

Pour une entreprise responsable et démocratique

Septembre 2021

Stéphane Vernac

Professeur de

droit,

Membre du conseil

d'administration de

l'OEP

Stéphane Vernac¹



Indéniablement, l'entreprise façonne nos civilisations². D'un côté, elle contribue aux progrès de la science, à la recherche, à nos cultures, à nos modes de vie, etc. Elle est parfois définie comme un bien commun, concourant à l'emploi, à la prospérité, à l'intérêt général. De l'autre côté, l'entreprise est perçue comme l'expression d'un pouvoir non démocratique et égoïste, capturé par l'impératif de créer du profit ou de la valeur actionnariale, et apte à profiter ou à se libérer des normes nationales bien plus facilement que ne le peuvent les personnes physiques. L'entreprise peut être source de décisions privées étrangères à toute « éthique, sans égard aux responsabilités sociétales qui sont les siennes (pollutions, destructions de bassins d'emploi, détérioration de la santé des travailleurs, mises en concurrence des législations nationales, fuite de la

¹ Professeur de droit privé, Université Jean Monnet (Saint-Etienne), Responsable de l'équipe Mutations du travail et des organisation (laboratoire CERCRID Lyon-Saint-Etienne), Chercheur associé au Centre de gestion scientifique (Mines ParisTech), Directeur scientifique de la revue Lexbase Social, Membre de la Chaire Théorie de l'entreprise – Modèles de gouvernance & Création collective (Mines ParisTech) ; Membre du Conseil scientifique de la Communauté des Entreprises à Mission.

² Plusieurs constats et postulats permettent d'éclairer les propositions qui suivent. Ils se fondent pour l'essentiel sur des travaux pluridisciplinaires (gestion, économie, droit essentiellement) menés par des chercheurs et praticiens au Collège des Bernardins et à l'École des mines (pour une synthèse de ces travaux : B. Segrestin et S. Vernac, Gouvernement, participation et mission de l'entreprise, éd. Hermann, oct. 2018). V. aussi. K. Levillain, B. Segrestin, A. Hatchuel et S. Vernac, « Entreprises, Responsabilités et Civilisations. Vers un nouveau cycle du développement durable », Presse des mines, oct. 2020. L'auteur du présent document doit donc énormément aux travaux de ces auteurs ayant participé au « groupe des Bernardins » (O. Favereau, A. Hatchuel, B. Segrestin, K. Levillain, B. Roger, C. Clerc, etc.).

matière fiscale, etc.). Si elles peuvent être imputées à des décisions individuelles et (difficilement) sanctionnées, ces dérives témoignent d'insuffisances des normes de gouvernement et de gestion.

Innombrables, les projets de réforme de l'entreprise³ n'ont pas mis en évidence le caractère corrosif du droit des sociétés. Car si l'entreprise n'a pas son propre droit, elle est tout particulièrement régie – déformée – par le droit des sociétés. Le régime juridique de l'entreprise est enfermé dans un droit qui n'est pas et qui n'a jamais, été pensé pour elle.

I. DIAGNOSTIC

Sous partie 1 – Des représentations déformantes de l'entreprise

Aussi importante soit l'entreprise dans nos vies, la recherche a montré combien l'entreprise avait constitué un « point aveugle »⁴ des savoirs, comme l'histoire, la sociologie l'économie ainsi que le droit. Chacune de ces disciplines a saisi l'entreprise au prisme de ses catégories propres sans en saisir les fondations. Cette indétermination a permis à une doctrine économique dominante de promouvoir une *doxa* : celle de l'actionnaire propriétaire de l'entreprise. L'entreprise est ici confondue avec la société (qui ne vise que les associés), le capital de l'entreprise est réduit au capital social (apports des associés), l'intérêt de l'entreprise est réduit à l'intérêt des associés. Les dirigeants de l'entreprise sont pensés comme les « agents » des actionnaires devant maximiser la distribution de dividendes ainsi que la valeur boursière

³ On se souviendra des apports importants de deux d'entre eux, le Rapport Bloch Lainé en 1967 et le Rapport Sudreau en 1975.

⁴ Segrestin, B., Roger, B., & Vernac, S. (Eds.). 2014 : L'entreprise, point aveugle du savoir ? , Sciences Humaines, actes du colloque qui s'est tenu à Cerisy en 2013.

