution n'a fait que renforcer ces tendances. Sur les conséquences possibles de ce mouvement : A. Lyon-Caen, « Conclusion : au fil de la responsabilité », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 151.

⁹⁶⁰ La préoccupation est déjà ancienne : J. Barthélémy, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 580.

⁹⁶¹ C. trav., art. L. 5125-1 et s.

⁹⁶² C. trav., art. L. 2254-2 et s.

⁹⁶³ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 3.

accords⁹⁶⁴ ; tandis que dans le régime promu par les ordonnances de septembre 2017, l'accord est conclu aux fins de répondre « *aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* »⁹⁶⁵, c'est-à-dire en vertu de prérogatives (assurer le bon fonctionnement de l'entreprise en particulier) reconnues par le droit à l'employeur, mais pour la poursuite desquelles il peut désormais contracter avec le collectif de salariés en aménageant la durée, la rémunération et la situation géographique de leur travail. Ce premier caractère dit beaucoup de l'appréciation de ces instruments : ils donnent à l'employeur un pouvoir d'initiative qui lui confère une position favorable, puisqu'il reste maître de la variable chronologique. S'il ne trouve pas son compte ou celui de l'entreprise dans une négociation orientée en matière d'emploi, rien ne l'oblige à l'envisager ; au contraire, si l'opportunité lui semble intéressante, il peut imposer le sujet. En cela, il s'agit de dispositifs juridiques voués à une approche stratégique et gestionnaire des relations sociales⁹⁶⁶, dont la particularité est qu'elles ne sont plus assumées par l'employeur seul au risque du contentieux, mais contractualisées avec les salariés.

410. Des accords de gestion. Ce pouvoir d'initiative ne constitue que la porte d'entrée de ce régime juridique. La fonction de gestion que portent ces accords collectifs est plus explicite à la lecture de leurs conditions d'élaboration et de ce que le législateur impose en termes de contenu. S'agissant des accords de maintien dans l'emploi, elle se manifestait dans le fait qu'ils ne puissent être conclus qu'en cas « *de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives* »⁹⁶⁷. Plus encore, ces accords pouvaient être modifiés en cas d' « *amélioration de la situation économique de l'entreprise* », voire suspendus « *en cas d'amélioration ou d'aggravation de la situation économique de l'entreprise* »⁹⁶⁸. Le contexte économique dans ce cas n'est plus une toile de fond, une variable objet de débat dans le cadre de la négociation : il est la raison d'être de l'accord, consacrant la soumission de l'instrument négocié aux variations des paramètres économiques, et l'envahissement de l'autorégulation sur le terrain social par les contraintes économiques⁹⁶⁹. L'idée émerge également des accords de préservation ou de développement de l'emploi, également voués à disparaître. Venant se

⁹⁶⁴ C. trav., art. L. 2254-2, I, al. 2.

⁹⁶⁵ C. trav., art. L. 2254-2, I nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

⁹⁶⁶ Cette approche stratégique se double d'un vocabulaire renvoyant à l'économie comportementale. Cf. F. Géa, « Les soubassements de la réforme », *RDT*, 2017, p. 593.

⁹⁶⁷ C. trav., art. L. 5125-1, I.

⁹⁶⁸ C. trav., art. L. 5125-1, III.

⁹⁶⁹ E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT*, 2013, p. 168.

greffer sous la forme d'un préambule à des accords collectifs relevant d'autres logiques, ils reposent tout de même sur « *l'établissement d'un diagnostic partagé entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés* »⁹⁷⁰ dont il apparaît naturel qu'il soit fondé essentiellement sur la situation économique de l'entreprise. En parallèle et de manière notable, l'accord peut « *prévoir les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise à l'issue de l'accord* »⁹⁷¹. Cette disposition originale acte le fait que l'accord s'insère pleinement dans une logique gestionnaire, qui peut même supposer une forme de récompense des efforts accomplis ... pour peu qu'ils aient produit un effet mesurable sur la situation économique de l'entreprise.

411. Accords relatifs à l'emploi. Le régime fusionnant ces divers types d'accords qui résulte des ordonnances de septembre 2017 renonce à ces ancrages explicites dans la situation économique. C'est avec plus de neutralité le « *bon fonctionnement de l'entreprise* » ou la préservation et de développement de l'emploi qui servent de cause à ces normes d'autorégulation⁹⁷², mais plus aucune référence n'est faite à un diagnostic partagé ou à une situation économique spécifique. Seul un élément, central et emprunté aux accords de préservation et de développement de l'emploi⁹⁷³, rappelle directement que ces accords obéissent à une fonction économique et gestionnaire : l'obligation qui est faite aux négociateurs de définir en préambule de l'accord les « *objectifs* » de celui-ci⁹⁷⁴. Anodine au premier abord, cette mention est pourtant caractéristique d'une approche gestionnaire de la norme juridique, dont l'objet n'est pas de réglementer les relations de travail dans l'entreprise, ou de matérialiser un compromis entre négociateurs antagonistes, mais dans une optique de gouvernance par les nombres, de poursuivre conjointement des objectifs que l'on imagine chiffrés⁹⁷⁵. Aucune responsabilité n'est envisagée sur le terrain juridique au cas où ils ne seraient pas atteints, spécialement s'agissant de l'employeur, à la fois initiateur de la négociation et conservant son pouvoir de direction et de gestion⁹⁷⁶.

⁹⁷⁰ C. trav., art. L. 2254-2, I, al. 2.

⁹⁷¹ C. trav., art. L. 2254-2, III, al. 7.

⁹⁷² C. trav., art. L. 2254-2, I nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

⁹⁷³ E. Filipetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT*, 2015, p. 416.

⁹⁷⁴ C. trav., art. L. 2254-2, II nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

⁹⁷⁵ A. Supiot, « Fragments d'une politique législative du travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 1155 : « *À toutes les échelles de l'organisation du travail - celles de l'individu, de l'entreprise et de la nation - on demande désormais moins aux hommes d'obéir à des prescriptions que d'atteindre des objectifs, dont la réalisation est évaluée au regard d'indicateurs chiffrés.* »

⁹⁷⁶ E. Filipetto, *op. cit.* : « *Là où un engagement suppose d'être respecté sous peine de sanctions - nous venons de l'illustrer - un objectif suppose de mettre en œuvre les moyens de les atteindre, mais sans obligation de*

412. Une fonction économique. Ces exemples permettent *in fine* d'insister sur le rôle de la norme étatique. Ces formes d'autorégulation ne sont aucunement immanentes ; elles sont portées et encadrées par des dispositifs législatifs qui influencent considérablement leur contenu final. Dans ce cadre, le droit de la négociation collective subit les conséquences de politiques défendant une prééminence de la question économique sur la sphère sociale. Là où le devoir de vigilance guide les entreprises vers la prise en compte de problématiques sociales ou environnementales dans leur stratégie économique, ces nouvelles formes de négociation collective, sous couvert d'objectifs en matière d'emploi⁹⁷⁷, cachent des instruments inféodés à la variable économique⁹⁷⁸. Il n'est même plus question de dénoncer l'autonomisation de la fonction économique de l'entreprise, devenue sourde aux préoccupations sociales ; pire, c'est une conquête des espaces de la délibération sociale par la variable économique que l'on peut déplorer ici.

C. Teneur axiologique des instruments d'autorégulation

413. Une production normative détachée de l'ordre juridique étatique. Plus profondément, les instruments d'autorégulation posent la question de la relation du droit de l'entreprise à l'idée démocratique. La forte autonomie de leurs producteurs impose de sortir des approches pyramidales et hiérarchiques : la production normative des entreprises n'est plus seulement un champ que l'État leur délègue et dans lequel les normes produites sont un prolongement de l'ordre juridique⁹⁷⁹. Au contraire, les entreprises cherchent à s'extraire de ce cadre pesant pour produire des normes qui ne se situent plus par rapport à lui⁹⁸⁰. Si le législateur est encore initiateur de ces outils, de nombreux indices pointent vers un accroissement de l'autonomie qu'ils confèrent et vers leur détachement par rapport au reste de l'ordre juridique. Le cas des accords collectifs de travail est édifiant : par la forte compression des délais pour intenter contre eux un recours, et par l'affirmation d'une présomption de

résultat. »

⁹⁷⁷ La question est cependant relativement ancienne : A. Lyon-Caen, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 316. Plus récemment : F. Géa, « Au nom de l'emploi », *RDT*, 2016, p. 813 ; l'auteur pose même en forme de provocation cette question : « *L'impératif de l'emploi serait-il devenu le nom d'une inspiration - néo-libérale - qui ne verrait d'autre horizon que de s'en remettre aux capacités des acteurs, pour ne pas dire des utilisateurs d'un droit réduit au rang d'instrument ?* »

⁹⁷⁸ Sur ce point : F. Géa, « Et maintenant des accords de maintien de l'emploi « offensifs » ? », *RDT*, 2016, p. 761 : « *Sacrifier les emplois de certains pour permettre à l'entreprise, en tant que telle, de faire face à des aléas conjoncturels d'une ampleur telle que sa survie paraît compromise est une chose. Transplanter cette logique dans un dispositif visant à favoriser, dans une perspective offensive, la position concurrentielle de cette entreprise en est une tout autre...* »

⁹⁷⁹ Une telle lecture renvoie classiquement à la pensée de Hans Kelsen.

⁹⁸⁰ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 111.

validité⁹⁸¹, l'actuel gouvernement contribue à extraire les instruments d'autorégulation de l'ordre juridique et des débats ou questions que celui-ci pourrait engendrer au nom d'une lecture par les juges.

414. L'autorégulation comme référence au marché. Une seconde problématique se déploie corrélativement à ce recul de la tutelle de l'ordre juridique étatique sur les instruments d'autorégulation. L'ensemble du champ est traversé par un changement de paradigme qui voit le marché se substituer à l'ordre juridique étatique comme figure tutélaire, conforme de surcroît à l'imaginaire du réseau⁹⁸². Il devient illusoire d'espérer que les instruments d'autorégulation répondent à des logiques autres qu'économiques, et leur propension à transformer les entreprises en agents économiques s'affirme. Tentant de réorienter parfois ces instruments vers d'autres objectifs, la production normative étatique affiche une profonde ambivalence dans leur rapport au droit produit par et dans les entreprises.

415. L'impératif démocratique jusque dans le réseau. Tout l'enjeu que sous-tend la proposition d'une exploration de la fonction sociale de l'entreprise tient dans le réexamen de ces rapports entre ordre juridique étatique et autonomie des entreprises. Si le premier s'efface ou organise son propre dessaisissement au profit de la seconde, c'est la dimension démocratique inhérente à l'ordre juridique étatique qui s'effrite, puisque le droit produit par et dans les entreprises n'a pas à répondre des mêmes exigences de légitimité, et trouve plus volontiers ses fondements dans le rapport au marché et à la rationalité économique. Naît un besoin impérieux de réintroduire une part d'idéal démocratique dans ces instruments d'autorégulation, même quand ils ne répondent qu'indirectement de l'ordre juridique étatique⁹⁸³. Les principaux leviers consistent à agir sur leurs procédures d'élaboration, sur leurs dispositifs de contrôle, et plus largement sur les participants à la production et à l'utilisation de ces instruments juridiques⁹⁸⁴. Cette nécessité impérieuse l'est aussi dans la mesure où les instruments d'autorégulation sont les mieux susceptibles de s'insérer dans les périmètres de l'entreprise en réseau.

⁹⁸¹ C. trav., art. L. 2262-13 et L. 2262-14 nouveaux résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 ; est évoquée au sujet de ces changements une logique de « *sécurisation* » (V. par exemple : P.-H. Antonmattei, « Réforme du droit du travail : en avant, marche ! », *SSL*, n° 1781, 11 sept. 2017, p. 4) qui confine par certains aspects à une forme de sacralisation.

⁹⁸² F. Ost, M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 175 et s.

⁹⁸⁴ *Cf. infra*, § 470 et s.

Section 2 : La fonction sociale structurante

416. L'assignation d'une fonction sociale à l'entreprise passant par des procédés d'autorégulation présente un second avantage au côté des logiques préventives qu'il permet d'insérer. Il ouvre la possibilité de structurer la norme au plus près de l'organisation sociétaire, dont l'éclatement a été largement documenté⁹⁸⁵, et qui constitue une déclinaison moderne de la liberté d'entreprendre. Envisager l'autorégulation sous cet angle encourage à passer au filtre de la fonction sociale de l'entreprise la fonction économique manifestée dans son pouvoir organisationnel (Paragraphe 2). Avant cela, un constat s'impose qui tient dans le développement de régimes juridiques destinés à la prise en compte des divisions des personnes morales (Paragraphe 1).

§ 1. Effets sur la fragmentation des organisations

417. Figure déjà éprouvée de l'organisation de l'entreprise, sa fragmentation en plusieurs personnes morales implique des réactions du système juridique qui cherchent à imposer des obligations aux entreprises. Le droit du travail a longtemps été en pointe sur ce terrain, mais s'en tient pour l'essentiel à une logique de réaction (A). Au contraire, le devoir de vigilance démontre l'apparition d'instruments nouveaux en la matière, lesquels ouvrent des perspectives neuves (B).

A. Le dépassement des personnes morales en droit du travail

418. Si le dépassement des personnes morales constitue un enjeu classique du droit du travail, c'est que la matière a, de longue date, fait face aux montages sociétaires. La raison en est simple : le droit du travail est par nature soucieux de la réalité du collectif de travail, appui qui lui a permis de s'extraire du droit civil⁹⁸⁶ ; de plus, le droit du travail s'est édifié sur le rapport à l'employeur désigné au niveau de la personne morale comme interlocuteur des salariés et récipiendaire de responsabilités et d'obligations⁹⁸⁷. L'unité sociétaire a pour effet de souder le collectif de travail et l'employeur dans un face à face où le droit du travail trouve ses repères. À l'inverse, les fragmentations de l'organisation sociétaire perturbent l'homogénéité de ce rapport entre employeur et salariés, et brouillent considérablement les pistes et les relations. Difficile de s'assurer que, dans une société possédée entièrement par une autre sur le modèle de la filiale à 100 %, l'employeur dispose bien du pouvoir effectif que

⁹⁸⁵ E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2008.

⁹⁸⁶ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

⁹⁸⁷ B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *D.O.*, 2013, p. 151.

le droit du travail lui confère. De même, il est difficile de définir les périmètres d'un collectif de travail quand, sur un même lieu et dans le même temps, coexistent et surtout « co-exercent » des salariés ayant des employeurs différents. C'est pourquoi il convient de présenter trois composantes du droit du travail chargées à des fins et selon des modalités différentes, de tenir compte de cette division des personnes morales : l'appréhension du groupe (1) ; la structuration de l'unité économique et sociale (2) ; et la notion contentieuse de coemploi (3).

1. Le groupe de sociétés

419. Le groupe, figure classique du montage sociétaire. La figure la plus établie de ces montages sociétaires, et la plus aisée à saisir en théorie est le groupe⁹⁸⁸, autour duquel le droit du travail s'organise. Dans le groupe, l'existence de liens capitalistiques qui peuvent aller jusqu'au contrôle total ne remet pas en question la distinction entre personnes morales. Ainsi un salarié embauché par une *holding* connaît-il un cocontractant différent d'un salarié embauché par la ou les sociétés contrôlées. Le pouvoir de l'employeur est en quelque sorte dilué : des choix opérés au niveau de la *holding* peuvent affecter la situation du salarié de la société contrôlée, sans pour autant que ce dernier puisse se prévaloir (si le droit du travail n'intervient pas) du lien qui les relie.

420. Le groupe en droit du travail. Le droit du travail, face à la complexité des montages, n'apporte pas de réponse univoque. En réalité la notion de groupe est purement fonctionnelle, et se définit de différentes manières selon que le droit du travail s'applique aux reclassements suite à licenciement pour motif économique (jusqu'à la réforme par les ordonnances de septembre 2017)⁹⁸⁹, à la mobilité des salariés⁹⁹⁰, aux instances représentatives du personnel, ou aux accords collectifs. Ces deux derniers champs, sont les plus susceptibles de renseigner sur la manière qu'a le droit du travail d'appréhender un pouvoir de type économique.

⁹⁸⁸ Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 216, 1991 ; v. en particulier p. 71 où le groupe est décrit comme une notion fonctionnelle.

⁹⁸⁹ Pour le dernier état jurisprudentiel précédant la réforme, cf. J. Martinez, « Le reclassement *urbi et orbi* », *JCP S*, 26 juill. 2016, 1263. La réforme intervenue en septembre 2017 (cf. C. trav., art. L. 1233-4 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017) reprend le critère de permutabilité établi par la jurisprudence pour l'enserrer dans le cadre du groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, poursuivant en cela une forme d'harmonisation de la notion de groupe qui va à l'encontre de notre présent propos sans pour autant effacer sa dimension historique.

⁹⁹⁰ A. Martinon, « L'organisation de la mobilité dans les groupes », *JCP S*, 12 fév. 2013, 1079.

421. La représentation du personnel dans le groupe. L'instauration en 1982 du comité de groupe dans le cadre des lois Auroux⁹⁹¹ répond à une conception du collectif de travail en tant que contre-pouvoir dans l'entreprise, et au-delà. Par une application du principe de concordance, il s'agissait de construire un espace de représentation des salariés pour le porter à la hauteur du centre de décision économique que constitue la tête du groupe⁹⁹². Les dispositions relatives au comité de groupe renvoient par conséquent aux notions de contrôle et d'influence dominante pour définir la consistance du groupe visé⁹⁹³. La première opère par renvoi aux dispositions du Code de commerce, en particulier son article L. 233-1 qui dispose que la relation de mère à filiale s'établit par la possession de plus de la moitié du capital de la seconde par la première. Ces dispositions dessinent une notion de groupe objective et surtout quantifiable, au sens où seuls des éléments de possession de parts sociales juridiquement et techniquement établis sont pris en compte⁹⁹⁴. La notion d'influence soulève plus de difficultés, puisqu'elle s'appuie à la fois sur la possession de 10% du capital, et, toujours selon l'article L. 2331-1 du Code du travail, sur « *la permanence et l'importance des relations* » permettant de supposer « *l'appartenance à un même ensemble économique* ». Les présomptions ensuite énoncées reviennent à des critères mesurables *in abstracto* (nomination de la majorité des dirigeants, disposition de la majorité des voix ou du capital).

422. Approche objective du groupe. Cette approche du groupe s'impose aux sociétés qui le composent, et le périmètre du groupe peut être l'objet d'un contentieux à l'initiative des organisations syndicales si la négociation collective ne parvient pas à définir ses conditions d'existence⁹⁹⁵. L'impératif est que les collectifs de travail participant du groupe puissent recevoir une information sur la politique économique s'appliquant à l'ensemble du groupe. Le périmètre du groupe est figé par le droit, et n'est pas négociable. Il participe de la représentation d'une image fidèle du pouvoir exercé dans le cadre des liens capitalistiques, qui représente une forme d'entreprise unitaire bien qu'éclatée, avec un pouvoir de décision économique centralisé. Il y a aussi là une réaction du droit qui vise la reconstitution du rapport entre pouvoir et contre-pouvoir.

⁹⁹¹ Aujourd'hui : C. trav., art. L. 2331-1 et s.

⁹⁹² P. Lokiec, *Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail*, PUF, coll. Thémis, 2011, p. 124.

⁹⁹³ C. trav., art. L. 2331-1 ; cf. P.-Y. Verkindt, « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 771.

⁹⁹⁴ Sont également mentionnés l'article L. 233-3 I et II, aux termes duquel le contrôle est établi notamment quand plus de la moitié des droits de vote sont à disposition d'une société, ou plus de 40% si aucun autre associé ne détient une quotité supérieure ; et l'article L. 233-16 relatif aux obligations d'édicter des comptes consolidés.

⁹⁹⁵ C. trav., art. L. 2331-3.

423. La négociation collective de groupe. Par comparaison, la négociation collective de groupe obéit à un régime juridique plus souple⁹⁹⁶. Par une formule sibylline, le Code du travail dispose : « *La convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe* »⁹⁹⁷. S'intéressant et se négociant au niveau du groupe, un tel accord peut ne s'appliquer qu'à une partie de celui-ci. Se font face une conception « objective » du groupe, constituée par sa réalité économique empruntée aux conditions fixées au sujet des comités de groupe ; et une conception subjective, laissant aux parties le choix de délibérer un périmètre différent pour le statut collectif qu'elles organisent⁹⁹⁸. Tout le problème provient du fait que du périmètre de l'accord découle le périmètre de négociation ... ce qui, sans groupe préexistant, suppose un certain arbitraire dans la définition des personnes appelées à définir le périmètre initial. Les termes de l'article L. 2232-30 sont pourtant clairs quant à la possibilité de définir un groupe subjectif différent du groupe objectif. L'unicité de la notion de groupe et ses liens avec la notion d'entreprise sont alors déstructurés. Le représentant de l'employeur dans la négociation est issu de la société dominante du groupe et représente la quintessence du pouvoir économique. Le législateur l'admet en ne l'obligeant pas à rechercher un mandat de la part des autres sociétés pour lesquelles il négocie. Mais l'accord peut viser un périmètre autre, ne reflétant pas la réalité du groupe. L'intérêt pratique de cette possibilité dénature de manière peut-être excessive la construction de la notion de groupe par le droit du travail⁹⁹⁹.

424. Le groupe depuis la négociation collective : une subjectivité malvenue. Ce flou est d'autant plus regrettable que le législateur a récemment conféré aux partenaires sociaux à l'échelle du groupe la possibilité de faire primer leur accord sur ceux des entreprises qui le composent, hors toute considération relevant du principe de faveur face à la nature plus ou moins avantageuse des accords à articuler¹⁰⁰⁰. Là encore, la possibilité doit trouver sa traduction conventionnelle ; mais le champ sur lequel les partenaires peuvent jouer se trouve étendu aux entreprises visées par l'applicabilité de la norme. N'est-ce pas donner un pouvoir trop important aux partenaires que de leur laisser tordre ainsi la réalité d'une notion juridique que d'autres dispositions du même Code du travail saisissent avec une relative certitude ? En tant qu'outil d'élargissement du statut collectif appliqué aux salariés, l'accord de groupe est

⁹⁹⁶ G. Auzero, « Accords collectifs et entreprises à structures complexes », *D.O.*, 2017, p. 365.

⁹⁹⁷ C. trav., art. L. 2232-30.

⁹⁹⁸ J.-F. Cesaro, « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 780.

⁹⁹⁹ La pratique de définition d'un « périmètre de rayonnement » participe du flou entourant la notion ; *cf. Ibid.*

¹⁰⁰⁰ C. trav., art. L. 2253-5.

doté d'une légitimité indiscutable, justifiée par le caractère structurant du pouvoir économique qui s'établit dans les relations de capitaux. Le tissu collectif peut être découpé voire déchiré, là où une maille solide serait nécessaire pour résister aux tiraillements des divisions des groupements. Il semble que ce régime doive être également rattaché à l'évolution du droit de la négociation collective vers une dimension de plus en plus gestionnaire¹⁰⁰¹. Ce mouvement conduit l'accord de groupe à devenir à son tour un instrument à vocation économique. Le principe initial qui voyait dans l'accord de groupe un moyen de créer du droit social dans le champ organisé par le pouvoir économique est inversé : c'est la fonction économique de l'entreprise et les pouvoirs qui lui sont rattachés qui modèlent désormais la matière sociale.

2. L'unité économique et sociale

425. Définition générale de l'unité économique et sociale. L'unité économique et sociale (UES) constitue un second moyen mobilisé en droit du travail afin de faire coïncider la réalité des unités de production et des collectifs de travail avec le pouvoir économique qui les surplombe. Conformément à son appellation, l'unité économique et sociale regroupe une triple conjonction d'éléments, cumulativement établis : une pluralité de personnes morales ; une unité économique entre elles ; une unité sociale entre elles. L'objectif originel de la notion¹⁰⁰² consistait précisément à dépasser les séparations du droit des groupements dans les situations où l'unité constatée aux plans économique et social justifiait de dépasser les divisions juridiques afin d'installer une représentation du personnel en dépit de seuils qui n'auraient pas été atteints dans le cas contraire. L'assise de la notion (unifiée quelle que soit l'institution représentative¹⁰⁰³) au-delà de sa base jurisprudentielle a permis au législateur, après l'avoir consacrée¹⁰⁰⁴, de s'en servir comme point d'appui pour d'autres dispositions que celles relatives à la représentation du personnel, en particulier en matière de participation¹⁰⁰⁵.

426. Modes de reconnaissance de l'unité économique et sociale. La reconnaissance de l'unité économique et sociale passe par deux voies : soit elle est demandée au contentieux, en théorie dans le cadre du contentieux électoral¹⁰⁰⁶ ; soit elle est conventionnelle, la figure

¹⁰⁰¹ Cf. *infra* § 488.

¹⁰⁰² Cass. crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; D. 1970, p. 444. Les juges estiment à cette occasion : « *il n'est pas démontré que ces personnes morales aient constitué, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes* ».

¹⁰⁰³ Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 03-60.412 et 03-60.413 ; « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 944, note J. Savatier.

¹⁰⁰⁴ C. trav., art. L. 2322-4. S'il ne mentionne que la mise en place d'un « comité d'entreprise commun », ce texte sert également de base à la mise en place de délégués du personnel.

¹⁰⁰⁵ C. trav., art. L. 2232-2, al. 1.

¹⁰⁰⁶ Cass. avis, 19 mars 2007, n° 06-00.020 : « *La reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale*

détenant le pouvoir dans le cadre de l'UES consentant à en reconnaître le périmètre par accord avec les syndicats représentatifs. Cette reconnaissance conventionnelle, outre qu'un nombre croissant d'employeurs y a recours, participe d'une forme d'émancipation de la notion¹⁰⁰⁷ en l'élargissant par-delà les problématiques de représentation du personnel. Un arrêt de la Cour de cassation¹⁰⁰⁸ a sur ce sujet marqué un revirement en détachant ces accords du régime de l'accord pré-électoral, pour en faire des accords de droit commun qui, par hypothèse, se détachent des règles de validité et des thèmes imposés aux accords pré-électoraux.

427. Critère de la pluralité de personnes morales. Le premier critère est le plus simple à établir et conceptualiser. Sans la division entre plusieurs personnes morales, il n'y a aucun intérêt à déployer une unité économique et sociale, le droit du travail étant en mesure d'analyser les divisions en établissements distincts¹⁰⁰⁹ pour faire émerger un comité central d'entreprise (bientôt un comité social et économique central) s'il y a lieu. Il est cependant notable que cette pluralité de personnes morales ait été un temps associée, en matière d'UES, à une fraude à la loi. L'origine pénale de la reconnaissance de l'UES pesait certainement sur la matière quand les premiers arrêts de chambre sociale ont évoqué cette fraude, avant de rapidement l'abandonner¹⁰¹⁰. La division entre personnes morales différentes peut depuis conduire à la reconnaissance d'une UES sans caractériser de fraude. L'évolution n'est pas neutre : elle permet de considérer que les jeux du droit des groupements sont parfaitement légitimes et constituent par eux-mêmes des modes de gestion que le droit du travail n'a pas à caractériser, mais simplement à corriger dans leurs effets à l'égard de la représentation du personnel¹⁰¹¹.

428. Critère d'unité économique. L'objet de la notion d'UES est d'établir les connexions pouvant justifier de passer outre la pluralité des personnes morales en raison des liens économiques forts qui les relient. La jurisprudence caractérise *in concreto* ces liens : sont mobilisés convergence d'intérêts et communauté de dirigeants, complémentarité des activités

impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées. L'action tendant à cette reconnaissance relève en conséquence de la compétence d'attribution du tribunal d'instance. Il en est de même de l'action aux fins de modification, par voie d'élargissement ou de réduction, du périmètre d'une unité économique et sociale ».

¹⁰⁰⁷ S. Tournaux, « L'émancipation de l'unité économique et sociale », *LBH éd. sociale*, 2013, n° 549, p. 27.

¹⁰⁰⁸ Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-12.712.

¹⁰⁰⁹ I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, t. 28, p. 178 et s.

¹⁰¹⁰ Cass. soc., 19 déc. 1972 ; *D.* 1973, p. 381, note M. Despax.

¹⁰¹¹ Pour une approche de l'abandon du recours à la fraude comme marqueur d'une ambition pour la notion d'UES : G. Blanc-Jouvan, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 68.

et, de manière plus générale, tout élément susceptible de caractériser une unité du pouvoir de direction par-delà les différentes personnes morales¹⁰¹². La notion diffère de celle de groupe, dans la mesure où, si la participation au capital des sociétés respectives peut être avancée comme argument, elle n'est ni suffisante, ni indispensable. Du reste, la chambre sociale a précisé que le périmètre de l'UES ne pouvait être le même que celui d'un groupe reconnu préexistant¹⁰¹³. L'analyse de ce critère économique rejoint l'analyse du droit collectif du travail comme contre-pouvoir. La représentation du personnel est en effet jugée nécessaire dans le cadre de l'UES en raison de l'existence d'un pouvoir identifié comme s'exerçant indistinctement (ou peu distinctement) sur les ensembles compris dans l'UES, produisant des effets indistincts sur ces entités.

429. Critère d'unité sociale. Là encore, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de déterminer à partir des faits les indices pouvant induire l'existence de l'UES. La marque la plus évidente est fournie par les espèces où est caractérisée une permutabilité ou une interchangeabilité des salariés¹⁰¹⁴. Plus généralement, c'est la formation d'une communauté par les salariés des différentes entités qui est recherchée, qu'elle résulte d'intérêts propres à défendre, d'un statut commun ou encore de conditions de travail semblables¹⁰¹⁵. Se greffe sur l'UES une dimension sociale qui diffère du groupe. La force donnée à l'UES reconnue n'en est que plus vigoureuse : une collectivité de travail homogène étant nécessaire, elle est nettement plus susceptible de disposer d'intérêts communs, et par là légitime à être représentée, spécialement en matière de conditions de travail. Émerge ici la présence d'un collectif du travail soudé dans le cadre de l'unité économique et sociale.

430. L'unité économique et sociale, mécanisme correctif. La conjonction des approches économique et sociale dans le cadre de l'UES a logiquement conduit à rattacher la notion à celle d'entreprise au sens de la doctrine travailliste favorable à la théorie institutionnelle, qui à bien des égards s'appuie sur des critères similaires¹⁰¹⁶. La complète identification des deux notions reste difficile, comme en témoignent même les plus fervents défenseurs d'un

¹⁰¹² G. Auzero, « Mystérieuse unité économique », *RJS*, 04/2016, p. 267.

¹⁰¹³ Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-60.234 ; « Incompatibilité entre les notions d'unité économique et sociale et de groupe », *JCP S*, 4 avr. 2006, 1281, note R. Vatinet.

¹⁰¹⁴ Par exemple : Cass. soc., 15 fév. 2006, 05-60.002 : « la permutabilité était pratiquée au sein de l'ensemble des travailleurs ».

¹⁰¹⁵ Par exemple : Cass. soc., 15 avr. 2015, 13-24.253 : « les salariés, tous issus de la même société et titulaires de contrats de travail similaires, sont mobiles entre les sociétés en cause, relèvent de la même convention collective et bénéficient d'avantages spécifiques identiques ».

¹⁰¹⁶ G. Blanc-Jouvan, *op. cit.*, p. 73.

rapprochement¹⁰¹⁷. En réalité la liberté d'organisation contractuelle, prérogative de l'employeur via personnes morales, demeure irréductible à l'UES, qui vient simplement corriger certains des effets de la subdivision, tout en permettant que l'employeur la perpétue, et la fasse valoir quant aux sujets échappant à l'UES¹⁰¹⁸. Par conséquent l'UES demeure trop peu influente sur la structuration des groupements pour être le témoin d'une fonction sociale de l'entreprise, sauf à imaginer des applications pour l'instant inexplorées de la notion, spécialement en matière de représentation des salariés dans les instances de direction par exemple. Elle constitue plutôt le témoin d'un droit du travail initialement étranger au pouvoir économique d'organisation, et qui s'y raccroche par réaction.

3. Le coemploi

431. Raison d'être de la notion. La construction jurisprudentielle du coemploi obéit, contrairement à la notion de groupe ou d'UES, à des objectifs pragmatiques d'établissement d'une solidarité entre personnes morales. Dans la grande majorité des cas, elle met en scène des salariés licenciés pour motif économique recherchant une condamnation *in solidum* de leur employeur et d'une autre personne morale qui serait détentrice du pouvoir ayant été exercé pour le prononcé de ces licenciements¹⁰¹⁹. Face à l'organisation parfois méthodique de l'insolvabilité des filiales dans les groupes de sociétés, l'argumentation présente l'intérêt de donner aux plaignants un second responsable vers lequel se tourner pour obtenir réparation et faire reconnaître une qualité d'employeur entraînant avec elle l'application de l'ensemble de la législation du travail malgré l'absence de lien de subordination. En dépit des variations de sa formulation et de son interprétation, la notion de coemploi reste utilisée par la chambre sociale de la Cour de cassation, et continue de faire débat, suscitant notamment la critique d'auteurs spécialistes du droit des groupements¹⁰²⁰.

432. Contenu de la notion. La question posée par la notion de coemploi n'est pas celle de son existence, qu'il faut souhaiter pérenne tant elle apparaît nécessaire, mais celle de son contenu et des objectifs qu'elle met en lumière. S'agissant du contenu, cette opération de qualification juridique transcende les catégories juridiques en mettant au service du droit du

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 79.

¹⁰¹⁸ L. Pécaut-Rivolier, « L'unité économique et sociale, quel avenir ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 974.

¹⁰¹⁹ S. Vernac, « L'avenir sauvegardé du coemploi », *RDT*, 2016, p. 560 ; l'auteur décrit ce type de contexte comme « *des plus banal* ».

¹⁰²⁰ F.-X. Lucas, « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *BJS*, 2014, p. 418 ; l'auteur évoque « *cette inquiétante théorie du co-emploi, sinistre création prétorienne qui échappait à son créateur au risque de ruiner l'organisation des groupes de sociétés et avec elle la sécurité juridique* ».

travail des analyses de faits issus du droit des groupements¹⁰²¹. Ces faits sont passés au filtre d'une grille d'analyse plus complexe que les définitions statiques du groupe connues de la législation travailliste. La chambre sociale définit le coemploi comme une situation marquée par « *une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, se manifestant par une immixtion d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre* »¹⁰²². Deux termes retiennent particulièrement l'attention : la confusion et l'immixtion. S'agissant de la confusion, il s'agit de remarquer que les relations sociétaires sont telles qu'il n'est plus possible de différencier un intérêt, une activité ou une direction propres à la filiale. Cette confusion est le résultat d'une immixtion : ce n'est pas à sa seule initiative et dans l'autonomie de sa personnalité morale que la société dominée s'est confondue avec l'entité dominante. Décrivant les éléments de fait et l'appréciation des juges, un auteur évoque pour expliciter l'immixtion en matière de coemploi le fait que le pouvoir soit à la fois « *transgressif* » et « *intrusif* »¹⁰²³.

433. Ce que n'est pas le coemploi. Le même auteur invite à deux distinctions entre coemploi et approches voisines, différentes dans leur principe. D'abord, le coemploi se distinguerait de la simple relation anormale entre mère et filiale au sein du groupe¹⁰²⁴ : le pouvoir transgressif et intrusif est une forme d'anormalité, mais cette anormalité présente une fonction spécifique, consistant dans l'emprise exercée par la société dominante, avec la privation d'autonomie et le dessaisissement de la fille qui en découlent. De manière plus classique, il faut différencier le coemploi des hypothèses d'abus de la personnalité morale et de sociétés fictives¹⁰²⁵. Bien que tentant car représentant un retour au droit des groupements et à ses outils, ce rapprochement est hasardeux puisqu'il oublie que le pouvoir envisagé en matière de coemploi est certes tributaire du droit des sociétés, mais également façonné par le droit du travail.

¹⁰²¹ G. Auzero, « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », *RDT*, 2016, p. 27 : « *Ainsi envisagé, le coemploi conduit à ce que l'organisation ou, plus exactement, l'exercice du pouvoir dans la société se trouve placé sous le regard du juge du travail. Cela peut apparaître perturbant, alors même que la compétence de la juridiction prud'homale ne saurait être discutée. Mais l'organisation sociétaire n'est appréhendée que de manière indirecte, en ce qu'elle façonne la personne de l'employeur dont, à l'évidence, le juge du travail ne peut se désintéresser.* »

¹⁰²² G. Auzero, « De quelques éléments insuffisants à caractériser une situation de coemploi », *RDT*, 2017, p. 256.

¹⁰²³ S. Vernac, « L'avenir sauvegardé du coemploi », *RDT*, 2016, p. 563.

¹⁰²⁴ *Ibid.* ; pour un essai, préalable, autour du critère d'anormalité dans le coemploi mais dans une approche prospective : G. Auzero, « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », *RDT*, 2016, p. 27.

¹⁰²⁵ S. Vernac, « L'avenir sauvegardé du coemploi », *RDT*, 2016, p. 563 : « *Certes, la fictivité permet de lever le voile de la personne morale employeur et de révéler le véritable maître de l'affaire. Mais cette voie apparaît bien trop étroite, même dans le cadre d'une jurisprudence faisant du coemploi une situation exceptionnelle.* » ; en contrepoint, cf. E. Schlumberger, « Caractérisation d'une situation de co-emploi », *Rev. sociétés*, 2017, p. 149, note sous Cass. soc., 6 juil. 2016, n° 15-15.481.

434. L’antagonisme au cœur du coemploi. Cette dernière distinction aide à comprendre que le coemploi est une réaction du droit du travail à des faits qui lui échappent partiellement¹⁰²⁶. La matière n’agit pas en relais d’un constat établi en droit des groupements, mais en fonction de ses propres logiques, bien qu’elles prennent en considération certains aspects du droit des groupements. Plus important encore, l’efficacité de la notion semble se réduire: récemment, les juges ont eu l’occasion de faire savoir quels éléments de fait, pourtant à première vue accablants, étaient « *insuffisants à caractériser une situation de coemploi* »¹⁰²⁷. Plus ce champ apparaît réduit, plus s’affiche le décalage entre pouvoir réel et organisation sociétaire, et avec lui le sentiment d’une notion à vocation répressive mobilisée pour sanctionner des écarts du fait au droit devenus insupportables ou « *caricaturaux* »¹⁰²⁸. En se limitant à ce type de situations, le droit du travail s’écarte d’une appréhension des situations de coemploi qui viserait une rencontre plus large entre les logiques du pouvoir économique sociétaire et les conséquences sociales de son exercice. Si ces conséquences restent trop largement étrangères à la structuration du pouvoir économique en ne s’intéressant qu’à ses déviances¹⁰²⁹, alors le coemploi reste le témoin d’un droit du travail classique, soucieux de cultiver l’antagonisme avec la sphère économique.

B. Des perspectives d’adaptation aux montages sociétaires

435. S’agissant d’une adaptation de l’autorégulation de l’entreprise aux contours des entreprises organisées en réseau, le mouvement de responsabilité sociale des entreprises a avancé des propositions stimulantes, structurées autour de la notion de sphère d’influence (1). Pour autant, la traduction la plus éclatante en droit positif de ce mouvement de réadaptation

¹⁰²⁶ S. Vernac, *Le pouvoir d’organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Université Paris Nanterre, 2012, p. 22 ; l’auteur décrit notamment le droit du travail comme un « *droit des conséquences des décisions sociétaires* ».

¹⁰²⁷ Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865 à 867 ; « De quelques éléments insuffisants à caractériser une situation de coemploi », *RDT*, 2017, p. 256, note G. Auzero.

¹⁰²⁸ P. Morvan, « Définition draconienne des critères du coemploi dans les groupes de sociétés », *BJS*, 2017, p. 288, note sous Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865.

¹⁰²⁹ Sur ce point : T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d’ordre : les ingrédients d’une corégulation », *RDT*, 2017, p. 380 : « *D’une certaine manière, la loi sur le devoir de vigilance prend le contrepied de certaines techniques utilisées en droit du travail pour responsabiliser la société dominante. La reconnaissance du coemploi, ou encore celle de la possibilité pour les salariés d’agir en responsabilité contre la société mère de la filiale employeur repose sur l’identification, par le juge, d’une déviance dans l’exercice de cette domination. Ainsi, les magistrats ont cherché à limiter la reconnaissance du coemploi à des cas où l’immixtion de la société mère va « au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques des sociétés appartenant à un même groupe et de la domination économique que cette appartenance peut engendrer ». Dans cette perspective, la seule situation de domination économique ne suffit pas à justifier une logique de responsabilisation de la société mère. De la même manière, la responsabilité civile de la société mère ne peut être engagée qu’à la condition que puisse être constatée une déviance de la situation de domination économique.* »

du droit aux formes de l'entreprise tient dans le périmètre du plan de vigilance issu de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre (2).

1. La sphère d'influence de l'entreprise

436. L'entreprise insaisissable. La notion même de responsabilité sociale de l'entreprise donne lieu depuis l'origine à un débat animé quant au fait de savoir qui est véritablement responsable. L'ensemble de cette étude et de l'histoire doctrinale qui l'a précédée suffit à prouver que l'usage du terme « entreprise » dans le champ juridique a tout pour poser difficulté. Dans une lecture critique de cette problématique des « entités » visées par la RSE, le professeur Alain Supiot souligne à quel point il est illusoire, à l'heure des groupes de sociétés et des chaînes de sous-traitance complexes, de prétendre s'en tenir à une responsabilité « de l'entreprise »¹⁰³⁰. Ce vocabulaire imprécis (qui, souligne le même auteur, est envisagé non sans un certain embarras à l'époque de ses écrits¹⁰³¹) est source de confusions et d'ambiguïtés gênantes au plan juridique. Comment, alors que les instruments de *soft law* mobilisés sont peu contraignants, espérer les voir modifier le comportement d'entités quand celles-ci sont impossibles à identifier, et que la personne morale ayant souscrit à l'engagement ne s'estime pas tenue par une filiale éloignée ou un sous-traitant reculé ?¹⁰³²

437. La sphère d'influence. Pour remédier à cette difficulté, les tenants de la RSE ont porté des normes dont le champ d'application, basé sur le volontariat d'une seule personne juridique support, doit s'étendre au-delà de cette entité autonome juridiquement. Le concept utilisé le plus souvent pour dépasser la difficulté est celui de « sphère d'influence »¹⁰³³. La norme ISO 26000, qui en fait un usage explicite, la définit comme une « *série ou étendue de relations politiques, économiques ou d'autre nature sur lesquelles une organisation a la capacité d'affecter les décisions ou activités d'individus ou d'organisations* »¹⁰³⁴. Cet ensemble de relations permet de définir jusqu'où se porte la responsabilité sociale de l'entreprise, d'établir son périmètre. Ces relations sont caractérisées par le texte de la norme

¹⁰³⁰ A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 551 ; l'auteur dénonce une notion d'entreprise « le plus souvent donnée comme allant de soi ».

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 552.

¹⁰³² Pour les « *déceptions* » sur ce terrain ayant conduit à l'évolution législative française : N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D. chr.*, 2015, p. 1049.

¹⁰³³ S. Mac Cionnaith, G. Jazottes, S. Sabathier, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *RLDA*, mars 2017, p. 25.

¹⁰³⁴ ISO 26000, 2.19. Disponible sur : <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:fr> [Dernière consultation le 27 mars 2017.]

ISO 26000 selon un double regard : l'existence de la relation ne suffit pas, car elle doit se doubler de la « *capacité d'affecter* » l'autre participant de cette relation. La logique de *soft law* s'exprime à plein en l'absence de précision supplémentaire : cette « *capacité d'affecter* » est difficile à circonscrire juridiquement, et une approche trop maximaliste des relations considérées pourrait mener à une sphère d'influence hypertrophiée¹⁰³⁵. Dès lors, le volontarisme de l'entreprise est mis en avant : elle est chargée de réunir ses parties prenantes pour cartographier leurs relations, en vérifiant dans quelle mesure elle est en position de les influencer (la doctrine anglo-saxonne évoquant en des termes certainement plus évocateurs l'idée d'un « *leverage* »¹⁰³⁶, ou levier). Ce n'est que dans second temps, en cas de litige, que le juge entre en scène et se voit porteur d'une définition plus précise de cette influence, soumettant la notion à une autre subjectivité.

438. De la sphère d'influence au pouvoir économique. Si tant est qu'une notion telle que celle de sphère d'influence soit en mesure d'aider à élargir le périmètre de l'entreprise s'engageant en matière de RSE, en quoi nous renseigne-t-elle sur l'entreprise elle-même ? Avec la relative imprécision qui la caractérise, la notion de sphère d'influence renvoie à une forme de pouvoir exercé dans l'ordre économique : c'est parce que l'entreprise, société mère ou donneuse d'ordre par exemple, exerce son pouvoir sur d'autres personnes morales (filiales ou sous-traitantes) afin de poursuivre sa fonction économique qu'il est possible de la considérer comme responsable pour les agissements de ces autres personnes¹⁰³⁷. Ce pouvoir appelle la responsabilité à double titre. En premier lieu car il s'exerce et se diffuse, élargissant son périmètre d'intervention par-delà la personne morale dont il émane, *via* les outils sociétaires ou contractuels au plan juridique, redoublés parfois d'un asservissement par une forme de pression économique. En second lieu car l'organisation influencée et contrainte ne dispose pas ou plus de son côté d'un pouvoir propre, susceptible de l'autonomiser (malgré le jeu des personnes morales) et de la mettre en position de porter sa propre responsabilité.

¹⁰³⁵ Quant au débat sur le périmètre, renvoyant aux questionnements du législateur français : N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D. chr.*, 2015, p. 1051 ; également : Ch. Hannoun, S. Schiller, « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », *RDT*, 2014, p. 441.

¹⁰³⁶ Ce qui ne va pas sans poser des difficultés ; cf. J. Ruggie, « Note on ISO 26000 Guidance Draft Document », p. 2. Disponible sur <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/Ruggie-note-re-ISO-26000-Nov-2009.PDF> [Dernière consultation le 27 mars 2017.]

¹⁰³⁷ B. Loeve, « « *Due diligence* » et « sphère d'influence » dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *Cah. de dr. de l'entreprise*, mai 2010, dossier 16, p. 48.

439. Un pouvoir autoconstitué. Un aspect également intéressant du phénomène de la sphère d'influence pensée comme traduction de l'exercice du pouvoir tient dans le fait que l'entreprise observe, saisit et situe son propre pouvoir. Ce pouvoir privé échappe en effet souvent aux formes de pouvoir caractérisées par le droit (tel le lien de subordination s'agissant du contrat de travail). Le droit n'interdit pas la filialisation ou la structuration en réseau, mais il ne les désigne pas pour autant comme de véritables exercices d'un pouvoir, et ne les traite pas donc comme tel. Face à cette situation, c'est l'entreprise elle-même qui se trouve chargée de contempler puis d'interpréter ses propres relations contractuelles et d'y déceler l'exercice caractérisé ou non de son influence, donc de son pouvoir à vocation économique. L'entreprise participe pleinement de ce qui a pu être décrit comme une forme de « constitutionnalisation »¹⁰³⁸ de son propre pouvoir de droit privé. Le terme « constitution » renvoie à un État souverain, et une approche structurelle de la constitutionnalisation de celui-ci peut être envisagée comme un « *mode de structuration du pouvoir* » de cet État¹⁰³⁹. Cette grille d'analyse correspond à l'attitude de l'entreprise établissant les contours de sa sphère d'influence : regardant son réseau (ses tentacules ?) et analysant les projections de son organisation économique, l'entreprise caractérise son propre pouvoir, et avec lui le périmètre dans lequel, par son engagement, elle étend et montre sa responsabilité. Une telle approche, profondément autonome et volontariste, pose inévitablement la question d'une intervention de la *hard law* pour exprimer une traduction juridique des principes ainsi avancés.

2. Le périmètre du plan de vigilance

440. Point de départ : la société mère ou donneuse d'ordre. Le fondement de la loi du 27 mars 2017 est sans ambiguïté d'étendre la responsabilité de la société qui pourrait être qualifiée de dominante sur un cercle plus large d'autres personnes morales en mobilisant l'outil du plan de vigilance¹⁰⁴⁰. Les risques visés sont ceux « *résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* »¹⁰⁴¹. Cette approche large justifie le titre de la loi, qui fait référence à l'obligation de vigilance « *des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* ». Pour

¹⁰³⁸ Sur ce sujet : J.-Ph. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *RDT*, 2017, p. 34.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰⁴⁰ *Cf. supra* § 399.

¹⁰⁴¹ C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 3.

autant, la société porteuse du plan l'applique en tout premier lieu ... à elle-même. Le champ d'application du texte en termes d'entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan, même s'il consolide les effectifs employés par les filiales directes ou indirectes¹⁰⁴², n'interdit pas que l'obligation porte sur une société dépassant le seuil à elle seule et menant son activité sans filiale ni recours à des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels serait entretenue une relation commerciale établie. Certes l'hypothèse est un cas d'école peu probable, mais elle souligne que le devoir de vigilance doit commencer par la société porteuse du plan avant de s'étendre par cercles concentriques. Quant au champ d'application, le texte mentionne « *toute société* » mais qu'il prend place dans le Code de commerce de telle sorte qu'il ne concerne que les sociétés par actions de type société anonyme, société en commandite par actions et société par actions simplifiée¹⁰⁴³. Seule une centaine de sociétés françaises répondraient à l'ensemble de ces critères¹⁰⁴⁴.

441. La vigilance élargie au périmètre du contrôle exclusif. Le texte définit ensuite deux critères pour établir l'étendue du plan et de la vigilance hors la société porteuse. Le premier est relativement classique et ressort du droit des groupements : la notion de contrôle exclusif, qui sert à définir le périmètre de l'obligation d'établir des comptes consolidés dans l'article du Code de commerce auquel renvoie la loi relative au devoir de vigilance¹⁰⁴⁵. Cette notion apparaît comme un juste milieu : la prise en compte des seules relations mère-filiale aurait été bien trop restrictive ; et la notion de contrôle simple, moins précise aurait posé plus de difficultés¹⁰⁴⁶. Le renvoi au II de l'article L. 233-16 du Code de commerce permet d'établir le devoir de vigilance dans un champ stabilisé juridiquement : majorité des droits de vote, désignation de la majorité des dirigeants et influence dominante justifient que la vigilance s'étende, chacun de ces critères figurant l'idée qu'un pouvoir est effectivement exercé sur les destinées des sociétés contrôlées. Quant au renvoi vers le champ de l'obligation de fournir des comptes consolidés, il met en cohérence la vigilance avec la notion de transparence défendue aussi par la RSE : la vigilance est d'une autre nature juridique, mais elle viendra s'exercer dans un espace déjà éclairé au plan informationnel.

¹⁰⁴² Le seuil est de 5000 salariés en France ou 10000 dans le monde. Cf. C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 1.

¹⁰⁴³ En ce sens : P. Dufourq, « Devoir de vigilance des multinationales : retour sur la décision du Conseil constitutionnel », *D. actu.*, 29 mars 2017, note sous Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

¹⁰⁴⁴ P.-L. Périn, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD com.*, 2015, p. 215 ; l'auteur se réfère à des chiffres de l'Insee pour l'année 2012, qui font état de 117 entreprises répondant à la fois au critère de taille et au critère de statut juridique.

¹⁰⁴⁵ C. com., art. L. 233-16, II.

¹⁰⁴⁶ S. Mac Cionnaith, G. Jazottes, S. Sabathier, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *RLDA*, mars 2017, p. 29.

442. La vigilance élargie au périmètre de la relation commerciale établie. Plus original est le recours à la notion de relation commerciale établie afin d'élargir le champ du devoir de vigilance aux sous-traitants et fournisseurs dont les activités y sont rattachées. Cette relation commerciale établie a pu être présentée comme celle « *durable et stable, dont chaque partenaire peut raisonnablement anticiper la poursuite dans l'avenir* »¹⁰⁴⁷. Précisée par la jurisprudence pour répondre aux ruptures brutales de relations commerciales¹⁰⁴⁸, la notion bénéficie d'un caractère de stabilité et de permanence peu contestable, le Conseil constitutionnel n'ayant d'ailleurs pas relevé qu'elle participait du manque de précision ayant conduit à la censure des sanctions du texte.

443. Justification de l'élargissement aux relations commerciales établies. Reste qu'elle pose une question de principe : comment justifier qu'une relation commerciale établie entraîne un devoir de vigilance ? Contrairement à la relation de contrôle exclusif dans le groupe, ou à la notion d'influence déterminante avancée à un stade précédent de la discussion du texte¹⁰⁴⁹, la relation commerciale établie ne traduit pas *a priori* l'exercice d'un pouvoir. Ce pouvoir ne ressort pas non plus d'une relation de dépendance économique, puisque la stabilité de la relation commerciale, critère décisif choisi par le législateur, ne dit rien du poids de cette relation dans le modèle économique de la société sous-traitante ou fournisseur¹⁰⁵⁰. Comment expliquer ce choix ? Une référence doit d'abord être faite aux principes directeurs de l'ONU qui envisagent une responsabilité de l'entreprise dans le champ de ses relations commerciales. Ces relations y sont décrites comme participant d'une « *chaîne de valeur* »¹⁰⁵¹. C'est sans doute en référence à cette notion extra-juridique que le choix du législateur prend son sens : quand cette relation commerciale obéit à des caractères de stabilité et de durabilité, il est possible d'en déduire qu'elle participe de la création de valeur de la société dominante (même

¹⁰⁴⁷ P. Dufourq, « Devoir de vigilance des multinationales : quelles évolutions ? », *D. actu.*, 1^{er} mars 2017.

¹⁰⁴⁸ C. com., art. L. 442-6. Pour des exemples : Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200 ; Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-30.679 ; Cass. com., 20 mars 2012, n° 10-26.220 ; et plus généralement : F. Buy, « Rupture brutale des relations commerciales établies: panorama 2016 », *RLDC*, n° 143, déc. 2016, p. 12.

¹⁰⁴⁹ Sur ce point : N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D. chr.*, 2015, p. 1049 ; la notion d'influence dominante y est décrite comme « *une figure du contrôle non capitalistique* ».

¹⁰⁵⁰ Prendre en considération l'importance de la relation commerciale particulière pour le sous-traitant ou fournisseur aurait rendu le devoir de vigilance inopérant dans une situation de type Rana Plaza, dans laquelle les sous-traitants disposaient d'un grand nombre de clients dont aucun n'exerçait une influence déterminante. Cf. S. Mac Cionnaith, G. Jazottes, S. Sabathier, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *RLDA*, mars 2017, p. 27.

¹⁰⁵¹ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Guide interprétatif », 2012, p. 8. Disponible sur : <http://k6.re/q6DMw> [Dernière consultation le 14 sept. 2016]. Pour une ouverture à la notion de chaîne de valeur en matière de négociation collective : J.-M. Pernot, « Propos conclusifs - Que signifie le choix de l'entreprise ? », *RDT*, 2016, p. 809.

sans exercice direct d'un pouvoir de sa part), sans quoi celle-ci aurait fait le choix de s'en retirer. Ce sont des raisons économiques qui poussent à recourir à la sous-traitance ou à des fournisseurs plutôt que de voir les personnes morales donneuses d'ordre assumer elles-mêmes la production, sa gestion et ses risques. La relation commerciale établie permet, suivant cette lecture, de s'assurer d'une bonne connaissance respective des sociétés en présence (puisque la relation s'inscrit dans le temps et que sa rupture est sanctionnée), laquelle fonde la capacité de la donneuse d'ordre à exercer sa vigilance. Puisque la donneuse d'ordre a fait le choix d'inclure cette relation dans sa chaîne de valeur, qu'elle en tire bénéfice, et que sa taille suppose une forme de maîtrise de la chaîne de valeur, le devoir de vigilance trouve une forme de justification ne dépendant pas seulement de l'exercice d'un pouvoir direct. Cette combinaison d'une responsabilité assise sur le pouvoir avec une responsabilité assise sur le bénéfice retiré au travers d'une chaîne de valeur constitue un ferment pour la construction juridique d'une entreprise responsable et responsabilisée sur l'ensemble du périmètre de son champ action économique.

§ 2. Influence sur le pouvoir d'organisation de l'entreprise

444. Traduisant des possibilités offertes aussi bien par le droit des groupements que par le droit des contrats commerciaux, le pouvoir d'organisation de l'entreprise¹⁰⁵² peut être utilement saisi par la réflexion lancée sur les fonctions de l'entreprise. Il résulte en effet de la fonction économique de l'entreprise (A). Ce constat encourage à formuler des propositions pour ne pas le laisser poursuivre cette seule fonction, en lui conférant également une dimension sociale (B).

A. Pouvoir d'organisation à vocation économique

445. Le pouvoir d'organisation rattaché à la liberté d'entreprendre. Le premier indice d'un rapprochement du pouvoir d'organisation de l'entreprise avec sa fonction économique tient dans la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative au devoir de vigilance. À cette occasion, il est enjoint par les parlementaires auteurs de la saisine à se prononcer sur l'atteinte que ferait porter le texte à la liberté d'entreprendre des sociétés mères ou donneuses d'ordre, mais également à la liberté d'entreprendre des sociétés dominées ou en relation stable intégrées dans les plans de vigilance¹⁰⁵³. C'est ce second aspect qui retient l'attention. Le

¹⁰⁵² S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Université Paris Nanterre, 2012.

¹⁰⁵³ Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, consid. 15.

Conseil apporte sa réponse en ces termes : « si les dispositions contestées soumettent certaines sociétés à l'obligation d'établir un plan de vigilance et d'adopter des mesures de contrôle interne propres à prévenir les risques engendrés par leurs activités ainsi que celles des sociétés qu'elles contrôlent et de certains de leurs sous-traitants et fournisseurs, elles ne leur confèrent toutefois aucune prérogative de nature à porter atteinte à la liberté d'entreprendre de ces derniers »¹⁰⁵⁴. Ici, le Conseil prend acte « d'une indépendance juridique qui, quoique conservée, se trouve fragilisée ». Dès lors, la « dépendance économique n'emporte pas négation de la liberté d'entreprendre de la société dominée »¹⁰⁵⁵. Il est cependant possible d'aller plus loin. Si ce pouvoir d'une société sur une autre est « institutionnalisé »¹⁰⁵⁶, cette conservation de la liberté d'entreprendre signifie que ces modalités d'organisation sont en réalité des modalités d'exercice de la liberté d'entreprendre. Compte tenu de l'approche du Conseil constitutionnel qui voit la liberté d'entreprendre pour l'essentiel sous l'angle de sa fonction économique¹⁰⁵⁷, il est possible d'opérer une déclinaison : les montages sociétaires ou contractuels typiques de l'exercice du pouvoir d'organisation constituent une extension de la fonction économique de l'entreprise. Cette extension se manifeste par l'imbrication de la fonction économique de la société dominante avec la fonction économique de la société dominée. Si chacune garde son autonomie dans les situations où l'anormalité est écartée, le montage les fait participer d'une seule et même logique qui dépasse le pouvoir classique de l'employeur pour ne se manifester que dans ce pouvoir d'organisation à vocation économique.

446. Vers un droit du pouvoir d'organisation de l'entreprise. La prise en considération du pouvoir d'organisation par le droit du travail est porteuse d'une ambiguïté classique¹⁰⁵⁸ : elle marque dans le même temps une « limitation » et une « légitimation » de ce pouvoir¹⁰⁵⁹. Un dispositif tel que le devoir de vigilance se positionne par-delà la légitimité du pouvoir d'organisation et des montages contractuels ou sociétaires. Il les prend comme un état de fait sur l'existence duquel il renonce à agir, et se concentre sur les conséquences éventuelles de cette situation, en visant son encadrement. Une telle approche suppose également une

¹⁰⁵⁴ Consid. 17.

¹⁰⁵⁵ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 382.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ *Cf. supra* § 128.

¹⁰⁵⁸ E. Peskine, S. Vernac, « Pouvoirs et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 119.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 132.

hybridation des disciplines et outils juridiques : une partie des dispositions du droit des groupements ou des contrats commerciaux est aspirée vers le droit du travail, qui s'établit sur le contexte qu'ils ont engendré. L'autorégulation orientée par l'ordre juridique étatique a toute sa place puisqu'il s'agit de tirer des conclusions à vocation préventive à partir de ces situations, pour ne pas en subir les conséquences sans avoir anticipé leurs effets.

447. Le pouvoir d'organisation : plus qu'une fonction économique ? Quel est l'intérêt d'envisager la question sous l'angle des fonctions de l'entreprise ? Ce point de vue permet de penser de manière encore plus ambitieuse le droit du pouvoir d'organisation. Si celui-ci est ancré dans la fonction économique de l'entreprise, en ce qu'il lui ouvre la possibilité d'optimiser son déploiement par la division des personnes morales¹⁰⁶⁰, alors le projet de concevoir une fonction sociale de l'entreprise le concerne aussi, et au premier chef. Il ne s'agit pas seulement de chercher à définir les périmètres de l'entreprise, et d'anticiper sur le modèle du devoir de vigilance les conséquences de cette extension ; il s'agit de manière plus audacieuse d'insérer au cœur même de ce phénomène d'extension une dimension sociale voire environnementale forte. Dès lors c'est le pouvoir d'organisation lui-même qui est questionné dans sa manière d'étendre l'influence de l'entreprise. D'un droit consistant à doter l'entreprise dominante d'un devoir de vigilance, une progression s'opère vers un droit capable également d'interroger au plan social la décision d'étendre l'influence de l'entreprise au-delà de la personne morale. Un regard à prétention sociale se porte ainsi sur les montages sociétaires et commerciaux au stade de leur conception. Ce projet est dérangeant en ce qu'il propose une intrusion inédite de la préoccupation sociale au cœur du pouvoir économique. Il convient par conséquent de réfléchir aux formes de cette intrusion pour la rendre concevable et pour la concilier avec la fonction économique toujours présente¹⁰⁶¹. C'est en cela que l'autorégulation peut prendre toute sa puissance, surtout dans une version concertée, prolongement du champ démocratique, et qui donnerait aux projets économiques une dimension sociale consentie. Cette approche permet d'envisager une véritable réinsertion de la décision économique dans son environnement social.

¹⁰⁶⁰ Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 216, 1991, p. 158 et s.

¹⁰⁶¹ Cf. *supra* § 236 et s.

B. Pouvoir d'organisation saisi par la fonction sociale

448. Le pouvoir d'organisation s'étend dans deux directions qui constituent deux catégories distinctes: le pouvoir d'organisation dans les montages sociétaires (1); et le pouvoir d'organisation, plus diffus, dans les contrats commerciaux constitutifs d'une chaîne de valeur (2).

1. Approche sociale des montages sociétaires

449. Relations de domination classiques. L'évolution sur longue période du droit des groupements a tourné la matière vers un surcroît de technicité et surtout vers une instrumentalisation toujours plus évidente des techniques sociétaires par l'entreprise¹⁰⁶². La fonction organisationnelle du droit des groupements en sort décuplée, et répond à une pluralité de justifications qui ressortent cependant de l'ordre économique¹⁰⁶³, et d'une forme d'extension de la liberté d'entreprendre¹⁰⁶⁴. Comme le prouve la loi relative au devoir de vigilance, il est possible de prendre acte de cette structure éclatée pour y adosser des obligations en termes de vigilance sur les risques causés dans l'ensemble de l'organisation, en établissant les responsabilités corrélatives. La nature du contrôle requis pour qu'une société entre dans ce périmètre est relativement large, bien plus en tous cas que les critères d'immixtion mobilisés par la jurisprudence relative au coemploi. Dès lors, cette relation de domination est considérée comme normale¹⁰⁶⁵, et c'est à ce titre qu'elle génère des obligations.

450. De l'aval à l'amont de la décision d'organisation sociétaire. La situation produite par le plan de vigilance a ceci de particulier qu'elle prend acte de la structure déjà mise en place, ou évolue avec elle si elle vient à se transformer. Il y a matière à s'interroger sur le temps dont disposeront les sociétés mères pour aligner le contenu de leur plan de vigilance en

¹⁰⁶² B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *D.O.*, 2013, p. 151 ; l'auteur évoque une logique de « *fractionnement des risques* ».

¹⁰⁶³ En ce sens : S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Université Paris Nanterre, 2012, p. 228 et s.

¹⁰⁶⁴ A. Couret, « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, 2016, p. 433 ; l'auteur souligne : « (...) *il faut constater une très forte instrumentalisation du droit des sociétés. Il est instrumentalisé classiquement à des fins fiscales, à des fins d'ingénierie patrimoniale, à des fins d'évitement du droit social.* »

¹⁰⁶⁵ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 382 : « *En mettant au compte de la société dominante une obligation de vigilance, le législateur prend acte de l'existence de la situation de dépendance économique d'une structure sociétaire à l'égard d'une autre, pour lui associer une responsabilité. Nul besoin que l'exercice de cette domination soit excessivement intrusif, ou opposé à l'intérêt de la société dominée.* »

cas de mouvement dans leur organisation sociétaire¹⁰⁶⁶. Si la logique préventive du devoir de vigilance permet d'insérer dans cet ensemble un début de fonction sociale juridiquement établie, l'organisation sociétaire continue de se façonner sur le seul fondement de la rationalité organisationnelle et économique qui justifie ces actes juridiques. Quid de l'insertion d'une fonction sociale au stade de ces décisions, c'est-à-dire en amont ? Il s'agirait d'un exemple concret et progressiste d'insertion d'une fonction sociale au cœur même des logiques sociétaires, qui obligerait la décision économique à se faire en tenant compte de son environnement social, et pas seulement en prenant en considération *a posteriori* les conséquences qu'elle fait peser sur lui. Pour ce faire, il convient d'inventer des dispositifs qui s'insèrent au moment précis où cette décision est prise, en appui sur les modes de constitution du montage sociétaire. Plusieurs propositions sont envisageables, dans le prolongement de dispositions déjà existantes.

451. L'information stratégique, économique et financière du comité d'entreprise. Un premier levier pourrait résider dans l'information due au comité d'entreprise (et au futur comité social et économique) sur les orientations stratégiques de l'entreprise¹⁰⁶⁷, et sur la situation économique et financière de celle-ci¹⁰⁶⁸. Leur périodicité annuelle en fait un jalon utile mais perfectible pour un dialogue économique régulier¹⁰⁶⁹, dans l'hypothèse toutefois où un accord collectif ne repousse pas cette périodicité à trois ans¹⁰⁷⁰. L'introduction de l'article L. 2323-11 du Code du travail constitue en matière de groupes une avancée importante : elle permet, par accord collectif, d'organiser la consultation stratégique auprès du comité de groupe, donc de mieux s'adapter aux contours du pouvoir sociétaire. D'un régime d'exception permis par l'accord, il serait cependant utile de faire une solution de principe que seul un accord pourrait repousser, assortie de garanties pour l'information des comités des entreprises au sein du groupe.

452. L'information relative aux mouvements capitalistiques. Les dispositions ayant rendu obligatoires des informations et consultations du comité d'entreprise en cas de

¹⁰⁶⁶ Il est permis de penser que la nécessité de ces mises à jour sera rendue évidente dans les « *procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie* » (C. com., art. L. 225-102-4, I, 2°).

¹⁰⁶⁷ C. trav., art. L. 2323-10 ; C. trav., art. L. 2312-17, 1° nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹⁰⁶⁸ C. trav., art. L. 2323-12 ; C. trav., art. L. 2312-17, 2° nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹⁰⁶⁹ G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 1006.

¹⁰⁷⁰ C. trav., art. L. 2312-19, al. 3 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

mouvement capitalistique caractérisant un montage sociétaire du type de ceux impliquant la mise en place d'un plan de vigilance présentent également un intérêt. Jusqu'ici prévues à l'article L. 2323-33 du Code du travail, elles ont fixé un socle minimal puisque le comité « *est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce* ». Dans le droit résultant des ordonnances du 22 septembre 2017, cette informations-consultation est préservée puisque si sa formulation est réduite (le comité social et économique dans l'entreprise est simplement informé et consulté en cas de « *modification de son organisation économique ou juridique* » au titre de ses attributions générales¹⁰⁷¹), elle ne nous semble porter aucune atteinte à sa substance. Cette obligation mériterait d'être profondément renforcée et développée. En tout premier lieu, le débiteur de cette obligation ne devrait pas être l'employeur mais le véritable décisionnaire de ces opérations¹⁰⁷². Ensuite, les représentants du comité d'entreprise pourraient être invités à prendre contact avec les élus de l'entreprise objet ou initiatrice de l'opération, afin de concevoir des synergies. S'agissant des représentants de l'entreprise dominée, leur situation justifierait une obligation d'information-consultation spéciale ayant pour débiteur non pas leur employeur, mais l'actionnaire majoritaire ou dominant ayant mené l'opération. L'objet d'un tel dispositif déjà évoqué par la doctrine¹⁰⁷³ serait d'attacher aux mouvements du droit des sociétés et aux pouvoirs que ce droit institue un minimum d'obligations de nature sociale sans attendre que les mouvements ou les pouvoirs en question aient des conséquences. En imbriquant ces obligations sociales aux décisions économiques, se réaliserait une forme de fonction sociale de l'entreprise.

453. Pour une négociation en amont du mouvement sociétaire. Plus avancée encore, la technique du groupe spécial de négociation inhérente au droit des sociétés européennes¹⁰⁷⁴ et des groupes de dimension communautaire¹⁰⁷⁵ pourrait être élargie à des opérations capitalistiques de droit interne, ou de dimension internationale dépassant le cadre européen.

¹⁰⁷¹ C. trav., art. L. 2312-8, 2° nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 1009 : « *On conçoit ainsi que l'intervention du comité d'entreprise dans l'élaboration de la stratégie de l'entreprise ne peut être sérieusement organisée sans que l'on tienne compte de la personne, physique ou morale, qui a la maîtrise de cette stratégie.* »

¹⁰⁷³ Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), E. Dockès (dir.), *Proposition de Code du travail 2017*, Dalloz, 2017, p. 139.

¹⁰⁷⁴ C. trav., art. L. 2352-1 et s.

¹⁰⁷⁵ C. trav., art. L. 2342-1 et s.

Elle constitue, de manière notable, une dimension sociale attachée fort à la faculté d'organiser la structure sociétaire à l'échelon transnational. Ce groupe de négociation obéit à des objectifs propres, à savoir l'organisation de la représentation du personnel au sein de sociétés relevant de plusieurs ordres juridiques différents au sein de l'Union européenne¹⁰⁷⁶. Si en matière d'entreprise de dimension communautaire il est institué à la demande de l'employeur, en matière de société européenne, il se rapproche plus nettement des opérations sociétaires puisqu'il est constitué « *dès que possible après la publication du projet de fusion ou de constitution de la holding ou après l'adoption d'un projet de constitution d'une filiale ou de transformation en une société européenne* »¹⁰⁷⁷. Au-delà des objectifs de ce groupe spécial de négociation qui pourraient être repensés dans le cadre d'opérations internes ou extra-communautaires, l'élément essentiel tient dans la sanction de l'absence de mise en place de ce groupe spécial, d'accord trouvé sur les modalités de représentation, ou d'engagement sur la mise en place des modalités de représentation de référence supplétives : dans ces cas, il devient impossible d'immatriculer la société¹⁰⁷⁸. Ces situations témoignent de l'ingérence des logiques sociales dans le fonctionnement sociétaire, obligeant les dirigeants à se positionner en matière de représentation du personnel par un outil d'autorégulation négociée. L'utilité de ces dispositions au niveau communautaire¹⁰⁷⁹ encourage à penser un dispositif fondé sur les mêmes bases (le déclenchement en cas de mouvement sociétaire) mais s'intéressant à d'autres sujets que la seule représentation du personnel.

