

THÈSE PRESENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPECIALITÉ : DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Noël DALUS**

LA NATURE DE LA REMUNERATION DES DIRIGEANTS SOCIAUX

sous la direction de madame le professeur Florence DEBOISSY
soutenue le mardi 18 décembre 2018

Membres du jury :

Madame **Hélène BOUCARD** (rapporteur)
Professeur à l'université de Poitiers

Madame **Florence DEBOISSY**
Professeur à l'université de Bordeaux

Monsieur **Jean-Christophe PAGNUCCO** (rapporteur)
Professeur à l'université de Caen

Monsieur **Guillaume WICKER** (Président du jury)
Professeur à l'université de Bordeaux

L'université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Titre : La nature de la rémunération des dirigeants sociaux

Résumé : La rémunération des dirigeants sociaux est un sujet extrêmement médiatisé notamment du fait de l'impression, à tort ou à raison, d'exorbitance de certaines sommes perçues par des hauts dirigeants de grandes entreprises. Mais le lien juridique en vertu duquel les dirigeants perçoivent leur rémunération ne semble pas déterminé avec précision par le droit positif. Il y aurait deux natures de rémunérations distinctes : une nature contractuelle et une nature institutionnelle. Natures qui dépendraient de plusieurs critères dont la forme sociale étudiée, le fait que la société soit cotée ou non, le type de rémunération versée. Cette analyse héritée de l'histoire du droit des sociétés, notamment l'histoire du XXe siècle ne nous paraît pas exacte. Car l'entreprise privée est une réalité économique avant même d'être appréhendée par le droit. Dans un ordre juridique comme le nôtre i.e. une démocratie libérale et une économie de marché, l'entreprise qu'elle soit dotée ou non de la personnalité morale, est toujours structurée par la propriété privée et le contrat. Propriété et échange (contrat) sont la traduction du principe de liberté individuelle dans le droit civil. Et l'entreprise privée, d'un ordre juridique qui reconnaît des libertés économiques fondamentales, est d'abord l'exercice d'une liberté d'entreprendre, seul ou à plusieurs. Donc tout pouvoir exercé au sein d'une entreprise puise sa source dans un acte juridique de droit privé, le plus souvent un contrat. La société dotée d'une personne morale permet la réalisation de différents effets de droit dont la protection du patrimoine social, patrimoine qui est autonomisé juridiquement. Mais l'autonomie juridique de l'entreprise, prévue par la loi, ne doit pas occulter le fait que l'entreprise n'est pas indépendante de ceux qui l'ont fondée ou de leurs ayants droit.

Et le dirigeant social, celui qui a en charge la gestion de l'entreprise personnifiée, tient son pouvoir et sa rémunération d'un contrat. Dans toutes les occurrences. La rémunération en tant qu'objet d'une obligation contractuelle a toujours la même cause, qui est la contrepartie d'un travail de gestion.

Mots-clés : Rémunération, dirigeant social, personnalité morale, droit des sociétés, propriété privée, contrat, démocratie libérale, libertés économiques

Title : The nature of the remuneration of corporate officers

Abstract : The remuneration of corporate officers is a highly publicized subject, particularly because of the impression, rightly or wrongly, of the important amounts received by corporate officers of numerous large companies. The legal relationship under which corporate officers perceive their remuneration does not appear to be precisely defined within the framework of positive law. There are two types distinct natures of remunerations. While one has a contractual nature, the other one is institutional by nature. The nature would depend on several criteria including the legal form of the company studied, whether the company is listed or not, and the type of remuneration paid. This analysis, inherited from the French corporate law history of the twentieth century, does not seem accurate to us. The private enterprise is first and foremost an economical reality, before being apprehended by the law. In a legal order such as ours, i.e. a liberal democracy and a market economy, the private enterprise, whether it is represented by a legal personality or not, is always structured by the private property and the contract. Property and exchange (through contracts) translate the principle of individual liberty within the civil law. The private enterprise of a legal order, which recognizes the economic freedoms, is first the exercise of the entrepreneurial freedom, alone or with others. Any power exercised within a private enterprise roots in a legal act of private law, generally a contract. The company with a legal person allows the realization of various legal effects, including the protection of the company assets. The legal autonomy of the company, authorized by law, should however not hide the fact that the company is not independent from those who founded it or their successors.

The company officer, the one in charge of the company management, derives its power and remuneration from a contract. This remuneration, as the object of a contractual obligation, has always the same cause, i.e. the compensation for a management work, in the broad sense of the term.

Keywords : corporate officers, legal form of the company, corporate law, property, contract, liberal democracy, market economy

Mes remerciements vont :

A Madame le Professeur Deboissy pour son soutien, ses précieux conseils et sa bienveillance inconditionnelle à mon égard.

A Monsieur Jean-Pierre Bouscharain pour son aide amicale et ses conseils judicieux.

A ma mère, ma sœur Christelle pour leur affection de tous les instants.

A ma tante Hélène pour ses compétences techniques.

A mon oncle Philippe pour ses références philosophiques.

A mon oncle Christophe pour sa présence chaleureuse.

A mes amis François, Mathieu et Vincent pour l'amitié qu'ils m'ont témoignée tout au long de ce travail.

Table des matières

Introduction générale	9
Partie I L'existence d'un conflit de qualification de la rémunération	26
Titre I L'institutionnalisation de la rémunération des dirigeants.....	32
Chapitre I Avènement de la qualification institutionnelle de la rémunération	36
Chapitre II Le sous-jacent idéologique de l'analyse institutionnelle	61
Titre II L'existence d'une dualité pratique de qualification de la rémunération	136
Chapitre I Les formes sociales où la rémunération est susceptible d'être qualifiée d'institutionnelle.....	140
Chapitre II Les Entités où la rémunération est susceptible d'être qualifiée de contractuelle	212
Partie II Proposition d'une qualification unitaire de la rémunération	240
Titre I Analyse macro-juridique de la rémunération : nature de la rémunération corrélée à la nature de l'entreprise privée	242
Chapitre I L'essence de l'entreprise privée : la propriété privée, lien fondamental entre l'entrepreneur et l'entreprise	246
Chapitre II La constitutionnalisation des libertés économiques : une reconnaissance implicite de l'entreprise privée	345
Titre II Analyse micro-juridique de la rémunération des dirigeants : la situation du dirigeant social analysée par le prisme du droit des biens et du droit des contrats	455
Chapitre I La rémunération perturbée par la notion de personne morale	458
Chapitre II La rémunération du dirigeant, prestation contractuelle.....	535
Conclusion générale.....	632
Index Alphabétique.....	638
Bibliographie	642

Table des matières 669

Introduction générale

« Derrière l'abstraction « capitalisme », il y a des capitalistes. Derrière les entreprises, ou plutôt avant, il y a des entrepreneurs. Derrière le marché, il y a des vendeurs et des acheteurs, des négociants et des consommateurs, des informateurs et des transporteurs. Aucune histoire ne se joue sans acteurs¹ »

Actualité permanente de la question de la rémunération des dirigeants

En 1996, un auteur intitulait le titre de sa note²: « Encore la rémunération des dirigeants ». Or plus de vingt ans après, la question de la rémunération des dirigeants sociaux est toujours l'objet d'âpres débats, de discussions et d'articles, que cela soit dans la presse spécialisée comme dans la presse grand public. Et la question de la rémunération des dirigeants est désormais qualifiée par un auteur de « vieux problème³ ». Pourtant, les dirigeants sociaux ne sont pas les seuls à « gagner beaucoup d'argent », des artistes et des sportifs gagnent aussi des sommes considérables par rapport au salaire médian des Français⁴. Mais si la rémunération des dirigeants a quelque chose de spécifique par rapport à la prestation d'un sportif ou d'un artiste, c'est qu'il est difficile d'une part de quantifier la valeur exacte de la prestation fournie à l'entreprise dirigée et d'autre part, les sommes perçues par les dirigeants du CAC 40, pour ne citer qu'eux, ont considérablement augmenté en vingt ans, d'une manière bien plus importante que les rémunérations perçues par les salariés moyens⁵. Quand la conjoncture économique est bonne, les rémunérations des grands patrons flambent, quand la conjoncture est mauvaise, elles ne baissent pas. Il existe une impression que les hautes rémunérations relèvent d'une logique de marché quand la bourse monte mais lorsque celle-ci baisse, la rémunération serait un dû comme c'est le cas pour un salarié ou un fonctionnaire. Pour remédier à ce problème de rémunérations, certains s'empressent de proposer des contrôles divers et variés, de proposer de mettre en place de nombreuses procédures, voire d'imposer

¹ A. PEYREFITTE, La société de confiance, Edition Odile Jacob, 1995 p.22

² G. LYON-CAEN, Encore la rémunération des PDG, Dalloz Affaires 1996.162

³ J. GATTY, Le vieux problème de la rémunération des dirigeants, in « L'entreprise multinationale dans tous les Etats », APD 2014, tome 56

