

LE DROIT SOCIAL VU DES AUTRES BRANCHES DU DROIT

Droit du travail et droit des sociétés : l'unité de la régulation des pouvoirs dans l'entreprise

par *Marie-Anne Frison-Roche*, Professeur de droit à l'Institut d'Études politiques de Paris, Directeur du Forum de la Régulation

Il faut en rester aux principes pour aborder un sujet aussi vaste, il faut en rester aux affirmations simples pour dégager l'évolution en cours. Rappelons qu'en s'interrogeant sur des branches du droit, on regarde le droit en tant qu'il constitue un système : il se découpe en blocs de règles spécifiques (droit commercial, droit du travail, droit pénal, etc.) et, dans le même temps, il établit les corrélations entre celles-ci, de sorte qu'une plénitude de règles permette de dégager toujours une solution juridique dans les cas particuliers qui se présentent.

Le système juridique distinguait nettement le droit commercial – et plus particulièrement le droit des sociétés – et le droit du travail. Certes, le droit a tiré des conséquences du fait que les deux forces se mêlent pour que fonctionne une entreprise, à savoir le cumul des forces du capital et des forces du travail humain. Ainsi, lorsqu'une branche du droit économique prend directement appui sur la notion d'entreprise, comme c'est le cas pour le droit de la faillite, la considération des salariés est immédiate. C'est d'ailleurs assez souvent au détriment corrélatif de la considération des associés : ainsi le droit du traitement des difficultés des entreprises, issu de la loi du 25 janvier 1985 qui pose comme objectif le redressement des entreprises, puis le maintien de l'emploi, offre des droits et des actions aux salariés mais se soucie très peu des associés.

Mais lorsque l'entreprise n'est pas érigée en quasi-sujet de droit, les branches du droit conservent en principe leur champ respectif de compétence, le droit du travail d'un côté, le droit des sociétés de l'autre. Si l'on considère celui-ci, il était avant tout défini comme l'ensemble des règles par lesquelles la personne morale sociétaire exprime sa volonté, renvoyant ainsi à l'organisation des rouages, des organes, des procédures de prises de décision. C'était une conception à la fois institutionnaliste (primauté de la personnalité morale), organiciste (le conseil d'administration comme cerveau de la société, l'appellation même d'« organe ») et procédurale (suffisance du contrôle des compétences et du respect des formes).

Le droit du travail était quant à lui avant tout un droit des relations entre deux puissances, celle de l'employeur et celle de l'employé, sans grande dimension structurelle ; c'est un droit prenant acte qu'il s'agit, plus que dans les relations contractuelles ordinaires, de situations de rapports de force, lesquelles, à travers une relation individuelle, s'expriment par masse (les patrons et leur puissance / les salariés et leurs organisations).

On mesure donc que les deux branches du droit, bien que s'appliquant à l'entreprise, étaient dans un rapport d'hétéronomie. Paradoxalement, cette hétéronomie découlait du fait que le critère de qualification était le même : la personne. Cela permettait dans un second temps d'appliquer des critères secondaires distincts, l'associé pour l'un, le salarié pour l'autre. Dès lors, du fait même de ce premier choix, s'il devait y avoir un lien entre les deux branches du droit, cela ne pouvait être que celui d'une opposition. Cette observation logique est renforcée par l'opinion plus triviale selon laquelle l'on ne peut satisfaire à la fois les attentes des actionnaires et celles des salariés : notamment en matière financière, ce qui est donné à l'un est ôté à l'autre, ce qui est donné à l'un l'est contre l'autre. La *loi de modernisation sociale* adopte cette optique.

On peut certes chercher à assouplir le critère distinctif, à établir des liens, etc. Mais c'est aujourd'hui à un changement beaucoup plus radical, changement de perspective logique, qu'on assiste. En effet, si l'on délaisse ce critère précité de la personne, ce qui rend du coup non pertinente la question des qualités des unes et des autres, on peut alors adopter une autre référence première : l'exercice du pouvoir.

Si la notion à partir de laquelle le droit organise la réalité n'est plus la personne mais le pouvoir, non plus la volonté agissante de la personne mais les relations de pouvoir, cela renouvelle totalement les rapports entre le droit du travail et le droit des sociétés. En effet, le droit se construit sur le constat d'une relation : celle d'un « chef », qui sera l'employeur et le mandataire social, le plus souvent la même personne concrète, en rela-

tion de puissance avec des personnes qui dépendent de lui, l'employé et l'associé.

Certes, classiquement on opposait ces deux relations, et de deux façons. En premier lieu, on affirmait que le mandataire social est autonome dans ses décisions de gestion alors que l'employé est par définition subordonné. Cette subordination excède aujourd'hui la relation de salariat mais il faut souligner que la subordination est aussi désormais le fait des relations sociétaires, et qui plus est dans le sens inverse de celui traditionnellement envisagé. En effet, dans la théorie juridique (du mandat social) et économique (de l'agence), c'est le mandataire social qui serait dépendant de l'associé, grâce à la magie du pouvoir de révocation *ad nutum* des mandataires par les associés. Dans la réalité, et c'est celle-là que le nouveau droit prend en compte, c'est le contraire : les associés, parce qu'ils sont à la fois dispersés et peu informés, sont dépendants d'un dirigeant social qui décide seul du sort de la société. Dès lors, les deux relations peuvent être perçues d'une façon identique : l'associé et l'employé sont dépendants du mandataire social / employeur.