454. Ambiguïté des fonctions de l'accord de groupe. Un regard doit être posé sur le droit français des accords de groupe, pour son potentiel mais aussi avec une forme de circonspection. Par la loi du 8 août 2016, le législateur a « consacré » l'accord de groupe¹⁰⁸⁰ en clarifiant ses modalités d'adoption¹⁰⁸¹, en lui permettant de s'imposer aux accords

¹⁰⁷⁶ B. Teyssié, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 982.

¹⁰⁷⁷ C. trav., art. L. 2352-1.

¹⁰⁷⁸ Règl. (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne, art. 12, 2.

¹⁰⁷⁹ En ce sens : M.-A. Moreau, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.*, 2001, p. 976 : « *La directive s'inscrit donc dans un mouvement remarquable, propre à l'Union européenne, d'adaptation des normes sociales aux contraintes créées par la mondialisation de l'économie et à la diversification des stratégies économiques des entreprises transnationales : elle prend en compte les modifications, créées par la globalisation, à la notion d'espace et de temps, pour les intégrer dans la norme communautaire.* ». De manière peu surprenante, en contrepoint, la doctrine en droit des groupements souligne la grande lourdeur procédurale du recours à cette méthode : H. Le Nabasque, « Les fusions et les scissions transfrontalières », *Rev. sociétés*, 2013, p. 412.

¹⁰⁸⁰ J. Crédoz-Rosier, J. Grangé, « La véritable consécration de la négociation de groupe par la loi travail », *CSBP*, 1^{er} janv. 2017, p. 45.

¹⁰⁸¹ Non sans critique : *Ibid.*, p. 47 : les auteurs évoquent la « *part d'ombre* » du dispositif juridique de l'article L. 2122-4 du Code du travail.

d'entreprise (sur l'ensemble des thèmes qui leur sont ouverts)¹⁰⁸² ou encore en lui ouvrant la possibilité de se substituer à eux s'agissant du respect des obligations de négociier¹⁰⁸³. Le droit des accords de groupe est ainsi passé d'une position souvent subalterne au statut de possible pivot des relations sociales dans les groupes divisés en personnes morales. Une tension habite cependant ce champ¹⁰⁸⁴, précisément en lien avec l'idée de fonction sociale de l'entreprise. La négociation de groupe sert-elle d'outil organisationnel à vocation économique, ou peut-elle être un instrument destiné à recréer, dans le dédale des personnes morales, un collectif et une solidarité entre salariés ? Pour que soit explorée la seconde option, deux propositions peuvent être avancées. La première consisterait à ne pas laisser l'employeur de la société dominante maître du calendrier, et à l'obliger à une négociation de cadrage en vue d'un accord de méthode à chaque changement de périmètre du groupe, avec les représentants des entreprises concernées par la modification. Les conditions de la négociation de groupe résultant de cet éventuel accord de méthode seraient posées au stade de la prise de décision économique, et hors les évolutions conjoncturelles de la situation économique de la société mère, comme de la filiale. La seconde proposition consisterait à ménager la possibilité de blocage par entreprise, possibilité qui serait reconnue aux organisations syndicales représentatives fondues dans la négociation de groupe. Des négociateurs représentant 2/3 des suffrages dans le périmètre d'une entreprise composant le groupe dessiné pour la négociation pourraient empêcher l'accord de s'appliquer à leur entreprise. Une telle disposition peut sembler excessivement complexe pour le sort de la négociation de groupe ; elle est pourtant un moyen de défense légitime pour les salariés de filiales de petite taille qui pèsent peu dans le cumul de résultats pris en compte pour juger de la validité des accords de groupe¹⁰⁸⁵. Les décisionnaires économiques seraient ainsi empêchés de se saisir de la négociation de groupe, désormais largement autonomisée, pour mettre au pas une filiale particulière par un savant dosage du périmètre de la négociation. Surtout, pareille disposition aiderait le collectif de salarié à faire front solidairement, y compris au niveau du groupe, en obligeant le négociateur patronal à obtenir un accord convenant aussi bien au tout qu'à chacune des parties¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸² C. trav., art. L. 2253-5.

¹⁰⁸³ C. trav., art. L. 2232-33, al. 2 et 3.

¹⁰⁸⁴ Y. Ferkane, « L'accord de groupe en crise d'identité », *RDT*, 2017, p. 79.

¹⁰⁸⁵ C. trav., art. L. 2232-34.

¹⁰⁸⁶ M.-A. Souriac, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.*, 1991, p. 496 ; à propos des groupes, l'auteure souligne : « *L'expérience de la négociation montre en tout cas la nécessité et la difficulté qu'il y a à saisir à la fois le tout et les parties qui le composent sans que l'un ou l'autre s'évanouissent.* »

2. Approche sociale des contrats commerciaux

a. Les implications sociales des relations commerciales

455. Vocation lucrative du contrat commercial. La reprise par le devoir de vigilance du périmètre constitué par les relations commerciales établies renseigne sur le fait que les montages sociétaires seuls ne suffisent pas à appréhender l'ensemble des mises en réseau auxquelles procèdent les entreprises. Contrairement aux approches fondées sur la domination qui caractérisent les propositions sur le terrain sociétaire, ces contrats commerciaux ne sont pas, en tant qu'outils, porteurs d'une relation de domination. Pour autant, si une responsabilité doit leur être rattachée, c'est que leur teneur concrète et leurs conséquences sont créatrices de relations déséquilibrées. Sur ce plan, un trait caractéristique du réseau justifie qu'une responsabilité préventive s'établisse par-delà les personnes morales. Dans une lumineuse contribution relative à l'émergence de la responsabilité sociale des entreprises au plan international, le professeur Alain Supiot, prenant appui sur la fameuse assertion de Milton Friedman selon lequel la seule responsabilité de l'entreprise est de réaliser du profit¹⁰⁸⁷, lui oppose un adage de droit romain : « *ubi emolumentum, ibi onus* »¹⁰⁸⁸. Cette formule est traduite par l'auteur comme signifiant que « *là où est le profit se trouve la charge, donc le responsable* ». Faire peser sur le profit ou la lucrativité une charge et une responsabilité qui lui serait spécifique revient à affirmer que la sphère économique n'est pas séparée ou détachée de l'environnement social dans lequel elle s'inscrit.

456. Justifications d'une responsabilité étendue. Pareille approche est empreinte de pragmatisme face aux enjeux contemporains. Les relations commerciales en cause ne se présentent pas comme de simples relations contractuelles de droit commercial, et produisent des effets sociaux plus larges que ceux que le contrat stipule. Des observations ont pu mettre en lumière quelles pressions les relations de sous-traitance font peser sur la qualité des situations de travail dans les entreprises intégrées aux filières¹⁰⁸⁹, et comment cette pression se

¹⁰⁸⁷ M. Friedman, « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

¹⁰⁸⁸ A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 553 et s.

¹⁰⁸⁹ D. Euzenat, M. Morteza pouraghdam, S. Roux, « Les changements d'organisation du travail dans les entreprises : conséquences sur les accidents du travail des salariés », Document d'études Dares, n° 165, sept. 2011. Les auteurs notent en conclusion (p. 88) : « *L'entrée dans un réseau augmente le risque d'AT et la productivité des entreprises. Les deux résultats sont peut-être liés, l'augmentation de la productivité pouvant provenir d'une hausse de l'intensité du travail de nature à précipiter les gestes des salariés et à conduire plus souvent qu'à l'accoutumée à des accidents. Mais l'entrée dans un réseau implique aussi peut-être une modification profonde du travail propre à provoquer à court terme davantage d'accidents.* »

répercute toujours plus fortement à mesure que s'éloigne l'entreprise donneuse d'ordre et organisatrice initiale¹⁰⁹⁰. Car ces réseaux étendus répercutent ces pressions jusqu'à leurs extrémités, et cette répercussion a même tendance à les renforcer¹⁰⁹¹. Ce sont les structures organisées de l'activité économique qui induisent ces pressions, et il est légitime de limiter ces contraintes pesant sur les extrémités en solidarissant l'entreprise organisatrice à leur risque juridique. Par conséquent, le fait de n'être qu'un membre parfois reculé d'un réseau d'ensemble peut venir saper les fondements d'une recherche de la lucrativité. Si chaque entité, du moment que sa forme juridique l'exige, est en recherche de profit, la participation à un réseau organisé a tendance à aspirer une partie de cette prétention lucrative vers la personne morale organisatrice, qui tire bénéfice de sa maîtrise de l'organisation et de sa capacité à observer les coûts générés en différents points du réseau¹⁰⁹². En conséquence, l'entreprise membre du réseau n'agit plus sur un marché concurrentiel classique dont elle pourrait librement appréhender les contraintes, mais se trouve dans une situation où ses moyens d'agir sont en partie dictés par l'organisation mise en place et l'entreprise organisatrice, seule cette dernière opérant *in fine* sur le marché. L'entreprise preneuse d'ordre se trouve alors dans une situation de lucrativité contrainte¹⁰⁹³, laquelle tient compte de son environnement, mais surtout du réseau auquel elle participe.

457. Diversité de prises en considération des réseaux. Face à la diversité des relations commerciales, les réponses du législateur ont été diverses, dépassant la relation commerciale établie utilisée en matière de devoir de vigilance. Le plus identifiable des contrats commerciaux est celui de sous-traitance, qui sert à la construction d'un grand nombre de

¹⁰⁹⁰ C. Perraudin, H. Petit, N. Thevenot, B. Tinel, J. Valentin, « Dépendance interentreprises et inégalités d'emploi : hypothèses théoriques et tests empiriques », Document de travail du centre d'études sur l'emploi n° 117, 2009. Disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00379702/document> [Consulté le 12 avr. 2017.] Les auteurs soulignent en conclusion (p. 19) : « *Le recours à la sous-traitance, parce qu'il conduit les donneurs d'ordres à planifier l'activité des sous-traitants et à contrôler la vente de leurs produits fragmentés, crée une division hiérarchique du travail interentreprises et une chaîne de dépendance économique, dès lors que chacun va tenter de reporter sur d'autres les contraintes économiques qu'il subit en devenant à son tour donneur d'ordres.* »

¹⁰⁹¹ M. Kocher, « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », *D.O.*, 2013, p. 178 : « *Le degré de dépendance économique varie en fonction de la position du sous-traitant. Dans l'hypothèse de plus en plus fréquente de la sous-traitance « en cascade », une chaîne de dépendance économique se crée, le sous-traitant de premier rang reportant une partie des contraintes économiques qu'il subit sur le sous-traitant de deuxième rang à l'égard duquel il est le donneur d'ordre, et ainsi de suite.* »

¹⁰⁹² La mise en place d'un « médiateur de la sous-traitance » prouve à quel point ces relations commerciales peuvent poser des difficultés et établir des contraintes fortes sur certains acteurs. Sur ce point : X. Delpech, « Création d'un médiateur de la sous-traitance », *D. actu.*, 7 avr. 2010.

¹⁰⁹³ C. Perraudin, H. Petit, N. Thevenot, B. Tinel, J. Valentin, *op. cit.*, p. 19 : « *On peut en effet avancer l'idée que l'influence des donneurs d'ordre sur les sous-traitants se traduit par des pressions sur leurs niveaux de rentabilité qui se répercutent dans une stratégie de minimisation des dépenses liées au travail.* »

réseaux commerciaux et permet de structurer ceux-ci « en cascade » avec un phénomène de répercussion des contraintes économiques tenant au fait que chaque donneur d'ordre garde la possibilité d'une rationalisation de son activité. La sous-traitance est définie par la loi de 1975 qui en fixe le régime juridique comme « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »¹⁰⁹⁴. Disposant d'un socle juridique stable, le législateur a pu distribuer l'imputation des responsabilités entre donneur et preneur d'ordre face à certaines situations. Un exemple peut ainsi être présenté en droit du travail : l'article L. 8281-1 du Code du travail oblige le donneur d'ordre à exercer une vigilance sur l'application des principales dispositions de la législation du travail, et le menace d'une sanction pécuniaire en cas de manquement aux injonctions si le sous-traitant persiste dans sa défaillance. Des dispositions semblables ont prévu des mécanismes de responsabilité commune entre donneur et preneur d'ordre en matière de détachement de travailleurs¹⁰⁹⁵ ou de lutte contre le travail illégal¹⁰⁹⁶.

458. Information relative à la sous-traitance. Le droit français connaît également une forme d'institutionnalisation de ces relations de sous-traitance qui passe par l'information du comité d'entreprise (tout au moins jusqu'à la survenance des ordonnances de septembre 2017). Ce dernier reçoit, grâce à l'outil de la base de données économiques et sociales¹⁰⁹⁷, une information relative au « *recours à la sous-traitance* » dans le cadre de l'information annuelle sur les orientations stratégiques de l'entreprise¹⁰⁹⁸. S'ajoute à cette information le lien opéré par le Code du travail entre donneur d'ordre et sous-traitant en cas de projet de restructuration ou de compression d'effectif. Si un tel projet « *est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi d'une entreprise sous-traitante* », alors « *l'entreprise donneuse d'ordre en informe immédiatement l'entreprise sous-traitante* »¹⁰⁹⁹. L'alinéa 2 du même article L. 2323-32 impose que les représentants du personnel de l'entreprise sous-traitante soient dans ce cas « *immédiatement informés et reçoivent toute explication utile sur l'évolution probable de l'activité et de l'emploi* ». Rien ne précise si cette obligation pèse sur l'employeur sous-

¹⁰⁹⁴ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, art. 1.

¹⁰⁹⁵ C. trav., art. L. 1262-4-1 et s.

¹⁰⁹⁶ C. trav., art. L. 8222-1 et s. ; cf. M. Kocher, « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », *D.O.*, 2013, p. 179 et s.

¹⁰⁹⁷ C. trav., art. L. 2323-8, 7°.

¹⁰⁹⁸ C. trav., art. L. 2323-10, al. 1.

¹⁰⁹⁹ C. trav., art. L. 2323-32.

traitant (en relation habituelle avec le comité en question) ou sur le donneur d'ordre¹¹⁰⁰, mais la logique voudrait qu'ils soient solidairement responsables de l'information à transmettre, étant entendu que c'est bien la décision du donneur d'ordre qui produit effet sur le sous-traitant et ses salariés. Un élargissement de ce type d'information dans les relations de sous-traitance apparaît indispensable pour relier décideurs et collectivités de salariés subissant ces décisions au travers de contrats commerciaux, le tout en imposant aux décideurs d'avoir porter eux-mêmes l'information nécessaire à un véritable dialogue économique. Ce n'est pas la voie retenue dans le cadre des ordonnances publiées en septembre 2017 : l'ensemble des références à la sous-traitance, qu'elles relèvent de l'information stratégique¹¹⁰¹ ou de la base de données économiques et sociales¹¹⁰² ont basculé vers le statut de droit seulement supplétif, ce qui garantit leur application en l'absence d'accord. Mais un tel accord pourra les supprimer et rendre opaque ces relations vis-à-vis des représentants du personnel. Pire, l'obligation d'information en matière de restructuration affectant les sous-traitants a également basculé vers le droit supplétif¹¹⁰³. Or l'accord collectif aménageant ce sujet sera négocié par les négociateurs représentant les salariés du donneur d'ordre, et avec ce dernier. Ces négociateurs auront entre leurs mains une information qui ne leur est pas dûe puisqu'elle revient à un tiers à leur propre entreprise, à savoir le sous-traitant qui la répercute aux représentants des salariés de celui-ci. Permettre un recul de cette information par une négociation à laquelle les représentants ou négociateurs dans l'entreprise sous-traitante n'ont aucun accès est particulièrement étrange, et peu soucieux de la nécessité impérieuse de porter une part d'information économique par-delà les personnes morales.

459. Dépassement du critère de la relation de sous-traitance. Cet ensemble de dispositions ne vise que les donneurs d'ordre ou maîtres d'ouvrage, donc les seules relations de sous-traitance. Sont exclues les relations commerciales qui seraient qualifiées différemment ; par exemple, les manquements du fournisseur aux dispositions de droit du travail visées n'engagent en rien la personne morale bénéficiant de cette relation de fourniture

¹¹⁰⁰ E. Peskine, « L'imputation en droit du travail », *RDT*, 2012, p. 347 et s. Selon l'auteure, « Si cette règle concerne les rapports entre employeurs, elle n'en rejailit pas moins sur les institutions représentatives, puisque l'entreprise sous-traitante doit à son tour informer son propre comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel. » Cette lecture laisse entière la question des possibilités de recours du comité de l'entreprise sous-traitante contre l'employeur donneur d'ordre en cas de carence ou d'insuffisance de celui-ci, et alors que l'employeur sous-traitant justement peut ne pas avoir été mis en position de relayer l'information. Si une appréhension « cloisonnée » des responsabilités respectives des deux employeurs devait être retenue, alors nos travaux proposent à titre prospectif d'opérer un « décloisonnement » qui en l'espèce apparaît logique.

¹¹⁰¹ C. trav., art. L. 2312-24 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹¹⁰² C. trav., art. L. 2312-36 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹¹⁰³ C. trav., art. L. 2312-58 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

de biens ou de services. Par comparaison, le recours à la relation commerciale établie en matière de devoir de vigilance élimine les difficultés relatives aux qualifications juridiques des contrats, et ce sont tous les types de relations commerciales qui peuvent être appréhendés¹¹⁰⁴, ce qui ouvre le champ de l'obligation de vigilance¹¹⁰⁵. Un tel socle, qui oblige la société dominante à cartographier ses relations commerciales, pourrait servir d'appui pour une obligation de négociation collective qui donnerait l'occasion à l'ensemble des collectifs de travail concernés par la stratégie commerciale de l'entreprise dominante de faire entendre leurs revendications communes, à tout le moins sur le terrain des conséquences que l'organisation en réseau fait peser sur les salariés. Sur ce point, il est possible d'imaginer une négociation triennale obligatoire sur des thèmes liés à l'organisation de l'entreprise en réseau et aux responsabilités en son sein, qui réunirait les représentants des salariés dans le périmètre des relations commerciales établies fourni par le plan de vigilance. Au besoin, l'intervention de confédérations syndicales internationales serait requise pour représenter les collectifs salariés établis dans des pays dont le droit ne fait pas émerger d'interlocuteur représentatif. Il s'agirait à la fois d'une occasion de progrès pour la liberté syndicale dans les pays concernés, et d'une situation propice à l'émergence de nouvelles solidarités transnationales entre travailleurs¹¹⁰⁶.

460. Stabilité de la relation commerciale et contribution à un modèle lucratif. Le choix du critère de la relation commerciale établie, décrit comme pertinent par une partie de la doctrine au regard de l'objectif poursuivi¹¹⁰⁷, n'est pas axiologiquement neutre. Son utilisation en matière de rupture brutale des relations commerciales¹¹⁰⁸ ne traduit pas l'idée que la relation participe d'un modèle économique spécifique et organisé pour servir la lucrativité de la société animatrice, même si la stabilité de la relation est aussi affaire d'intensité¹¹⁰⁹. Tirer

¹¹⁰⁴ Avec l'exception notable, compte-tenu de l'adage *specialia generalibus derogant*, des contrats-types ayant pour support un texte législatif et qui prévoient déjà un préavis, comme en matière de transport public. Cf. Cass. com., 4 oct. 2011, *D.*, 2011, p. 2465, note X. Delpech. Sont aussi exclues du régime les professions réglementées qui ne peuvent pas se livrer à des opérations de commerce. Cf. L. Vogel, J. Vogel, « Panorama de la rupture de relations commerciales établies : un droit à réformer », *AJ contrats*, 2016, p. 460.

¹¹⁰⁵ La jurisprudence a en tous cas, et de manière remarquable, ouvert très largement la notion de « relation commerciale » dans son approche des ruptures brutales. Sur ce point : Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664 ; « Le caractère « commercial » de la relation établie », *D.*, 2003, p. 1434, note E. Chevrier. L'auteur signale : « Dans l'arrêt rapporté, c'est cette fois le caractère « commercial » de la relation établie qui fait l'objet de cette même interprétation extensive, suivant en cela l'opinion de la doctrine. »

¹¹⁰⁶ Pour une lecture sociologique de la question : I. da Costa, U. Rehfeldt, « Au-delà des frontières : l'action syndicale au niveau international », *Sociologies pratiques*, 2009/2 (n° 19), p. 83.

¹¹⁰⁷ S. Mac Cionnaith, G. Jazottes, S. Sabathier, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *RLDA*, mars 2017, p. 27 et s.

¹¹⁰⁸ C. com., art. L. 442-6, I, 5°.

¹¹⁰⁹ K. Le Couvior, « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », *RTD com.*,

de cette stabilité le fait que la relation commerciale soit caractéristique du modèle lucratif de la société organisatrice au détriment des sociétés preneuses d'ordre et dans une organisation ou un réseau pensés au plan systémique n'est pas une méthode satisfaisante ; quand bien même le caractère opérant de ce critère impose qu'il soit considéré.

b. Les chaînes de valeur

461. Concept de chaîne de valeur. La construction méthodique des modèles économiques des entreprises multinationales organisées en réseau constitue une question que le droit n'est pas seul à appréhender, accusant même un certain retard par rapport à la matière théorique réunie par les entreprises elles-mêmes à des fins pragmatiques. Ces organisations ont en effet été théorisées par la pratique qui y a tôt vu des gisements de création de valeur, et qui s'est interrogée sur les critères susceptibles de justifier la préservation d'activités en interne, ou leur externalisation afin de favoriser leur efficacité économique. Un concept phare a émergé de ces réflexions pour embrasser à la fois la diversité des situations et fixer l'objectif poursuivi : la « *chaîne de valeur* »¹¹¹⁰. Celle-ci a pu être décrite pour les plus grandes de ces entreprises comme une chaîne globale de valeur. Proposée initialement par les travaux de Michael Porter¹¹¹¹, la notion de chaîne de valeur trouve son origine dans le langage économique, et dans la recherche d'avantages concurrentiels. Dans ses diverses déclinaisons, la chaîne de valeur représente l'architecture mise en œuvre par l'entreprise pour produire et apporter la valeur au client, par un ensemble de méthodes dépendant de ses ressources et compétences¹¹¹². Si le questionnement de la chaîne de valeur peut s'établir en interne pour viser à l'amélioration des processus de production, il s'est surtout développé en externe, au travers d'arbitrages entre le « faire » et le « faire faire », et en poursuivant des objectifs de coordination des différents acteurs apportant une part de la valeur du produit finalement proposé par l'entreprise sur le marché.

2008, p. 1. L'auteur note : « *La durée de la relation constitue, donc, le critère naturel mais pas exclusif de la stabilité de la relation commerciale. Doivent également être prises en considération, l'intensité de la relation sur le plan économique et l'étroitesse de la collaboration entre les partenaires.* »

¹¹¹⁰ La notion n'a pour le moment aucune consistance juridique en droit français ou communautaire, mais est présente dans les principes du « Global CompAct » Onusien comme périmètre de la responsabilité sociale des entreprises multinationales. Cf. Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Guide interprétatif », 2012, p. 8. Disponible sur : <http://k6.re/q6DMw> [Dernière consultation le 14 sept. 2016].

¹¹¹¹ M. Porter, *Choix stratégiques et concurrence*, 1982, Economica, 1999.

¹¹¹² Pour une explicitation : G. Hoffmann, J.-Y. Saulquin, « Quand la RSE revisite la chaîne de valeur », *Management et avenir*, n° 28, 2009, p. 45 et s.

462. Intérêt de la notion de chaîne de valeur. Deux éléments fondamentaux invitent à se saisir prioritairement de la notion de chaîne de valeur pour tenter d'approcher une forme de responsabilité des entreprises appuyée sur leur prétention lucrative. La première est évidente : la chaîne de valeur externe participe de la valeur du produit avec lequel l'entreprise animatrice participe au marché. Sa prétention à la lucrativité et son devenir patrimonial sont rattachés à ce que sa production a d'échangeable sur le marché qu'elle convoite, et la chaîne de valeur externe contribue directement à la création de ce produit fini. Le second argument tient dans le fait que la chaîne de valeur est un élément de la stratégie des entreprises consciemment organisé afin d'assurer la coordination la plus efficace possible, dans l'optique de participer au marché concurrentiel en position avantageuse. Cet aspect organisationnel suppose *a minima* que s'exerce un droit de regard de l'entreprise animatrice, afin de rationaliser l'organisation de la chaîne de valeur et de viser son efficacité économique maximale¹¹¹³. Il s'agit en quelque sorte d'un pendant du pouvoir d'organisation inhérent à la fonction entrepreneuriale; il peut être résumé sous l'idée de faculté de coordination économique. Cette coordination présente en outre l'intérêt d'ouvrir la voie d'une autorégulation efficace : l'entreprise coordinatrice est la mieux placée pour construire et assumer la norme la mieux adaptée à l'ensemble qu'elle coordonne, sous le contrôle d'un droit qui devra fixer des objectifs clairs et cohérents au plan social, et assurer que l'ensemble des composantes du réseau soient représentées dans le processus d'élaboration normative.

463. Du concept économique de chaîne de valeur à un standard juridique. La transformation de ce concept économique en notion juridique pose d'évidentes difficultés. Même théorisée par ses bénéficiaires, la chaîne de valeur échappe aux qualifications et caractérisations juridiques et relève d'une grande diversité de qualifications possibles. Le mélange de fourniture de biens ou services, sous-traitance, intervention de filiales ou de sociétés contrôlées à divers stades de la chaîne rend l'appréhension juridique malaisée. Pourtant, si la chaîne de valeur s'entend de la participation à la valeur du produit finalement proposé sur un marché donné, alors une notion issue du droit de la consommation et connexe à ces interrogations peut aider à l'éclairer, pour dessiner le contenu de ce que pourrait recouvrir ce standard juridique en formation : la traçabilité¹¹¹⁴. Dans le cadre du régime de

¹¹¹³ V. notamment : J. Bair, « Les cadres d'analyse des chaînes globales », *Rev. fr. de gestion*, n° 201, 2010, p. 111 et s.

¹¹¹⁴ Sur ce point : A. Supiot, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13 ; A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 555.

responsabilité du producteur du fait de produits défectueux, la traçabilité, même si elle n'est pas mentionnée en tant que tel, est l'outil permettant de faire le lien par-delà les personnalités morales entre les divers participants responsables de la production et de la commercialisation d'un produit ayant causé un dommage à autrui. La traçabilité ouvre la possibilité de remonter vers un responsable déterminé pour sa contribution au produit commercialisé, et d'organiser la solidarité entre celui-ci et la personne ayant assumé la commercialisation du produit¹¹¹⁵.

464. Adaptation du critère de traçabilité. L'analyse des chaînes de valeur pourrait s'appuyer sur le même outil de la traçabilité : elle permettrait de retrouver tous les participants à la valeur d'un produit déterminé, puis, à partir de l'ensemble de ces participants, de dessiner le périmètre de la responsabilité de l'entreprise tirant le bénéfice de cette chaîne de valeur par la commercialisation du produit. Il ne s'agirait pas pour l'entreprise responsable de la commercialisation du produit de rechercher la responsabilité d'une entité fautive au cours du processus de production ; mais pour l'entreprise organisatrice du réseau d'étendre ses obligations sociales et environnementales à l'ensemble de la chaîne de valeur tracée qu'elle coordonne (indépendamment des formes juridiques des entités concernées), et d'assumer sa responsabilité solidairement au long de cette chaîne et de ses maillons. Ainsi, la personne morale qui pour réaliser sa fonction économique reconstitue l'ensemble de la valeur dans le produit final serait corrélativement responsable aux plans sociaux et environnementaux pour l'ensemble de cette valeur créée. Et les périmètres de sa responsabilité seraient donc ceux de l'ensemble de son organisation à but lucratif. Un premier pas vers cette prise en compte de la chaîne de valeur a pris place dans le champ du droit de la consommation, où l'article L. 113-1 du Code de la consommation relatif aux conditions sociales de fabrication des produits fait office de première exploration du champ. Mais cette modalité reste tributaire de la pression du consommateur qui n'est pas toujours le mieux placé pour conduire des actions juridiquement contraignantes¹¹¹⁶.

c. Le droit social du commerce international

465. Normes sociales et commerce international. Il apparaît en définitive compliqué de faire peser autre chose que des régimes de responsabilité, éventuellement préventifs, sur les contrats commerciaux. Contrairement aux montages sociétaires, il est difficile de donner à ces outils une coloration sociale, tant leurs modalités d'édiction cadrent mal avec l'intervention de

¹¹¹⁵ C. civ., art. 1245 et s.

¹¹¹⁶ I. Buffier, « De l'information sur les conditions sociales de fabrication des produits. Mythe ou réalité pour le consommateur ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 30 juin 2016, p. 12.

parties prenantes dans leur conception. Reste la possibilité de prôner des clauses sociales dans les accords de commerce internationaux, pour élever la norme sociale en amont de la construction de ces réseaux et faire face aux plus inégalitaires de ces relations quand elles s'établissent entre des pays aux standards juridiques et de développement différents. Comme a pu le souligner le professeur Supiot¹¹¹⁷, la production normative en matière de droit du commerce international n'a eu aucun problème à élaborer droit rigide, laissant les incertitudes de la *soft law* aux normes sociales, et renforçant la difficulté de ces dernières à se stabiliser¹¹¹⁸. Réintroduire dans ce droit dur des clauses sociales qui le seraient tout autant constituerait une indéniable avancée vers la fonction sociale non plus des entreprises, mais plus largement du marché mondial sur lequel elles évoluent. En ce sens, la mobilisation de l'Organisation internationale du travail serait naturelle. Non seulement elle officie au même niveau, interétatique, que les normes commerciales visées, mais au surplus, l'OIT prône un standard de justice sociale capable de guider ce réarmement normatif du social qui devrait accompagner la norme économique. Un tel projet présente la difficulté d'avoir à s'établir à une échelle où les États continuent à n'envisager qu'une logique d'avantages concurrentiels, y compris sur le terrain juridique¹¹¹⁹. Elle éloigne considérablement des propositions envisagées jusque-là sur l'autorégulation. Mais l'association de l'OIT à ce processus pourrait paradoxalement constituer un retour à cette autorégulation : car avant d'être une organisation interétatique, elle est une organisation fondée depuis ses origines sur le tripartisme, donc sur des formes de négociation qui assurent aux acteurs concernés d'être, au moins partiellement, contributeurs de cette production normative¹¹²⁰.

466. Conclusion du chapitre. Ce premier aperçu des normes d'autorégulation déjà mobilisées ou éventuellement mobilisables pour conférer une fonction sociale à l'entreprise démontre tout leur potentiel. Elles sont un outil dont l'adaptabilité est un atout évident dans le contexte d'un éclatement et d'une hyper-complexité des organisations productives. Comme le montre le texte relatif au devoir de vigilance, le droit d'autorégulation pensé conformément aux périmètres réels de l'organisation est susceptible, plus que la norme étatique classique, d'aller au-delà des frontières (nationales, ou de la personnalité morale) et au plus près des décisions économiques, apportant un droit à vocation sociale ou environnementale jusque dans ces structures à vocation économique. Il porte dans ces espaces la nécessité de ne pas

¹¹¹⁷ A. Supiot, « Justice sociale et libération du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, p. 131.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 135.

¹¹¹⁹ A. Supiot, « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » », *Dr. soc.*, 2005, p. 1087.

¹¹²⁰ J.-C. Javillier, « Les normes internationales du travail : faut-il tout dire ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 409.

seulement réparer, mais de prévoir et d'anticiper les effets de l'activité sur le champ social et environnemental, à partir de connaissances et d'éléments que seule l'entreprise est en mesure de mobiliser.

467. Face aux dérives dénoncées de la responsabilité sociale des entreprises saisie à des fins communicationnelles¹¹²¹, apparaît en creux une dimension importante de ces outils d'autorégulation : leur cadrage par un droit dur, généralement étatique. Comment concevoir que cette autorégulation puisse avoir la moindre efficacité, hors démarches volontaristes, si un cadre n'est pas posé ? Le rôle de la norme étatique, éventuellement supra-étatique est fondamental, et il est multiple. Elle relaye d'abord vers le droit dur les engagements en sanctionnant les responsabilités établies ; elle donne ensuite le ton en désignant les sujets sur lesquels l'entreprise doit se positionner et dans quel périmètre ; elle institue enfin, c'est du moins souhaitable, la manière dont l'autorégulation se conçoit, avec quels acteurs, selon quelles procédures. C'est sur ce dernier point qu'il convient d'insister : l'exercice du pouvoir économique dans l'entreprise constitue une réalité indépassable, si bien qu'une autorégulation porteuse d'une fonction sociale de l'entreprise pourrait s'y diluer. Pour faire face à ce risque, l'intervention des parties prenantes et leur renforcement au plan juridique sont indispensables, afin que la dimension sociale des normes promues dans les entreprises soit une réalité plutôt qu'une chimère. L'ouverture des entreprises à leur environnement social ayant été largement prônée au long de ces pages, la manifestation la plus évidente de cette ouverture consistera dans la co-construction avec les parties prenantes des normes porteuses d'une fonction sociale.

¹¹²¹ Cf. *supra* § 294.

CHAPITRE 2 : Une fonction dépendant de l'implication des salariés parties prenantes

468. Choisir les instruments d'autorégulation pour en faire les vecteurs d'une fonction sociale de l'entreprise est un projet qui, s'il peut sembler logique eu égard des éléments déjà exposés, n'en demeure pas moins complexe à mettre en œuvre. La raison principale tient dans les résistances probables de la fonction économique de l'entreprise et des personnes, spécialement les dirigeants, chargées de porter cette fonction sous le contrôle des détenteurs du capital. La victoire idéologique de la *corporate governance* a été de ne plus autoriser à concevoir l'entreprise comme une institution, remplaçant cette lecture par celle d'une entreprise réifiée, et conçue au prisme de sa valeur actionnariale. Alors plutôt que de prétendre repenser entièrement les fondements idéologiques du fonctionnement des entreprises pour ensuite profiter de décisionnaires soucieux de fonction sociale en leur sein, la tentation est grande de prendre le problème à l'envers : imposer à ces dirigeants détenteurs d'un pouvoir normatif, ainsi qu'à leurs mandants, un processus de coconstruction en lien avec les parties prenantes, assez bien pensé pour que les intérêts de ces dernières, indexés sur les préoccupations sociales et environnementales, ne plient pas sous la pression de la fonction économique. La mise en place de cette association des parties prenantes à la conception de l'autorégulation se pose en évidence, à la fois pour ouvrir les perspectives de la décision économique, et pour assurer son contrôle par le relais du droit étatique.

469. Comment agir ? La coconstruction de normes d'autorégulation n'est peut-être pas si originale, ni si étrangère à l'entreprise. Le droit de la négociation collective n'est-il pas une forme d'autorégulation négociée avec la partie prenante que sont les salariés *via* leurs représentants ?¹¹²² Si les formes de la négociation renvoient à une histoire ancienne, et que ses fonctions se sont diversifiées dans un mouvement qui voit la logique gestionnaire gagner du terrain¹¹²³, un élément fort encourage à se tourner, à titre d'exemple et d'inspiration, vers la négociation d'entreprise : ses liens avec le principe à valeur constitutionnelle de participation.

¹¹²² De manière notable, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective introduit par son article 8 dans les entreprises de moins de 11 salariés dépourvues de délégué syndical la possibilité pour l'employeur de soumettre aux salariés un « *projet d'accord* » (qu'il conçoit seul et hors de toute négociation) qui ne devient un accord valide que par ratification à la majorité des deux tiers des salariés (C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-22 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017).

¹¹²³ Sur l'évolution à vocation économique de la règle négociée en droit du travail : G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2014, p. 359 et s.

Ce principe connaît deux déclinaisons distinctes, puisqu'il s'entend d'une participation « à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »¹¹²⁴. C'est le second volet, la participation à la gestion de l'entreprise, qui pourrait constituer un appel d'air vers une fonction sociale de l'entreprise (**Section 1**). Ce droit des salariés à la participation à la gestion pourrait bien servir d'autres intérêts : parties prenantes du premier cercle, les salariés sont en fait en position d'éclaireurs pour un déploiement plus large de la fonction sociale de l'entreprise (**Section 2**).

Section 1 : L'implication dans la gestion de l'entreprise

470. Si les salariés se voient conférer une position privilégiée parmi les parties prenantes susceptibles de participer à l'autorégulation, c'est que ce rôle est pour eux historique, comparativement mieux établi que celui d'autres intervenants. Le principe constitutionnel de participation a été formulé en 1946 et découle d'une histoire de la représentation du personnel et de la négociation collective bien plus longue. Ces rapports figurent la conflictualité latente des relations sociales du XIX^{ème} siècle tout entier voué, au plan juridique tout du moins, aux idées libérales. Toujours est-il que ce principe de participation, bénéficiant à la fois d'une grande force symbolique et d'une inscription au plus haut point de l'ordre juridique, se trouve aussi idéalement positionné à la rencontre entre la fonction sociale qu'il porte naturellement, et la participation à des logiques d'autorégulation qu'il institue (Paragraphe 1). Il est dès lors naturel de s'en servir de levier, mais aussi d'en proposer le renforcement par un renouvellement : confronté à des impératifs de rationalité économique, le principe de participation peut retrouver ses potentialités de rupture avec l'ordre économique au travers de nouveaux projets, de nouveaux thèmes et de nouveaux espaces d'expression, tous porteurs d'une fonction sociale de l'entreprise (Paragraphe 2).

§ 1. Le principe actuel de participation des salariés à la gestion des entreprises

471. Le principe de participation des salariés à la gestion de leur entreprise disposant d'un ancrage constitutionnel, il est susceptible en tant que tel de perturber la fonction économique de l'entreprise, et de contribuer à la construction d'une fonction sociale de l'entreprise. Ce principe répond à des fonctions qu'il convient d'explicitier (A), avant d'analyser ses déclinaisons et ses modalités d'application (B).

¹¹²⁴ Préambule de la Constitution de 1946, al. 8.

A. Le principe de participation

472. Le recours à un principe aussi riche en histoire impose de tisser de faire le lien entre son appréhension classique et les idées défendues autour d'une fonction sociale de l'entreprise (1). La richesse du potentiel entrevu est décuplée par le caractère constitutionnel du principe (2).

1. L'étendue du principe

473. Dualité du principe de participation. Résultant du huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le principe de participation des travailleurs à la gestion des entreprises constitue une branche d'un principe de participation plus large puisque le même alinéa concerne « *la détermination des conditions de travail* ». Si cette seconde dimension du principe de participation renvoie à une matière profondément sociale que le droit du travail appréhende au travers de la représentation du personnel et la négociation collective, la participation à la gestion est d'un autre ordre. Elle fait en effet référence plus directement à une fonction économique : elle peut s'entendre comme un droit de regard (*a minima*), voire d'intervention (dans une lecture plus ambitieuse) des salariés sur la manière dont sont conduites les affaires économiques de leur entreprise¹¹²⁵, ou pour reprendre le terme clé du préambule de 1946, sur comment elle est gérée. Les possibilités sont diverses : demeure naturellement une participation à la gestion par les représentants du personnel et spécialement le comité d'entreprise (prochainement transformé en « *comité social et économique* »¹¹²⁶) qui est informé et consulté sur les décisions économiques de l'entreprise¹¹²⁷ ; le glissement de la négociation collective vers des logiques gestionnaires permet de la rattacher à une forme de participation à la gestion¹¹²⁸. Le reste des possibilités impose plus de nuance : les dispositifs de participation aux résultats, d'actionnariat salarié¹¹²⁹ ou de représentation des salariés dans les organes de direction des sociétés¹¹³⁰ pourraient relever d'un principe de participation à la

¹¹²⁵ F. Petit, « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 952 : « *Le droit à la participation des travailleurs, de valeur constitutionnelle, a pour objet de faciliter la prise en compte de leurs intérêts dans l'élaboration des règles et des décisions qui s'imposent à eux.* »

¹¹²⁶ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹¹²⁷ Ainsi le comité a « *pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise* » ; cf. C. trav., art. L. 2323-1.

¹¹²⁸ En ce sens : V. Fraissinier-Amiot, « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », *LPA*, 16 mai 2008, p. 11.

¹¹²⁹ Sur ces deux aspects : J.-Ph. Lieutier, « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », *Dr. soc.*, 2014, p. 500.

¹¹³⁰ C. com., art. L. 225-27-1 ; Cf. G. Auzero, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils

gestion entendu largement ; ce n'est pas la voie choisie par le Conseil constitutionnel, qui a refusé la protection du préambule de 1946 à ces dispositions : « *le huitième alinéa du Préambule de 1946 n'impose pas la présence de représentants des salariés au sein des organes de direction de l'entreprise* »¹¹³¹. Cette décision est à notre sens critiquable, et une auteure a pu noter que « *si elle rejoint celle qu'une partie de la doctrine avançait, à savoir que la participation des salariés aux organes d'administration ou de surveillance est à la discrétion du législateur, elle restreint considérablement l'aspect le plus intéressant et le plus chargé de sens du principe constitutionnel de participation* »¹¹³². Le Conseil constitutionnel range en réalité le dispositif dans la catégorie d'une participation « *renforcée* »¹¹³³, modalité possible de la participation à la gestion, mais refuse d'en faire un modèle à suivre. Par cette décision, il restreint fortement l'appropriation de la fonction économique de l'entreprise que pouvaient espérer les salariés.

474. Les ordonnances de septembre 2017 : un oubli fâcheux de la participation à la gestion des entreprises. De ce point de vue, la réforme du droit du travail intervenue en 2017 fait figure d'occasion manquée. La construction successive de dispositifs favorisant la participation des salariés dans les organes de gouvernance des sociétés avait pu laisser croire à certains interlocuteurs syndicaux¹¹³⁴ comme à une partie de la doctrine¹¹³⁵ qu'une inexorable révolution était en marche, vers des formes de codécision inspirées du modèle allemand¹¹³⁶, au besoin en parallèle d'une simplification du droit classique des instances représentatives du personnel. Si ce dernier volet a été exploré par l'ordonnance « *relative à la nouvelle*

d'administration et de surveillance », *Dr. soc.*, 2013, p. 740 ; Q. Urban, « La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par actions : Quel progrès », *RDT*, 2013, p. 689 ; R. Vatinet, « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés*, 2014, p. 75.

¹¹³¹ Cons. const., 26 juil. 2013, n° 2013-33 QPC, consid. 5 ; « L'exclusion de vote des salariés mis à disposition pour l'élection des administrateurs salariés », *Rev. sociétés*, 2014, p. 112, note F. Petit.

¹¹³² V. Bernaud, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.*, 2015, p. 965.

¹¹³³ Cons. const., 26 juil. 2013, n° 2013-33 QPC, consid. 7 : « *le législateur a entendu, par les dispositions contestées, permettre que la participation des travailleurs à la gestion des entreprises soit renforcée (...)* ».

¹¹³⁴ En particulier, cette ligne est devenue celle de la CFDT. Cf. V. Descacq, M. Léon, « Ordonnances sur le Code du travail : une occasion manquée ». Les deux secrétaires générales adjointes de la CFDT mentionnent à cette occasion : « *Cette réforme aurait pu être l'occasion de moderniser le fonctionnement des entreprises par un meilleur partage de l'information et de la connaissance économique avec les salariés et leurs représentants. C'est une occasion manquée d'amener le patronat à modifier son approche et ses méthodes.* »

Texte disponible sur : https://www.cfdt.fr/portail/presse/communiqués-de-presse/ordonnances-sur-le-code-du-travail-une-occasion-manquée-srv1_511379 [Dernière consultation le 30 sept. 2017.]

¹¹³⁵ F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013 », *SSL*, n° 1569, 28 janv. 2013, p. 6.

¹¹³⁶ Ce modèle est cependant à relativiser dans ses modalités souvent caricaturées comme dans ses effets : P. Rémy, « « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 974.

organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales »¹¹³⁷, force est de constater que le volet relatif à une codécision ou une cogestion a été purement et simplement oublié, provoquant notamment la déception du secrétaire général de la CFDT¹¹³⁸. Alors que ce syndicat avait marqué son ouverture à un compromis entre flexibilité et implication plus forte dans la gestion, sa ligne n'a pas été suivie, ce qui surprend dans le contexte d'une réforme prônant le dialogue économique et prenant pour référence les logiques de cogestion¹¹³⁹.

475. La participation à la gestion face aux fonctions de l'entreprise. Quand le comité d'entreprise est entrete nu des questions stratégiques¹¹⁴⁰, quand la négociation collective produit des normes en considération de la santé économique de l'entreprise¹¹⁴¹, ou quand les salariés prétendent à être entendus dans le cadre des organes de direction, une même ligne directrice se fait jour : l'irruption de la figure du collectif de travail¹¹⁴² dans les choix économiques de l'entreprise. En cela, la logique du principe de participation à la gestion contient ontologiquement une proposition de fonction sociale pour l'entreprise : si les salariés sont informés, consultés, négocient sur le terrain économique ou s'expriment directement avec droit de vote dans les instances décisionnaires, alors la décision économique ne peut plus poursuivre, au moins en théorie, une logique propre, empreinte de la seule rationalité économique et sourde aux préoccupations sociales qui s'expriment. Si le principe de participation est porteur d'un potentiel pour la fonction sociale de l'entreprise, c'est qu'il convie à la décision économique des acteurs dont les intérêts ne se limitent pas à la fonction économique de l'entreprise, mais envisagent sa projection dans le champ social. Pour reprendre une expression chère à Duguit, la décision économique devient soucieuse des relations « *d'interdépendance sociale* »¹¹⁴³ dans lesquelles elle s'insère.

¹¹³⁷ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

¹¹³⁸ *Liais. soc.*, 4 sept. 2017, n° 17396, p. 7 : « *Le secrétaire général de la CFDT, Laurent Berger, a fait part, quant à lui, de « sa profonde déception face à l'opportunité qui était de faire du dialogue social un élément central de la gouvernance des entreprises* ». »

¹¹³⁹ Cf. L'entrevue accordée par la Ministre du travail Muriel Pénicaud à la *Semaine sociale Lamy* (25 sept. 2017, n° 1783, p. 3) : « (...) *il n'est pas interdit d'examiner ce qui « fonctionne » dans les autres pays et de s'en inspirer sans le copier servilement. C'est ce que nous avons fait en ouvrant la faculté de mettre en place, par accord collectif, le conseil d'entreprise disposant de la compétence pour négocier et d'un pouvoir de codécision dans les domaines définis par l'accord.* » De fait, l'aspect le plus original et subversif (en comparaison au droit français) du modèle allemand, tenant dans la forte implication des salariés dans les organes de gouvernance, est totalement oublié.

¹¹⁴⁰ Cf. *infra* § 483.

¹¹⁴¹ Cf. *infra* § 488.

¹¹⁴² Cf. *supra* § 251 et s.

¹¹⁴³ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du

476. Un potentiel à réaliser. Reste alors à observer les conditions dans lesquelles cette participation s'établit. Elles sont en effet les variables qui rendraient une fonction sociale possible, renforçant l'hypothèse d'une décision économique réinventée car enrichie de préoccupations sociales. Tout le problème se niche dans la vision du principe de participation adoptée. Le Conseil constitutionnel, frileux sur le sujet¹¹⁴⁴, n'encourage pas à l'optimisme au sujet d'une acception maximaliste de l'intervention des salariés dans la cellule économique. La participation des salariés à la gestion pourrait, entendue largement, constituer un changement de paradigme rapprochant la gestion des entreprises d'un « modèle allemand » dont il faut toutefois remarquer qu'il renvoie une image en partie fantasmée¹¹⁴⁵. D'où certainement les résistances et les craintes à l'idée d'un réinvestissement de ce principe constitutionnel, ce qui est pourtant à nos yeux la voie à suivre.

2. Les possibles extensions du principe

477. Opposition conceptuelle avec la liberté d'entreprendre. La problématique d'un renouvellement confinant à l'extension du principe de participation à la gestion tient, sans grande surprise, dans l'opposition de ce principe constitutionnel avec celui, tout aussi constitutionnel de liberté d'entreprendre¹¹⁴⁶. Car il faut bien voir quelle antinomie anime la matière : la liberté d'entreprendre garantit, dans une approche théorique et mise en œuvre par le Conseil constitutionnel, une pleine et entière liberté de gestion qui s'exprime dans les prérogatives reconnues aux personnes morales, à leurs membres, leurs dirigeants et, s'agissant de la projection travailliste du sujet, à l'employeur¹¹⁴⁷. Comme le soulignent certains auteurs, « *le principe demeure que les décisions économiques sont prises par la direction seule, dans le cadre du pouvoir de gestion dont l'ont investi les propriétaires* »¹¹⁴⁸. Prétendre à une extension de la participation des salariés à la gestion revient donc à contrarier cet état du droit en poussant les interventions des salariés plus loin que l'information et la consultation du comité d'entreprise (ou du futur comité social et économique) qui ne lient aucunement les

Droit, 1999, 1^{ère} éd. 1920, p. 158.

¹¹⁴⁴ V. Bernaud, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.*, 2015, p. 966 : « *Principe chargé d'espoirs au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le principe de participation n'a pas développé toutes les potentialités qu'il est susceptible de receler. La faute en revient probablement aux diverses significations qu'il recouvre et qui ne peuvent faire l'unanimité en politique comme en doctrine. Il y a donc peu de raisons de s'étonner que le Conseil constitutionnel le manie avec prudence.* »

¹¹⁴⁵ P. Rémy, « « *Le droit à la participation* » en droit allemand : *codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?* », *Dr. soc.*, 2015, p. 974.

¹¹⁴⁶ *Cf. supra* § 153.

¹¹⁴⁷ *Cf. supra* § 112 et s.

¹¹⁴⁸ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017, § 1241.

décisionnaires¹¹⁴⁹. Si le droit à la participation consistait à restreindre la liberté reconnue dans le cadre des pouvoirs conférés à l'entrepreneur, une opposition nette se ferait jour entre ces deux principes constitutionnels.

478. Penser une combinaison. Comparé aux égards portés au principe de liberté d'entreprendre, le principe de participation à la gestion part avec un temps de retard certain, le Conseil constitutionnel rechignant encore à le délier du principe de participation à la définition des conditions de travail¹¹⁵⁰. Plutôt que de cultiver l'opposition entre des principes dont l'histoire renseigne sur les inévitables divergences idéologiques, une approche plus constructive pourrait consister dans la réinvention d'un principe de participation à la gestion véritablement inséré dans l'exercice de la liberté d'entreprendre au point de former un complément à celle-ci, ou une autre dimension de celle-ci. La notion clé pour parvenir à cette construction juridique nouvelle est évidemment la fonction sociale de la liberté d'entreprendre. En consacrant la nécessité pour la liberté d'entreprendre de s'ouvrir à une rationalité autre qu'économique, le principe de participation à la gestion trouve naturellement sa place au rang des principes complémentaires susceptibles de conférer à la liberté d'entreprendre des objectifs extra-économiques. Les deux notions peuvent alors s'enrichir mutuellement : la participation des salariés à la gestion permet à la liberté d'entreprendre de mieux tenir compte de sa propre dimension sociale ; elle engage aussi les salariés dans l'exercice de cette liberté économique, dont ils ne sont plus de simples spectateurs mais de véritables acteurs.

479. La participation à la gestion renforcée par d'autres normes constitutionnelles : l'exemple du droit à l'emploi. Dans cette approche qui vise à repenser les relations entre liberté d'entreprendre et participation des salariés à la gestion, la moindre protection de la seconde dans la jurisprudence constitutionnelle encourage à rechercher de quelle manière elle pourrait s'allier à d'autres principes constitutionnels pour renforcer son assise. Trois exemples peuvent à ce titre être mobilisés. Tout d'abord, la participation des salariés doit continuer de s'affirmer comme vecteur possible du droit à l'emploi. Ce lien, spécialement en période de restructuration, fait l'objet de débats tant la négociation collective semble dans ce cadre

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

¹¹⁵⁰ En ce sens : V. Bernaud, « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.*, 2015, p. 965 : « Il est intéressant de souligner à quel point le Conseil constitutionnel a éprouvé des difficultés à donner sens au principe de participation à la gestion. Souvent, d'ailleurs, il préfère citer l'alinéa 8 du Préambule en entier, plutôt que de se référer spécifiquement à celui-ci. » ; Pour un exemple : Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-128 QPC.

instrumentalisée¹¹⁵¹. Mais les outils qui mêlent négociation et représentation du personnel à la conclusion des plans de licenciements économiques devraient refléter plus clairement la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, plutôt que leur participation à l'organisation des conséquences sociales d'une gestion qui leur échappe¹¹⁵². À titre de proposition, un licenciement économique collectif pourrait déclencher un droit de suivi particulier, éventuellement assorti d'un droit de veto de la part du comité d'entreprise (ou du futur comité social et économique) sur les décisions postérieures au plan afin de vérifier leur correspondance aux options stratégiques l'ayant justifié. L'atteinte à l'emploi permise par le pouvoir de gestion serait ainsi corrélée à l'affaiblissement de ce dernier face aux représentants des salariés ayant eu à subir la mesure initiale.

480. La recherche de durabilité. Un second exemple fait de la participation des salariés un aiguillon pour la continuité de l'entreprise. Typiquement, le rôle du comité d'entreprise (et du futur comité social et économique) dans la recherche de repeneur¹¹⁵³ pourrait être approfondi dans une logique d'activation plus cadrée juridiquement du rôle du collectif de travail dans le devenir de son entreprise. Le développement de tels outils contreviendrait à la liberté d'entreprendre sous sa dimension de liberté de « désentreprendre »¹¹⁵⁴ ; mais elle serait aussi l'occasion de faire enfin émerger une liberté d'entreprendre des salariés eux-mêmes¹¹⁵⁵.

481. Le développement durable. Enfin, la participation à la gestion pourrait gagner à contribuer au développement durable en se faisant le relais de l'intégration de ce principe dans la prise de décision économique¹¹⁵⁶. Si le droit positif fait déjà le lien entre représentation du personnel et risque environnemental¹¹⁵⁷, cette dimension de la participation à la gestion pourrait être dynamisée en profitant de la connaissance de l'entreprise qu'ont les salariés, pour les positionner en relais de préoccupations environnementales, en prévision de risques dont ils peuvent être les premiers témoins, si ce n'est les premières victimes.

¹¹⁵¹ G. Borenfreund, « Avant-propos », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 2 ; l'auteur évoque « une forme de détournement du principe de participation, désormais orienté au moins autant vers la satisfaction des aspirations patronales que vers la satisfaction des revendications des salariés ».

¹¹⁵² F. Géa, « Le licenciement comme objet de dialogue social », *Dr. soc.*, 2015, p. 994.

¹¹⁵³ C. trav., art. L. 1233-57-15. Cf. T. Sachs, C. Wolmark, « L'ambition contrariée du dispositif « Florange » », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁵⁴ Cf. *supra* § 140.

¹¹⁵⁵ F. Laronge, « Lecture croisée de la loi Florange et de la loi sur l'économie sociale et solidaire », *SSL*, n° 1656, 14 déc. 2014, p. 7.

¹¹⁵⁶ Cf. *supra* § 273.

¹¹⁵⁷ Cf. *infra* § 508 et s.

B. Les modalités de la participation

482. De manière classique, la participation des salariés à la gestion de l'entreprise sera divisée entre participation par des systèmes de représentation du personnel (1), et participation par la négociation collective (2).

1. La participation à la gestion par la représentation du personnel

483. Les évolutions du rôle du comité d'entreprise jusqu'à sa transformation en comité social et économique. Modalité historique de la participation à la gestion, le comité d'entreprise est désigné communément comme l'instance chargée en principe du dialogue économique avec l'employeur¹¹⁵⁸, dialogue allant désormais jusqu'à la discussion stratégique¹¹⁵⁹. À l'heure de sa transformation en comité social et économique englobant délégués du personnel et comité hygiène, sécurité et conditions de travail¹¹⁶⁰, est-il le levier idoine pour construire une participation à la gestion exigeante ? Il est possible d'en douter. Tout d'abord, comité d'entreprise comme comité social et économique n'ont qu'un rôle consultatif qui limite leur influence sur les destinées de l'entreprise¹¹⁶¹. En second lieu, le comité d'entreprise avait déjà vu dans la période récente son rôle s'élargir, au point que puisse être pointée une forme d'éparpillement¹¹⁶². Ce n'est pas la fusion rendue obligatoire des trois instances historiques¹¹⁶³ au sein du comité économique et social qui démentira cette tendance puisque ce dernier sera doté d'un nombre important de prérogatives d'une diversité telle que la qualité de son appréhension de ces informations sera difficile à garantir¹¹⁶⁴ en matière de dialogue économique comme, d'une autre manière, s'agissant de la santé ou des conditions de travail. Présentée par le gouvernement sous l'angle d'une synergie possible entre domaines

¹¹⁵⁸ Pour une perspective historique : F. Gaudu, « La participation des salariés », *Rev. sociétés*, 1996, p. 471.

¹¹⁵⁹ G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 1006.

¹¹⁶⁰ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹¹⁶¹ G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT*, 2015, p. 24 : « *Rapportée au pouvoir de l'employeur, la place du comité ne fait l'objet, en réalité, d'aucun changement en profondeur. Depuis la création du comité, elle continue de se heurter à une limite majeure - le maintien sans faille du pouvoir de direction - même si, au fil du temps, l'idée a prospéré que la procédure de consultation était destinée à influencer sur le projet de l'employeur, voire était porteuse d'une valeur de protection de l'emploi.* »

¹¹⁶² Cf. C. trav., art. L. 2323-1, qui mentionne parmi les attributions du comité d'entreprise « *l'organisation du travail* », « *la formation professionnelle* » et les « *techniques de production* ». En dotant le comité d'entreprise de ces prérogatives, le législateur a refusé de mettre en œuvre un principe de spécialisation qui aurait certainement impliqué un transfert de moyens du comité d'entreprise vers le comité hygiène, sécurité et conditions de travail et vers les délégués du personnel.

¹¹⁶³ Cette fusion obligatoire suit un mouvement déjà entamé qui n'avait jusqu'ici été fait que d'encouragements : Cf. I. Odoul-Asorey, « Décrets du 23 mars 2016 relatifs aux regroupements des IRP », *RDT*, 2016, p. 576.

¹¹⁶⁴ Particulièrement dans la mesure où le recours aux expertises se réduit dans une logique de « responsabilisation » ; cf. B. Teyssié, « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *JCP S*, 26 sept. 2017, 1294.

jusqu'ici trop compartimentés¹¹⁶⁵, cette évolution pose tout de même la question d'un principe de spécialité qui semble nécessaire pour dépasser un dialogue simplement superficiel face à des problématiques complexes et techniques, dont la stratégie économique fait indéniablement partie. Ces craintes sont renforcées par la marginalité dans laquelle sont en parallèle entretenus les représentants de salariés dans les organes de direction. Enfin, un mouvement doctrinal plus large souligne les difficultés du comité d'entreprise (et demain du comité social et économique) à obtenir un véritable dialogue économique face à un interlocuteur, l'employeur, qui a tendance à s'éloigner des véritables décisionnaires, détenteurs du capital¹¹⁶⁶. S'il n'a de valeur que symbolique, le titre premier de l'ordonnance « *relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales* », en ce qu'il vise « *l'association des représentants du personnel aux décisions de l'employeur* » suffit à démontrer combien gouvernement comme législateur se refusent encore à concevoir les nouvelles frontières de l'entreprise. Il est certain en définitive que les évolutions du comité d'entreprise vers le comité social et économique ne vont pas dans le sens d'une promotion de la participation à la gestion des entreprises par les salariés. Un mouvement de recentrage des prérogatives sur les questions économiques, d'amélioration de la faculté à saisir directement les détenteurs du pouvoir économique, et un renforcement des possibilités de mise en échec des projets de l'employeur n'est aucunement à l'ordre du jour.

484. La représentation des salariés dans les organes de direction. Dans une dynamique inverse, la représentation directe du personnel dans les organes de direction avec voix délibérative gagne du terrain depuis l'apparition en 2013 d'un régime obligatoire¹¹⁶⁷ qui

¹¹⁶⁵ Sur ce point : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales. Le rapport explicite la démarche : « *De nouveaux droits et de nouvelles protections pour les salariés : Leurs représentants auront tous les leviers en main pour proposer des solutions aux problèmes rencontrés par les salariés, et plus largement pour peser dans la bonne marche de l'entreprise. A titre d'exemple, les principales causes du mal-être au travail sont souvent à rechercher dans des logiques d'organisation et de management qui relèvent d'enjeux bien plus larges de performance, voire de stratégie de l'entreprise. Aujourd'hui, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) traite des problèmes d'un salarié souffrant de mal-être, sans nécessairement pouvoir le resituer dans un cadre plus général. Aucune solution durable ne peut dès lors être apportée, car les causes du mal-être ne sont pas identifiées. Demain, grâce à la fusion des instances, qui conservent compétences et droits à expertise, une telle approche globale sera la norme.* »

¹¹⁶⁶ G. Auzero, « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 1010 : « *On conçoit ainsi que l'intervention du comité d'entreprise dans l'élaboration de la stratégie de l'entreprise ne peut être sérieusement organisée sans que l'on tienne compte de la personne, physique ou morale, qui a la maîtrise de cette stratégie.* »

¹¹⁶⁷ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 9. Cf. R. Vatinet, « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés*, 2014, p. 75.

impose la présence de représentants des salariés avec voix délibérative au conseil d'administration ou de surveillance, mais s'attache à limiter l'effet de ces derniers sur les décisions économiques.. Cette obligation concerne aujourd'hui les sociétés établies en France qui, directement ou via leurs filiales directes ou indirectes emploient plus de 1000 salariés en France ou 5000 salariés dans le monde¹¹⁶⁸.

485. Incertitudes. Malgré une avancée de principe notable, plusieurs traits du régime juridique de cette représentation sont critiquables et marquent la « *retenue* »¹¹⁶⁹ du législateur. D'abord, ces salariés demeurent largement minoritaires dans le conseil¹¹⁷⁰, ce qui ne saurait surprendre eu égard au contexte peu porteur pour une cogestion égalitaire. Ensuite, les modalités de désignation de ces salariés restent entre les mains des détenteurs du capital puisque le choix résulte d'une assemblée générale extraordinaire réunie aux fins de modification des statuts. Si, comme a pu le noter une partie de la doctrine, la possibilité d'éviter la complexité et le coût d'une élection inter-sociétaire peut se concevoir, était-il nécessaire de conférer à l'assemblée pas moins de quatre modalités de désignation alternatives ?¹¹⁷¹ Cette multiplicité d'options laisse le sentiment que la désignation des représentants salariés reste soumise au bon vouloir des membres de la société, qui peuvent choisir le mode de désignation le plus favorable à leurs projets. Enfin, deux aspects du statut de salarié membre du conseil compliquent l'exercice de ses missions au service d'une fonction sociale de l'entreprise : l'obligation de confidentialité, et l'incompatibilité entre ce statut et d'autres mandats d'élu du personnel. Au plan de l'obligation de discrétion, elle est la même que pour tout administrateur¹¹⁷², mais s'agissant des représentants de salariés, elle entre en parfaite contradiction avec la raison d'être de leur présence au conseil. Si la CJUE apporte une protection, ce n'est que pour les divulgations « *strictement nécessaires* » à l'exercice des

¹¹⁶⁸ C. com., art. L. 225-27-1, I, al. 1^{er}.

¹¹⁶⁹ G. Auzero, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.*, 2013, p. 746.

¹¹⁷⁰ C. com., art. L. 225-27-1, II ; les administrateurs représentant les salariés sont au moins deux si le nombre d'administrateurs total est supérieur à douze, et un seul si le nombre total d'administrateurs est inférieur à douze.

¹¹⁷¹ C. com., art. L. 225-27-1, III : les quatre modalités sont l'élection, la désignation par le comité d'entreprise ou le comité central d'entreprise, la désignation par l'organisation syndicale la plus représentative, ou un panachage entre une de ces modalités et désignation par le comité d'entreprise européen pour les sociétés concernées.

¹¹⁷² Cf. R. Vatinet, « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés*, 2014, p. 86 : « *Cet administrateur à part entière est tenu du même devoir de discrétion que les autres membres des conseils dans les mêmes conditions. Dans les sociétés cotées, l'interdiction de divulgation et a fortiori d'utilisation d'informations privilégiées s'impose à lui dans les mêmes conditions qu'aux autres administrateurs sous réserve, s'agissant de la divulgation, du respect des obligations propres à ses fonctions de représentants des salariés, comme la CJUE l'avait rappelé en son temps* ».

missions¹¹⁷³, ce qui devrait donner lieu à des contentieux selon la vision qu'ont ces salariés de leur mission d'information de la collectivité de travail qu'ils représentent. Quant au non-cumul de mandats¹¹⁷⁴, il paraît se fonder sur une surévaluation critiquable du risque de conflit d'intérêts¹¹⁷⁵. Certes, un administrateur se doit d'agir en défense de l'intérêt social¹¹⁷⁶ et non d'un intérêt périphérique comme celui des salariés, mais la fonction même d'administrateur représentant des salariés n'implique-t-elle pas d'envisager l'intérêt social sous un angle différent ?

486. Intérêts d'une combinaison des représentations. Ces limites à l'efficacité du comité d'entreprise et au régime en vertu duquel sont installés les administrateurs représentant les salariés ont été pointées avec une volonté de dépassement sous la plume de Quentin Urban¹¹⁷⁷. Cet auteur a en effet cherché à penser les liens à établir entre ces deux modalités de la participation à la gestion des entreprises dans le cadre de la représentation du personnel. Appelant à une « *synergie* », il propose une suppression des incompatibilités de mandats pour aider à la constitution d'interlocuteurs mieux préparés au dialogue entre organes de direction et salariés¹¹⁷⁸. Si un tel projet n'est pas à l'agenda politique, pourrait contribuer à donner plus de poids aux porteurs de la fonction sociale de l'entreprise.

2. La participation des salariés par la négociation

487. Le fruit d'une longue évolution. Les rapports entre négociation collective d'entreprise et participation à la gestion sont plus d'ambigües que ceux entre ce même principe et la représentation du personnel. La subdivision historique a renvoyé sous l'effet de la loi la détermination des conditions de travail vers la négociation quand la participation à la gestion résultait du processus de consultation dévolu au comité d'entreprise¹¹⁷⁹. Ce n'est

¹¹⁷³ CJCE, 22 nov. 2005, n° C-384/02 ; « La communication d'une information privilégiée n'est pas répréhensible dès lors qu'elle est strictement nécessaire et proportionnée à l'exercice d'une fonction ou d'une profession », *Rev. sociétés*, 2006, p. 333, note J.-J. Daigre.

¹¹⁷⁴ C. com., art. L. 225-30.

¹¹⁷⁵ La logique poursuivie semble être celle présentée par les auteurs du précis de droit du travail, selon lesquels « *la participation exclut la contestation* ». Cf. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017, § 1308.

¹¹⁷⁶ Pour une approche on ne peut plus contractualiste de la question : Ph. Bissara, « L'intérêt social », *Rev. sociétés*, 1999, p. 5 ; « *Les membres du conseil d'administration et plus particulièrement son Président et les directeurs généraux sont désignés pour agir au nom de la société, pour la représenter, pour défendre l'intérêt social. Chargés d'incarner celui-ci, c'est bien la moindre des choses qu'ils soient astreints non seulement à y subordonner leur action, mais encore à agir pour le faire prévaloir.* »

¹¹⁷⁷ Q. Urban, « La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par actions : Quel progrès », *RDT*, 2013, p. 689.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 698.

¹¹⁷⁹ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 242, note sous

qu'au prix d'une longue et parfois brutale évolution que ce cadre se fissure et paraît désormais entièrement brisé à l'heure où s'établiront bientôt des « *conseils d'entreprise* » chargés à la fois des fonctions de négociation et de représentation¹¹⁸⁰. Avant cela, l'accord d'entreprise a été paré de nombreuses vertus dans un discours confinant à la « *célébration* »¹¹⁸¹ : adaptation meilleure à la réalité de l'entreprise et adhésion des négociateurs à la norme produite par eux ont été à ce titre des arguments majeurs d'un éloge de l'efficacité¹¹⁸², rejoignant ceux promouvant de manière générale l'autorégulation. La conséquence de cet investissement dans l'accord collectif a été son émancipation progressive, qui, sans revenir sur les détails d'un mouvement fort bien documenté¹¹⁸³, a permis à la fois une autonomisation par rapport aux prescriptions des autres niveaux de négociation et de la loi, et un élargissement manifeste des thèmes de négociation potentiels.

488. L'accord d'entreprise saisi par la gestion économique. C'est ce mouvement général d'émancipation qui guide en apparence l'accord collectif d'entreprise vers une contribution à la participation à la gestion. Défendu pour son efficacité présumée, l'accord d'entreprise a été mobilisé, élargissement de son champ thématique aidant, pour traiter de sujets en rapport direct avec la chose économique, ou dont la situation économique est une toile de fond : licenciement pour motif économique collectif¹¹⁸⁴, maintien, puis préservation et développement de l'emploi, bientôt fusionnés au sein d'une catégorie d'accords conclus « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* »¹¹⁸⁵. S'émancipant des normes l'entourant, et s'éloignant du principe de faveur, l'accord d'entreprise a, sur ces sujets, pu refléter une marge de manœuvre plus grande, là encore plus proche d'une optique gestionnaire¹¹⁸⁶, la loi et les autres niveaux de négociation ne bridant plus l'adaptation de la norme négociée dans l'entreprise à son contexte

Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179.

¹¹⁸⁰ C. trav., art. L. 2321-1 et s. nouveaux résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹¹⁸¹ E. Peskine, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 438 ; v. également Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 166, p. 95 et s.

¹¹⁸² Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 122 et s.

¹¹⁸³ Par exemple : A. Jobert, « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Dr. soc.*, 2013, p. 332 ; l'auteure évoque à la fois la « *diversification* » des thèmes et une conjonction d'« *autonomie* », de « *complexité* » et de « *légitimité* » entourant la négociation d'entreprise.

¹¹⁸⁴ C. trav., art. L. 1233-24-1.

¹¹⁸⁵ *Cf. supra* § 411.