Les entreprises ont subi une « *grande déformation* » (O. Favereau⁵) imputable en grande partie à cette crise des représentations. Les illustrations de cette déformation sont innombrables. Il a été constaté par exemple que les rachats d'actions et distributions de dividendes sont plus importants que les dépenses en recherche et développement⁶. La croissance externe, tout comme les rachats de technologies ou de brevets, sont préférés à des investissements internes. Il n'est pas rare que l'on assiste à une « liquidation » des principaux actifs de l'entreprise (licenciements, sous-traitance, cessions), alors même que des bénéfices sont distribués. Les groupes de sociétés comme les réseaux contractuels permettent de concentrer le pouvoir économique, tout en décentralisant les responsabilités aux sociétés filiales et partenaires contractuels (sous-traitants, franchisés, etc.).

Cette doxa repose donc sur une confusion dommageable entre entreprise et société. Or, il est admis que :

- L'entreprise n'étant pas une chose, elle ne peut faire l'objet d'un droit de propriété. Les actionnaires ne sont titulaires d'aucun droit de propriété sur l'entreprise ni même sur la société, mais uniquement sur une quote-part, même majoritaire, sur le capital social⁷. D'ailleurs, ni la société (qui est, sur le plan juridique, un contrat ou une personne), ni l'entreprise (qui n'a pas d'existence juridique) ne sont susceptibles d'appropriation.

- Les dirigeants ne sont pas, en droit, des « mandataires »⁸ des associés ni même de la société. Aucun contrat de mandat n'existe : les missions du dirigeant ne les placent même pas dans un lien contractuel à l'égard de la société⁹. Le droit des sociétés, rejoignant notamment le droit allemand, institue un

⁵ O. Favereau, *Entreprises : la grande déformation*, Paris, Parole et Silence, Collège des Bernardins, 2014.

⁶ V. notamment W. Lazonick « Profits Without Prosperity », *Harvard Business Review*, 92 (9), 2014, p. 46-55. cf. l'étude menée aux Etats unis, selon laquelle les grandes entreprises américaines consacrent à leur programme de rachats d'actions un budget supérieur à la R&D, voire à leurs résultats.

⁷ L'entreprise qui n'est ni une chose ni une personne n'est pas appropriable. Une personne morale n'est pas davantage appropriable. Les associés sont propriétaires de parts ou d'actions c'est-à-dire d'une quote-part du capital social de la société. Ils ne sont pas non plus les seuls à porter le risque de l'entreprise. A ce sujet, trois textes ont, la même année 1999, apporté un éclairage décisif sur cette question : J.- P. Robé, *L'entreprise et le droit*, Que sais-je ?, PUF, avril 1999, spéc. p. 21 et s. ; M. Blair et L. A. Stout, *A Team Production Theory of Corporate Law*, Working Paper No. 425500, *Virginia Law Review*, Vol. 85, No. 2, March 1999 ; P. Ireland, *Company Law and the Myth of Shareholder Ownership*, in *The Modern Law Review Limited*, January 1999.

⁸ L'expression de « mandataire social » entretient la confusion.

⁹ cf. notamment Cass. com. 4 mai 2010, n°09-13.205 (la détermination de la rémunération du gérant par l'assemblée des associés ne procède pas d'une convention).

système légal de représentation (malgré les aménagements statutaires dont il peut faire l'objet) : les dirigeants sont habilités par la loi à représenter la société, c'est à dire à la gérer et à agir au nom et pour le compte de cette dernière. Les dirigeants ne sont pas mandatés par les associés¹⁰ mais ils représentent l'entreprise.

L'intérêt de la société ne saurait être confondu avec l'intérêt des associés. Mais ces éléments n'ont pourtant pas suffi à empêcher des représentations déformantes de l'entreprise. Si elle n'est pas étrangère à des rapports de pouvoirs, la force de ces représentations dominantes est également permise et nourrie par les règles de droit.

Sous partie 2 – L'entreprise : la grande oubliée du droit des sociétés

L'entreprise n'a pas d'existence juridique autonome : elle est principalement encadrée dans la société commerciale et emprisonnée dans un droit - le droit des sociétés – qui n'a pas été pensée pour elle. Autrement dit, la forme, le gouvernement et les responsabilités de l'entreprise sont principalement régis par le droit des sociétés.

1. Concernant le gouvernement de l'entreprise

La société est l'instance de gouvernement de l'entreprise. Ce sont les organes de la société qui dirigent et administrent l'entreprise. Or, ces organes (président, directeurs généraux, conseils d'administration, directoire, assemblée générale...) ne sont généralement l'émanation que d'une seule partie constituante de l'entreprise : les associés. Et le statut des dirigeants sociaux (nomination, révocation, rémunération) ne confère pas aux dirigeants une autonomie par rapport aux actionnaires. Le régime du gouvernement de l'entreprise ne permet donc pas d'assurer la représentation de