⁴ « Football : les salaires en or des stars du PSG », Les Echos du 06.02.2018 : où on apprend que les Stars du PSG comme Mbappé, Cavani et Neymar ont des revenus mensuels compris entre 1.5 et 3 millions tandis que les « PDG » du CAC40 ont gagné en moyenne 5.1 millions...sur une année ! Le Monde 24.10.2018, Les salaires des grands patrons français se remettent à flamber, D. CONSARD

⁵ J. GATTY, Les hautes rémunérations. Constats et causes », Commentaire 2012/3 (numéro 139), p.757-764

une limitation objective par l'Etat, des hautes rémunérations des dirigeants sociaux⁶. Or une telle mesure serait une atteinte importante à la liberté ; et est-ce bien le rôle de l'Etat de se substituer aux décideurs privés en matière de rémunérations elles-mêmes privées⁷ ? De surcroît, dans une économie de marché où les entreprises « appartiennent » en général à des personnes privées, limiter objectivement la rémunération des dirigeants revient à préférer l'actionnaire au dirigeant social. Pourquoi l'Etat devrait-il favoriser l'actionnaire au détriment du mandataire social ? Ce sont deux parties qui défendent chacune un intérêt privé. Mais comme le soulevait Jean GATTY à propos de la rémunération des dirigeants, on ne cherche pas préalablement la ou les causes du problème ; d'aucuns proposent un remède sans avoir véritablement diagnostiqué l'origine du problème⁸.

Questionnements à propos de la rémunération

Lorsqu'il est dit qu'il y a un problème de rémunération excessive dans les grandes entreprises, l'excès est mesuré par rapport à quelle mesure justement ? Quelle référence ? Certains rétorqueront que les dirigeants sociaux étaient moins bien rémunérés, il y a trente ans, par rapport au salaire moyen des Français qu'aujourd'hui. Et ce fait est vrai. Mais en se faisant « l'avocat du diable », on peut soulever deux objections : en économie de marché, la valeur des biens et des services est fixée par les agents économiques. Or la rémunération des dirigeants, d'entreprises privées, est fixée par des acteurs non étatiques donc librement. La seconde observation, qui est davantage économique que juridique : pourquoi la période où les dirigeants gagnaient moins d'argent qu'aujourd'hui serait-elle la période de référence ? Dans le sport, les salaires des sportifs ayant une carrière internationale ont également flambé. Et il n'y a pas de débat pour savoir si c'est injuste ou immoral. En réalité le problème se situe ailleurs : si la rémunération d'un dirigeant, qui serait la contrepartie d'une prestation, relève bien d'un marché, cela signifie que si celle-ci augmente, cela devrait provenir de la « demande » de patrons compétents qui augmente aussi car la rareté explique souvent une bonne partie du prix des biens et services⁹. Mais comment expliquer alors que le marché soit toujours en pénurie ? Car normalement, les salaires élevés dans un secteur d'activité finissent par attirer un excès de postulants, qui à terme entraînent une baisse des rémunérations. A

⁶ « Appel de quarante personnalités pour légiférer sur le salaire des patrons », Le Monde 19.05.2016 : Les signataires d'un texte publié dans le journal « Libération » demandent qu'un dirigeant ne puisse pas gagner plus de 100 SMICS.

⁷ J. TIROLE, Economie du bien commun, PUF, 2016, p.455 : « quelles que soient ses préférences pour la redistribution, le rôle de l'Etat est de redistribuer les revenus par l'impôt, et non pas de décider si un banquier est moins méritant qu'un animateur de télévision, un entrepreneur qui a réussi ou un footballeur. »

⁸ J. GATTY, Les hautes rémunérations. Quelques principes, commentaire n°141, p.73 et s. CAIRN

⁹ R. LIBCHABER, les biens, Rep. Civ. Dalloz, 2016 n°11

priori, on peut tirer comme analyse rapide que soit la rémunération des dirigeants ne relève pas d'une logique de marché, soit le marché est défaillant.

La conception juridique de la rémunération des dirigeants en droit positif semble fondée sur une ambiguïté : elle ne semble pas toujours prendre en compte qu'il s'agit d'un contrat. Or contrat et marché sont corrélés en économie de marché. Et comme Jean Tirole le précisait, la défaillance d'un marché précis ne signifie pas qu'il faille rejeter le marché.

En amont, il est important de faire un travail sur les définitions du droit économique car la nature de la rémunération des dirigeants est totalement dépendante de la nature de la société, de la nature d'une entreprise privée, voire de la nature d'une personne morale de droit privé et les natures de ces différents concepts et notions du droit économique dépendent également de la nature de notre ordre juridique.

Définitions

Le mot nature ne pose pas de difficultés. Il faut comprendre ce mot dans le sens d'« *ensemble des caractères, des propriétés qui définissent un être, une chose concrète abstraite*¹⁰ ». Le mot nature renvoie à l'idée d'essence, qui est « *le caractère fondamental, la réalité permanente d'une chose (par opposition à accident*¹¹ », c'est la nature d'un être indépendamment de son existence. Or pour tenter de déterminer ce qu'est exactement une rémunération, il faut s'intéresser au rapport juridique entre celui qui la verse qui est normalement une entreprise et celui qui la perçoit, le dirigeant social.

Le mot rémunération est un terme générique qui mérite d'être précisé même si le sens commun ne se distingue pas réellement de la notion juridique : dans un sens désormais vieilli la rémunération¹² était une récompense ; aujourd'hui la rémunération¹³ est l'argent, avantage, reçu en échange d'un service, d'une prestation ou d'un travail, c'est le prix du service rendu. Et pour le vocabulaire juridique Cornu, il s'agit du « *Terme générique désignant toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité (ouvrage, service, etc....*¹⁴) ». Le terme est presque synonyme de salaire¹⁵ mais dans

¹⁰ Entrée nature, in Le Robert, mobile

¹¹ Larousse 2018, entrée °essence°

¹² V. J. BOUFFARIGUE, A.- M. DELRIEU, Trésors des racines latines, Belin, collec. Le français retrouvé ,entrée °rémunération°

¹³ Le Grand Robert de la langue française édition numérique édit. 2.0 entrée °rémunération°.

¹⁴ Vocabulaire Juridique Cornu °rémunération°.

¹⁵ V.J. BOUFFARIGUE, A.- M. DELRIEU op.cit. ; Salaire vient de salarium, dérivé de sal= le sel. Le salarium fut d'abord la ration de sel distribuée aux soldats, puis la solde a remplacé ce paiement en nature. Notre langue est riche de termes dont la signification est proche de celle de rémunération : Un salaire rétribue une personne liée par un contrat de travail. Les honoraires sont versés aux personnes exerçant une profession libérale mandataire. Le traitement est la somme allouée aux fonctionnaires. Les émoluments sont les rétributions tarifées allouées à un officier ministériel pour un acte de son ministère, ce sont également parfois les sommes versées aux fonctionnaires. Littéralement, « emolumentum », c'est ce qui sort du moulin d'où par extension le sens de profit.

un sens étroit, le salaire étant la rétribution qu'obtient une personne en échange de la mise à disposition de sa force de travail au profit d'un employeur avec lequel elle est liée par un contrat de travail¹⁶. Mais le terme de rémunération est plus large et ne sous-entend pas forcément une périodicité contrairement aux notions de salaire et d'appointement¹⁷. La définition de la rémunération est donc pour certains « *la contrepartie versée au dirigeant par la société dirigée ; de l'activité qu'il déploie dans l'exercice de ses fonctions de directions*¹⁸ ». Cette définition de Paul Le CANNU nous convient mais la rémunération n'est pas forcément versée par la société dirigée, elle peut être versée par une autre société du groupe par exemple.

Il convient de faire une distinction entre la notion de rémunération et l'ensemble des sommes et avantages que peut percevoir un dirigeant à l'occasion de l'exercice de ses fonctions¹⁹. Certaines valeurs perçues par le dirigeant sont attribuées en échange de l'activité déployée dans la société (rémunération), d'autres valeurs sont la résultante de simples voies de fait commises par les dirigeants : comme par exemple un vol ou une escroquerie de biens sociaux. Or la notion de rémunération du dirigeant implique un acte juridique la lui accordant²⁰. Cet acte peut être non-conforme au droit positif (parce que la rémunération accordée est excessive) et être considérée comme un abus de biens sociaux ou un acte anormal de gestion par exemple, mais la somme attribuée n'en demeure pas moins accordée par un acte juridique. Notre étude se cantonne donc aux rémunérations issues d'un acte juridique.

Définition de la notion de dirigeant.