¹¹⁸⁶ En ce sens, et en anticipation des discours actuels : B. Teyssié, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 578 : « *Outil de gestion de cette société complexe qu'est l'entreprise, la négociation collective permet de combiner, en réponse aux revendications des uns et des autres, progrès social et progrès économique : à l'amélioration des conditions de travail, des salaires, des modalités de départ à la retraite, répondent une motivation accrue du personnel, une augmentation du temps de fonctionnement des installations industrielles ou commerciales.* »

économique. Mais ce mouvement traduit-il réellement une participation à la gestion reconnue aux salariés ? Il est permis d'en douter. En réalité, c'est une dialectique nouvelle entre pouvoir de l'employeur et négociation qui émerge¹¹⁸⁷, produisant des effets inédits : l'accord d'entreprise est mobilisé pour rechercher l'adhésion (plus que le simple compromis) au sujet des conséquences sociales du pouvoir de gestion économique de l'employeur. Dans le schéma passé, le pouvoir décision économique de l'entreprise se manifestait par des prérogatives pour l'employeur vis-à-vis de la cellule sociale que l'employeur assumait seul, comme en matière de licenciement économique. Certes, ces prolongements sociaux de la décision économique pouvaient heurter, mais le pouvoir avançait-il au moins à visage découvert. Le changement de paradigme implique quant à lui une apparente réduction du pouvoir de l'employeur, tenu de rechercher l'adhésion de l'interlocuteur salarié pour faire valider les conséquences sociales de la gestion. Mais cette production normative apparaît biaisée : elle se fonde sur l'adhésion présumée (spécialement en matière d'accords de maintien dans l'emploi) des négociateurs salariés à la réalité économique (ces « *graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives* »)¹¹⁸⁸ ; elle se fondera bientôt sur la définition d'un « *objectif* »¹¹⁸⁹ particulièrement ambigu, dont le gouvernement légiférant par ordonnances ne dit pas s'il est poursuivi par le seul employeur ou par les parties à l'accord, ni si le fait de ne pas l'atteindre est susceptible d'une véritable sanction juridique.

489. Une participation à la gestion à repenser. En affinant l'analyse, il est intéressant d'observer que le droit de la négociation d'entreprise n'évolue pas tant vers un droit de la participation à la gestion de l'entreprise, que vers un droit de la participation à la gestion des conséquences sociales de la gestion de l'entreprise. Si l'effet de ce mouvement est à ce point notable, c'est qu'il fige la situation économique sans soumettre au débat les décisions économiques ayant contribué à la produire : le contexte seul, éventuellement variable, fait l'objet du « *diagnostic* ». Surtout, cette glaciation du débat sur les décisions économiques a pour effet d'éteindre toute possibilité de contestation¹¹⁹⁰ : le recours au juge est réduit en

¹¹⁸⁷ E. Peskine, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 436.

¹¹⁸⁸ *Ibid.* : « Ce ne sont pas seulement les conséquences sociales d'un choix économique qui font l'objet d'un accord, mais plus fondamentalement le diagnostic porté sur la situation économique de l'entreprise. L'accord s'opère sur le contexte, sur l'environnement du pouvoir, sur ce qui peut devenir la raison même de la règle. »

¹¹⁸⁹ C. trav., art. L. 2254-2, II nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

¹¹⁹⁰ *Ibid.* : « L'existence d'un accord sur les raisons de la règle ne laisse plus guère de place pour l'expression d'intérêts divergents. » Ce constat appuie l'observation faite par les auteurs du précis en ce sens que « *la participation exclut la contestation* » ; cf. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017, § 1308.

matière de licenciement économique (c'est l'objet même de la réforme de la matière¹¹⁹¹) ; le salarié refusant l'application de l'accord de maintien de l'emploi y trouve la cause réelle et sérieuse de son licenciement pour motif économique¹¹⁹² ; celui refusant l'application de l'accord de préservation et de développement de l'emploi voit l'accord se muer en motif de licenciement *sui generis*¹¹⁹³, solution finalement généralisée dans le régime actant la fusion de ces deux derniers types d'accords introduit par l'ordonnance de septembre 2017¹¹⁹⁴.

490. Un droit de la négociation collective inopérant en matière de participation à la gestion. Dans ces conditions, la négociation collective comme outil d'autorégulation n'a pas pour objet de produire un changement sur le pouvoir économique dans l'entreprise, ni pour effet d'instiller une part de fonction sociale dans son exercice. Il y aurait donc fort à faire pour transformer le droit de la négociation d'entreprise en modalité ambitieuse de la participation à la gestion permettant l'extension d'une fonction sociale de l'entreprise. Mais compte tenu de la montée en puissance inexorable de la négociation d'entreprise¹¹⁹⁵, il est préférable de saisir le potentiel de cette forme d'autorégulation plutôt que de l'abandonner aux logiques gestionnaires, et de faire de la norme négociée un levier en vue de l'infiltration du pouvoir économique par des préoccupations sociales.

§ 2. Le renouvellement du principe de participation des salariés à la gestion de l'entreprise

491. Les pistes de progression de la fonction sociale de l'entreprise dans le cadre de la représentation du personnel ayant été explorées, il convient de se pencher plus spécifiquement sur le rôle de la négociation collective d'entreprise dans le même objectif. Ce rôle passe par deux voies complémentaires : un principe de faveur réinvesti dans le domaine de la

¹¹⁹¹ Sur les critiques adressées à l'état de la matière précédent la réforme : F. Géa, « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.*, 2013, p. 210 ; l'auteur évoque notamment le « spectre de la déjudiciarisation ».

¹¹⁹² C. trav., art. L. 5125-2, al. 3. Cf. M.-L. Dufresne-Castets, « La tentative d'obtenir du juge un contrôle *extra light* de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement », *RDT*, 2015, p. 502.

¹¹⁹³ C. trav., art. L. 2254-2, II, al. 2. Cf. D. Baugard, L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. soc.*, 2016, p. 745.

¹¹⁹⁴ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 3.

¹¹⁹⁵ Pour un exemple récent : F. Morel, « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 405 ; cf. également Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; celui-ci mentionne en particulier, en défense de l'ordonnance qu'il accompagne, une volonté de « *Faire confiance aux entreprises et aux salariés en leur donnant la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon plus simple, rapide et efficace, grâce à la négociation collective* ».

participation à la gestion (A) ; et une extension des négociations d'entreprise à fondement supra-économique (B).

A. La compensation du principe de faveur

492. Un principe de faveur en voie de déclin. Le mouvement d'autonomisation de l'accord collectif d'entreprise va de pair avec un recul notable d'une notion essentielle du droit de la négociation collective : le principe de faveur¹¹⁹⁶. Du point de vue de l'accord collectif d'entreprise, ce principe obligeait les négociateurs à n'explorer que des possibilités plus favorables aux salariés par rapport à l'environnement normatif surplombant. Pour rendre la négociation d'entreprise plus attractive, prétendument plus efficace et pour en faire un outil de gestion de l'entreprise, la marge de manœuvre des accords d'entreprise devait s'agrandir, et le recul du principe de faveur (qui a très justement été décrit comme un « cantonnement »¹¹⁹⁷) se fait plus évident à chaque réforme défendant le dialogue social. Aboutissement de ce changement de paradigme, l'ordonnance du 22 septembre 2017 « relative au renforcement de la négociation collective » remplace la formulation classique du principe de faveur (« stipulations plus favorables »¹¹⁹⁸) par une notion à ce stade obscure de « garanties au moins équivalentes »¹¹⁹⁹, laissant penser qu'une appréciation générale puisse être portée là où le principe de faveur était jusqu'ici envisagé strictement « par avantages ayant même objet ou même cause »¹²⁰⁰.

493. Fonction sociale du principe de faveur. Malgré le net recul du principe de faveur, il convient de s'attarder sur ce qu'était son rôle dans l'optique d'une réflexion sur les fonctions de l'entreprise. Il faut bien remarquer, à la suite des écrits du Professeur Supiot¹²⁰¹, l'importance de la dimension sociale d'un principe de faveur pleinement actif. En assurant au niveau de la négociation d'entreprise que le résultat de celle-ci ne saurait être moins favorable aux salariés que les autres normes qu'ils peuvent prétendre se voir appliquer, le droit du travail ouvrait un champ d'expression absolument nécessaire aux revendications visant l'amélioration de la situation des salariés. En termes de fonction de l'entreprise, l'influence du

¹¹⁹⁶ S. Laulom, N. Merley, « La fabrication du principe de faveur », *RDT*, 2009, p. 219 ; les présents développements se rattachent bien évidemment à l'expression de « principe de faveur » comme « orientation du droit, d'ailleurs fortement malmenée aujourd'hui ».

¹¹⁹⁷ C. Nicod, « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 800.

¹¹⁹⁸ C. trav., art. L. 2253-1.

¹¹⁹⁹ C. trav., art. L. 2253-1 *in fine* et L. 2253-2, al. 1 nouveaux résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

¹²⁰⁰ Pour une approche classique : A. Jeammaud, « Le principe de faveur », *Dr. soc.*, 1999, p. 115.

¹²⁰¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} édition, 2007, p. 139.

principe de faveur est forte : l'employeur entrant en négociation avec pour objectif l'intérêt de son entreprise ne pouvait, face aux salariés, qu'évoluer sur le plan social en fonction d'un ajustement sur les autres niveaux de production normative, dans lesquels la poursuite d'une fonction économique est moins prégnante. La fonction sociale du principe de faveur est donc un trait fondamental de celui-ci, en ce qu'il garantit que l'autorégulation de l'entreprise par le dialogue entre employeur et salariés soit conduite depuis un « plancher », socle des droits des salariés conquis aux autres niveaux. La négociation d'entreprise risquait moins d'être l'otage de logiques économiques (au pire conduiraient-elles à un désaccord), ce qui démontre quel changement de logique a gagné la matière¹²⁰².

494. Reconfigurations du droit de la négociation collective. Comment réinvestir l'idée de principe de faveur dans le droit de l'accord d'entreprise, et compte tenu du contexte actuel peu favorable à son épanouissement ? D'abord par la consolidation de ce qui pouvait encore l'être. La matière aurait supposé d'œuvrer avec subtilité, mais a été balayée par les intentions gouvernementales. L'allongement de la liste des thèmes réservés à la branche et restant soumis au principe de faveur dans les rapports aux niveaux de négociation inférieurs cache une avancée du niveau de la branche sur la loi plutôt qu'une conservation du principe de faveur, puisque les thèmes ajoutés n'étaient pas susceptibles de dérogations par les niveaux inférieurs¹²⁰³. Un dosage plus savant du recours aux dispositions légales supplétives aurait été appréciable et utile pour préserver une fonction sociale de l'entreprise¹²⁰⁴. Les choix opérés sur le fondement de la proposition architecturale inaugurée en 2016 ont cependant favorisé l'adaptabilité, y compris du dialogue économique mené par le conseil social et économique dont le renforcement aurait pu servir de contrepartie symbolique au surcroît de flexibilité. Enfin, la montée en puissance d'un ordre public dit « conventionnel » susceptible de calmer certaines ardeurs, théorisée en 2016¹²⁰⁵, a connu un net coup d'arrêt en voyant son champ

¹²⁰² H. Tissandier, « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 794.

¹²⁰³ Ce champ réservé concernait les salaires minima, les classifications, les garanties collectives complémentaires, la prévention de la pénibilité, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ; ces thèmes sont encore présents après la réforme de septembre 2017, mais se voient adjoindre le financement du paritarisme, certaines mesures relatives à la durée du travail, aux contrats à durée déterminée, au contrat à durée indéterminée de chantier, aux périodes d'essai, au transfert d'entreprise, la mise à disposition de travailleur temporaire et enfin la rémunération du salarié porté (C. trav., art. L. 2253-1 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017). L'ensemble de ces thèmes nouveaux « descendent » de la loi plus qu'ils ne « remontent » de l'entreprise.

¹²⁰⁴ F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.*, 2017, p. 47 : « *Au vrai, la différence, entre règles impératives et règles supplétives, tient à ce que les premières sont impératives, non pas de façon permanente, mais ab initio, tandis que les secondes ne le sont pas, puisqu'elles n'ont vocation à s'appliquer que subsidiairement, en l'occurrence « à défaut de volonté contraire des parties » (...)* ».

¹²⁰⁵ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, 2015, p. 88 ; P.-Y.

considérablement limité¹²⁰⁶. Appréhendés autrement, ces éléments auraient pu être des îlots de résistance d'une fonction sociale de l'entreprise et du droit qu'elle secrète. La problématique est d'autant plus prégnante qu'elle induit un vide dans l'ordonnancement des sources du droit du travail, en faisant du mode d'édiction des normes la clé de leur articulation, dans des logiques que le législateur n'établit pas clairement, ou qu'il manie avec un manque de prudence certain¹²⁰⁷.

495. Un principe de compensation par la participation à la gestion. Au-delà de cette posture défensive que les évolutions récentes rendent aussi nécessaire qu'illusoire, quelle approche des grands équilibres de la négociation collective défend dans une démarche prospective soucieuse de la fonction sociale de l'entreprise ? Bien que le Professeur Géa ait déjà avancé l'idée d'un ferment de codécision dans une contribution en marge de l'accord national interprofessionnel de janvier 2013¹²⁰⁸, une voie semble encore peu explorée car elle apparaît déroutante dans son principe. Elle consisterait à utiliser la négociation collective d'entreprise comme levier pour une extension concrète de la participation à la gestion en faisant des accords collectifs répondant à des logiques gestionnaires et attentatoires au principe de faveur, les véhicules d'une transmission du pouvoir économique aux salariés. Il y aurait donc, dans ces accords profitant du renoncement au principe de faveur sur le terrain social, une forme de principe « compensatoire » corrélatif, qui pourrait être décrit comme « économique » ou « participatif ». Réactivant l'argumentaire du « *donnant-donnant* »¹²⁰⁹, ces accords se détacheraient des cas bien connus où l'effort des salariés (par le renoncement à certains avantages) n'a de contrepartie que dans la promesse (variant de l'engagement au simple objectif) du maintien ou de la préservation de l'emploi¹²¹⁰. Car en pareil cas, il n'est pas prévu que les salariés ayant consenti leur part du « donnant » aient le

Verkindt, « À propos de la notion d'« ordre public conventionnel », *SSL*, n° 1751, 9 janv. 2017, p. 5 : l'auteur évoque même une notion en forme de « *miroir aux alouettes* » (p. 7).

¹²⁰⁶ C. trav., art. L. 2253-2 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

¹²⁰⁷ En ce sens : I. Odoul-Asorey, E. Peskine, « L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement ? », *RDT*, 2016, p. 808.

¹²⁰⁸ F. Géa, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013 », *SSL*, n° 1569, 28 janv. 2013, p. 6.

¹²⁰⁹ E. Dockès, « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant... », *Dr. soc.*, 2008, p. 280.

¹²¹⁰ Ladite promesse consistait en un véritable engagement, sanctionné juridiquement, dans les accords de maintien dans l'emploi ; elle est seulement un « *objectif* » dont la consistance pose lourdement question dans le cadre des accords de préservation et de développement de l'emploi, de même que dans le cadre des accords nouvelle formule ayant fusionné ces régimes juridiques différenciés (Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 3). Sur ce point : E. Filipetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT*, 2015, p. 416.

moindre moyen spécifique pour s'assurer que la part de « donnant » qui leur est due, ait des chances de se réaliser au-delà du terme de l'accord.

496. Un droit de regard sur le contexte économique. Permettant un changement d'optique, le principe de « compensation » par la participation à la gestion présente une justification toute autre : puisque l'employeur peut arguer du contexte économique et du « *bon fonctionnement de l'entreprise* » (ou, dans la version vouée à disparaître, du « *diagnostic partagé* »¹²¹¹) pour obtenir des mesures dont l'accord consacre la légitimité, le contexte économique et les exigences de l'entreprise, devenus justification du droit applicable¹²¹², doivent ouvrir aux salariés *via* leurs représentants des droits pour peser sur ce contexte. S'il s'agit d'un apport à la fonction sociale de l'entreprise, c'est en ce sens que la dimension économique de l'entreprise ne peut influencer la cellule sociale (exigeant et provoquant un recul des droits des salariés) qu'en échange du droit pour les salariés d'influencer à leur tour la fonction économique en assurant à la fois son contrôle et en lui imposant en partie ses logiques.

497. Modalités possibles du principe compensatoire. Quelle pourrait être la modalité formelle d'un tel régime juridique ? Le gouvernement légiférant par ordonnances semble avoir ouvert une première porte dans le régime fusionnant les divers accords en matière d'emploi et de mobilité primant sur le contrat de travail. La nouvelle catégorie prévoit que l'accord « *peut préciser* » (il s'agit donc d'une simple faculté ouverte aux négociateurs) à la fois les « *modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée* » et « *l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord* »¹²¹³, dans une logique d'information qui renvoie assez directement aux problématiques d'évolution du contexte économique. L'accord peut également préciser les conditions dans lesquelles les « *dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord* » et les « *mandataires sociaux et les actionnaires* » (« *dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance* ») « *fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés* »¹²¹⁴. Est-ce le signal d'une logique compensatoire telle que préconisée dans nos travaux ? Si ces propositions font état d'une forme de compensation, il s'agit plus probablement d'un accompagnement des efforts demandés aux salariés par les dirigeants et détenteurs du capital

¹²¹¹ C. trav., art. L. 2254-2, I, al. 2.

¹²¹² Cf. *supra* § 410.

¹²¹³ C. trav., art. L. 2254-2, II, 1^o nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

¹²¹⁴ C. trav., art. L. 2254-2, II, 2^o nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

au plan pécuniaire, par une modération de leurs propres rémunérations, que laisse en tous cas supposer le recours à l'adjectif « *proportionné* » qui renvoie à des efforts mesurables. Pour autant, rien n'interdit *a priori* d'imaginer d'autres formes de compensation : il suffirait de se saisir de cette ouverture pour imposer une clause assurant aux salariés un droit de regard sur la gestion future de l'entreprise. Pour rester dans un régime juridique compréhensible, ce droit de regard pourrait s'exercer par les yeux puis la voix du comité social et économique, qui serait doté pour la durée de l'accord (donc celle de l'engagement des salariés à leur effort) voire au-delà d'un droit de veto sur les décisions économiques de l'employeur, veto que le législateur se refuse toujours à lui accorder¹²¹⁵. De ce point de vue, la création d'un « *conseil d'entreprise* » par les ordonnances de septembre 2017¹²¹⁶, si elle bouscule les canons de la séparation entre négociation collective et représentation du personnel, fournit un outil pertinent pour lier au contenu des accords les prérogatives de participation à la gestion par l'intermédiaire des institutions représentatives du personnel. Ce constat est étayé par le fait que l'ordonnance impose que la négociation instituant le conseil fixe des thèmes de discussion avec l'employeur (comprenant obligatoirement la formation professionnelle) qui seront soumis à « *avis conforme* »¹²¹⁷, donc à une forme de droit de veto de ce conseil qui esquisse un modèle de cogestion¹²¹⁸. Tout le problème tient dans le caractère simplement facultatif de ces avancées. Le droit de veto en cas de constitution d'un conseil d'entreprise n'apparaît, hors la formation professionnelle, que pour les thèmes sur lesquels les négociateurs s'accordent. Il en va de même pour la clause imposant des efforts aux actionnaires ou dirigeants : en ne mentionnant qu'une faculté, l'ordonnance de septembre 2017 lance l'idée sans l'appuyer, alors que l'économie générale de ces accords l'imposerait. Ce type de clause pourrait d'ailleurs également faire partie des accords relatifs aux plans de sauvegarde de l'emploi, et des documents unilatéraux pouvant s'y substituer¹²¹⁹. Ainsi s'établirait une fonction sociale de l'entreprise inédite, par les outils mêmes qui consacrent théoriquement la prédominance de sa fonction économique.

¹²¹⁵ P. Lokiec, « Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 502 : « *Le législateur français avait fait une avancée non négligeable en ce sens puisque la loi de modernisation sociale de 2002 avait accordé un droit d'opposition au comité d'entreprise en cas de projet de restructuration. Ce droit se traduisait par la saisine d'un médiateur et la suspension du projet. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs validé ce dispositif, à l'époque, tout en limitant son champ d'application.* »

¹²¹⁶ C. trav., art. L. 2321-1 et s. nouveaux résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²¹⁷ C. trav., art. L. 2321-3 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²¹⁸ Sur ce point : F. Favennec-Héry, « Ordonnances Macron : un changement de système ? », *SSL*, 18 sept. 2017, n° 1782, p. 5 : « *Est ici introduite, de façon modeste, une cogestion à la française.* »

¹²¹⁹ C. trav., art. L. 1233-24-1 et s.

B. Le développement de négociations supra-économiques

498. Si le mouvement qui a fait de l'autorégulation par la négociation d'entreprise un outil à vocation gestionnaire semble à bien des égards inéluctable, une autre tendance se fait jour avec la promotion du thème de la qualité de vie au travail dont il faut saisir les ressorts (1). Celle-ci pourrait-elle être un point de départ pour penser des négociations indépendantes du contexte économique (2) ?

1. La consécration de la qualité de vie au travail

499. Consécration juridique d'une préoccupation managériale. Présente en germe dans les discours managériaux depuis la fin des années 1970¹²²⁰, la préoccupation pour la qualité de vie au travail (QVT) ne s'est manifestée en droit français qu'à l'occasion de l'accord national interprofessionnel en date de juin 2013¹²²¹. Elle y est définie comme « *un sentiment de bien-être au travail perçu collectivement et individuellement qui englobe l'ambiance, la culture de l'entreprise, l'intérêt du travail, les conditions de travail, le sentiment d'implication, le degré d'autonomie et de responsabilisation, l'égalité, un droit à l'erreur accordé à chacun, une reconnaissance et une valorisation du travail effectué* ». Ces fondements sont pour certains éloignés du droit, ce qui explique partiellement la difficulté qu'a le discours juridique à émerger sur la question¹²²². Il y a pourtant, si ce n'est urgence, tout au moins matière à s'exprimer et ce d'autant plus que la qualité de vie au travail a fait son entrée dans le Code, d'abord à titre expérimental¹²²³ puis, à partir de 2015 comme thème de négociation annuelle obligatoire à part entière¹²²⁴, confondu avec la question de l'égalité professionnelle entre femmes et hommes. Cette négociation annuelle obligatoire comprend une variété de thèmes dont certains obéissent à des logiques propres dont le lien à la qualité de vie au travail peut sembler parfois évanescant : régime de prévoyance, situation des travailleurs handicapés, lutte contre les discriminations¹²²⁵. D'autres aspects de cette négociation suggèrent un lien plus

¹²²⁰ R. H. Guest, « Quality of Work Life—Learning from Tarrytown », *Harvard Business Review*, juill. 1979 : « *Born out of frustration and desperation, but with a mutual commitment by management and the union to change old ways of dealing with the workers on the shop floor, a quality of work life (QWL) program developed at Tarrytown. "Quality of work life" is a generic phrase that covers a person's feelings about every dimension of work including economic rewards and benefits, security, working conditions, organizational and interpersonal relationships, and its intrinsic meaning in a person's life.* »

¹²²¹ Accord national interprofessionnel du 19 juin 2013, « Vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle ».

¹²²² P. Adam, « Qualité de vie au travail : la part des juristes », *RDT*, 2017, p. 476.

¹²²³ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 33.

¹²²⁴ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, art. 19.

¹²²⁵ C. trav., art. L. 2242-8, 3° à 5°.

immédiat : articulation entre vie privée et vie professionnelle, droit d'expression directe et collective des salariés, droit à la déconnexion¹²²⁶. Cette négociation vient de connaître un net recul en devenant, sur le plan de la périodicité comme du contenu, un droit seulement supplétif par l'effet des ordonnances de septembre 2017¹²²⁷ : l'ordre public se concentre sur l'égalité entre femmes et hommes tandis que sur le strict plan de la qualité de vie au travail, nombre d'aspects du régime de la négociation obligatoire sont devenus eux-mêmes négociables¹²²⁸ ce qui constituait jusqu'ici le droit positif n'intervenant plus qu'en l'absence d'accord.

500. Déception. Pour bien des observateurs, cette consécration de la qualité de vie au travail s'avère décevante¹²²⁹ : les thèmes retenus par le législateur avaient une existence propre auparavant et font simplement l'objet d'un repositionnement qui ne fait pas progresser la notion vers plus de concrétude. Ces thèmes souffrent surtout la comparaison avec les « accords QVT » déjà signés dans certaines entreprises, plus innovants quant au champ exploré¹²³⁰. Enfin, il a pu être souligné à quel point la présentation formelle du Code du travail demeure pauvre s'agissant d'évoquer deux dimensions pourtant inévitables de la qualité de vie au travail que sont les conditions de travail et la santé au travail¹²³¹.

501. Perspectives. La notion de qualité de vie au travail, amenée à évoluer dans sa traduction légale, n'en demeure pas moins un objet à saisir pour les rapports qu'elle établit entre matière sociale et matière économique. Un peu à la manière de la promotion de la *stakeholders theory* par la littérature gestionnaire¹²³², la qualité de vie au travail est présentée comme la voie d'un enrichissement réciproque entre la sphère sociale (qui bénéficie en toute

¹²²⁶ C. trav., art. L. 2242-8, 1^o, 6^o et 7^o.

¹²²⁷ C. trav., art. L. 2242-1 et s. nouveaux résultant de l'ordonnance n^o 2017-1385 du 22 sept. 2017.

¹²²⁸ C. trav., art. L. 2242-11 nouveau résultant de l'ordonnance n^o 2017-1385 du 22 sept. 2017 : les thèmes, leur contenu, la périodicité de la négociation (dans la limite de 4 ans), le calendrier, les informations fournies par l'employeur ou encore les modalités de suivi de l'accord entrent dans le « *champ de la négociation collective* ».

¹²²⁹ P. Adam, « Qualité de vie au travail : la part des juristes », *RDT*, 2017, p. 482 : « *En imposant des thèmes de discussions (il en est sept), le législateur fixe les contours d'une notion légale de QVT ; il en esquisse, à tout le moins, une certaine conception (juridique). Conception que l'on peut critiquer tant elle donne à voir de la QVT, lorsqu'on la compare à celle - plus riche, plus dynamique, plus globale -, qui s'impose dans d'autres discours, image déformée, mutilée, appauvrie. Dans l'ANI de 2013, le législateur n'a pas vraiment puisé inspiration ! Que les partenaires sociaux respectent, dans l'entreprise ou le groupe, leur obligation légale à la lettre, et la qualité de vie au travail pourrait n'en être guère améliorée...* »

¹²³⁰ P.-H. Antonmattei, « Négocier un accord sur la qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 131.

¹²³¹ S. Fantoni, P.-Y. Verkindt, « Charge de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 112 ; les auteurs proposent un schéma dans lequel la qualité de vie au travail constitue un projet (fortement lié aux conditions de travail et à la santé au travail) mis en œuvre avec la notion de charge de travail comme outil de mesure : « *La référence à la qualité de vie au travail lorsqu'elle est abordée de concert avec celle de charge de travail ouvre ainsi la voie à de nouvelles expérimentations dans le champ de l'amélioration des conditions de travail* ».

¹²³² Cf. *supra* § 286.

logique d'une amélioration de sa qualité de vie au travail) et la sphère économique (sur le fondement de l'amélioration de la productivité que la qualité de vie au travail serait susceptible d'apporter¹²³³). Rapportée aux fonctions de l'entreprise, la qualité de vie au travail est susceptible de jouer un double rôle : elle traduit une fonction sociale évidente si l'amélioration est réalisée, fonction pouvant dépasser de beaucoup la simple protection de la santé des salariés ; mais elle poursuit également une fonction économique dont il est intéressant de se demander si elle est seulement subsidiaire, d'égale ampleur, ou si finalement elle n'en constitue pas le fondement principal. La question peut sembler incidente mais n'est pas neutre : elle détermine au fond l'autonomie des dispositifs favorisant la qualité de vie au travail au regard de la contrainte et de la rationalité économiques. Plus la conception économique a de prise sur la nature de la qualité de vie au travail, plus elle sera susceptible de s'en détourner si le contexte l'y pousse. Comment ne pas penser en particulier aux situations de restructuration ? L'origine gestionnaire et managériale de la notion pousse à une forme de méfiance.

502. Promotion juridique de la qualité de vie au travail. Il se pourrait que le droit lui-même, dans la façon qu'il aura de traduire l'impératif d'amélioration de la qualité de vie au travail, soit la réponse à ces interrogations. Le véhicule choisi aussi bien par les défenseurs de la notion que par le législateur est l'accord collectif d'entreprise¹²³⁴, éventuellement de groupe¹²³⁵. Sa faculté d'adaptation correspond à la volonté d'agir au plus près des situations de travail, à la nécessité d'une norme à laquelle adhèrent les acteurs de l'entreprise, et à la subjectivité à laquelle la qualité de vie au travail laisse place dans l'analyse des situations. Or il a pu être remarqué à quel point la négociation collective d'entreprise était parallèlement saisie par des logiques économiques et gestionnaires qui peuvent menacer la fonction sociale que ces normes d'autorégulation conféraient à l'entreprise sous l'empire notamment du principe de faveur¹²³⁶. La négociation QVT court-elle le même risque d'être placée dans la balance entre recherche d'efficacité économique et progrès social ? La crainte est réelle ... sauf à aménager un régime juridique pour ces négociations, qui les détache du spectre du

¹²³³ Un auteur en fait même le socle indispensable à partir duquel la qualité de vie au travail peut se concevoir. Cf. P.-H. Antonmattei, « Négocier un accord sur la qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 131 : « *Affirmer le lien entre qualité de vie au travail et performance de l'entreprise participe d'un consensus indispensable à cette démarche.* »

¹²³⁴ Il est toutefois notable que seule la question de l'égalité professionnelle entre femmes et hommes fasse l'objet d'un plan d'action obligatoire pour l'employeur (C. trav., art. L. 2242-9). En matière de qualité de vie au travail, le législateur s'en tient donc à une obligation de négocier, mais certainement pas de conclure.

¹²³⁵ C. trav., art. L. 2232-33.

¹²³⁶ Cf. *supra* § 492.

contexte économique. Un tel aménagement vient d'être réalisé par l'exclusion des thèmes de la négociation QVT du champ des accords s'imposant aux contrats de travail¹²³⁷, alors que selon le régime des accords de développement et de préservation de l'emploi ancienne formule, leur préambule pouvait se greffer sur tout accord d'entreprise¹²³⁸. Reste que ce changement intervient en parallèle de la possibilité de réduire considérablement le champ et la périodicité de la négociation QVT¹²³⁹. Une autre proposition conduirait à aménager sur les thèmes de la QVT des effets de cliquet empêchant la disparition des avantages acquis (y compris collectifs) puisqu'ils seraient le point de départ de toute négociation ultérieure. Ces propositions seraient la base d'un processus d'amélioration de la qualité de vie au travail (amélioration excluant son aménagement et de possibles reculs) ; elles n'excluent pas d'autres réflexions en vue d'une négociation extra-économique.

2. La préservation des négociations sur la santé au travail

503. Principe d'une préservation. Ces constats conduisent à considérer que la fonction sociale que la norme négociée peut conférer à l'entreprise doit au moins sur certains aspects être préservée de la pression émise par la fonction économique de l'entreprise. Comme cela a été noté pour la qualité de vie au travail, il serait nécessaire de ménager à certains thèmes de négociation une place spécifique à raison de leur nature. Il est en effet important d'établir dans quels domaines la logique gestionnaire doit trouver sa limite ou, pour le dire autrement, quels aspects du droit du travail ne doivent être l'objet d'une autorégulation que dans une perspective de progrès social. Si la chose doit être précisée instamment, c'est en raison non seulement de la progression de la logique gestionnaire en matière de négociation, mais également dans la mesure où le législateur et les gouvernements successifs ont acté une démarche consistant à ouvrir les marges de manœuvre des négociateurs dans un grand nombre de domaines, pour ne plus laisser à la norme législative le rôle de fixation d'un droit supplétif (en l'absence d'accord) et la protection des droits fondamentaux. Face à cette tendance, le professeur Lokiec a appelé à une « *juste répartition des rôles entre la loi et l'accord collectif* » en vertu de laquelle « *la loi définit les protections minimales, à charge pour les*

¹²³⁷ C. trav., art. L. 2254-2, I nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 : les thèmes que ces nouveaux accords peuvent viser sont « *la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition* », « *la rémunération* » et « *les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». L'absence d'un adverbe tel que « notamment » avant leur énumération laisse supposer que cette liste est limitative.

¹²³⁸ C. trav., art. L. 2254-2.

¹²³⁹ Cf. *supra* § 499.

partenaires sociaux de les améliorer »¹²⁴⁰. Le même constat pourrait être décliné entre niveaux de négociation, ainsi qu'entre norme négociée et contrat de travail, où les reculs du principe de faveur laissent penser que si « *qui dit conventionnel dit juste* »¹²⁴¹, il n'en résulte pas nécessairement des protections suffisantes pour les salariés.

504. Une place spécifique pour la santé au travail. Que la question de l'articulation des normes concerne le droit conventionnel avec la loi, avec le contrat ou entre niveaux de négociation, il est un domaine liée à une vision englobante de la qualité de vie au travail qu'il convient certainement de sacraliser plus avant en le rendant insusceptible de reculs : le droit relatif à la santé au travail. Plusieurs raisons poussent à séparer ce thème de l'ensemble de la négociation d'entreprise. En premier lieu, car il touche de la manière la plus directe au corps du salarié. Sans entrer dans une controverse fondatrice du droit du travail relative à l'objet du contrat de travail, la spécificité du droit du travail tient à ce qu'il s'applique à un rapport de travail salarié directement fondé sur l'implication de la personne humaine, dans une remarquable exception au principe de non-disposition du corps humain¹²⁴². À ce titre, la protection de la santé fait office d'impératif catégorique et ne doit pas être susceptible d'une négociation l'exposant à subir les contraintes du contexte économique. En second lieu, la spécificité de ce thème de négociation tient dans le fait qu'il apporte une réponse indispensable à l'évolution du droit du temps de travail, devenu un thème entièrement indexé sur l'adaptation conjoncturelle aux conditions de l'activité économique des entreprises¹²⁴³. Notant les avancées nées de la négociation sur le droit à la déconnexion ou l'évolution vers un meilleur contrôle de la charge de travail en matière de forfait-jours, un auteur relève qu'il s'agit d'« *avancées louables mais qui ne demandent qu'à être généralisées pour répondre aux craintes des salariés sur les nouvelles règles relatives à la durée du travail. C'est peut-être avec de tels garde-fous qu'il sera possible d'envisager une « flexisécurité » dans laquelle la*

¹²⁴⁰ P. Lokiec, « « Qui dit conventionnel dit juste ! » - L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP S*, 24 mars 2015, 129, p. 2.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 1.

¹²⁴² A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} édition, 2007, p. 51 et s ; pour une approche de l'objet du contrat de travail fondée au contraire sur le concept de force de travail : Th. Revet, *La force de travail (Étude juridique)*, LGDJ, 1992 ; Th. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 859 ; B. Géniaut, « Le contrat de travail et la réalité », *RDT*, 2013, p. 90.

¹²⁴³ F. Favennec-Héry, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 892 ; pour une lecture critique : T. Sachs, « La consolidation d'un droit du marché du travail », *RDT*, 2016, p. 752 ; au sujet de la réforme intervenue en 2016, l'auteure évoque : « *La réforme du temps de travail est à cet égard emblématique. La prévalence de l'accord collectif d'entreprise, au détriment de la loi et de la convention collective de branche, autorise l'expansion d'une valorisation marchande du travail, dont les rythmes et les coûts sont dictés par les exigences du marché des biens et des services sur lequel agit l'entreprise.* »

sécurité se rapportera à la personne et non seulement à son parcours professionnel. »¹²⁴⁴ Il y a en effet tout lieu de souhaiter qu'un droit, y compris négocié, plus exigeant quant à la protection de la santé des travailleurs soit une réponse énergique à celui, assoupli, du temps de travail. Dans cette optique, le droit de la négociation collective d'entreprise devient l'espace d'une recherche d'équilibre entre flexibilité et protection par une forme de communication entre thèmes de négociation, se partageant chacune de ces logiques.

505. Préservation du droit négocié de la santé au travail. La sauvegarde de certains thèmes de négociation tenant à la santé au travail passe par la combinaison de mesures simples : exclusion du champ des accords relatifs à l'emploi et primant sur les contrats de travail ; préservation des avantages y compris collectifs en cas de dénonciation ou d'arrivée au terme de la durée d'application ; possibilité pour les négociateurs salariés de se faire assister par des experts pendant la négociation. En poussant plus loin, il serait même possible de constituer une obligation de négocier spécifique, dont le déclenchement serait lié à la conclusion des accords à vocation économique en matière d'emploi et primant sur les contrats de travail¹²⁴⁵. Dans un délai d'un an, cette négociation aurait pour objet d'envisager dans le champ de la santé au travail les éventuelles mesures correctives à prendre pour compenser les possibles difficultés nées, par exemple, d'une augmentation du temps de travail ou d'une nouvelle organisation de celui-ci¹²⁴⁶. En cas d'échec, l'employeur serait tenu d'établir un plan d'action, au même titre que celui auquel il est tenu en matière d'égalité professionnelle entre femmes et hommes¹²⁴⁷. De cette manière, la protection de la santé des salariés serait véritablement liée aux concessions qui leur sont demandées : la survenance des secondes entraînerait mécaniquement une obligation de se pencher sur la première, là encore dans une forme de compensation qui réhabilite une part de fonction sociale de l'entreprise là où s'infiltrerait une fonction économique toujours plus intrusive.

506. La disparition du comité hygiène, sécurité et conditions de travail : un mauvais signal pour la fonction sociale de l'entreprise. Aux côtés de cet ensemble de propositions, mention doit être faite du recul que constitue à notre sens la disparition des comités hygiène, sécurité et conditions de travail, et peut-être plus encore des conditions dans lesquelles le

¹²⁴⁴ L. de Montvalon, « Le volet « santé » de la loi Travail : quelles pistes pour moderniser le droit de la santé au travail ? », *Cah. Lamy du CE*, n° 163, oct. 2016, p. 22.

¹²⁴⁵ C. trav., art. L. 2254-2 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017.

¹²⁴⁶ S. Fantoni-Quinton, « L'évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 395.

¹²⁴⁷ C. trav., art. L. 2242-9.

reversement de leurs prérogatives vers le comité social et économique s'organise. Si le gouvernement a pu présenter cette fusion des instances comme l'opportunité d'un dialogue plus effectif entre représentants intéressés par la santé au travail (au sens large) et représentants voués au dialogue économique¹²⁴⁸, force est de constater qu'à moyens constants voire réduits (en l'attente des décrets d'application)¹²⁴⁹, il se pourrait que l'instance unique soit contrainte d'opérer des arbitrages délicats dans la défense des intérêts dont elle a la charge. Pire, les prérogatives des CHSCT, redirigées vers le comité social et économique, font elles-mêmes l'objet d'une négociation définissant des sujets aussi cruciaux que le nombre de membres, les missions, les modalités de fonctionnement (dont les heures de délégation), la formation ou les moyens alloués¹²⁵⁰. Cette négociation s'opère alors que le champ de l'ordre public est en la matière réduit¹²⁵¹, et qu'aucun droit supplétif n'est envisagé autre que le renvoi au règlement intérieur du comité social et économique¹²⁵². Si l'optique qui est la nôtre est celle d'une préservation des questions de santé, sécurité et conditions de travail, cette évolution de la matière est regrettable : elle soumet à des accords collectifs peu encadrés la définition des conditions d'exercice de cette compétence par les représentants du personnel, alors même que l'obligation d'instaurer cette commission, réservée aux seules entreprises de plus de 300 salariés¹²⁵³, laisse supposer qu'un droit plus strict aurait pu leur être imposé. Pour des entreprises de plus petite taille, une instance aux prérogatives et aux moyens réduits était concevable en lieu et place d'une disparition totale. Il s'agit d'un signe évident d'un recul de la fonction sociale de l'entreprise soumise ici, y compris dans sa dimension la plus proche du corps des salariés, à des arrangements et des adaptations par une autorégulation si peu contrainte qu'elle semble vouée à refléter plus certainement le poids de la fonction économique de l'entreprise.

¹²⁴⁸ Cf. M. Pénicaut, entretien à la *Semaine sociale Lamy*, 25 sept. 2017, n° 1783, p. 4, au sujet des questions de santé : « (...) je suis convaincue que la mise en place d'une instance unique, pouvant s'appuyer sur une commission dédiée à la santé, la sécurité et aux conditions de travail, sera le levier d'une approche plus pertinente et plus féconde de ces questions. »

¹²⁴⁹ E. Bledniak, « Le conseil social et économique (CSE) : la lettre n'honore pas les promesses », *SSL*, 18 sept. 2017, n° 1782, p. 10.

¹²⁵⁰ C. trav., art. L. 2315-41 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²⁵¹ C. trav., art. L. 2315-36 et s. nouveaux résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²⁵² C. trav., art. L. 2315-44 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²⁵³ C. trav., art. L. 2315-36 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

Section 2 : L'implication dans les relations de l'entreprise à son environnement

507. La construction d'une autorégulation ouvrant l'entreprise au-delà des intérêts de ses salariés relève d'un autre ordre de difficulté. L'entreprise, progressivement ouverte à la prise en compte du collectif de travail, n'entretient pas le même lien ontologique avec la diversité des espaces qui constituent son environnement. Dans ces domaines, au premier rang desquels se trouvent l'environnement au sens écologique et le territoire sur lequel l'entreprise évolue, le défi est de trouver les voies juridiques d'une entrée dans le champ décisionnel de l'entreprise. Si la participation des salariés peut être utile pour contribuer à ce mouvement, c'est qu'elle a déjà expérimenté cette irruption dans le cœur de l'entreprise et du pouvoir entrepreneurial¹²⁵⁴. Elle peut donc servir de poste avancé ou d'inspiration pour d'autres dispositifs juridiques. Sur ce point, le rapprochement entre droit du travail et droit de l'environnement est depuis longtemps enclenché, et continue de dévoiler ses potentialités (Paragraphe 1). Les salariés peuvent, à travers leur participation, servir de lien entre l'entreprise et son espace social (Paragraphe 2).

§ 1. L'entreprise facteur de risques pour son l'environnement

508. Opéré en son temps par la pensée pionnière de Michel Despax¹²⁵⁵, le rapprochement entre droit du travail et droit de l'environnement constitue depuis les années 1980 un processus constant, fondé sur des influences croisées. Si les deux matières ont destins liés, c'est en considération de la proximité des risques qu'elles ont à traiter (A), laquelle explique les modalités selon lesquelles la protection de l'environnement s'est insérée dans le droit du travail, en particulier collectif (B).

A. Une proximité fondée sur une communauté de risques

509. Un risque inhérent à l'activité économique. Le postulat d'une communauté de risques reliant droit du travail et droit de l'environnement doit en premier lieu être explicité. Cette proximité s'établit sur le fondement des risques que fait courir l'activité économique de l'entreprise sur l'environnement. Si quelques exemples d'accidents majeurs retiennent

¹²⁵⁴ Certains auteurs ont même pu rapprocher la « question environnementale » à l'émergence de la « question sociale » au XIXème siècle. Cf. M. Despax, « Droit du travail et droit de l'environnement », *Droit et ville*, n° 37, juin 1995, p. 10.

¹²⁵⁵ Spécialiste du droit du travail, Michel Despax publiait dès 1980 un manuel de droit de l'environnement (*Le droit de l'environnement*. Paris, Litec, 1980- XVI) après s'être intéressé à la question de la pollution des eaux.

l'attention, il faut remarquer que ces risques sont loin de se limiter aux installations classées, et qu'ils peuvent survenir dans une grande diversité de contextes. C'est par ce risque que droit du travail et droit de l'environnement se rencontrent, mais en obéissant cependant à des logiques différentes : tandis que le droit de l'environnement s'attache à une préoccupation d'intérêt général large, le droit du travail saisit pour l'essentiel la question sous l'angle de la protection des salariés¹²⁵⁶. Le Professeur Supiot évoque à ce titre un « *risque mixte* », affectant « *à la fois les travailleurs et l'environnement* »¹²⁵⁷. Dans ces situations, avec les conséquences juridiques qui en découlent, le risque environnemental constitue un risque professionnel et le milieu professionnel dans lequel évoluent les salariés peut constituer le contexte d'apparition du risque environnemental.

510. Un enrichissement réciproque. Eu égard à leurs objectifs distincts, le traitement du risque environnemental pourrait supposer que les droits du travail et de l'environnement ne se rencontrent qu'accidentellement. Pourtant, la perspective d'un enrichissement mutuel est réelle. Du côté du droit de l'environnement, la relation avec le droit du travail permet de mettre un pied dans l'entreprise plutôt que de rester à l'extérieur. Cette intrusion peut être cruciale dans l'appréhension du risque, et dans le basculement d'une logique de réparation à une logique de prévention. En effet, dès lors que l'entreprise met en œuvre des techniques susceptibles de causer un dommage environnemental, les salariés sont souvent associés à son appréhension, voire chargés d'évaluer le risque pris¹²⁵⁸. Dans cette optique, la logique environnementale vient s'ajouter aux missions déjà chargées confiées aux salariés. Le meilleur exemple est jusqu'ici le rôle du comité hygiène, sécurité et conditions de travail, dont les importantes prérogatives en matière de santé et de sécurité¹²⁵⁹ se sont vues adjoindre la fonction de réceptacle des alertes environnementales¹²⁶⁰. Ces alertes environnementales seront désormais marginalisées puisque transmises à un comité social et économique aux attributions pléthoriques, qui ne disposera d'une commission dédiée aux questions de santé et de conditions de travail qu'à partir de 300 salariés¹²⁶¹. En parallèle, le droit du travail peut aussi s'enrichir d'un rapprochement avec le droit de l'environnement. Centré sur la défense des

¹²⁵⁶ A. Supiot, « L'alerte écologique dans l'entreprise », *Droit et ville*, n° 37, juin 1995, p. 92.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 93.

¹²⁵⁸ M.-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats, « Regards sur l'alerte écologique : le salarié et ses représentants, sujets actifs de la sauvegarde de l'environnement ? », in M.-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Lamy, coll. Axe droit, 2010, p. 161.

¹²⁵⁹ C. trav., art. L. 4612-1 et s.

¹²⁶⁰ C. trav., art. L. 4133-4.

¹²⁶¹ C. trav., art. L. 2315-36 et s. nouveaux résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

droits du salarié (et s'agissant de l'acteur syndical, « *la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* »¹²⁶²) la discipline trouve une forme de renouvellement en se saisissant d'une thématique dépassant l'intérêt professionnel pour se déployer dans la sphère de l'intérêt général¹²⁶³. En découle une évolution des modes d'action du droit du travail : « *Cherchant à éviter des conséquences plus graves et plus pérennes pour les populations actuelles et futures, ces moyens d'action sont alors pensés, moins comme des moyens d'expression que comme des moyens de prévention des risques.* »¹²⁶⁴

511. Approfondissement des liens. Si la complémentarité des deux matières tend à s'affirmer alors qu'elle n'avait rien d'évident initialement¹²⁶⁵, la création de véritables synergies relève d'un degré de difficulté supérieur. Faire des salariés les porteurs d'une véritable fonction environnementale de l'entreprise pose aussi son lot de problèmes, qui pourraient être résumés dans l'idée du risque d'éparpillement. Dans une lecture classique de l'entreprise comme réalisation d'un pouvoir d'agir à fonction économique, la difficulté à faire entendre l'impératif d'une fonction sociale pourrait n'être que renforcée par le fait que les mêmes acteurs aient à mêler ces revendications avec celles relatives au droit de l'environnement. Au surplus, l'intégration des préoccupations environnementales dans le droit du travail se fait principalement par les outils de la représentation du personnel. Cette approche est compréhensible puisque la technicité de de la matière l'a renvoyée vers l'instance la mieux armée pour y faire face, à savoir le comité hygiène, sécurité et conditions de travail¹²⁶⁶. Bientôt absent des entreprises de moins de 300 salariés et réduit au statut de commission du comité social et économique dans les entreprises dépassant ce seuil¹²⁶⁷, son effacement laisse craindre que les problématiques dont il était le porteur deviennent secondaires. Pour autant, le rôle environnemental des salariés supposant échange avec

¹²⁶² C. trav., art. L. 2131-1.

¹²⁶³ J. Dirringer, « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 334 : « *la démocratie sociale s'ouvre à des enjeux plus globaux, envisageant les rapports sociaux dans leur dimension territoriale et découvrant, derrière le travailleur, l'usager, le riverain, si ce n'est le citoyen.* »

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ M. Despax, « Droit du travail et droit de l'environnement », *Droit et ville*, n° 37, juin 1995, p. 11 : « *que ce soit sur le plan chronologique ou idéologique, les préoccupations « sociales » et les préoccupations « environnementales » n'étaient point faites pour se rencontrer mais pour s'opposer ou à tout le moins s'ignorer.* »

¹²⁶⁶ De manière notable, le rôle environnemental du CHSCT a été affirmé dès la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992, dont l'article 5 ajoutait à ses prérogatives une consultation « *sur les documents établis à l'intention des autorités publiques chargées de la protection de l'environnement* » dans les sites classés en vertu de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976. Cette prérogative est aujourd'hui présente à l'article L. 4612-15 du Code du travail.

¹²⁶⁷ C. trav., art. L. 2315-36 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

l'employeur autour notamment des modalités de la production, la position des représentants du personnel était certainement la plus légitime, au moins jusqu'à ce que la problématique de l'alerte environnementale devienne vivace au point qu'elle soit confiée au droit d'expression des salariés pris individuellement¹²⁶⁸. Le conflit de logiques reposant sur les représentants du personnel est d'autant plus grand que ces derniers n'ont pas été institués à cette fin, et que le regroupement des instances brouille encore plus la spécificité que pouvait faire valoir le CHSCT.

512. Une participation environnmentale ? En contrepoint, le renvoi de la surveillance environnementale à la représentation du personnel a pour effet de l'ancrer dans l'exercice du principe de participation. Incident en apparence, ce constat est susceptible de produire de grands effets, si le principe de participation lui-même est consolidé. Dans une version maximaliste, la participation « *à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »¹²⁶⁹ signifie en creux la possibilité d'influencer le devenir de ces deux questions en obtenant de l'employeur des aménagements de ses projets économiques qui tiennent compte d'autres impératifs¹²⁷⁰. Ramenée à la protection de l'environnement et à la recherche d'un développement durable, cette participation devient alors l'opportunité d'atteindre une véritable intégration de ces sujets à la prise de décision économique. À partir de l'appréhension d'un risque commun, les rapports entre droit du travail et droit de l'environnement peuvent alors orienter l'activité de l'entreprise vers la prise en considération de préoccupations extra-économiques, et disposent pour ce faire d'un outil commun.

B. L'inclusion de la question environnementale dans le droit du travail

513. La prise en compte des questions environnementales dans le droit du travail tient à l'élargissement du rôle des représentants du personnel. Jusqu'à présent, cette inclusion relève principalement du dispositif d'alerte qui, s'il est accordé au salarié individuellement, confère également un rôle central au comité hygiène, sécurité et conditions de travail (1). Elle pourrait aussi résulter de la procéduralisation de la préoccupation environnementale dans les décisions économiques (2).

¹²⁶⁸ C. trav., art. L. 4133-1.

¹²⁶⁹ Préambule de la Constitution de 1946, al. 8.

¹²⁷⁰ Cf. *supra* § 477.

1. Le droit de l'alerte environnementale

514. Présentation du dispositif. Pionnier par rapport à la protection générale des lanceurs d'alerte adoptée en fin d'année 2016¹²⁷¹, le régime juridique de l'alerte environnementale résulte d'une loi du 16 avril 2013¹²⁷². Celle-ci, consacrant le principe de l'alerte environnementale, en aménage cependant une version particulière quand l'alerte est donnée depuis l'entreprise et par des salariés, ce qui explique son insertion partielle dans le Code du travail (aux articles L. 4133-1 et suivants). Ce chapitre du Code met en place cette alerte en fixant les personnes susceptibles lancer l'alerte, les modalités de consignation, l'attitude de l'employeur ou encore les suites à donner à ce processus, et bien sûr les situations qui peuvent justifier le lancement de l'alerte. Concrètement, ce sont les « *produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement* » qui « *font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement* » qui sont objet de l'alerte, ouverte à « *tout travailleur* »¹²⁷³. Le même article reconnaît à ce dernier une marge d'appréciation face au risque grave puisque le travailleur « *estime, de bonne foi* » la nature de ce risque. Le régime de l'alerte ouverte aux membres du comité hygiène, sécurité et conditions de travail est plus exigeant : afin de déclencher l'alerte, ceux-ci n'estiment pas « de bonne foi » mais doivent pleinement « *constater* » « *qu'il existe un risque grave pour la santé publique ou l'environnement* »¹²⁷⁴. Si le travailleur comme le membre du CHSCT alertent immédiatement l'employeur, le rapport à ce dernier diffère : le travailleur est simplement informé des suites données, quand le membre du CHSCT obtient de l'employeur qu'il « *examine la situation conjointement* »¹²⁷⁵. De toute évidence, si le salarié peut être investi d'une mission de protection de l'environnement, elle se limite à un signalement, là où au contraire l'élu au CHSCT voit sa compétence reconnue par un niveau d'exigence accru matérialisé par la nécessité d'un véritable « *constat* », de même que sa capacité à établir un dialogue avec l'employeur.

515. Suivi de l'alerte environnementale. Au-delà du rôle confié à ses membres, le comité hygiène, sécurité et conditions de travail en tant qu'institution est également chargé d'un suivi

¹²⁷¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6 à 16.

¹²⁷² Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte ; F.-G. Trébulle, « Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013 », *Environnement*, août 2013, 21, p. 17.

¹²⁷³ C. trav., art. L. 4133-1, al. 1.

¹²⁷⁴ C. trav., art. L. 4133-2, al. 1.

¹²⁷⁵ C. trav., art. L. 4133-3.

des alertes consignées et dispose, à ce titre, d'un accès au registre des alertes tenu sous la responsabilité de l'employeur¹²⁷⁶. Si le suivi du registre se voit conférer une grande importance en la matière, c'est que l'alerte donnée initialement en interne à l'employeur a vocation à s'extérioriser, soit en cas de carence de l'employeur dans le délai d'un mois, soit en cas de divergence d'appréciation. Renvoyée au Préfet, cette sortie de l'information du cadre de l'entreprise est cruciale puisqu'elle figure le lien à l'intérêt général¹²⁷⁷. Par comparaison, le droit d'alerte et de retrait du salarié en cas de danger causé par sa situation de travail ne fait l'objet d'aucune consignation autre que nécessaire à la discussion entre l'employeur et le CHSCT, avant éventuelle transmission à l'inspection du travail¹²⁷⁸. De fait, l'alerte environnementale est dotée de plus de garanties procédurales, conséquence logique de sa possible sortie du champ du droit du travail.

516. L'alerte environnementale en perte de vitesse. Si elle a été renvoyée depuis aux dispositions du droit commun des lanceurs d'alerte, la protection du travailleur émetteur de l'alerte environnementale est un corollaire indispensable à ce régime juridique d'ensemble, en ce que le lanceur d'alerte de bonne foi ne doit pas être sanctionné. Le renvoi de la protection vers le droit instauré par la loi dite « Sapin 2 » pose à ce titre difficulté en multipliant les registres : la protection du lanceur d'alerte environnementale n'est ainsi plus appuyée sur la procédure de l'alerte environnementale elle-même¹²⁷⁹, mais sur celle de l'alerte en général, qui dispose de son propre dispositif de consignation et d'un régime plus hiérarchisé¹²⁸⁰. Il paraît difficile d'imaginer comment ces deux voies parallèles de l'alerte peuvent cohabiter sans semer la confusion dans l'esprit du salarié¹²⁸¹.

517. L'isolement du lanceur d'alerte. À la lumière du dispositif de protection des lanceurs d'alerte né en 2016, une crainte plus générale se fait jour pour les équilibres

¹²⁷⁶ C. trav., art. D. 4133-3.

¹²⁷⁷ Pour le recours au terme d'« extériorisation » dans ce renvoi au Préfet : F.-G. Trébulle, « Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013 », *Environnement*, août 2013, 21, p. 18. Sur le rôle du préfet à ce sujet : C. Vanuls, « Les conflits collectifs du travail à dimension environnementale », *Énergie - Environnement – Infrastructures*, juill. 2015, 14, p. 16 : « *En cas de désaccord sur l'existence du risque ou les mesures à prendre, et à l'instar du salarié, les membres du CHSCT disposent également de la faculté de saisir, au niveau local, le préfet du département dont le rôle n'est pas précisé dans le texte. Mais l'on sait qu'il dispose en cas d'urgence de moyens étendus au regard de l'ordre public et qu'il représente l'autorité compétente en matière de police des ICPE.* »

¹²⁷⁸ C. trav., art. L. 4131-1 ; A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », *RJS*, 8/2009, p. 599.

¹²⁷⁹ Cette protection était le résultat de la combinaison entre les articles L. 4133-5 du Code du travail, et L. 1351-1 du Code de la santé publique, tous deux abrogés à cette occasion.

¹²⁸⁰ Cf. *infra* § 532 et s.

¹²⁸¹ J. Igalens, P. Francoual, « Vigilance et parties prenantes », *RLDA*, n° 124, mars 2017, 6169, p. 32.

généraux de l'alerte environnementale : l'exclusion d'acteurs de type collectif et citoyen. En structurant la protection autour de la personne physique, ce texte a en effet exclu la protection valable « *pour toute personne* » que le droit d'alerte environnementale avait fait naître¹²⁸². Si les prérogatives du comité hygiène, sécurité et conditions de travail en la matière sont transmises au comité social et économique¹²⁸³, le relais des syndicats ou des organisations non-gouvernementales, qui pourrait être d'une grande utilité, n'est aucunement envisagé par le nouveau régime et se trouve donc marginalisé. Il y a beaucoup à y perdre¹²⁸⁴, aussi bien s'agissant de la capacité à faire émerger l'information vers le public au cas où les dirigeants de l'entreprise se montreraient récalcitrants, qu'en termes de fonctions des représentants du personnel, désormais esseulés sur le terrain environnemental dans l'entreprise, et qui peuvent à ce titre faire face à une multiplicité de problématiques rendant leur action difficile. Plus généralement, la recherche par les législateurs successifs¹²⁸⁵ d'une fusion des institutions représentatives du personnel finalement aboutie dans le cadre du comité social et économique, ne rassure pas sur la préservation des objectifs environnementaux autrefois dévolus au CHSCT : quid en particulier de la compétence des membres du nouveau comité, récipiendaires des compétences du CHSCT, mais qui ne disposent plus d'attributions spécifiques et ne peuvent se constituer en commission santé, sécurité et conditions de travail qu'au-delà du seuil de 300 salariés¹²⁸⁶ ou sur décision de l'inspecteur du travail¹²⁸⁷, et dont l'appréhension des situations environnementales sera pourtant toujours attendue sur le mode du « *constat* » ? De ce point de vue, la prochaine disparition du CHSCT en tant qu'instance autonome induit dans les faits un recul regrettable de la fonction environnementale qu'il pouvait contribuer à porter dans l'entreprise.

2. La procéduralisation environnementale

518. Inéluctabilité d'une procéduralisation de la question environnementale. Les évolutions aussi bien du droit du travail¹²⁸⁸ que du droit économique¹²⁸⁹ tendent vers une

¹²⁸² L'alinéa premier de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 disposait avant son abrogation : « *Toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement.* »

¹²⁸³ C. trav., art. L. 2315-27 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²⁸⁴ J. Igalens, P. Francoual, *op. cit.*

¹²⁸⁵ I. Odoul-Asorey, « Décrets du 23 mars 2016 relatifs aux regroupements des IRP », *RDT*, 2016, p. 576.

¹²⁸⁶ C. trav., art. L. 2315-36 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²⁸⁷ C. trav., art. L. 2315-37 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²⁸⁸ A. Supiot, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 17.

¹²⁸⁹ A. Bennini, « La procéduralisation du droit des sociétés », *RTD com.*, 2010, p. 499.

procéduralisation¹²⁹⁰. Reprenant la définition comprise dans une contribution relative à la procéduralisation de l'intérêt social, elle consiste dans « *une réglementation destinée à imposer aux sociétés non de prendre telle ou telle décision, mais d'encadrer la prise de décision pour que celle-ci ait plus de « chance » de correspondre à l'intérêt de la société* »¹²⁹¹. Adaptée à l'interpénétration du droit du travail et du droit de l'environnement observée en ce domaine, il s'agit d'affirmer qu'au-delà des dispositifs d'alerte permettant de produire l'information nécessaire en cas de survenance d'un risque, il convient d'imposer à l'employeur diverses procédures associant notamment les institutions représentatives du personnel, qui rendent plus probables l'adoption d'un comportement tourné vers la protection de l'environnement, pour les employeurs comme pour les salariés. Une partie de cette procéduralisation peut relever directement du droit des groupements, et les dispositifs imposant une transparence extra-financière¹²⁹² ou mettant en œuvre un devoir de vigilance¹²⁹³ (qui « *a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société* »¹²⁹⁴). Mais le principe de participation qui irrigue le droit collectif du travail semble pouvoir jouer un rôle constructif dans l'élaboration d'un régime juridique plus ambitieux. De fait, la position des représentants du personnel n'en serait que facilitée : plutôt que d'intervenir en situation de crise ou d'urgence face à l'irruption du risque environnemental, leur intégration à des politiques préventives plus globales permettrait par exemple d'associer des experts financés par l'employeur aux réflexions, ou de mobiliser une meilleure connaissance des problématiques et des enjeux de la part des membres de ces instances.

519. Une procéduralisation encore limitée. Cette approche par la procéduralisation n'est pour l'instant présente qu'à faible dose dans le droit positif. L'obligation d'une réunion du comité hygiène, sécurité et conditions de travail « *en cas d'événement grave lié à l'activité de l'établissement ayant porté atteinte ou ayant pu porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement* »¹²⁹⁵, prévue par la loi de 2013 ayant instauré l'alerte environnementale, fait office de complément logique en imposant que le CHSCT envisage les suites de l'évènement grave. Si elle est préservée et consacrée en tant qu'élément d'ordre public dans le cadre du

¹²⁹⁰ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29^{ème} éd., 2016, p. 210. Les auteurs évoquent un droit « parfois exagérément formaliste » mais visant à « garantir l'intégrité du consentement à l'origine des décisions sociales ».

¹²⁹¹ D. Poracchia, D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 482.

¹²⁹² Cf. *supra* § 315 et s.

¹²⁹³ Cf. *supra* § 387 et s.

¹²⁹⁴ C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 4.

¹²⁹⁵ C. trav., art. L. 4614-10, al. 2.

nouveau comité social et économique (qu'une commission spécifique à la santé et aux conditions de travail existe ou non)¹²⁹⁶, cette réunion soulève des interrogations : quid du suivi de cette simple réunion, de la mise en place d'un programme d'action, et plus largement d'un droit de regard sur l'action de l'employeur, justifié par l'expérience de ce premier évènement ? Le seul prolongement rattachable à cette procédure repose sur l'obligation faite à l'employeur d'organiser et de dispenser une « *information des travailleurs sur les risques que peuvent faire peser sur la santé publique ou l'environnement les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement ainsi que sur les mesures prises pour y remédier* »¹²⁹⁷. Cette dernière interroge cependant par son contenu : aucune intermédiation par les représentants du personnel n'est prévue, pas plus que des sanctions en cas de non-respect ; et si le comité d'entreprise est consulté sur « *les programmes de formation* » et leur « *mise en œuvre effective* »¹²⁹⁸, cette consultation se limitant aux « *formations* » et ne concernant pas les simples « *informations* » exclut *a priori* tout échange sur l'obligation d'information des salariés en matière environnementale, pourtant fondamentale si ceux-ci doivent faire face à des risques graves.

520. Sites soumis à autorisation et installations classées. Dans cet édifice juridique encore fragile, il convient de mettre à part le cas des sites dits classés, dont la nature implique qu'ils soient l'objet d'une procéduralisation plus stricte. Ainsi le comité hygiène, sécurité et conditions de travail y reçoit « *les documents établis à l'intention des autorités publiques chargées de la protection de l'environnement* »¹²⁹⁹, prérogative qui devrait être confirmée pour le comité social et économique même dépourvu de commission santé, sécurité et conditions de travail¹³⁰⁰. Quand bien même la question déborde le droit du travail, l'administrateur d'une entreprise exploitant une installation classée doit établir un bilan environnemental durant la procédure de sauvegarde¹³⁰¹. Cette obligation a été relayée vers le droit du travail par un renvoi sous forme d'obligation d'initiative de l'employeur dans le cadre

¹²⁹⁶ C. trav., art. L. 2315-27, al. 2 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹²⁹⁷ C. trav., art. L. 4141-1, al. 2.

¹²⁹⁸ C. trav., art. L. 4143-1.

¹²⁹⁹ C. trav., art. L. 4612-15 ; sur le droit du travail dans les installations classées : F. Héas, « La protection de l'environnement en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 570. L'auteur note : « *Historiquement, droit du travail et préoccupations environnementales coïncident à propos des installations dites classées, ce qui a permis au législateur d'introduire expressément dans la réglementation du travail, l'exigence d'une protection de l'environnement.* »

¹³⁰⁰ C. trav., art. L. 2315-6 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹³⁰¹ C. com., art. L. 623-1.

de la recherche de repreneur rendue obligatoire par la loi dite « Florange »¹³⁰². Le lien avec la procéduralisation du pouvoir de l'employeur¹³⁰³ devient alors très net, bien que la construction juridique qui en résulte demeure inconstante dans ses effets.

521. Perspectives pessimistes. Se pose alors la question des pistes d'amélioration des synergies observées entre droit du travail et droit de l'environnement. De notre point de vue, les représentants du personnel, et spécialement le comité hygiène, sécurité et conditions de travail, doivent prendre toute leur place dans la logique de procéduralisation qui tend à s'enclencher. Eu égard aux thèmes du devoir de vigilance, il est regrettable que le CHSCT n'ait pas été nommément désigné au rang des parties prenantes associées à l'élaboration du plan. Plus largement, deux voies étaient envisageables pour un renforcement du rôle du CHSCT en matière environnementale, avant que les ordonnances de septembre 2017 n'actent sa disparition. La première tient dans une allocation de moyens plus importante, à la fois au plan juridique (par exemple l'obligation d'une consultation annuelle, lancée seulement après la survenance d'un risque environnemental, mais permettant son suivi) et technique en faisant de la question environnementale un motif de recours préventif à un expert¹³⁰⁴. Plus pragmatique, l'autre piste tient dans une action volontariste des membres du CHSCT, par les liens qu'ils peuvent faire dans l'appréhension du risque « mixte » entre leurs prérogatives concernant la santé et la sécurité des travailleurs, et la question environnementale. Pareille démarche renvoie à des problèmes bien connus tenant à la formation et la sensibilisation des élus au CHSCT en matière environnementale, et plus prosaïquement aux moyens (formation, crédit d'heures, etc...) dont ils disposent pour mener une mission qui, complétée par un volet environnemental, deviendrait exagérément imposante. En résumé, la procéduralisation de la matière supposant un dialogue exigeant et technique, elle ne saurait être décorrélée des moyens juridiques et extra-juridiques mis en œuvre pour en assurer la vitalité et l'effectivité ; cette question apparaît d'autant plus prégnante face à la perspective d'une instance unique de représentation du personnel.

¹³⁰² C. trav., art. L. 1233-57-14, 3°.

¹³⁰³ J. Ph. Robé, « Loi Florange et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 251.

¹³⁰⁴ La thématique environnementale n'est pour l'instant pas une hypothèse de recours *per se* à l'expert du CHSCT. C. trav., art. L. 4614-12. Cf. C. Vanuls, « Regards sur la précaution en droit du travail », *RDT*, 2016, p. 16.

§ 2. Les salariés fondateurs de liens entre l'entreprise et son espace social

522. Au-delà d'un rôle environnemental fondé historiquement autour de l'existence de risques mixtes, les salariés représentent dans l'entreprise une ouverture possible vers des parties prenantes plus nombreuses et plus diverses, d'abord par la négociation territoriale, chroniquement sous-utilisée mais dont l'intérêt a toujours été de proposer une sortie du cadre de l'entreprise pour traiter la question du travail (A). En parallèle, la période récente a vu l'émergence de la figure du lanceur d'alerte hors des questions environnementales : son statut, finalement adopté en France en 2016, soulève diverses interrogations (B).

A. Le territoire espace de dialogue social

523. Les possibilités ouvertes. Participant d'une logique plus large de « *dépassement de la dualité qui sépare travail et environnement* »¹³⁰⁵, la territorialisation du dialogue social fait pourtant office, au regard d'une doctrine unanime, d'angle mort du droit des relations collectives de travail en raison de son utilisation chroniquement faible¹³⁰⁶. Les outils mobilisables en termes de négociation collective ne manquent pourtant pas. Le Code du travail prévoit ainsi que les conventions et accords collectifs de travail « *déterminent leur champ d'application territorial et professionnel* »¹³⁰⁷. Par cette indication, le législateur ouvre la possibilité de construire un champ d'application répondant à une vocation territoriale. Marie-Laure Morin désigne plusieurs déclinaisons de cette faculté¹³⁰⁸ : négociation collective de branche territoriale (relativement fréquentes et visant l'adaptation à des branches locales spécifiques de conventions de branches nationales), négociations regroupant plusieurs entreprises, ou même négociations interprofessionnelles locales, poursuivant souvent l'objectif de produire un tissu conventionnel dans les entreprises de petite taille dépourvues de négociateurs. De fait, si ces négociations sont délaissées, c'est de l'avis d'une doctrine là encore unanime, eu égard à la structuration des organisations professionnelles, côté employeur comme côté salarié, qui en France sont érigées autour de la profession plutôt que du territoire¹³⁰⁹. Soucieux de promouvoir par la loi la dynamique d'un dialogue social

¹³⁰⁵ J. Diringier, « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 333.

¹³⁰⁶ *Ibid.* : « (...) la négociation territoriale demeure peu développée, en particulier celle qui est prévue au sein des commissions paritaires locales ».

¹³⁰⁷ C. trav., L. 2222-1.

¹³⁰⁸ M.-L. Morin, « Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale », *Dr. soc.*, 1999, p. 681.

¹³⁰⁹ *Ibid.* : « La régulation collective des relations d'emploi s'est construite principalement dans le cadre de conventions collectives de branche, dont le champ d'application pouvait être territorial (et il l'est resté en majorité jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale en raison de la faible concentration de l'appareil productif

territorial, le législateur a adjoint à cette simple faculté de déterminer le champ territorial de la négociation la possibilité d'instituer « *au niveau local, départemental ou régional* » des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles¹³¹⁰. Outre un rôle de soutien et de suivi du dialogue social dans leur champ (concours à « *l'élaboration et à l'application des conventions et accords collectifs* », examen des réclamations et des questions), ces commissions paritaires locales peuvent, de manière plus originale, négocier et conclure des « *accords d'intérêt local, notamment en matière d'emploi et de formation continue* »¹³¹¹.