¹⁰ La personnalité morale suppose de recourir au mécanisme de la représentation et non à celui du mandat. La distinction entre la représentation et le mandat est à cet égard riche de sens dans la philosophie politique allemande. Cf. J.P. Dom, « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *JCP E*, 14 juin 2012, 1387, spéc. n° 3. Pour l'auteur, « la représentation - « *Repräsentation* » - est noble. Elle rend visible, présente aux yeux de tous, un être invisible : une divinité, un État ou une personne morale. La représentation rend publique ; elle suppose que le représentant défende des valeurs aux yeux de tous. Le mandat - « *Stellvertretung* » - reste dans la sphère privée : le Code civil y recourt pour organiser la prise en charge des intérêts d'une personne par une autre, agissant en son nom ».

l'ensemble des parties constituantes de l'entreprise (salariés et associés) de manière équilibrée. Bien que des mécanismes de représentation des salariés existent dans les organes d'administration, cette représentation reste encore asymétrique et inapte à garantir une représentation pluraliste.

L'émancipation du droit des sociétés s'est renforcée sous l'influence d'un mouvement de « contractualisation », qu'incarne tout particulièrement la société par actions simplifiée (qui, en flux, est la première forme sociale créée aujourd'hui). Cette société permet de s'affranchir, quel que soit le nombre de salariés qu'elle emploie, de tout gouvernement interne, la direction pouvant être organisée par un seul président sans organe social. Et sans organe social, pas de « délibération ».

Face à ces mécanismes sociétaires, le code du travail organise la représentation des salariés par le canal syndical (délégation syndicale, section syndical, représentant de section syndicale) et élue (Comité social et économique). Néanmoins, le droit du travail apparaît bien davantage comme un droit des conséquences sociales de décisions prises par ailleurs.

2. Concernant les normes de gestion de l'entreprise

- Si le droit des sociétés ignore pour l'essentiel le projet d'entreprise, la loi PACTE du 22 mai 2019 atténue ce constat : elle constitue un pas important en posant une norme de gestion de chaque société dans « son intérêt social » (article 1833 al. 2 du code civil), et en autorisant l'adoption par les sociétés d'une « raison d'être » et en devenant même « *entreprise à mission* » par la définition statutaire d'une mission, composée d'une raison d'être et d'objectifs sociaux et environnementaux et de l'aménagement de la gouvernance pour préserver cette mission (article L210-10 du code de commerce). Cette orientation doit être encouragée et renforcée.

- Le droit des sociétés crée ensuite les conditions d'une irresponsabilité de l'actionnaire. Il institue une « responsabilité limitée » à la valeur des apports, souvent invoquée pour limiter les obligations de l'associé à la seule réalisation d'apports. La loi comme la jurisprudence n'imposent aucune autre obligation aux associés (pas d'obligation de loyauté envers la société, pas d'obligation de refinancer la société même en cas de difficultés, droit de demander à tout moment le remboursement de son avance en compte courant). Les associés ont le droit de dissoudre à tout moment la société,

indépendamment de la santé économique de l'entreprise (la cession d'activité est, en tant que tel, un motif de licenciement, aucune obligation ne pèse sur l'employeur de maintenir l'emploi). Les montages sociétaires permettent de scinder, fusionner les sociétés, et imposer des changements d'employeurs par transfert d'entreprise (art. L1224-1 du code du travail) après simple avis consultatif des représentants du personnel.

La création de sociétés, notamment par filialisation, permet de dissocier l'auteur d'une décision (le « chef d'entreprise », détenteur du pouvoir de direction) de celui à qui cette décision sera imputée. Cela institue, de fait, une quasi-irresponsabilité de l'actionnaire direct ou indirect, du fait des dommages causés par la société. Ainsi, même lorsqu'une décision est prise par une société mère et mise en œuvre par une filiale, seule cette dernière est par principe responsable des dommages sociaux et environnementaux causés par la filiale. La loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance opère une première avancée importante sur le terrain de la responsabilisation des sociétés mères. Les plans de vigilance élaborés restent cependant encore généraux et insuffisante, dans leur contenu ou dans leur mise en œuvre. Cette orientation mérite d'être renforcée.

- On constate enfin d'importantes limites procédurales, faisant obstacles à la mise en œuvre de règles de responsabilité. Par exemple, si l'intérêt social peut être une norme de gestion, son invocabilité reste limitée sur le terrain procédural. En pratique, les salariés ne sont ainsi pas recevables à remettre en cause la validité d'une délibération de l'assemblée générale ou d'une opération sociétaire qu'ils estiment contraires à l'intérêt social.