Le dirigeant, c'est « *celui qui dirige, qui exerce un pouvoir*²¹ », c'est également en droit « un terme générique qui renvoie à une fonction de haute responsabilité ». Le Dictionnaire historique de la langue française explique que le mot dirigeant, qui est un participe présent, adjectivé vers 1835, a été substantivé vers 1881 pour désigner la personne qui dirige mais « *sans la valeur institutionnelle de directeur qui implique un titre* ». L'apparition du terme dirigeant en tant que substantif s'inscrit dans le développement des grandes entreprises à

Les appointements, paies, rétributions ont également un sens très proche. La notion d'appointement induit l'idée de fixité et de périodicité.

¹⁶ Ce qui implique un lien de subordination.

¹⁷ La rémunération des dirigeants est parfois qualifiée d'appointement mais le terme induit l'idée d'une certaine périodicité alors que le versement d'une rémunération peut avoir lieu en une fois.

¹⁸ P. LE CANNU Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales. Melanges AEDBF-France 1997 p.247

¹⁹ « La séparation du contrôle de la propriété d'une entreprise offre aux dirigeants la possibilité d'exproprier à leur profit une partie des revenus des actionnaires ». in Rémunération optimale des dirigeants : faut-il interdire les bénéficiaires privés ? C. AT, N. CHAPPE, PH MORAND, L. THOMAS. Revue d'économie politique 2006/6.

²⁰ Cl. BRENNER, ACTE, Rép. Civ. Dalloz janvier 2013 actualisation : juin 2016

²¹ Larousse 2018, entrée °dirigeant°.

partir de la moitié du XIX^e siècle²². Développement facilité en France depuis la libéralisation de la constitution de sociétés anonymes avec la fin de l'autorisation gouvernementale.

Nous constatons qu'il n'existe pas de définition légale de la notion de dirigeant et que celle-ci a fait l'objet de peu d'études et de travaux doctrinaux²³. Par dirigeant, il faut entendre le dirigeant de droit et non le dirigeant de fait, qui est une personne qui se comporte comme le patron d'une entité économique alors qu'il n'a pas été « *régulièrement nommé dans des fonctions de direction de la personne morale*²⁴ ». Pourtant les dirigeants que nous allons étudier sont ceux qui exercent leurs fonctions dans un cadre légal, c'est-à-dire les dirigeants investis officiellement du pouvoir de direction d'une société²⁵. La qualité de dirigeant de fait est surtout un moyen de droit pour engager la responsabilité d'une personne qui s'est immiscée dans la gestion d'une société²⁶.

Ensuite, parmi ceux que la pratique dénomme dirigeants, il est important de faire une distinction entre ceux que l'on qualifie de mandataires sociaux et les directeurs techniques. Les premiers sont des véritables dirigeants, qui exercent leurs fonctions dans le cadre de leurs mandats sociaux. Les seconds sont liés par un contrat de travail et non par un mandat social²⁷. Ils sont donc placés dans un lien de subordination, ils peuvent exercer des fonctions de direction mais seulement en vertu d'une délégation de pouvoir²⁸, plus ou moins étendue d'un mandataire social (qui peut être une personne physique, représentant permanent d'une personne morale, organe collégial).

La notion de dirigeant social est désormais liée à une forme sociale précise. Pour chaque forme sociale, il y a une appellation officielle, le gérant pour la SARL, la SCA, la société civile, le Président pour la SAS etc. Est révolue l'époque où l'ancien article 1859 du Code civil disposait que « *les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre*²⁹ », hormis éventuellement pour la Société en Nom collectif. Sans clause statutaire

²² O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXIe siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010, p.39 : « *C'est à partir de la seconde moitié du XIXe que se forme véritablement le capitalisme moderne qui va dominer le XXe siècle* ».

²³ A. PAUGET-BEYDON, La notion de dirigeant de groupement. Préface : Jean-François BARBIERI. Toulouse 2005

²⁴ L. LEVENEUR, Situation de fait et Droit privé, préf. M. GOBERT, LGDJ 1990, p.47, n°37

²⁵ V. L. LEVENEUR, Situation de fait et Droit privé, préf. M. GOBERT, LGDJ 1990, p.45 et s., L'Auteur consacre un chapitre à la direction de fait d'une personne morale et il fait la distinction entre le dirigeant de fait d'une entreprise individuelle et le dirigeant de fait d'une personne morale

²⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 31^e edit. P.155, n°364 et s.

²⁷ Nous précisons que la réalité peut être plus complexe car il existe des cas de cumul du statut du salariat et du statut de mandataire social, ensuite il existe des situations juridiques (surtout dans les groupes de société) où l'objet d'un contrat de travail va être l'exercice d'un mandat social dans une société du groupe.

²⁸ J-F BULLE, Les délégations de pouvoirs, JF Bulle, JCPE n°26, 1^{er} Jui. 1999, p. 1136 ; N. FERRIER La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise de N. FERRIER, bibi. Dr de l'entreprise n° 68.

²⁹ V. M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 1^{re} Partie, 3^eme édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestien 1980, p.502, n°452

désignant un gérant ou des gérants, la SNC prévoit quelque peu la même chose³⁰ ; l'obligation indéfinie aux dettes sociales ne permet pas à l'associé de se désintéresser de la gestion car il offre une garantie sur son patrimoine propre. Dans cette forme sociale qui ressemble aux premières sociétés connues³¹, propriété et gestion sont souvent confondues contrairement à la société anonyme. Dans la société anonyme, qu'elle soit « classique » ou à directoire, on observe « *une direction à deux étages à la différence de la direction à un étage des autres formes sociales*³² ». Les anglo-saxons utilisent les termes de dirigeants exécutifs (*executive directors*) et de dirigeants non-exécutifs (*non executive directors*) pour distinguer les directeurs généraux ou membres du directoire des membres des conseils (administrateurs, membres du conseil de surveillance)³³. Même si seuls les premiers ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers, nous sommes d'accord avec les professeurs DIDIER pour considérer ces deux catégories de mandataires sociaux comme des dirigeants³⁴. Car le critère du mandat social est davantage celui d'agir pour le compte de la société donc des associés *ut universi* que de représenter la société à l'égard des tiers. Le droit de l'Union Européenne semble choisir cette définition large de la notion de dirigeants ; dans ses recommandations sur la rémunération des administrateurs, l'administrateur est défini comme étant « *toute personne membre des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une société cotée*³⁵ ». Cette définition correspond à l'acception large de la notion de dirigeant, celle que nous retiendrons au cours de notre étude³⁶. La COB (l'ancienne AMF) avait également retenu cette conception large de la notion de dirigeant³⁷.

Rappels historiques de la réglementation de la rémunération : de la période « libérale » 1807-1940 à la réglementation 1940-1966

La première réglementation des sociétés de commerce en France date de 1673 et était complètement lacunaire, hormis l'exigence d'un écrit pour prouver le contrat de société³⁸.

³⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 31^e edit., p.648 et s., 1572 et s.

³¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 31^e edit. p.643, n°1560

³² P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.227, n°268

³³ V. R. SEROUSSI, Introduction aux Droit anglais et américain, 3^eE. Dunod. P.43

³⁴ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, op.cit.

³⁵ Recommandation de la Commission du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées. Journal officiel de l'U.E. 15.5.2009

³⁶ V. J-P. CASIMIR, M. GERMAIN, Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social. Groupe Revue fiduciaire. P.25, Les auteurs font également le choix d'une définition large du terme de dirigeant, ainsi que Th. GAUTHIER, Les dirigeants et les groupes de société, préf. Y. REINHARD, Litec 2000 l'auteur retient une conception large de la notion de dirigeant en y incluant les membres du conseil de surveillance. Il justifie cela par le caractère permanent de leurs actions et le caractère actif de leur fonction.

³⁷ Bull. COB n°367, avril 2002, p.63 ; RD bancaire et financier 2002, comm. n°166, obs. H. LE NABASQUE.

³⁸ Sur l'ordonnance de 1673. V. , J. HILAIRE , « Introduction historique au droit commercial » PUF 1986, p.197 et s. ; R. SZRAMKIEWICZ, Histoire du droit des affaires, Paris Montchrestien, 1989 p.152 et s.