524. Pertinence d'une négociation collective territoriale. Action de l'entreprise sur son territoire. Les négociations territoriales de type classique ne répondent pas intrinsèquement d'une fonction spécifique visant à organiser l'effet produit par une entreprise sur son environnement local ; tout dépend concrètement des thèmes objet de négociation, et des objectifs que se fixent les partenaires sociaux. Mais dans un mouvement plus global poussant vers la négociation de gestion, spécialement en matière d'emploi¹³¹², il serait utile que le sujet soit saisi dans sa dimension territoriale, afin d'envisager les continuités qui peuvent se faire jour hors de l'entreprise. C'est ce que prévoit en creux le renvoi à la notion d'intérêt local dans le cadre des commissions locales paritaires : une prise de conscience des effets que peut produire l'entreprise sur son territoire, et un engagement dans le devenir de celui-ci pouvant contribuer à la vitalité du territoire lui-même, réalisant ainsi une véritable fonction sociale de l'entreprise. Beaucoup a pu être dit sur les territoires « sinistrés » par la fermeture de sites¹³¹³, le plus souvent industriels, dans la mesure où l'économie d'un territoire dépend parfois de peu d'entreprises, pourvoyeuses de l'essentiel des emplois, directement ou non. Il n'est pas surprenant de voir emploi et formation continue mobilisés dans le cadre des commissions paritaires locales sous l'angle de l'« *intérêt local* ». C'est sur le territoire que peuvent se concevoir des parcours professionnels nouveaux, leur segmentation se jouant désormais largement hors de l'entreprise. L'entreprise peut alors profiter de ses propres engagements en

français), mais qui est principalement professionnel (la branche d'industrie). La convention collective, chacun le sait, est en France un « règlement de la profession », son économie est celle d'une loi secondaire permettant d'unifier les conditions de la concurrence sur le marché du travail, en congruence avec le marché des produits (la branche industrielle) et ceci dans un cadre national. Ceci tient d'une part, à la constitution en France, comme en Europe, d'ailleurs d'un syndicalisme d'industrie, d'autre part à l'architecture politique française. »

¹³¹⁰ C. trav., art. L. 2234-1 ; B. Teyssié, « Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles », note sous Loi numéro 2004-391 du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, article 48, *JCP E*, 21 oct. 2004, 1545, p. 1670.

¹³¹¹ C. trav., art. L. 2234-2, 1°.

¹³¹² Cf. *supra* § 488.

¹³¹³ M. Hau, « Les grands naufrages industriels français », in P. Lamard, N. Stoskopf, 1974-1984, *une décennie de désindustrialisation ?*, Éd. Picard, coll. Histoire industrielle et société, 2009, p. 270.

bénéficiant de synergies ou de mutualisations de moyens avec d'autres entreprises en matière de formation¹³¹⁴. Si ces négociations territoriales, pourtant encouragées demeurent marginales, elles pourraient correspondre à d'autres besoins exprimés par la pratique. Certaines dimensions de la relation de travail produisent des conséquences sur l'environnement géographique immédiat, telle l'organisation collective du temps de travail, génératrice de déplacements pour les salariés, et qui relie donc l'entreprise à des problématiques externes comme le logement ou le transport¹³¹⁵.

525. L'obligation de revitalisation du bassin d'emploi. L'impératif d'une fonction sociale de l'entreprise dans le rapport à son territoire ressort de manière évidente de l'obligation de revitalisation des bassins d'emploi, instaurée sous sa forme actuelle en 2005¹³¹⁶, et qui ne s'adresse qu'aux entreprises de plus de 1000 salariés¹³¹⁷. L'objectif de cette disposition est « *d'organiser collectivement la reconversion des salariés et du bassin d'emploi en cas de licenciement d'ampleur pour motif économique* », et elle vise à « *renforcer le rôle de l'entité qui procède à une restructuration, dans la réindustrialisation du site où elle est installée* »¹³¹⁸. Initialement réservée à l'après licenciement économique, cette obligation a été étendue par les ordonnances de septembre 2017 aux « *ruptures conventionnelles collectives* » produisant les mêmes effets¹³¹⁹. Plusieurs éléments spécifiques à ce régime juridique sont à souligner. En premier lieu, cette obligation s'arrime à une notion la rapprochant de celle de territoire : le bassin d'emploi. Le rapport au bassin d'emploi est à la fois une dimension du fait générateur de l'obligation (le texte mentionne un « *licenciement collectif affectant, par son ampleur, l'équilibre du ou des bassins d'emploi* » ; le même critère est repris pour la rupture conventionnelle collective) et la cible de l'obligation (« *contribuer à la création d'activités et au développement des emplois et d'atténuer les effets du*

¹³¹⁴ N. Maggi-Germain, « La territorialisation du droit : l'exemple des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle continue », *Droit et société*, 2008, p. 441.

¹³¹⁵ J. Diringier, « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 332 ; l'auteure évoque une négociation collective qui « *s'émancipe aussi d'une logique professionnelle et prend en compte des enjeux globaux, plus systémiques* », parmi lesquelles « *les questions scolaires, de transport, de logement* ».

¹³¹⁶ Loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, art. 76 ; C. trav., art. 1233-84 et s.

¹³¹⁷ Les entreprises dès 50 salariés qui procèdent à des licenciements économiques collectifs produisant les mêmes conséquences sur le bassin d'emploi sont cependant tenues de définir avec l'autorité administrative des actions dans le même sens, sans pour autant que le texte ne mentionne de véritable obligation. Cf. C. trav., art. L. 1233-87.

¹³¹⁸ F. Héas, « La revitalisation des bassins d'emploi », *RDT*, 2012, p. 629.

¹³¹⁹ C. trav., art. L. 1237-19-9 nouveau résultant de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017.

licenciement envisagé sur les autres entreprises dans le ou les bassins d'emploi »¹³²⁰). Cette obligation est réalisée en lien avec l'autorité administrative, éventuellement sur les bases d'une « *étude d'impact social et territorial* »¹³²¹, et fait l'objet d'une convention après consultation des « *organismes consulaires et des partenaires sociaux membres de la commission paritaire interprofessionnelle régionale* »¹³²². La coloration de la notion de bassin d'emploi, héritée de la pratique administrative et dont l'objet est d'être un point d'ancrage pour un maillage normatif¹³²³, de même que le régime associant une pluralité d'interlocuteurs font état d'un dépassement des frontières spatiales de l'entreprise, qui se manifeste dans le lien de l'entreprise à son environnement géographique et, autorité administrative aidant, dans une réflexion autour de la contribution à l'intérêt général.

526. La revitalisation, une autre dimension temporelle. Ensuite, la logique qui préside à ces revitalisations se manifeste à la fois en aval des relations de travail, et dans le devenir du territoire postérieur aux actions de l'entreprise débitrice. Comme le suggère le terme de revitalisation, il s'agit d'agir sur les effets des mesures de licenciement dans l'environnement de l'entreprise, ce qui différencie cette obligation de celle de reclassement liée au licenciement. Dans la revitalisation, l'entreprise dépasse ses frontières temporelles, en se chargeant d'obligations dépassant le temps du licenciement collectif. Combinée au dépassement des frontières spatiales, cette obligation fait de l'entreprise une contributrice à la « *territorialisation des politiques de l'emploi* »¹³²⁴, qui justifie l'intervention de l'administration et d'acteurs qui lui sont extérieurs. Si la démarche est curative, elle traduit tout de même une fonction sociale de l'entreprise plus concrète que des engagements en matière de responsabilité sociale, et bénéficie de la garantie d'une intervention de l'administration et d'acteurs implantés sur le territoire.

¹³²⁰ C. trav., art. 1233-84.

¹³²¹ C. trav., art. 1233-85.

¹³²² C. trav., art. 1233-88.

¹³²³ N. Maggi-Germain, « La territorialisation du droit : l'exemple des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle continue », *Droit et société*, 2008, p. 462 : « Si la notion de bassin d'emploi est ancienne, née d'une pratique administrative, les textes successivement adoptés témoignent d'une évolution de ses usages. Instrument de découpage du territoire selon une logique descendante, le bassin d'emploi évolue suivant une logique de maillage du territoire agrégeant des institutions ou représentants de différents secteurs. Il constitue aujourd'hui à la fois un relais aux politiques communautaires, en particulier la SEE, et un point d'ancrage du territoire qui devient un lieu d'élaboration et de mise en œuvre de normes liées à la formation professionnelle continue. »

¹³²⁴ F. Héas, « La revitalisation des bassins d'emploi », *RDT*, 2012, p. 631.

527. L'accord interentreprises. L'accord interentreprises est le dernier né parmi les tentatives pour relier plusieurs entreprises entre elles en matière de négociation collective¹³²⁵. Se différenciant des accords de groupe en ce qu'ils ne se fondent pas sur l'existence d'un lien capitalistique entre les entreprises parties, ces accords ont été envisagés par la doctrine comme facteurs, à terme, d'un dialogue social adapté aux entreprises en réseau, spécialement de sous-traitance¹³²⁶. Dans ce cadre, la vocation territoriale peut constituer un autre déterminant du champ d'application et, sur certains sujets, guider les négociateurs. Il y aurait beaucoup à gagner à fixer des obligations de négociations sur le thème de la prévention des mesures de restructuration dans les réseaux commerciaux *via* ce type d'accords : ils constituent en effet un niveau pertinent pour envisager entre entreprises et de façon mutualisée les effets potentiels des décisions économiques prises dans le réseau¹³²⁷. Pour autant, les accords interentreprises n'ont aucunement été orientés par le législateur vers cet objectif, et le fait qu'ils priment sur le statut collectif des entreprises concernées en cas d'ajout d'une simple clause¹³²⁸, comme en matière d'accords de groupe, laisse supposer qu'ils pourraient eux aussi être mobilisés pour la poursuite de logiques gestionnaires.

528. Entreprise, fonction sociale et territoire. Le rapport de l'entreprise à son territoire, que le législateur a rendu possible sans véritablement l'explorer ou l'imposer, constitue une matière encore incertaine dans ses effets. Elle démontre à quel point le droit du travail peut avoir difficulté à concevoir les modalités d'une participation des salariés à la gestion dépassant temporellement et spatialement la seule existence de l'entreprise¹³²⁹, comme le prouve le dispositif de revitalisation des bassins d'emploi, le plus avancé et le plus coercitif, mais envisagé pour l'essentiel comme un échange avec l'autorité administrative. Le fait que des représentants salariés prennent part à des instances comme les comités de bassin

¹³²⁵ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 23 ; C. trav., art. L. 2232-36 et s.

¹³²⁶ En ce sens : E. Jeansen, « L'accord interentreprises, d'une norme spéciale à une norme générale », *JCP S*, 6 déc. 2016, 1411, p. 18.

¹³²⁷ M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.*, 2001, p. 478.

¹³²⁸ C. trav., art. L. 2253-7.

¹³²⁹ En ce sens, relativement aux commissions régionales partiaires interprofessionnelles pour établir une représentation du personnel dans les très petites entreprises : M.-L. Morin, « Le droit à la représentation universelle des salariés des TPE, une traduction singulière du droit à la participation ? », *RDT*, 2015, p. 589 ; à propos de la dénomination d'instance de dialogue social : « Cette notion vague implique certes des échanges entre deux parties, mais elle ne va guère au-delà. On laissera à d'autres le soin de développer ce que la fortune de cette notion implique à terme. Elle n'est pas plus précise que celle de « participation ». Mais cette dernière impliquait, me semble-t-il, une association à la décision concernant les travailleurs (quelle qu'en soit la forme), le « dialogue » ne l'implique pas, seulement une forme de réflexion partagée ou de médiation. »

d'emploi¹³³⁰ ne suffit pas à masquer la difficulté à changer d'échelle entre collectif de travail et intérêt local. Il apparaît pourtant que ce n'est pas l'entreprise seule, mais l'entreprise et ses salariés qui sont acteurs du développement économique territorial, et que les seconds sont peut-être plus susceptibles d'y rester que la première, donc d'y être porteurs de préoccupations de long terme. Le lien entre salariés et autres parties prenantes dans une optique plus large d'intérêt général est donc encore en construction, mais apparaît comme une hypothèse à ne pas négliger pour la construction d'une fonction sociale de l'entreprise rattachée directement aux effets que sa fonction économique peut produire, et qui dépassent souvent la cellule sociale du collectif de travail.

B. Le lanceur d'alerte, fonction citoyenne ?

529. Une problématique liée au droit d'expression des salariés. La problématique des lanceurs d'alerte a été historiquement reliée en France au droit d'expression du salarié. Reconnu dès 1986¹³³¹, ce droit à « *l'expression directe et collective* » des salariés ne concerne que « *le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* »¹³³². Il présente l'avantage non négligeable de comporter une dimension protectrice du salarié. Plus généralement, l'article L. 1121-1 du Code du travail, en ce qu'il dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » peut aussi servir de fondement à une protection du droit d'expression général des salariés, au-delà des thèmes objets d'expression collective¹³³³. Mais force est de constater que la problématique des lanceurs d'alerte, dits aussi « *whistleblowers* », dépasse largement ce cadre ronronnant (bien que fondamental) du droit français.

530. Premiers traitements juridiques. Si le thème de la dénonciation est « *une des plus vieilles activités humaines au monde* »¹³³⁴, sa montée en tant que préoccupation juridique majeure *via* le champ de l'alerte éthique est récente : elle naît de la transposition par des multinationales de la loi Sabarnes-Oxley adoptée aux États-Unis en 2002 aux fins d'améliorer

¹³³⁰ D. n°2002-790 du 3 mai 2002 relatif aux comités de bassin d'emploi et au comité de liaison des comités de bassin d'emploi ; sur le sujet : N. Maggi-Germain, « La territorialisation du droit : l'exemple des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle continue », *Droit et société*, 2008, p. 463.

¹³³¹ Loi n° 86-1 du 3 janv. 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du code du travail.

¹³³² C. trav., art. L. 2281-1 et s. ; plus généralement : G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *RDT*, 2014, p. 396.

¹³³³ Par exemple : Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734 ; « Liberté d'expression d'un cadre supérieur s'adressant aux dirigeants de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2013, p. 453, obs. B. Dabosville.

¹³³⁴ P. Adam, « Le retour des sycophantes ? (à propos de *whistleblowing*) », *D.O.*, 2006, p. 281.

le contrôle interne en entreprise¹³³⁵. Ensuite le droit d'expression des salariés s'est entendu, dans sa construction travailliste, comme un droit visant pour l'essentiel la défense par les salariés de leurs intérêts individuels ou collectifs, donc une liberté d'expression appliquée aux rapports de travail. Or, l'objet du *whistleblowing* est autre : si le salarié accède à l'information dans le cadre de ses fonctions, sa dénonciation du manquement, qui met en cause son entreprise, n'a pas de relation spécifique à la relation de travail qui les lie. Au contraire, elle s'insère dans un rapport à l'intérêt général : elle fait participer le salarié à l'idéal démocratique en lui conférant la qualité de salarié « *auxiliaire des pouvoirs publics* »¹³³⁶. D'où l'importance de l'envisager à ce stade de l'étude : le lanceur d'alerte ouvre l'entreprise à son rôle vis-à-vis de l'intérêt général, et donne à voir l'anormalité éventuelle de son comportement dans la poursuite de sa fonction économique naturelle. Si l'entreprise peut gagner au traitement de ces alertes, elles sont initialement la preuve d'un dysfonctionnement susceptible de mettre l'entreprise en porte-à-faux avec son environnement social.

531. Construction juridique du statut du lanceur d'alerte. La question de la protection des lanceurs d'alerte s'est rapidement posée. Le législateur a procédé par touches impressionnistes, car seulement thématiques et sectorielles : révélation de faits de corruption en 2008¹³³⁷ ; faits constitutifs d'un crime ou d'un délit en 2013¹³³⁸ ; et alerte environnementale la même année¹³³⁹. Dès 2001, la protection inhérente au fait d'avoir relaté des faits de discrimination¹³⁴⁰ puis, l'année suivante, des faits de harcèlement¹³⁴¹, ont ouvert la voie sur des thèmes rattachés à la relation de travail, mais présentant l'intérêt de poser les jalons d'un régime juridique. Ce régime est depuis décliné à chaque occasion : « *Une sanction (la nullité des actes de représailles) et un mécanisme de preuve spécifiques constituent l'armature de ce « bouclier » dont la matériau essentiel est fait de la « bonne foi » du dénonciateur.* »¹³⁴² Cette thématisation des protections conférées aux alertes a sans surprise posé problème dans les situations nombreuses où le motif du signalement émis par le salarié

¹³³⁵ P.-H. Conac, « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France », *Rev. sociétés*, 2003, p. 835.

¹³³⁶ F. Verdun, « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *JCP S*, 17 janv. 2017, 1011, p. 18 : « *Le législateur consacre le lanceur d'alerte comme un auxiliaire des pouvoirs publics dans la défense de l'État de droit et lui reconnaît ainsi une mission d'intérêt général. À ce titre, la loi lui accorde une protection lorsqu'il exerce son alerte conformément aux textes.* »

¹³³⁷ C. trav., art. L. 1161-1 ; loi n° 2007-1598 du 13 nov. 2007 relative à la lutte contre la corruption, art. 9.

¹³³⁸ C. trav., art. L. 1132-3-3 ; loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, art. 35.

¹³³⁹ Cf. *supra* § 514 et s.

¹³⁴⁰ C. trav., art. L. 1132-3 ; loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations, art. 1.

¹³⁴¹ C. trav., art. L. 1152-2 ; loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, art. 169.

¹³⁴² P. Adam, « La parabole du lanceur d'alerte », *SSL*, n° 1670, 30 mars 2015, p. 6.

ne correspondait pas aux sujets justifiant la protection. Précédée par la Cour européenne des droits de l'Homme¹³⁴³, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est engagée, avec une certaine prudence, vers une protection plus large¹³⁴⁴. Elle l'a fait dans un contexte où le législateur lui-même, encouragé par le Conseil de l'Europe¹³⁴⁵ et le Conseil d'État¹³⁴⁶, avait déjà ouvert les discussions autour d'un statut à vocation générale.

532. La statut du lanceur d'alerte issu de la loi dite « Sapin 2 ». La loi dite « Sapin 2 » définit le lanceur d'alerte comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* »¹³⁴⁷. Sur le plan thématique, cette définition répond aux critiques formulées : un large éventail de manquements peut justifier l'alerte, même si les crimes et délits sont plus aisément reçus que les violations « *graves et manifestes* » du droit international¹³⁴⁸. Surtout, la « *menace* » ou « *le préjudice grave pour l'intérêt général* » peuvent, selon l'analyse qu'en feront les juges, servir à une large appréhension d'alertes fondées sur des manquements autres que la violation d'une norme juridiquement établie. Sur ce point, la référence du texte à l'intérêt général est explicite et s'accorde avec le principe même du rôle de lanceur d'alerte¹³⁴⁹. S'agissant de la transposition de l'alerte au cadre professionnel, elle résulte conjointement du dispositif de signalement et de la protection

¹³⁴³ CEDH, *Heinisch c. Allemagne*, 21 juill. 2011, n° 28274/08.

¹³⁴⁴ Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 ; « La protection européenne des salariés lanceurs d'alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d'improvisation », *D.*, 2016, p. 1740, note J.-P. Marguénaud, J. Mouly ; « Mon traître, ce héros », *RDT*, 2016, p. 566, note P. Adam.

¹³⁴⁵ Recommandation CM/Rec(2014)7 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014.

¹³⁴⁶ Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La documentation française, 2016.

¹³⁴⁷ Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6.

¹³⁴⁸ P. Thiébart, « Le lanceur d'alerte à la lumière de la loi Sapin 2 », *SSL*, n° 1745, 21 nov. 2016, p. 8 : « *On ne peut cependant qu'être frappé du déséquilibre qui existe entre le fait que tout délit peut être signalé, alors que seule la violation « grave et manifeste » du droit international ratifié peut l'être (sans même que l'on sache d'ailleurs ce que « grave et manifeste » veut dire).* »

¹³⁴⁹ Sur ce point : D. Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *ADJA*, 2014, p. 2236 : « *Il ne faut donc pas sous-estimer l'effet de mode qui conduit à labelliser comme « alerte éthique » toute forme de rébellion ou de contestation. Mais, indépendamment de ces enjeux de labellisation, un autre élément, plus fondamental, peut expliquer la fortune des « lanceurs d'alerte ». Ceux-ci, on l'a dit, à l'instar des désobéissants, entendent concourir à la préservation de l'intérêt général et la défense des droits de leurs concitoyens, voire des droits de l'homme en général. Ce ne sont pas des dissidents mais des individus qui « prennent au sérieux les promesses de la démocratie » (F. Hartmann, auteure de *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Ed. Don Quichotte, 2014, interviewée sur Mediapart, 6 févr. 2014) dont ils ont précisément à cœur de dénoncer les dysfonctionnements.* »

conférée. Sur ce second aspect, le législateur innove par la protection pénale en matière de divulgation de secret¹³⁵⁰ et par l'obligation, à la charge de la personne morale et sous peine de sanction pénale, d'assurer la confidentialité du lanceur d'alerte dans la procédure de recueil de son alerte¹³⁵¹. En parallèle, il s'appuie sur un dispositif existant dans le domaine de la relation de travail en reprenant la protection posée en matière de dénonciation de crimes ou de délits¹³⁵² : nullité des mesures visant à sanctionner, et aménagement de la charge de la preuve.

533. Encadrement ou enfermement ? Le dispositif de signalement¹³⁵³ révèle encore mieux le lien entre l'entreprise et l'intérêt général réalisé par le lanceur d'alerte. Ce dernier est dans un premier temps enfermé dans l'entreprise, sauf « *danger grave et imminent* », ou « *risque de dommages irréversibles* » : supérieur hiérarchique, employeur ou référent désigné par celui-ci seront ses interlocuteurs récipiendaires de l'alerte lancée, et disposent à ce titre d'un délai « *raisonnable* » pour vérifier la recevabilité du signalement. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que l'information s'exteriorise, tout en restant médiée par des acteurs prédéfinis : « *autorité judiciaire* », « *autorité administrative* », et « *ordres professionnels* ». Ces derniers ont trois mois pour traiter l'alerte, et ce n'est que leur carence dans ce délai qui autorise le salarié à porter vers le public le motif de l'alerte. Un tel régime interpelle au regard du contexte dans lequel il s'insère : là où le mouvement de responsabilité sociale des entreprises fait du risque réputationnel un élément central de son efficacité¹³⁵⁴, le dispositif de recueil de l'alerte s'appuie sur une logique opposée dans laquelle la publicité donnée au manquement n'est que très éventuelle, et seulement déclenchée en derniers recours. C'est le résultat de ce qui a pu être décrit comme la combinaison d'un « *devoir de loyauté, de réserve et de discrétion* »¹³⁵⁵ envers l'employeur, mais dont le suivi isole considérablement le salarié¹³⁵⁶.

534. La solitude du lanceur d'alerte. Le statut protecteur du lanceur d'alerte a ceci d'intrigant qu'il évacue toute dimension collective de sa construction, et ce de manière quasi-

¹³⁵⁰ Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, art. 7 ; C. pén., art. 122-9.

¹³⁵¹ Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, art. 9, I.

¹³⁵² C. trav., art. L. 1132-3-3, al. 2.

¹³⁵³ Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, art. 8.

¹³⁵⁴ Sur le sujet : N. Cuzacq, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.*, 2017, p. 473.

¹³⁵⁵ J. Icard, « L'alerte individuelle en droit du travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 548.

¹³⁵⁶ En ce sens : F. Barrière, « Les lanceurs d'alerte », *Rev. sociétés*, 2017, p. 193 : « *On imagine aisément la difficulté d'un salarié à faire part selon les circonstances d'un dysfonctionnement de nature délictuel à son supérieur... du service que ce dernier est censé gérer ou superviser, car au pire celui-ci pourrait en être complice, à défaut fautif par négligence.* »

méthodique. D'abord, il ne protège que les personnes physiques, excluant de toute protection syndicats ou associations, pourtant jusqu'ici associées à l'alerte en matière d'environnement et de santé publique¹³⁵⁷. Ils ne seront donc pas protégées pénalement en cas d'« *atteinte à un secret protégé par la loi* », quand bien même ils répondraient aux autres prérequis définissant le lanceur d'alerte. En plus de ne pouvoir être elles-mêmes lanceuses d'alertes, ces personnes morales, pourtant grandes contributrices à l'irruption des lanceurs d'alerte et mobilisées pour leur prise en considération par le droit, ne seront aucunement associées aux procédures de lancement des alertes. Si l'extériorisation vers le monde militant ou associatif pouvait poser des problèmes au plan procédural, quid des syndicats et des représentants du personnel ? L'ensemble du processus laisse le salarié seul face à sa hiérarchie et une initiative de sa part vers les institutions représentatives du personnel pourrait le priver de sa protection¹³⁵⁸. Aussi bien pour apporter un accompagnement que pour faire passer l'alerte d'une dimension individuelle à une dimension collective, le fait de lier les représentants du personnel à ce processus aurait été légitime. Qui plus est, un tel mouvement aurait permis un changement de logique, de la simple expression du signalement à une forme avancée de participation, contribuant à interroger l'entreprise sur son comportement dans une optique de prévention. Esseulé, le salarié est dépourvu de leviers lui permettant, une fois l'alerte donnée, d'influencer le comportement de son entreprise, et d'activer sa fonction sociale, voire citoyenne. Dépourvu d'un espace de discussion collective, même postérieur à l'alerte, qui aurait pu servir à en assurer le suivi en veillant à ne pas reproduire les manquements, la procédure de recueil des signalements fait office d'outil réactif et curatif dont l'usage à vocation préventive de long terme est écarté. Elle souligne malgré elle combien la dimension collective influe sur le rapport de l'entreprise à son environnement quand ce sont les salariés qui sont en position intermédiaire, porteurs à leur façon d'une part d'intérêt général.

535. Conclusion du chapitre. Répondant à l'objectif d'une ouverture de l'entreprise à son environnement, la participation des parties prenantes aux processus d'autorégulation gagne clairement à prendre appui sur le droit des salariés à la participation. Bien qu'encore imparfaitement décliné, ce droit constitue la modalité jusqu'ici la plus efficace pour conférer

¹³⁵⁷ Cf. *supra* § 514.

¹³⁵⁸ P. Thiébart, « Le lanceur d'alerte à la lumière de la loi Sapin 2 », *SSL*, n° 1745, 21 nov. 2016, p. 9 : « *Quid si le lanceur d'alerte ne respecte pas ce chemin gradué ? Il risque tout simplement de perdre son statut de salarié protégé, ce que le conseil des ministres du Conseil de l'Europe avait indiqué dans sa recommandation du 30 avril 2014 : « Le fait que le lanceur d'alerte ait révélé des informations au public sans avoir eu recours au système de signalement interne mis en place par l'employeur peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider [...] du niveau de protection à accorder au lanceur d'alerte. » »*

à la gestion des entreprises une fonction sociale corrélative à leur fonction économique naturelle. La présence des salariés au cœur du processus de production et leur constitution en collectif les positionnent en première ligne pour répondre à ce projet d'orientation ou de réorientation de la décision économique. Si cette projection du principe de participation s'est établie par le droit de la représentation du personnel, il apparaît que la tension toujours plus forte exercée par la contrainte économique sur la négociation collective d'entreprise en fait un espace à reconsidérer, dans lequel doivent se réinventer des équilibres entre les concessions que le contexte économique requiert de la cellule sociale, et les préoccupations sociales qui doivent, en sens inverse, gagner des moyens d'agir et de peser sur les déterminants de la décision économique.

536. Cette problématique de l'outil le plus pertinent à mobiliser pour imposer à la fonction économique de l'entreprise de considérer d'autres dimensions existe aussi dans d'autres espaces, en lien avec d'autres parties prenantes. L'observation de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, ses dynamiques et ses limites, est indispensable pour espérer la construction de régimes juridiques favorisant des approches préventives. Un savant mélange de participation et d'autorégulation concertée peut dans l'immédiat être proposé, mais les outils résultant de ce projet doivent surtout veiller à procéduraliser le pouvoir économique de l'entreprise, afin de garantir qu'ils ne soient pas aspirés par lui.

537. Conclusion du Titre. Exprimer une fonction sociale de l'entreprise révèle plusieurs ordres de difficulté. La principale pour le juriste tient dans le choix des outils juridiques les plus pertinents pour parvenir à cet objectif, qui consiste à asseoir plus nettement une approche préventive contraignant l'exercice de la décision économique dans le sens de la prise en compte d'impératifs autres qu'économiques. Si une part de coercition peut être envisagée, les garanties offertes par la liberté d'entreprendre au pouvoir économique impliquent de se pencher sur des instruments d'autorégulation ou de corégulation qui supposent tout à la fois l'adhésion de l'entreprise à la prise en compte des impératifs extra-économiques, et l'adaptation de ces normes à la réalité concrète de leur champ d'application, toujours plus difficile à appréhender par-delà les frontières des personnes morales comme des ordres juridiques nationaux.

538. Les risques de cette autorégulation imprégnée du pouvoir économique imposent de poser aussi la question des modalités de conception de ces normes d'autorégulation, et de leur suivi. Dans cette optique, c'est au droit étatique, de faire advenir des procédés garantissant la

participation directe des parties prenantes à l'élaboration de la norme. En résumé : l'extraction de cette norme des pressions du contexte économique qui pourraient mener à son recul ; une faculté de suivi et de contrôle partagée ; et un pouvoir de sanction intact et dissuasif au cas de non-respect. Seul cet ensemble normatif complet sera susceptible d'assigner une véritable fonction sociale à l'entreprise dans le cadre de l'autorégulation. Confrontés depuis longtemps à la fois à la friction entre préoccupations sociales et rationalité économique, et à des formes de participation présumées garantir que cette friction débouche sur des consensus constructifs, les salariés, en tant que collectif, seront en position d'éclaireurs au service des parties prenantes dans la réalisation de cette construction juridique, qui devra aussi préserver leur place de contre-pouvoir dans l'entreprise, source de points de vue alternatifs.

539. Si certains espoirs sont permis quant à l'expression d'une fonction sociale de l'entreprise, les perspectives envisagées n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la structure profonde de ce que sont les entreprises et les groupements qui leur servent de socle, de leurs objectifs ou des formes qu'y prend le pouvoir économique. Se dessine encore à ce stade de l'étude un dialogue entre une fonction économique issue groupement, portée par ses membres et ses dirigeants, et des parties prenantes, agrégat d'intervenants extérieurs au contrat fondant le groupement mais tentant d'y faire valoir leurs intérêts. Une autre voie existe pourtant : le recours à des groupements intrinsèquement porteurs d'une fonction sociale, qui fonde leur raison d'être. Ces groupements, le droit les connaît déjà, même s'il les confine dans une forme de marginalité. Ils sont pourtant vecteurs d'un pluralisme économique et juridique indispensable.

TITRE II : Le développement d'entreprises à vocation sociale

540. Si elle est riche de perspectives, l'assignation d'une fonction sociale aux entreprises dans le système juridique français n'en pose pas moins difficulté. La principale interrogation tient dans la tension qui subsiste entre les détenteurs des pouvoirs de décision dans l'entreprise et les diverses parties prenantes porteuses de préoccupations sociales. Cette tension naît de la poursuite des buts de l'entreprise en fonction de son essence économique. La théorie contractuelle indique bien quel est le fondement de ses pouvoirs dans le cadre d'une personne morale, la société « *instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »¹³⁵⁹. L'objectif lucratif est-il la seule motivation guidant l'expérience entrepreneuriale ? Certaines entreprises font le choix de fonctionner sous la forme de groupements différents du droit commun des sociétés commerciales, remettant en cause le fait que l'essence des entreprises soit fondée sur leur seule fonction économique. Ces entreprises relèvent du champ de l'économie sociale, qui organise le groupement de manière spécifique dans le rapport des membres au capital comme dans le rapport des membres entre eux. Une fonction sociale se développe alors, inhérente aux principes poursuivis par ces groupements (**Chapitre 1**). En parallèle de contre-modèle historique, il a été proposé d'engager l'entreprise dans la poursuite d'une fonction sociale hors les formes traditionnelles de l'économie sociale, par la recherche d'une alternative au système économique classique. Ces propositions rassemblées dans le mouvement de l'économie solidaire¹³⁶⁰ ont déplacé leur rapport à la fonction sociale : ce n'est plus l'entreprise qui poursuit une activité économique en se tenant à une fonction sociale organisationnelle, mais l'activité économique elle-même qui devient porteuse d'une fonction sociale, en ce qu'elle a pour objet de réaliser un but qui peut être notamment rangé sous l'idée d'utilité sociale (**Chapitre 2**).

¹³⁵⁹ C. civ, art. 1832.

¹³⁶⁰ Pour une définition, cf. D. Hiez, E. Lavillunière, « L'élaboration d'un corpus théorique de l'économie sociale et solidaire (E.S.S.) : une participation à la construction d'un nouveau modèle de société », in D. Hiez, E. Lavillunière (dir.), *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, Larcier, coll. Droit & économie sociale et solidaire, 2013, p. 7 : « *L'économie solidaire se focalise moins sur les statuts, mais élargit la notion de solidarité à une approche plus sociétale, privilégiant l'utilité sociale du projet et en organisant la mixité de ses financements entre ressources privées, publiques et bénévolat. Elle vise à expérimenter de nouveaux « modèles » de fonctionnement de l'économie en proposant des alternatives au système économique « classique » et en réfléchissant à la transition économique.* »

CHAPITRE 1 : Les entreprises relevant de l'économie sociale

541. Riche d'une histoire dont les premières théorisations remontent au XIX^{ème} siècle, le mouvement d'économie sociale prend racine dans l'idée qu'il est possible, sans renoncer à l'objectif économique, d'organiser un mode de fonctionnement autour de préoccupations sociales et de produire des effets hors de la sphère économique¹³⁶¹. Le terme d'économie sociale lui-même dit bien qu'il s'agit là d'une forme économique, mais d'une « autre » économie, fondatrice d'un pluralisme. Ainsi, la loi relative au secteur de l'économie sociale et solidaire, adoptée en 2014, la désigne comme un « *mode d'entreprendre* »¹³⁶², actant un rapprochement certain avec une forme de liberté d'entreprendre, mais envisagée sous un angle qui invite à repenser ses fonctions et ses modalités. L'économie sociale comprend les acteurs historiques que sont les coopératives, mutuelles et associations, auxquelles sont récemment venues s'ajouter les fondations¹³⁶³. Notre propos se concentrera principalement sur le droit des coopératives.

542. Il convient d'observer que la fonction sociale à laquelle ces groupements prétendent répondre s'ancre dans leurs formes statutaires façonnées par le législateur, et dans les statuts et principes portés par leurs membres. Des auteurs ont pu parler à leur sujet d'entreprises « *non-capitalistes* »¹³⁶⁴ pour souligner la distance prise avec le capital qui apparaît dans l'édifice sociétaire comme le ferment d'une fonction économique structurante. Ce rapport au capital est en réalité central pour saisir l'aspect dissident des groupements d'économie sociale au plan juridique. Il servira de point de départ à une étude formulée en deux temps : lecture des enjeux organisationnels (**Section 1**) puis analyse des conséquences économiques de ce rapport original au capital (**Section 2**).

Section 1 : L'organisation des groupements de l'économie sociale

543. Les originalités statutaires des groupements d'économie sociale ont vocation à faire advenir un corps de règles qui ne se contentent pas de déterminer les relations des membres au groupement, mais forment le devenir communautaire du groupe en faisant émerger les

¹³⁶¹ En ce sens : D. Hiez, « L'entreprise sociale et solidaire : une source d'inspiration pour le droit de l'entreprise ? », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, p. 277.

¹³⁶² Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, I.

¹³⁶³ Leur appartenance à l'économie sociale reste un sujet d'interrogations. Cf. D. Hiez, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. sociétés*, 2012, p. 675.

¹³⁶⁴ Sur l'actualité de l'expression empruntée à Michel Jeantin : D. Hiez, *op. cit.*, p. 671.

relations entre les membres eux-mêmes. C'est en cela que la fonction sociale contenue dans ces formes juridiques se fait jour : le passage à la dimension communautaire et à des règles relationnelles organisant de manière originale les relations de pouvoir figure la dimension extra-économique de ces groupements, dans un mouvement qui participe de la relégation du capital à un rôle subalterne. Dans le développement de cette dimension extra-économique des rapports de pouvoir, se niche le décalage entre groupement à fonction économique et groupement à fonction sociale. Les deux principes du droit des groupements d'économie sociale les plus structurants à ce titre sont la double qualité (**Paragraphe 1**) et la délibération démocratique (**Paragraphe 2**).

§ 1. Le principe constitutif de double qualité

544. Constitutif du droit des coopératives, le principe de double qualité n'en irrigue pas moins l'ensemble du droit des structures relevant de l'économie sociale. Il postule une réunion sur une même personne des qualités d'associé et d'usager, cette réunion matérialisant la figure du « coopérateur » (A). Cette rupture de l'antagonisme classique entre membres du groupement et participants à l'activité conduit à réexaminer l'intérêt social, qui se trouve à tout le moins questionné (B).

A. Le coopérateur, apporteur et usager

545. Le principe de double qualité a pour effet le plus évident et immédiat d'imposer à l'apporteur de s'impliquer dans l'activité du groupement (1). Cette implication à travers la qualité d'usager conduit à marginaliser l'importance de l'apport, considéré pourtant par le droit des groupements comme un socle fondamental de l'engagement des parties au contrat de société (2).

1. Les effets de la double qualité

546. Nature et définition de la coopérative. L'observation du principe coopératif de double qualité doit débiter par l'analyse de la définition donnée par le législateur des coopératives. Cette définition découle de l'article 1^{er} de la loi de 1947 « *portant statut de la coopération* »¹³⁶⁵, lequel a été modifié par la récente loi relative à l'économie sociale et solidaire¹³⁶⁶. Loin de s'écarter des fondamentaux du secteur, cette lecture renouvelée a conféré au texte initial une approche ouvertement programmatique et symbolique qui

¹³⁶⁵ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 1.

¹³⁶⁶ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art 24.

manquait singulièrement aux précédentes versions de l'article. En ressort en premier lieu l'objectif coopératif de satisfaction des besoins économiques et sociaux des membres, réalisé par « *l'effort commun* » de ceux-ci et la « *mise en place des moyens nécessaires* ».

547. Effort commun. L'idée d'effort commun retient particulièrement l'attention : elle suppose que l'engagement du membre dans la coopérative ne se limite pas à l'apport en capital envisagé comme un simple droit d'entrée. Au contraire, l'effort commun prend la forme d'un engagement à user de la qualité de bénéficiaire ou d'utilisateur au sein de la coopérative¹³⁶⁷. Cet engagement peut être simplement tacite, mais il est souvent formalisé par un contrat de coopération conclu dans le même temps que l'apport initial¹³⁶⁸. La relation contractuelle est donc double, entraînant la double qualité : apport en capital marquant l'adhésion au contrat de société, d'une part ; contrat de coopération obligeant à une participation active au groupement d'autre part, que la Cour de cassation a cependant relié aux statuts, et qui doit s'analyser à leur lumière¹³⁶⁹.

548. Importance du lien entre les qualités : l'exemple des Scop. La double qualité ainsi présentée ne doit pas être entendue comme une simple coexistence des deux « casquettes » de l'associé coopérateur. Au contraire, la logique coopérative relie fortement les deux positions par un ensemble de dispositifs juridiques contraignants, comme dans les sociétés coopératives et participatives (Scop)¹³⁷⁰. Dites aussi coopératives ouvrières ou coopératives de travail, elles connaissent une forme d'engagement particulière consistant pour le coopérateur à apporter son travail. Par conséquent, la double qualité dans ces sociétés se matérialise par l'adhésion classique au contrat de société et par, en parallèle, un contrat de travail de droit commun.

549. La rupture du contrat de travail dans la Scop. L'importance du principe de double qualité s'avère remarquable ici dans la mesure où il conduit à de profondes modifications des règles de rupture du contrat de travail, strictement encadrées pourtant par le droit commun.

¹³⁶⁷ Pour une description de l'effort commun comme obligation de faire en raison de la double qualité, cf. G. Parléani, I. Urbain-Parléani, « L'effort commun coopératif », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz, LGDJ, IRJS, Thomson Reuters Transactive, 2014, p. 758 et s.

¹³⁶⁸ Sur ce point : J. Mestre, « Réflexions introductives sur l'originalité du droit coopératif », *R.R.J.D.P.*, 1996, p. 477.

¹³⁶⁹ En ce sens : Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-23.569 ; « Utiles rappels de la spécificité coopérative », *Rev. sociétés*, 2015, p. 452, note G. Parléani.

¹³⁷⁰ Sur ce point, et bien que se référant à un état antérieur du droit des Scop, cf. D. Hiez, « Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de double qualité dans les Scop », *Recma*, fév. 2006, n° 299, p. 34 et s.

Un premier exemple s'exprime à l'article 10 de la loi de 1978 relative aux Scop¹³⁷¹. Par l'effet de ce texte, la « *renonciation volontaire à la qualité d'associé entraîne la rupture du contrat de travail* ». Autrement dit, la manifestation de volonté d'un membre de se détacher du groupement, au strict plan du droit des sociétés (par la cession de ses parts, par exemple) emporte une conséquence immédiate sur sa qualité de salarié du même groupement. Cette conséquence est loin d'être négligeable. Pareille rupture paraît devoir être envisagée comme un licenciement *sui generis*, étant entendu que la cause réelle et sérieuse du licenciement est précisément constituée par la renonciation à la qualité de sociétaire. Plus original encore, l'article 9 de la même loi¹³⁷² permet aux statuts de la Scop d'obliger tout salarié employé depuis une certaine durée par la société à formuler une demande d'adhésion au sociétariat. Outre cette obligation originale prévue dans le cadre des statuts du groupement mais adossée au contrat de travail, c'est dans le traitement d'un éventuel refus de l'entrée au capital que les effets les plus singuliers de la double qualité se font sentir. En effet, un tel refus emporte une conséquence particulièrement sévère. Le contrat de travail est rompu, mais pas en vertu d'une cause de licenciement : le salarié est « *réputé démissionnaire* ». De telles dispositions démontrent que les deux qualités d'associé et de participant (usager, bénéficiaire) doivent non seulement coexister, mais sont indéfectiblement liées. Le droit du travail exigeant le caractère non-équivoque de la démission¹³⁷³, il est particulièrement intéressant de voir que le droit d'une famille coopérative peut « forcer » un motif de démission et chasser même l'équivoque (en l'absence pourtant d'une manifestation de volonté du salarié en ce sens) sur la base de simples dispositions statutaires et du droit des groupements. C'est précisément en vertu du principe de double qualité que le droit des coopératives se permet une immixtion dans une matière contractuelle qui lui est théoriquement extérieure. La réciproque est également vraie : l'article 10 déjà évoqué prévoit également que « *toute rupture du contrat de travail entraîne la perte de la qualité d'associé* »¹³⁷⁴, à l'exception notable des modes de rupture limitativement édictés par le législateur à l'article 11, et qui s'analysent comme ne relevant pas de la volonté du salarié (mise à la retraite, licenciement pour motif économique,

¹³⁷¹ Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, art. 10, 2°.

¹³⁷² Cet article dispose en son alinéa premier : « Les statuts peuvent également prévoir que le contrat de travail conclu avec toute personne employée dans l'entreprise fera obligation à l'intéressé de demander son admission comme associé dans le délai qu'ils précisent et au plus tôt à sa majorité ; à défaut, celui-ci sera réputé démissionnaire à l'expiration de ce délai. »

¹³⁷³ Sur les caractères de la démission en droit du travail, cf. J.-Y. Frouin, « Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié (démission, prise d'acte et demande en résolution judiciaire) », *RDT*, 2007, p. 150 et s.

¹³⁷⁴ Loi n° 78-763, art. 10, 1°.

inaptitude). Par conséquent, la qualité d'associé se trouve conditionnée par celle de salarié : en cas de rupture du contrat de travail, le droit du travail empiète sur la vie du groupement en entraîne l'exclusion de l'associé par un effet domino.

550. L'affectio cooperatis. Une partie de la doctrine a défendu l'existence au travers des statuts coopératifs d'une véritable « *affectio cooperatis* »¹³⁷⁵, sorte de pendant de l'*affectio societatis* des sociétés de droit commun. La notion a été développée dans le sens non pas d'une différence de nature, mais plutôt comme une différence de degré de contrainte que supposerait l'engagement. Ainsi l'*affectio cooperatis* requiert non seulement la volonté de s'associer, le fait de s'intéresser à la gestion et de participer aux bénéfices comme aux pertes¹³⁷⁶, mais elle suppose en plus, en relation directe avec le principe de double qualité, une implication concrète dans l'activité au-delà de la simple volonté de s'associer. Cette nature active de l'engagement décrite comme une « *forte communauté d'intérêts* »¹³⁷⁷, justifie notamment les droits de retrait (de l'associé) et d'exclusion (de l'associé par le groupement) spécifiques au droit coopératif. Plus généralement, la soumission de l'engagement sociétaire à des événements contractuels extérieurs au strict droit des groupements ne peut que se manifester par le déclin des caractères propres à l'adhésion au groupement, en particulier la dimension patrimoniale de l'obligation d'apport.

2. La relativisation du caractère fondamental de l'apport

551. Fondements historiques. Comprendre l'histoire du mouvement coopératif est indispensable pour saisir les raisons d'une relative distance avec la notion d'apport chère au droit des sociétés. En effet les coopératives sont nées par et pour l'usage des classes paupérisées du XIX^{ème} comme un outil face aux dégâts d'un capitalisme peu soucieux des conditions de vie de la majorité¹³⁷⁸. « *Fille de la misère* »¹³⁷⁹, la coopération vise par nature un public qui ne pouvait que difficilement assumer de trop forts coûts d'entrée ou d'adhésion à un groupement, et face auquel l'apport ne devait pas constituer une barrière.

¹³⁷⁵ En ce sens : M. Héral, *Contribution à l'étude du lien coopératif*, thèse, Université de Rennes 1, 1999, p. 163 et s. ; « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », *Recma*, oct. 2000, n° 278, p. 6 et s.

¹³⁷⁶ Sur ce point : P. Serlooten, « *L'affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1010.

¹³⁷⁷ M. Héral, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁷⁸ Cf. B. Bernabé, « La coopérative, instrument de la nécessité », *D. rur.*, mars 2011, 7. Pour des écrits engagés mais reflétant la perception de l'époque par un des principaux défenseurs de l'idée coopérative : Ch. Gide, *Coopération et économie sociale (1904-1926)*, présentation et annotations P. Devillers, L'Harmattan, 2005.

¹³⁷⁹ L'expression est reprise par M. Héral (*op. cit.*, p. 4) qui renvoie à de multiples occurrences, notamment sous les plumes de Thierry Jeantet, Maurice Cozian ou Danièle Demoustier.

552. Le capital social constitutif. Une preuve de cette volonté d'ouverture à des publics aux capacités financières limitées réside toujours dans la règle en vertu de laquelle le capital social minimum des coopératives ne doit atteindre que la moitié de celui requis pour la forme (SA ou SARL) de droit commun qu'elles empruntent. En l'absence de capital minimum pour les SARL (depuis la loi NRE de 2001), seule subsiste l'obligation pour les SA¹³⁸⁰. Le mouvement coopératif bénéficie finalement d'un droit adapté en la matière.

553. Libération des parts sociales. La même tendance est observable concernant la libération des parts sociales. Le droit des coopératives s'est longtemps montré plus flexible que le droit commun. L'obligation d'une libération au quart et la main laissée aux statuts sur la libération du reste dans un délai ne pouvant dépasser cinq ans ont pu faire figure de relative faveur faite au mouvement. Là encore c'est la loi NRE qui a mis un terme au moins symbolique à cet état des choses en abaissant l'obligation de souscription initiale au cinquième en matière de SARL¹³⁸¹, soit en dessous du quart exigé par le droit coopératif¹³⁸². Il convient cependant de noter que si le droit commun évolue dans le sens d'une moindre importance des apports initiaux et de la libération des parts, le droit coopératif connaît en parallèle un certain nombre d'exceptions, le législateur ayant souhaité que certaines familles¹³⁸³ soient en position de répondre à d'éventuels créanciers.

554. Dérives de la pratique face à l'apport. Si l'importance moindre de l'apport peut être déduite de ces observations, c'est la pratique coopérative qui en apporte les indices les plus évidents. Dans bien des sociétés coopératives, la participation à l'activité en qualité d'usager ou de bénéficiaire a parfois pris largement le pas sur la souscription des parts sociales. Malgré le caractère théoriquement corrélatif de l'entrée au capital, l'équilibre par la double qualité n'a parfois pu être atteint qu'après intervention prétorienne. Ainsi les questions de la réalité et de la preuve de la qualité d'associé restent une source de contentieux modéré en termes de quantité, mais dont la récurrence confine à l'inépuisable¹³⁸⁴.

555. Renoncement à l'exclusivisme coopératif. Combinée au principe dit d'exclusivisme, la double qualité coopérative fait obstacle à ce que la coopérative accueille des bénéficiaires

¹³⁸⁰ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 27, al. 2.

¹³⁸¹ C. com., art. L. 223-7.

¹³⁸² Loi n° 47-1775, art. 12.

¹³⁸³ S'agissant par exemple des coopératives artisanales, cf. Loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale, art. 11, al. 3.

¹³⁸⁴ Pour un exemple éclairant, formulé avec aplomb et concision : Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2000, n° 98-11.332 ; « Preuve de la qualité d'associé », *Rev. sociétés*, 2001, p. 81, note Y. Guyon.

n'adhérant pas au groupement, de même qu'elle interdit la présence d'apporteurs de capital ne participant pas à l'effort commun. Cette conception fermée mais garante de l'identité coopérative a été écornée par le législateur par une loi « *de modernisation des entreprises coopératives* » adoptée en 1992¹³⁸⁵, qui visait à répondre aux besoins de financement du secteur *via* une forme de libéralisation. Ce compromis avec l'ordre économique a pris concrètement la forme, entre autres dispositions, d'une ouverture à des associés non-coopérateurs, souvent dénommés « investisseurs ». Leur statut est révélateur d'une forme de mise à distance de l'apport en capital, et peut être envisagé comme une qualité d'associé appauvrie qui marque une ouverture prudente. Principalement, la loi de 1947 s'assure qu'ils ne représentent pas plus de 49 % des droits de vote en assemblée générale, et de 35 % pour les associés n'étant pas eux-mêmes des sociétés coopératives¹³⁸⁶. Ils sont confinés à une position inéluctablement minoritaire. Plus soucieux encore des équilibres du pouvoir, le droit des Scop impose que ces associés non-coopérateurs demeurent minoritaires au sein des instances de direction¹³⁸⁷. D'autres dispositions limitent l'aspect patrimonial de la part sociale souscrite hors engagement coopératif : le principe « un homme, une voix », bien que les statuts puissent dans une certaine mesure y déroger¹³⁸⁸, impose ainsi une décorrélation entre quantité de capital détenue et quantité de pouvoir obtenue. De même, la rémunération du capital par l'intérêt plutôt que par le dividende¹³⁸⁹ implique une limitation des perspectives financières aux effets indéniables.

556. Un rapport contrarié au capital. Face à la réforme aux accents libéraux de 1992 et aux débats engendrés quant à l'identité coopérative, il convient de souligner le rapport complexe entretenu par le mouvement coopératif avec la question des apports, et plus largement du capital. La multiplication des instruments capitalistes¹³⁹⁰ (certificats coopératifs d'investissement¹³⁹¹, parts à intérêt prioritaire¹³⁹²) ne s'est pas accompagnée, de l'avis général¹³⁹³, d'une plus grande attraction des investisseurs susceptibles d'apporter une contribution financière en échange d'un gain pécuniaire. L'attraction du modèle capitaliste

¹³⁸⁵ Loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives.

¹³⁸⁶ Loi n° 47-1775, art. 3 bis, al. 2.

¹³⁸⁷ Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, art. 15, al. 2.

¹³⁸⁸ Loi n° 47-1775, art. 3 bis, al. 3.

¹³⁸⁹ Loi n° 47-1775, art. 14.

¹³⁹⁰ Sur ce point : B. Saintourens, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Rev. sociétés*, 1996, p. 1.

¹³⁹¹ Loi n° 47-1775, art. 19 sexdecies et s.

¹³⁹² Loi n° 47-1775, art. 11 bis.

¹³⁹³ D. Hiez, « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, août 2010, n° 317, p. 50. L'auteur évoque « *un succès assez mitigé* » qu'il attribue à une « *inadaptation aux besoins concrets des coopératives* ».

pour le mouvement coopératif paraît ne pas être réciproque, et encourage une approche plus distanciée.

557. Historoie des relations au modèle capitaliste. Là encore, l'histoire renseigne de manière décisive sur des questions qui se sont toujours posées. Bien que désormais éteint au plan juridique, le débat du choix de la forme à emprunter pour les coopératives, entre association et société, a agité la première moitié du XX^{ème} siècle jusqu'à sa conclusion naturelle par la loi de 1947, doublée de l'ouverture de l'article 1832 du Code civil à la réalisation d'économies en 1978¹³⁹⁴. La prétention à se comporter en acteur économique plaide il est vrai pour la forme sociétaire, offrant garanties aux tiers et stabilité statutaire. L'association, plus malléable, est dépourvue en principe de capital : la qualité de membre aurait pu reposer, dans l'uchronie d'une « association coopérative », sur une adhésion comprenant une contribution financière susceptible d'aider la personne morale à faire face à ses engagements. Avec un regard plus large, il est logique de considérer que la double qualité diminue l'importance accordée au capital et aux apports. N'étant plus les seuls déterminants du rapport de la personne morale aux membres, ils se voient contraints de partager une part de la légitimité qu'ils tenaient de la doctrine libérale à travers l'idée de risque. La participation à l'activité de la coopérative que suppose la double qualité, si elle ne saurait supprimer la prise de risque, encourage tout au moins le coopérateur à agir, donc à peser par son activité sur l'aléa, à tel point que c'est l'intérêt social lui-même qui s'en trouve bousculé.

B. L'intérêt social revisité

558. La rencontre des deux qualités du membre de la coopérative a pour effet d'encourager une relecture de la notion d'intérêt social, incessamment débattue par la doctrine en droit des groupements. Cette relecture démontre combien les catégories de pensée classiques s'accordent mal au principe de double qualité, et imposent de repenser le groupement sur d'autres fondements, en questionnant la possibilité d'un rapprochement des intérêts (1) tout en notant la persistance d'intérêts divergents (2).

1. Le rapprochement des intérêts

559. L'intérêt social et les conceptions de l'entreprise. La notion d'intérêt social cristallise en droit français l'opposition des théories de l'entreprise. Un relatif consensus règne

¹³⁹⁴ Sur ces points : D. Hiez, « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, août 2010, n° 317, p. 44 et s.

cependant sur la fonction de l'intérêt social¹³⁹⁵ : parfois décrit comme « boussole »¹³⁹⁶ de la société, il peut être saisi par les juges aux fins de sanctionner des dirigeants coupables d'abus de bien sociaux¹³⁹⁷, ou encore afin de trancher des litiges relevant de l'abus de majorité ou de minorité¹³⁹⁸. Par-delà cette utilité concrète, le contenu du principe interroge : s'agit-il de protéger des abus la collectivité des associés ou actionnaires parties au contrat de société, ou bien de protéger les intérêts plus larges de la personne morale ?

560. Intérêt des coopérateurs. L'approche classique de l'intérêt social par la théorie contractuelle replie la notion sur le seul intérêt des associés ou actionnaires¹³⁹⁹. Ces derniers ont en effet donné vie à la société par l'effet du contrat éponyme et entendent qu'elle remplisse les objectifs fixés à cette occasion, *via* les dispositions statutaires ou par le simple choix de la forme de société dont le but est établi par l'article 1832 du Code civil dans une perspective lucrative. La conjugaison de cette vision avec le principe de double qualité paraît modifier les paradigmes à l'œuvre. La poursuite des intérêts des associés, devient également celle des bénéficiaires ou usagers. Cet état produit deux séries de conséquences. Si l'optique contractuelle confère à l'associé coopérateur une position hégémonique, ce dernier se trouve non seulement porteur d'un double intérêt (correspondant à ses deux qualités) mais il bénéficie au surplus d'un large pouvoir, en tant qu'associé détenteur du capital, dans l'ordre économique. Cette construction théorique a pour effet de construire une divergence d'intérêts nouvelle. Là où l'associé hors coopérative vise la poursuite d'un intérêt facilement identifiable¹⁴⁰⁰, la coopérateur dispose des mêmes prérogatives mais doit trouver un équilibre différent puisqu'il jouit d'une autre qualité. En quelque sorte, le modèle coopératif vu sous l'angle contractuel intériorise la divergence d'intérêts au lieu de la déclarer inopérante, et la fait supporter par les seuls coopérateurs. Ce sont alors les règles spécifiques du droit coopératif qui conduisent les membres à arbitrer en faveur de solutions l'une ou l'autre qualité.

¹³⁹⁵ D. Goffaux-Callebaut, « La définition de l'intérêt social », *RTD com.*, 2004, p. 35.

¹³⁹⁶ A. Pirovano, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D. chr.*, 1997, p. 189.

¹³⁹⁷ Pour une espèce récente : Cass. crim., 29 juin 2016, n° 15-84.228 ; « De l'intérêt social et l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux », *BJS*, 2016, p. 648, note N. Bargue.

¹³⁹⁸ Pour un exemple récent d'abus de majorité : Cass. 3^{ème} civ., 12 nov. 2015, n° 14-23.716 ; « L'abus de majorité lié à l'absence de distribution de bénéfices », *Rev. sociétés*, 2016, p. 526, note E. Schlumberger.

¹³⁹⁹ D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E*, 21 sept. 1995, 488.

¹⁴⁰⁰ Bien que les conflits entre majoritaires et minoritaires suffisent à démontrer de profonds désaccords parmi les collectivités d'associés.

561. Double qualité de coopérateur et intérêt de l'entreprise. La théorie de l'institution insiste sur l'émergence d'un intérêt propre à l'entreprise, qui dépasserait, au service de l'œuvre commune, l'intérêt des seuls associés¹⁴⁰¹. La double qualité constitue dans cette perspective un moyen évident de réduire les divergences qui empêchent ou limitent la construction de l'intérêt de l'entreprise. La sensibilité de l'associé décisionnaire pour le devenir de l'entreprise ne peut en effet qu'être décuplée dans la mesure où il tire lui-même bénéfice de l'activité en qualité d'utilisateur ou de bénéficiaire. Le droit coopératif multiplie les dispositions ayant pour effet de réduire considérablement les prétentions financières ou spéculatives du rapport à la part sociale (impartageabilité des réserves, versement d'un intérêt plutôt que d'un dividende, cession des parts soumise à l'approbation de l'assemblée générale¹⁴⁰²). Corrélativement, les statuts coopératifs font la promotion de l'usage de la qualité de bénéficiaire, par l'engagement contractuel mais aussi par l'indexation de la rémunération sur le volume d'affaires réalisé auprès de la coopérative¹⁴⁰³. Dans une perspective institutionnelle où la divergence d'intérêts est admise pour mieux être dépassée, les principes coopératifs ont donc pour effet de fusionner les intérêts dans un groupe de personnes homogène, et pour objet de fournir des outils afin de guider les choix à réaliser.

562. Irréductibilité du droit coopératif aux théories de l'entreprise. Ces brèves observations conduisent à penser que le droit coopératif pourrait être un moyen de dépasser les clivages doctrinaux traditionnels, renvoyés dos à dos. D'un côté, la théorie contractuelle peine à saisir totalement le principe de double qualité, et perçoit avec difficulté la proximité entre projet économique et inscription dans l'activité. Le fait que les associés aillent au-delà de leur participation en capital constitue un angle théorique difficile à appréhender puisque des contrats d'une autre nature viennent interférer avec le contrat de société. En quelque sorte, la théorie contractuelle inscrit l'activité de la société dans une fonction économique stricte. La double qualité s'écarte de cette lecture univoque en apportant une fonction sociale, détachée du capital. De l'autre côté, la théorie institutionnelle souffre de sa rigidité à l'encontre du contrat. L'ouverture de ce courant à la diversité des intérêts en présence cadre mal avec le projet du droit coopératif d'intégrer ces intérêts au contrat sociétaire, et de régler par les

¹⁴⁰¹ B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D. chr.*, 2004, p. 1682. L'auteur développe : « *Mais pour que ce concept vive, il doit être clairement distingué de l'intérêt des seuls détenteurs du capital. Il doit être admis que l'intérêt de l'entreprise transcende leur intérêt et celui des salariés, et ce, de manière concrète. Les mots ne suffisent pas...* »

¹⁴⁰² Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, articles 16 et 19 s'agissant des réserves, 14 en matière d'intérêt et 11 pour les cessions de parts sociales.

¹⁴⁰³ Loi n° 47-1775, art. 15.

statuts leur prise en compte et leur traitement. Ainsi la théorie institutionnelle se repose sur la possibilité du consensus ou, dans ses versions premières, d'une forme de transcendance. Au contraire, le droit coopératif recherche une mode d'organisation assumant sa fonction sociale, et recourant à l'instrument juridique de l'inscription statutaire.

2. La persistance d'intérêts divergents

563. De la double qualité à la partie prenante. La réunion de deux qualités sur la personne des coopérateurs est susceptible de réduire une part des oppositions entre les intérêts qui se font jour dans l'entreprise. Cependant la lecture des enseignements de la *stakeholders theory* invite à relativiser le constat¹⁴⁰⁴ : la notion de partie prenante ne saurait en effet se résumer aux bénéficiaires de l'activité, malgré leur place centrale. La multiplicité des intérêts portés par ces parties prenantes risque de ne pas être entendue par la collectivité des coopérateurs. Par exemple, le statut de Scop assure que les salariés coopérateurs occupent une position hégémonique dans la gouvernance. Mais les salariés qui ne sont pas titulaires de la qualité d'associé en sont théoriquement écartés au même titre que des salariés hors Scop¹⁴⁰⁵. L'observation des autres familles coopératives démontre que les salariés sont souvent tenus à l'écart des instances de direction, et même de l'assemblée générale. Ces salariés souvent nécessaires au fonctionnement du groupement n'ont que peu de prise sur sa gouvernance, donc sur l'intérêt social et la fonction sociale que l'organisation se propose de poursuivre.

564. Le multi-sociétariat, un modèle spécifique ? Remarquée par la doctrine¹⁴⁰⁶, cette fermeture du modèle coopératif aux parties prenantes a conduit le législateur à proposer des solutions diverses. La plus avancée, désormais bien établie, réside dans le statut de société coopérative d'intérêt collectif (Scic). Cette famille coopérative introduite en 2000 impose en effet d'inclure dans le sociétariat non seulement les bénéficiaires (titulaires de principe de la double qualité) et deux autres catégories de parties prenantes, dont obligatoirement les salariés si la personne morale en emploi¹⁴⁰⁷. Par définition, ce multi-sociétariat se détache de l'homogénéité inhérente à la double qualité. Sont convoqués à participer à la gouvernance des types d'acteurs divers, qui font chacun état d'une forme de double qualité : associés et bénéficiaires, comme le modèle coopératif l'impose ; associés et salariés ; associés et

¹⁴⁰⁴ Cf. *supra* § 282.

¹⁴⁰⁵ La qualité d'associé demeure en effet la condition *sin equa non* de la participation en assemblée générale ; cf. loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, art. 12.

¹⁴⁰⁶ D. Hiez, « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, août 2010, n° 317, p. 58.

¹⁴⁰⁷ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 septies, al. 2.

bénévoles ; ou encore associés et collectivité territoriale impliquée dans l'activité de la coopérative. Le statut de ces groupements peut prévoir une organisation de la gouvernance en collèges électoraux, afin d'en simplifier l'exercice pratique¹⁴⁰⁸. Là où le principe de double qualité se présente comme une exception au droit commun, le modèle de la Scic avance une exception à la double qualité par la promotion d'une multiplicité des doubles qualités, dans une approche résolument novatrice des principes coopératifs, de l'intérêt social à poursuivre¹⁴⁰⁹ et de la fonction sociale à assumer. Reste que le nombre encore assez limité de Scic laisse penser que l'application maximaliste des principes de la *stakeholders theory* demeure marginale.

565. Une incitation purement textuelle à l'intégration des salariés. De manière plus modeste, le droit commun des coopératives envisage également l'implication des salariés hors Scop. Par une retouche cosmétique, le législateur de 2014 a en effet modifié la loi de 1947 et son article 3 bis en faisant directement référence aux salariés comme possibles associés non-coopérateurs¹⁴¹⁰. Le recours à l'adverbe « notamment » n'invite cependant pas à accorder trop d'importance à cette reformulation. Par ailleurs, l'intégration d'associés non-coopérateurs est elle-même une faculté. Sans aller jusqu'au modèle de la Scic, il est frappant de constater que le droit commun coopératif reste largement en retrait quant à l'intégration des salariés, en se tenant éloigné de toute disposition contraignante. La création d'un collège spécifique, ou plus simplement l'intégration d'administrateurs salariés pourraient être des vecteurs innovants pour renouveler l'approche de l'intérêt social et envisager la fonction sociale de l'entreprise sous un angle plus complet. Cependant, ils restent pour l'heure écartés.

566. Conformité aux principes de l'économie sociale et solidaire. Cette absence de contrainte s'accommode mal des proclamations contenues dans la même loi sur l'économie sociale et solidaire, en particulier dans la définition qu'elle établit du secteur. Les entreprises se réclamant de ce « *mode d'entreprendre* » doivent en effet respecter des modalités de gouvernance ambitieuses : « *Une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée*

¹⁴⁰⁸ Loi n° 47-1775, art. 19 octies.

¹⁴⁰⁹ A. Margado, « Scic, Société coopérative d'intérêt collectif », *Recma*, mai 2002, n° 284, p. 26 et s ; D. Plantamp, « La société coopérative d'intérêt collectif et les principes généraux du droit coopératif », *RTD com.*, 2005, p. 465.

¹⁴¹⁰ Loi n° 47-1775, art. 3 bis, al. 1 : « *Les coopératives peuvent admettre comme associés non coopérateurs, dans les conditions et limites fixées par leurs statuts, des personnes physiques, notamment leurs salariés, ou morales qui n'ont pas vocation à recourir à leurs services ou dont elles n'utilisent pas le travail mais qui entendent contribuer notamment par l'apport de capitaux à la réalisation des objectifs de la coopérative.* »

à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise »¹⁴¹¹. Les salariés et plus généralement les parties prenantes doivent donc être associés à la prise de décision, selon des modalités qui, si elles ne sont pas précisées, ne doivent pas s'arrêter à la contribution au capital. À nouveau, l'absence de force contraignante interroge : seules les sociétés commerciales souhaitant faire état de leur appartenance à l'économie sociale et solidaire sont soumises à cet impératif¹⁴¹². Au contraire, les entreprises relevant des statuts classiques de l'économie sociale, accueillies par principe, n'ont pas à apporter la preuve du respect de ces dispositions¹⁴¹³.

567. Incitation par un programme d'engagements volontaires. Le dernier levier de droit positif qui semble en mesure d'aider au dépassement des limites de la double qualité à l'égard des parties prenantes est le « *guide des bonnes pratiques* » du secteur de l'économie sociale, qui trouve son origine dans l'initiative du législateur à l'article 3 de la loi de 2014. Parmi les thèmes évoqués se trouvent les « *modalités effectives de gouvernance démocratique* » qui renvoient implicitement aux principes avancés dans la définition du secteur. Ce guide contient des pages constructives relatives à la « *concertation dans l'élaboration de la stratégie de l'entreprise* »¹⁴¹⁴ qui encouragent les entreprises récipiendaires à s'engager dans une gouvernance innovante et soucieuse des intérêts des diverses parties prenantes. Il insiste sur la nécessité de donner à ces dernières les moyens d'une contribution efficace. Il est cependant notable que ces bonnes pratiques ne mentionnent pas la voie d'accès de ces parties prenantes aux organes de gouvernance : doit-il plutôt se faire au travers d'un sociétariat élargi, à la manière des Scic ? Ou au contraire, cette intégration peut-elle se construire sans lien avec la possession de capital, dans une version pluraliste et généralisée de la représentation des salariés dans les organes des plus grandes sociétés ?

568. Limites d'un recours à la *soft law*. Ces propositions se présentent sous l'angle d'une *soft law* et de principes généraux qui, à nouveau, ne sont accompagnés d'aucune sanction face au défaut de mise en œuvre¹⁴¹⁵. Elles ne garantissent aucunement de véhiculer efficacement la

¹⁴¹¹ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, I, 2°.

¹⁴¹² Loi n° 2014-856, art. 1, II, 2°, a.

¹⁴¹³ Loi n° 2014-856, art. 1, II, 1°.

¹⁴¹⁴ Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire, *Notice détaillée du guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, juin 2016, p. 11 et s. Disponible sur <http://www.esspace.fr/files/pdf/diess-bro-a4-notice.pdf> [Consulté le 6 janvier 2017.]

¹⁴¹⁵ Relativement à la problématique du degré de contrainte : H. Durand, « Le principe « *comply or explain* » appliqué aux entreprises sociales et solidaires : se conformer, sans pouvoir se justifier », *D. chr.*, 2014, p. 1645.

fonction sociale du groupement. Un premier bilan de leur application doit être tiré trois ans après la diffusion du guide (à l'été 2019) et sur la base des informations fournies par les entreprises elles-mêmes au sujet de leurs pratiques¹⁴¹⁶. Ce retour d'expériences pourrait permettre d'y voir plus clair sur la réalité de l'implication des entreprises du secteur dans l'association des parties prenantes à la gouvernance, et son écho pourrait, à lui seul, constituer une forme d'avertissement. Il s'agit d'un aspect important de la conception démocratique défendue par les familles composant l'économie sociale.

§ 2. Un processus délibératif démocratique

569. Mise en avant par le mouvement coopératif et plus largement par l'économie sociale et solidaire, la gouvernance démocratique constitue un élément fondamental de la présentation de ces entreprises « *non-capitalistes* ». En effet, cette dimension démocratique dessine à la fois un rapport spécifique au pouvoir exercé, et reconfigure les fondements capitalistes de ce pouvoir, remettant en cause la fonction économique de l'entreprise en tant que justification du pouvoir pour lui substituer une conception fondée sur une fonction sociale. Elle doit être étudiée dans son principe (A) et sous l'angle de ses limites (B).

A. Le principe « un homme, une voix »

570. Principe fondateur du droit coopératif, le « un homme, une voix » constitue avant tout une garantie du pouvoir de l'utilisateur ou du bénéficiaire face à l'investisseur, dans la ligne du principe de double qualité. Il peut se concevoir sous l'angle d'une mise à l'écart de l'approche par le risque économique propre à une conception libérale de la société (1) et comme un mode de prise de décision original (2).

1. Les fondements alternatifs du pouvoir au sein du groupement

571. Apport et pouvoir en droit commun. Élément central du droit commun des sociétés, la notion d'apport traduit l'accès à la qualité d'actionnaire ou d'associé et constitue par suite, aux termes de l'article 1844 du Code civil¹⁴¹⁷, le fondement de la participation de l'associé aux prises de décision dans le cadre de l'assemblée générale. Mais au-delà de l'accès à la vie juridique de la figure de l'associé, et de ses droits politiques avec elle, l'apport permet dans la société par actions de régler la répartition des pouvoirs entre les membres associés, selon un principe dit proportionnel : s'établit ainsi dans la société anonyme le principe selon lequel à

¹⁴¹⁶ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 3, II et III.