Autre illustration de ces obstacles procéduraux : les contentieux mettant en jeu la responsabilité d'une société (société mère, société donneuse d'ordre...) montrent la difficulté pour les victimes de prouver l'existence d'une faute. L'accès à la preuve (malgré la reconnaissance d'un « droit à la preuve » par la jurisprudence) est un obstacle parfois infranchissable. Et le renforcement législatif du « secret des affaires » (art. L151-1 du code de commerce créé par la loi du 30 juillet 2018) n'aide pas l'accès à la preuve.

Sous partie 3 – Ni propriété privée, ni propriété publique, l'entreprise est une entité « politique »

Dire que l'entreprise est une entité économique est une affirmation réductrice, et qui n'est pas étrangère aux maux qui l'affectent. Ni privée, ni publique, l'entreprise est, bien davantage, une entité politique. D'une part, l'entreprise désigne une action collective dans laquelle les salariés sont, tout comme les associés et les dirigeants, des "parties constituantes". D'autre part, l'entreprise est une instance d'exercice d'un pouvoir privé. Elle est structurée par un pouvoir de direction économique et social, assurant la coordination des actions, des intérêts et des valeurs portées par ses membres. Elle peut affecter, au-delà de ses membres, d'autres parties : les "parties affectées" par l'entreprise sont nombreuses (écosystème, populations riveraines, collectivités locales, toute personne se prévalant du « préjudice écologique » selon l'article 1248 du code civil, etc.).

Les attentes de protection à l'égard de l'entreprise sont plurielles, comme elles le sont à l'égard de l'État, à tel point que l'on a pu parler d'Entreprise Providence¹¹.

Il manque à cette entité politique une architecture « constitutionnelle » assurant une répartition des pouvoirs entre ses membres ainsi que des mécanismes de responsabilités aptes à garantir le respect d'une « éthique ».

L'élaboration de cette « constitution » est un défi et suppose donc de vaincre quelques idées reçues. En particulier, si le pouvoir qui structure l'entreprise est un pouvoir « privé », et non « public » (au sens étatique), il est par essence politique. Souvent pensée comme espace fermé de propriété privée, l'entreprise est au contraire ouverte au pluralisme des intérêts, des valeurs et doit elle-même coordonner des conflits de droit fondamentaux (la liberté d'entreprendre est ainsi mise en balance avec le droit à l'emploi, la liberté d'expression, les libertés religieuses des salariés, etc.).

De plus, soumettre le pouvoir de direction à des normes de gouvernement et de gestion ne fragilise pas l'entreprise. La compétitivité à long terme d'une entreprise ne repose pas sur son irresponsabilité à l'égard des préjudices qu'elle cause. A l'inverse, c'est la soumission des décisions de gestion à la valeur actionnariale qui la fragilise. Comme en témoigne l'histoire des entreprises et notamment

¹¹ C. Hannoun et S. Vernac, « La RSE ou l'essor de l'entreprise-providence », in « A droit ouvert », Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, éd. Dalloz, novembre 2018

l'histoire de la comptabilité, c'est la mise en place de normes de gestion qui ont permis ou du moins accompagné son essor¹². Pour protéger l'entreprise, il faut la rendre responsable.

II. PISTES DE REFORME DE L'ENTREPRISE

Elles visent deux ambitions, chacune légitime, qui se renforcent : faire de l'entreprise une entité responsable et démocratique.

Renforcer la participation des salariés et des parties affectées au sein des conseils d'administration et de surveillance

1. Renforcer la présence des salariés, parties constituantes de l'entreprise, dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés¹³.

La proposition a déjà de nombreux partisans. Il pourrait être proposé de prévoir, dans les sociétés dotées d'un conseil d'administration ou de surveillance des sociétés qui emploient au moins 50 salariés, la présence d'au moins un tiers d'administrateurs ou de membre du conseil de surveillance représentant les salariés, et la moitié au-delà de 500 salariés. Cela correspond à la norme européenne¹⁴.

L'arithmétique ne suffit pas. Son effectivité doit être renforcée par d'autres mesures :

- *D'abord, un grand nombre de sociétés ne sont pas visées par l'obligation de mise en place de conseils d'administration. C'est le cas en particulier des sociétés par actions simplifiées (SAS) : Compte tenu du nombre de SAS et de la liberté statutaire dont elles bénéficient, l'effectivité d'une représentation au*

¹² V. notamment B. Segrestin, A. Hatchuel, Refonder l'entreprise, La République des idées, 2012.

¹³ D'ores et déjà la loi PACTE prévoit un réexamen de la loi du 14 juin 2013 (clause de rendez-vous) afin de permettre l'ajout d'un troisième administrateur salarié. Une proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » (2017) comporte d'intéressantes propositions.