Dans les petites sociétés, la plupart des sociétés et la presque totalité des sociétés civiles, le travail de gestion et les prérogatives qu'il confère ne sont pas dissociés de la qualité d'associé³⁹, c'est-à-dire qu'il y a coïncidence entre la propriété et l'administration de la société⁴⁰. A la suite de nombreux scandales liés à une spéculation importante, la Révolution supprima les sociétés de capitaux avec l'agiotage et la bourse⁴¹. Mais ces sociétés furent rétablies par la Convention⁴² et l'article 19 du Code de commerce de 1807 connaît désormais trois formes de sociétés commerciales, la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme, sociétés anonymes qui sont désormais soumises à autorisation gouvernementale en vertu des articles 37⁴³ et 40⁴⁴ du code de commerce, leur création est un acte de droit public⁴⁵. Le Code de commerce de 1807 aborde furtivement la question de la rémunération des dirigeants. Il disposait à son article 18 que « *Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières du commerce et par les conventions des parties* ». Et même à la fin du XIX^e siècle, la société par actions avait pour fondement le Code civil⁴⁶. Le Code civil ne prévoyait rien en ce qui concerne la rémunération des gérants de la société civile, car dans la presque totalité des cas, gestion et qualité d'associé ainsi que le travail et le capital étaient corrélés, le Code de commerce à l'article 31 prévoyait, sur l'éventuelle rémunération perçue par ceux qui administrent la société anonyme, que: « *Elle [La société anonyme] est*

³⁹ E. THALLER, p.273, n°292 et s. ; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant... Du contrat de société*, Paris 1843. T1 et T2. Dans ce premier ouvrage d'envergure consacré véritablement à la société, l'auteur est prolix sur les pouvoirs des « gérans » de société commentant l'ancien article 1855 du code civil mais n'évoque pas la question d'une rémunération ad hoc de ces administrateurs.

⁴⁰ V. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Tit. VIII Sect. I §IX, p.297 Domat évoque indirectement un partage inégal entre associés du contrat de société si un d'eux accomplit une industrie particulière, de la peine qu'il se donne, des voyages qu'il peut faire, il évoque également une contribution aux pertes modulables suivant ces différents critères. Il s'agit bien donc d'une rémunération de la « gestion » de la société mais celle-ci n'est pas dissociée de la qualité d'associé.

⁴¹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La révolution : une période décisive pour les sociétés par actions*. R.S. 1989, 345. ; De JUGLART, IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, op.cit.T.1 p.43, n°339. Suppression par décret du 24 août 1793 et par une loi du La loi du 26 germinal an II (8 oct. 1793) :

⁴² Loi du 21 octobre 1795 : M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT op.cit., p.43

⁴³ Article 37 du code de commerce de 1807, J.B.SYREY, Paris 1820 : « La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue : cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour des règlements d'administration publique » ; M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « *Traité de droit commercial*, Deuxième volume : Les sociétés, 1re Partie, 3ème édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestien 1980T.1, p.44, n°341 ; Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 6e édit., Paris 1901, p.142, n°288 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, PUF, 1re édit. 1985

⁴⁴ Article 40 du code de commerce de 1807 : « Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics ». V. Commentaire de MERLIN sur l'absence des formalités de constitution, répertoire universel de Jurisprudence, T.16, 5^e édit. 1828, p.326 ; J. HILAIRE , « Introduction historique au droit commercial » PUF 1986 p.211, n°126

⁴⁵ Sur les conséquences juridiques en cas de défaut d'autorisation gouvernementale, V. MERLIN, *Questions de droit*, 4^{ème} édit. 1830, T. 7 °société° p.562

⁴⁶ A. VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, T.1, 1878, p.99, n°326 : « C'est donc la loi civile qui est la loi-principe ; c'est elle qu'il faudra interroger sur les caractères constitutifs du contrat de société, sur ce qui peut faire l'objet du contrat »

administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits ». A l'époque du Code de commerce, la société en commandite est davantage choisie car elle n'est pas soumise à autorisation de la puissance publique, contrairement à la société anonyme. Avec la loi 1867, la société anonyme est désormais constituée librement et l'administration de ces sociétés est également libre, mais désormais les mandataires doivent faire partie de la société⁴⁷. HOUPIN rappelle que, « *le droit de gérer les affaires sociales appartient, en principe, à tous les associés* » mais pour des raisons de contingence matérielle, le droit de gérer est délégué à un ou plusieurs mandataires⁴⁸. Dans la société anonyme, il y a donc « trois pouvoirs » : l'assemblée générale, les administrateurs et les commissaires du contrôle ou censeurs⁴⁹. La rémunération est fixée librement et la loi ne fixe presque aucune contrainte. La société anonyme va être encadrée par les lois de 1940 et 1943 puis par la grande loi de 1966. La rémunération des dirigeants paraît désormais étroitement contrôlée par la loi. Avant même la loi de 1966, les sociétés commerciales étaient considérées comme étant dotées de la personnalité morale. En revanche, la question restait discutée pour les sociétés civiles. La réglementation minutieuse du statut des dirigeants sociaux, notamment des dirigeants sociaux de sociétés anonymes, ainsi que la réglementation des questions de pouvoir et de responsabilité ont donné corps à l'idée que l'analyse contractualiste était trop simple pour décrire le phénomène sociétaire.

Conception de la rémunération aujourd'hui

Même si aujourd'hui il est possible de se passer de l'analyse institutionnelle de la société⁵⁰, force est de constater que cette notion imprègne encore le droit positif et que de nombreux auteurs y font toujours allusion⁵¹, notamment pour qualifier la rémunération perçue par le dirigeant. Mais que recouvre exactement la signification de rémunération institutionnelle ? Nous verrons en réalité que la qualification institutionnelle est limitée à certaines rémunérations perçues par certains mandataires sociaux de certaines formes sociales. C'est devenu une qualification résiduelle qui sert en réalité à expliquer l'impérativité qui demeure dans le lien juridique entre le dirigeant et la société dirigée. De surcroît, il est indéniable que le pouvoir des dirigeants, notamment à l'égard des tiers, ait été encadré et ne relève de la

⁴⁷ Article 22 de la loi : Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, salariés ou gratuits, pris parmi les associés

⁴⁸ Ch. HOUPIN, Traité général et théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, T.II, 4e édit., 1909, p.10, n°777

⁴⁹ A. BOISTEL, Manuel de droit commercial à l'usage des étudiants des facultés de droit et des écoles de commerce, 3° édit. 1899, p.189, n°306

⁵⁰ Fl. DEBOISSY, Le contrat de société in Rapport français, p.129, n°17 : « or, si le recours au concept d'institution a été historiquement pour mettre en lumière les particularités du contrat de société, il semble aujourd'hui possible d'en faire l'économie. » ; M. JEANTIN, Droit des sociétés, Montchrestien domat 3e edit., p.11, n°20 :

⁵¹ Ph. MERLE, A. FAUCHON Droit commercial. Sociétés commerciales. Dalloz, 22^e édit. 2018 P.44-45, n°31-33

seule volonté privée. La notion de représentation légale, qui a fait son apparition avec la SARL en 1924 avant d'être étendue aux autres formes sociales, impose des contraintes juridiques aux associés et dirigeants sociaux, notamment pour les sociétés où l'obligation aux dettes sociales est limitée⁵². Mais cet ordre public peut très bien s'expliquer sans passer par le détour d'une publicisation des sociétés de droit privé ou par une quelconque institutionnalisation. A l'issue des journées CAPITANT qui se sont tenues juste après la seconde guerre mondiale, les grands noms de la doctrine du droit privé de l'époque craignaient une publicisation du droit privé où « *le contrat évolu[rait] vers un statut légal, vers l'institution* »⁵³, où la volonté ne serait plus souveraine, car elle « *ne déclenche[rait] plus que l'application d'une règle de droit objectif* »⁵⁴. Mais Henri MAZEAUD a écarté, dans un article célèbre, la confusion entre l'augmentation des règles impératives et la prétendue publicisation du droit privé⁵⁵. Un tel diagnostic aurait pu et aurait dû être fait en droit des sociétés.

Le problème de qualification de la rémunération, un problème subordonné à la nature de l'entreprise et de la société

Si le contrat de société est un contrat multimillénaire⁵⁶, l'émergence de la fonction de dirigeant en tant que telle est une chose récente dans l'histoire économique. Il est vrai que la grande entreprise, voire l'entreprise multinationale, est également un phénomène récent. Et si l'Echange existe depuis des temps immémoriaux, la concentration de capitaux pour produire des biens sophistiqués a nécessité la création d'un droit économique dont le droit des sociétés fait partie⁵⁷. Le droit des sociétés, c'est le droit civil appliqué à la production de masse⁵⁸. Au sens économique du terme, la production est « *l'activité économique socialement organisée consistant en l'obtention de biens et de services destinés à la satisfaction directe ou indirecte de besoins par transformation de biens intermédiaires en combinant du travail et du capital, et donnant lieu à un revenu en contrepartie* »⁵⁹. Mais comment s'organise juridiquement la production ? Les moyens de production sont aujourd'hui détenus dans la

⁵² Ph. DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société in Mélanges GERMAIN, p.273 et s.