¹⁴¹⁷ Lequel dispose en son premier alinéa : « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.* »

chaque part sociale ou action est attachée une voix¹⁴¹⁸. Par conséquent, le pouvoir détenu est proportionnel à la quantité de capital détenue par chaque associé. Il s'agit là d'un marqueur de la fonction économique de la personne morale : la corrélation entre détention de capital et pouvoir assure que les décisions prises soient appuyées sur une rationalité économique nette.

572. Opposition du principe démocratique. Au contraire, le modèle coopératif a pour fondement le principe « un homme, une voix », qu'il conviendrait d'ailleurs de renommer « une personne, une voix » dans la mesure où des personnes morales sont admises au capital des sociétés coopératives dans les mêmes conditions que des personnes physiques. Fondé sur l'article 4 de la loi de 1947 (dont la rédaction n'a pas évolué), ce principe est historiquement proclamé sous la forme de « *droits égaux dans la gestion* », au sens où ceux-ci sont détachés de la quantité de capital détenue par chacun des membres. Cette formulation est renforcée par la nouvelle rédaction plus programmatique¹⁴¹⁹ de l'article 1^{er} qui mentionne explicitement l'idée de gouvernance démocratique, et précise que la principale modalité de cette gouvernance consiste dans le fait que chaque membre dispose d'une voix¹⁴²⁰. Retenant la même logique, le droit communautaire mentionne également avec la plus grande clarté le fait que chaque membre de la société coopérative européenne « *dispose d'une voix, quel que soit le nombre de parts qu'il détient* »¹⁴²¹.

573. La voix, de la part sociale vers la personne. Que signale ce mouvement de la voix rattachée à la part sociale ou l'action, vers la voix rattachée à la personne membre du groupement ? Le droit commun fait une large place à la logique de risque économique, donc à la fonction économique du groupement, laquelle prétend expliquer le comportement des membres du groupement pour mieux régler leurs rapports¹⁴²². Pour expliquer le fondement du lien entre pouvoir conféré et apports (*via* la quantité de capital détenue), il a été non sans logique défendu que le plus gros apporteur prenait le risque le plus grand de voir l'affaire échouer ou décevoir, eu égard à sa contribution aux pertes, et qu'il était dans le cas contraire le plus susceptible d'en tirer bénéfice par le dividende (rattaché au nombre de parts) comme par le partage à la dissolution¹⁴²³. Pour ces raisons, les apporteurs membres devaient être

¹⁴¹⁸ C. com., art. L. 225-122 s'agissant des sociétés anonymes ; C. com., art. L. 223-28 s'agissant des SARL.

¹⁴¹⁹ En ce sens : S. Grandvillain, « La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et le droit coopératif », *JCP E*, 25 sept. 2014, 1478, p. 20.

¹⁴²⁰ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 1, al. 3.

¹⁴²¹ Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), art. 59, al. 1.

¹⁴²² *Cf. supra* § 16.

¹⁴²³ En vertu de l'article 1844-1 du Code civil.

promus en décisionnaires à due proportion de leurs apports respectifs, sauf à contracter en un sens différent¹⁴²⁴. Suivant cette logique, le plus impliqué financièrement assume la plus grande part de la prise de décision, mais en subit aussi les plus importantes conséquences. Il est le garant de la rationalité économique des décisions prises et de la poursuite de la fonction économique du groupement.

574. Le pouvoir hors le risque. Le rattachement du droit de vote à la personne a pour effet de défaire le lien avec le risque pris au plan économique. Par hypothèse, le système égalitaire implique que celui qui risque beaucoup en cas d'échec eu égard à son engagement au capital de la personne morale dispose du même pouvoir dans la gestion que celui qui prendrait un risque plus limité. Outre ce lien distendu, la notion de risque elle-même est modifiée : le risque de perte demeure dans les mêmes conditions qu'en droit commun, mais en parallèle, les perspectives de gain sont largement déconnectées du capital détenu, en raison de la combinaison entre ristourne coopérative accordée en fonction du volume d'activité, réserves impartageables et dissolution altruiste. C'est ainsi que la dimension communautaire du groupement prend le pas sur sa dimension patrimoniale, comme l'ont démontré les développements relatifs à une véritable « *communauté d'intérêts* ». Dans celle-ci, les calculs individuels d'utilité économique de l'*homo œconomicus* sont écartés au profit d'une délibération démocratique ressemblant au plan théorique à celle d'une démocratie politique. C'est bien la fonction économique du groupement qui cède la pas à une fonction sociale plus marquée.

575. Fondement du pouvoir en coopérative ? Si le risque économique est écarté comme déterminant des rapports entre membres de la coopérative, il est important de s'interroger sur ce qui, juridiquement, permet de constituer une légitimité alternative. Par définition, le choix démocratique est celui, majoritaire, donc du plus grand nombre. Il s'exprime dans le droit coopératif (hors les exceptions que la loi de 1947 et les lois de certaines familles de coopératives ménagent, et que les statuts peuvent mobiliser) sans discrimination de poids patrimonial dans le capital social du groupement, et sans distinction au regard de la participation à l'activité. Sur le front politique, le droit commun des coopératives préfère ne pas trancher entre les dimensions de la double qualité, et aucune n'est avantagée¹⁴²⁵. Au

¹⁴²⁴ Ce que permet le même article.

¹⁴²⁵ Tout au plus convient-il de relever que par l'effet de la loi de 1992, l'associé non-coopérateur est favorisé car mis en position de participer à la prise de décision, là où le tiers participant non-sociétaire reste exclu.

contraire, la solution est une égalité de principe entre les membres, recentrée sur la dimension humaine du groupement.

2. De nouveaux équilibres pour la prise de décision

576. Dynamique décisionnelle en assemblée générale. Dans l'hypothèse d'un strict respect du principe d'égalité entre les membres et d'une gouvernance démocratique, la principale différence avec une société de droit commun réside dans l'impossibilité de toute prise de contrôle à fondement capitalistique. En effet, le principe de la société par actions autorise qu'une personne seule dispose d'une grande part du capital, pouvant dépasser la moitié de celui-ci, donc d'une influence forte voire d'un contrôle total sur les décisions prises par l'assemblée générale, et par là sur les grandes orientations de la société¹⁴²⁶. Au contraire, le principe démocratique oblige à obtenir l'assentiment majoritaire (en nombre et non en capital) des personnes membres pour l'adoption des décisions. Il implique par conséquent un travail de conviction, ainsi que la construction d'un relatif consensus autour des orientations retenues. Il rend la décision objet d'un débat qu'écarte le plus souvent l'approche rationnelle postulée par une fonction économique plus marquée.

577. Démocratie représentative. L'idéal démocratique porté par le statut coopératif n'en est pas moins assis sur un modèle représentatif. La loi de 1947 mentionne avec clarté la personne des membres du conseil d'administration ou de surveillance, dont le rôle de représentation de la personne morale n'est pas explicité, mais qui sont désignés aux fins de porter devant les membres le rapport annuel sur l'activité et les comptes soumis à leur approbation¹⁴²⁷. Le lien unissant ces administrateurs à la collectivité des associés est semblable à celui que connaît le droit commun des sociétés : l'assemblée générale dispose du pouvoir de nomination et de révocation *ad nutum*¹⁴²⁸, et le texte de la loi de 1947 recourt à la dénomination de « *mandataire* » pour désigner leur position juridique¹⁴²⁹. Le cas des coopératives ne diffère pas en ce sens du droit commun et des débats qui l'habitent¹⁴³⁰ : érigé légalement et rendu obligatoire, l'administrateur paraît s'éloigner du mandat de droit civil

¹⁴²⁶ Sur la notion de contrôle : M.-P. Blin-Francomme, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse, Toulouse, 1998 ; M. Bertrel, « La détention du contrôle d'une société commerciale relève-t-elle vraiment du droit civil ? », *RTD civ.*, 2013, p. 759.

¹⁴²⁷ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 8.

¹⁴²⁸ Loi n° 47-1775, art. 6., al. 1.

¹⁴²⁹ Selon les termes du même article 6, *in limine* : « *Les coopératives sont administrées par des mandataires (...)* ».

¹⁴³⁰ J.-P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », *in Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 141 et s.

pour assumer un rôle institutionnel. Pour autant, les conditions d'exercice de sa tâche et sa relative soumission envers l'assemblée générale en font un mandataire désigné.

578. Prééminence de l'assemblée générale. La multiplicité des influences qui pèsent sur le droit coopératif émerge parfois à la lecture de ses dispositions organisationnelles. Il en va ainsi d'une dimension autogestionnaire, qui se trouve renforcée par la nature contractuelle de l'organisation. En effet, la loi de 1947 écarte *a priori* toute répartition de principe des compétences entre assemblée générale et administrateurs. Elle renvoie aux statuts pour organiser ce partage¹⁴³¹. La matière contractuelle est donc libre d'adapter le mode de fonctionnement du groupement au contexte et aux volontés de ses membres, tout en obéissant aux structures imposées (par exemple le choix entre structure dualiste ou moniste quand est empruntée la forme de société anonyme). Dans l'absolu, la volonté des associés de s'impliquer dans la gestion peut déboucher sur une forte réduction des pouvoirs des administrateurs mandataires, au profit d'une logique de démocratie directe. Au contraire, les statuts peuvent s'appuyer sur l'organisation des pouvoirs dans la société anonyme et conférer un rôle étendu aux administrateurs. En cas de silence, l'appui de la société coopérative sur une forme de société de droit commun commande de se tourner vers ce droit pour définir les prérogatives des dirigeants, et donner une coloration plus classique à l'organisation du groupement.

579. Spécificités de la fonction d'administrateur en coopérative. Dans un ordre d'idées semblable, les fonctions d'administrateur en coopérative échappent au droit commun. Récemment proclamée par le législateur¹⁴³², la gratuité de la fonction d'administrateur a pu être saluée par une doctrine soucieuse de l'implication de l'administrateur et d'une démarcation avec le droit commun¹⁴³³. De fait, le dispositif juridique mis en place présente des garanties : outre l'autorisation classique du remboursement de frais, toute indemnisation doit obéir à une compensation pour le temps consacré aux fonctions, favorisant l'engagement de l'élu plutôt que des postures intéressées. Cette incitation à l'engagement peut prendre également la forme, dans certaines familles coopératives, d'une limitation de la possibilité de recourir à des administrateurs extérieurs, choisis hors les associés. Particulièrement appuyé en

¹⁴³¹ Loi n° 47-1775, art. 7, lequel mentionne en tant que matière des statuts le « *mode d'administration, en particulier les décisions réservées à l'assemblée générale, les pouvoirs des administrateurs ou gérants, les modalités du contrôle exercé sur ses opérations au nom des associés (...)* ».

¹⁴³² Loi n° 47-1775, art. 6, al. 2.

¹⁴³³ D. Hiez, « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p. 157.

droit des Scop¹⁴³⁴ où les administrateurs extérieurs ne peuvent représenter plus du tiers des mandats, ce principe permet d'assurer dans une certaine mesure que les dirigeants « fassent corps » de manière plus étroite avec la collectivité qui les a désignés. Une obligation stricte de choisir les dirigeants parmi les associés est également connue des coopératives de commerçants détaillants¹⁴³⁵. Les statuts coopératifs peuvent, en parallèle, faire le choix d'un vote à bulletin secret s'agissant des nominations et révocations¹⁴³⁶. Obligatoire jusqu'à la loi de modernisation et de libéralisation de 1992, ce vote secret peut constituer une assurance pour la sérénité de l'expression des membres : il permet que les relations interpersonnelles, supposément plus fortes et fréquentes en coopérative que dans une société par actions, n'interfèrent pas trop sur les choix des associés.

580. Ambiguïté des assemblées de sections. Enfin le droit coopératif fournit les outils d'une construction sérieuse de la décision collective y compris quand des situations pratiques la rendraient complexe. Le principe de vote par collègue déjà observé en matière de Scic se rapporte à la possibilité reconnue dès 1947 de recourir au vote par assemblées de sections¹⁴³⁷. Il s'agit d'un moyen en principe efficace pour assurer une participation optimale en présence d'un trop grand nombre d'associés, ou face à leur éparpillement géographique. Pourtant, cette possibilité de bon sens s'accompagne de modalités pratiques discutables : la loi-cadre reste muette sur la possibilité ou l'obligation de pondérer le poids des délégués représentant chaque section en fonction du poids (en nombre d'inscrits, ou plus fidèlement à la réalité, de participants) de chaque assemblée. Si certaines familles ont relayé cet impératif de pondération (en particulier, à nouveau, le droit des Scop¹⁴³⁸, mais également celui des coopératives agricoles¹⁴³⁹), le champ d'application demeure mal défini. Or en l'absence de pondération, le souci coopératif vis-à-vis de l'idéal démocratique s'avère précaire, rendant possibles des constructions d'assemblées déséquilibrées accordant un pouvoir exorbitant aux « grands électeurs » qui les représentent. Bien que marginal à l'échelle de l'ensemble du droit coopératif, cet élément suffit à expliquer que le principe « une personne, une voix » ne s'exprime pas en toute hypothèse avec la pureté qui semble le caractériser.

¹⁴³⁴ Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, art. 15, al. 2.

¹⁴³⁵ C. com., art. L. 124-6.

¹⁴³⁶ Loi n° 47-1775, art. 8.

¹⁴³⁷ Loi n° 47-1775, art. 10, al. 3 ; cf. H. Azarian, « Les assemblées de section et le droit de vote dans les sociétés coopératives et les associations », *D. stés*, déc. 2001, chr. n° 22.

¹⁴³⁸ Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, art. 13.

¹⁴³⁹ C. rur., art. R. 524-16.

B. Les limites du principe de gouvernance démocratique

581. La revendication du principe démocratique par les acteurs de l'économie sociale et solidaire n'efface pas les limites que sa mise en œuvre peut occasionner. Elles se rencontrent dans le système coopératif lorsqu'il fait face à la nécessité de s'ouvrir à des modes de financement et de fonctionnement capitalistes (1) mais également dans les mutuelles et associations où la mise en place d'une démocratie réelle peut être difficile (2).

1. Les investissements coopératifs

582. L'ouverture aux investisseurs extérieurs. Renonçant au principe d'exclusivisme en vertu duquel les coopératives devraient être seulement composées d'associés coopérateurs, le législateur français, par la loi de modernisation des coopératives de 1992, a permis l'entrée d'investisseurs non-coopérateurs au capital des sociétés coopératives¹⁴⁴⁰. Cette mesure s'accompagne d'un premier effet : elle ouvre à des personnes extérieures à l'activité un droit de regard et de participation à la prise de décision. Les délibérations de l'assemblée générale sont dès lors marquées par l'intervention de personnes qui ne peuvent pas disposer de la même appréhension de la « *satisfaction des besoins économiques et sociaux* »¹⁴⁴¹ que les coopérateurs : contrairement aux coopérateurs cherchant la poursuite d'une mixité de fonctions entre l'économique et le social, ces investisseurs sont repliés sur une lecture économique des situations. Le principe démocratique est alors perturbé par cette divergence d'intérêts entre coopérateurs et investisseurs.

583. Influence des investisseurs. L'objectif de modernisation poursuivi par la loi de 1992 constitue une réponse aux attentes d'un mouvement coopératif en quête de nouvelles sources de fonds propres face à d'évidentes problématiques de financement. Si l'ouverture juridique aux investisseurs est indispensable pour qu'ils puissent être invités à entrer ... elle paraît largement insuffisante pour atteindre de ses objectifs. Elle s'accompagne par conséquent de la création de titres financiers¹⁴⁴², et d'une possibilité d'indexation des droits politiques des investisseurs sur la quantité de capital détenue¹⁴⁴³. Véritable exception au principe « une personne, une voix », cette disposition a été présentée comme un moyen d'attirer les investisseurs soucieux de pouvoir influencer voire contrôler l'action de la coopérative en

¹⁴⁴⁰ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 3 bis, al. 1.

¹⁴⁴¹ Pour reprendre les termes définissant la coopérative à l'article premier de la même loi de 1947.

¹⁴⁴² Cf. D. Hiez, « Les instruments de fonds propres des coopératives : vingt ans d'innovation législative », *Recma*, 2005, n° 295, p. 20 ; et *infra* § 614 et s.

¹⁴⁴³ Loi n° 47-1775, art. 3 bis, al. 3.

échange de leur participation au capital ; elle fait cependant courir un risque de dénaturation des principes fondateurs du mouvement coopératif.

584. Encadrement législatif de l'influence des investisseurs. Tout en permettant cette brèche dans le principe démocratique, le législateur s'est montré soucieux d'en borner les effets au travers d'une limitation à 49 % (si les investisseurs sont eux-mêmes des sociétés coopératives) ou à 35 % (dans le cas contraire) du poids des investisseurs dans le vote en assemblée générale¹⁴⁴⁴ quand bien même leur détention de capital dépasserait ces quotités. Cette disposition garantit aux coopérateurs de rester majoritaires ; elle n'empêche pas un profond renoncement aux objectifs coopératifs porteurs d'une fonction sociale, en particulier aux dimensions démocratique et a-capitaliste. Concrètement mise en œuvre dans le cadre des statuts, cette possibilité d'asseoir le droit politique sur le capital oblige les coopérateurs à un choix unanime au cas où l'investisseur extérieur s'opposerait à leur position. Quant au fait que ces dispositions trouvent leur place dans les statuts et n'aient rien d'impératif, il est possible d'imaginer des situations où l'investisseur ferait précisément de cette exception statutaire la condition de son engagement, rendant *de facto* la mesure obligatoire sous la contrainte économique.

585. La filialisation, instrument capitaliste maximaliste. Plus dangereux encore pour les principes de l'économie sociale, le phénomène de filialisation s'est largement développé dans le monde coopératif, en dépit de l'absence d'intervention législative encadrant ses formes. La pratique coopérative a en effet trouvé là un moyen privilégié de recours aux instruments capitalistes afin d'assurer son financement ou la diversification de ses activités, plus efficace (et surtout nullement édulcoré) que les dispositions d'« ouverture » du droit coopératif¹⁴⁴⁵. Le fondement juridique de cette filialisation relève simplement du droit commun¹⁴⁴⁶ : dans son expression la plus élémentaire, elle consiste pour une coopérative à disposer de plus de la moitié du capital social de la société filiale ... interdisant que cette dernière revête elle-même le statut de coopérative, sans quoi la coopérative « mère » ne pourrait en détenir que 49 % !

586. Exclusion des principes coopératifs dans la société filiale. La séparation des personnes morales, inhérente au phénomène de contrôle de la filiale, et l'impossibilité de

¹⁴⁴⁴ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 3 bis, al. 2 et 4.

¹⁴⁴⁵ En ce sens : D. Hiez, « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, 2010, n° 317, p. 57.

¹⁴⁴⁶ C. com., art. L. 233-1.

créer celle-ci sous forme coopérative constituent une brèche dans les principes coopératifs¹⁴⁴⁷. En prenant une part du capital de la société fille, les coopérateurs agissant par leur propre société mère s'engagent dans un groupement capitaliste, se soumettant aux règles selon lesquelles l'apport en capital consacre le poids politique, et poursuivant à partir d'une personne morale vouée à une fonction sociale des méthodes matérialisant une fonction purement économique des outils sociétaires. C'est précisément en raison de cette règle capitaliste que la coopérative peut contrôler entièrement la filiale ; toute forme de gouvernance démocratique est donc fatalement écartée¹⁴⁴⁸.

587. Propositions de limitation des filialisations. Répondant à ce qui ressemble à une dénaturation des principes coopératifs, une partie de la doctrine a pu plaider dans le sens d'une illégalité de ces montages sociétaires¹⁴⁴⁹. Malheureusement, en l'absence d'interdiction formelle énoncée par le législateur, le recours à la filialisation demeure fondé au plan juridique. D'autres auteurs ont en conséquence appelé à un encadrement plus strict de ces filialisations. Sans demander l'interdiction d'une pratique déjà largement étendue, ces propositions empruntent des directions diverses : par exemple, la restriction de la filiale à des activités accessoires à celles de la coopérative mère (prohibant *de facto* les *holding* coopératives) ou l'intégration des coopérateurs et de certains principes coopératifs dans la gouvernance de la filiale¹⁴⁵⁰. Plus modestement, a pu être envisagée l'adoption d'une charte des groupes coopératifs fixant un ensemble de bonnes pratiques, accompagnée de la mise en place d'administrateurs indépendants au sein des filiales, chargés spécifiquement de contrôler leur gouvernance et leur respect des principes coopératifs¹⁴⁵¹. Il est également possible de souhaiter un usage plus avancé de la révision coopérative : sa généralisation dans le cadre de la loi de 2014¹⁴⁵² est un premier pas, qui mériterait d'être complété par la mention expresse de la question des filiales parmi les matières objet de révision.

588. Une frilosité législative. Face à ces demandes, le législateur est resté sourd en 2014, sensible aux remontées des entreprises les plus puissantes du secteur qui usent et parfois

¹⁴⁴⁷ L. Gros, « Propositions pour un contrôle de la filialisation dans les groupes coopératifs », *Recma*, 2009, n° 311, p. 36.

¹⁴⁴⁸ Pour une observation : F. Soulage, « De la difficulté de concilier contrôle et démocratie », *Recma*, 2003, n° 287, p. 7.

¹⁴⁴⁹ S. De Vendeuil, « Les entreprises coopératives se modernisent », *JCP E*, 24 sept. 1992, 100213, p. 55. L'auteuré déduit de l'ouverture aux instruments capitalistes à la fois l'inutilité et l'interdiction du recours aux filiales.

¹⁴⁵⁰ En ce sens : D. Hiez, « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, 2010, n° 317, p. 57.

¹⁴⁵¹ L. Gros, *op. cit.*, p. 38 et s.

¹⁴⁵² Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 25-1 et s.

abusent du recours aux instruments capitalistes. Le mode d'action privilégié par la loi relative à l'économie sociale et solidaire repose sur une refonte et une clarification des dispositifs d'intercoopération que sont les unions de coopératives¹⁴⁵³. Si leur soumission à la révision coopérative et leur inscription dans la forme et les principes coopératifs sont d'indéniables points positifs, la question de l'incitation que font peser ces mesures dans le sens d'une « coopératisation » des filiales par les groupes coopératifs reste entière. Elle n'incite pas à l'optimisme.

2. La gouvernance mutualiste et associative

589. La diversité mutualiste. Relevant d'une histoire en partie commune à celle des groupements coopératifs¹⁴⁵⁴, les mutuelles s'en éloignent au plan juridique (en particulier dans les conséquences de leur absence de capital) tout en partageant certains traits communs, au premier rang desquels le recours au principe « une personne, une voix ». Parmi ces groupements, une différenciation doit être opérée : certains relèvent en effet du Code de la mutualité¹⁴⁵⁵, tandis que d'autres, qualifiées de sociétés d'assurance mutuelles, voient leurs règles de fonctionnement partiellement établies dans le Code des assurances. S'agissant de ces dernières, le législateur est intervenu récemment pour affirmer ou réaffirmer la prévalence du principe « une personne, une voix »¹⁴⁵⁶, démontrant par là que la dimension démocratique n'était pas forcément chose acquise. Plus structurées, les dispositions du Code de la mutualité jouissent d'une fixité qui semble établir plus fortement la même idée¹⁴⁵⁷.

590. Une démocratie mutualiste « médiatisée » ? Malgré la proclamation des principes, le mode de fonctionnement des mutuelles mérite d'être analysé. Celui-ci s'articule autour de la figure de l'adhérent, acquérant sa qualité de membre du groupement par la cotisation. Si ces derniers sont présumés constituer l'essentiel de l'assemblée générale, structure de base de la vie démocratique de ces groupements, une ouverture est assurée à deux autres types d'acteurs : les membres honoraires contribuant financièrement sans disposer de la qualité

¹⁴⁵³ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 5 ; sur ce point, cf. D. Hiez, « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p. 159 et s.

¹⁴⁵⁴ A. Gueslin, *L'invention de l'économie sociale : idées, pratiques et imaginaires coopératifs et mutualistes dans la France du XIX^e siècle*, Economica, 2^{ème} éd., 1998.

¹⁴⁵⁵ C. mut., art. L. 111-1, lequel les définit comme « des personnes morales de droit privé à but non lucratif » qui « mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie ».

¹⁴⁵⁶ C. assur., art. L. 322-26-1-1.

¹⁴⁵⁷ C. mut., art. L. 114-6, al. 4.

d'adhérent, ainsi que les salariés de la mutuelle, assimilés eux à des membres participants classiques¹⁴⁵⁸. Le principal problème rencontré par les mutuelles s'agissant du respect du principe démocratique tient à leur taille qui rend illusoire l'exercice d'une démocratie directe et concrète. La faible participation des adhérents (malgré les possibilités de représentation ou de vote par correspondance) est un élément majeur. Il découle cependant d'une logique plus large : le fort phénomène de concentration qu'a connu le secteur a conduit à des organisations démocratiques de type pyramidal, les adhérents s'éloignant des questions opérationnelles et se contentant d'envoyer des délégués dans les instances supérieures ou les unions de mutuelles. Le principe démocratique subit de plein fouet ces regroupements et le « *déplacement des centres de décision* »¹⁴⁵⁹ qui l'accompagne le plus souvent. L'expression « *démocratie médiatisée* » a été utilisée dans un appel à une revitalisation des sections locales¹⁴⁶⁰. Plus que le droit et les principes, c'est la pratique des mutuelles et des mutualistes qui doit être reconsidérée¹⁴⁶¹.

591. Liberté contractuelle associative. L'association présente de son côté un caractère résolument contractuel, entretenu par la lacunaire loi du 1^{er} juillet 1901¹⁴⁶². Tout interventionnisme législatif étant exclu sur ces questions¹⁴⁶³, les sociétaires restent libres d'organiser le vote, et plus généralement le groupement à leur idée. Des organes de gouvernance et leurs pouvoirs à la division des assemblées générales en sections, jusqu'à conférer aux membres des droits de vote différenciés¹⁴⁶⁴, la pratique est faite de diversité¹⁴⁶⁵. Ces modalités ne touchent pas seulement la prise de décision elle-même ; elles s'intéressent également aux modalités de l'information ou au rythme des assemblées générales.

592. Une démocratie associative ? Pour ces raisons il apparaît impossible de dresser un portrait type de la démocratie appliquée à l'association. Les interventions jurisprudentielles,

¹⁴⁵⁸ C. mut., art. L. 114-6.

¹⁴⁵⁹ H. Vincent, « La mutualité française dans l'Union Européenne : nouveau contexte, nouveaux défis », *Recma*, 2006, n° 300, p. 71.

¹⁴⁶⁰ M. Del Sol, « Les mutuelles de santé : entre logique concurrentielle et éthique solidariste », *RDSS*, 2003, p. 81.

¹⁴⁶¹ Plus généralement, sur la question de l'évolution de l'idée mutualiste : A. Supiot, « Mutualisation : de quoi parlons-nous ? », *D. chr.*, 2016, p. 726.

¹⁴⁶² Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 1 : « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations.* »

¹⁴⁶³ Y. Guyon, « Les insuffisances de la démocratie à l'égard des membres de l'association. Les insuffisances dans les conditions normales de fonctionnement de l'association », *Rev. sociétés*, 2001, p. 735.

¹⁴⁶⁴ Cass, 1^{ère} civ., 25 avr. 1990, n° 88-19.320 ; *RTD com.*, 1991, p. 249, note E. Alfandari.

¹⁴⁶⁵ H. Durand, *La gouvernance des associations*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2015.

nombreuses et souvent appelées suite à des mésententes entre sociétaires, tendent à veiller au respect d'un minimum de droits pour les sociétaires, à l'application des dispositions statutaires, à la défense de l'intérêt collectif visé par les statuts quand celui-ci est mis en danger, ou fournissent des interprétations fondées sur le droit commun des sociétés dans le silence des statuts¹⁴⁶⁶ ; mais elles n'entrent pas en jeu pour brider la pratique. Tant et si bien que le principe « une personne, une voix », pas même évoqué par la loi de 1901, ne peut être déduit que de l'absence de capital (laquelle empêche de trouver une autre clé de répartition du pouvoir) et de l'absence de clause statutaire contraire.

593. Subsidiarité d'un droit commun de l'économie sociale et solidaire. Face à des exemples multiples d'insuffisances des structures de l'économie sociale en matière de démocratie, le droit promu par le législateur de 2014 paraît doté d'une valeur plus symbolique que contraignante. Comme cela a été précisé, la référence de l'article 1^{er} de la loi de 2014 à la « *gouvernance démocratique* »¹⁴⁶⁷ constitue une obligation pesant plus fortement sur les sociétés commerciales candidates à l'entrée dans le secteur, que sur les groupements répondant aux statuts historiques, admis de droit.

594. Une « bonne pratique » démocratique ? Là encore, c'est le renvoi au guide des bonnes pratiques de l'économie sociale et solidaire qui se montre le plus éclairant. Il fait de la gouvernance démocratique la première de ses entrées, tendant à prouver l'importance du principe¹⁴⁶⁸. Pourtant, sa déclinaison des modalités de cette gouvernance est éclairante. Explicitement mentionné, le principe « une personne, une voix » n'est évoqué que parmi un grand nombre d'outils et d'idées présumés utiles pour atteindre l'objectif : équilibre et séparation des pouvoirs, représentativité des dirigeants, clarté des règles formelles, ou encore prévision de mécanismes correctifs. Preuve est sans doute faite au travers de cette approche que si la règle « une personne, une voix » est le fondement de la démocratie dans l'économie sociale, la construction d'une véritable « *culture démocratique* » passe par d'autres outils que la pratique se doit de mobiliser afin de garantir que le pouvoir de décision dans ses groupements reflète une véritable fonction sociale.

¹⁴⁶⁶ En ce sens : I. Urbain-Parleani, « Les insuffisances de la démocratie à l'égard des membres de l'association. Les remèdes judiciaires », *Rev. sociétés*, 2001, p. 768.

¹⁴⁶⁷ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, I, 2°.

¹⁴⁶⁸ Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire, *Notice détaillée du guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, juin 2016, p. 5 et s. Disponible sur <http://www.esspace.fr/files/pdf/diess-bro-a4-notice.pdf> [Consulté le 12 janvier 2017.]

Section 2 : L'économie des groupements de l'économie sociale

595. Bien que la structuration spécifique des rapports de pouvoir soit une dimension fondamentale du fonctionnement des coopératives (comme plus généralement des entreprises de l'économie sociale), la forme de société qu'elles empruntent les définit aussi en tant qu'acteurs économiques. L'organisation de ces groupements implique donc également des enjeux économiques, qui s'expriment aussi bien dans le rapport des membres à l'organisation que dans les rapports entre membres. Le traitement de ces enjeux économiques par le droit des coopératives est révélateur de leur fonction sociale. Ces règles originales permettent de définir comment se partage la valeur créée (**Paragraphe 1**) et ouvrent la possibilité d'une caractérisation de ces groupements (**Paragraphe 2**).

§ 1. Un partage original de la valeur créée

596. Le droit coopératif fait peser des contraintes plus importantes que le droit commun sur la répartition de la valeur créée. Celle-ci est en effet en partie soustraite au pouvoir décisionnel de l'assemblée générale en raison de la conjonction des deux principes forts que sont l'impartageabilité des réserves (A) et la rémunération limitée du capital (B).

A. Le principe des réserves impartageables

597. Mode de gestion mêlant fonction économique, sociale et gouvernance, la réserve impartageable constitue une garantie que la coopérative puisse s'établir dans la durée (1) et un appui pour inscrire le groupement dans des logiques collectives voire communes (2).

1. La réserve impartageable facteur pérennité de l'entreprise

598. Généralité du principe. Évoqué dès l'article premier de la loi de 1947, le principe de la réserve impartageable (parfois appelé principe d'indisponibilité des réserves) s'y manifeste sous une forme édulcorée, le législateur ayant préféré désigner les excédents comme « *prioritairement mis en réserve* ». Il n'est pour autant pas fait secret à ce stade de l'objectif économique de la mesure, puisqu'il s'agit pour la coopérative d' « *assurer son développement et celui de ses membres* »¹⁴⁶⁹. Le même législateur a fait preuve de bien plus de clarté dans la fixation de la définition de l'économie sociale et solidaire : « *les bénéficiaires sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise* », et les « *réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être*

¹⁴⁶⁹ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 1, al. 4.

distribuées »¹⁴⁷⁰. Il est surprenant de constater que la loi générale se montre aussi catégorique (les modalités de l'impartageabilité sont détaillées à la suite), quand le droit coopératif, à l'origine du principe, reste prudent. Le caractère fondamental des réserves impartageables parmi les principes coopératifs a pourtant été largement démontré¹⁴⁷¹.

599. Constitution des réserves. Au-delà de ces observations formelles, il convient d'observer les modalités de cette impartageabilité des réserves, en s'intéressant au préalable au mode de constitution de la réserve elle-même. Elle se différencie par l'obligation faite aux sociétés coopératives de réunir sous forme de réserves (légale et statutaires cumulées) un montant égal au capital social, en opérant à cette fin (et tant que le montant n'est pas atteint) un prélèvement d'autres moins trois vingtièmes des excédents d'exploitation¹⁴⁷². Doit également abonder la réserve toute somme qui ne serait pas préalablement attribuée au titre des modes de répartitions classiques du droit coopératif (ristourne, intérêt au capital, rémunération des certificats coopératifs). Ainsi, hors les règles relatives à sa distribution, la réserve connaît des mécanismes de constitution qui assurent sa consistance et font peser une contrainte plus forte que le droit commun des sociétés. Par comparaison, la réserve légale d'une société commerciale n'est abondée que par le vingtième des bénéfices réalisés (trois fois moins qu'en coopérative), et seulement jusqu'au point où la réserve légale atteint 10 % du capital social¹⁴⁷³. Ces ordres de grandeur sont sans commune mesure avec les obligations du droit des coopératives.

600. Sanctuarisation des réserves. Cette obligation de réunion des réserves se double, afin de constituer leur caractère impartageable, de quatre dispositifs encadrant strictement les possibilités de répartition. En premier lieu, à chaque exercice, une part de l'excédent est impérativement soustraite à la décision des associés tant que n'est pas réuni le montant du capital. Ce n'est pas la réserve qui est impartageable dans ce cas, mais l'excédent lui-même, dans la mesure où il ne peut prendre que la direction de la réserve. En second lieu, le droit coopératif a longtemps ménagé l'interdiction totale d'une incorporation des réserves au capital, laquelle a pour effet d'augmenter le montant du capital à nombre de parts égales et d'augmenter la valeur des parts, ou de permettre une distribution de parts gratuites. La loi de

¹⁴⁷⁰ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, I, 3°, a et b.

¹⁴⁷¹ F. Espagne, « Le modèle « buchezien » et les réserves impartageables », *Recma*, 1994, n° 253-254, p. 54.

¹⁴⁷² Loi n° 47-1775, art. 16, al. 2.

¹⁴⁷³ C. com., art. L. 232-10.

modernisation de 1992, d'inspiration libérale, a autorisé ce type d'incorporations¹⁴⁷⁴ tout en limitant leur portée à la moitié des réserves constituées pour une première incorporation, puis à la moitié des réserves constituées depuis une précédente incorporation pour toute occurrence postérieure¹⁴⁷⁵. Lié conceptuellement, le troisième dispositif consiste dans le remboursement à la valeur nominale des parts ou actions de l'associé qui se retire ou est exclu. Seule une part très limitée de la réserve peut lui être attribuée, dont le montant n'est aucunement fonction de l'importance de la réserve elle-même¹⁴⁷⁶.

601. Dévolution altruiste des réserves. Enfin, le droit coopératif applique le mécanisme dit de la « dévolution altruiste ». L'actif net éventuellement disponible à la liquidation de la société n'est pas distribué entre les associés membres de la coopérative, mais attribué à d'autres structures de l'économie sociale et solidaire¹⁴⁷⁷. Par l'application de ce mécanisme, c'est la fonction économique originelle de la société dans son approche libérale (visant au partage des bénéfices à la dissolution) qui est écartée : les membres ne peuvent prétendre qu'au remboursement de leurs parts sociales.

602. Effets envisageables de l'impartageabilité sur la durabilité de la coopérative. La constitution d'une réserve plus imposante que celle de droit commun et sa relative indisponibilité constituent un argument solide pour la résilience du modèle coopératif. Le groupement trouve là une assise financière permettant éventuellement de résister à des périodes économiques difficiles. La contrainte juridique en tant que telle est également un moyen pour la personne morale de se protéger de toute aspiration à la prédation financière qui émanerait de son propre sociétariat. Il s'agit d'une réponse apportée par le modèle coopératif à l'idée d'une fonction sociale de l'entreprise, Préservant la durabilité de l'entreprise, et inscrivant le projet entrepreneurial sur le long terme.

603. Altruisme et transmission. Il convient en sus de souligner l'originalité du concept de dévolution altruiste. En préservant l'éventuel actif pour le réserver à d'autres structures de l'économie sociale et solidaire, ce mécanisme confère une pérennité différente au projet coopératif : il dépasse le cadre de la personne morale seule, et inscrit les moyens dont elle n'a pas eu l'usage au service d'autres projets s'appuyant sur les mêmes valeurs et principes. Cette

¹⁴⁷⁴ Sur ce point : D. Hiez, « Les instruments de fonds propres des coopératives : vingt ans d'innovation législative », *Recma*, 2005, n° 295, p. 23 et s.

¹⁴⁷⁵ Loi n° 47-1775, art. 16, al. 3 et 4.

¹⁴⁷⁶ Loi n° 47-1775, art. 18.

¹⁴⁷⁷ Loi n° 47-1775, art. 19.

forme de « recyclage » des moyens réunis relevant d'une sorte d' « économie circulaire » met en exergue la solidarité et l'entraide propres au droit coopératif, inconnues du droit commun des sociétés. Au contraire, une forme de fonction sociale s'exprime ici, dans la prolongation d'un principe de solidarité : la liberté d'entreprendre de la coopérative peut *in fine* servir d'autres projets que celui initialement envisagé, tout en perpétuant les valeurs fondatrices du mouvement.

2. La réserve impartageable, une ressource commune ?

604. Partage du bénéfice et conception de l'entreprise. Les dispositions du droit des sociétés coopératives sur l'indisponibilité des réserves traduisent une conception originale de l'entreprise. En effet, le droit commun des sociétés, qui fonde celles-ci sur un projet de partage des bénéfices¹⁴⁷⁸, a permis le développement d'une approche patrimoniale (pour le membre individuellement) et économique (pour le groupement). De ce point de vue, la valeur créée par la société dans son activité a pour vocation, à plus ou moins long terme et par divers mécanismes, de revenir entre les mains de ses membres, associés ou actionnaires¹⁴⁷⁹.

605. Indisponibilité et exclusion du partage. Fondée plutôt sur la réalisation d'une économie, le modèle coopératif n'ignore pas la dimension financière qu'implique la recherche de la « *satisfaction des besoins économiques et sociaux* »¹⁴⁸⁰ de ses membres. Ce partage par l'économie prend la forme de la ristourne coopérative consentie aux membres eu égard à leur activité¹⁴⁸¹. Elle n'est complétée que d'une rémunération limitée du capital par un intérêt¹⁴⁸².

606. Sortie de la réserve du champ de la décision des membres. Tout partage n'est pas exclu en tant que tel, mais la réserve impartageable engendre un glissement conceptuel. Dans une société de droit commun, toute la valeur créée disponible est distribuable, en cours de vie sociale (sous la forme de dividendes) ou éventuellement à la dissolution du groupement (partage du *boni* de liquidation). Ces ressources sont soumises à l'arbitrage des associés ou actionnaires réunis en assemblée générale, lesquels prennent leur décision en vertu de la rationalité économique qui guide leur action. En disposant que les réserves ne sauraient être partagées, le droit des coopératives écarte une partie des revenus de l'activité de la décision

¹⁴⁷⁸ C. civ., art. 1832.

¹⁴⁷⁹ Ph. Bissara, « L'intérêt social », *Rev. sociétés*, 1999, p. 21.

¹⁴⁸⁰ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 1, al. 1.

¹⁴⁸¹ Loi n° 47-1775, art. 15.

¹⁴⁸² Loi n° 47-1775, art. 14.

des coopérateurs, à la fois en cours de vie sociale (obligation d'abonder la réserve obligatoire) ou à la fin de celle-ci (dévolution altruiste).

607. Nature commune de la réserve impartageable. Comment considérer ces réserves indisponibles ? Deux approches, complémentaires, permettent de concevoir ce phénomène. Tout d'abord, il convient d'insister sur le caractère collectif de cette réserve. Par hypothèse, l'impossibilité de la partager peut se concevoir comme une impossibilité d'individualisation ou d'appropriation individuelle : une impossibilité juridique de transférer cette partie du patrimoine de la société coopérative vers ceux de ses membres. Or, la coopérative étant fondée sur l'activité de ses membres (l'idée d'« *effort commun* »), ces ressources considérées comme non-appropriables viennent au bénéfice collectif des membres en tant qu'usagers, hors de toute dimension patrimoniale. Le caractère commun de la ressource illustre sa fonction sociale, à comparer avec le devenir individualiste de la ressource dans le droit commun qui matérialise la fonction économique des groupements. Le processus de dévolution altruiste s'exprime dans le même sens : il rejette l'appropriation individuelle et remet l'actif net disponible au « pot commun », qui n'est plus celui de la coopérative seule, mais celui du mouvement coopératif (avant la loi de 2014¹⁴⁸³) ou plus largement des acteurs de l'économie sociale.

608. Renforcement de la perspective institutionnelle. En parallèle, l'observation du régime juridique de la réserve impartageable conduit à la rattacher à la personne morale. C'est également le cas de la réserve obligatoire du droit commun des sociétés : elle constitue prioritairement, avec le capital social, le patrimoine de la personne morale qui sert de base financière à son activité. Mais le caractère indisponible de ces réserves en droit coopératif leur confère une fixité plus importante, gage d'une consistance plus forte de la personne morale, qui fait basculer le groupement du collectif vers la véritable communauté. Au surplus, l'activité menée par les coopérateurs ne se fait pas seulement à leur profit, individuellement ou collectivement, mais au profit de la coopérative elle-même. Dans cette optique, il n'y a pas seulement réalisation d'une forme de propriété collective¹⁴⁸⁴, mais plus largement un dépassement des membres par la personne morale autonomisée, dans une direction qui rappelle à certains égards les propositions de la théorie institutionnelle relativement à la

¹⁴⁸³ C'est la loi relative à l'économie sociale et solidaire qui a fait de l'appartenance à ce secteur le critère pour prétendre à recevoir les dévolutions altruistes ; préalablement à la loi de 2014, seules les coopératives, les unions de coopératives et les œuvres d'intérêt général ou professionnel étaient visées.

¹⁴⁸⁴ F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 596 et s.

notion d'œuvre commune. Là où les sociétés de droit commun, en particulier par actions, établissent un lien limité au projet entrepreneurial en permettant aux actionnaires ou associés de poursuivre leurs propres objectifs patrimoniaux, la coopérative dispose avec la réserve impartageable d'un bouclier en vue de la préservation de sa substance. Tel est le sens de la contrainte pesant sur les perspectives de gain des associés coopérateurs par les avatars de la réserve impartageable, à la fois en cours de vie sociale (limitation de l'incorporation des réserves au capital), à leur retrait (remboursement à la valeur nominale) ou à la dissolution (dévolution altruiste). C'est le service aux membres qui prime sur leur enrichissement.

609. Réserve impartageable et entreprise commune ? Ces lectures de la réserve impartageable et de l'entreprise qu'elle dessine rejoignent les réflexions au sujet d'une « entreprise commune »¹⁴⁸⁵ inspirée de la théorie des biens communs. Bien que les modalités de répartition de l'excédent en fonction du volume d'opérations soient l'indice le plus caractéristique de notre proposition doctrinale¹⁴⁸⁶, la réserve indisponible permet d'entrevoir d'autres pistes de réflexion. Elle s'insère dans le *bundle of rights* qui constitue le rapport entre l'entreprise et les participants à son activité. La réserve étant impartageable, elle est seulement au service des participants qui exercent les droits d'accès et de prélèvement¹⁴⁸⁷. À l'opposé, les participants disposant du droit d'aliénation (le plus attentatoire à l'existence de la personne morale) n'ont pas de prise sur cette réserve ; elle ne constitue pas pour eux un enjeu ou un facteur dans leurs décisions, et ne les incite pas à porter atteinte à la ressource commune. Par conséquent, la réserve impartageable s'apparente à une manière d'assurer le caractère commun de l'entreprise envisagée comme ressource. Elle s'inscrit dans le projet d'une fonction sociale adossée à l'activité entrepreneuriale, puisque la pérennité de l'entreprise devient un impératif décorrélé des perspectives individuelles de gains de ses membres.

B. La rémunération limitée du capital

610. Fondement de l'originalité coopérative, la rémunération limitée du capital se manifeste dans une prétention au partage des bénéfices favorisant l'utilisateur et limitant le capital à un intérêt (1) ainsi que dans un encadrement des perspectives de plus-value (2).

¹⁴⁸⁵ D. Hiez, « La propriété commune de la coopérative, un modèle pour le droit du développement durable », in J.-F. Draperi (dir.), *Défis coopératifs. Alimentation, crédit, démocratie, développement*, L'Harmattan, coll. Les Cahiers de l'économie sociale, 2008, p. 361.

¹⁴⁸⁶ Sur ce point : P. Francoual, « La part sociale coopérative, un exemple de propriété commune », *Recma*, n° 345, juil. 2017, p. 57.

¹⁴⁸⁷ Cf. *infra* § 358 et s.

1. La rémunération du capital par intérêt

611. Une répartition des excédents fondée indépendamment du capital. Les fondements historiques du droit des coopératives formulent peu d'égard pour l'apport en capital, si décisif dans les sociétés de droit commun. Relayant cette approche, la loi de 1947 prévoit que la clé de répartition des excédents générés par l'activité dépend du volume d'opérations réalisées par les coopérateurs¹⁴⁸⁸. Si l'apport est une face de la médaille de la double qualité, il n'est pas celle qui détermine la répartition du bénéfice ou de l'économie réalisée.

612. La notion d'intérêt. La rémunération du capital envisagée par le législateur au sein des coopératives ne se manifeste pas par un dividende, mais par un intérêt, le mot étant explicitement utilisé aux articles 14¹⁴⁸⁹ et 11 bis¹⁴⁹⁰ de la même loi de 1947. Ce choix terminologique n'est pas neutre : le dividende se définit comme un partage des bénéfices entre titulaires de parts sociales ou actions sur décision de l'assemblée générale, en cours de vie sociale. Au contraire, le droit des sociétés associe classiquement la notion d'intérêt aux emprunts obligataires. Par extension, la rémunération par l'intérêt en droit coopératif renvoie plutôt à une forme de rémunération annuelle pour le coût de l'immobilisation du capital engagé, qu'à un véritable partage des bénéfices. De sorte que l'intérêt, envisagé comme une compensation, traduit bien moins la poursuite d'une fonction économique par l'entreprise que le dividende, marqueur d'une prétention lucrative assumée.

613. Un intérêt limité. Ce rattachement à l'intérêt plutôt qu'au dividende explique son encadrement strict. Bien que sa fixation soit renvoyée aux statuts du groupement, c'est en réalité le législateur, secondé par l'intervention du Ministre de l'économie, qui en a établi le plafond en fonction d'indicateurs macro-économiques (« *le taux est au plus égal à la moyenne, sur les trois années civiles précédant la date de l'assemblée générale, du taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées, majorée de deux points* »). Avec un tel mécanisme, la rémunération du porteur de capital n'est pas indexée sur le résultat net de la société, seul un bénéfice suffisant pour effectuer le versement étant une variable.

614. Instauration de parts sociales spécifiques. Le peu de perspectives financières issues de ce régime de rémunération du capital a poussé la pratique coopérative, et après elle le législateur, à prendre la voie d'instruments financiers plus sophistiqués. Un premier axe a

¹⁴⁸⁸ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 15, al. 1. Cf. *infra* § 628.

¹⁴⁸⁹ « *Les coopératives ne peuvent servir à leur capital qu'un intérêt (...)* ».

¹⁴⁹⁰ « *Les statuts peuvent prévoir la création de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote (...)* ».

consisté à rechercher une valorisation supplémentaire des parts sociales ouvertes aux associés eux-mêmes, afin d'encourager l'effort financier des personnes les plus intégrées à la coopérative. Les articles 11 et 11 bis ont ouvert la possibilité de prévoir respectivement des parts à avantages particuliers, et des parts à intérêt prioritaire sans droit de vote.

615. Parts à avantages particuliers. S'agissant des parts à avantages particuliers de l'article 11, une doctrine dubitative a souligné le peu d'avantages pouvant être accordés dans le respect impératif des principes coopératifs¹⁴⁹¹. L'évolution de la loi de 1947, en particulier par l'affirmation de ces principes, n'a fait que renforcer l'identification de ces limites. Si certaines faveurs peuvent être imaginées au plan politique, la restriction de l'article 14 en matière de rémunération par l'intérêt demeure : c'est seulement autour d'elle que peut se construire l'avantage financier. L'intérêt pourra par exemple être fixé pour ces parts à un niveau supérieur à celui fixé pour les autres parts, mais dans la limite du plafond de l'article 14. Un intérêt indépendant de la réalisation d'un excédent peut aussi être imaginé¹⁴⁹².

616. Intérêt prioritaire sans droit de vote. Au sujet des parts à intérêt prioritaire sans droit de vote, la dilution du droit politique s'accompagne *a priori* de la même panoplie d'avantages financiers. L'originalité réside dans le déclenchement d'un véritable droit de vote en cas de non versement de l'avantage financier sur trois exercices consécutifs¹⁴⁹³, ce qui n'empêche pas que l'intérêt demeure la norme.

617. Titres participatifs. Envisagés dans le Code de commerce¹⁴⁹⁴, les titres participatifs se détachent des parts sociales et prennent la forme de valeurs mobilières librement négociables. Leur rémunération comporte une forte exception à la rémunération limitée du capital, puisqu'elles se présentent comme un mélange entre action et obligation. Un droit à rémunération fixe relativement limitée côtoie ainsi une part variable fonction des résultats de la coopérative. Cette faveur financière s'accompagne de droits politiques étendus (droit d'information large, participation et consultation en assemblée générale hors nomination et révocation des dirigeants) sans droit de vote.

¹⁴⁹¹ D. Hiez, « Les instruments de fonds propres des coopératives : vingt ans d'innovation législative », *Recma*, 2005, n° 295, p. 31.

¹⁴⁹² *Ibid.*, p. 32.

¹⁴⁹³ Loi n° 47-1775, art. 11 bis, al. 2.

¹⁴⁹⁴ C. com., art. L. 228-36 et L. 228-37.

618. Valeurs mobilières coopératives : les certificats coopératifs. Enfin, d'usage plus rare, les certificats coopératifs¹⁴⁹⁵ s'élèvent comme le degré le plus avancé de torsion des principes coopératifs. Leur rémunération, entièrement fonction des résultats, est au moins égale (et le plus souvent supérieure) à celle des parts sociales, et ne saurait s'analyser comme un simple intérêt. Cette ouverture à un instrument d'inspiration capitaliste se fait en parallèle d'une exclusion du corps politique, seul un droit à l'information étant prévu pour les détenteurs de ces titres.

619. Cohérence du traitement du capital. Dans cette diversité d'instruments et de titres se dessine une forme de cohérence : les parts sociales donnant accès au sociétariat ne sont rémunérées que dans les limites de l'intérêt visé à l'article 14 de la loi de 1947, et même si les formules peuvent varier. Elles sont également soit non négociables, soit négociables entre associés seulement, garantissant l'homogénéité et la proximité de leurs détenteurs. Au surplus, la prétention à bénéficier d'une rémunération indexée sur les résultats de la coopérative impose de se tourner vers des valeurs mobilières. Celles-ci supposent de renoncer à toute influence sur la marche de la coopérative, leurs prérogatives politiques étant moindres. Ainsi, l'ouverture à des instruments financiers capitalistes s'accompagne de l'édification d'une sorte de frontière permettant de contenir l'influence des nouveaux acteurs mobilisés, et de préserver les principes coopératifs. Le droit coopératif cherche ainsi l'équilibre entre fonction économique et fonction sociale du groupement : les investisseurs financièrement intéressés par la première sont dépourvus des pouvoirs de décision conférés aux détenteurs de parts sociales. Celles-ci sont porteuses de moindres perspectives financières mais leur régime traduit plus nettement les préoccupations sociales, notamment la pérennité de la communauté.

2. L'accroissement limité de la valeur des parts

620. Gain patrimonial lié à la valeur actionnariale. La rémunération des parts sociales ou valeurs mobilières n'est pas le seul gain patrimonial pouvant être obtenu par les instruments capitalistes. De manière bien établie dans la sphère financière, ces gains peuvent aussi prendre la forme d'une hausse de la valeur de la part sociale ou action, permettant la revente de celles-ci avec une plus-value (par rapport au prix d'acquisition). Ces mécanismes économiques sont rendus possibles et parfois facilités par le droit des groupements qui assure la négociabilité et la liquidité des titres financiers, jusqu'à laisser se développer une pratique

¹⁴⁹⁵ Loi n° 47-1775, art. 19 sexdecies et s.

spéculative où l'enjeu de la valeur actionnariale en vient à dépasser la prétention au dividende¹⁴⁹⁶.

621. Encadrement coopératif de l'incorporation des réserves au capital. Le droit des sociétés coopératives élève de son côté plusieurs barrières face à l'évolution de la valeur des parts sociales, en lien le plus souvent avec le principe de réserve impartageable. Ainsi, comme cela a pu être observé, l'incorporation des réserves au capital (qui peut résulter soit des distributions de parts gratuites, soit de l'augmentation de la valeur des parts à nombre de parts fixe) est strictement encadrée. Seule la moitié de la réserve constituée peut être utilisée à cette fin, et tout renouvellement de l'opération d'incorporation par la suite ne pourra porter que sur la moitié des réserves constituées depuis la précédente incorporation¹⁴⁹⁷. Ces dispositions réduisent les hypothèses pouvant mener à une réévaluation de la valeur des parts.

622. Remboursement des parts sociales. Le droit coopératif prend également soin d'éviter tout jeu sur la valeur des parts sociales en disposant qu'elles ne sont remboursées qu'à leur valeur nominale pour l'associé radié, exclu ou se retirant¹⁴⁹⁸. La version initiale du texte de 1947 énonçait même dans une formulation plus directe le fait que l'associé ne puisse « *rien obtenir de plus que ce remboursement* ». Le législateur a depuis introduit certaines souplesses face à ce principe. Pour les coopératives n'ayant pas fait mention à leurs statuts de la possibilité d'incorporation des réserves au capital social, une forme de compensation autorise à prévoir qu'une part des réserves (encadrée, puisque « *dans la limite du barème en vigueur fixant le taux de majoration applicable aux rentes viagères* ») revienne à l'associé quittant la coopérative, en fonction de sa participation au capital¹⁴⁹⁹. Par conséquent, s'il est possible de voir le montant accordé au titre du remboursement de la part sociale augmenter (dans un ordre de grandeur limité), tout comportement à visée spéculative est écarté et empêché par l'instauration de la condition d'ancienneté, gage de l'engagement durable de l'associé. De telles dispositions marquent un souci particulier pour la préservation de la fonction sociale de la société coopérative, quand bien même elle s'ouvre à des logiques économiques.

623. Négociabilité réduite des parts sociales. Plus généralement, le droit coopératif demeure attaché à un fort *intuitu personae*, et rend en conséquence les parts sociales

¹⁴⁹⁶ Pour une approche large, dépassant la seule question de la liquidité, cf. Ch. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22.

¹⁴⁹⁷ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 16, al. 3 et al. 4.

¹⁴⁹⁸ Loi n° 47-1775, art. 18.

¹⁴⁹⁹ L'associé doit cependant remplir une condition de cinq ans d'ancienneté. V. Loi n° 47-1775, art. 18, al. 1.

difficilement négociables pour leurs détenteurs. Elles sont nominatives, et ne peuvent par suite être cédées qu'en respectant les conditions fixées aux statuts qui peuvent renvoyer à l'assemblée générale ou aux organes de direction le soin d'autoriser cette cession¹⁵⁰⁰. Un contrôle moindre mais semblable de la part du collectif se manifeste également s'agissant des parts sociales à avantages particuliers négociables librement, mais seulement entre associés¹⁵⁰¹.

624. Dimension holiste du modèle coopératif. S'établit à travers ces mécanismes un véritable contrôle du groupe sur l'associé considéré individuellement, si bien qu'une forme d'holisme pèse sur le sort de la part sociale. Là encore, la dimension institutionnelle de la coopérative prend le pas sur sa dimension patrimoniale ; ici la fonction sociale s'affirme face à la fonction économique. La faculté pour l'associé de s'extraire du groupement, ou pour le propriétaire de mettre en jeu l'*abusus* sur sa part sociale, se heurtent aux principes collectifs de la coopérative qui mettent directement en balance le droit individuel avec la décision collective en faisant primer cette dernière.

625. Rejet de la dimension patrimoniale et financière de l'engagement coopératif. La combinaison de dispositions limitant les perspectives d'accroissement de la valeur des parts, réduisant leur négociabilité donc leur liquidité, avec celles s'attachant à modérer le partage des bénéfices paraissent se renforcer les unes les autres dans un ensemble cohérent qui confère à l'entreprise coopérative une fonction sociale bien établie. Difficile pour l'apporteur, déjà contraint dans sa recherche d'un partenaire auquel céder ses parts, d'avancer auprès de lui l'argument de gains financiers. C'est un trait caractéristique du droit coopératif, les dimensions patrimoniale et financière du droit commun des sociétés étant largement rejetées¹⁵⁰². L'histoire du mouvement ne traduit pas autre chose en s'élevant au XIX^{ème} siècle contre les instruments capitalistes dominants pour porter un contre-modèle. Par de nouvelles approches de l'instrument capitaliste, les coopératives maintiennent un équilibre entre leur nature économique indispensable, et une fonction sociale affirmée. La fonction économique n'est pas entièrement écartée mais elle est endiguée par la dimension sociale du groupement.

¹⁵⁰⁰ Loi n° 47-1775, art. 11, al. 1.

¹⁵⁰¹ Loi n° 47-1775, art. 11, al. 4.

¹⁵⁰² Au point que se pose, classiquement, la problématique de la qualification de société. Cf. D. Hiez, *Coopératives*, Delmas, coll. Encyclopédies, 2013, p. 16.

§ 2. Une société originale

626. Le modèle d'entreprise porté par le droit coopératif et plus généralement par l'économie sociale invite à revenir sur les effets des principes coopératifs sur la réflexion menée en termes de fonction sociale de l'entreprise. De ce point de vue, le modèle coopératif pourrait-il être assimilé à la réalisation d'une véritable entreprise sociale ? Deux aspects doivent être développés : l'entreprise coopérative comme bien commun (A) et comme une combinaison originale de fonctions de l'entreprise (B).

A. L'entreprise coopérative, un bien commun ?

627. Le modèle déjà présenté de l'entreprise envisagée comme « bien commun » trouve dans le détail du droit coopératif un terrain d'expérimentation¹⁵⁰³. Celle-ci s'exprime à travers de la mise en avant de l'usage comme fondement économique (1), et par des mécanismes de régulation du droit d'aliénation de la ressource (2).

1. L'usage du bien commun

628. Caractère communautaire de l'entreprise. Le principe de double qualité coopératif constitue un aiguillon intéressant pour développer l'idée d'une entreprise commune. En effet, la construction du *bundle of rights* sur laquelle s'appuie la gouvernance des *commons*¹⁵⁰⁴ décline une propriété multidimensionnelle (par les droits d'accès, de prélèvement, de participation à la gestion, d'exclusion, et d'aliénation) pleinement saisie par le principe de double qualité. La règle obligeant que l'apporteur en capital soit également bénéficiaire ou usager de l'activité de la personne morale veille à l'équilibre entre ces deux qualités. Le coopérateur fait face dans ses décisions de gestion et d'aliénation de la ressource aux conséquences concrètes de ses choix sur les participants à l'activité dotés de simples droits d'accès ou de prélèvement.

629. Usage et « simple qualité ». Si l'exclusivisme a été écarté au gré des évolutions de la loi de 1947, les « simples qualités », d'associé non-coopérateur ou de bénéficiaire non-associé sont envisagées comme des exceptions par les textes. L'article 3 énonce ainsi que « *les coopératives ne peuvent prévoir dans leurs statuts d'admettre des tiers non sociétaires à bénéficier de leurs activités que dans la limite de 20 % de leur chiffre d'affaires* », marquant

¹⁵⁰³ Sur ce point : P. Francoual, « La part sociale coopérative, un exemple de propriété commune », *Recma*, n° 345, juil. 2017, p. 57.

¹⁵⁰⁴ Cf. *infra* § 359.

ainsi à la fois le caractère exceptionnel (par la mention d'une simple faculté, l'usage de la négation et le renvoi aux statuts) et limité (par la précision du volume autorisé) de cette irruption de tiers non sociétaires. En parallèle, l'article 3 bis précise que les coopératives « *peuvent admettre comme associés non coopérateurs, dans les conditions et limites fixées par leurs statuts* » avant de préciser qu'ils ne sauraient en aucun cas devenir majoritaires. Diverses dispositions assurent également que l'usage s'accompagne à plus ou moins long terme de droits politiques. Si les hypothèses de dissociation sont envisagées, elles sont réduites à un poids limité au cinquième du chiffre d'affaires, ou, dans certaines familles coopératives, réduites dans le temps¹⁵⁰⁵. Ressortent de ces dispositions la méfiance et le rejet du droit coopératif envers toute formule qui délierait les droits d'accès ou de prélèvement de la participation à la prise de décision.

630. Usage et répartition des excédents de l'activité. L'usage est également central dans la mesure où il conditionne la majeure partie de la faculté de prélèvement du coopérateur sur les excédents nets réalisés par la coopérative. La clé de répartition de cet excédent est calculée « *au prorata des opérations traitées* » par les coopérateurs avec la personne morale¹⁵⁰⁶, ce qui encourage l'effort commun par l'usage des services de la coopérative. La coopérative demande et récompense une attitude active. Poursuivant le même objectif, la loi limite considérablement la rémunération de ceux dont la participation serait seulement capitalistique, donc passive, rendant leur position moins avantageuse au plan financier¹⁵⁰⁷.

631. L'usus préféré à l'abusus. Enfin, la préférence pour l'usage se déduit de l'ensemble des dispositions qui encadrent la négociabilité des parts sociales coopératives. *De facto*, elles agissent comme une contrainte forte sur l'*abusus* qui devrait accompagner le droit de propriété de l'associé sur sa part sociale. Cet *abusus* est contraint et purgé de sa dimension patrimoniale¹⁵⁰⁸. Dans le lien de propriété qui unit l'associé à sa part sociale, si un attribut de cette propriété, l'*abusus*, est mis à l'écart, il ne peut y avoir qu'un renforcement corrélatif des autres attributs, à commencer par l'*usus*. Cet *usus* correspond, en matière de parts sociales coopératives et en raison du principe de double qualité, à la position d'usager de la coopérative et au fait pour l'associé de se montrer actif. Tant et si bien que la notion de

¹⁵⁰⁵ Il en va ainsi du droit des Scop, lequel permet aux statuts d'obliger le salarié non coopérateur à adhérer au groupement (sous peine d'être considéré comme démissionnaire). Cf. Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production, art. 9, al. 1.

¹⁵⁰⁶ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 15, al. 1.

¹⁵⁰⁷ Cf. *supra* § 611 et s.

¹⁵⁰⁸ Cf. *supra* § 620 et s.

« propriété coopérative » peut s'entendre comme une forme de propriété repensée. Les attributs classiques y sont bousculés pour permettre l'émergence d'un caractère commun, à la fois collectif et accompagné d'un mode de gouvernance qui garantisse aux participants de pouvoir jouir du bien ou de la ressource par l'usage qui peut en être fait, traduisant la vocation sociale de ce « *mode d'entreprendre* ».

2. L'aliénation du bien commun

632. Nature du droit d'aliénation. La théorie du *bundle of rights* mobilisée par la théorie des biens communs fait du droit d'aliénation de la ressource le pouvoir le plus fort conféré à un participant, puisqu'il est porteur des conséquences les plus graves sur le devenir du bien : il permet d'en modifier la substance, d'en transmettre la propriété (et les attributs qui l'accompagnent) à autrui, ou même d'en rechercher la pure et simple destruction¹⁵⁰⁹. Transposé à la question de l'entreprise, ce droit d'aliénation impose d'adapter le regard : qui est en position juridique de modifier l'activité de l'entreprise, d'en transmettre la propriété et les pouvoirs à autrui, ou encore de décider hors de toute contrainte judiciaire la cessation de l'activité et la dissolution de la société ? Ces droits reviennent à l'évidence aux détenteurs du capital, parties au contrat de société¹⁵¹⁰. Face à ces décisions pouvant affecter durablement voire définitivement l'entreprise envisagée comme ressource, il est intéressant d'observer que les dispositions les rendant possibles et fixant les conditions dans lesquelles elles peuvent être prises dépendent fortement du type de personne morale choisi, et des adaptations concrètes de ce modèle par les statuts.

633. L'aliénation dans le modèle coopératif : restriction à la négociabilité des parts sociales. Quelles sont les spécificités du droit des coopératives à cet égard ? Tout d'abord, la négociabilité restreinte (et parfois nulle) des parts sociales est soumise également aux décisions de l'assemblée générale ou des dirigeants¹⁵¹¹. Ces dispositions apportent une limite convaincante au droit d'aliénation qui va plutôt dans le sens d'un poids donné au groupe et d'une préservation de son homogénéité.

634. La transformation dans une autre forme de société. Dans le même sens, le droit de transformation par modification statutaire de la coopérative en une autre forme de société

¹⁵⁰⁹ F. Orsi, « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Rev. Int. Dr. Éco.*, 2014, p. 382. Cf. *supra* § 362.

¹⁵¹⁰ S. Deakin, « The Corporation as Commons : Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise », *Queen's Law Journal*, 2012, p. 374 et s.

¹⁵¹¹ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 11, al. 1.

entraînant la perte de la qualité de coopérative est strictement encadré. Le droit des sociétés coopératives soumet ces transformations (purement et simplement interdites jusqu'en 1992) à une autorisation administrative elle-même fonction de l'avis du Conseil supérieur de la coopération, instance présumée garante des valeurs du mouvement coopératif. Cette autorisation ne peut être accordée que pour deux raisons : « *lorsque la qualité de coopérative est un obstacle immédiat à la survie de l'entreprise* », et « *lorsqu'une stagnation ou une dégradation sérieuse de l'activité de l'entreprise, liée à sa qualité de coopérative, entrave ou obère totalement ses perspectives de développement* »¹⁵¹². L'analyse de ces deux justifications fait de la transformation une conséquence incidente, en vue de la préservation de l'entreprise, et interdit toute décision des associés motivée par des convenances personnelles. C'est « *l'entreprise* » dans son ensemble qui est visée par le texte, laissant présumer que les instances délivrant l'autorisation doivent avoir un regard large, qui ne s'arrête pas à la situation financière de la société elle-même.

635. La dévolution altruiste. Enfin, la dévolution altruiste tend à influencer le comportement des associés : la dissolution de la coopérative étant dépourvue de toute perspective patrimoniale, la motivation de la recherche de profit est exclue *a priori* du raisonnement des coopérateurs. Ainsi les divers autres participants, quelles que soient leurs qualités, peuvent espérer que la personne morale soit préservée sur un relatif long terme.

636. Fonction sociale de l'entreprise dans le régime juridique des coopératives. Ce rapprochement entre la proposition théorique de la théorie des biens communs et le régime de cession, transformation ou dissolution des coopératives renvoie aux réflexions menées en matière de fonction sociale de l'entreprise. De l'action librement négociable sur les marchés financiers et dont la valeur marchande évolue à des vitesses seulement perceptibles par l'informatique, à des modèles de parts sociales dotés d'une fixité les rendant presque inamovibles, ou cessibles qu'avec l'assentiment du groupe initial, un curseur donne au même droit de propriété des réalités très différentes. Fonder des entreprises sur ces droits de propriété spécifiques revient à leur conférer une fonction sociale évidente. La réduction sévère des possibilités d'aliénation est de ce point de vue un révélateur de la fonction sociale de la société coopérative : dans l'idée du *bundle of rights* et jusque dans la pensée de Duguit, l'aliénation est un acte grave qui ne peut être fondé que sur l'examen minutieux des interdépendances à l'œuvre dans l'environnement social. Transposé à la coopérative, ce

¹⁵¹² Loi n° 47-1775, art. 25, I.

modèle implique que l'aliénation de la part sociale est rendue difficile pour préserver la communauté coopérative qui constitue une ressource pour des intervenants plus nombreux.

B. L'entreprise coopérative, combinaison d'objectifs économiques et sociaux

637. L'ouverture de la société coopérative aux besoins sociaux (1) paraît ouvrir la possibilité d'une description du « mode d'entreprendre » qu'elle promeut comme étant une combinaison d'objectifs économiques et sociaux (2).

1. La logique coopérative

638. Caractère institutionnel des objectifs de la société coopérative. Une observation des principes coopératifs fixés à l'article premier de la loi de 1947 tranche avec toute approche individualiste. La mise en avant de l'effort commun demandé aux membres et l'ouverture à la satisfaction de besoins sociaux (et non seulement économiques) sont des indices forts. Ils permettent d'envisager la coopérative comme un groupement où se développe une forme d'entraide, ouvert à une diversité de préoccupations et d'objectifs. L'ouverture aux besoins sociaux est particulièrement notable s'agissant des Scic, lesquelles « ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale »¹⁵¹³. Cette définition ouvre largement les champs d'intervention possibles¹⁵¹⁴. La coopérative d'intérêt collectif peut attacher à ses objectifs un intérêt social altruiste dépassant largement l'économie et le bénéfice visés par le Code civil. Ce nouvel intérêt social peut prendre des formes aussi diverses qu'il est possible de concevoir des services nouveaux à rendre aux membres. La communauté d'intérêts ainsi développée dépasse de loin ce qu'il est possible d'obtenir par les voies du droit commun des sociétés¹⁵¹⁵, même par une gouvernance matinee d'ouverture aux *stakeholders*, ou par l'intégration de salariés au capital dans les formes prescrites par le principe de participation.

639. Les valeurs coopératives. La déclinaison des valeurs coopératives par l'alinéa deux de l'article premier de la loi de 1947 suit la même voie en ouvrant le groupement au-delà de ses membres. « *L'adhésion volontaire et ouverte à tous* » implique l'accueil d'un large public ; la « *gouvernance démocratique* » remet les facteurs humain et collectif en position de force ; la « *participation économique des membres* » suppose *via* la double qualité une

¹⁵¹³ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies, al. 2.