¹⁴ V. P. Crifo et A. Reberieux, La participation des salariés, Presses de SciencesPo, 2019, pp.41-42.

conseil d'administration ou de surveillance suppose que cet organe – ou un organe similaire - soit obligatoirement prévu par les statuts des sociétés par actions simplifiées embauchant au moins 50 salariés.

- *Permettre la participation effective de représentants des salariés au sein de comités ad hoc* : Il conviendra de prêter attention à la participation des salariés aux comités *ad hoc* - comités d'audit ou stratégiques, comités des nominations, des rémunérations, de gouvernance, d'éthique, etc. - appuyant les travaux du conseil d'administration dans ses missions mais dans lesquels les représentants des salariés ne sont pas obligatoirement conviés. Quelle serait l'effectivité d'une participation des salariés au conseil d'administration si ce dernier entérine des décisions prises au sein d'autres instances ? La participation des salariés au conseil d'administration doit aussi être effective au sein de sociétés holding établies en France¹⁵.

- *Édifier un statut d'administrateur salarié et d'administrateur non salarié* : l'augmentation du nombre d'administrateurs salariés est une mesure insuffisante si elle ne s'accompagne pas d'un socle de garanties minimales d'un réel dialogue social au sein du conseil d'administration ou de surveillance, par exemple :

- Obligation de communication des documents et informations nécessaires à la mission des administrateurs en même temps, qu'ils soient administrateurs salariés ou non (ce qui n'est pas le cas en pratique dans nombre de sociétés).

- Suppression de la règle d'incompatibilité des mandats prévues par l'article L. 225-30 du Code de commerce, en particulier lorsqu'elle empêche un membre du comité d'entreprise européen ou du comité de la société européenne, de siéger dans le conseil d'administration d'une société française. Il en va de l'europeanisation des mandats. Une obligation de traduction des débats peut être prévue lorsque des administrateurs étrangers (notamment issus des comités d'entreprise européens ou des comités de société européenne) siègent au conseil d'administration.

¹⁵ L'obligation de désigner des administrateurs représentant les salariés est écartée dans les sociétés mères dont le siège social n'est pas établi en France mais aussi, lorsque certaines conditions sont réunies, dans les sociétés holding établies en France. L'article L.225-27-1 C. com. écarte la mise en place des administrateurs représentant les salariés dans toute « société dont l'activité principale est d'acquérir et de gérer des filiales et des participations » à la condition de ne pas être soumise à l'obligation de mettre en place un comité social et économique et de détenir des titres au sein de filiales soumises à l'obligation de mettre en place des administrateurs représentant des salariés. La pertinence de cette exclusion peut être discutée lorsque la holding est à la tête de filiales établies en France et dotées de représentants du personnel.

- Limiter le cumul des mandats d'administrateurs (comme pour les mandats publics). Ces derniers peuvent aujourd'hui cumuler simultanément plus de cinq mandats d'administrateurs de sociétés anonymes - même concurrentes - ayant leur siège sur le territoire français. Outre les mandats détenus à l'étranger, les mandats d'administrateurs exercés au sein d'une filiale située en France ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre n'excède pas cinq¹⁶.

- Prévoir une formation obligatoire relative aux responsabilités sociales, environnementales de l'entreprise, et aux responsabilités des membres des conseils d'administration et de surveillance. Cette formation devrait être assurée, lors de la désignation de tout administrateur ou membre du conseil de surveillance qu'il représente ou non des salariés.

2. Renforcer la participation des parties affectées par l'entreprise, dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés

L'ouverture de conseils d'administration aux parties affectées est défendue par des personnalités plurielles, dont des dirigeants d'entreprise¹⁷. Les parties affectées durablement par l'activité de l'entreprise, pourraient obtenir un ou plusieurs sièges au conseil d'administration, avec voix consultative ou en cas d'accord à l'unanimité des membres du conseil d'administration avec voix délibérative, dans toute société qui emploie au moins 1000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger. Les parties affectées pourraient être identifiées par les parties constituantes de l'entreprise, sur la base d'une étude d'impact social, environnemental et territorial des activités développées par la société et les sociétés du groupe.

3. Prévoir une obligation du conseil d'administration ou de surveillance de délibérer sur la façon dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité

L'article 1833 du code civil doit pouvoir trouver un relai dans les délibérations des organes sociaux. Il pourrait être proposé dans toutes les sociétés par action (au-delà de celles soumises à l'obligation de

¹⁶ Articles L. 225-21 et L. 225-77 C. com.