⁵³ Travaux de l'association H. CAPITANT pour la culture juridique française ; journée de droit civil franco-suisse, t.II, 1946-1947, p.189 cité par P. VAN OMMESLAGHE, Le droit public existe-t-il ? Rev. Dr. ULB 33 2006

⁵⁴ Travaux de l'association H. CAPITANT pour la culture juridique française ; journée de droit civil franco-suisse, t.II, 1946-1947, p.189 cité par doc : P. VAN OMMESLAGHE, Le droit public existe-t-il ? Rev. Dr. ULB 33 2006

⁵⁵ H. MAZEAUD, « Défense du droit privé », D.1946 chro. P.18

⁵⁶ E. SZLECHTER, Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, étude de droit comparé, préface de M. Georges BOYER, 1947

⁵⁷ Le droit économique transcende en réalité la distinction droit civil et droit commercial, mais aussi celle du droit privé et du droit public. V. M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, Les grandes questions du droit économique Introduction et documents PUF, coll. Quadrige manuels 200, p.21

⁵⁸ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 1re Partie, 3ème édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestien 1980, p.3, n°332-3

⁵⁹ Lexique d'économie, 11° édition, Dalloz, entrée "production".

grande majorité des cas par le biais de sociétés dont la plupart sont dotées de la personne morale⁶⁰. Ce phénomène est très important à relever d'un point de vue juridique. L'émergence de la notion de personnalité morale, qui n'a même pas deux siècles en droit privé (alors que la fonction de la personnalité morale est millénaire dans les domaines qui relevaient du droit public⁶¹), fut la cause, selon nous de profondes perturbations du droit des sociétés. Le développement de la notion de personnalité morale au cours du XIX^e siècle a permis d'accompagner une nouvelle vision de la société, qui serait désormais institutionnelle. La montée de l'ordre public, inhérente à toutes les branches du droit privé, a été perçue comme un changement de nature de la société⁶². Dans le sillage de ces nouvelles analyses, le lien juridique entre le dirigeant et la société dirigée en fut affecté également. La rémunération a été perçue par une certaine doctrine ainsi que par une nouvelle rédaction des textes comme étant non plus contractuelle mais institutionnelle, à l'instar de la société⁶³. Mais si on en restait là, il faudrait considérer que la rémunération serait d'une nature duale, en fonction de la forme sociale étudiée et des éléments de rémunérations visés. Ce consensus s'inscrit dans un consensus plus large où la société aurait une nature hybride, qui serait à la fois contractuelle et institutionnelle. Nous ne sommes pas d'accord avec cette vision qui est fondée sur une vision restrictive du contrat.

Paul DIDIER et, avant même, Georges ROUHETTE ont expliqué que le contrat ne devrait pas être réduit au contrat-échange, celui qui organise le *do ut des* ou une *permutatio*⁶⁴. Les organisations privées relèvent également du contrat. Depuis plus d'une vingtaine d'années, la doctrine privatiste a tenté de démontrer que la figure du contrat ne doit pas être limitée à celle des opérations de commutations, c'est-à-dire au contrat-échange mais également au contrat de type associatif dont le contrat de société fait partie⁶⁵. Ces analyses juridiques

⁶⁰ Cl. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962. p.7 : « La propriété des biens de production est devenu l'apanage des personnes morales et les individus physiques se contentent des titres qu'elles émettent ».

⁶¹ J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, Droit commercial, 2e édit. T1, 2e Vol. Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques, Dalloz 1980, p.59 : « La notion de personne morale est, à l'origine, une notion de droit public, un attribut réservé à l'Etat ou collectivités publiques. »

⁶² Fl. DEBOISSY, Le contrat de société in Rapport français. p.121, n°5, op.cit.

⁶³ J. MESTRE, La société est bien encore un contrat, Mél. MOULY, Litec 1998, p. 130.

⁶⁴ J.-M. POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.9, n°19 ; Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.5, n°4 ; J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle* vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100 p.83, « n°4 ; H. BOUTHINON-DUMAS, Préface Ph. DIDIER, directeur de thèse M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, L.G.D.J. Droit et économie p.16, n°22

⁶⁵ G. ROUHETTE, *Encyclopædia Universalis*, entrée "contrat", A. SERIAUX, Contrats civils, PUF 2001, p.15, n°3 ; S. LEQUETTE, « Le contrat-coopération », préface C. BRENNER, *Economica Recherches juridiques* 2012 ; Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008 ; Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008 ; J.-Fr. HAMELIN, Le contrat-alliance, préface de N. MOLFESSIS, *Economica*, 2010, V.aussi G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT »

donnent corps aux analyses économiques où l'entreprise est perçue non plus comme une personne légale mais une structure juridique organisant un nœud de contrats⁶⁶. Avec une conception contractualiste de la société, de l'entreprise privée on arrive à la conclusion que ce sont les associés qui sont propriétaires des biens sociaux. Une doctrine explique que les associés ne sont propriétaires que des titres sociaux et qu'en réalité, seule la personne morale est propriétaire des biens sociaux. La société personnifiée serait presque une espèce d'être vivant ayant un intérêt propre, distinct des apporteurs de capitaux. La société personnifiée serait titulaire d'un intérêt qui transcenderait les intérêts catégoriels des différentes parties prenantes. Cette question de savoir à qui appartient réellement l'entreprise est la question fondamentale du droit économique. C'est la mère de toutes les batailles. Derrière la conception que l'on a de la personnalité morale de droit privé, du périmètre de l'intérêt social, de la propriété de l'entreprise, de la conception de l'entreprise véhiculée par la *corporate governance* puis le gouvernement d'entreprise, on finit toujours par évoquer la question de la propriété de l'entreprise⁶⁷. Le doyen CORNU, comme Georges RIPERT avant lui, avait saisi que l'entreprise posait un problème de propriété⁶⁸. Comment savoir quelle analyse semble la plus pertinente entre l'entreprise, objet de propriété de ses « entrepreneurs » ou l'entreprise simple propriété d'une personne morale ?

Réponse est dans la conception macro-juridique

Michel VILLEY reprenait une distinction que faisait KANT, l'illustre philosophe de Königsberg, entre le *Quid juris* et le *Quid jus*⁶⁹. Le *Quid iuris/juris* ou « comment est le droit » s'adresse aux juristes positivistes qui doivent dire l'état du droit positif. La question du « *Quid ius/Jus* » renvoie à celle de « pourquoi le droit ? », qui relève davantage de la philosophie du droit car celui qui se pose la question du droit sort d'un cadre purement positiviste. Néanmoins quand une question n'est pas tranchée et qu'elle est sujette à une controverse multi-décennale, voire séculaire, il est bon de remonter en amont des phénomènes pour comprendre quelle est la bonne vision. La recherche de l'essence de l'entreprise est nécessaire pour connaître la nature réelle de la rémunération. Selon nous, l'angle actuel pour appréhender l'entreprise et les relations qu'elle fait naître n'est pas le bon. La recontractualisation du droit des sociétés, constatée, parfois critiquée et vue par le prisme d'une importation des principes de la

In Mélanges OPPETIT, 2009 ; Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005

⁶⁶ R. ADELSTEIN, Firms as persons in Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy, 2013/2 (n° 65) p.161-182

⁶⁷ Ch. ATIAS, Destins du droit de propriété, ouverture in Revue Droits °propriété° p.7 ; J.-Ph. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , 1ère edit. 1999 p.86 e ts.

⁶⁸ G. CORNU, « Droit civil, Les biens », DOMAT droit privé, coll. Montchrestien , p.61, n°25

⁶⁹ M. VILLEY, Philosophie du droit, Dalloz 1975, p.14, n°8

corporate governance n'est pas mesurée à sa juste valeur. Pour nous, il n'y a pas de réelle recontractualisation, pour la simple raison que la société n'a jamais cessé d'être un contrat. Et que le lien entre le dirigeant et la société qu'il dirige n'a jamais cessé d'être également une relation contractuelle. Qu'est ce qui nous permet d'affirmer cela d'une manière qui peut paraître péremptoire ? Les notions de sociétés et de personne morale sont des artefacts créés par le droit pour décrire un phénomène qui existe en dehors de la sphère juridique et qui relève de la production économique. L'entreprise privée a une réalité substantielle qui ne dépend pas de la définition que la science du droit a pu lui donner. Jean HILAIRE constatait qu'il n'y avait pas de réelle de définition juridique de l'entreprise⁷⁰. Cette absence de conceptualisation de l'entreprise privée est en réalité due à une absence de conceptualisation de la propriété privée collective. A côté de la propriété publique -propriété étatique- et la propriété privée individuelle, il existe des formes plus ou moins sophistiquées de propriétés privées collectives⁷¹. Si l'individu a la liberté de contracter, de disposer de son patrimoine, il a également celle de s'associer à d'autres en vue de réaliser une économie ou un profit. Et c'est la notion de personnalité morale qui a permis de protéger la propriété privée commune des associés, en distinguant l'existence d'un patrimoine commun d'un patrimoine propre. HOUPIN explique dans son traité de 1909 que l'existence de la personnalité morale (qui à l'époque n'est pas consacrée par les textes) permet de cloisonner le patrimoine des associés de celui de la société⁷². Or le patrimoine social n'est qu'un patrimoine commun, issu d'un contrat associatif qui a généré une propriété privée collective sophistiquée. Et HOUPIN de conclure, « *si au contraire, la société ne constitue pas une personne morale : chaque associé est copropriétaire, pour sa part, de biens sociaux*⁷³... ». La personne morale de droit privé a permis une sophistication de la propriété privée collective générée par un contrat de société. Néanmoins, la personnalité morale est une image, voire une métaphore, et l'erreur est sûrement d'avoir cru que c'était une véritable personne. Dans une démocratie libérale, seul l'être humain est une véritable personne.