¹⁵¹⁴ Ce que ne ferme pas la définition légale en évoquant plus généralement le fait que la coopérative « *exerce son activité dans toutes les branches de l'activité humaine* ». Cf. Loi n° 47-1775, art. 1, al. 2.

¹⁵¹⁵ M. Héral, « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », *Recma*, 2000, n° 278, p. 6.

véritable. Est également prônée « *la formation des membres* » : elle est à l'évidence un moyen de produire une forme de cohésion et d'inscription dans le temps. La promotion des valeurs du mouvement coopératif et l'aide aux coopérateurs afin qu'ils maîtrisent leur situation et celle de la coopérative affirment le rôle de chacun. Enfin, la « *coopération avec les autres coopératives* », matérialisée par la dévolution altruiste, rompt l'isolement de la personne morale et l'insérant à son tour dans un espace social. La coopérative est l'outil des coopérateurs dans le développement de leur activité, mais elle participe également d'un mouvement plus large fait d'instances qui reconnaissent leurs membres sur base statutaire et structurent leur fonctionnement en commun¹⁵¹⁶. La cellule économique que représente la personne morale n'est pas un simple atome ou un acteur économique isolé : son environnement social empêche de la réduire à un nœud de contrats.

2. Un « mode d'entreprendre » original

640. Construction juridique détachée de la nature économique. Toute la particularité de l'économie sociale est de faire intervenir dans le champ des activités économiques des groupements n'ayant pas été conçus avec pour seul horizon de poursuivre d'objectifs économiques. Si la satisfaction de besoins sociaux à côté des besoins économiques mentionnée par le droit des coopératives est un indice, ce décalage est spécialement visible dans le cas des associations. L'article premier de la loi de 1901 n'interdit que le partage des bénéfices : il laisse donc la possibilité de mener toute activité tant qu'est respectée cette condition. Mais ce cadre légal n'a pas été conçu pour accueillir une activité économique, quand bien même il n'empêche pas son développement¹⁵¹⁷. L'association n'est pas un acteur économique comme les autres, et elle ne bénéficie pas des nombreux avantages que le droit des personnes morales confère dans une perspective d'organisation des activités économiques¹⁵¹⁸.

641. L'économie sociale et solidaire, un « mode d'entreprendre ». Plus généralement, la consécration de l'économie sociale et solidaire en tant que « *mode d'entreprendre* » par la loi de 2014¹⁵¹⁹ est une affirmation de son caractère économique, et du fait que les personnes

¹⁵¹⁶ Sur ces instances et leur reconfiguration suite à la loi relative à l'économie sociale et solidaire : D. Hiez, « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p. 152.

¹⁵¹⁷ Il peut même s'y adapter : H. Durand, *La gouvernance des associations*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2015, p. 132.

¹⁵¹⁸ J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D. chr.*, 2003, p. 260 ; H. Durand, *op. cit.*, p. 107 et s.

¹⁵¹⁹ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, I.

morales qui la composent exercent dans le cadre de la liberté d'entreprendre. Dans une énonciation rappelant celle du droit des sociétés coopératives, le législateur précise que cette économie est adaptée « à tous les domaines de l'activité humaine »¹⁵²⁰, admettant implicitement que tous les champs économiques puissent être occupés à la fois par des entreprises à statuts de sociétés capitalistes classiques, et par d'autres entreprises fondées sur les principes de l'économie sociale. L'économie sociale se positionne ainsi en modèle concurrent recherchant la combinaison d'objectifs économiques et sociaux, et prônant de nouveaux équilibres des fonctions de l'entreprise. Se réalise par là une ambitieuse idée d'entreprise sociale, marquant le fait que c'est un projet d'essence entrepreneuriale qui s'organise autour d'objectifs sociaux, ouvrant en cela un vaste terrain d'expérimentations résultant des combinaisons possibles de fonctions de l'entreprise.

642. Vers l'hybridation ? La problématique des relations entre les deux grands « modes d'entreprendre » ci-dessus décrits est un sujet qui nourrit à la fois les échanges doctrinaux et le débat public¹⁵²¹. Elle soulève le point de savoir quels rapports entretiennent la sphère purement économique rattachée aux logiques de marché, et une sphère sociale qui pense différemment ses modalités d'intervention dans l'activité économique. Longtemps cloisonnés, ces deux espaces se rencontrent aujourd'hui. Le monde de l'économie sociale a été le premier, non sans controverse¹⁵²², à se laisser gagner par certains instruments de marché, renonçant à sa « pureté » pour accueillir une fonction économique plus marquée. Il fait à son tour office de modèle, à l'heure où l'autorégulation permet à des entreprises « classiques » de définir leurs rapports à l'environnement social et de s'engager en ce sens. En parallèle, les « entreprises sociales » au sens anglo-saxon du terme¹⁵²³ prétendent poursuivre des objectifs sociaux tout en maniant des outils capitalistes loués pour leur efficacité¹⁵²⁴. Mais un long chemin reste à parcourir pour une réintégration des approches économiques dans la sphère sociale, tant l'ancrage dans le marché de ces formules hybrides demeure solide. Si la fonction sociale est susceptible d'empiéter sur la fonction économique pour refonder l'entreprise sur

¹⁵²⁰ Loi n° 2014-856, art. 1, I.

¹⁵²¹ D. Hiez, « Le statut des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. sociétés*, 2012, p. 671 ; E. Alfandari, « L'entreprise non capitaliste existe-t-elle encore en France ? », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 17 ; E. Alfandari, « Le droit au sein des rapports entre l'« économique » et le « social », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 43.

¹⁵²² B. Saintourens, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Rev. sociétés*, 1996, p. 1.

¹⁵²³ J. Defourny, M. Nyssens, « Approches européennes et américaines des l'entreprise sociale : un perspective comparative », *Recma*, janv. 2011, n° 319, p. 18.

¹⁵²⁴ D. Hiez, « Le statut des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *op. cit.*, p. 681 et s.

ces modèles, cette rencontre se fait dans des conditions juridiquement instables. Elle est néanmoins la preuve qu'un véritable pluralisme économique appuyé sur les combinaisons possibles entre fonctions de l'entreprise s'installe, aussi bien en pensées qu'en actes, et qu'en droit.

643. Perspectives pour un droit de l'économie sociale en expansion. Dans ce qui pourrait ressembler à une lente et incertaine reconfiguration, l'économie sociale n'est pas appelée à jouer un rôle marginal. À l'évidence, le mouvement d'abandon des logiques qui avaient fondé la notion de tiers secteur est une invitation à polliniser des espaces économiques, sans renoncer à un ancrage social solide. C'est en préservant sa spécificité que l'économie sociale peut, de sa position minoritaire, peser véritablement. La quête d'un pluralisme économique et juridique passe par l'intégration d'instruments de nature sociale et démocratique dans le droit des sociétés capitalistes¹⁵²⁵, dans un mouvement inverse à celui de « modernisation » du droit de l'économie sociale des années 1990. Les groupements de l'économie sociale doivent véritablement servir de modèles pour refondre l'entreprise¹⁵²⁶ en tant qu'acteur économique porteur d'une fonction sociale assumée et revendiquée.

644. Conclusion du chapitre. Cette plongée dans le droit de l'économie sociale, inhabituelle pour de nombreux spécialistes de droit des sociétés, donne à connaître une panoplie d'instruments relatifs à l'organisation, la gouvernance, le partage de la propriété et des résultats de l'activité, qui diffèrent tous clairement de ceux utilisés par le droit commun des sociétés. Ces différences s'expliquent par la fidélité de l'économie sociale à des principes valorisant la solidarité au détriment de l'individualisme ; le collectif voire la communauté à la superposition des intérêts atomisés et des propriétés séparées ; et surtout par une fonction sociale forte et assumée, qui sans nier la nature économique de ces groupements, encadre juridiquement leur fonction économique pour que le « mode d'entreprendre » qui en résulte se montre plus soucieux des interdépendances sociales multiples qu'occasionne l'activité économique. S'il convient comme toujours de rester prudent quant à la réalisation concrète de principes affirmés si puissamment, il est nécessaire de leur donner un écho plus ample. Porter plus loin leur influence sur le droit de l'entreprise paraît nécessaire, tant ils représentent une voie possible pour la réintégration de l'entreprise acteur économique dans la sphère sociale, et tant la combinaison originale des fonctions économique et sociale qu'ils proposent est le

¹⁵²⁵ D. Hiez, « Le droit coopératif, source d'inspiration pour le droit des sociétés », *RJC*, 2016, p. 316.

¹⁵²⁶ N. Maggi-Germain, « L'idée de solidarité dans l'économie sociale », *op. cit.*, p. 429.

ferment d'un pluralisme juridique qui réinterroge la nature des entreprises, et leurs possibles évolutions sur le terrain du droit.

CHAPITRE 2 : Les entreprises engagées dans l'économie solidaire

645. Pensée sous l'angle de sa fonction économique, l'entreprise en droit ne dispose pas d'un cadre juridique réellement prédisposé à un engagement dans des sphères autres qu'économiques. La question suscite pourtant intérêt et curiosité. La combinaison entre fonctions peut résulter d'un meilleur équilibre entre le devenir économique de l'entreprise et les préoccupations sociales qui se font jour, comme dans les modèles d'économie sociale avec une organisation adaptée au plan politique et des rapports à la création de valeur repensés. Seulement, cet angle de vue ne rend que partiellement compte des possibilités de combinaison des fonctions de l'entreprise, en s'arrêtant sur les conditions dans lesquelles l'activité économique est menée. Si ces conditions sont fondamentales puisqu'elles structurent et définissent l'essence de l'entreprise, l'activité économique elle-même peut être examinée comme éventuel terrain pour l'expression d'une combinaison des fonctions de l'entreprise. En intervenant dans le champ social, l'entreprise peut aussi mener une activité dont la vocation, partiellement voire entièrement extra-économique, ne la disqualifie pas pour autant en tant qu'entreprise. Cette option est explorée par les tenants d'une économie solidaire qui ont remis en cause la centralité des statuts pour se concentrer sur les pratiques, et ont réinterrogé la problématique de l'intérêt commun pour la tourner vers une utilité sociale¹⁵²⁷. Si le principe de ces interventions dans le champ social est séduisant, il conduit à plusieurs difficultés. La principale tient le glissement vers la poursuite d'objectifs sociaux plus complexes à appréhender par le droit que l'intérêt social des personnes morales (**Section 1**). Cette réinvention des objectifs possibles de l'entreprise peut être arrimée à la notion d'utilité sociale, que le législateur a mise en avant pour caractériser l'intervention des entreprises dans le champ social (**Section 2**).

Section 1 : L'ouverture du groupement à des objectifs sociaux

646. Notion garante de l'intérêt de la personne morale et de ses membres, l'intérêt social est le premier concerné par un engagement de l'entreprise dans une combinaison de fonctions économique et sociale. L'intérêt social conçoit cependant la personne morale essentiellement

¹⁵²⁷ Pour une approche par le droit des différences et de la possible réunion entre économie sociale et économie solidaire : D. Hiez, « La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire », in D. Hiez, E. Lavillunière (dir.), *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, Larcier, coll. Droit & économie sociale et solidaire, 2013, p. 311.

dans sa dimension économique. Dans le cas d'une entreprise conçue autour de la réalisation d'objectifs sociaux, il convient de penser un intérêt social extraverti et ouvert à d'autres objectifs¹⁵²⁸. Les relations entre un intérêt social à vocation économique et des objectifs sociaux doivent être observées (**Paragraphe 1**). Sera ensuite fait place à l'étude des premiers régimes juridiques de droit positif empruntant cette voie (**Paragraphe 2**).

§ 1. De l'intérêt social vers l'objectif social

647. Lieu de la rencontre d'intérêts multiples, l'entreprise a trouvé dans le droit des groupements des outils permettant de structurer le pouvoir de décision, notamment la notion d'intérêt social. Mais la capacité de cette notion à traduire l'engagement de l'entreprise vers des objectifs sociaux est en question. Un tel projet nécessite de concevoir un intérêt social extraverti (A) puis de penser les modalités de définition de l'objectif social (B).

A. L'intérêt social extraverti

648. La nature introvertie de l'intérêt social. Renfermant la société sur l'« *intérêt commun des associés* »¹⁵²⁹, le Code civil se fait le relais d'une conception individualiste. Forme sociale privilégiée « *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie* »¹⁵³⁰, la société n'est pas juridiquement tournée vers le service du projet entrepreneurial, ou vers d'autres objectifs qui pourraient lui être assignés. Si le modèle coopératif invite à repenser cet individualisme, il demeure concentré sur un intérêt collectif ou commun, mais largement introverti : le « *service aux membres* » qui le caractérise renvoie à un sociétariat prédéfini, ouvert à la question sociale et au long terme mais n'exportant que difficilement son rôle vers l'extérieur. Cette « introversion » de l'économie sociale a été remise en cause par les tenants d'une économie solidaire, soucieux des effets concrets produits par les entreprises au-delà de leurs seuls membres.

649. Hésitations du droit des groupements face aux objectifs sociaux. Le rapport du droit des groupements à un intérêt autre qu'économique est complexe à appréhender. Le rattachement de la société aux notions de bénéfice et d'économie est hérité de l'illégitimité traditionnelle de la poursuite de l'intérêt général par d'autres acteurs que l'État issue du XIX^{ème} siècle, qui séparait strictement la recherche d'un intérêt général forcément extra-

¹⁵²⁸ Sur les rapports entre intérêts social, collectif et général : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 36.

¹⁵²⁹ C. civ., art. 1833.

¹⁵³⁰ C. civ., art. 1832.

économique, et l'activité économique forcément individualiste¹⁵³¹. Si l'association est quant à elle mobilisée pour la poursuite d'un but « *autre que le partage des bénéfices* »¹⁵³², ce but reste indéterminé : le législateur interdit le partage des bénéfices mais ne dirige pas pour autant l'association vers des objectifs sociaux déterminés¹⁵³³. Le recours par le droit des groupements à l'intérêt social pose problème dans le cadre de ces réflexions. Saisie pour s'assurer que le comportement des intervenants dans le cadre sociétaire n'ait pas pour effet de mettre en péril la société et l'intérêt collectif de ses membres, la notion est mobilisée dans les matières aussi diverses que l'abus de biens sociaux au plan pénal¹⁵³⁴, les abus de majorité ou de minorité¹⁵³⁵, ou encore l'organisation interne des pouvoirs dans la société¹⁵³⁶. Le point commun entre ces problématiques tient dans l'existence de conflits d'intérêts. Il ne s'agit pas tant de juger dans l'absolu si les décisions prises ou les actions menées sont bonnes, que de savoir si elles ne sont pas enclenchées pour la poursuite d'un autre intérêt que celui de la société. Ces recours à la notion d'intérêt social expliquent qu'elle soit décrite comme une « boussole » par la doctrine du droit des sociétés¹⁵³⁷. Cette boussole permet d'éviter que les objectifs poursuivis soient déviés par les intervenants de la société, et d'assurer que la trajectoire suivie soit bien celle de la société et non que des intervenants auraient imposée par une forme de détournement.

650. L'intérêt social prioritairement patrimonial. Une observation de la jurisprudence mobilisant l'intérêt social, par exemple face à des abus de majorité, renseigne sur la dimension patrimoniale que recouvre actuellement la notion. Le raisonnement prétorien s'établit en effet prioritairement sur la question de la nuisance au patrimoine social de la société, grille d'analyse privilégiée. Ce n'est qu'en l'absence d'atteinte au patrimoine social que les juges substituent à cette lecture une analyse plus profonde du détournement des mécanismes sociétaires ou, au contraire, d'une possible justification des décisions prises¹⁵³⁸.

¹⁵³¹ M. Coipel, « Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 549.

¹⁵³² Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 1.

¹⁵³³ La reconnaissance d'utilité publique est le seul élément pouvant constituer un début de cadre dans la loi de 1901 ; mais rien n'oblige une association à demander cette reconnaissance.

¹⁵³⁴ C. com., art. L. 241-3, 4^o et 5^o.

¹⁵³⁵ D. Tricot, « Abus de droit dans les sociétés », *RTD com.*, 1994, p. 617.

¹⁵³⁶ C. com., art. L. 221-4.

¹⁵³⁷ Pour l'utilisation la plus connue de cette métaphore : A. Pirovano, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D. chr.*, 1997, p. 189.

¹⁵³⁸ Sur le sujet : Cass. 3^e civ., 8 juill. 2015, n^o 13-14.348 ; « Nullité de décisions collectives pour abus de majorité et violation des statuts », *Rev. sociétés*, 2016, p. 169, note E. Schlumberger. L'auteur souligne : « *Ainsi que l'exige de longue date la jurisprudence en vertu de la célèbre jurisprudence Piquard c/ Schumann, ces décisions doivent encore être appréciées à l'aune de l'intérêt social. Or, comme il a été initialement indiqué, il ne*

Dans le premier cas, combiné à la rupture d'égalité, l'abus sera caractérisé. Mais le raisonnement juridique ne se porte sur ce détournement que s'il est impossible de mobiliser une analyse en termes d'atteinte au patrimoine social, dans une lecture économique et financière. La preuve la plus évidente de la contrariété à l'intérêt social est l'appauvrissement de la société et ce n'est que dans le cas où ce critère est insuffisant signaler qu'un approfondissement est nécessaire.

651. Un intérêt social hors le champ économique ? Est-il possible de concevoir des hypothèses où l'intérêt social ne serait pas prioritairement considéré sur le champ économique ou sur l'intérêt des membres du groupement ? Il conviendrait logiquement de fixer des objectifs ouvertement extraéconomiques à la société, qui pourraient se substituer à une lecture exclusivement économique tout en servant des objectifs sociaux. L'intérêt social serait donc analysé à la lumière de la poursuite de ces objectifs par la société, et leur approbation par les associés aurait l'avantage de la lisibilité puisqu'elle serait l'objet d'une contractualisation préalable. L'intérêt social en tant que « boussole » serait renseigné par un « cap » que fixeraient les membres du groupement. Le Professeur Schmidt donne à ce sujet une première illustration des potentialités ouvertes par la fixation d'un objectif plus précis : « *Ainsi, les actionnaires d'une société d'économie mixte peuvent légitimement assigner à leur société une fin d'intérêt général ; ceux d'une société coopérative ouvrière : la pérennité de leur entreprise ; ceux d'une société participant à « l'économie sociale » : la recherche d'une valeur ajoutée sociale ; et ceux d'une société anonyme de droit commun : la réalisation et le partage d'un profit.* »¹⁵³⁹ Si ces exemples résultent de formes sociales spécifiques, ils prouvent que les objectifs assignés aux groupements peuvent être divers, et surtout, que la lecture de l'intérêt social devra se faire en tenant compte de ces objectifs.

652. Une voie pour l'économie solidaire. Dans ce cadre, aucune limite ne s'oppose à la définition d'objectifs sociaux tels que ceux des entrepreneurs envisageant des initiatives d'économie solidaire. L'établissement de solidarités à l'échelle locale ou internationale, l'intervention dans le champ politique ou la structuration autour de valeurs fortes, s'ils sont placés au cœur du projet mené, devraient pouvoir trouver dans le relais de l'intérêt social un moyen de se faire entendre dans les situations où la personne morale serait détournée de ces

fait pas de doute qu'une augmentation de capital de même qu'une mise en réserve des bénéfices sociaux servent toujours les intérêts patrimoniaux de la société en accroissant son niveau de fonds propres. Mais l'on sait que dans un tel contexte, la Cour de cassation, plutôt que de s'interroger sur une réelle contrariété de la décision à l'intérêt social, apprécie en réalité son utilité pour la société. »

¹⁵³⁹ D. Schmidt, « Les conflits d'intérêt dans la société anonyme : prolégomènes », *BJS*, 2000, p. 10.

objectifs. Leur nature moins ouvertement économique ne saurait être un obstacle, quand bien même elle complique l'appréhension des situations en empêchant le recours à l'analyse patrimoniale. L'initiative envisagée ne se limite alors plus à la définition sectorielle comprise dans l'objet social et mobilise d'autres standards juridiques qu'il convient de renforcer en s'intéressant aux modalités de fonctionnement du groupement, meilleurs garanties pour l'expression des objectifs d'économie solidaire éventuels.

B. La définition d'un objectif social

653. Légitimité de la définition statutaire. Boussole permettant de se situer, l'intérêt social doit se doubler d'un cap, c'est-à-dire d'une direction ou d'un objectif fixé par les membres, dont la nature peut évidemment être économique, mais qui peut aussi combiner fonctions économique et sociale. Une première possibilité est d'utiliser la matière statutaire. Le fait de renvoyer l'intérêt social vers le contrat de société répond à un impératif de cohérence : dès lors que l'intérêt social est considéré comme l'intérêt de la société et de ses membres, l'explicitation de cet intérêt (plus précisément qu'à travers la définition de la société donnée par le Code civil) ne peut que revenir à l'instrument qui organise juridiquement la société tout en réglementant les relations de celle-ci à ses membres, et les relations de ces membres entre eux. Surtout, les statuts, hors les sociétés créées de fait, constituent une condition d'existence de la société et un acte initiateur en vue de son apparition à la vie juridique. Il est donc légitime que s'y déploie une « raison d'être » du groupement¹⁵⁴⁰, qui peut constituer le cap de l'intérêt social ou au minimum contenir des précisions quant à cet intérêt permettant, en cas de différend, de trancher la difficulté rencontrée.

654. Le « but social », notion de droit belge. Toute la question tient dans les formes que doivent prendre ces précisions. Une première comparaison avec le droit belge peut être invoquée¹⁵⁴¹. Celui-ci définit le but de la société comme le fait de « *procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect* »¹⁵⁴² tout en ouvrant à ce principe une exception (« *l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect* »¹⁵⁴³). Mais le régime des sociétés à

¹⁵⁴⁰ D. Schmidt, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁴¹ Cf. *infra* § 659 et s.

¹⁵⁴² Code des sociétés belge, art. 1.

¹⁵⁴³ Code des sociétés belge, art. 1, al. 3.

finalité sociale les contraint à formuler un « *but social* » autre¹⁵⁴⁴, ayant pour effet de prendre la place de la recherche du bénéfice en tant que but principal. Cette présentation de la question, bien qu'émanant d'un système juridique étranger, renseigne pertinemment sur la possibilité de formuler un but alternatif aux sociétés en droit français. Ce positionnement est conçu pour mettre en balance le but économique de principe avec un but social autre : il n'apparaît pas possible de renoncer (même partiellement) au but lucratif sans conférer à la société un autre but ; et le but économique doit être aménagé quand il s'exprime aux côtés du but social alternatif.

655. Vers une explicitation des fonctions de l'entreprise. Ces dispositions traduites au niveau de l'entreprise opèrent une sorte de combinaison de fonctions oscillant entre la pure fonction économique, et une fonction économique limitée par une fonction sociale concurrente. Elles constituent une dimension qui pourrait s'intégrer dans les statuts des sociétés françaises, sans d'ailleurs contrevenir à la lettre de l'article 1832 du Code civil. Il serait ainsi possible de procéder à l'aménagement du but lucratif et de la fonction économique pour qu'ils soient teintés de préoccupations de long terme, accueillant une part de fonction sociale. Cette idée pourrait dans l'absolu être envisagée dans les statuts sans forme sociale spécifique, et de manière plus efficace qu'en mobilisant l'objet social, qui s'en tient à définir un type d'activité¹⁵⁴⁵. Il deviendrait par exemple plus compliqué à des associés minoritaires d'en appeler à un abus de majorité pour absence de distribution des bénéfices, la conservation de ces sommes pouvant répondre directement à l'intérêt social fixé¹⁵⁴⁶ et à la poursuite d'une fonction sociale de l'entreprise. Dans l'autre sens, une distribution excessive de dividendes décidée majoritairement, mais mettant en danger la pérennité de la société, pourrait être contestée par des minoritaires au nom du long terme et de la combinaison nécessaire entre fonctions économique et sociale, qui serait constitutive de l'intérêt social de la société. *A fortiori*, un tel abus pourrait être soulevé par des parties prenantes, en particulier salariées, associées au capital ou à la gouvernance. Plus largement, le renoncement à des objectifs sociaux précis (l'engagement dans le commerce équitable, par exemple) au nom d'une

¹⁵⁴⁴ Code des sociétés belge, art. 661, 2°.

¹⁵⁴⁵ Pour une exploration des possibilités offertes par l'objet social, moyennant cependant une redéfinition de la société : B. Segrestin, K. Levillain, S. Vernac, A. Hatchuel, *La « Société à Objet Social Étendu ». Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, 2015.

¹⁵⁴⁶ Par exemple : Cass. com., 1^{er} juill. 2003, 99-19.328 ; « Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfices pour abus de majorité », *Rev. sociétés*, 2004, p. 337, note B. Lecourt. L'auteur décline les critères permettant de justifier le respect de l'intérêt social en cas de politique de mise en réserve systématique.

logique purement économique pourrait être sanctionné, ouvrant la voie à une inscription robuste dans le droit des activités menées au nom d'une économie solidaire.

656. Perfectionnement de l'intérêt social par la gouvernance. Ces aménagements statutaires ne concernent pas que le degré de lucrativité et les éventuels objectifs sociaux alternatifs de la société. Les statuts sont certes le lieu d'une définition de la projection économique de la société en termes d'activité et de rapport à la lucrativité, mais ils peuvent être également un espace de construction politique et d'organisation des pouvoirs. Rien n'interdit, selon les formes sociales, de doubler la combinaison de fonctions de l'entreprise en matière de rapport à la lucrativité, d'une combinaison opérante en termes d'ouverture du pouvoir et plus spécialement d'intégration des parties prenantes à celui-ci. Ces perspectives sont particulièrement utiles au mouvement de l'économie solidaire, qui cherche à produire des effets sociaux concrets, et doit par conséquent se confronter à la perception des parties prenantes bénéficiaires. Il est ainsi possible d'imaginer des situations où l'intérêt social, toujours soulevé en termes de conformité aux buts sociaux et à l'intérêt explicité des associés, serait éclairé par le respect (ou le non-respect) des procédures associant les parties prenantes aux décisions. Cette autre dimension des statuts ne serait pas le déterminant principal de l'intérêt social, mais une composante accessoire de celui-ci, permettant en particulier de s'assurer que la décision discutée est prise en considération des personnes visées par le but social, donc *in fine* que l'intérêt social se construit avec et non pas contre ces personnes.

657. Initiative statutaire ou nouvelle forme sociale ? Si l'initiative d'une redéfinition des fonctions de l'entreprise par le rapport à la lucrativité et à l'ouverture de la gouvernance peut être confiée à la matière statutaire, subsiste l'interrogation sur les effets de ce choix de politique juridique¹⁵⁴⁷. La souplesse permise par ce renvoi aux utilisateurs des groupements est en partie souhaitable pour répondre à la nécessité de voir les structures d'accueil s'adapter au mieux aux aspirations que peuvent avoir les porteurs d'activités économiques. Est-ce à dire que le législateur ne doit avoir aucun rôle dans ce mouvement ? Une piste envisagée serait d'ouvrir encore le champ de ces modèles à des structures d'accueil nouvelles, et surtout porteuses de réelles nouveautés. De ce point de vue, l'apport de la loi relative à l'économie sociale et solidaire en matière de sociétés commerciales d'économie sociale et solidaire ne

¹⁵⁴⁷ Le rapport de la puissance publique à l'économie solidaire connaît d'autres manifestations. Cf. R. Romi, « L'économie solidaire, nouveau champ du droit public économique », *LPA*, 25 oct. 2001, n° 213, p. 16.

peut être vu que comme une avancée très limitée¹⁵⁴⁸, donc il conviendra cependant d'envisager les potentialités¹⁵⁴⁹. Le fait d'imposer à ces sociétés commerciales, sans statut particulier, des obligations statutaires très proches de celles de l'économie sociale et d'en faire une condition d'entrée dans le secteur déplace la frontière entre les espaces mais laisse entière la question de modèles plus souples, ou « *hybrides* »¹⁵⁵⁰. L'avantage de proposer une forme sociale nouvelle réside dans la possibilité de lui adosser un régime social et fiscal cohérent, et si possible incitatif. Le juge communautaire ayant reconnu la spécificité du traitement fiscal des coopératives au titre de leur régime juridique et de la situation spécifique qu'il leur confère¹⁵⁵¹, il y a sur le terrain fiscal au moins la place pour une fonction sociale de l'entreprise à penser, appuyée surtout sur le rapport à la lucrativité, mais qui établisse des traitements fiscaux différenciés selon les objectifs sociaux poursuivis. Plus largement, il en va de cette forme sociale nouvelle comme d'une lumière à projeter sur ces façons d'entreprendre dépourvues d'un régime juridique différencié. Sans aller jusqu'à invoquer une dimension publicitaire de l'action du législateur, l'instauration d'un statut renvoie évidemment à un enjeu de visibilité qui ne peut s'accomplir sans un certain volontarisme.

§ 2. Les entreprises à fonction sociale affirmée

658. Le projet d'une forme sociale hybride combinant fonctions économique et sociale dans rapport raisonnable à la lucrativité et par la poursuite d'objectifs sociaux revendiquée par l'économie solidaire existe de relativement longue date¹⁵⁵². Nos travaux s'arrêtent sur la tentative de prise en compte de ces aspirations par le droit français (B). L'étude doit cependant être précédée d'une observation d'un cas étranger souvent cité en exemple : la société à finalité sociale belge (A).

¹⁵⁴⁸ Sur ce point : P. Francoual, « Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés commerciales ? », *RLDA*, n° 117, juill. 2016, p. 30.

¹⁵⁴⁹ Cf. *infra* § 671 et s.

¹⁵⁵⁰ A. Couret, « Les chemins vers l'entreprise sociale : la voie de l'hybridation », in *Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2014, p. 267.

¹⁵⁵¹ CJUE, 8 sept. 2011, C-78/08 à C-80/08, *Ministerio dell'Economia e delle Finanze c/ Paint Graphos e.a* ; « La CJUE donne une leçon de droit coopératif », *Rev. sociétés*, 2012, p. 104, note G. Parleani ; v. également : L. Chatain-Autajon, « Coopératives : un eldorado fiscal ? », *Rev. dr. fiscal*, 7 avr. 2016, 261, p. 17.

¹⁵⁵² A. Couret, « Les chemins vers l'entreprise sociale : la voie de l'hybridation », *op. cit.* ; D. Hiez, « Le statut des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. sociétés*, 2012, p. 671 ; Y. Guyon, « Faut-il réformer la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations ? », *LPA*, 24 avr. 1996, p. 15.

A. La société à finalité sociale, l'exemple belge

659. L'exemple belge sera détaillé en tant que régime juridique (1) avant d'être interrogé dans sa pertinence et ses effets (2).

1. Définition et régime juridique

660. Définition de la société de droit commun. Introduite par le législateur belge en 1995¹⁵⁵³, la société à finalité sociale s'appuie en premier lieu sur l'espace ouvert par une définition de la société de droit commun différente de celle apportée par le Code civil français. Située à l'article premier du Code des sociétés¹⁵⁵⁴, cette définition révèle dans son alinéa premier un esprit commun avec son homologue française : « *Une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect.* » Cette approche appelle plusieurs commentaires. D'abord, la mention explicite de l'exercice d'« *activités déterminées* » ouvre plus clairement la société sur cette notion d'activité que ne le fait le législateur français par son recours à l'« *entreprise commune* ». Par ailleurs, la notion de bénéfice est assortie d'une précision importante puisqu'il est qualifié de « *patrimonial* » et qu'il peut être direct ou indirect (le caractère indirect renvoyant à la notion française d'économie). Cette relation entre société et patrimoine des membres, pour évidente qu'elle soit, n'est pas réellement explicitée par le droit français.

661. Définition ouvrant une exception. Plus étonnante pour le lecteur français est la lecture du troisième alinéa de cet article premier : « *Dans les cas prévus par le présent code, l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect.* » Autrement dit, le but fixé au contrat de société par l'alinéa premier peut purement et simplement être écarté, tout en restant pourtant dans le cadre sociétaire. Comment interpréter ce choix ? À ce stade, l'absence de précision dans l'article premier incite à resserrer la société sur de sa seule activité : en l'absence de bénéfice patrimonial, c'est le fait de mener l'activité qui constituerait la raison d'être de la société, et deviendrait le véritable but du contrat de société.

¹⁵⁵³ Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales.

¹⁵⁵⁴ X. Dieux, « Les structures élémentaires de la société », *RTD com.*, 2011, p. 287.

662. Réponse apportée par la société à finalité sociale. La réponse à la question du véritable but de ces sociétés se trouve plus loin, à l'article 661 du même Code des sociétés. Celui-ci renseigne sur la nature et la qualification de « sociétés à finalité sociale » : elle n'est pas une forme de société en elle-même, et emprunte par conséquent les formes des autres sociétés commerciales, en renvoyant à celles-ci. En réalité les membres choisissent une forme sociale à laquelle se surajoute la « finalité sociale » qui se manifeste par l'exclusion de la poursuite des bénéfices patrimoniaux, et l'insertion de 9 dispositions statutaires spécifiques. Tant et si bien que de manière contre-intuitive en comparaison du droit français, une société coopérative de droit belge peut très bien épouser cette finalité sociale, mais peut également ne pas en relever : tout dépend (comme pour toute autre société commerciale) de l'inscription à ses statuts des stipulations évoquées par le Code.

663. Fondements de la société à finalité sociale. Le socle de la finalité sociale n'est pas un statut légal, mais le contrat de société qui doit contenir les neuf stipulations énumérées par le Code des sociétés en son article 661. Le cœur de la finalité sociale ressort clairement des deux premières : les statuts « *stipulent que les associés ne recherchent qu'un bénéfice patrimonial limité ou aucun bénéfice patrimonial* » et « *définissent de façon précise le but social auquel sont consacrées les activités visées dans leur objet social et n'assignent pas pour but principal à la société de procurer aux associés un bénéfice patrimonial indirect* ». Marquant le prolongement de l'exception visée à l'article premier, ces dispositions confirment le sort spécifique du bénéfice patrimonial : il est soit exclu, soit limité, mais ne doit pas constituer le but principal de la société. Elles introduisent surtout de façon notable un lien entre l'objet social (l'activité menée) et le but social poursuivi (à défaut de recherche d'un bénéfice patrimonial) : la relation entre ces deux notions devient directe et forte, les activités étant « *consacrées* » au but social. Au niveau de l'entreprise, la fonction économique est entamée par cette projection dans un but social qui peut nettement être assimilé à l'idée de fonction sociale.

664. Information relative au but social. Pour appuyer la fonction sociale de la société, les statuts doivent prévoir que les administrateurs ou gérants rendent annuellement un rapport spécial relatif précisément à la poursuite de ce but social. Ce rapport mentionne l'adéquation entre l'allocation des investissements, frais de fonctionnement et rémunérations, et la poursuite du but social. Rattaché aux rapports de gestion classiques, il est présumé garantir par le recours à une logique de transparence et une information sérieuse que le but social ne soit pas seulement de façade, et soit réellement l'objet de l'activité.

665. Exhaustivité des stipulations. Moins décisives sur le front des principes, les autres stipulations rendues obligatoires par le Code sont des facteurs pour un fonctionnement conforme au but social, et rappellent les outils juridiques rencontrés en droit français de l'économie sociale. Tout d'abord, les statuts doivent mentionner une politique d'affectation des profits et de mise en réserve conforme au but social ; la rémunération, si elle n'est pas exclue et seulement limitée, ne peut dépasser un simple intérêt fixé par l'autorité administrative ; un lien est établi entre les qualités de membre du personnel et l'appartenance au sociétariat (en entrée comme en sortie) pour garantir la participation des salariés ; enfin, le surplus de liquidation connaît une forme de dévolution altruiste puisqu'il doit être réattribué au plus proche possible du but social de la société. Par ailleurs, sur le plan des rapports de pouvoir, aucun associé ne peut dépasser 10 % des droits de vote, ce chiffre étant abaissé à 5 % quand des salariés figurent parmi les associés. Cette disposition, sans s'engager dans le sens de la gouvernance démocratique connue de l'économie sociale, poursuit un objectif similaire en étouffant toute prétention à une prise de contrôle à base capitaliste sur les choix stratégiques du groupement.

666. Une avancée de principe à considérer. Sans discrimination initiale entre les sociétés commerciales, le droit belge permet aux membres d'inscrire leur société dans un but social qu'ils définissent et de repousser quasi-entièrement la recherche d'un bénéfice patrimonial. Plus qu'une fin en soi, les dispositions empruntées à l'économie sociale font alors figure de garantie pour une poursuite effective du but social, en verrouillant le comportement des porteurs de capitaux engagés dans la personne morale. Il y a là un exemple séduisant, au moins en principe, de combinaison subtile entre fonctions économique et sociale de l'entreprise pouvant s'engager dans les projets définis par le mouvement de l'économie solidaire.

2. Portée et comparaison avec le régime français

667. Succès limité. Au plan de la pratique, les diverses analyses récoltées encouragent à considérer avec prudence les effets de la société à finalité sociale¹⁵⁵⁵. Le nombre de ces sociétés est *in fine* restreint, et dépendant de l'obligation faite aux entreprises d'insertion par l'activité économique d'adopter ce statut. Il est surtout intéressant de relever qu'une grande partie des sociétés à finalité sociale sont fondées sur les bases de sociétés coopératives. La complémentarité entre statuts coopératifs et statuts de la société à finalité sociale est un

¹⁵⁵⁵ D. Hiez, « Le statut des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. sociétés*, 2012, p. 678.

argument décisif pour l'expliquer : l'inspiration trouvée par le régime juridique de la société à finalité sociale dans le droit des sociétés coopératives rapproche les deux modèles, d'autant moins éloignés que le droit coopératif belge est plus libéral que son homologue français, donc plus ouvert à des sociétés hybrides.

668. La société sans recherche de bénéfice. Sans doute éloignée des aspirations d'une pratique finalement modeste, l'agitation doctrinale a été importante en Belgique, s'articulant en particulier autour du fait de savoir ce qu'il adviendrait de la société soudain dépourvue de la dimension structurante de la recherche de bénéfice¹⁵⁵⁶. Est en jeu dans cette tension nouvelle le sort de la *summa divisio* entre société et association. Si le critère de recherche et de partage d'un bénéfice tombe (la société pouvant y renoncer), alors la spécificité associative s'éteint et les différences avec la société ne tiennent plus à la substance des groupements mais renvoient à leur formalisme¹⁵⁵⁷. Cette crainte de voir les fondements des catégorisations du droit des groupements disparaître avait considérablement influencé l'attitude du législateur belge, contraint de revoir un projet initial bien plus innovant dans lequel la société n'était plus que présumée avoir le bénéfice pour objectif. Ce recul est une réponse offerte à une doctrine juridique soucieuse de ses fondamentaux mais aussi à une pratique associative et syndicale inquiète pour d'autres raisons quant à la survie de ses modèles¹⁵⁵⁸. Plus généralement, cette hypothèse d'une société sans bénéfice pose la question de la disparition de la fonction économique de l'entreprise ; elle peut ouvrir un autre champ de difficultés quant à la préservation de la nature entrepreneuriale du projet, et quant au déséquilibre de la combinaison envisagée entre fonctions.

669. Comparaison avec le contexte français. Quels enseignements tirer de cet exemple belge pour la situation française, et alors qu'elles partagent des origines communes ? La controverse juridique sur le sujet de la différenciation entre société et association est loin d'être inconnue de la doctrine hexagonale¹⁵⁵⁹. Les incertitudes sur le sujet avaient été levées (sans éteindre les discussions) par l'arrêt « Caisse rurale de Manigod », en 1914¹⁵⁶⁰, puis

¹⁵⁵⁶ M. Coipel, « Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 549 et s.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 558.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ J. Pellerin, « La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé », *RTD com.*, 1981, p. 479 et s.

¹⁵⁶⁰ Cf. F. Terré, « La distinction de la société et de l'association en droit français », in *Mélanges Roger Secrétan*, Université de Lausanne, 1964, p. 325. L'auteur énonce en conclusion et comme perspective : « affirmer qu'il y a entre les sociétés et les associations des corps intermédiaires et, pour satisfaire aux slogans de l'époque,

ravivées par l'intégration de l'économie à la définition de la société de l'article 1832 du Code civil. Cette approche, en concluant définitivement à l'appartenance des coopératives au champ des sociétés, laisse ouverte aux deux groupements (association et société) la possibilité d'être formés pour la réalisation d'une économie. La définition française demeure fortement arrimée au bénéfice et à l'économie, là où l'article premier du Code des sociétés belge offre une exception majeure dans son alinéa troisième. Il est surtout regrettable que la définition française, contrairement à son homologue belge, fasse silence sur des buts périphériques qui pourraient être conférés à la société, et qui sont une dimension structurante pour le mouvement de l'économie solidaire. Outre la prétention à dessiner une frontière, c'est aussi dans le lien entre objet et but social que se situe la grande différence entre droits belge et français : si la société à finalité sociale permet de délier la société du « *bénéfice patrimonial direct ou indirect* », c'est pour la rattacher en vertu de l'article 661 du même Code à un « *but social* » fixé statutairement et s'appuyant sur l'objet social de la personne morale. Ceci explique pourquoi l'idée d'approcher l'entreprise par ses fonctions, et d'envisager leur combinaison pourra sembler surprenante à la doctrine majoritaire.

670. Redéfinition des frontières. L'exemple belge a pour intérêt de dévier le débat assis sur la notion de partage de bénéfice : la société à finalité sociale peut ne pas totalement l'exclure, pourvu qu'il ne constitue pas son « *but principal* » (par rapport au but social statutaire), marquant l'idée d'une nécessaire combinaison. Par conséquent le bénéfice et sa distribution ne sont pas résolument écartés mais plutôt fermement raisonnés, dans une approche qui renvoie plus volontiers à la notion de lucrativité limitée¹⁵⁶¹ ou à une fonction économique raisonnée.

B. La société « à utilité sociale », l'exploration française

671. Influencé par l'exemple belge et poussé par un lobbying intensif de la part des tenants d'une entreprise sociale à la française, le législateur français est intervenu pour porter une première version d'un hybride entre société commerciale et groupement à vocation sociale¹⁵⁶² qui contribue à l'idée d'une combinaison entre fonctions économique et sociale participant d'un « mode d'entreprendre » innovant. Ce modèle juridique est fondé à la fois sur l'objectif

découvrir un tiers-monde. »

¹⁵⁶¹ Cf. *infra* § 717.

¹⁵⁶² J. Monnet, « L'ouverture du secteur de l'économie sociale et solidaire aux sociétés commerciales », *Dr. sociétés*, nov. 2014, p. 15 ; M.-H. Monsérié-Bon, « Les nouvelles sociétés de l'économie sociale : progrès ou dévoiement ? », *RLDA*, suppl. n° 88, déc. 2013, p. 20 ; M. Carrasco-Daëron, « La société commerciale au cœur de l'économie sociale et solidaire : pertinence ou altération ? », *Dr. sociétés*, janv. 2017, p. 6.

d'utilité sociale (2), mais il est en premier lieu rattaché aux principes et outils juridiques de l'économie sociale (1).

1. Le rattachement aux principes de l'économie sociale et solidaire

672. Instauration liée à l'économie sociale et solidaire. Avant même de s'intéresser au modèle juridique de la société commerciale d'économie sociale et solidaire à la française, une première remarque doit être faite au sujet de son véhicule législatif. Il n'est pas neutre d'avoir rattaché la conception de ce nouvel objet juridique à une loi sur l'économie sociale et solidaire : il s'agit là d'une volonté forte du gouvernement, lequel a choisi de définir ce modèle hybride non pas, à la façon de son homologue belge, en tant que tel et par référence au reste du droit des sociétés, mais plutôt comme une composante nouvelle de la famille de l'économie sociale et solidaire. Ceci explique que cette nouvelle forme de société ne soit pas seulement une société à finalité, utilité ou but social, mais une société commerciale relevant d'une double caractérisation : appartenance à l'économie sociale et solidaire et inscription dans un objectif d'utilité sociale. Cette ouverture du champ de l'économie sociale et solidaire a été vécue douloureusement par certains acteurs du mouvement¹⁵⁶³ ; elle a pour conséquence paradoxale (au moins en théorie) de le légitimer puisqu'elle en fait le centre de gravité d'un dispositif plus large, et un objectif à poursuivre.

673. Renvoi aux principes de l'économie sociale et solidaire : le but poursuivi. La construction de cette société commerciale d'économie sociale et solidaire est fondée principalement sur l'adoption par celle-ci des principes juridiques propres à l'économie sociale et solidaire, énumérés à l'article premier de la loi éponyme¹⁵⁶⁴. Cette adoption est, avec l'utilité sociale, la clé pour pouvoir se réclamer membre du mouvement de l'économie sociale et solidaire, malgré un choix statutaire initial de société commerciale¹⁵⁶⁵. Le législateur opère un renvoi direct aux « *conditions cumulatives* » auxquelles « *adhèrent* » ces entreprises¹⁵⁶⁶. La première de ces conditions est « *un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices* ». À la manière de la société à finalité sociale belge, cette société commerciale n'exclut pas entièrement le bénéfice, mais elle est tournée vers un but autre, opérant sur le

¹⁵⁶³ I. Baudet, « Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ? Analyse du choix de leur intégration par le législateur français », RIODD 2016 ; Disponible sur <https://riodd2016.sciencesconf.org/114703/document> [Consulté le 27 janvier 2017].

¹⁵⁶⁴ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, II, 2°.

¹⁵⁶⁵ Loi n° 2014-856, art. 1, III : « *Peuvent faire publiquement état de leur qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et bénéficier des droits qui s'y attachent (...)* ».

¹⁵⁶⁶ Loi n° 2014-856, art. 1, I.

mode de la combinaison. Contrairement au cas belge, aucune hiérarchisation n'est opérée : face à la recherche de bénéfice, le but « *autre* » n'a pas à s'imposer, mais doit seulement coexister.

674. Renvoi aux principes de l'économie sociale et solidaire : la gouvernance. La seconde condition fixée par le législateur est une « *gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise* ». Énoncé sous de manière vague, le principe est compliqué à apprécier. L'usage du terme « *gouvernance démocratique* » est un signal fort, mais de précision moindre qu'un recours à la notion de « une personne, une voix », donc de moindre effet. La notion de parties prenantes est au plan juridique une innovation intéressante même si elle n'est pas réellement développée. Les brèches dans cette gouvernance démocratique sont hélas nombreuses, et ne bénéficient par hypothèse d'aucun soutien de la part du statut de société commerciale choisi au préalable. Parmi elles, l'expression de participation peut masquer une diversité des situations en particulier pour les salariés¹⁵⁶⁷, et ne pas toujours être synonyme de droit de vote et d'un réel pouvoir¹⁵⁶⁸. Ce pouvoir ne peut être « *seulement lié* » l'apport, ce qui implicitement permet qu'il le soit en grande partie (possibilité ouverte par ailleurs par le droit des sociétés coopératives).

675. Les principes de gestion. Plus développés, les principes de gestion appellent à ce que les bénéfices soient « *majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise* ». Contrairement à l'absence de hiérarchisation du but social en tant que tel, sa déclinaison économique oblige à ce que plus de la moitié des bénéfices réalisés soient mis au service de l'objectif en question. La référence au « maintien » et au « développement » constitue déjà une forme de dépassement de la fonction simplement économique de l'entreprise vers une dimension sociale sous-jacente. Le texte décline ensuite, non sans tautologie, un principe selon lequel « *les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées* ». Ce principe est décliné sur l'exact modèle des sociétés coopératives s'agissant de la possibilité d'incorporation des réserves au capital comme de la dévolution altruiste.

¹⁵⁶⁷ Cf. *supra* § 565.

¹⁵⁶⁸ Y compris pour les associés : P. Le Cannu, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 443.

676. Dispositions spécifiques. En plus de ces principes fixés au mouvement dans son ensemble, les sociétés commerciales souhaitant en faire partie doivent respecter des « *principes de gestion* »¹⁵⁶⁹ qui leur sont spécifiques et qui ont trait à la constitution de réserves. Ainsi, 20 % des bénéfices doivent être obligatoirement consacrés à l'abondement d'une réserve statutaire dite « fonds de développement » jusqu'à ce que ce qu'elle atteigne 20 % du capital social ; 50 % du bénéfice annuel doit être attribué à la réserve obligatoire ou au report bénéficiaire¹⁵⁷⁰ ; enfin, est interdite toute réduction du capital non motivée par des pertes, sauf pour assurer la continuité de l'activité ... mais dans les conditions qui sont alors exactement celles du droit commun des sociétés commerciales¹⁵⁷¹.

677. Un rapport hésitant aux modèles historiques. Bien que relevant d'une forme de société commerciale de droit commun, les sociétés souhaitant adhérer et faire état de leur appartenance à l'économie sociale et solidaire sont donc guidées par le législateur vers la construction de statuts justifiant cette adhésion. Deux questions contiguës se posent : si ces statuts sont relativement maximalistes dans leur formulation et leur application, pourquoi choisir une forme de société commerciale et pas directement un des groupements historiques de l'économie sociale ? Si, au contraire, la préservation des principes de l'économie sociale est prépondérante, cette construction législative ne mérite-t-elle pas d'être plus précise, à la manière des dispositions belges ? Sur ces questions, force est de constater que les ministres en charge du domaine ont, suite à la loi de 2014, préféré se contenter de recopier les dispositions légales¹⁵⁷², laissant à la pratique ou à un très éventuel contentieux de l'adhésion au mouvement le soin de leur interprétation.

678. Renvoi du but social vers l'objet social. Contrairement à l'obligation faite en Belgique de définir dans le cadre des statuts un but social précis auquel est consacré l'objet social, le législateur français se contente de mentionner « *but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices* » et renvoie son incarnation au seul objet social, laissant supposer que

¹⁵⁶⁹ Loi n° 2014-856, art. 1, II, 2°, c.

¹⁵⁷⁰ Arrêté du 3 août 2015 pris en application de l'article 1^{er} de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire fixant la fraction des bénéfices affectée au report bénéficiaire et aux réserves obligatoires.

¹⁵⁷¹ Décret n° 2015-760 du 24 juin 2015 pris pour l'application de l'article 1^{er}, alinéa 15, de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ; cf. B. Brignon, « Chronique de droit des sociétés - Juillet 2015 », *LBH éd. affaires*, 23 juill. 2015, p. 33.

¹⁵⁷² En particulier dans l'édifiant décret n° 2015-858 du 13 juillet 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire.

le but social mentionné à l'article 1832 du Code civil est le seul à être formulé¹⁵⁷³. L'autre but ne connaît sa manifestation qu'à travers l'objet social, en lien avec l'utilité sociale vers laquelle ces sociétés doivent se tourner, ce qui n'aide pas à concevoir précisément la manière dont ces entreprises entendent combiner leur fonction économique préservée par la forme de société commerciale, et la fonction sociale fondement de leur engagement dans un « *mode d'entreprendre* » différent.

2. Une orientation vers l'utilité sociale

679. L'utilité sociale exprimée par l'objet social. Le dernier critère d'intégration de la société commerciale au « *mode d'entreprendre* » de l'économie sociale et solidaire tient dans la projection de la société dans son activité. La construction juridique est différente de son homologue belge : aucune mention n'est faite par le législateur français d'un « but social » spécifique. Par conséquent, suivant la lettre de l'article 2 de la loi relative à l'économie sociale et solidaire¹⁵⁷⁴, c'est l'objet statutaire seul qui constitue le fondement alternatif à la recherche de bénéfices qui caractérise la société au sens du Code civil.

680. Déclinaisons de l'utilité sociale. Cet objet social statutaire poursuivant une utilité sociale est exigé des sociétés commerciales par l'article 1 de la loi de 2014, et décrit dans un renvoi à l'article 2. Cet article ne pose pas une approche générale de la notion d'utilité sociale mais en propose trois déclinaisons, et dispose que la société doit répondre à au moins l'une de ces déclinaisons. De manière notable, cet article n'est pas seulement destiné à encadrer l'utilité sociale des sociétés commerciales souhaitant adhérer à l'économie sociale et solidaire : elle est également un élément à réunir, pour les entreprises répondant déjà statutairement de l'économie sociale, afin d'obtenir l'agrément « *Entreprise solidaire d'utilité sociale* »¹⁵⁷⁵, lequel ouvre droit à certains dispositifs de financement¹⁵⁷⁶. Entre adhésion à un mode d'entreprendre permettant de s'afficher d'un mouvement spécifique, et obtention d'un agrément supposant contrôle administratif et conséquences financières concrètes, l'article 2 de

¹⁵⁷³ Ce constat a conduit des auteurs à vouloir se saisir de l'objet social pour reconfigurer la notion d'entreprise. Cf. B. Segrestin, K. Levillain, S. Vernac, A. Hatchuel, *La « Société à Objet Social Étendu ». Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, 2015.

¹⁵⁷⁴ Lequel s'ouvre sur ces mots mentionnant bien l'objet social : « *Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes* ».

¹⁵⁷⁵ C. trav., art. L. 3332-17-1 ; sur le sujet : F. Rouillon-Léchère, « Comment obtenir l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » ? », *Juris associations*, n° 550, 2016, p. 21.

¹⁵⁷⁶ F. Gérôme, « L'agrément Esus, pour garantir la finalité solidaire de l'épargne », *Juris associations*, n° 527, 2015, p. 26.

la loi de 2014 sert de référence à deux objets liés mais différents, qui peuvent compliquer sa lecture.

681. Incertitude quant au caractère alternatif des critères. Cette lecture n'est guère facilitée par une rédaction malaisée¹⁵⁷⁷ : là où le premier alinéa laisse supposer le caractère alternatif des trois critères de l'utilité sociale, la suite de l'analyse y contrevient totalement. Si les deux premiers critères peuvent effectivement remplis indépendamment l'un de l'autre, le troisième et dernier, relatif à l'inscription dans le développement durable, n'est considéré que « *sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2°* ». Cette précision tend à hiérarchiser les critères en rendant le dernier inopérant si rempli mais détaché des deux autres ; de sorte que seuls les deux premiers critères servent à juger réellement de l'utilité sociale de la personne morale.

682. Une trilogie de critères. S'agissant de la formalisation concrète de cette utilité sociale, le premier critère consiste dans le fait pour les entreprises « *d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social* ». Ce critère est donc construit autour du public visé, sa formulation s'attardant sur la situation de fragilité plutôt que sur le type d'intervention permettant d'y remédier. L'article précise également que ces personnes « *peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise* ». Cette description est à saluer car elle ouvre l'utilité sociale à divers publics, et permet surtout à l'entreprise de concevoir différentes modalités de son expression : utilité sociale par le service rendu (en réponse à un besoin non-satisfait), par les modalités selon lesquelles le service est rendu (prix sociaux, par exemple) ou encore par l'emploi de personnes constituant elles-mêmes un public spécifique aux fins de produire le service¹⁵⁷⁸. Le second critère relève d'une formulation plus classique et sectorielle, et renvoie les entreprises au fait de « *contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale* ». Le champ ainsi décrit apparaît

¹⁵⁷⁷ D. Hiez, « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p. 151.

¹⁵⁷⁸ La lecture administrative est précisée par une instruction du ministère de l'Économie et des Finances et du ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social. Cf. Instr. NOR : ECFT1624490J du 20 sept. 2016.

comme une composante classique déjà largement rattachée au mouvement de l'économie sociale et solidaire, dans une logique proche du tiers secteur. Le dernier critère, accompagné des questionnements déjà évoqués quant à son applicabilité, ouvre l'entreprise à concourir au « *développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale* ». À nouveau, c'est une logique sectorielle qui prévaut, assise sur des activités bien identifiables ; mais celles-ci doivent donc être mises en œuvre soit via ou pour le public visé dans le premier critère, soit en lien avec les secteurs mentionnés dans le deuxième.

683. Divergences d'appréciation de l'utilité sociale soulevées par le mouvement des Scic. Bien que large et inclusive au premier abord, la notion d'utilité sociale développée par le législateur dans l'article 2 de la loi de 2014 a soulevé questions et débats. Le mouvement de l'économie sociale et solidaire connaissait en effet déjà une application du critère dans le cadre des Scic, ostensiblement tournées par la loi de 1947 vers cette même utilité sociale (« *Elles ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale* »¹⁵⁷⁹) sans plus de précision cependant. Pour le mouvement des Scic, l'utilité sociale relève d'une double dimension¹⁵⁸⁰ : externe dans la projection par l'activité, dans une approche semblable au texte de 2014 ; et une approche interne par laquelle l'organisation économique et la gouvernance du groupement sont elles-mêmes des facteurs d'utilité sociale, à faire vivre par exemple dans le cadre du multisociétariat avec les parties prenantes. En quelque sorte l'utilité sociale pourrait résulter aussi bien d'une combinaison de fonctions dans la manière de mener l'activité économique, que d'une combinaison de fonctions dans le choix de l'activité économique. Voir la dimension interne écartée de la notion générale d'utilité sociale pose question, en particulier dans la mesure où la gouvernance démocratique défendue à l'article premier définissant le mode d'entreprendre de l'économie sociale et solidaire se présente avec un degré de contrainte bien moindre que celui imposé aux Scic. C'est sur ce lien entre approche plurielle, démocratique et utilité sociale qu'insistent les tenants de la Scic et plus largement de l'économie solidaire pour valider l'opportunité sociale de leur démarche¹⁵⁸¹. Il est dès lors

¹⁵⁷⁹ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies, al. 2.

¹⁵⁸⁰ S. Grandvilllemin, « Être ou ne pas être une entreprise de l'économie sociale et solidaire ? - Une qualification entre unité et diversité », *JCP E*, 12 nov. 2015, 1542, p. 23 ; J.-F. Draperi, A. Margado, « Les Scic, des entreprises au service des hommes et des territoires », *Recma*, n° 340, avr. 2016, p. 23.

¹⁵⁸¹ M. Parodi, « L'utilité sociale pour éclairer la face cachée de la valeur de l'économie sociale », *Recma*, n° 315, févr. 2010, p. 40 ; bien que le titre de la publication renvoie à l'économie sociale, il y est également question d'économie solidaire.

permis de douter qu'ils aient été pleinement entendus par le législateur dans la construction des sociétés commerciales d'économie sociale et solidaire à utilité sociale.

Section 2 : L'utilité sociale

684. Mobilisée par la loi du 31 juillet 2014 pour structurer le mouvement de l'économie sociale et solidaire, la notion d'utilité sociale répond à la nécessité de traduire dans le droit positif le projet d'une fonction sociale de l'entreprise passant aussi par l'objet de l'activité. Les contours notionnels imprécis de l'utilité sociale (**Paragraphe 1**) doivent être réinterrogés afin de lui conférer de nouveaux effets (**Paragraphe 2**).

§ 1. L'utilité sociale, une notion à préciser

685. L'imprécision entourant la notion d'utilité sociale est imputable à son éclatement entre plusieurs sources juridiques (A) qui mêlent de plus des lectures publicistes et privatistes¹⁵⁸². Pour autant, il est possible de dégager une certaine unité de la notion, eu égard à ses enjeux en droit positif, et dans la mesure où elle peut traduire de manière décisive le projet d'une combinaison de fonctions conférées à l'entreprise (B).

A. Multiplicité des approches

686. Deux temps bien distincts peuvent être observés quant à l'émergence de la notion juridique d'utilité sociale : une apparition *via* le droit fiscal et le contrôle du Conseil d'État initialement (1) puis les consécutions légale et communautaire plus récentes comme élément d'identification de certains groupements (2).

1. L'utilité sociale, critère fiscal

687. Contexte de l'apparition du critère fiscal. Les origines de la notion juridique d'utilité sociale coïncident avec les questionnements relatifs à la fiscalité des associations. Ces dernières peuvent en effet légitimement mener des activités économiques consistant dans des prestations de services ou des ventes de biens. Mais se pose alors la question de leur assujettissement aux impôts commerciaux, au premier rang desquels l'impôt sur les sociétés et la taxe sur la valeur ajoutée. Ces deux impôts ont en effet vocation à s'appliquer au-delà des

¹⁵⁸² Dans sa thèse, le Professeur Mekki a pu signaler également combien la notion d'utilité sociale renvoyait à un discours politique fondé sur l'utilitarisme, tout en soulignant son caractère sectoriel (en particulier dans le champ médico-social). Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 39. La montée en généralité de la notion consécutive à son avènement dans la loi relative à l'économie sociale et solidaire nous semble justifier un dépassement de son propos.

seules sociétés commerciales. Ainsi l'impôt sur les sociétés est appliqué aux organismes (indépendamment de leurs statuts) qui se livrent « à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif »¹⁵⁸³ ; s'agissant de la taxe sur la valeur ajoutée, sont au contraire exonérées les « opérations faites au bénéfice de toutes les personnes par des œuvres sans but lucratif »¹⁵⁸⁴. L'utilité sociale n'entre pas encore en jeu : c'est le caractère lucratif ou non de l'activité qui apparaît déterminant, dans une approche qui favorise explicitement (au plan fiscal tout au moins) les activités menées sans but lucratif. Cette idée de lucrativité se rapproche, au moins en apparence, d'une réflexion sur la fonction économique de l'entreprise. C'est dans la déclinaison de la non-lucrativité par l'administration fiscale qu'apparaît plus clairement la notion d'utilité sociale, qui n'est pas visée par le Code général des impôts.

688. Apparition contentieuse et déclinaison administrative. La mention concrète de l'utilité sociale est à trouver dans ce contentieux fiscal autour de la lucrativité ou non d'organismes se présentant statutairement comme dépourvus de but lucratif. Plus précisément, elle émerge des conclusions du commissaire du Gouvernement Delmas-Marsalet qui à l'occasion d'un arrêt rendu le 30 novembre 1973 prédit à la notion d'utilité sociale un « *grand avenir* »¹⁵⁸⁵. Ce n'est qu'en 1980 que l'idée d'utilité sociale pénètre les instructions de l'administration fiscale au rang des critères de la non-lucrativité, accompagnée de cette première définition : « *l'œuvre doit présenter une utilité sociale en assurant la couverture de besoins qui ne sont pas normalement ou suffisamment pris en compte par le marché* »¹⁵⁸⁶. Plus de 25 ans plus tard, l'administration fiscale a précisé sa position¹⁵⁸⁷ : l'utilité sociale est désormais une partie de la règle dite des « 4 P », faisceau d'indices permettant d'établir que l'organisme n'entre pas en concurrence avec d'autres entreprises, constat qui combiné à une gestion désintéressée justifie l'exonération d'impôts commerciaux.

689. Contenu actuel de l'utilité sociale en tant que critère fiscal : produit et public. Le contenu du critère se divise aujourd'hui entre les deux premiers « P » du faisceau d'indices, à savoir le produit et le public. S'agissant du produit, il « *tend à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte par le marché ou qui l'est de façon peu satisfaisante* »¹⁵⁸⁸, ce qui renvoie à

¹⁵⁸³ C. G. I., art. 206, 1.

¹⁵⁸⁴ C. G. I., art. 261, 7, 1^o, b.

¹⁵⁸⁵ CE, 30 nov. 1973, n^o 85586 et 85598, *Association Saint-Luc, clinique du Sacré-Cœur* ; *Dr. fisc.*, 1974, n^o 531, p. 17.

¹⁵⁸⁶ Instr. 4-H-5-80 du 25 nov. 1980 relative aux dispositions particulières concernant l'impôt sur les sociétés, sur ce point, cf. A. Euillet, « L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général », *RDSS*, 2002, p. 207.

¹⁵⁸⁷ Instr. du 18 déc. 2006, BOI 4 H-5-06.

¹⁵⁸⁸ Instr. du 18 déc. 2006, § 62.

l'approche dégagée en 1980. La contribution adossée à une mission d'intérêt général ou de service public peut contribuer à l'appréciation favorable de l'administration fiscale, mais ne sera pas forcément suffisante. Dans cet objectif, la pratique de « partenariats » visant à une identification par le secteur public de ces besoins a tendance à se développer et permet de sécuriser la situation de certaines associations¹⁵⁸⁹. Quant au critère du public, il aux bénéficiaires de l'activité, c'est-à-dire aux personnes achetant les biens ou recourant aux services fournis (et répondant à un besoin). Ce public doit être constitué de « *personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers au vu de leur situation économique et sociale (chômeurs, personnes handicapées notamment, ...)* »¹⁵⁹⁰. L'administration précise que le critère peut également s'entendre dans le sens d'un public nécessitant un « *encadrement important* », donc des moyens supplémentaires afin de pouvoir rendre le service proposé.

690. Mise en perspective des critères de produit et de prix avec la notion fiscale de lucrativité. Accolés, les critères du produit et du public constituent la notion d'utilité sociale dégagée par la matière fiscale, prépondérants dans le faisceau d'indices mobilisé pour juger de la lucrativité d'un organisme¹⁵⁹¹. Si l'utilité sociale est une composante d'une appréciation plus large du critère de lucrativité, elle bénéficie d'une relative autonomie : ce n'est pas le rapport de l'organisme au bénéfice que questionnent le produit et le public, mais bien l'activité concrète, donc la projection économique de la personne morale visée et implicitement ce qui, dans cette projection, traduit une fonction économique ou une fonction sociale. L'influence du produit et du public est cependant réelle sur la prétention au bénéfice : le fait que le marché ne couvre pas (ou mal) les besoins trouve sa cause dans la rentabilité défailante du produit en question ; et le fait de s'adresser à un public « *justifiant l'octroi d'avantages particuliers* » ou de devoir lui procurer un accompagnement spécifique laisse supposer que ces bénéficiaires ne sont pas en situation de payer un prix permettant à l'organisme d'atteindre la rentabilité.

691. Ouverture du champ. Il est important de noter que ces critères ne sont pas réellement sectorisés : de prime abord et comme le souligne dans son observation initiale le commissaire du Gouvernement Delmas-Marsalet¹⁵⁹², tout type d'activité peut entrer dans le champ visé,

¹⁵⁸⁹ C. Amblard, « Utilité sociale, intérêt général, utilité publique : optimiser son modèle économique », *Juris associations*, n° 546, 2016, p. 24.

¹⁵⁹⁰ Instr. du 18 déc. 2006, § 64.

¹⁵⁹¹ CE, 9e et 10e ss-sect., 13 fév. 2013, n° 342953, *Groupe de plongée de Carantec (Assoc.)* ; « Organismes à but non lucratif : la concurrence appelle l'impôt ! », *RTD com.*, 2013, p. 374, note Ph. Neau-Leduc.

¹⁵⁹² CE, 30 nov. 1973, n° 85586 et 85598, *Association Saint-Luc, clinique du Sacré-Cœur* ; *Dr. fisc.*, 1974, n°

sans autre condition que le fait de répondre à un besoin non ou mal satisfait L'approche fait écho à celle retenue par le législateur en 2014 pour définir la notion d'innovation sociale, dont une des modalités possibles est justement de « *répondre à des besoins sociaux non ou mal satisfaits, que ce soit dans les conditions actuelles du marché ou dans le cadre des politiques publiques* »¹⁵⁹³. De fait, la seule limite réside dans le fait que ces besoins soient apparus ou non ; l'utilité sociale au plan fiscal n'est donc pas tributaire d'un champ d'intervention déterminé, et s'ouvre aux perpétuelles évolutions des besoins sociaux.

2. L'utilité sociale, critère d'identification

692. Lente assimilation législative de l'utilité sociale. Issue d'apports jurisprudentiels et de l'administration fiscale, la notion d'utilité sociale a attendu un certain temps avant d'être réellement saisie par le législateur. C'est depuis la fin des années 1990 que ce dernier y recourt fréquemment¹⁵⁹⁴ au sujet de dispositions précises : l'utilité sociale entre dans la définition du secteur de l'action sociale et médico-sociale¹⁵⁹⁵ ; elle fait partie des critères à vérifier pour la mise en œuvre de partenariats avec l'État relativement à l'emploi des jeunes (les « *emplois jeunes* »)¹⁵⁹⁶ ; elle sert de socle aux partenariats entre État, collectivités locales et organismes à but non lucratif s'agissant de la mise en place de « *contrats emploi-solidarité* »¹⁵⁹⁷. L'utilisation dans ces contextes de la notion d'utilité sociale renseigne assez peu sur son contenu : outre qu'elle entre dans la définition d'un secteur précis (sans exclure qu'elle s'applique à d'autres secteurs), elle est reprise dans un sens finalement proche de celui de sa source fiscaliste initiale. L'utilité sociale doit être constatée conjointement à la non-lucrativité pour donner droit, à côté du traitement fiscal favorable, à l'utilisation de certains contrats dits « aidés » exorbitants du droit commun et visant des publics connaissant des difficultés d'insertion.

693. Approche communautaire récente. Une conception similaire a guidé le droit communautaire qui s'est intéressé à la notion pour identifier les entreprises éligibles aux

531, p. 17. Il précise : « *Le caractère d'utilité sociale d'une institution ne découle pas du secteur dans lequel elle exerce son activité, mais bien des conditions dans lesquelles elle l'exerce. Tout secteur d'action socio-économique, qu'il s'agisse de la santé, de l'éducation, de la culture ou, demain, de la protection de l'environnement, peut donner lieu à des activités sociales.* »

¹⁵⁹³ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 15, I, 1°.

¹⁵⁹⁴ En ce sens : M. Parodi, « L'utilité sociale pour éclairer la face cachée de la valeur de l'économie sociale », *Recma*, n° 315, fév. 2010, p. 41.

¹⁵⁹⁵ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, art. 5.

¹⁵⁹⁶ Loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, art. 1^{er}.

¹⁵⁹⁷ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, art. 11.

« *fonds d'entrepreneuriat social européen* »¹⁵⁹⁸. Le fait de mettre en place des fonds dédiés supposait inmanquablement de définir leur composition. S'ajoute une difficulté majeure : le fait d'apporter une définition des entreprises éligibles applicable à toute l'Union européenne, par-delà les modèles juridiques propres à chaque État-membre. Parmi les critères permettant de définir ces entreprises (qui comptent également des exigences de transparence, ou l'utilisation des bénéfices pour servir un objectif social) se trouve le fait d'avoir « *pour objectif principal, en vertu de ses statuts ou de tout autre document constitutif de l'entreprise, de produire des effets sociaux positifs et mesurables* »¹⁵⁹⁹. Ces « *effets sociaux positifs et mesurables* » peuvent prendre la forme de la fourniture « *des biens ou des services à des personnes vulnérables, marginalisées, défavorisées ou exclues* » ; de l'utilisation d'« *une méthode de production de biens ou de services qui soit la matérialisation de son objectif social* » ; ou d'une position de soutien financier aux entreprises de ce champ.

694. Comparaison avec l'utilité sociale. Cette notion d'« *effets sociaux positifs et mesurables* » appelle une comparaison avec l'utilité sociale dégagée en France : elle apparaît (sans surprise eu égard à son caractère transnational) comme plus ouverte. L'attention portée au public bénéficiaire est une dimension commune, mais elle semble suffire dans le cas européen. Surtout, est introduit un effet social produit par le recours à des modalités de production elles-mêmes, indépendamment du produit proposé¹⁶⁰⁰. Se retrouvent alors les deux modalités proposées de la poursuite d'une fonction sociale par l'entreprise : par les modalités de la production intégrant des préoccupations sociales, ou par le résultat de la production, à vocation sociale.