¹⁷ Cf. Antoine Frérot, PDG de Veolia Environnement, "Inviter toutes les parties prenantes à la gouvernance", Le Monde 12 juin 2013).

mettre en place une déclaration de performance extra-financière) l'obligation de consigner sur le procès-verbal, chaque fois qu'une décision stratégique est adoptée, la façon dont la société a évalué les conséquences sociales et environnementales de cette décision. Cette obligation de délibération, qui s'ajouterait aux mentions figurant dans le rapport de gestion et la déclaration de performance extra-financière, permettrait de rendre compte de la façon dont les conséquences sociales et environnementales de l'activité ont été évaluées et prises en compte par les membres du conseil d'administration à l'occasion de la détermination par le conseil, des orientations stratégiques de l'entreprise. Le Conseil d'administration pourrait également indiquer la façon dont ses décisions prennent en compte la « raison d'être » de l'entreprise telle qu'elle a été définie.

Renforcer la place des représentants du personnel dans les décisions stratégiques de l'entreprise

1) Des droits de codécision, sur le modèle du conseil d'établissement allemand (*Betriebsrat*), pourraient être reconnus au comité social et économique.

Un droit d'opposition au comité social et économique dans certains domaines comme cela a pu déjà être proposé,¹⁸, droit d'opposition qui pourrait suspendre tout projet de l'employeur :

- en matière de santé et de sécurité des travailleurs,
- en matière de fixation des horaires, des temps de pauses et jours de congés,
- en matière de licenciement collectif
- La question environnementale pourrait prendre place parmi les hypothèses ouvrant un droit d'opposition.

¹⁸ cf. l'article 101 de la loi de modernisation sociale de 2002, abrogé: « Le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur tout projet de restructuration et de compression des effectifs. Il émet un avis sur ledit projet et sur ses modalités d'application et peut formuler des propositions alternatives à ce projet. Cet avis et les éventuelles propositions alternatives sont transmis à l'autorité administrative compétente. Le comité d'entreprise dispose d'un droit d'opposition qui se traduit par la saisine d'un médiateur selon les modalités prévues à l'article L. 432-1-3. Pendant la durée de la mission du médiateur, le projet en question est suspendu ».

A défaut d'accord conclu avec le CSE ou d'accord collectif, l'employeur ou le CSE peut recourir à l'avis d'un médiateur. En cas d'échec de médiation, l'employeur saisit le Président du Tribunal judiciaire afin d'obtenir la levée de la suspension de sa décision.

2) Le CSE ne doit-il pas également se voir doté de prérogatives d'information et de consultation supplémentaires, en présence de projets de nature à affecter l'environnement ? Le droit du CSE de désigner un « expert environnement » pourrait être reconnu¹⁹.

3) Il pourrait être proposé de nouveaux objets de négociation collective obligatoire qui portent sur la gestion de l'entreprise et ses orientations stratégiques, plutôt que sur les seules incidences de cette gestion sur l'emploi, notamment pour détermination de la politique d'investissement, de recherche et développement et sur la politique environnementale de l'entreprise. Cet objet de négociation peut s'inscrire dans le cadre de la négociation obligatoire (art L2242-1 du code du travail). La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, déjà détachée du champ du droit du licenciement pour motif économique, pourrait aussi être utilisée.

4) L'information et la consultation des salariés dans les groupes pourrait être renforcée (l'employeur n'étant pas le réel détenteur du pouvoir économique, cette information reste aujourd'hui très insuffisante). Une plus grande transparence des relations inter-sociétaires au sein d'un groupe est indispensable, notamment dans la perspective d'une clarification des responsabilités.

Ainsi, le comité social et économique de chaque filiale doit être informé et consulté sur l'organisation du pouvoir au sein du groupe, et sur les transferts de pouvoir accordés par l'employeur à toute autre société du groupe, notamment dans le cadre des conventions d'assistance et de management intragroupe. Les prérogatives du comité de groupe, encore très faibles, pourraient être repensées.

¹⁹ Cf. loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. Cette loi renforce les prérogatives environnementales du CSE. Le comité doit être informé et consulté sur les conséquences environnementales des mesures décidées par l'employeur. Une base de données économiques sociales et désormais « environnementales » doit contenir les informations pertinentes pour que le CSE puisse apprécier les « conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise. L'expertise environnementale reste confiée à l'expert-comptable. L'avis du CSE en matière environnementale n'est pas conforme et les élus ne disposent pas d'heures de délégation supplémentaires du fait de ces nouvelles prérogatives. Cf. A. Casado, Revue Lexbase social, septembre 2021, à paraître.