En second lieu, on affirmait que la relation entre l'associé et le mandataire social était une relation de confiance, une relation fiduciaire, parce que l'associé s'en remet au mandataire pour que celui-ci utilise son pouvoir dans l'intérêt de l'associé, opposant à cela la relation entre l'employé et l'employeur, construite sur un conflit d'intérêts, plus ou moins teinté de lutte des classes. Aujourd'hui, sans vouloir apprécier la persistance de cette dernière dimension, il est acquis que le conflit est devenu constitutif de la relation entre l'associé et le dirigeant social. On postule de plus en plus que le dirigeant social a la volonté d'exercer le pouvoir à son profit, en sacrifiant au besoin les intérêts des associés s'ils lui sont contraires. C'est bien la lutte d'intérêts qui est posée désormais comme l'essence de ces deux types de relation.

Une fois établi cela, le droit va chercher à équilibrer la relation de puissance, pour faire en sorte que le titulaire du pouvoir de décider l'exerce à des fins pour lesquelles le système lui a conféré ce pouvoir, fins distinctes de la satisfaction de ses intérêts propres. L'ajustage forcé de relations qui ne parviennent pas par le seul jeu des puissances à trouver leur juste équilibre sera obtenu par un « droit de régulation ».

C'est l'idée clé de la *loi sur les nouvelles régulations économiques*. Ce texte concerne aussi bien les marchés, financiers ou concurrentiels, les relations entre distributeurs et producteurs, que le fonctionnement des sociétés. En effet, il s'agit à chaque fois de repérer un pouvoir exercé par une personne sur d'autres (par l'entreprise dominante sur un marché, par la grande distribution, par les dirigeants sociaux), pouvoir dont l'exercice sans contre-pouvoir finit par abîmer la prospérité de la structure elle-même (le marché, la distribution, l'entreprise) et d'essayer, pour préserver cette prospérité au-delà du court terme, de mettre en place des organismes ou des règles qui produisent

ces contre-pouvoirs. Il s'agit, comme en politique, de contre-pouvoirs structureaux. La personnalité des titulaires de ces contre-pouvoirs est relativement indifférente, l'important est que les contre-pouvoirs soient effectivement exercés. Le droit de la régulation n'est pas un droit personnaliste, c'est un droit qui vise à mettre à distance les pouvoirs et instrumentalise les prérogatives des uns et des autres à cette fin.

C'est pourquoi chaque fois que le droit prendra pour objectif de système cet équilibre forcé des pouvoirs, prenant la forme d'un droit de la régulation, il adoptera les mêmes règles, procédures et institution, sans que soit pertinente la distinction classique des branches du droit. Il n'est dès lors plus paradoxal d'affirmer que le marché du travail peut requérir les mêmes règles que celles qui sont appliquées aux marchés financiers.

À ce jeu, le législateur qui veut combattre l'exercice incontrôlé que le dirigeant social peut faire de son pouvoir, va distribuer des droits à d'autres titulaires. On recherche de nouveaux titulaires de droit pour tenir en respect le titulaire du pouvoir, ici le dirigeant de l'entreprise. La personnalité du titulaire du droit est relativement indifférente. Ce qui importe, c'est l'effet produit sur le titulaire du pouvoir. Cela explique que des droits identiques vont être attribués, presque pêle-mêle, aux salariés comme aux associés.

Ces prérogatives sont de quatre ordres : le droit d'être informé, le droit d'être consulté, le droit de décider, le droit de contester. La *loi sur les nouvelles régulations économiques* les distribue également entre salarié et associé. Ainsi, lorsque l'un ne remplit pas sa fonction d'agir, l'autre peut le relayer. Cela justifie qu'une assemblée d'associés puisse venir d'une initiative du comité d'entreprise. De la même façon, le droit d'information est le terreau nécessaire de la contestation des décisions des dirigeants et de la possible mise en responsabilité. Cela justifie que le comité d'entreprise puisse être désormais flanqué d'un commissaire aux comptes, ce personnage pourtant naguère si propre au droit des sociétés. Cela est incompréhensible dans une perspective qui part de l'hétéronomie du droit du travail et du droit des sociétés. Cela va de soi dans une optique de droit de la régulation. Plus encore, la nouvelle Société européenne prévoit un pouvoir de participation des salariés dans les prises de décisions sociétaires.