L'entreprise privée découle du fondement de l'ordre juridique : la démocratie libérale

L'entreprise privée est d'abord une liberté économique d'une ou de plusieurs personnes physiques et cette possibilité n'a jamais été amendée, l'ordre juridique français n'est jamais devenu collectiviste avec une propriété publique des moyens de production comme ce fut le cas en Union soviétique par exemple. L'entreprise privée, tant au niveau des concepts micro-

⁷⁰ J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.341-353, p.341

⁷¹ P. CATALA, Trois figures de la propriété collective°, Famille et Patrimoine, Puf doctrine juridique,° p.107 et s.

⁷² Ch. HOUPIN, Traité général, théorique et pratique, des sociétés civiles et commerciales, 4^e édit., Tome II, Paris 1909 p.12, n°12

⁷³ Ch. HOUPIN, Traité général, théorique et pratique, des sociétés civiles et commerciales, op.cit.

juridiques que macro-juridiques, c'est-à-dire des principes matriciels qui fondent notre ordre juridique fut, et est toujours, une faculté juridique offerte par l'ordre juridique. Or notre ordre juridique est une démocratie libérale⁷⁴, c'est-à-dire que l'individu doit être protégé en tant que tel, peu importe le groupe, ethnique, religieux, politique, social auquel il peut être rattaché. Cette conception forgée par des siècles de réflexion a pris corps avec la Révolution française, qui fut une Révolution libérale. De la liberté individuelle reconnue à l'individu par l'ordre juridique naît la possibilité de s'associer. Avec la reconnaissance de la liberté de louer son travail, la Révolution a également entériné la possibilité d'un marché du travail et donc permis à des entrepreneurs de louer du travail⁷⁵. Le XIX^e siècle, siècle de la Révolution industrielle, a permis la constitution de très grandes entreprises grâce à l'octroi de libertés économiques. Ce siècle sera également celui du perfectionnement de la société de capitaux considérée par LIPPMANN comme « *La plus grande découverte des temps modernes, plus précieuse que celle de la vapeur et de l'électricité* »⁷⁶.

Entreprise et les notions fondamentales du droit de propriété

Guillaume DRAGO explique que « *Le droit de propriété est ainsi la matrice des droits économiques*⁷⁷ ». Si la définition du droit de propriété n'est pas si aisée, on peut néanmoins préciser que ce droit est le fondement de notre ordre juridique et plus généralement de tous les ordres juridiques construits sur la démocratie et le marché⁷⁸. La faculté de s'approprier les fruits de son travail est une faculté fondamentale qui se traduit juridiquement par les notions de capacité et de patrimoine. Le Code civil post-ordonnance de 2016 réitère que la capacité est le principe chez la personne physique contrairement à la personnalité morale de droit privé⁷⁹. L'idée que la force de travail est une quasi-propriété de l'individu et que celle-ci doit être protégée car elle est parfois le seul actif pour celui qui n'a pas d'autres biens est déjà présente chez LOCKE et chez SMITH. Thierry REVET l'a conceptualisée sur le terrain du droit⁸⁰. La force de travail, bien qu'incessible, est un actif qui fait partie du patrimoine de tout individu capable de travailler. Si la force de travail est un capital, c'est par un contrat que celle-ci peut

⁷⁴ Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978

⁷⁵ Le marché du travail est plus ancien que la Révolution mais c'est avec celle-ci qu'il put se généraliser : V. F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme/A.COLIN* 1979, Livre de poche Tome 2° : Les jeux de l'échange, p.45 ; M. XIFARAS, *La propriété Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.44-46 ; Bl. SEGRESTIN, Ar. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Le Seuil, la république des idées 2012, p.34

⁷⁶ Nicholas MURRAY BUTLER cité par Walter LIPPMANN, 1938, p.32 cité par G. RIPERT, « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, 1951, p.51 n°20

⁷⁷ G. DRAGO, *Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture*, CRDF, n°9, 2011, p.31-39

⁷⁸ Y. CHAPUT, *La constitutionnalité et l'économie de marché* in CREDA, *L'entreprise et le droit constitutionnel*, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccp.fr> p.60

⁷⁹ Article 1145 du Code civil

⁸⁰ Th. REVET, *La force de travail, étude juridique*, préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992

être louée. Le droit de propriété a besoin de la possibilité de passer des actes juridiques pour exister. Un individu propriétaire d'une chose mais qui n'aurait pas le droit de passer des contrats dont l'objet est la chose appropriée, aurait un droit de propriété amoindri, presque inutile. Le contrat, c'est la propriété en mouvement⁸¹. Et l'entreprise privée qui réunit différents facteurs de production les coordonne par le biais de contrats, voire d'actes juridiques de droit privé. Le développement des échanges, de la propriété privée et de la division du travail explique l'apparition de grandes entreprises. Dans une économie capitaliste sans grande entité économique, la question de la direction des sociétés n'existe pas car la fonction de direction est assurée par les propriétaires. Confier des entreprises à certains associés ou à des tiers est le fait d'une division du travail accrue. Mais il est important de préciser que tous ceux qui se mettent au service d'un groupement relevant du droit privé, personnifié ou non, le font parce qu'ils l'ont voulu. Ce point nous amène à distinguer le pouvoir issu de la propriété du pouvoir issu de la souveraineté.

Pouvoir de propriété et pouvoir de souveraineté : différences entre l'organisation relevant du droit privé et l'Etat personne morale

Comme Jacques CHEVALLIER l'écrivait, « *le droit public a été bâti à partir d'un principe fondamental d'unilatéralité et non réciprocité du rapport d'obligation*⁸² ». Le fait de rendre la justice, de lever des impôts est le cœur de cette faculté de générer des actes juridiques unilatéraux créateurs d'obligations pour autrui. Cette faculté est impossible pour une personne privée, qui ne peut jamais rendre une autre personne débitrice, par sa seule volonté. Ce pouvoir de création d'obligation à la charge d'autrui est ce que nous appelons un pouvoir de souveraineté. Or parfois, le pouvoir au sein des grandes organisations, des grandes entreprises, des multinationales présentes sur tous les continents a été assimilé à un pouvoir de souveraineté. Il n'en est rien. Le pouvoir au sein d'une grande entreprise peut ressembler à celui exercé dans une grande administration relevant du droit public mais le pouvoir privé dérive toujours d'un consentement. C'est un pouvoir issu de la propriété privée, propriété qui a été concentrée par un acte juridique de droit privé qui n'est pas un contrat-échange mais qui est le plus souvent un contrat de droit privé. Or tout contrat de droit privé, toute relation de droit privé sont fondés sur le consentement. L'employé est subordonné à l'employeur mais c'est une subordination acceptée, tandis que la souveraineté se caractérise par un pouvoir de commandement unilatéral que l'Etat détient sur ses ressortissants⁸³. C'est une dissymétrie juridique, une exorbitance de l'Etat. Certes il existe évidemment de possibles dissymétries de puissance économique auxquelles parfois le droit tente de remédier avec, par exemple, le droit du travail, ou le droit

⁸¹ Comp. avec « en ce qui concerne la propriété privée : seul le moment de la libre aliénation dévoile pleinement l'essence fondamentale de cette institution » E.PASUKANIS (PACHOUKANIS) E. La théorie générale du droit et le marxisme, trad. J.-M. BROHM, préf. K. KORSCH, 1930, 2018

⁸² J. CHEVALLIER, L'obligation en droit public, in APD 2000, L'obligation p.181 et s.

⁸³ J. CHEVALLIER, L'obligation en droit public, in APD 2000, L'obligation p.181 et s., p.182

de la consommation mais il s'agit de remédier à une puissance *de facto* et non à une puissance reconnue par le droit.

Particularité de la rémunération du dirigeant social

Or si le travail de gestion fourni par un dirigeant à l'entreprise dirigée est un facteur de production comme un autre, le dirigeant social est néanmoins titulaire de la gestion du patrimoine. Et c'est de ce patrimoine dirigé que la rémunération du dirigeant est, en général, versée. C'est la différence avec un prestataire de service classique, dont la rémunération est payée par le transfert d'une valeur monétaire du patrimoine du créancier du service vers celui du prestataire. Le mandataire en charge du groupement, propriété privée collective, exerce des pouvoirs dont l'origine semble bien être un contrat malgré le fait que certaines prérogatives découlent de la loi⁸⁴. Mais le mandataire social, parce qu'il est gestionnaire du patrimoine qui appartient aux membres du groupement peut disposer d'informations que les associés, délégués du pouvoir n'ont pas. Toute la théorie économique de l'agence⁸⁵, qui a donné lieu à la réflexion sur la *corporate governance*, est fondée sur cette possible asymétrie d'informations qui nécessite, dans les grandes entreprises de mettre en place des contrôles. Mais si tout le monde s'accorde sur le fait que des mécanismes de contrôle sont nécessaires pour pallier le déficit d'informations des associés, là se pose la question de savoir si ces mécanismes doivent être issus de l'Etat ou de la pratique commerciale ?