Édifier un véritable statut de dirigeant social

Le dirigeant n'est pas un mandataire, mais un représentant légal de la société. Il est habilité par la loi à gérer. Il n'est pas un simple dirigeant de société mais il est dirigeant de l'entreprise. Il faudrait donc moraliser le statut des dirigeants, en particulier de grandes entreprises et l'autonomiser des actionnaires. La révocation d'Emmanuel Faber au sein Danone révèle l'absence de statut du dirigeant. Plusieurs conséquences peuvent donc être déduites de ce constat :

1)- Les dirigeants (gérants, directeurs généraux, présidents) ne sauraient rester l'émanation des seuls associés. Les règles de désignation et de révocation des dirigeants peuvent être modifiées. Pour cela, dans les entreprises employant au moins 250 salariés, une « assemblée générale des salariés »²⁰ pourrait être en charge d'approuver ou de ne pas approuver la décision du conseil d'administration en matière de désignation, de renouvellement et de révocation de l'équipe de direction (Président, directeurs généraux).

2)- La révocation *ad nutum* des dirigeants doit être supprimée : toute révocation suppose d'être justifiée par un juste motif, en lien avec l'intérêt social et, le cas échéant, la raison d'être / la mission de l'entreprise. La seule politique de distribution des dividendes ne peut constituer un juste motif de révocation.

3)- Le dirigeant de filiales ne peut exercer valablement ses missions dans le cadre d'un contrat de travail conclu avec la société mère et ayant pour objet l'exercice d'un mandat social dans une société filiale (remise en cause d'un montage très diffusé dans la pratique et admis par la Cour de cassation²¹) ;

4)- La rémunération variable du dirigeant de société doit prendre en compte des critères tenants à des indicateurs de performance sociale et environnementale (certification ; cf l'article 3 de la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » proposant un label public à titre

²⁰ Cf. (mais dans une perspective un peu différente cependant) I Ferreras. Notamment « Gouverner le capitalisme ? » dans lequel elle plaide pour un « bicamérisme économique » : une Chambre des représentants des apporteurs en capital, une Chambre des représentants des investisseurs en travail, un gouvernement responsable devant les deux Chambres ».

²¹ Cass. soc. 6 octobre 1993, *Bull. civ. V.* n°226 ; V. déjà Cass. soc. 2 octobre 1991 (non publié au bulletin),

expérimental²²). Pourrait être plafonnée la part dans la rémunération totale d'un dirigeant, de celle qui varie en fonction la valeur de l'action (*stock options*).

- Reconnaître le statut juridique du dirigeant de groupe. Il est le dirigeant de la société mère. Des normes de responsabilités peuvent être définies concernant la gestion du groupe.

Clarifier les responsabilités et les missions de l'entreprise

1) L'application de la loi de vigilance doit être étendue. Les seuils (5 000 salariés en France, 10 000 salariés dans le monde) pourraient être réduits (500 salariés en France ou 1000 salariés dans le monde).

2) - L'adoption d'une raison d'être pourrait être rendue obligatoire pour toute société embauchant au moins 50 salariés (art. 1835 du code civil).

3)- La qualité de société à mission, aujourd'hui facultative (adoption statutaire d'une raison d'être, d'objectifs sociaux et environnementaux et d'un comité de mission) pourrait être rendue obligatoires pour les grandes entreprises (selon les domaines/seuils d'effectifs), en particulier dans les groupes : en particulier, les seuils retenus pour l'application de la loi relative au devoir de vigilance de 2017 pourraient être appliqués. Les deux dispositifs ne doivent-ils pas se rejoindre ?²³

4) - Les mécanismes probatoires, aptes à lever l'artifice du voile de la personnalité morale dans les groupes de sociétés, doivent être imaginés. Une société qui en contrôle une autre (seuil de détention direct ou indirecte à définir) doit être présumée responsable des dommages causés par sa filiale, à

²² art. 3 de la PPL : « A titre expérimental, l'État peut autoriser la mise en œuvre d'une nouvelle norme comptable applicable aux sociétés dont l'effectif salarié est d'au moins 50 salariés, intégrant les incidences sociales et environnementales de leurs activités, leur contribution au bien commun et leur impact territorial, de sorte à en tirer les conséquences dans l'évaluation de leur actif et de leur passif. Celle-ci, ainsi que la certification publique prévue à l'article 1er de la présente loi le cas échéant, est annexée aux documents comptables obligatoires applicables aux sociétés considérées. La durée de l'expérimentation est de trois ans à compter de la publication du décret mentionné au dernier alinéa du présent article. Elle fait l'objet d'une évaluation dont les résultats sont présentés au Parlement. Un décret en Conseil d'État précise les modalités d'application du présent article ».

²³ Cf. En ce sens, A. Hatchuel.

moins qu'elle ne prouve que la filiale a agi de façon autonome. Ce renversement de la charge de la preuve - mis en œuvre par la Cour de justice en matière de droit de la concurrence²⁴ - pourrait être étendu à tous dommages.