Arrêtons-nous plus particulièrement sur le droit à être consulté, que la *loi de modernisation sociale* a étendu. Le droit à être consulté est à mi-chemin du droit à être informé et du droit à décider. Il s'agit d'un droit à la réflexion étrange, puisqu'il s'agit du droit d'exprimer son opinion une fois l'information reçue sans pouvoir prétendre à ce que cette opinion se transforme en décision car c'est un autre qui dispose de ce pouvoir-là. Or, c'est exactement la situation de l'associé minoritaire par rapport aux procédures d'adoption des résolutions dans les organes sociaux. Dans cette optique de contre-pouvoir face à

un détenteur égoïste du pouvoir, le salarié et l'associé minoritaire ne correspondent plus à deux profils distincts, voire opposés, mais à un seul et même type.

Ce mouvement fondamental d'unicité remet complètement en cause la distinction personnaliste entre droit des sociétés et droit du travail. Il peut être résumé dans la formule suivante : « salarié, associé minoritaire : même combat ! ». Dès lors, les deux corps de règles ne sont pas nécessairement en opposition mais peuvent contribuer à une sorte d'effectivité réciproque. On est loin de l'idée que ce que l'on donne à l'un, on l'enlève à l'autre. C'est désormais le contraire. Tout d'abord, les droits des salariés sont un moyen d'un droit des sociétés plus effectif. En effet, les droits des salariés et les droits des associés convergent dans un intérêt commun : celui d'être informés. L'information qu'obtient l'un profite à l'autre. La multiplication des obligations d'informations et la diversité des créanciers d'information devient un cœur commun au droit du travail et au droit des sociétés. Voilà l'âme même de la *loi sur les nouvelles régulations économiques*. Symétriquement, le droit des sociétés est un moyen de protection des salariés, à tel point que la défense de leurs intérêts peut se faire par l'attribution de la qualité d'associés. Il peut s'agir d'attribution de droits politiques, par cumul de qualités. Il peut s'agir d'attribution de droits patrimoniaux, à travers notamment le mécanisme de *stock options*.

Ce mouvement fondamental d'unicité de l'employé et de l'associé minoritaire, face au dirigeant

dont ils dépendent, relativise les inquiétudes nées de ce brouillage de frontières entre droit du travail et droit des sociétés. Il faut tout de même veiller à la cohérence du système juridique. Certes, ce mixage entre le droit des sociétés et le droit du travail se fait sans heurt lorsque les règles mises en place sont régies par des principes communs qui relèvent de l'une ou de l'autre branche du droit. On peut même dire que la régulation engendre une cohérence plus forte que celle de l'ancienne organisation des branches du droit. Mais cette harmonie est perdue lorsque les principes sont contraires. Ainsi, le droit du travail accorde désormais la première place à l'information des salariés, et au relais de celle-ci par les représentants du personnel. Mais comment concilier cela avec la règle de confidentialité qui doit régir la tenue des conseils d'administration, et alors même qu'on ne cesse d'encourager la présence des représentants des salariés en leur sein ? Plus nettement encore, le droit boursier impose des obligations de non-divulgaration, leur violation donnant souvent lieu à des sanctions pénales. Qu'advient-il lorsque par ailleurs, on prévoit des mécanismes de larges consultations des salariés, dans des restructurations d'entreprises prenant la forme d'opérations boursières ? Le droit positif résoudra ces antinomies qui ne sont que techniques, par la force de cette nouvelle unicité sur laquelle il se construit. ■

Orientations bibliographiques

- A. Brunet et M. Germain, L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, *rev. des sociétés* 1985, pp. 1-54.
- M.-A. Frison-Roche, Le droit de la régulation, *D. 2001, chron.*, pp. 610-616 ; *Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés*, *Revue Internationale de Droit Economique*, sous presse.
- Institut de droit des affaires de l'Université d'Aix-Marseille, Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés, *PUA*, 1993 ; Les salariés et les opérations sociétaires, *PUA*, 1996, *spéc. Th. Bonneau*, Le droit d'information et de critique, pp. 27-55 ;
- C. Lassalas, L'actionnariat des salariés, in *Mélanges en l'honneur de J. Stoufflet*, Les Presses universitaires de la Faculté de Dr de Clermont-Ferrand, 2001, pp. 165-173.
- A. Pirovano, Droit de la concurrence et progrès social, *D. 2002, chron.*, pp. 62-70.
- C. Puigelier, Les incidences du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : de trop nombreuses incertitudes, *JCP* 1992, *éd. E.*, I, 188, pp. 501-507.
- Y. Saint-Jours, Les principales dispositions de la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, *D. 2001*, pp. 1179-1182.
- A. Supiot, Revisiter les droits d'action collective, *Droit social*, juillet 2001, pp. 687-704.
- F.-X. Testu, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? *D. 1998, chron.*, p. 345.
- R. Vatinet, La société anonyme et ses salariés. Essai de problématique, *Revue des sociétés*, 2000, pp. 161-168.
- *Semaine sociale Lamy*, supplément n°1028, 14 mai 2001, Actionnariat des salariés en Europe : Management d'une mode ou mode de management ? Participation financière ou participation à la gestion ?
- *Numéros spéciaux des Petites Affiches* : La société européenne, n° *spéc. des Petites Affiches*, 16 avril 2002 ; Droit de la régulation : questions d'actualité, 3 juin 2002.