695. L'utilité sociale caractéristique d'un groupement. L'emploi le plus proche de ces recherches de la notion d'intérêt social est à mettre à l'actif du législateur français. Répondant aux mêmes préoccupations qui avaient poussé son homologue belge à concevoir la société à finalité sociale, il met en place en 2001¹⁶⁰¹, suite à un rapport remarqué¹⁶⁰², la Société coopérative d'intérêt collectif, sur un mode ouvertement coopératif et plus radical que le

¹⁵⁹⁸ Règlement (UE) n° 346/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens ; cf. I. Riassetto, « Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ? », *Rev. dr. banc. fi.*, mai 2013, 28, p. 103.

¹⁵⁹⁹ Règlement (UE) n° 346/2013 du 17 avril 2013 relatif aux fonds d'entrepreneuriat social européens, art. 3, 1, d, ii.

¹⁶⁰⁰ L'exemple le plus évident étant le cas des entreprises d'insertion par l'activité professionnelle.

¹⁶⁰¹ Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, art. 36.

¹⁶⁰² A. Lipietz, *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale : rapport remis au Ministre de l'emploi et de la solidarité*, La documentation française, 2000.

projet belge. Déjà évoquées, les Scic ont pour particularité dès leur instauration de se définir justement par leur utilité sociale : « *Elles ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale.* »¹⁶⁰³ Quant à définir en quoi pourrait consister cette utilité sociale, le législateur de l'époque est demeuré silencieux. Le complément apporté par décret, qui renvoie aux préfets l'appréciation de l'utilité sociale laisse circonspect : « *Pour apprécier le caractère d'utilité sociale du projet, le préfet tient compte notamment de la contribution que celui-ci apporte à des besoins émergents ou non satisfaits, à l'insertion sociale et professionnelle, au développement de la cohésion sociale, ainsi qu'à l'accessibilité aux biens et aux services.* »¹⁶⁰⁴ La proximité avec l'approche fiscale du sujet semble assumée, mais la présence de l'adverbe « notamment » ouvre en grand le champ des possibles, non sans provoquer une forme de perplexité. Les circulaires ministérielles guidant les préfets¹⁶⁰⁵ ne seront quant à elles d'aucun secours, se bornant à répéter les termes du décret tout en renvoyant ... à la jurisprudence fiscale.

696. Indétermination de l'utilité sociale appliquée aux Scic. De fait, le législateur a pu décevoir une partie de la doctrine qui aurait souhaité qu'il fasse preuve de plus d'ambition, voire reconfigure l'espace séparant association et société¹⁶⁰⁶. Cette quasi-définition manque non seulement de la visibilité à laquelle ces activités auraient pu prétendre, mais elle renvoie surtout les Scic à leur condition d'organismes sans but lucratif parmi d'autres. L'utilité sociale, quand elle entre dans l'analyse fiscale, concerne en effet le plus souvent des associations ; si le statut des Scic, porteur privilégié de cette même utilité sociale, est contraint d'emprunter la notion au monde des associations, il se trouve relégué au statut de simple composante minoritaire et marginalisée. Ce constat a poussé une partie du mouvement des Scic¹⁶⁰⁷ à se saisir de l'ouverture présente dans le décret par l'adverbe « notamment » pour défendre une utilité sociale qui ne se limite pas au produit et au public et tienne compte, dans un sens qui se rapproche du règlement européen de 2013, des modalités de production et d'organisation de la Scic, donc d'une fonction sociale déclinée selon l'objet et les modalités de la production. En ce sens, la gouvernance ouverte et innovante de la Scic, conçue pour refléter l'utilité sociale, produirait par son existence même une forme d'utilité sociale qui se

¹⁶⁰³ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies, al. 2.

¹⁶⁰⁴ Décret n° 2002-241 du 21 février 2002 relatif à la société coopérative d'intérêt collectif, art. 3, I.

¹⁶⁰⁵ Circulaire DIES n° 2002-316 du 18 avril 2002 relative à la société coopérative d'intérêt collectif, NOR : MESC0230294C.

¹⁶⁰⁶ En particulier : M. Michaluskas, « La société coopérative d'intérêt collectif, un groupement en quête d'identité », *Rev. sociétés*, 2002, p. 247.

¹⁶⁰⁷ A. Margado, « Scic, Société coopérative d'intérêt collectif », *Recma*, n° 284, mai 2002, p. 25.

détacherait de l'approche fiscale, mais qui correspondrait au projet d'une la fonction sociale pouvant suivre plusieurs déclinaisons.

B. Intérêt d'une approche unitaire

697. Ce n'est que par la loi relative à l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014 que le législateur a décidé de figer une définition de la notion d'utilité sociale. Il convient d'en étudier le contenu (1) puis d'en observer les enjeux (2).

1. Définition législative

698. Des conditions seulement alternatives. La première définition légale de la notion d'utilité sociale est portée par la loi relative à l'économie sociale et solidaire¹⁶⁰⁸ : sont considérées d'utilité sociale les entreprises « *dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes* ». Le fait de remplir une seule de ces conditions suffit à établir son utilité sociale et la notion n'est donc pas construite sous la forme d'un cumul de critères.

699. Première condition : le « public » ? La première de ces conditions est ainsi formulée : « *Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise* ». Difficile de ne pas être frappé par la proximité de cette présentation avec la notion de « public » mise en œuvre au plan fiscal. L'activité est en effet tournée selon ce critère vers des personnes « *en situation de fragilité* », laquelle rappelle les termes de l'administration fiscale évoquant les « *personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers* », mais dans une version plus ouverte encore puisque la loi de 2014 mentionne, en plus des difficultés économiques et sociales, la situation personnelle, l'état de santé ou le besoin d'accompagnement social.

700. Un public occupant une diversité de positions. Une grande différence avec l'approche fiscaliste vient du statut que ce public peut avoir dans l'entreprise. Le législateur établit explicitement qu'il peut s'agir de salariés, usagers ou clients, en plus des bénéficiaires sur lesquels la définition fiscale est centrée. La mention des « *usagers* » paraît renvoyer

¹⁶⁰⁸ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 2.

surtout vers le service public¹⁶⁰⁹, mais elle est parfois également utilisée en droit des associations comme synonyme de bénéficiaire¹⁶¹⁰. Celle des « *clients* » interroge : elle est habituellement le pendant dans le secteur marchand de ce que l'utilisateur est au service public¹⁶¹¹. Si le service rendu dans le cadre de l'utilité sociale se fait dans des conditions spécifiques eu égard du public visé, est-il légitime que ce public puisse être constitué de simples clients ? Enfin, il convient de saluer l'intégration des salariés à cet ensemble : ce n'est alors pas le public au sens du destinataire de la production qui témoigne de l'utilité sociale, mais bien le public participant de la production au sein de l'entreprise. Ainsi défini, le premier critère permet la rencontre des deux modalités envisagées de la fonction sociale de l'entreprise, tenant aux modalités de production et à l'objet de la production.

701. Deuxième condition : un produit sectorisé ? La deuxième condition (alternative) de l'utilité sociale est formulée en ces termes : « *contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale* ». Le législateur revient ici à une approche clairement sectorielle de l'utilité sociale : sont précisément désignés des champs d'intervention dont la nature même en ferait des contributions à l'utilité sociale de l'entreprise. Le législateur met à cette occasion de côté la notion générale de réponse à un besoin social non ou mal satisfait par le marché qui caractérise le « produit » dans la lecture fiscale de l'utilité sociale et qui est renvoyée par la loi de 2014 vers le champ de l'innovation sociale¹⁶¹². Plutôt qu'un besoin non-sectorisé, le législateur décrit ici de lui-même le type de besoins auxquels l'entreprise d'utilité sociale se propose d'apporter une réponse. Cette apparente fermeture de la définition n'est pas si brutale : la formulation de ces objectifs se fait en des termes si larges (en particulier « *la lutte contre les exclusions* » ou le « *renforcement de la cohésion territoriale* ») qu'il est possible d'y faire tenir une grande diversité de situations et de projets qui justement, seraient de nature à répondre aux critères du « produit » au sens fiscal, donc à une production répondant par son objet à une fonction sociale déterminée.

¹⁶⁰⁹ Selon Pierre Laroque, l'utilisateur serait « *la personne qui bénéficie effectivement et directement de la prestation qu'offre le service public* », « *celui pour qui le service public a été créé et fonctionne* » ; cité par A. Van Lang, « La privatisation de l'utilisateur », *RFDA*, 2013, p. 494.

¹⁶¹⁰ A.-S. Hocquet de Lajarte, M. Long, « Quelle place pour les usagers et le personnel dans la gouvernance associative ? », *RDSS*, 2008, p. 222.

¹⁶¹¹ Le glissement de la catégorie d'utilisateur à celle de client est par ailleurs une préoccupation forte en droit administratif : A. Van Lang, « La privatisation de l'utilisateur », *op. cit.* ; B. Quiriny, « Les droits de l'utilisateur face au droit du marché », *RFDA*, 2008, p. 20.

¹⁶¹² Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 15, I, 1°.

702. La troisième condition ... est-elle bien une condition ? Enfin, la troisième condition consiste pour les entreprises se réclamant de l'utilité sociale à concourir « *au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale, sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2°* ». Pareille formulation, dont l'étrangeté a été soulignée par la doctrine¹⁶¹³, ne fait pas de cette troisième option une condition à part entière, puisqu'elle n'est prise en compte que par l'intermédiaire du rapport déjà établi aux deux précédentes. Difficile de comprendre sur ce sujet quelle peut bien être la démarche du législateur. Les impératifs de développement durable, de transition énergétique ou de solidarité internationale méritent peut-être une mention (là encore, sectorielle mais permettant d'identifier largement des activités) mais leur participation à l'utilité sociale ne peut à elle seule prouver l'insertion de l'entreprise dans ce champ, ce qui justifierait que ce critère ne soit pas placé au même rang que les deux premiers. Surtout, la question de savoir si ce troisième critère peut servir à renforcer l'un des deux premiers qui serait imparfaitement rempli reste posée. Le texte précise bien que la mise en œuvre de cette troisième option se fait « *sous réserve que leur activité soit liée* » aux deux premiers objectifs, mais n'impose pas que l'activité « satisfasse » ces objectifs. En faisant crédit au législateur d'une subtilité qu'il n'a pas toujours, cette lecture rendrait possible, à une entreprise « *liée* » à un des deux premiers objectifs d'utilité sociale de faire établir son appartenance aux entreprises d'utilité sociale via cette troisième condition, sorte de complément s'ajoutant à une utilité sociale fragile par ailleurs. Dans le cas d'une précision législative mal amenée, cette modalité de contribution à l'utilité sociale ressemble à un point bonus, sans valeur juridique.

2. Enjeux

703. L'utilité sociale, un critère de l'économie sociale et solidaire au rôle incertain. La première et la plus évidente raison de l'émergence de la notion d'utilité sociale est sa participation de la définition plus large du secteur de l'économie sociale et solidaire par la loi du 31 juillet 2014. L'article premier fait en effet de l'utilité sociale un des critères de l'entrée dans ce « *mode d'entreprendre* » spécifique. Cependant, il n'impose pas sa poursuite à tous les groupements du secteur : le fait de rechercher « *une utilité sociale au sens de l'article 2 de*

¹⁶¹³ D. Hiez, « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p. 151 ; S. Grandvilllemin, « Être ou ne pas être une entreprise de l'économie sociale et solidaire ? Une qualification entre unité et diversité », *JCP E*, 12 nov. 2015, 1542. L'auteure évoque au sujet de cette troisième condition un « *exposé d'objectifs dans l'air du temps* ».

la présente loi »¹⁶¹⁴ n'est en effet qu'un critère d'entrée réservé aux sociétés commerciales. À l'inverse, les groupements statutaires historiques de l'économie sociale (coopératives, mutuelles, associations et fondations) n'ont pas à répondre de cette condition d'utilité sociale, puisqu'ils sont seulement tenus de poursuivre un but « *autre que le seul partage des bénéfices* »¹⁶¹⁵. Ce recours circonstancié au critère d'utilité sociale dans ce qui a pu être décrit comme une « *loi-cadre* »¹⁶¹⁶ interroge : soit l'importance que semblait conférer l'article 2 à la notion s'effrite puisque les groupements qui sont prétendument au cœur du secteur en sont exemptés, soit la notion est remplacée par celle de but « *autre que le seul partage des bénéfices* » (dont les effets pourraient s'avérer voisins), mais dans ce cas il convient d'étudier les relations possibles de cette formule avec l'utilité sociale.

704. Une gradation de l'utilité sociale ? Le débat renvoie finalement aux questions qui ont agité les observateurs des Scic sur le point de savoir si l'utilité sociale de ces groupements devait être déduite (suivant l'approche fiscale) de leurs produits et de leurs publics, ou si leur organisation elle-même (en particulier au niveau de la gouvernance) était porteuse d'une utilité sociale *per se*¹⁶¹⁷. Cette question peut être réactivée pour éclairer l'article premier de la loi de 2014 à la lumière de la réflexion plus générale sur les fonctions de l'entreprise. En quelque sorte, le législateur promet dans ce texte deux degrés d'utilité sociale distincts, et deux déclinaisons de la fonction sociale de l'entreprise distinctes. D'abord, une version « allégée » (simple alternative à la recherche du bénéficiaire, dans une logique proche de la société à finalité sociale belge) pour les groupements statutaires de l'économie sociale, car leur forme produit déjà par elle-même une part (parfois forte) de leur utilité sociale et de leur fonction sociale. En parallèle, une version « pleine » de l'utilité sociale (appuyée sur la définition de l'article 2) est exigée des groupements demeurés sous forme de sociétés commerciales, moins susceptibles de faire de leur mode de fonctionnement une dimension structurante de leur utilité sociale, et devant par conséquent s'y consacrer plus ouvertement sur le terrain de l'objet de la production.

705. Conséquences de la reconnaissance de l'utilité sociale. La suite de la problématique réside dans les conséquences que cette reconnaissance permet d'enclencher. Sur ce point, si l'article premier mentionne la possibilité pour ces entreprises de « *faire publiquement état de*

¹⁶¹⁴ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, II, 2°, b.

¹⁶¹⁵ Loi n° 2014-856, art. 1, I, 1°.

¹⁶¹⁶ Idée cependant discutée. Cf. D. Hiez, « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *op. cit.*, p. 147.

¹⁶¹⁷ Cf. *supra* § 696.

leur qualité d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et bénéficiaire des droits qui s'y attachent »¹⁶¹⁸, il faut bien remarquer *in fine* que ces droits relèvent d'un caractère plus symbolique que concret. Certes, la notion d' « entreprise de l'économie sociale et solidaire » peut produire des effets positifs en termes d'image, notamment auprès du consommateur, mais de tels effets sont difficiles à évaluer. Quant aux droits qui s'attachent aux entreprises du secteur, la loi elle-même est discrète, la partie du texte relative aux « dispositifs qui concourent au développement des entreprises de l'économie sociale et solidaire »¹⁶¹⁹ étant réduite, mais surtout limitée dans ses effets¹⁶²⁰, ou renvoyant à l'action des collectivités locales¹⁶²¹.

706. De l'utilité sociale à l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale ». Parmi ces dispositifs, il convient de mettre en lumière celui de l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » (Esus) dans lequel la notion d'utilité sociale joue un rôle décisif. Cet agrément fixé à l'article L. 3332-17-1 du Code du travail repose en partie, dans son II, sur une énonciation de secteurs d'activités dont les entreprises sont par définition agréées. En parallèle, il est ouvert de manière généraliste par son I aux entreprises remplissant certains critères cumulatifs parmi lesquels figure l'utilité sociale renvoyant à l'article 2 de la loi de 2014 (aux côtés de l'échelle limitée des rémunérations, ou de l'impossibilité de voir ses titres admis aux négociations sur un marché financier). Contrairement aux maigres avantages associés au fait d'être une entreprise de l'économie sociale et solidaire, l'agrément Esus, venant remplacer l'agrément dit « entreprise solidaire », est pensé dans le seul but de faire accéder à des dispositifs de soutien. Ceux-ci prennent la forme d'un accès aux fonds communs de placement d'entreprises solidaires (des dispositifs d'épargne salariale), et aux financements dédiés par la banque publique d'investissement « Bpifrance »¹⁶²². L'apport de ces mécanismes à la vie des entreprises en question est lui aussi mesuré ; mais le recours à cet agrément est largement demandé, ce qui tend à prouver un intérêt pratique. Il est important de noter que si les entreprises de l'économie sociale et solidaire peuvent naturellement prétendre à cet agrément Esus, leur appartenance n'est en rien automatique, les conditions n'étant pas à proprement parler statutaires, et l'article premier de la loi de 2014 n'étant visé ni comme condition, ni comme possible laisser-passer.

¹⁶¹⁸ Loi n° 2014-856, art. 1, III.

¹⁶¹⁹ Ces dispositifs constituent le chapitre III de la loi de 2014, soit les articles 11 à 14.

¹⁶²⁰ B. Clavagner, « Les avantages conférés aux entreprises de l'ESS », *Juris associations*, n° 506, 2014, p. 26.

¹⁶²¹ Loi n° 2014-856, art. 7 à 10.

¹⁶²² B. Clavagner, « Les avantages conférés aux entreprises de l'ESS », *op. cit.*

707. Dimension fonctionnelle de l'agrément « Esus ». Par comparaison, le principe de l'agrément appuyé sur l'intervention de l'administration rend la notion d'Esus très fonctionnelle et peu porteuse au plan des principes. L'utilité sociale, qui en est une dimension forte, suit ce mouvement. En témoigne le fait que l'utilité sociale élevée en objectif principal de l'entreprise constitue surtout une « charge » ayant « un impact significatif sur le compte de résultat ou la rentabilité financière de l'entreprise »¹⁶²³, condition analysée en vérifiant que l'utilité sociale pèse pour au moins 66 % des charges d'exploitations ... ou même, alternativement, par une simple limitation de la rémunération du capital¹⁶²⁴. En résumé, pas plus l'appartenance au champ de l'économie sociale et solidaire que l'agrément Esus ne se saisissent de l'utilité sociale comme d'un critère fondamental et structurant. Ce constat, ajouté aux conséquences limitées de ces appartenances pour les entreprises candidates, suffit à démontrer l'intérêt de saisir de nouveau la notion d'utilité sociale.

708. L'utilité sociale comme traduction de la combinaison de fonctions de l'entreprise.

Sur un plan plus théorique, l'émergence législative de la notion d'utilité sociale fournit un argument non négligeable pour les réflexions menées autour de la fonction sociale de l'entreprise. L'utilité sociale pourrait se muer en critère permettant de faire entrer dans le droit les engagements des entreprises à l'expression d'une fonction sociale. Ensuite, ce critère, par son histoire et la manière dont il a été mobilisé, rencontre les réflexions déjà ouvertes sur le fait que cette fonction sociale assumée puisse prendre à la fois la forme d'une fonction sociale interne, organisationnelle et centrée sur les modalités de l'activité ; et d'une fonction sociale « externe », attachée à l'objet de la production, dans la suite des questions posées par le mouvement de l'économie solidaire. C'est pour ces raisons qu'il convient de parfaire le critère d'utilité sociale, en faisant du recours à cette notion une voie privilégiée d'expression de la fonction sociale de l'entreprise.

§ 2. L'utilité sociale, un potentiel à explorer

709. Les constats qui précèdent font état d'une notion difficile à cerner et conséquemment discutée. Ils soulignent pourtant les promesses qu'elle renferme, en particulier à travers sa résonance avec l'idée d'une fonction sociale de l'entreprise. L'utilité sociale peut par conséquent prétendre à un rôle important dans la structure du droit des sociétés, afin que ce

¹⁶²³ C. trav., art. L. 3332-17-1, I, 2°.

¹⁶²⁴ Décret n° 2015-719 du 23 juin 2015 relatif à l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » régi par l'article L. 3332-17-1 du code du travail ; C. trav., art. R. 3332-21-1.

droit produise des effets sur l'entreprise. Elle doit pour atteindre cet objectif être précisée (A) et rendue plus opérante (B).

A. Renouveau de l'approche

710. L'étude des diverses approches référencées de l'utilité sociale invite à expliciter et développer la notion dans une double direction qui traduit la fonction sociale assumée par l'entreprise en interne et la fonction sociale qu'elle peut envisager de jouer dans ses rapports externes. L'utilité sociale peut ainsi traduire la fonction sociale de l'entreprise quant à l'objet de sa production (1) et quant aux modalités de sa production (2).

1. Utilité sociale de l'objet de la production

711. Retour à la définition fiscale. L'origine fiscale de la notion d'utilité sociale ne doit pas être oubliée. La notion d'utilité sociale dérive en réalité de celle d'intérêt général¹⁶²⁵. Cette dimension forte explique les liens avec le droit public et la matière fiscale en particulier : l'utilité sociale poursuivie par des personnes privées vient en quelque sorte compléter voire suppléer le rôle de la puissance publique en matière d'intérêt général. Ces éléments permettent de comprendre le caractère sectoriel qui subsiste dans les différentes lectures de l'utilité sociale. En particulier, le « *soutien à des personnes en situation de fragilité* » ou la « *lutte contre les exclusions et les inégalités* » visés par l'article 2 de la loi de 2014 sont la preuve que la notion d'utilité sociale entretient un lien fort avec des missions qui, si elles étaient assurées par les pouvoirs publics en termes de politiques sociales, seraient présentées comme d'intérêt général. Elles figurent de manière nette une déconnexion avec la fonction économique de l'entreprise qui, dans l'optique d'un intérêt général poursuivi par la puissance publique, est en théorie exclue.

712. Périmètres de l'utilité sociale. Reste que les périmètres respectifs des notions d'intérêt général et d'utilité sociale ne sont pas les mêmes. Comme cela a pu être relevé, l'utilité sociale constituerait une part de l'intérêt général : un intérêt général « précisé », circonscrit à certains types d'activités. Par conséquent, les pouvoirs publics conscients de ce découpage laissent à des personnes morales de droit privé certaines prérogatives, tout en intervenant pour réguler leur existence juridique¹⁶²⁶.

¹⁶²⁵ A. Euillet, « L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général », *RDSS*, 2002, p. 207. L'auteure précise que la notion d'utilité sociale « *riche des influences privatistes et publicistes* ».

¹⁶²⁶ *Ibid.* L'auteure définit les rapports entre les notions, dans le champ des établissements sociaux et médico-

713. Définition du périmètre de l'utilité sociale. Comment définir ce périmètre de l'utilité sociale ? L'utilité sociale, renouant avec l'analyse fiscale sans repousser les termes utilisés par le législateur en 2014, pourrait s'articuler autour de deux caractéristiques susceptibles d'éclairer la production des acteurs, définie par le produit proposé ou le public destinataire, usager ou bénéficiaire du produit. D'abord, suivant la définition législative actuelle, l'utilité sociale pourrait être la conséquence d'une activité déployée dans des champs déterminés et classiquement analysés comme le soutien aux personnes fragiles, la lutte contre l'exclusion ou la recherche d'une forme de cohésion sociale. Ensuite, car il convient de ménager cette possibilité, l'utilité sociale pourrait découler de la satisfaction de besoins sociaux insuffisamment pris en charge par le secteur public ou le secteur marchand, critère pris en compte par l'administration fiscale¹⁶²⁷. Cette vision, reléguée dans la définition de l'innovation sociale, n'est pas contradictoire avec l'utilité sociale¹⁶²⁸, et il conviendrait à ce titre de la réintégrer dans sa définition. Cette solution doit être défendue pour une raison précise. La fixation d'un périmètre prédéfini, même large, peut constituer une entrave à la créativité d'acteurs qui voudraient déployer une forme d'utilité sociale face à laquelle la puissance publique n'a pas défini si le besoin devait relever de son intervention, de celle d'initiatives privées mais reliées à lui, ou du marché. Concevoir l'utilité sociale en termes de réponse à des besoins émergents rouvre les perspectives, quitte à permettre, dans un second temps, l'introduction de ces besoins dans la partie « sectorielle » de la définition de l'utilité sociale¹⁶²⁹. Est donc défendue ici l'idée d'une forme de fusion exigeante des notions d'innovation sociale et d'utilité sociale, la première pouvant se loger dans la seconde, qui doit alors se faire plus inclusive¹⁶³⁰.

sociaux, en ces termes : « *L'utilité sociale correspond à l'intérêt général auquel sont affectés des critères réducteurs qui permettent à la fois de préciser le champ d'activité concerné mais aussi la nature des prérogatives exercées par les pouvoirs publics en matière de création, de transformation et de contrôle du bon fonctionnement des établissements et services du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif dont ils assurent le financement et la régulation notamment au regard des besoins à satisfaire existants.* »

¹⁶²⁷ Cf. *supra* § 689.

¹⁶²⁸ Bien au contraire. Cf. S. Grandvullemin, « Être ou ne pas être une entreprise de l'économie sociale et solidaire ? Une qualification entre unité et diversité », *JCP E*, 12 nov. 2015, 1542. Selon l'auteur : « *Une correspondance peut alors assez naturellement être établie entre l'innovation et l'utilité sociale dans toutes ses dimensions. Il est en effet tentant de penser qu'une entreprise dont l'utilité sociale a été caractérisée sera aussi considérée comme développant un projet innovant socialement, les critères législatifs très ouverts des deux notions étant assez proches.* »

¹⁶²⁹ Il est possible d'imaginer que cette introduction se fasse sur proposition du Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire, par exemple.

¹⁶³⁰ Une telle conception validerait l'idée défendue par le professeur Hiez selon laquelle l'innovation sociale serait un « *concept européen fédérateur n'ayant pas vocation à se substituer aux conceptions nationales* ». Cf. D. Hiez, « La loi sur l'économie sociale et solidaire : un regard juridique bienveillant », *Recma*, n° 334, oct. 2014, p. 56.

714. Modalités de la reconnaissance de l'utilité sociale par le type de production. Se pose également la question du mode de reconnaissance de cette facette de l'utilité sociale. Le lien qu'elle entretient avec l'intérêt général impose que la puissance publique intervienne pour observer le respect du critère, qui ne peut être rempli par une simple proclamation des statuts du groupement. Il n'est pas non plus souhaitable que cette appréciation, comme dans le cadre associatif, revienne automatiquement, en aval, à l'administration fiscale ou au contentieux administratif, à part dans les situations de désaccord entre les porteurs du projet et les pouvoirs publics. Les logiques de label¹⁶³¹ ou d'agrément apparaissent alors comme de possibles recours, en ce qu'elles permettent une observation de l'administration selon des modalités déjà maîtrisées, en partie contractualisables avec les acteurs de terrain. Faire reposer cette lecture de l'utilité sociale sur ce type de procédures, déjà relativement éclatées, impose de résoudre des questions organisationnelles : la reconnaissance d'utilité publique propre aux associations et l'agrément Esus, pour ne citer qu'elles, sont appelées en pareil cas à fusionner, ou tout au moins à converger¹⁶³².

715. Recours à la méthode du faisceau d'indices. La méthode, quant à elle, ferait appel à la technique du faisceau d'indices¹⁶³³. Frappée du sceau du pragmatisme, elle permettrait d'envisager plusieurs présentations et propositions de l'utilité sociale par les porteurs de projet, et aurait surtout pour effet de ne pas établir de différenciation préalable selon que le groupement envisage l'utilité sociale classique par secteur, par recherche d'innovation sociale et de réponse à des besoins sociaux, par type de produit proposé ou par type de public auquel serait proposé le produit. La technique du faisceau d'indices correspond également à l'idée d'une combinaison de fonctions de l'entreprise, qui permet de modéliser un nombre important de possibilités, loin d'approches univoques des engagements de l'entreprise.

2. Utilité sociale des modalités de la production

716. Formalisation de l'utilité sociale par le mode de production. L'utilité sociale de la production peut être complétée par une utilité sociale des modalités de la production. La proposition a pu être affirmée aussi bien dans le rapport Lipietz ayant conduit à la création des

¹⁶³¹ Pour apprécier l'évolution dans le temps de la question, autrefois perçue comme inconcevable par les pouvoirs publics : E. Alfandari, « Label d'utilité sociale », *RDSS*, 2000, p. 415.

¹⁶³² C. Amblard, « Intérêt général, utilité publique ou utilité sociale : quel mode de reconnaissance pour le secteur associatif ? », *Recma*, n° 315, fév. 2010, p. 32 et s.

¹⁶³³ M. Parodi, « L'utilité sociale pour éclairer la face cachée de la valeur de l'économie sociale », *Recma*, n° 315, fév. 2010, p. 51 et s.

Scic¹⁶³⁴, que par des penseurs ayant œuvré postérieurement à celui-ci, au premier rang desquels Jean Gadrey¹⁶³⁵. Ces propositions conduisent à une lecture duale de l'utilité sociale divisée entre buts et modalités d'organisation. Cette dualité peut se traduire également par les termes d'utilité sociale externe et d'utilité sociale interne ; ou d'utilité sociale recherchée par l'économie solidaire, et d'utilité sociale consubstantielle de l'économie sociale¹⁶³⁶. Sans volonté de trancher entre ces propositions, nos travaux envisagent une articulation entre utilité sociale de l'objet de la production et utilité sociale des modalités de la production, cette dernière relevant du droit des groupements et de types de gouvernance adaptés. De telles propositions ont l'intérêt de permettre une grande variété d'engagements de l'entreprise dans une fonction sociale. Elles permettent aussi d'envisager une mixité entre ces deux directions afin de restreindre l'empire de la fonction économique de l'entreprise.

717. L'utilité sociale par substitution à la lucrativité. Dans cette optique, il convient d'observer quelles dispositions ou stipulations pouvant guider l'organisation des groupements peuvent être productrices d'une utilité sociale par les modalités de la production. Naturellement, les principes d'économie sociale déjà envisagés¹⁶³⁷ sont en première ligne, qu'ils soient appliqués par les groupements du secteur, ou saisis par des groupements autres. D'abord, le rapport à la lucrativité peut être générateur d'utilité sociale quand le financement du projet d'utilité sociale (à l'aide des réserves impartageables par exemple) prend le pas sur la distribution des bénéfices en direction des détenteurs de capitaux, ou que les bénéfices reviennent par le mode d'une ristourne coopérative aux usagers visés comme public spécifique. Il en va de même de la dévolution altruiste, conséquence et suite logique de la réserve impartageable consacrée au projet. Par la promesse de dévolution de l'excédent à une autre personne morale du même secteur, l'utilité sociale du groupement a toutes les chances de se réaliser si besoin dans un autre, par un effet de substitution et de transmission des moyens de l'activité, pour que perdure la poursuite de l'utilité sociale du projet. Un tel engagement pourrait prendre la forme d'un altruisme qui ne vise pas simplement un type de

¹⁶³⁴ A. Lipietz, *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale : rapport remis au Ministre de l'emploi et de la solidarité*, La documentation française, 2000.

¹⁶³⁵ J. Gadrey, *L'utilité sociale des organisations de l'économie sociale et solidaire*, rapport de synthèse pour la DIES et la MIRE, 2004.

¹⁶³⁶ Pour un résumé : C. Amblard, « Utilité sociale, intérêt général, utilité publique : optimiser son modèle économique », *Juris associations*, n° 546, 2016, p. 33.

¹⁶³⁷ Cf. *supra* § 672 et s.

personne morale ou un secteur (c'est le cas actuellement des coopératives¹⁶³⁸) mais une utilité sociale déterminée.

718. Utilité sociale par l'intégration de participants particuliers. Comme y invite le critère fixé à l'article 2 de la loi de 2014 quand il mentionne les salariés et les membres du groupement comme publics justifiant une utilité sociale¹⁶³⁹, il est possible de faire une place à ces personnes relevant de situations particulières, non pas simplement comme destinataires de l'activité, mais comme participants à celle-ci. Deux possibilités se font jour. D'abord, certaines entreprises fonctionnent avec des salariés issus de populations particulières et sont à ce titre reconnues (telles les entreprises d'insertion par l'activité économique¹⁶⁴⁰). Si des modèles entièrement tournés vers ce but doivent être prises en compte, il serait innovant et heureux d'élargir la préoccupation aux entreprises prétendant œuvrer dans le sens de l'utilité sociale : celles-ci pourraient faire état de recrutements ou de parts de leurs effectifs répondant à des objectifs de lutte contre l'exclusion ou de recours à des publics fragiles, pour compléter leur prétention à l'utilité sociale. Ensuite, le public visé peut devenir membre du groupement. La « double qualité »¹⁶⁴¹ du droit coopératif permet de la manière la plus évidente cette modalité d'organisation. Une utilité sociale exprimée en externe par le public destinataire de la production pourrait être soutenue, affirmée voire décuplée par le fait que ces destinataires soient les porteurs de parts sociales.

719. La gouvernance, une clé pour l'utilité sociale. La gouvernance constitue un axe clé d'une utilité sociale interne, pensée autour des modalités de la production et de son organisation. Elle doit logiquement accompagner l'utilité sociale proclamée par le groupement et explicitée dans son activité. Pour les sociétés, plus l'utilité sociale prend le pas sur le but lucratif (en définissant des buts « autres » que le bénéfice et sa distribution¹⁶⁴²) plus des représentants de cette utilité sociale doivent être intégrés à la gouvernance pour témoigner et influencer les choix stratégiques. De même pour les associations, plus est promue une utilité sociale par le projet, plus les membres doivent accueillir des personnes bénéficiant du

¹⁶³⁸ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19. La dévolution se fait en effet, via décision de l'assemblée générale, « soit à d'autres coopératives ou unions de coopératives, soit à une autre entreprise de l'économie sociale et solidaire ».

¹⁶³⁹ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 2, 1°.

¹⁶⁴⁰ Les « entreprises d'insertion » sont mentionnées comme bénéficiant de plein droit de l'agrément Esus ; cf. C. trav., art. 3332-17-1, II, 1°. Les concernant : S. Molla, « Financement et obligations des structures d'insertion par l'activité économique », *JCP S*, 16 sept. 2014, 1348.

¹⁶⁴¹ Cf. *supra* § 544 et s.

¹⁶⁴² Pour reprendre les termes de l'article premier, I, 1° de la loi relative à l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014.

projet en question, susceptibles d'apporter un éclairage pertinent pour son orientation¹⁶⁴³. Il n'est pas surprenant de constater, au croisement entre sociétés et associations, que la Scic, qui fait vœu d'utilité sociale, donne l'exemple avec le multi-sociétariat qui la caractérise¹⁶⁴⁴ et se veut porteur de modalités de gouvernance mises au service du projet¹⁶⁴⁵.

720. Rôle de l'utilité sociale interne. Aux côtés du but de l'activité, fondamental dans la reconnaissance de l'utilité sociale, la dimension interne de l'organisation et les modalités de la production doivent plutôt assumer un rôle de complément, en position seconde dans le faisceau d'indices. Ces choix statutaires renvoyant souvent à l'économie sociale ne peuvent à eux seuls caractériser une pleine utilité sociale ; mais ils peuvent être vus comme des suppléments nécessaires, voire indispensables. Ils seraient imposés au groupement afin de parachever le projet d'utilité sociale externe qui ne saurait être pleinement réalisé sans une organisation adaptée. En garantissant la réalisation de l'objectif social par des modalités appropriées, l'utilité sociale serait la traduction d'une fonction sociale pleine et entière de l'entreprise.

B. Ouverture de nouvelles perspectives

721. La conception de l'utilité sociale défendue dans ces travaux doit être porteuse de nouveaux dispositifs juridiques permettant de faire progresser l'idée d'une combinaison de fonctions de l'entreprise en lui attachant des conséquences concrètes. Ces dispositifs peuvent prendre la forme d'une fiscalité repensée (1), et d'une meilleure intégration de l'utilité sociale au droit des groupements (2).

1. La considération de l'utilité sociale en droit fiscal

722. Lien théorique de l'utilité sociale au traitement fiscal. Issue du droit fiscal, la notion juridique d'utilité sociale doit, une fois repensée, y revenir. La première raison est que l'utilité sociale dérive de l'intérêt général. La puissance publique doit considérer le fait d'aider ces contributions à l'intérêt général que sont les objectifs d'utilité sociale poursuivis

¹⁶⁴³ G. Parleani, « Les insuffisances de la démocratie à l'égard des bénéficiaires des services rendus par l'association », *Rev. sociétés*, 2001, p. 791. Bien que s'intéressant à un tout autre sujet que celui exposé en ces pages (l'encadrement de l'activité de l'association par le droit du marché), l'auteur apporte cette précision utile quant à l'ouverture de la gouvernance associative : « *L'idéal altruiste que suggère a priori la liberté d'association n'a pas de racines dans le droit des associations.* »

¹⁶⁴⁴ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 septies.

¹⁶⁴⁵ Cf. D. Plantamp, « La société coopérative d'intérêt collectif et les principes généraux du droit coopératif », *RTD com.*, 2005, p. 465 ; l'auteur précise : « *Ce multipartenariat se justifie par la finalité assignée à la SCIC qui est de nature à permettre le fonctionnement et la réussite d'une entreprise à but social.* »

par les acteurs privés, quels que soient leurs formes¹⁶⁴⁶, alors qu'en parallèle la recherche d'une lucrativité traduisant une fonction économique débridée peut justifier un traitement fiscal moins conciliant. Au-delà de l'aide directe par un des dispositifs ciblés comme la subvention¹⁶⁴⁷, la fiscalité est en tous cas un levier efficace pour encourager les activités à utilité sociale, voire même les soutenir, spécialement quand leur rentabilité est peu sûre.

723. Nécessité d'unifier les notions divergentes d'utilité sociale. La seconde raison relève d'un questionnement tenant aux politiques juridiques, et au projet d'unification de la notion d'utilité sociale. Il est remarquable que la notion décrite dans la loi relative à l'économie sociale et solidaire le soit, explicitement, « *au sens de la présente loi* »¹⁶⁴⁸. Cette précision semble indiquer que les apparitions de la notion d'utilité sociale dans d'autres champs et d'autres lois pourraient avoir un sens différent¹⁶⁴⁹. Coexistent alors deux versions de l'utilité sociale : celle à visée sectorielle de l'article 2 de la loi de 2014, et la notion fiscale d'utilité sociale construite depuis les années 1980, et que la loi de 2014 n'empêche pas de perdurer. Pour unifier la notion, il faut donc donner à la redéfinition générale de l'utilité sociale (duale et se déployant sur le mode du faisceau d'indices¹⁶⁵⁰) des conséquences fiscales qui engloberaient celles affirmées par l'administration fiscale.

724. Limites d'une frontière stricte entre lucrativité et non-lucrativité. Pour autant, l'inconvénient principal de la situation au plan fiscal réside dans le fait que l'utilité sociale est un critère uniquement mobilisé pour les organismes à but non lucratif comme les associations. Dans ce cadre restreint, l'utilité sociale mène à des conséquences sans nuance : soit l'association fait preuve de sa non lucrativité (notamment par la preuve du caractère d'utilité sociale de son activité) et elle est entièrement exonérée à la fois d'impôt sur les sociétés et de taxe sur la valeur ajoutée¹⁶⁵¹, soit elle ne parvient pas à apporter une telle preuve et se trouve

¹⁶⁴⁶ A. Euillet, « L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général », *RDSS*, 2002, p. 207 et s. L'auteure souligne : « *Au cœur du droit privé dont les dispositions contribuent à la définition et à la protection des droits des personnes physiques ou morales, la notion d'utilité sociale puise sa vocation à satisfaire les besoins d'individus fragilisés. Quant au droit public, il inspire au régime applicable aux établissements ayant une utilité sociale les prérogatives dont peuvent se prévaloir les pouvoirs publics qui interviennent comme principal financeur d'une activité qui s'exerce pourtant sous l'égide du droit privé.* »

¹⁶⁴⁷ S. Dubiton, « Le subventionnement des associations après la Loi Économie sociale et solidaire », *AJDA*, 2014, p. 2528.

¹⁶⁴⁸ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 2.

¹⁶⁴⁹ C'est le cas par exemple pour les Scic : le débat sur la nature de l'utilité juridique qui les définit n'a pas été tranché par la loi de 2014 précisément car leur utilité sociale relève de la loi de 1947 relative aux coopératives, laissant ouverte la porte d'interprétations divergentes. *Cf. supra* § 696.

¹⁶⁵⁰ *Cf. supra* § 715.

¹⁶⁵¹ CE, 9^{ème} et 10^{ème} s.s., 13 fév. 2013, n° 342953, Groupe de plongée de Carantec (Assoc.) ; « Organismes à but non lucratif : la concurrence appelle l'impôt ! », *RTD com.*, 2013, p. 374, note Ph. Neau-Leduc.

assujettie à ces impôts propres aux sociétés commerciales. Cette frontière brutale s'accommode mal d'une réflexion sur l'utilité sociale comme objectif qui pourrait s'insérer à des degrés divers, dans divers types de personnes morales (et pas seulement celles affirmant un caractère non lucratif), et dessiner une combinaison des fonctions de l'entreprise plus variée et subtile.

725. Une refondation de l'impôt sur les sociétés. Une idée en ce sens consisterait à revoir entièrement les articles 206 et 207 du Code général des impôts sur la base des principes ici dégagés afin d'organiser l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés de manière adaptée en fonction du positionnement par le groupement des trois curseurs établis. Un impôt sur les sociétés « plein » s'appliquerait aux sociétés commerciales ne prétendant qu'à la recherche et la répartition des bénéfices, sans projeter d'utilité sociale et dont la gouvernance serait fermée sur les seuls associés ou actionnaires. À l'autre extrémité, les associations entièrement non lucratives, vouées à la poursuite de l'utilité sociale et associant les bénéficiaires à leur gouvernance seraient, comme actuellement, entièrement exonérées malgré leur activité commerciale, afin d'encourager leur engagement vers une fonction sociale totale. Resterait alors à occuper les espaces intermédiaires en fonction du placement choisi, défendu et démontré par chaque personne morale sous forme de combinaison de fonctions, et à moduler leurs traitements fiscaux relativement à l'impôt sur les sociétés en fonction.

726. L'intérêt d'un impôt sur les sociétés « glissant ». Si la mise en œuvre d'exonérations partielles sur certaines activités ou opérations ciblées (comme en bénéficient par exemple déjà les coopératives¹⁶⁵²) est une solution pour appliquer ces principes, elle ne plaide pas pour la simplicité de l'architecture de l'ensemble, ni sa clarté aux yeux des utilisateurs. Le projet d'espaces intermédiaires entre groupements permet d'envisager un taux d'impôt sur les sociétés qui glisserait, diminuant au fur et à mesure que le groupement fait état de son renoncement à la lucrativité totale, de son ouverture aux parties prenantes et de sa prise en compte d'objectifs d'utilité sociale, autant d'éléments concurrençant la recherche de bénéfices. Pour ne pas faire entièrement reposer ces marqueurs sur l'analyse de l'administration fiscale et la lecture des statuts, le législateur serait contraint d'inventorier un certain nombre de structures d'accueil traduisant la combinaison des fonctions de l'entreprise (probablement une seule à l'origine, peut-être plusieurs si le besoin est exprimé par la

¹⁶⁵² L. Chatain-Autajon, « Coopératives : un eldorado fiscal ? », *Rev. dr. fiscal*, 7 avr. 2016, 261, p. 17 ; l'auteur relève le « climat bienveillant dans lequel baignent les coopératives » au plan fiscal.

pratique¹⁶⁵³) auxquelles seraient rattachés ces régimes fiscaux intermédiaires, de manière plus directe et moins complexe qu'en mobilisant des exceptions au coup par coup. Pareille construction juridique fondée sur les trois critères soulevés et consolidée dans un ou plusieurs statuts de sociétés *ad hoc* permettrait de prendre les devants face à toute critique sur le terrain des aides d'États prohibées par le droit communautaire. Depuis un arrêt relatif aux coopératives de travail italiennes¹⁶⁵⁴, est affirmée la nécessité de justifier un traitement fiscal différencié en termes de conformité « *aux principes de cohérence et de proportionnalité* » ainsi qu'en termes de « *principes essentiels du système d'imposition applicable dans l'État membre concerné* »¹⁶⁵⁵. La preuve ayant été apportée dans cette espèce qui concernait une totale exonération et qui a mis en lumière le droit coopératif, il apparaît envisageable qu'un régime juridique français d'impôt sur les sociétés variable en fonction des critères indiqués soit également justifié eu égard de sa proximité avec certains outils coopératifs¹⁶⁵⁶, et à tout le moins proportionné grâce à l'existence de taux intermédiaires.

2. L'intégration de l'utilité sociale dans le droit des groupements

727. L'utilité sociale, notion discrète. La notion d'utilité sociale est relativement absente au sein du droit des groupements. Elle constitue depuis 2014 une part, modeste puisque s'appliquant aux seules entreprises ne répondant pas aux statuts d'économie sociale¹⁶⁵⁷, de la définition sectorielle de l'économie sociale et solidaire ; et elle est un déterminant ontologique de la Scic¹⁶⁵⁸. Mais son influence s'arrête là. Le droit commun des sociétés n'en fait aucune mention. Le droit commun des coopératives, centré sur le service aux membres, reste également silencieux sur l'utilité sociale réelle ou supposée des outils qu'il mobilise, quand bien même ils pourraient s'en rapprocher. Enfin, de manière peut-être plus surprenante, la loi de 1901 relative aux associations n'en fait aucunement mention, dans la mesure où elle s'appuie plus volontiers sur le rôle historique de la reconnaissance d'utilité publique¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵³ J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705.

¹⁶⁵⁴ CJUE, 8 sept. 2011, C-78/08 à C-80/08, Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Paint Graphos e.a ; « La CJUE donne une leçon de droit coopératif », *Rev. sociétés*, 2012, p. 104, note G. Parleani.

¹⁶⁵⁵ CJUE, 8 sept. 2011, C-78/08 à C-80/08, consid. 82.

¹⁶⁵⁶ Le professeur Parleani note justement à propos de l'arrêt en question : « *La question de la spécificité induit en effet celle de la comparabilité. Aussitôt, la Cour de justice s'engagea dans une énumération des spécificités coopératives. Elle alla même jusqu'à présenter ces spécificités comme des « critères » de comparabilité ou de non comparabilité des coopératives avec d'autres formes d'entreprises.* »

¹⁶⁵⁷ Cf. *supra* § 679 et s.

¹⁶⁵⁸ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies, al. 2.

¹⁶⁵⁹ C. Amblard, « Utilité sociale, intérêt général, utilité publique : optimiser son modèle économique », *Juris associations*, n° 546, 2016, p. 24.

728. Intégration de l'utilité sociale au droit des associations. L'enjeu est de déterminer où l'utilité sociale refondée peut se loger pour éclairer les projets des utilisateurs des diverses formes de groupements. L'association est le groupement pour lequel la réponse paraît la plus aisée : puisque le traitement fiscal de ces organismes se joue ailleurs et que la grande liberté contractuelle qui les habite doit être préservée, l'immixtion de l'utilité sociale au sein des objectifs ou but sociaux de l'association est à la fois concevable, et marquée du sceau de la simplicité. Il s'agirait de signifier que, si le marqueur du but associatif doit impérativement être « *autre que de partager des bénéfiques* »¹⁶⁶⁰, il peut (sans obligation) s'exprimer dans et par la recherche d'une utilité sociale. Cette possibilité, toute symbolique, aurait pour objet de donner une plus grande exposition à la notion d'utilité sociale en la rendant visible dans une loi dont la valeur et la portée ont été élevées à un haut niveau de force juridique. Elle aurait également pour effet de créer un pont avec la Scic, créant un lien direct entre l'organisme sans but lucratif le plus absolu, et la forme de société la plus proche et la plus tournée vers des buts sociaux détachés de la lucrativité.

729. Utilité sociale et droit des sociétés coopératives. La possibilité d'une mise en lumière de l'utilité sociale du modèle coopératif n'apparaît pas particulièrement nécessaire. Le nouveau texte programmatique de l'article premier à leur sujet fait déjà état de la réponse à des « *besoins économiques et sociaux* »¹⁶⁶¹, même si cette réponse est recentrée sur les membres en vertu du principe de double qualité. Ensuite, les coopératives restent une partie d'un ensemble plus large que sont les sociétés. Elles seront certes les sociétés les plus originales, répondant à une fonction sociale quant aux trois indicateurs que sont la lucrativité, l'utilité sociale et l'ouverture de la gouvernance ; elles n'en demeurent pas moins des sociétés. Dans cette optique, l'insertion de modèles intermédiaires prônée ici oblige à s'intéresser au droit commun des sociétés établi par le Code civil pour vérifier s'il permet la poursuite d'une forme d'utilité sociale, ou s'il doit être modifié pour être rendu compatible avec cet objectif.

730. Utilité sociale et droit commun des sociétés. Cette question a été soulevée par le professeur Couret dans le cadre de plusieurs contributions récentes¹⁶⁶², le plus souvent écrites en réponse à des propositions de refonte des articles 1832 ou 1833 du Code civil. Les critiques

¹⁶⁶⁰ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 1.

¹⁶⁶¹ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 1.

¹⁶⁶² A. Couret, « Les chemins vers l'entreprise sociale : la voie de l'hybridation », in *Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2014, p. 275 et s ; A. Couret, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D. chr.*, 2017, p. 222.

qu'il réserve à ces projets sont éclairantes. Est d'abord reconnu le caractère éminemment symbolique d'une modification qui prendrait par exemple la forme de l'insertion du « projet d'entreprise » comme but social de la société aux côtés de la recherche et du partage du bénéfice ou de l'économie¹⁶⁶³. Pareille modification est jugée hasardeuse par l'auteur qui pointe, au-delà des questions sur les contentieux inhérents à cette disposition, le fait que la diversité des sociétés est bien trop importante pour se voir ainsi enfermée¹⁶⁶⁴. S'agissant du projet d'instauration de modèles intermédiaires se distinguant par leur rapport à la lucrativité, l'utilité sociale et la gouvernance, une critique semblable pourrait être formulée si la proposition était portée jusque dans le Code civil. Après tout, le trait commun aux sociétés est bien la question lucrative posée par l'article 1832, qu'elle prenne la forme du bénéfice ou de l'économie : seules les associations sont tenues à une non-lucrativité, alors que les utilisateurs des sociétés peuvent définir librement le degré de lucrativité qui leur sied et aménager la poursuite d'autres objectifs, comme en témoignent les Scic, qui ne sont *in fine* que des sociétés¹⁶⁶⁵. De même, l'article 1833 est irréductible aux membres de la société, et l'intérêt commun des associés peut librement, en fonction de leur choix, se manifester dans la recherche d'une utilité sociale, et par le recours à un statut de société pensé pour que s'épanouisse cet objectif, même s'il n'est que partiel. Là encore, ajouter la possibilité de poursuite d'une utilité sociale serait une démarche plus symbolique (et à envisager comme tel) qu'effective juridiquement.

731. Changer le paysage. En définitive, l'effectivité de nos propositions serait plutôt à rechercher dans la construction de formes sociales cohérentes, situées en vertu de la combinaison qu'elles opèrent entre fonctions économique et sociale, et dans leur promotion par les pouvoirs publics, auprès des utilisateurs. Il s'agirait par là d'affirmer que le paysage des personnes morales mobilisables pour mener une activité économique doit être pluraliste, reflétant la diversité des aspirations d'une pratique innovante. Ce pluralisme doit être reconnu et accompagné car il est la traduction dans le droit des groupements d'un idéal démocratique plus profond. Il est susceptible de conférer à chaque initiative économique sa place en

¹⁶⁶³ D. Hurstel, « Organiser la société commerciale à partir du projet d'entreprise plutôt qu'à partir du profit », in G. Giraud, C. Renouard (dir.), *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, Flammarion, coll. Champs essais, 2012, p. 49.

¹⁶⁶⁴ A. Couret, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *op. cit.* ; l'auteur énonce : « *Le défaut de la méthode, à notre sens, tient au fait que la population des sociétés est très diversifiée et que les facteurs communs doivent être ramenés à un strict minimum.* »

¹⁶⁶⁵ Le débat du rattachement des coopératives au régime des associations étant depuis longtemps éteint.

respectant le fait qu'elles ne se conçoivent pas selon des principes et des valeurs uniformes, ce qui constitue au fond leur richesse.

732. Conclusion du chapitre. L'investissement du champ social par l'entreprise et l'affirmation de sa fonction sociale paraissent aux termes de ces réflexions comme de réelles ouvertures, que l'état actuel du droit n'interdit aucunement. Nombreux sont en effet les outils mobilisables par les utilisateurs du droit des groupements afin de faire émerger des constructions juridiques susceptibles de porter un intérêt social qui ne soit pas seulement individuel et patrimonial, mais qui puisse être par gradation collectif, ouvert aux participants à l'activité, à l'environnement de l'entreprise ou à une forme d'utilité sociale. Cet intérêt concurrence la fonction économique sur laquelle ont été théorisés une grande partie des écrits relatifs à l'entreprise en droit. Trois critères ont été dégagés pour signifier cette ouverture à une fonction sociale : le rapport à la lucrativité, la poursuite d'une utilité sociale en tant qu'objet de l'activité et le partage du pouvoir dans une gouvernance ouverte et répondant à ces objectifs. Intimement liés, ils permettent une grande diversité de déclinaisons contractuelles et statutaires qui figurent chacune une combinaison originale de fonctions de l'entreprise. En conséquence, elles participent d'une démocratisation du champ économique en ouvrant la possibilité d'un approfondissement du pluralisme des entreprises et de leurs formes, pensées bien plus largement que dans le cadre du seul rapport au marché. Ces combinaisons de fonctions appellent surtout à une formalisation plus ambitieuse des formes sociales, visibles et attractives pour les praticiens. Elles seraient la consécration, étayée juridiquement, du fait que l'entreprise peut se fonder sur une combinaison de fonctions qui n'écarte pas sa fonction économique, tout en proclamant la possibilité pour l'entreprise d'intervenir dans le champ social pour y cultiver sa fonction sociale, et même s'organiser autour d'elle.

733. Conclusion du Titre. Que l'entreprise se constitue autour de la poursuite d'une fonction sociale interne impliquant des modalités de production spécifique, ou qu'elle engage son activité dans la réalisation d'une utilité sociale assumée, ces approches extra-économiques ont toute leur place dans le champ du droit de l'entreprise. Par hypothèse, ces propositions percutent de plein fouet une lecture de l'entreprise centrée exclusivement sur sa fonction économique et sur une caractérisation en tant qu'agent économique : certains droits ou pouvoirs conférés, notamment dans le cadre de la liberté d'entreprendre, sont à réinterroger quand la gouvernance se fait plus ouverte, quand la prétention lucrative est repensée, ou que le projet entrepreneurial se lance à la poursuite d'objectifs échappant aux définitions

classiques que le Code civil peut donner de la société. Au travers des différentes formes que peut prendre la fonction sociale assumée par l'entreprise, de multiples combinaisons de fonctions de l'entreprise se déclinent et se font jour, favorisant un pluralisme économique et juridique riche de perspectives : sociétés intervenant sur le marché concurrentiel mais tournées vers des logiques de long terme ou vers la transmission aux salariés ; structures hybrides adaptant leur gouvernance à la poursuite d'objectifs sociaux bien définis ; ou encore sociétés à l'activité mixte entre marché et service aux membres, garantissant par une politique de réserves prudente une lucrativité raisonnée. Toutes ces formes juridiques susceptibles d'advenir peuvent être portées par le législateur dans des régimes spécifiques, ce que nous enseigne la riche histoire des statuts d'économie sociale. Elles peuvent aussi naître d'une appréhension innovante des statuts au travers de formes juridiques plus diverses. Dans ces échanges entre pratique et pouvoir normatif se jouent d'autres enjeux, tel le rapport entre un droit rigide issu de l'ordre juridique étatique et un droit teinté d'autorégulation, dont la matière statutaire relève en partie quand elle n'est pas bridée par le socle légal. Ces échanges sont alors une invitation séduisante à voir dans la capacité d'auto-organisation des acteurs, notamment les créateurs de personnes morales, un élan de créativité qui viendrait bousculer impétueusement les carcans d'un droit des sociétés classique assis sur le rapport à la lucrativité, et refermant le droit de l'entreprise sur sa fonction économique. C'est en se saisissant des marges de manœuvre offertes par le droit positif que la pollinisation de nouveaux espaces pourra être envisagée et que le développement de la fonction sociale de l'entreprise sera concevable avec tout son potentiel positivement perturbateur. Dans cette perspective, il ne paraît pas y avoir d'opposition entre la permanence d'un ordre juridique étatique faisant office d'encadrement, et le développement d'instruments juridiques plus originaux. En effet, plutôt que d'être enfermés dans la logique de marché, ces formes juridiques émergentes s'inscrivent dans le prolongement de l'impératif démocratique en soumettant à des formes de délibérations collectives aussi bien leurs modes de fonctionnement que les objectifs qu'elles poursuivent. Bien que se développant dans les marges de l'ordre juridique étatique, elles émanent indéniablement du champ social et de son inventivité, ce qui conduit à souligner leur contribution en leur donnant les moyens, notamment par une reconnaissance juridique, d'exister.

734. Conclusion de la Partie. L'intérêt de concevoir l'entreprise sous l'angle de ses fonctions ressort nettement à l'observation des régimes juridiques d'origines et formes diverses qui traduisent l'impératif d'assigner une fonction sociale à l'entreprise, ou permettent

à celle-ci de se constituer autour d'une fonction sociale. Dans les deux cas, la réflexion fonctionnelle sur l'entreprise invite à une analyse englobante des diverses voies permettant d'adjoindre à la fonction économique des entreprises une fonction sociale. Les outils se multiplient alors, répondant à des formes d'internormativité : autorégulation d'initiative individuelle ou négociée ; formes statutaires plus ou moins contraintes par un cadre législatif ; ou interventions directes du législateur selon des modalités plus classiques. Mais en toute hypothèse, un impératif de cohérence s'impose, eu égard au fait que l'entreprise réponde à une pluralité de fonctions. Cette cohérence induit que la fonction sociale exprimée soit accompagnée de garanties procédurales fortes ou d'une association directe des parties prenantes à la décision ; elle commande que les entreprises engagées dans la poursuite d'une fonction sociale accordent leurs statuts, leurs pratiques de gouvernance et leur rapport à la lucrativité aux objectifs qu'elles se sont fixés. Sous ces deux angles, le risque est de sacrifier une part des principes qui fondent la fonction sociale de l'entreprise à des impératifs d'efficacité économique. Les dispositifs juridiques envisagés s'érigent alors comme des points de résistance, parcellaires mais nombreux, destinés à inscrire l'entreprise dans un ordre qui ne soit pas seulement marchand, et prêts à affirmer que les déterminants de l'action humaine sont à la fois pluriels par leur conception, complexes par leur nature, souvent collectifs, et irréductibles à l'intérêt individuel d'agents économiques.

735. L'entreprise est loin de correspondre au bloc monolithique et univoque sous la couleur duquel elle est parfois dépeinte y compris désormais dans le champ du droit. L'enchevêtrement de ses fonctions économique et sociale est une réalité qui nous semble devoir être cultivée plus largement, en affirmant que les équilibres entre fonction économique et fonction sociale doivent être défendus au sein des dispositifs touchant au droit de l'entreprise. Ce constat ouvre de nombreuses perspectives. Il impose que les matières juridiques les plus directement liées à la sphère économique marchande (droit des groupements et surtout des sociétés, droit des contrats commerciaux) acceptent d'être interrogées sur le terrain social et examinent quelle fonction sociale de l'entreprise ils peuvent ou doivent décliner, quand l'habitude est de considérer que ces matières sont neutres, indifférentes ou déconnectées des préoccupations sociales. Ce dialogue disciplinaire vaut aussi en sens inverse. La pénétration des contraintes économiques dans la matière sociale est un phénomène désormais récurrent et établi ; mais l'approche sous l'angle des fonctions de

l'entreprise invite à demander et obtenir des compensations ou des « *contreparties* »¹⁶⁶⁶ assises sur l'idée d'une participation exigeante à l'ordre économique, afin que l'interdépendance des sphères économique et sociale ne produise pas des conséquences unilatéralement, dans le seul sens de l'adaptation au contexte du marché. Disposant désormais de l'assurance que l'entreprise répond aussi à une fonction sociale, le droit social a toute légitimité pour avancer sur le terrain des droits à vocation économique afin d'y faire valoir ses impératifs, sa spécificité, et pour s'y faire le relais, perturbateur mais nécessaire, d'un impératif démocratique qui ne doit pas plus s'arrêter à la porte des entreprises qu'il ne doit se soumettre aux lois prétendument naturelles du marché.

¹⁶⁶⁶ F. Géa, « Les soubassements de la réforme », *RDT*, 2017, p. 593.

CONCLUSION GÉNÉRALE

736. Débutée sur les terres instables de la définition de l'entreprise en droit, cette étude, à l'heure de sa conclusion, se fait fort de présenter une optique nouvelle sur ce sujet si délicat. Héritée de la pensée novatrice à son époque de Léon Duguit, l'approche de l'entreprise par ses fonctions fait jaillir une lumière nouvelle sur l'entreprise, objet juridiquement indéterminé dont nous avons estimé qu'il gagnait à être considéré en dynamique. Car les pensées de l'entreprise en droit proposées jusqu'ici ont tenté d'en figer la substance, d'en définir la structure, pour mieux asseoir un cadre juridique correspondant à leurs postulats idéologiques. Envisager l'entreprise sous l'angle de ses fonctions revient au contraire à admettre que la fixation du sujet, la définition de sa structure, ne sont plus des enjeux premiers : les entreprises sont diverses, éclatées, tentaculaires ou minuscules ; leurs activités sont innombrables, comme les projets qu'elles portent ; surtout, les sphères dans lesquelles elles s'expriment ne savent plus, ne parviennent plus à les saisir dans une forme d'unité, ni à modérer les conséquences parfois néfastes de leurs activités.

737. Les fonctions de l'entreprise sont une manière de questionner la place que le droit confère aux entreprises dans le monde qu'il contribue à façonner. Elles expliquent que les entreprises soient si diverses, répondent à des logiques variées. Elles permettent aussi de comprendre comment l'économie façonne le droit, redessine des ensembles juridiques à son image et promeut une vision de l'entreprise en tant qu'espace de lucrativité, de rationalité économique, extension du marché. Cette lecture univoque, si elle a pu être relayée par certains pans du droit et se trouve aujourd'hui abondamment promue, n'est pas ce qui ressort d'une étude approfondie du droit s'appliquant à l'entreprise. La fonction économique est indéniable, et indispensable à ce que sont les entreprises. Insérées dans un contexte qui ne saurait se réduire au marché, les entreprises sont également porteuses d'une fonction sociale aux déclinaisons diverses, qu'il convient de mettre en valeur, et certainement de promouvoir. Sous-jacentes pour certaines, à inventer ou réinventer pour d'autres, ces déclinaisons de la fonction sociale de l'entreprise, plurielles et malléables, inscrivent l'entreprise dans son environnement social et assurent une interdépendance entre sphères économique et sociale susceptible de rendre plus harmonieux leurs rapports.

738. En définitive, la fonction sociale de l'entreprise déployée par nos travaux s'impose comme la traduction juridique de la dimension sociale de l'entreprise. En ce sens, son

émergence et sa consolidation apparaissent comme des impératifs en vue de resituer les entreprises dans leur environnement. Ces évolutions passent par l'appui sur des principes juridiques ayant la plus forte autorité en droit interne ou international, qui ont déjà mis au jour la nécessité de prendre en considération les collectifs de travail tissés de solidarités au cœur de l'entreprise, l'inscription durable de l'entreprise dans son environnement ou la participation des activités économiques à un principe plus large de justice sociale. Posés comme autant d'objectifs structurants, ces principes doivent imprégner les ordres juridiques étatiques comme ceux, périphériques, que les entreprises produisent elles-mêmes. Cette imprégnation signifie que la fonction sociale de l'entreprise a sa place partout dans le champ des droits applicables dans l'entreprise et que, de la même manière que les impératifs de rationalité économique ont pu jusqu'ici s'infiltrer, la fonction sociale doit prospérer. Il en va peut-être de la légitimité des pouvoirs conférés aux entrepreneurs dans le cadre de leur activité : si leur fondement est économique, la poursuite aveugle de desseins lucratifs n'est pas soutenable ; et leur pouvoir, parce qu'il est confié dans des sociétés démocratiques, doit prendre en compte ses contre-pouvoirs, s'ouvrir à la diversité des points de vue, et être dans une certaine mesure partagé.

739. La fonction sociale constitue donc une ouverture : ouverture sur les autres, parties prenantes et champ social en général, que l'entreprise inscrite dans une société démocratique ne saurait entièrement ignorer. Ouverture aussi sur un champ des possibles : que l'entreprise se réinvente ou s'invente, qu'elle propose modèles et projets, qu'elle accorde une place à la diversité des aspirations humaines, à une part de lucrativité comme à l'utilité sociale, à un pouvoir qui ne se conçoit que parce qu'il se partage, à des interdépendances sociales vécues comme des richesses plutôt que comme des contraintes. Sans doute le projet initialement formulé d'une entreprise sociale consiste-t-il en définitive dans l'exploration de ces possibilités plutôt que dans un modèle spécifique. L'expression, qui pouvait ressembler à un oxymore, se rapprocherait finalement du pléonasme tant la dimension sociale de l'entreprise est un continent riche, à découvrir et redécouvrir, fort des dynamiques du corps social, donc sujet à une perpétuelle évolution. L'idée d'entreprise sociale souligne au fond que l'entreprise en droit est ce que l'on en fait plutôt que ce que le marché dicte qu'elle soit ; et qu'il n'y a pas de fatalité qui empêcherait d'imaginer pour l'entreprise, pour les entreprises, des réalités nouvelles, et des équilibres entre fonctions plus soucieux des rapports à leur environnement social.

740. Ce rapport à l'environnement pourrait bien être le grand champ de réflexions qui s'ouvre à présent devant nous. Si la matière environnementale traverse aujourd'hui de nombreuses disciplines juridiques pour y porter des problématiques foisonnantes, elle reste à ce stade en deçà des enjeux écologiques qui, à l'échelle planétaire, vont inviter les activités humaines, et spécialement les activités économiques, à se repenser. Renouant avec les intuitions de Michel Despax, qui avait su relier entreprise et environnement, ce modeste essai de renouvellement des théories de l'entreprise en droit s'achève sur la conviction que l'inscription de l'entreprise dans son environnement est l'enjeu du temps présent. Elle devra se faire avec à l'esprit le fait que l'humain peut façonner le monde qui l'entoure, et qu'il doit désormais songer à le préserver.

Bibliographie

1. Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires

ALBERTINI J.-M., SILEM A.,

- *Comprendre les théories économiques*, Éditions du Seuil, coll. Points, 4^{ème} éd., 2011.

AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E.,

- *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 31^{ème} éd., 2017.

BERGEL J.-L.,

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2012.

BRACONNIER S.,

- *Droit public de l'économie*, PUF, coll. Thémis, 2015.

CATALA N.,

- *L'entreprise*, in G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t. 4, Dalloz, 1980

CORNU G.,

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016.

COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F.,

- *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuels, 30^{ème} éd., 2017.

**FAVOREU L., TREMEAU J., GAIA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F.,
PFERSMANN O., PINI J., ROUX A., PENNA A., SOFFONI G.,**

- *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2015.

GAIA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., ROUX A., OLIVA E.,

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 18^{ème} éd., 2016.

GHESTIN J., BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTI S.,

- *Traité de droit civil. Les biens*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2010.

HIEZ D.,

- *Coopératives*, Delmas, coll. Encyclopédies, 2013.

JULIEN J.,

- *Droit de la consommation*, LGDJ, 2015.

LE CANNU P., DONDERO B.,

- *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015.

MACKAY E., ROUSSEAU S.,

- *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

MERLE Ph., FAUCHON A.,

- *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 21^{ème} édition, 2017

NICINSKI S.,

- *Droit public des affaires*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Précis Domat, 5^{ème} éd., 2016.

TERRE F., SIMLER Ph.,

- *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2014.

2. Ouvrages spécialisés, monographies, mélanges, thèses, rapports

ABADIE P.,

- *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, coll. Droit & Économie, 2013.

ALTHUSSER L., BALIBAR E., ESTABLET R., MACHEREY P., RANCIERE J.,

- *Lire Le Capital*, PUF, coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2014.

AUROUX J.,

- *Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, La documentation française, 1981.

BARGAIN G.,

- *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2014.

BERNS Th., DOCQUIR P.-F., FRYDMAN B., HENNEBEL L., LEWCOWICZ G.,

- *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.

BLIN-FRANCHOMME M.-P.,

- *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse, Toulouse, 1998.

BLIN-FRANCHOMME M.-P., DESBARATS I., (dir.),

- *Droit du travail et droit de l'environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Lamy, coll. Axe droit, 2010.

BONNAFOUS-BOUCHER M., RENDTORFF J. D.,

- *La théorie des parties prenantes*, La Découverte, coll. Repères, 2013.

CHAMPAUD C.,

- *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.

COMBREXELLE J.-D.,

- *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, 2015.

CORIAT B. (dir.),

- *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015.

DARDOT P., LAVAL Ch.,

- *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2014.

DESBARATS I.,

- *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, t. 28.

DESPAX M.,

- *Le droit de l'environnement*, Paris, Litec, 1980.
- *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

DUGUIT L.,

- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Editions La Mémoire du Droit, 1999, 1^è éd. 1920.

DURAND H.,

- *La gouvernance des associations*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2015

DUSSART M.-L.,

- *Constitution et économie*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2015.

EDWARD FREEMAN R.,

- *Strategic management : a stakeholder approach*, Harpercollins College Div., coll. Pitman Series, 1984.

FABRE A.,

- *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010.

FAVEREAU O.,

- *L'impact de la financiarisation de l'économie sur les entreprises et plus particulièrement sur les relations de travail*, Rapport au Bureau international du travail, avr. 2016.

FERKANE Y.,

- *L'accord collectif de travail*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 166.

FOUCAULT M.,

- *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, EHESS, Gallimard, Seuil, coll. Hautes études, 2004.

GADREY J.,

- *L'utilité sociale des organisations de l'économie sociale et solidaire*, rapport de synthèse pour la DIES et la MIRE, 2004.

GIDE Ch.,

- *Coopération et économie sociale (1904-1926)*, L'Harmattan, 2005.

GUESLIN A.,

- *L'invention de l'économie sociale : idées, pratiques et imaginaires coopératifs et mutualistes dans la France du XIX^{ème} siècle*, Economica, 2^{ème} éd., 1998.

HANNOUN Ch.,

- *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 216, 1991.

HERAIL M.,

- *Contribution à l'étude du lien coopératif*, thèse, Université de Rennes 1, 1999.

HIEZ D., LAVILLUNIERE E. (dir.),

- *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, Larcier, coll. Droit & économie sociale et solidaire, 2013.

KELSEN H.,

- *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 2^e éd., 1999 (1^e éd. 1934).

KOCHER M.,

- *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2013.

LAVILLE J.-L.,

- *L'économie sociale et solidaire. Pratiques, théories, débats*, Éditions Du Seuil, 2016.

LE GOFF J.,

- *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1930 à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2004.