- Renforcer l'opposabilité des engagements sociaux et environnementaux pris par les sociétés (engagements sur l'emploi, engagements sur l'environnement), par la mise en place de sanctions *spécifiques* (licenciements nuls en cas de violation d'un engagement sur l'emploi, par exemple). Les sanctions peuvent, mais ne peuvent être exclusivement indemnitaires (obligations de remettre en l'état, etc.).

- Renforcement de certains organes administratifs (inspection de l'environnement) et judiciaires (« parquet environnement ») et des autorités administratives indépendantes (CNIL en particulier).

L'observatoire des responsabilités et missions des entreprises

Un observatoire public des responsabilités et missions des entreprises pourrait être mis en place afin notamment :

- d'évaluer et de faire état des missions et raisons d'être des entreprises (à l'instar de l'Observatoire des sociétés à missions), et de leur mise en œuvre ;

- de recenser les évolutions normatives (Traités, lois) et judiciaires (décisions de justice de juridictions nationales et internationales) afin de mettre en évidence des normes de responsabilité spécifiques.

²⁴ CJUE 10 sept. 2009, Akzo Nobel NV, C-97-08 : « le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère » « Dans ces conditions, il suffit que la Commission prouve que la totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale ».

- de recevoir tout signalement relatif à la violation d'engagements sociaux, environnementaux (raison d'être, mission, chartes, etc.) ;
- d'élaborer, chaque année, un rapport public sur les bonnes pratiques, et les pratiques risquées (à la manière d'une cour des comptes) en matière de gouvernement et de responsabilité des entreprises. L'objectif n'est pas de punir, mais de comparer, d'éclairer les meilleurs pratiques.

Résumé des propositions :

1. Renforcer la participation des salariés et des parties affectées au sein des conseils d'administration et de surveillance

- 1. Renforcer la présence des salariés, parties constituantes de l'entreprise, dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés*
- 2. Renforcer la participation des parties affectées par l'entreprise, dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés*
- 3. Prévoir une obligation du conseil d'administration ou de surveillance de délibérer sur la façon dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité et la façon dont ses orientations stratégiques prennent en considération son éventuelle raison d'être.*

2. Renforcer la place des représentants du personnel dans les décisions stratégiques de l'entreprise

- 1. Attribution de droits de codécision au comité social et économique (CSE).*
- 2. Renforcement des prérogatives d'information et de consultation du CSE en matière environnementale*
- 3. Renforcement des thèmes de la négociation collective obligatoire (politique d'investissement, de recherche et développement, politique environnementale de l'entreprise)*
- 4. Droit à l'information des représentants du personnel sur les relations intersociétaires au groupe de sociétés*

3. Édifier un véritable statut de dirigeants social

- 1. Dans les entreprises employant au moins 250 salariés, mise en place d'une « assemblée générale des salariés » en charge d'approuver ou non la désignation, le renouvellement et la révocation de l'équipe de direction (Président, directeurs généraux) ;*
- 2. Suppression de la révocation ad nutum – Renforcement du contrôle du juste motif de révocation.*

3. *Réforme de la rémunération variable du dirigeant de société (intégration des critères tenants à des indicateurs de performance sociale et environnementale ; interdiction des critères liés à la valeur de l'action).*
4. *Reconnaissance du statut de dirigeant de groupe de sociétés*

4. Clarifier les responsabilités et les missions de l'entreprise

1. *Extension de l'application de la loi de vigilance : les seuils (5 000 salariés en France, 10 000 salariés dans le monde) pourraient être réduits (500 salariés en France ou 1000 salariés dans le monde).*
2. *L'adoption d'une raison d'être pourrait être rendue obligatoire pour toute société embauchant au moins 50 salariés (réforme de l'article 1835 du code civil).*
3. *Alignement de la société à mission et du devoir de vigilance : obligation d'adopter la qualité de société à mission, pour les entreprises soumises à la loi relative au devoir de vigilance*
4. *Mise en place d'une présomption de responsabilité : une société qui en contrôle une autre (seuil de détention direct ou indirecte à définir) doit être présumée responsable des dommages causés par sa filiale, à moins qu'elle ne prouve que la filiale a agi de façon autonome.*
5. *Mise en place de sanctions spécifiques permettant d'assurer l'opposabilité des engagements sociaux et environnementaux pris par les sociétés (engagements sur l'emploi, engagements sur l'environnement)*
6. *Renforcement de certains organes administratifs (inspection de l'environnement) et judiciaires (« parquet environnement ») et des autorités administratives indépendantes (CNIL en particulier).*

5. Créer un observatoire des responsabilités et des missions des entreprises