Rôle de l'Etat et de la grande entreprise

Si les hommes sont associés pour faire des entreprises communes bien avant l'apparition d'Etats modernes et a fortiori, de l'apparition de l'Etat de droit⁸⁶, l'Etat peut avoir son mot à dire en matière de régulation. L'Etat protège déjà l'entreprise privée indirectement, par la notion d'Etat de droit, avec notamment le phénomène de fondamentalisation des libertés économiques, tant au niveau interne qu'euro-péen. L'Etat protège également le marché, tant par le droit de la concurrence qui veille à ce que des entités privées ne confisquent pas *de facto* la possibilité pour d'autres entités de pénétrer un marché mais aussi par la garantie de différentes libertés économiques, comme la liberté d'entreprise, d'entreprendre, la liberté contractuelle, liberté du travail qui sont des libertés qui découlent de la liberté individuelle.

Annnonce du plan

⁸⁴ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, 2009 p.689 et s.p.724, n°48 et s.

⁸⁵ P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés » études SAYAG, 1997, p. 227 et s. p.228 ; D. MEURS, La rémunération du travail, PUF, collec. Que sais-je ? , p.41

⁸⁶ E. SZLECHTER, Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, étude de droit comparé, préface de M. Georges BOYER, 1947

La question de la nature de la rémunération renvoie à de nombreuses problématiques qui dépassent la seule sphère du droit économique. La recherche de la vérité de l'essence exacte de la rémunération du dirigeant revient à quitter le seul droit des sociétés analysé en première partie afin de comprendre quelle est la cause exacte de la rémunération des dirigeants. Dans une grande entreprise où la division du travail est assez poussée, le facteur de production qu'est le travail de gestion est d'une nature économique hybride qui est à cheval entre le travail subordonné classique et le travail de gestion d'un capital, assuré d'une manière indépendante. Le dirigeant social est à la croisée des chemins au niveau économique mais également au niveau du droit où la conceptualisation exacte du travail fourni n'a pas été réalisée d'une manière satisfaisante. C'est en étudiant ce qu'est précisément une entreprise privée et en différenciant cette notion d'autres notions utilisées que l'on peut comprendre son réel fonctionnement. L'entreprise privée est une notion fondamentale, souvent perçue comme une chose corporelle, alors qu'elle est historiquement, et toujours selon nous, d'abord une liberté, celle d'un entrepreneur ou d'un groupement d'entrepreneurs réunis par un contrat. Contrat dont la nature n'est pas un contrat-échange mais un contrat associatif. En revanche la gestion déléguée contre rémunération est toujours un contrat-échange qui vient parfois s'insérer dans un enchevêtrement de relations juridiques de droit privé, parfois compliqué. Dans un ordre juridique fondé sur la liberté d'entreprendre/d'entreprise protégée par l'Etat, la relation juridique entre celui qui loue son travail de gestion par le biais d'un contrat de service au profit d'un propriétaire ou d'un groupement de propriétaires, est toujours d'une nature identique. Par conséquent la rémunération perçue par un dirigeant d'entreprise est d'une nature identique, indépendamment de la forme juridique que l'entrepreneur a choisie, bien que ce choix puisse avoir des conséquences sur le degré d'impérativité subi.

La première partie sera donc consacrée à l'apparente dualité de nature de la rémunération, et la seconde à la mise en exergue d'une nature de la rémunération semblable en toute occurrence.

Partie I L'existence d'un conflit de qualification de la rémunération

« On ne peut comprendre l'évolution de notre législation civile depuis un siècle et demi, si on ne tient pas compte de la forme de l'économie »⁸⁷

En droit des sociétés, il est désormais couramment admis que la rémunération ainsi que la société, du moins certaines formes sociales, auraient une nature mixte entre l'analyse contractuelle et l'analyse institutionnelle. Initialement considéré comme « le plus contractuel des contrats⁸⁸ », le contrat de société a vu cette nature contractuelle mise à l'épreuve tout au long du vingtième siècle. Récemment encore un auteur écrivait à propos d'un article du projet de réforme devenu une disposition de la loi SAPIN II, mettant en place le double vote contraignant des actionnaires de sociétés cotées sur la rémunération des mandataires de sociétés cotées, que ce *say on pay* contraignant était contraire « à la nature institutionnelle » de la société anonyme⁸⁹, un autre auteur expliquait que la rémunération revêtait un caractère institutionnel bien que dans les faits elle relève d'un accord de volontés⁹⁰. La vision institutionnelle est solidement ancrée dans le discours doctrinal du droit des sociétés pour expliquer certains mécanismes, certains phénomènes. Pourtant les critiques sont récurrentes: il y a plus de soixante-cinq ans, RIPERT écrivait que l'institution était à la mode alors que l'expression est bien vague⁹¹. Puis RIPERT précisait que la notion d'institution était surtout un terme employé pour désigner ce qui ne relève pas du contrat dans la société, pour désigner le fait que la société soit devenue une sorte de « machine juridique » conçue en série par le législateur, un « prêt-à-fonctionner » laissant peu de place à la volonté⁹². Cette vision institutionnelle fut parfois aussi partagée par une doctrine économique qui opposa les organisations aux marchés : la firme expliquée par la théorie des coûts de transaction fut perçue comme un fonctionnement d'une manière antagoniste au marché. L'entreprise aurait

⁸⁷ G. RIPERT, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951 p.6

⁸⁸ J.-C. MAY, La société : contrat ou institution, in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004 p.123

⁸⁹ A. HAMELLE, Say on pay ?. - L'actionnaire et la société, le contrat ou l'institution, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 18 Juillet 2016, doct. 867

⁹⁰ J. de CALBIAC, « Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise », thèse Paris 2010, p.69, n°124 :

⁹¹ G. RIPERT, « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, 1951, n°40, n°126 p.278

⁹² G. RIPERT, « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, 1951, n°46

une personnalité légale lui permettant de passer des contrats dans ses rapports externes mais ne serait pas organisée par le contrat dans ses rapports internes⁹³. Tout ne serait pas contractuel dans la société et la relation dirigeant- société serait également empreinte d'institutionnalité. Plus de soixante-cinq ans après Ripert, le discours institutionnel est toujours présent dans le droit.

Tout est politique ?

De nombreux auteurs rechignent à chercher les fondements de la règle de droit en se cantonnant à une description formelle de cette dernière. En réalité, il faut, comme l'écrivaient deux auteurs, s'affranchir d'une conception du droit « *comme savoir technique accessible aux seuls experts capables d'inventer des solutions indiscutables*⁹⁴ », afin de tendre vers une conception qui accepte que les « *choix juridiques soient politiques*⁹⁵ ». Car il existe parfois une certaine réticence des juristes à admettre que chaque règle de droit a une implication politique au sens premier du terme politique⁹⁶. Les procédures ne sont jamais neutres. Et la règle de droit économique peut avoir une incidence énorme sur l'ordre social-économique et sur le développement d'une communauté humaine. Par exemple, l'économiste H. de Soto, ainsi que d'autres auteurs, formulent l'hypothèse que l'essor extraordinaire qu'a connu l'Occident depuis un demi-millénaire serait dû en partie à la protection de la propriété privée par le pouvoir politique et cette protection du droit de propriété est forcément politique au sens large et noble du terme. La théorie institutionnelle, qui ne concerne pas que le droit⁹⁷, fut une réaction à l'individualisme libéral. Avec la théorie institutionnelle, les hommes deviennent « *l'organe d'un être collectif*⁹⁸ ». Et cet être collectif a une existence qui lui est propre bien qu'il ne « *vive que de la vie des hommes qui la lui prêtent*⁹⁹ ». Or le libéralisme construit sur des simples contrats ne permettrait pas de lier les hommes d'une manière durable et surtout, ne permettrait de faire émerger l'intérêt général au sein d'une

⁹³ Cette vision institutionnaliste de l'entreprise fut remise en cause par certains auteurs économistes, qui ont expliqué que l'entreprise était un « marché interne » : JENSEN, MECKLING « Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure 1976 ; H. LEPAGE, Pourquoi la propriété, Pluriel inédit. P.180

⁹⁴ Th. CLAY, S. ROBIN-OLIVIER, in avant-propos de l'ouvrage V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, A qui profite le clic ? Le partage de la valeur numérique, Odile Jacob coll. Corpus 2015 p.9