LIEUTIER J.-Ph.,

- *Le modèle de l'actionnariat salarié*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

LIPIETZ A.,

- *L'opportunité d'un nouveau type de société à vocation sociale : rapport remis au Ministre de l'emploi et de la solidarité*, La documentation française, 2000.

LOKIEC P.,

- *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

LYON-CAEN A., URBAN Q (dir.),

- *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012.

MALECKI C.,

- *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2014.

MARX K.,

- *Le capital. I, Le temps des cerises*, 2009 (1^{ère} éd. 1867).

MEKKI M.,

- *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

MERLAND G.,

- *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Thèses, 2004.

OST F., VAN DE KERCHOVE M.,

- *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

OSTROM E.,

- *Governing the commons : the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University press, 1990.

OSTROM E., BAECHLER L.,

- *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, de boeck, coll. Planète enjeu, 2010.

PAILLUSSEAU J.,

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

PESKINE E.,

- *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2008.

PESKINE E., BORENFREUND G. (dir.),

- *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

POLANYI K.,

- *La grande transformation*, Gallimard, coll. Tel, 2009 (1^è éd. 1944).

PORTER M.,

- *Choix stratégiques et concurrence*, 1982, Economica, 1999.

REVET Th.,

- *La force de travail (Étude juridique)*, LGDJ, 1992.

ROGER B. (dir.),

- *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Collège des Bernardins, éd. Lethielleux 2012.

SACHS T.,

- *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013.

SCHMIDT D.,

- *Les conflits d'intérêt dans la société anonyme*, Ed. Joly, 2005.

SEGRESTIN B., HATCHUEL A.,

- *Refonder l'entreprise*, Seuil, coll. La République des idées, 2012.

SEGRESTIN B., LEVILLAIN K., VERNAC S., HATCHUEL A.,

- *La « Société à Objet Social Étendu ». Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, 2015.

SUPIOT A.,

- *La gouvernance par les nombres*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015.
- *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, éd. du Seuil, 2010.
- *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2007.

SUPIOT A. (dir.),

- *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015.

SUPIOT A., DELMAS-MARTY M. (dir.),

- *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015.

VERKINDT P.-Y.,

- *Les C.H.S.C.T. au milieu du gué. Rapport au Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, fév. 2014.

VERNAC S.,

- *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Université Paris Nanterre, 2012.

3. Articles

ADAM P.,

- « Qualité de vie au travail : la part des juristes », *RDT*, 2017, p. 476.
- « La parabole du lanceur d'alerte », *SSL*, n° 1670, 30 mars 2015, p. 6.
- « Le retour des sycophantes ? (à propos de *whistleblowing*) », *D.O.*, 2006, p. 281.

ALFANDARI E.,

- « Label d'utilité sociale », *RDSS*, 2000, p. 415.
- « L'entreprise non capitaliste existe-t-elle encore en France ? », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 17.
- « Le droit au sein des rapports entre l'« économique » et le « social », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 43.
- « L'association, dérive d'une liberté », *JCP E*, 1986, suppl. n° 5.

AMBLARD C.,

- « Utilité sociale, intérêt général, utilité publique : optimiser son modèle économique », *Juris associations*, n° 546, 2016, p. 24.

- « Intérêt général, utilité publique ou utilité sociale : quel mode de reconnaissance pour le secteur associatif ? », *Recma*, n° 315, fév. 2010, p. 32.

ANTONMATTEI P.-H.,

- « Réforme du droit du travail : en avant, marche ! », *SSL*, n° 1781, 11 sept. 2017, p. 3.
- « Négocier un accord sur la qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 131.

AUBY J.-B.,

- « Quelques observations sur la « Constitution économique » », *LPA*, 22 janv. 2009, n° 16, p. 5.

AUZERO G.,

- « Accords collectifs et entreprises à structures complexes », *D.O.*, 2017, p. 365.
- « Mystérieuse unité économique », *RJS*, 04/2016, p. 267.
- « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », *RDT*, 2016, p. 27.
- « La participation des salariés à la stratégie de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2015, p. 1006.
- « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.*, 2013, p. 740.

AZARIAN H.,

- « Les assemblées de section et le droit de vote dans les sociétés coopératives et les associations », *D. stés*, déc. 2001, chr. n° 22.

BAIR J.,

- « Les cadres d'analyse des chaînes globales », *Rev. fr. de gestion*, n° 201, 2010, p. 111.

BARBIERI J.-F.,

- « Retour sur l'*affectio societatis*, une intention mal aimée », in *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 285.

BARGAIN G., SACHS T.,

- « La tentation du barème », *RDT*, 2016, p. 251.

BARRIERE F.,

- « Les lanceurs d'alerte », *Rev. sociétés*, 2017, p. 191.

BARTHELEMY J.,

- « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 580.

BARTHELEMY J., CETTE G.,

- « Réformer le droit social », *Dr. soc.*, 2016, p. 400.
- « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.*, 2013, p. 17.

BAUGARD D.,

- « Le droit à l'emploi », *Dr. soc.*, 2014, p. 332.

BAUGARD D., GRATTON L.,

- « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. soc.*, 2016, p. 745.

BEHRENS P.,

- « L'établissement des règles du marché mondial : de l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés », *RIDE*, 2003/3 (t. XVII), p. 339.

BELPORO Ch.,

- « Les enjeux contemporains de l'encadrement de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains dans la chaîne d'approvisionnement : le cas pratique de la tragédie au Bangladesh », *RDT*, 2016, p. 722.

BENHAMOU S.,

- « Gouvernance, participation des salariés et performance des entreprises : enjeux et prospective économique et sociale », *Dr. soc.*, 2014, p. 550.

BENNINI A.,

- « La procéduralisation du droit des sociétés », *RTD com.*, 2010, p. 499.

BERNABE B.,

- « La coopérative, instrument de la nécessité », *D. rur.*, mars 2011, 7.

BERNARD A.,

- « Le marché autorégulé, « une idée folle » ? », *D. chr.*, 2009, p. 2289.
- « *Law and Economics*, une science idiote ? », *D. chr.*, 2008, p. 2806.

BERNAUD V.,

- « La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions », *Dr. soc.*, 2015, p. 960.

BERTREL J.-P.,

- « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 141.
- « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD com.*, 1996, p. 595.

BERTREL M.,

- « La détention du contrôle d'une société commerciale relève-t-elle vraiment du droit civil ? », *RTD civ.*, 2013, p. 759.

BISSARA Ph.,

- « L'intérêt social », *Rev. sociétés*, 1999, p. 5.

BLANC-JOUVAN,

- « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 68.

BLIEDNIAK E.,

- « Le conseil social et économique (CSE) : la lettre n'honore pas les promesses », *SSL*, 18 sept. 2017, n° 1782, p. 10.

BLIN-FRANCHOMME M.-P., DESBARATS I.,

- « Regards sur l'alerte écologique : le salarié et ses représentants, sujets actifs de la sauvegarde de l'environnement ? », in M.-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Lamy, coll. Axe droit, 2010, p. 161.

BLIN-FRANCHOMME M.-P., QUEINNEC Y.,

- « Reporting extra-financier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 20.

BOCCON-GIBOT Th.,

- « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *RIDE*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 285.

BORENFREUND G.,

- « Avant-propos », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 1.
- « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux », *RDT*, 2015, p. 17.

BORZAGA C., DEPEDRI D., TORTIA E.,

- « Diversité des organisations dans les économies de marché, rôle des coopératives et des entreprises sociales. Plaidoyer en faveur d'un pluralisme économique », *Recma*, n° 321, juill. 2011, p. 32.

BOSKOVIC O.,

- « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D. chr.*, 2016, p. 385.

BOUCOBZA X., SERINET Y.-M.,

- « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D. chr.*, 2017, p. 1619.

BRATTON W.,

- « The « Nexus of Contracts » Corporation : A critical Appraisal », *Cornell Law Review*, 1989, n° 74, p. 423.

BRUNET F.,

- « Le champ d'application de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2016, p. 1327.

BUFFIER I.,

- « De l'information sur les conditions sociales de fabrication des produits. Mythe ou réalité pour le consommateur ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 30 juin 2016, p. 12.

BUY F.,

- « Rupture brutale des relations commerciales établies: panorama 2016 », *RLDC*, n° 143, déc. 2016, p. 12.

BUY F., THERON J.,

- « L'éthique de l'entreprise », *JCP E*, 20 juin 2013, 1359, p. 24.

CANS Ch.,

- « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *ADJA*, 2003, p. 210.

CANUT F., GEA F.,

- « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.*, 2017, p. 47.

CARCASSONNE G.,

- « La liberté d'entreprendre », *RLDA*, n° 55 supp., déc. 2010, p. 45.

CARRASCO-DAERAN M.,

- « La société commerciale au cœur de l'économie sociale et solidaire : pertinence ou altération ? », *Dr. sociétés*, janv. 2017, p. 6.

CASAUX-LABRUNEE L.,

- « La révolution de l'auto-entrepreneur », *SSL*, 9 nov. 2009, n° 1420, p. 5.
- « La confrontation des libertés dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2008, p. 1032.

CASAUX-LABRUNEE L., FRANCOUAL P.,

- « L'entreprise sociale », in *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 99.

CESARO J.-F.,

- « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 780.
- « La notion de transfert d'entreprise », *Dr. soc.*, 2005, p. 718.

CHAMPAUD C.,

- « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 117.

CHAMPEIL-DESPLATS V.,

- « La liberté d'entreprendre aux pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 19.

CHATAIN-AUTAJON L.,

- « Coopératives : un eldorado fiscal ? », *Rev. dr. fiscal*, 7 avr. 2016, 261, p. 17.

CHAZAL J.-P.,

- « La propriété : dogme ou instrument politique ? », *RTD civ.*, 2014, p. 763.
- « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D. chr.*, 2014, p. 1101.

CHRISTODOULIS E.,

- « Social Rights Constitutionalism : An Antagonistic Endorsement », *Journal of Law and Society*, vol. 44, n° 1, mars 2017, p. 123.

CLAVAGNIER B.,

- « Les avantages conférés aux entreprises de l'ESS », *Juris associations*, n° 506, 2014, p. 26.

COASE R.,

- « The nature of the firm », *Economica*, nov. 1937, p. 386.

COIPEL M.,

- « Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 549.

COMBREXELLE J.-D.,

- « La confiance, l'accord et l'emploi », *Dr. soc.*, 2016, p. 330.

COMMAILLE J.,

- « La République sociale », *Dr. soc.*, 2000, p. 1128.

CONAC P.-H.,

- « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France », *Rev. sociétés*, 2003, p. 835.

COURET A.,

- « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D. chr.*, 2017, p. 222.
- « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *BJS*, 2016, p. 433.
- « Les chemins vers l'entreprise sociale : la voie de l'hybridation », in *Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », 2014, p. 267.
- « L'intérêt social », *Cah. dr. ent.*, oct. 1996, p. 1.
- « Le gouvernement d'entreprise : la *corporate governance* », *D.*, 1995, p. 163.

CREDOZ-ROSIER J., GRANGE J.,

- « La véritable consécration de la négociation de groupe par la loi travail », *CSBP*, 1^{er} janv. 2017, p. 45.

CUZACQ N.,

- « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.*, 2017, p. 473.
- « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. sociétés*, 2015, p. 707.
- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D. chr.*, 2015, p. 1049.

D'AVOUT L.,

- « La liberté d'entreprendre au bûcher ? », *D. chr.*, 2014, p. 1287.

DANIS-FÂTOME A., VINEY G.,

- « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D. chr.*, 2017, p. 1610.

DE LA GARANDERIE D.,

- « « Anticiper et prévenir » : l'irrésistible progression des responsabilités des entreprises en matière de droits humains », *RDT*, 2011, p. 399.

DE MONTVALON L.,

- « Le volet « santé » de la loi Travail : quelles pistes pour moderniser le droit de la santé au travail ? », *Cah. Lamy du CE*, n° 163, oct. 2016, p. 22.

DE VENDEUIL S.,

- « Les entreprises coopératives se modernisent », *JCP E*, 24 sept. 1992, 100213.

DEAKIN S.,

- « Le modèle anglo-américain de l'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 180.
- « The Corporation as Commons : Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise », *Queen's Law Journal*, 2012, n° 37, p. 339.

DEHARBE D.,

- « Le principe d'intégration ou une méthodologie pour le développement durable », *Environnement*, avr. 2005, 34, p. 29.

DEL SOL M.,

- « Les mutuelles de santé : entre logique concurrentielle et éthique solidariste », *RDSS*, 2003, p. 81.

DELGA J.,

- « De l'éthique d'entreprise et de son cynisme », *D. chr.*, 2004, p. 3126.

DELVOLVE P.,

- « Les libertés économiques », *RFDA*, 2017, p. 33.

DESBARATS I.,

- « Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi », *Dr. soc.*, 2017, p. 971.
- « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *Dr. soc.*, 2015, p. 572.

DESPAX M.,

- « Droit du travail et droit de l'environnement », *Droit et ville*, n° 37, juin 1995, p. 10.
- « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Mélanges en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 177.

DEUMIER P.,

- « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.*, 2009, p. 77.

- « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 338.

DIEUX X.,

- « Les structures élémentaires de la société », *RTD com.*, 2011, p. 287.

DIRRINGER J.,

- « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 326.

DOCKES E.,

- « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 546.
- « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant... », *Dr. soc.*, 2008, p. 280.
- « Pouvoir patronal et démocratie », *SSL suppl.*, 11 fév. 2008, n° 1340, p. 85.
- « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *D.O.*, 2005, p. 1.
- « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, p. 227.

DOM J.-Ph.,

- « La protection des minoritaires », *Rev. sociétés*, 2001, p. 533.

DONDERO B.,

- « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *D.O.*, 2013, p. 151.
- « L'information des salariés sur la cession de l'entreprise : belles questions en perspective », *D. chr.*, 2014, p. 1946.
- « L'immunité des dirigeants d'entreprise », in O. Dehayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. « colloques », 2009, p. 37.

DRAGO G.,

- « La liberté d'entreprendre », *Commentaire*, 2015/2, n° 150, p. 395.
- « La conciliation entre principes constitutionnels », *D. chr.*, 1991, p. 265.

DRAPERI J.-F., MARGADO A.,

- « Les Scic, des entreprises au service des hommes et des territoires », *Recma*, n° 340, avr. 2016, p. 23.

DROUIN R.-C.,

- « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 246.

DUBITON S.,

- « Le subventionnement des associations après la Loi Économie sociale et solidaire », *AJDA*, 2014, p. 2528.

DUFRESNE-CASTETS M.-L.,

- « La tentative d’obtenir du juge un contrôle *extra light* de la cause réelle et sérieuse d’un licenciement », *RDT*, 2015, p. 502.

DURAND H.,

- « Le principe « *comply or explain* » appliqué aux entreprises sociales et solidaires : se conformer, sans pouvoir se justifier », *D. chr.*, 2014, p. 1645.

DURAND P.,

- « La notion de juridique de l’entreprise. Rapport devant l’association Henri Capitant pour la culture juridique française », in *Travaux de l’association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. III 1947*, Dalloz, 1948, p. 45.

DURAND-BARTHEZ P.,

- « Le principe « appliquer ou expliquer » », *Cah. dr. ent.*, mars-avril 2016, p. 25.

DUTHEILLET DE LAMOTHE,

- « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », *JCP S*, 7 fév. 2012, 1050, p. 15.

ESPAGNE F.,

- « Le droit coopératif français : une autonomie à conquérir ou à confirmer ? », *Recma*, n° 317, 2010, p. 61.
- « Le modèle « buchezien » et les réserves impartageables », *Recma*, 1994, n° 253-254, p. 54.

EUILLET A.,

- « L’utilité sociale, une notion dérivée de celle d’intérêt général », *RDSS*, 2002, p. 207.

FABRE A.,

- « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2 oct. 2017, n° 1784, p. 3.

FANTONI-QUINTON S.,

- « L’évolution du temps de travail et les enjeux relatifs à la santé des salariés », *Dr. soc.*, 2010, p. 395.

FANTONI S., VERKINDT P.-Y.,

- « Charge de travail et qualité de vie au travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 106.

FAVENNEC-HERY F.,

- « Ordonnances Macron : un changement de système ? », *SSL*, 18 sept. 2017, n° 1782, p. 3.
- « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 892.

FAVEREAU O.,

- « La « fin » de l’entreprise privée », in A. Supiot (dir.), *L’entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 305.
- « Note critique sur le droit, l’économie, et le « marché » du travail », *RDT*, 2012, p. 479.

FAVEREAU O., SACHS T.,

- « Regards croisés sur la financiarisation, l'entreprise, le travail et le droit », *RDT*, 2017, p. 250.

FERKANE Y.,

- « L'accord de groupe en crise d'identité », *RDT*, 2017, p. 79.

FILIPETTO E.,

- « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT*, 2015, p. 415.

FONTAINE L., SUPIOT A.,

- « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 754.

FORGET E.,

- « L'investissement éthique », *Rev. sociétés*, 2015, p. 559.

FOUVET F.,

- « D'une distinction entre les libertés instituant et les libertés-prérogatives », *RDT*, 2017, p. 309.

FRAISSINIER-AMIOT V.,

- « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », *LPA*, 16 mai 2008, p. 11.

FRANCOUAL P.,

- « La part sociale coopérative, un exemple de propriété commune », *Recma*, n° 345, juil. 2017, p. 57.
- « Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés commerciales ? », *RLDA*, n° 117, juill. 2016, p. 30.

FRIEDMAN W.,

- « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Le droit de la *compliance* », *D. chr.*, 2016, p. 1871.

GAMET L.,

- « Droits de l'homme au travail, *urbi et orbi* », *Dr. soc.*, 2016, p. 1029.

GARDIN A.,

- « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », *RJS*, 8/2009, p. 599.

GAUDU F.,

- « La participation des salariés », *Rev. sociétés*, 1996, p. 471.

GEA F.,

- « Les soubassements de la réforme », *RDT*, 2017, p. 593.

- « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 98.
- « Au nom de l'emploi », *RDT*, 2016, p. 813.
- « Et maintenant des accords de maintien de l'emploi « offensifs » ? », *RDT*, 2016, p. 760.
- « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 516.
- « Pouvoir et responsabilité en droit du travail », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 221.
- « Le licenciement comme objet de dialogue social », *Dr. soc.*, 2015, p. 994.
- « À propos de Paul Durand... », *Dr. soc.*, 2015, p. 508.
- « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.*, 2013, p. 210.
- « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'Ani du 11 janvier 2013 », *SSL*, n° 1569, 28 janv. 2013, p. 4.

GENIAUT B.,

- « Le contrat de travail et la réalité », *RDT*, 2013, p. 90.

GERMAIN M.,

- « Le droit de vote », *Dr. sociétés*, juill. 2014, p. 6.

GOFFEAUX-CALLEBAUT G.,

- « La définition de l'intérêt social », *RTD com.*, 2004, p. 35.

GRANDVUILLEMIN S.,

- « Être ou ne pas être une entreprise de l'économie sociale et solidaire ? - Une qualification entre unité et diversité », *JCP E*, 12 nov. 2015, 1542.
- « La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et le droit coopératif », *JCP E*, 25 sept. 2014, 1478.

GRIMONPREZ B.,

- « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.*, 2015, p. 539.

GROS L.,

- « Propositions pour un contrôle de la filialisation dans les groupes coopératifs », *Recma*, 2009, n° 311, p. 36.

GUESNERIE R.,

- « L'entreprise dans la théorie économique », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 25.

GUYON Y.,

- « Les insuffisances de la démocratie à l'égard des membres de l'association. Les insuffisances dans les conditions normales de fonctionnement de l'association », *Rev. sociétés*, 2001, p. 735.
- « Faut-il réformer la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations ? », *LPA*, 24 avr. 1996, p. 15.

HANNOUN Ch.,

- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.*, 2017, p. 806.
- « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22.
- « La réalité juridique de l'entreprise. Réflexions sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, 2009, n° 57, p. 184.
- « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit », *RDT*, 2008, p. 288.

HANNOUN Ch., SCHILLER S.,

- « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », *RDT*, 2014, p. 441.

HANSMANN H., KRAAKMAN R.,

- « The End of History for Corporate Law », *Georgetown Law Journal*, 2001, p. 439.

HARDIN G.,

- « The Tragedy of the Commons », *Science*, 13 déc. 1968, p. 1243.

HAURIOU M.,

- « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 23, 1925, p. 89.

HEAS F.,

- « La revitalisation des bassins d'emploi », *RDT*, 2012, p. 629.
- « La protection de l'environnement en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 565.

HERAIL M.,

- « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », *Recma*, oct. 2000, n° 278, p. 6.

HIEZ D.,

- « Le droit coopératif, source d'inspiration pour le droit des sociétés », *RJC*, 2016, p. 316.
- « L'entreprise sociale et solidaire, une source d'inspiration pour le droit de l'entreprise ? », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 269.
- « La richesse de la loi Économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p. 147.
- « La loi sur l'économie sociale et solidaire : un regard juridique bienveillant », *Recma*, n° 334, oct. 2014, p. 56.
- « La participation du droit à l'établissement d'une économie sociale et solidaire », in D. Hiez, E. Lavillunière (dir.), *Vers une théorie de l'économie sociale et solidaire*, Larcier, coll. Droit & économie sociale et solidaire, 2013, p. 311.
- « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. sociétés*, 2012, p. 671.
- « Vers une autonomie du droit coopératif ? », *Recma*, août 2010, n° 317, p. 44.

- « La propriété commune de la coopérative, un modèle pour le droit du développement durable », in J.-F. Draperi (dir.), *Défis coopératifs. Alimentation, crédit, démocratie, développement*, L'Harmattan, coll. Les Cahiers de l'économie sociale, 2008, p. 361.
- « Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de double qualité dans les Scop », *Recma*, n° 299, fév. 2006, p. 34.
- « Les instruments de fonds propres des coopératives : vingt ans d'innovation législative », *Recma*, 2005, n° 295, p. 20.

HOCQUET DE LAJATRE A.-S., LONG M.,

- « Quelle place pour les usagers et le personnel dans la gouvernance associative ? », *RDSS*, 2008, p. 222.

HUET N.,

- « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de droit ?! », in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, 2014, p. 155.

HURSTEL D.,

- « Organiser la société commerciale à partir du projet d'entreprise plutôt qu'à partir du profit », in G. Giraud, C. Renouard (dir.), *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, Flammarion, coll. Champs essais, 2012, p. 49.

ICARD J.,

- « L'alerte individuelle en droit du travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 548.

IDOT L.,

- « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés*, 2001, p. 191.

IGALENS J., FRANCOUAL P.,

- « Vigilance et parties prenantes », *RLDA*, n° 124, mars 2017, 6169.

JAZOTTES G.,

- « La promotion de la RSE par le conseil d'administration », *RLDA*, juill. 2016, n° 117, 2016, p. 17.

JEAMMAUD A.,

- « Ne rêvons plus de démocratie « économique » ou « industrielle », ne parlons plus de « démocratie sociale » », *RDT*, 2017, p. 576.
- « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *SSL suppl.* n° 1340, 11 fév. 2008, p. 15.
- « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 20.
- « Le principe de faveur », *Dr. soc.*, 1999, p. 115.

JEANSEN E.,

- « L'accord interentreprises, d'une norme spéciale à une norme générale », *JCP S*, 6 déc. 2016, 1411.

JEGOUZO Y.,

- « La Charte de l'environnement, dix ans après », *AJDA*, 2015, p. 487.

JENSEN M., MECKLING W.,

- « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economy*, 1976, p. 305.

JOBERT A.,

- « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Dr. soc.*, 2013, p. 332.

KOCHER M.,

- « La notion de groupe en droit du licenciement pour motif économique : une nouvelle partition pour un accord parfait ? », *RDT*, 2017, p. 44.
- « L'actionnariat salarié : à la croisée des chemins de la gouvernance », *Dr. soc.*, 2014, p. 540.
- « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », *D.O.*, 2013, p. 178.

LAMARCHE Th.,

- « La notion d'entreprise », *RTD com.*, 2006, p. 709.

LARONZE F.,

- « Lecture croisée de la loi Florange et de la loi sur l'économie sociale et solidaire », *SSL*, n° 1656, 14 déc. 2014, p. 7.
- « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO », *Dr. soc.*, 2013, p. 345.

LARONZE F., DE QUENAUDON R.,

- « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza », *RDT*, 2013, p. 487.

LAULOM S.,

- « La notion toujours débattue de transfert d'entreprise », *SSL suppl.*, n° 1750, 26 déc. 2016, p. 27.

LAULOM S., MERLEY N.,

- « La fabrication du principe de faveur », *RDT*, 2009, p. 219.

LAVILLE J.-L.,

- « Avec Mauss et Polanyi, vers une théorie de l'économie plurielle », *Revue du MAUSS*, 2003/1 (n° 21), p. 237.

LE CANNU P.,

- « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 443.
- « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *BJS*, 2012, p. 672.

LE COUVIOR K.,

- « Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies », *RTD com.*, 2008, p. 1.

LE NABASQUE H.,

- « Les fusions et les scissions transfrontalières », *Rev. sociétés*, 2013, p. 412.

LECOURT B.,

- « Les codes de gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne », *Rev. sociétés*, 2016, p. 695.
- « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.*, 2012, p. 455.

LIEUTIER J.-Ph.,

- « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », *Dr. soc.*, 2014, p. 500.

LOCHAK D.,

- « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *ADJA*, 2014, p. 2236.

LOEVE B.,

- « « *Due diligence* » et « sphère d'influence » dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *Cah. dr. ent.*, mai 2010, dossier 16, p. 48.

LOISEAU G.,

- « La notion d'établissement », *CSBP*, 2017, p. 312.
- « La liberté d'expression du salarié », *RDT*, 2014, p. 396.

LOKIEC P.,

- « Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 502.
- « Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi », *Dr. soc.*, 2016, p. 319.
- « « Qui dit conventionnel dit juste ! » L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP G*, 9 mars 2015, p. 464.

LOKIEC P., LYON-CAEN A.,

- « Contre la violation efficace du droit du licenciement », *SSL*, 10 sept. 2012, n° 1550, p. 27.

LUCAS F.-X.,

- « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *BJS*, 2014, p. 418.

LUCAS DE LEYSSAC C.,

- « Vers une citoyenneté économique de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 265.

LYON-CAEN A.,

- « Conclusion : au fil de la responsabilité », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 151.

- « Le droit sans l'entreprise », *RDT*, 2013, p. 748.
- « Retrouver l'entreprise ? », *D.O.*, 2013, p. 196.
- « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT*, 2007, p. 84.
- « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 316.

LYON-CAEN A., LYON-CAEN G.,

- « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 610.

LYON-CAEN G.,

- « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Mélanges en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 345.
- « Une anomalie juridique : le règlement intérieur », *D. chr.*, 1969, p. 249.
- « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *D.O.*, janv. 1951, p. 1.

MAC CIONNAITH S., JAZOTTES G., SABATHIER S.,

- « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *RLDA*, mars 2017, p. 25.

MAGGI-GERMAIN N.,

- « L'idée de solidarité dans l'économie sociale », in *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 426.
- « La territorialisation du droit : l'exemple des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle continue », *Droit et société*, 2008, p. 441.
- « Sur le dialogue social », *Dr. soc.*, 2007, p. 798.

MAGNIER V., PLACOT Y.,

- « Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après... », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 491.

MALECKI C.,

- « Opinion publique et gouvernance de l'entreprise : un couple inséparable pour le meilleur et pour le pire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, 2015, p. 503.
- « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », *BJS*, 2015, p. 171.

MARGADO A.,

- « Scic, Société coopérative d'intérêt collectif », *Recma*, mai 2002, n° 284, p. 26.

MARGUENAUD J.-P., MOULY J.,

- « La jurisprudence sociale de la Cour EDH : bilan et perspectives », *Dr. soc.*, 2010, p. 883.

MARTIN-CHENUT K.,

- « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Dr. soc.*, 2017, p. 798.

MARTINEZ J.,

- « Le reclassement *urbi et orbi* », *JCP S*, 26 juill. 2016, 1263.

MARTINON A.,

- « L'organisation de la mobilité dans les groupes », *JCP S*, 12 fév. 2013, 1079.

MATHEY N.,

- « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.*, 2008, p. 205.

MAZEAUD A.,

- « Licenciements économiques à l'occasion du transfert d'entreprise : les droits des salariés », *Dr. soc.*, 2003, p. 482.

MAZIAU N.,

- « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E*, 9 juill. 2015, 1343.

MAZUYER E.,

- « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », *RDT*, 2017, p. 83.

MENDELL M.,

- « Karl Polanyi et le processus institué de démocratisation politique », *Revue du MAUSS*, 2007/1 (n° 29), p. 444.

MESTRE J.,

- « Gestion, informations et responsabilité des dirigeants », R. Guesnerie, « L'entreprise dans la théorie économique », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2015, p. 209.
- « Réflexions introductives sur l'originalité du droit coopératif », *R.R.J.D.P.*, 1996, p. 477.

MESTRE J.-L.,

- « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D. chr.*, 1984, p. 1.

MICHALAUSKAS M.,

- « La société coopérative d'intérêt collectif, un groupement en quête d'identité », *Rev. sociétés*, 2002, p. 247.

MILLARD E.,

- « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30/31, 1995, p. 381.

MOLLA S.,

- « Financement et obligations des structures d'insertion par l'activité économique », *JCP S*, 16 sept. 2014, 1348.

MONNET J.,

- « L'ouverture du secteur de l'économie sociale et solidaire aux sociétés commerciales », *Dr. sociétés*, nov. 2014, p. 15.

MONSERIE-BON M.-H.,

- « Les nouvelles sociétés de l'économie sociale : progrès ou dévoiement ? », *RLDA*, suppl. n° 88, déc. 2013, p. 20.

MOREAU M.-A.,

- « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Dr. soc.*, 2017, p. 792.
- « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », *Dr. soc.*, 2010, p. 324.
- « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.*, 2001, p. 967.

MOREL F.,

- « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 405.

MORIN M.-L.,

- « Le droit à la représentation universelle des salariés des TPE, une traduction singulière du droit à la participation ? », *RDT*, 2015, p. 587.
- « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.*, 2001, p. 478.
- « Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale », *Dr. soc.*, 1999, p. 681.

MOULIN J.-M.,

- « La force normative du Code AFEP-MEDEF », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 597.

MOULY J.,

- « Une disposition oubliée de la « loi travail » : l'article 94 sur les licenciements économiques antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 738.

NEAU-LEDUC Ch.,

- « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. soc.*, 2006, p. 952.

NEYRET L.,

- « La consécration du préjudice écologique dans le code civil », *D.*, 2017, p. 924.
- « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.*, 2010, p. 2238.

NICINSKI S.,

- « La réglementation des professions », *RFDA*, 2017, p. 68.

NICOD C.,

- « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 800.

NICOLAS E.,

- « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. sociétés*, 2013, p. 535.

ODOUL-ASOREY I.,

- « Décrets du 23 mars 2016 relatifs aux regroupements des IRP », *RDT*, 2016, p. 576.

ODOUL-ASOREY I., PESKINE E.,

- « L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement ? », *RDT*, 2016, p. 803.

ORSI F.,

- « Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RIDE*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 371.
- « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, n° 14, 2^{ème} semestre / automne 2013.

PAILLUSSEAU J.,

- « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D. chr.*, 2003, p. 260.
- « La *corporate governance*. À propos du rapport Bouton », *D.*, 2002, p. 2722.
- « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D. chr.*, 1997, p. 97.
- « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705.

PARLEANI G.,

- « Les insuffisances de la démocratie à l'égard des bénéficiaires des services rendus par l'association », *Rev. sociétés*, 2001, p. 791.

PARLEANI G., URBAIN-PARELANI I.,

- « L'effort commun coopératif », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz, LGDJ, IRJS, Thomson Reuters Transactive, 2014, p. 758.

PARODI M.,

- « L'utilité sociale pour éclairer la face cachée de la valeur de l'économie sociale », *Recma*, n° 315, févr. 2010, p. 40.

PATAUT E.,

- « Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé », *Dr. soc.*, 2017, p. 833.

PECAUT-RIVOLIER L.,

- « L'unité économique et sociale, quel avenir ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 974.

PELLERIN J.,

- « La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé », *RTD com.*, 1981, p. 479.

PERIN P.-L.,

- « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD com.*, 2015, p. 215.

PERNOT J.-M.,

- « Propos conclusifs - Que signifie le choix de l'entreprise ? », *RDT*, 2016, p. 809.

PESKINE E.,

- « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 438.
- « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT*, 2013, p. 168.
- « L'imputation en droit du travail », *RDT*, 2012, p. 347.

PESKINE E., VERNAC S.,

- « Pouvoirs et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 119.

PETIT F.,

- « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 952.

PIROVANO A.,

- « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D. chr.*, 1997, p. 189.

PLANTAMP D.,

- « La société coopérative d'intérêt collectif et les principes généraux du droit coopératif », *RTD com.*, 2005, p. 465.

PORACCHIA D., MARTIN D.,

- « Regard sur l'intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 482.

PRIEUR M.,

- « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Nouv. Cah. du Cons. const.*, n° 43, avr. 2014, p. 7.

QUEINNEC Y.,

- « Le plan de vigilance idéal n'existe pas ! Pour être raisonnable et effectif il doit être co-construit », *RLDA*, n° 124, mars 2017, 6167, p. 21.

QUIEVY J.-F.,

- « La double physionomie de l'*affectio societatis* », *R.R.J.D.P.*, 2010, p. 1369.

QUIRINY B.,

- « Les droits de l'utilisateur face au droit du marché », *RFDA*, 2008, p. 20.

RADE Ch., GERVIER P.,

- « La QPC au secours de la liberté d'entreprendre », *Constitutions*, 2013, p. 592, note sous Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC.

RAY J.-E.,

- « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.*, 2009, p. 887.

REBOUL N.,

- « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés*, 2000, p. 425.

REMY P.,

- « « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », *Dr. soc.*, 2015, p. 974.

REVET Th.,

- « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 859.

RIASSETTO I.,

- « Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ? », *Rev. dr. banc. fi.*, mai 2013, 28, p. 103.

ROBE J.-Ph.,

- « Loi Florange et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 237.
- « L'au-delà de la « doctrine de l'entreprise » », *Cah. dr.ent.*, mars 2013, dossier 8, p. 23.
- « Pour en finir avec Milton Friedman. Misère de la théorie de l'agence », in A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 11.

ROBE J.-Ph., LYON-CAEN A., VERNAC S.,

- « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *RDT*, 2017, p. 34.

ROBIN-OLIVIER S.,

- « Oublier Viking : quand la Cour de justice fait primer la législation sociale de l'Union sur la liberté d'organisation des entreprises de transport maritime », *RDT*, 2016, p. 581.

ROCHFELD J.,

- « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », in B. Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015, p. 92.

ROMAN D.,

- « Constitution et solidarité », *LPA*, 21 janv. 2009, p. 68.

ROUILLON-LECHERE F.,

- « Comment obtenir l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » ? », *Juris associations*, n° 550, 2016, p. 21.

SACHS T.,

- « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 380.
- « La consolidation d'un droit du marché du travail », *RDT*, 2016, p. 748.

SACHS T., WOLMARK C.,

- « L'ambition contrariée du dispositif « Florange » », in E. Peskine, G. Borenfreund (dir.), *Licenciements pour motifs économiques et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 146.

SAINTOURENS B.,

- « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Rev. sociétés*, 1996, p. 1.

SAVATIER J.,

- « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.*, 1988, p. 89.

SAVY R.,

- « La constitution des juges », *D. chr.*, 1983, p. 105.

SCHILLER S.,

- « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 13 avr. 2017, 1193.

SCHMIDT D.,

- « Les conflits d'intérêt dans la société anonyme : prolégomènes », *BJS*, 2000, p. 9.
- « De l'intérêt social », *JCP E*, 21 sept. 1995, 488.

SEEBERGER L.,

- « Historique de l'évolution du droit des coopératives, de ses origines à nos jours », *Recma*, n° 333, juil. 2014, p. 60.

SERLOOTEN P.,

- « *L'affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1010.

SOUBIRAN-PAILLET F.,

- « De nouvelles règles du jeu ? Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier » in J.-P Le Crom (dir.), *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, Éd. de l'Atelier, 1998, p. 17.

SOULAGE F.,

- « De la difficulté de concilier contrôle et démocratie », *Recma*, 2003, n° 287, p. 7.

SOURIAC M.-A.,

- « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.*, 1991, p. 496.

SUPIOT A.,

- « Mutualisation : de quoi parlons-nous ? », *D. chr.*, 2016, p. 726.
- « Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », in A. Supiot, M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 9.
- « Fragments d'une politique législative du travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 1151.
- « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, p. 131.
- « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541.
- « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13.
- « Revisiter les droits d'action collective », *Dr. soc.*, 2001, p. 687.

- « L’alerte écologique dans l’entreprise », *Droit et ville*, n° 37, juin 1995, p. 92.
- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.
- « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l’entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195.

TERRE F.,

- « La distinction de la société et de l’association en droit français », in *Mélanges Roger Secrétan*, Université de Lausanne, 1964, p. 325.

TEUBNER G.,

- « L’auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite « privés » et « publics » des entreprises », in A. Supiot (dir.), *L’entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, p. 71.

TEYSSIE B.,

- « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *JCP S*, 26 sept. 2017, 1294.
- « La négociation collective transnationale d’entreprise ou de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 982.
- « L’intérêt de l’entreprise, aspects de droit du travail », *D. chr.*, 2004, p. 1680.
- « A propos de la négociation collective d’entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 578.

THIBIERGE C.,

- « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

THIEBART P.,

- « Le lanceur d’alerte à la lumière de la loi Sapin 2 », *SSL*, n° 1745, 21 nov. 2016, p. 8.

TISSANDIER H.,

- « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 794.

TOURNEAUX S.,

- « L’émancipation de l’unité économique et sociale », *LBH éd. sociale*, 2013, n° 549, p. 27.

TOUZET A.,

- « Droit et développement durable », *RDP*, 2008, p. 453.

TREBULLE F.-G.,

- « La consécration de l’accueil du préjudice écologique dans le Code civil », *Energie - Environnement - Infrastructures*, nov. 2016, 20, p. 19.
- « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *D. chr.*, 2015, p. 2272.
- « Alertes et expertise en matière de santé et d’environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013 », *Environnement*, août 2013, 21.
- « Stakeholders theory et droit des sociétés (II) », *BJS*, 2007, p. 7.
- « Stakeholders theory et droit des sociétés (I) », *BJS*, 2006, p. 1337.

- « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'entreprise citoyenne », *Rev. sociétés*, 2006, p. 41.

TRICOT D.,

- « Abus de droit dans les sociétés », *RTD com.*, 1994, p. 617.

URBAIN-PARLEANI I.,

- « Les insuffisances de la démocratie à l'égard des membres de l'association. Les remèdes judiciaires », *Rev. sociétés*, 2001, p. 768.

URBAN Q.,

- « La représentation des salariés dans les conseils des sociétés par actions : Quel progrès ? », *RDT*, 2013, p. 689.

VAN LANG A.,

- « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », *AJDA*, 2015, p. 510.
- « La privatisation de l'usager », *RFDA*, 2013, p. 494.

VANULS C.,

- « Regards sur la précaution en droit du travail », *RDT*, 2016, p. 16.
- « Les conflits collectifs du travail à dimension environnementale », *Énergie - Environnement – Infrastructures*, juill. 2015, 14.

VATINET R.,

- « Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance », *Rev. sociétés*, 2014, p. 75.
- « Développement de la participation des salariés (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, Titre I) », *JCP S*, 9 janv. 2007, n° 1001, p. 13.
- « La société anonyme et ses salariés », *Rev. sociétés*, 2000, p. 161.

VERDUN F.,

- « La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social », *JCP S*, 17 janv. 2017, 1011.

VERKINDT P.-Y.,

- « À propos de la notion d'« ordre public conventionnel », *SSL*, n° 1751, 9 janv. 2017, p. 5.
- « La collectivité de travail, ou « La belle inconnue » », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.
- « La représentation du personnel dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 771.

VERNAC S.,

- « L'avenir sauvegardé du coemploi », *RDT*, 2016, p. 560.
- « Le droit à l'information préalable des salariés en cas de cession de leur entreprise », *RDT*, 2015, p. 43.
- « Les perspectives d'un dialogue entre le droit du travail et le droit des sociétés », *RDT*, 2013, p. 236.

VINCENT H.,

- « La mutualité française dans l'Union Européenne : nouveau contexte, nouveaux défis », *Recma*, 2006, n° 300, p. 71.

VINGIANO-VIRICEL I.,

- « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD com.*, 2017, p. 19.

ZENATI-CASTAING F.,

- « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 589.
- « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 445.

4. Notes et observations

ADAM P.,

- « Mon traître, ce héros », *RDT*, 2016, p. 566, note sous Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557.

ALFANDARI E.,

- *RTD com.*, 1991, p. 256, note sous Cass, 1^{ère} civ., 5 fév. 1991, n° 88-11.351.
- *RTD com.*, 1991, p. 249, note sous Cass., 1^{ère} civ., 25 avr. 1990, n° 88-19.320.

AUZERO G.,

- « De quelques éléments insuffisants à caractériser une situation de coemploi », *RDT*, 2017, p. 256, note sous Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865.

CABRILLAC M.,

- *RTD com.*, 2002, p. 524, note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917 ; 99-17.209 ; 99-15.598.

CHAUMETTE P.,

- « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.*, 2008, p. 210, note sous CJCE, 11 déc. 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union* ; CJCE, 18 déc. 2007, C-341/05, *Laval un Partneri*.

CHEVRIER E.,

- « Le caractère « commercial » de la relation établie », *D.*, 2003, p. 1434, note sous Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664.

CONTIN R.,

- *jur.*, 1968, p. 147, note sous CA Paris, 22 mai 1965.

DABOSVILLE B.,

- « Liberté d'expression d'un cadre supérieur s'adressant aux dirigeants de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2013, p. 453, obs. sous Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734.

DAIGRE J.-J.,

- « La communication d'une information privilégiée n'est pas répréhensible dès lors qu'elle est strictement nécessaire et proportionnée à l'exercice d'une fonction ou d'une profession », *Rev. sociétés*, 2006, p. 333, note sous CJCE, 22 nov. 2005, n° C-384/02.

DESPAX M.,

- *D.*, 1973, p. 381, note sous Cass. soc., 19 déc. 1972.

DUFOURQ P.,

- « Devoir de vigilance des multinationales : retour sur la décision du Conseil constitutionnel », *D. actu.*, 29 mars 2017, note sous Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

EPSTEIN A.-S.,

- « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 1236, note sous Cass. crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650.

FABRE A.,

- « L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise », *Constitutions*, 2016, p. 446, note sous Cons. const., 4 août 2016, n° 2016-736 DC.
- « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 242, note sous Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179.

GADRAT M.,

- « Les périmètres du groupe en droit du licenciement pour motif économique », *Dr. soc.*, 2017, p. 221, note sous Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063 et n° 15-19.927.

GRELLIERE V.,

- *BJS*, 2006, p. 1064, note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006, n° 03-13.894.

GUYON Y.,

- « Preuve de la qualité d'associé », *Rev. sociétés*, 2001, p. 81, note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2000, n° 98-11.332.

JOURDAIN P.,

- « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *RTD civ.*, 2013, p. 119, note sous Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

LECOURT B.,

- « Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfices pour abus de majorité », *Rev. sociétés*, 2004, p. 337, note sous Cass. com., 1^{er} juill. 2003, 99-19.328.

LECUYER H.,

- « Mécontentement entre associés et dissolution anticipée de la société », *Dr. des sociétés*, mars 2007, n° 42, p. 15, note sous Cass. com., 19 sept. 2006, n° 03-19.416.

LEVASSEUR G.,

- *D.*, 1954, p. 217, note sous Cass. civ., 28 janv. 1954.

LIENHARD A.,

- « Information annuelle de la caution : la Cour de cassation précise la notion d'entreprise », *D.*, 2002, p. 1199, note sous Cass., 1^{ère} civ., 12 mars 2002, n° 99-13.917 ; 99-17.209 ; 99-15.598.

LUCHAIRE F.,

- *D.*, 1990, p. 209, note sous Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC.

LYON-CAEN A.,

- « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », *Dr. soc.*, 2002, p. 258, comm. Sous Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

MARGUENAUD J.-P., MOULY J.,

- « La protection européenne des salariés lanceurs d'alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d'improvisation », *D.*, 2016, p. 1740, note sous Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557.

MATHIEU B., DION-LOYE S.,

- « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », *Dr. soc.*, 1990, p. 525, note sous Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC.

MORVAN P.,

- « Définition draconienne des critères du coemploi dans les groupes de sociétés », *BJS*, 2017, p. 288, note sous Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865.

MOULY J.,

- « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », *Dr. soc.*, 2016, p. 859, note sous Cass, 2^e civ., 7 juill. 2016, n° 15-16.110.

NEAU-LEDUC Ph.,

- « Organismes à but non lucratif : la concurrence appelle l'impôt ! », *RTD com.*, 2013, p. 374, note sous CE, 9^e et 10^e ss-sect., 13 fév. 2013, n° 342953, *Groupe de plongée de Carantec (Assoc.)*.

PARLEANI G.,

- « Utiles rappels de la spécificité coopérative », *Rev. sociétés*, 2015, p. 452, note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-23.569.
- « La CJUE donne une leçon de droit coopératif », *Rev. sociétés*, 2012, p. 104, note sous CJUE, 8 sept. 2011, C-78/08 à C-80/08, *Ministerio dell'Economia e delle Finanze c/ Paint Graphos e.a.*

PETIT F.,

- « L'exclusion de vote des salariés mis à disposition pour l'élection des administrateurs salariés », *Rev. sociétés*, 2014, p. 112, note sous Cons. const., 26 juil. 2013, n° 2013-33 QPC.

PIC P.,

- *D.*, 1931, I, p. 121, note sous Cass. ch. civ., 6 juill. 1931.

PRETOT X.,

- « De la liberté d’entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Dr. soc.*, 2005, p. 371, note sous Cons. const., 13 janv. 2005, n° 2005-509 DC.
- « L’inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde », *Dr. soc.*, 1988, p. 755, note sous Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC.

RANDOUX D.,

- « La qualité de mandataire du président d’une association », *Rev. sociétés*, 1991, p. 773, note sous Cass, 1^{ère} civ., 5 fév. 1991, n° 88-11.351.

ROBERT J.-H.,

- « L’épave de l’Erika est juridiquement stabilisée », *Rev. sociétés*, 2013, p. 110, note sous Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

ROBIN-OLIVIER S., PATAUT E.,

- « Europe sociale ou Europe économique », *RDT*, 2008, p. 80, note sous CJCE, 11 déc. 2007, C-438/05, *International Transport Workers’ Federation et Finnish Seamen’s Union* ; CJCE, 18 déc. 2007, C-341/05, *Laval un Partneri*.

SACHS T., VERNAC S.,

- « La fondamentalisation d’un ordre libéral », *RDT*, 2014, p. 528, note sous Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.

SAVATIER J.,

- « Le dynamisme de l’unité économique et sociale pour l’organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 944, note sous Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 03-60.412 et 03-60.413.

SCHILLER S.,

- « Message clair du Conseil constitutionnel : la responsabilité d’un maître d’ouvrage ou d’un donneur d’ordre pour les faits d’autrui n’est validée qu’avec réserves et conditions », *JCP G*, 1^{er} fév. 2016, 113, p. 208, note sous Cons. const., 22 janv. 2016, n° 2015-517 QPC.

SCHLUMBERGER E.,

- « Caractérisation d’une situation de co-emploi », *Rev. sociétés*, 2017, p. 149, note sous Cass. soc., 6 juil. 2016, n° 15-15.481.
- « Nullité de décisions collectives pour abus de majorité et violation des statuts », *Rev. sociétés*, 2016, p. 169, note sous Cass. 3^e civ., 8 juill. 2015, n° 13-14.348.
- « L’abus de majorité lié à l’absence de distribution de bénéfices », *Rev. sociétés*, 2016, p. 526, note sous Cass. 3^{ème} civ., 12 nov. 2015, n° 14-23.716.

TEYSSIE B.,

- « Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles », *JCP E*, 21 oct. 2004, 1545, note sous Loi numéro 2004-391 du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, article 48.

VATINET R.,

- « Incompatibilité entre les notions d'unité économique et sociale et de groupe », *JCP S*, 4 avr. 2006, 1281, note sous Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-60.234.

VERNAC S.,

- « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, p. 578, note sous Cons. const., 17 juillet 2015, n° 2015-476 QPC.

ZENATI F.,

- *RTD civ.*, 1990, p. 519, note sous Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC.

Index

A

Accord collectif de travail

- accord de branche, 494, 523
- accord de groupe, 423, 454
- accord interentreprises, 527
- maintien dans l'emploi, 52, 256, 409 s., 488
- qualité de vie au travail, 499 s.
- préservation et développement de l'emploi, 52, 256, 409 s., 488 s.
- relatifs à l'emploi, 256, 411, 488, 497
- santé, sécurité et conditions de travail, 503 s.

Association

- défense de l'environnement, 306 s.
- fiscalité, 687 s.
- gouvernance, 592, 668 s.
- notion, 640

Autorégulation, 385 s.

B

Biens communs

- agencements institutionnels, 340, 375 s.
- application à l'entreprise, 355 s., 609
- faisceau de droits de propriété, 339, 361
- gouvernance, 336, 350, 361
- notion, 334 s.

C

Chaîne de valeur, 443, 461 s.

Coemploi, 431 s.

Constitution

- bloc de constitutionnalité, 103, 150, 190
- économique, 103
- préambule de la constitution de 1946, 150, 156
- République sociale, 192 s., 202

Corégulation, 385, 400

D

Développement durable

- critère de l'utilité sociale, 702
- influence, 300, 388
- notion, 267 s.
- principe d'intégration, 273 s.

Devoir de vigilance

- champ d'application, 435 s.
- notion, 388 s., 393 s.

Dirigeants

- action de tiers, 313 s.
- action *ut singuli*, 311, 325
- agent, 18
- chef d'entreprise (théorie institutionnelle), 29
- responsabilité, 310 s.

Droit à l'emploi, 151, 157 s., 242 s., 479

Droit de grève et d'action collective, 42, 154, 177

Durabilité, 246 s., 367 s., 480, 602

E

Économie

- agent économique, 66, 177, 217, 233, 380 s.
- analyse économique du droit, 60 s.
- commerce international, 75, 465
- libéralisme (notion), 15 s., 20, 99 s., 175 s., 233
- marché, 55 s., 65 s., 118, 233, 249, 337
- pluralisme économique, 78, 237, 378, 643

Économie sociale et solidaire

- notion, 566, 641
- économie sociale, 541 s., 643 s.
- économie solidaire, 645 s.
- guide des bonnes pratiques, 567 s., 594

Emploi

- marché, 66
- négociation collective, 256, 411, 488, 497

Entreprise

- appréhension statistique, 5 s.
- auto-constitutionnalisation, 439
- citoyenne, 288
- combinaison de fonctions, 83, 235 s., 708
- *corporate governance*, 17 s., 278 s., 315, 362
- éthique, 78, 289 s.
- fonction économique, 86 s., 192, 220, 236 s., 410 s., 445 s., 650 s.
- fonction sociale, 202, 232 s., 240 s., 404 s., 448 s., 473 s., 636, 709 s.
- fonction environnementale, 261 s., 512
- multinationale, 57, 461
- responsabilité sociale, 78, 293, 436 s.
- théorie contractuelle, 13 s., 562
- théorie institutionnelle, 22 s., 287, 562, 608, 638 s.
- théorie marxiste, 33 s.
- transfert, 246

Environnement

- alerte environnementale, 514 s.
- charte, 271 s., 293
- droit du travail et droit de l'environnement, 508 s.

F

Fonction, 79

- v. Entreprise

G

Groupe

- appréhension par le droit du travail, 420 s.
- fonction sociale, 449 s.
- notion, 419

I

Information extra-financière

- action en justice, 320 s.
- *comply or explain*, 322 s.
- transparence, 265, 316 s.

Intérêt

- collectif, 638
- commun, 27 s.
- de l'entreprise, 27 s., 561
- des membres, 281, 560, 648 s.
- général, 165 s., 530 s., 711 s., 722
- social, 312, 558 s.

J

Justice sociale, 196 s.

L

Lanceur d'alerte, 514 s., 529 s.

Liberté d'entreprendre

- conciliation avec d'autres normes constitutionnelles, 147 s., 173 s.
- de l'associé, 139
- de l'employeur, 112 s., 126
- des personnes publiques, 137
- des salariés, 138 s.
- conciliation avec l'intérêt général, 165 s.
- liberté de dé-entreprendre, 140 s., 632
- liberté du commerce et de l'industrie, 92 s.
- liberté instituante, 133
- liberté prérogative, 132
- libre concurrence, 115 s.
- notion, 87, 105 s.
- origines, 89 s.
- pouvoir d'organisation, 244, 444 s.
- professions réglementées, 123 s.

Liberté syndicale, 152, 177

Lucrativité, 455 s., 687 s., 717, 724

M

Mutuelle, 589 s.

N

Négociation collective

- d'entreprise, 48752 s., 256, 409, 487 s.

- de groupe, 424, 454 s.
- principe de faveur, 492 s.
- territoriale, 522

P

Parties prenantes, 279 s., 314, 391, 507 s., 564 s., 656

Personne morale

- but social, 654 s., 663 s., 678
- droits fondamentaux, 114
- objet social, 663, 678 s.
- responsabilité civile, 304 s.

Prévention, 263, 308, 389 s., 403 s.

Principe de participation

- actionnariat salarié, 260, 473
- participation aux résultats, 258 s.
- participation aux décisions, 473 s., 484 s.
- principe constitutionnel, 153, 169, 470 s.

Propriété

- aliénation, 230, 339 s., 362, 631 s.
- de l'entreprise, 17, 357
- des biens communs, 344 s.
- et liberté d'entreprendre, 140, 223 s., 227 s.
- fonction sociale, 209 s., 348, 375
- usage, 140, 214, 353, 628 s.

R

Reclassement (obligation de), 244 s.

Relation commerciale établie, 442 s., 459 s.

Représentation du personnel

- comité d'entreprise, 29, 252, 254 s., 451 s., 483 s.
- comité hygiène, sécurité et conditions de travail, 506, 510 s., 519 s.
- comité social et économique, 255, 483, 506
- information économique, 254 s., 451 s., 458
- principe, 29, 251, 421, 473

- organes de direction, 252 s., 473 s., 486

Responsabilité civile, 298, 304 s.

Responsabilité environnementale, 50 s., 263

Revitalisation du bassin d'emploi, 525 s.

S

Société à finalité sociale (Belgique), 658 s.

Société commerciale d'économie sociale et solidaire, 672 s.

Société coopérative

- *affectio cooperatis*, 550
- dévolution altruiste, 601 s., 635, 717
- double qualité, 544 s., 560 s., 628 s.
- instruments financiers, 614 s.
- principe démocratique, 569 s., 674 s.
- réserve impartageable, 597 s.
- ristourne coopérative, 628 s.
- société coopérative d'intérêt collectif, 564 s., 638, 683, 695 s.
- société coopérative et participative (anciennement ouvrière de production), 548 s., 563 s.

Sous-traitance

- application de la législation du travail, 457 s.
- devoir de vigilance, 440 s.
- information des représentants du personnel, 458
- notion, 457

U

Unité économique et sociale, 425 s.

Utilité sociale

- agrément Entreprise solidaire d'utilité sociale (« Esus »), 706 s.
- approche fiscale, 687 s., 722 s.
- définition légale, 692 s., 697 s.

Table des matières

Remerciements	I
Plan sommaire	III
Liste des abréviations	V
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
I. Ce que sont les entreprises.....	2
A. L'image des entreprises en France : éléments de contexte	2
B. Approches doctrinales classiques.....	6
1. Théories contractuelles de l'entreprise	6
2. Théorie institutionnelle de l'entreprise	13
3. Une théorie marxiste de l'entreprise ?	20
II. Ce que les entreprises deviennent.....	27
A. L'entreprise : l'importance des enjeux sociaux et environnementaux	28
B. Des enjeux qui interrogent la place du droit	33
III. Ce que pourraient devenir les entreprises.....	38
A. L'approfondissement de la dimension sociale du droit de l'entreprise	39
B. Les voies d'une refondation juridique	44
C. Champ et méthode de l'étude.....	49
D. Plan de l'étude	51
Première partie. L'entreprise et ses fonctions : des équilibres à trouver	53
TITRE I : La prédominance de la fonction économique	54
CHAPITRE 1 : La liberté d'entreprendre, fondement de la fonction économique de l'entreprise	55
Section 1 : La vigueur du principe de liberté d'entreprendre.....	55
§ 1. Un héritage de la période révolutionnaire	55
A. Les assises du principe	56
1. Les sources textuelles : décrets d'Allarde et loi Le Chapelier	56
2. Le rattachement à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen	58
B. La philosophie du principe, reflet d'une éthique libérale.....	60
§ 2. Un principe d'actualité permanente	64
A. Une protection contre diverses formes de pouvoirs	64
B. La liberté d'entreprendre tournée vers l'exercice de l'activité économique	67
1. La liberté d'entreprendre, un droit pour l'entreprise	67

2. La liberté d'entreprendre comme droit du marché.....	69
Section 2 : Les déclinaisons du principe de liberté d'entreprendre	71
§ 1. La définition constitutionnelle	72
A. Liberté d'accéder à une profession ou une activité économique.....	72
B. Liberté dans l'exercice d'une profession ou d'une activité économique	74
§ 2. Les traductions du principe	77
A. La liberté d'entreprendre active	77
B. La liberté d'entreprendre par la négative.....	79
1. Conflits entre libertés d'entreprendre.....	79
2. Liberté de « désentreprendre »	83
CHAPITRE 2 : Les limites sociales du principe de liberté d'entreprendre.....	87
Section 1 : La confrontation entre liberté d'entreprendre et normes sociales	87
§ 1. L'opposition à des normes sociales constitutionnelles	87
A. Liberté d'entreprendre et droits constitutionnels sociaux.....	88
1. Diversité de l'appréhension des principes sociaux constitutionnels	88
2. Résistance des principes sociaux face à la liberté d'entreprendre	91
B. Liberté d'entreprendre et autres normes constitutionnelles.....	93
§ 2. L'opposition à des normes d'intérêt général social	96
A. Indétermination des objectifs d'intérêt général de nature sociale	96
B. Faiblesse des objectifs d'intérêt général de nature sociale.....	98
Section 2 : La résolution des confrontations entre liberté d'entreprendre et normes sociales.....	100
§ 1. Systématisations des modalités de résolution des confrontations en fonction des ordres juridiques	101
A. Approche authentiquement libérale	101
B. Approche authentiquement sociale	104
C. Approche médiane dite « social-libérale »	106
§ 2. Ouverture de nouvelles perspectives.....	108
A. L'insuffisance des solutions actuelles	108
B. La nécessaire réintégration de la liberté d'entreprendre dans le champ social.....	110
1. « La France est une République indivisible, laïque, démocratique ... et sociale » (article premier de la Constitution du 4 octobre 1958)	110
2. La liberté d'entreprendre à la lumière du principe de justice sociale	112
C. Repenser la liberté d'entreprendre pour faire émerger la fonction sociale de l'entreprise	

114

TITRE II : L'émergence d'une fonction sociale119

CHAPITRE 1 : L'ancrage de l'entreprise dans sa fonction sociale	120
---	-----

Section 1 : La fonction sociale de l'entreprise en germe dans la doctrine civiliste	120
---	-----

§ 1. Fonction sociale de la propriété et fonction sociale de l'entreprise	120
A. Identité des démarches	121
B. Identité des difficultés et des solutions	123
1. Caractérisation des problèmes	123
2. Orientation des solutions.....	125
§ 2. Connexité des notions de propriété et de liberté d'entreprendre	128
A. Des origines idéologiques communes	128
B. Destin commun.....	130
1. Le lien opéré par le Conseil constitutionnel.....	130
2. L'intérêt du lien pour concevoir une fonction sociale de l'entreprise	133
Section 2 : La fonction sociale de l'entrepisen en germe dans le droit du travail et des groupements	
.....	135
§ 1. L'entreprise acteur économique avant tout	136
§ 2. L'entreprise employeur	138
A. La recherche de continuité	138
1. La préservation de l'emploi.....	138
2. La durabilité de l'entreprise	141
B. L'existence d'un collectif.....	143
1. La communauté de travail au sens politique	144
2. La communauté de travail au sens économique	149
§ 3. L'entreprise écologique.....	152
A. L'émergence d'une fonction environnementale de l'entreprise	152
B. L'objectif du développement durable	155
1. Contenu de la notion	156
2. Consistance juridique.....	158
CHAPITRE 2 : L'ancrage de l'entreprise dans son environnement	162
Section 1 : L'entreprise intégrée à son environnement par la <i>stakeholders theory</i>	162
§ 1. Du <i>shareholder</i> au <i>stakeholder</i>	163
A. Notion de partie prenante.....	163
1. Les influences réciproques entre l'organisation et son environnement	163
2. La prise en considération des parties prenantes pour un développement durable	166
B. La réalité incertaine de l'éthique des affaires	169
1. Éthique désintéressée ou utilitariste ?	169
2. Transposition des valeurs éthiques en droit	172
§ 2. L'intégration en droit des principes de la <i>stakeholders theory</i>	175
A. L'activité de l'entreprise source de responsabilités	175
1. Responsabilité de la société.....	176

2.	Responsabilité des dirigeants	179
B.	La transparence, outil de contrôle social sur les pratiques de l'entreprise	182
1.	Le <i>reporting</i> extra-financier	182
2.	L'action extra-financière	185
C.	<i>Stakeholders theory</i> et développement durable : la nécessité d'un meilleur encadrement juridique	188
	Section 2 : L'entreprise intégrée à son environnement par la théorie des biens communs	191
§ 1.	Une propriété adaptée aux biens dits « communs »	191
A.	La spécificité des biens communs.....	192
1.	Essai de définition	192
2.	Propriété et gouvernance	193
B.	Nécessité d'une gestion adaptée.....	197
1.	Un régime de propriété d'un genre nouveau	197
2.	Des règles de gouvernance spécifiques	200
§ 2.	L'entreprise, un « bien commun »	203
A.	L'élargissement de la notion.....	204
1.	L'entreprise, ressource commune	204
2.	L'entreprise, choix institutionnel	206
B.	Essai de transposition dans l'ordre juridique	209
C.	La possible application de la théorie des biens communs à l'entreprise	213

Deuxième partie. La dimension sociale de l'entreprise : une fonction à consolider.....218

TITRE I : L'expression de la fonction sociale des entreprises220

CHAPITRE 1 :	Une fonction résultant des instruments de régulation de l'entreprise	221
Section 1 :	La fonction sociale normative	221
§ 1.	La corégulation	222
A.	Devoir de vigilance et principes du développement durable	222
B.	Portée du devoir de vigilance	225
1.	Contexte et contenu du devoir de vigilance	225
2.	Normativité du devoir de vigilance	228
§ 2.	L'autorégulation	230
A.	L'autorégulation préventive	231
B.	L'autorégulation de gestion	233
C.	Teneur axiologique des instruments d'autorégulation	237
Section 2 :	La fonction sociale structurante.....	239
§ 1.	Effets sur la fragmentation des organisations.....	239
A.	Le dépassement des personnes morales en droit du travail	239

1.	Le groupe de sociétés	240
2.	L'unité économique et sociale	243
3.	Le coemploi	246
B.	Des perspectives d'adaptation aux montages sociétaires	248
1.	La sphère d'influence de l'entreprise	249
2.	Le périmètre du plan de vigilance	251
§ 2.	Influence sur le pouvoir d'organisation de l'entreprise	254
A.	Pouvoir d'organisation à vocation économique	254
B.	Pouvoir d'organisation saisi par la fonction sociale	257
1.	Approche sociale des montages sociétaires	257
2.	Approche sociale des contrats commerciaux	262
a.	Les implications sociales des relations commerciales	262
b.	Les chaînes de valeur	267
c.	Le droit social du commerce international	269
CHAPITRE 2 :	Une fonction dépendant de l'implication des salariés parties prenantes	272
Section 1 :	L'implication dans la gestion de l'entreprise	273
§ 1.	Le principe actuel de participation des salariés à la gestion des entreprises	273
A.	Le principe de participation	274
1.	L'étendue du principe	274
2.	Les possibles extensions du principe	277
B.	Les modalités de la participation	280
1.	La participation à la gestion par la représentation du personnel	280
2.	La participation des salariés par la négociation	283
§ 2.	Le renouvellement du principe de participation des salariés à la gestion de l'entreprise	286
A.	La compensation du principe de faveur	287
B.	Le développement de négociations supra-économiques	292
1.	La consécration de la qualité de vie au travail	292
2.	La préservation des négociations sur la santé au travail	295
Section 2 :	L'implication dans les relations de l'entreprise à son environnement	299
§ 1.	L'entreprise facteur de risques pour son l'environnement	299
A.	Une proximité fondée sur une communauté de risques	299
B.	L'inclusion de la question environnementale dans le droit du travail	302
1.	Le droit de l'alerte environnementale	303
2.	La procéduralisation environnementale	305
§ 2.	Les salariés fondateurs de liens entre l'entreprise et son espace social	309
A.	Le territoire espace de dialogue social	309
B.	Le lanceur d'alerte, fonction citoyenne ?	314

TITRE II : Le développement d'entreprises à vocation sociale	321
CHAPITRE 1 : Les entreprises relevant de l'économie sociale	322
Section 1 : L'organisation des groupements de l'économie sociale	322
§ 1. Le principe constitutif de double qualité	323
A. Le coopérateur, apporteur et usager.....	323
1. Les effets de la double qualité	323
2. La relativisation du caractère fondamental de l'apport	326
B. L'intérêt social revisité.....	329
1. Le rapprochement des intérêts.....	329
2. La persistance d'intérêts divergents	332
§ 2. Un processus délibératif démocratique	335
A. Le principe « un homme, une voix ».....	335
1. Les fondements alternatifs du pouvoir au sein du groupement.....	335
2. De nouveaux équilibres pour la prise de décision	338
B. Les limites du principe de gouvernance démocratique	341
1. Les investissements coopératifs	341
2. La gouvernance mutualiste et associative	344
Section 2 : L'économie des groupements de l'économie sociale	347
§ 1. Un partage original de la valeur créée	347
A. Le principe des réserves impartageables.....	347
1. La réserve impartageable facteur pérennité de l'entreprise	347
2. La réserve impartageable, une ressource commune ?	350
B. La rémunération limitée du capital	352
1. La rémunération du capital par intérêt.....	353
2. L'accroissement limité de la valeur des parts	355
§ 2. Une société originale.....	358
A. L'entreprise coopérative, un bien commun ?.....	358
1. L'usage du bien commun	358
2. L'aliénation du bien commun	360
B. L'entreprise coopérative, combinaison d'objectifs économiques et sociaux.....	362
1. La logique coopérative.....	362
2. Un « mode d'entreprendre » original	363
CHAPITRE 2 : Les entreprises engagées dans l'économie solidaire	367
Section 1 : L'ouverture du groupement à des objectifs sociaux.....	367
§ 1. De l'intérêt social vers l'objectif social	368
A. L'intérêt social extraverti.....	368
B. La définition d'un objectif social.....	371

§ 2. Les entreprises à fonction sociale affirmée.....	374
A. La société à finalité sociale, l'exemple belge	375
1. Définition et régime juridique.....	375
2. Portée et comparaison avec le régime français.....	377
B. La société « à utilité sociale », l'exploration française	379
1. Le rattachement aux principes de l'économie sociale et solidaire	380
2. Une orientation vers l'utilité sociale	383
Section 2 : L'utilité sociale	386
§ 1. L'utilité sociale, une notion à préciser	386
A. Multiplicité des approches	386
1. L'utilité sociale, critère fiscal.....	386
2. L'utilité sociale, critère d'identification	389
B. Intérêt d'une approche unitaire	392
1. Définition législative	392
2. Enjeux.....	394
§ 2. L'utilité sociale, un potentiel à explorer.....	397
A. Renouveau de l'approche.....	398
1. Utilité sociale de l'objet de la production	398
2. Utilité sociale des modalités de la production.....	400
B. Ouverture de nouvelles perspectives	403
1. La considération de l'utilité sociale en droit fiscal	403
2. L'intégration de l'utilité sociale dans le droit des groupements.....	406
CONCLUSION GÉNÉRALE	413
Bibliographie	416
1. Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires.....	416
2. Ouvrages spécialisés, monographies, mélanges, thèses, rapports.....	417
3. Articles	421
4. Notes et observations	445
Index	450
Table des matières.....	453

RÉSUMÉ

La notion d'entreprise dans le champ du droit demeure présente comme une problématique irréductible. Toute tentative de caractérisation se heurte à la diversité des entreprises et à la multiplicité des approches que les disciplines juridiques ont du sujet. Pourtant, une appréhension multidimensionnelle de l'entreprise pourrait paradoxalement contribuer à un renouvellement théorique. Ce projet consiste à envisager l'entreprise sous l'angle de ses fonctions, afin de mieux comprendre le discours que le droit porte sur elle.

Ce regard neuf porté sur l'entreprise permet de saisir les dynamiques à l'œuvre dans les champs des droits du travail et des groupements. Refermée sur sa fonction économique et renvoyée à la figure de l'agent économique opérant sur un marché, l'entreprise répond à des standards irréalistes, et ce d'autant plus que sa production normative s'autonomise. Une autre voie existe cependant, à travers les principes de participation, de justice sociale ou de développement durable : celle d'une entreprise exprimant sa fonction sociale dans le droit qu'elle se donne ou que le législateur lui assigne. Dans le même temps, des contre-modèles se fondent sur la remise en question d'une fonction économique hégémonique et font de la fonction sociale un déterminant de leur action. L'entreprise sociale apparaît alors comme la possibilité d'une entreprise resituée dans son environnement social, combinant ses fonctions à la recherche d'équilibres nouveaux, et présentant en définitive un paysage économique démocratique et pluraliste.

RESUME

The notion of enterprise in the field of legal science remains an irreducible issue. Any attempt of definition falls short to the diversity of enterprises and to the numerous approaches given by various legal disciplines. However, a multidimensional interpretation of the enterprise can paradoxically contribute to a theoretical renewal. The project is to consider the enterprise under its functions, in order to understand the legal discourses about the notion.

This fresh look at the notion of enterprise helps understanding the many dynamics in the fields of labour and company law. Enclosed on its economic function and reduced to the condition of an economic agent operating on a market, the enterprise applies unrealistic standards, especially in the legal production it creates. But there is another way, through the principles of participation, social justice or sustainable development: that of an enterprise revealing its social function in its own norms or in the law given by the legislator. In the meantime, counter-models are founded on the idea of questioning the hegemony of the economic function, and are trying to build their action around a social function. The social enterprise therefore offers the potential of an enterprise inserted in its social environment, combining its functions to attain a new equilibrium, and finally setting forth a more democratic and pluralist economic landscape.