⁹⁵ Th. CLAY, S. ROBIN-OLIVIER, in avant-propos de l'ouvrage V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, « A qui profite le clic ? Le partage de la valeur numérique » Odile Jacob coll. Corpus 2015 p.8

⁹⁶ Le grand Robert de la langue française, entrée politique, I,1 : « Relatif à la cité [...] Relatif à la société organisée »

⁹⁷ D. DULONG, Encyclopaedia Universalis, entrée ° institution° ; En économie, « la notion d'institution est comprise comme une construction sociale des actions économiques individuelles » J.-J. GISLAIN, Encyclopaedia Universalis, °INSTITUTIONNALISME, économie° ; Sur la notion en sociologie notamment chez DURKHEIM

⁹⁸ M. BOUVIER, « L'institution contre le contrat dans la pensée juridique et politique de Georges RENARD », in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004, p.16 et s., p.26

⁹⁹ M. BOUVIER, « L'institution contre le contrat dans la pensée juridique et politique de Georges RENARD...op.cit. p.26

communauté d'êtres humains. Le contrat, qui est le véhicule juridique d'une économie de marché¹⁰⁰, devient suspect aux yeux des institutionnalistes. Et de grands institutionnalistes comme HAURIUO et son disciple RENARD -fervents chrétiens¹⁰¹- voulaient proposer une troisième voie entre les doctrines socialo-marxistes et doctrines libérales de leur époque. Et pour ce fait, la théorie institutionnelle propose une vision construite sur une « métaphore organique » où le corps forme un tout à la différence de la pensée libérale qui atomiserait la société, en ne prenant en compte que le prisme de l'individu. A l'instar de Gustave Le Bon et de son livre « psychologie des foules » où la foule serait un phénomène tangible et distinct de l'individu, les publicistes de l'époque ont imaginé une théorie où le groupement aurait une existence autonome de celle de ses membres, se structurant autour d'une autorité acceptée par les membres du groupement.

L'avènement du paradigme institutionnel

L'émergence de l'idée de personnalité morale depuis le milieu du XIX^e siècle a certainement joué un rôle dans la diffusion de la théorie institutionnelle en droit des sociétés. De surcroît, l'augmentation des règles impératives en droit des sociétés fut analysée comme une validation par le législateur de la réalité du groupement¹⁰². La théorie institutionnelle permettrait d'expliquer un régime exorbitant où les « organes » sociaux auraient des prérogatives légales, et non des prérogatives qui découleraient des statuts de la société dirigée. Autrement dit le pouvoir des dirigeants aurait pour source un acte juridique unilatéral pris par l'organe compétent, qui lui-même aurait pour source la loi et n'aurait pas pour origine le contrat de société. Par conséquent, la vision institutionnelle bien que théorique et doctrinale, modifia la technique juridique en instillant l'idée que la rémunération du dirigeant social n'était pas corrélée à l'accomplissement d'une prestation de direction. La vision institutionnelle de la société dont les scories sont encore importantes malgré un certain reflux, a insufflé l'idée qu'il n'y aurait pas d'interdépendance entre la prestation de service dont le dirigeant est débiteur et la rémunération dont il est créancier. Mais en réalité cette vision institutionnelle s'inscrit dans un courant plus large, fondé sur une métaphore organique et sur une sorte d'anthropomorphisme où la personne morale, voire l'entreprise, sont considérées

¹⁰⁰ M. FLAMANT, Histoire du libéralisme, PUF, « Que-sais-je » ?, 2e édit. p.81

¹⁰¹ Cette précision est utile car des auteurs estiment que la théorie de l'institution puise son fondement dans le christianisme : c'est une « véritable éthique prenant sa source dans la philosophie chrétienne la plus sûre à ses yeux, celle de Saint Thomas d'Aquin ». M. BOUVIER, L'institution contre le contrat dans la pensée juridique et politique de Georges RENARD, p.16 et s. in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004 ; v. aussi A. . SUPIOT, Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise, European University Institute Law Department PUF, décembre 1985, PDF décembre 2015 p.621 et s, p.623

¹⁰² FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005, n°5

comme des entités autonomes et affranchies des personnes physiques qui les composent. L'émergence de l'idée de personnalité morale puis sa reconnaissance par l'ordre juridique a certainement donné des arguments à la vision institutionnaliste du droit des sociétés. Le droit des sociétés et notamment entre 1940 et 1966 était structuré par la notion de personnalité morale. Des auteurs définirent le droit des sociétés sous le paradigme institutionnaliste « *comme l'ensemble des règles par lesquelles la personne morale sociétaire exprime sa volonté, c'est-à-dire l'organisation des rouages, des organes, des procédures de délibérations, grâce auxquels la personne morale sociétaire prend des décisions*¹⁰³ ». Et un droit des sociétés construit sur l'idée de personne morale eut pour conséquence d'être fondé sur des actes juridiques unilatéraux et non des conventions. La relation « dirigeant- société dirigée » a été expliquée par le prisme d'une double relation unilatérale avec parfois des décisions de justice qui ont assimilé la rémunération à un traitement de fonctionnaire, modifiable unilatéralement par l'organe compétent. Mais depuis plusieurs décennies, le droit des sociétés a été déstructuré et restructuré autour de la notion de contrat¹⁰⁴. La relation dirigeant société – sous l'impulsion de différents courants dont la *corporate governance*- est de nouveau perçue par le prisme contractuel, comme étant une relation « fiduciaire » fondée sur la confiance¹⁰⁵. Par conséquent, la rémunération du dirigeant social est donc considérée comme étant une contrepartie et la dernière réforme instaurant le double vote contraignant des actionnaires de sociétés anonymes cotées vient entériner une succession de réformes fondées sur un prisme contractuel. Certains auteurs évoquent une contractualisation du droit des sociétés, contractualisation qui serait d'ailleurs commune à d'autres branches du droit¹⁰⁶. Mais le droit des sociétés français fait partie d'un ordre juridique qui défend certaines libertés économiques, érigées en normes fondamentales et protégées par les ordres juridiques européens supranationaux. Et malgré une inflation importante de normes concernant les entreprises, notamment les plus importantes, l'entreprise, qu'elle soit personnifiée ou non, est fondée d'abord sur la volonté privée d'une seule personne ou de plusieurs et c'est de cet

¹⁰³ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, Les grandes questions du droit économique Introduction et documents PUF, coll. Quadrige manuels 2005 p.28

¹⁰⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, Les grandes questions du droit économique Introduction et documents, PUF, coll. Quadrige manuels 2005 p.29

¹⁰⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, op.cit., p.29

¹⁰⁶ En réalité, nous verrons en seconde partie qu'il n'y a pas de contractualisation ou de recontractualisation du droit des sociétés car celui-ci n'a jamais quitté la sphère du droit privé et du droit économique. L'économie d'un ordre juridique libéral ne fonctionne sans des notions fondamentales de droit que sont les personnes, la propriété privée et le contrat. Les courants doctrinaux et la pratique du droit des sociétés qui ont tenté d'importer la vision institutionnaliste et/ou organiciste en droit des sociétés se sont fondés sur une vision tronquée de l'ordre juridique. Tant que la nature macro-juridique de notre système juridique sera le marché et la démocratie libérale, il est absurde de considérer que le droit des sociétés puisse être dissocié des grandes notions fondamentales de droit économique que sont la propriété privée et le contrat. Autrement dit, tant que les entreprises privées en tant que biens sont la propriété de personnes privées, elles seront organisées par le contrat et la propriété privée.

acte juridique que naissent les prérogatives des éventuels dirigeants sociaux. Les théories institutionnalistes pourraient être vraies dans un ordre juridique où le système économique n'est plus fondé sur le marché comme ce fut le cas par exemple en Europe de l'Est. Mais un système juridique est composé de normes qui ne sont pas forcément toutes cohérentes entre elles et aujourd'hui encore, il faut accepter que l'analyse institutionnelle continue d'imprégner le droit des sociétés, notamment en ce qui concerne la rémunération des dirigeants malgré un recul évident de celle-ci. Le droit positif n'a pas complètement accompli sa mue et il reste aujourd'hui encore des scories de la vision institutionnaliste et organiciste. On le voit notamment avec la rémunération où il existe une dichotomie entre rémunérations qui relèveraient d'une convention réglementée et celles qui seraient d'une compétence exclusive de l'organe compétent. A terme, on peut supposer que cette dichotomie ne se maintiendra pas et si la nature de notre ordre juridique n'est pas modifiée, on peut parier que la «contractualisation» du droit des sociétés continuera car elle est inhérente à la réalité macro-juridique qui découle des droits fondamentaux, droits qui constituent les principes matriciels des Etats de droits européens.

On verra donc dans un Titre I comment s'est déroulé le processus d'institutionnalisation de la rémunération des dirigeants ; ce processus est en réalité lié à une conception institutionnelle de la société, voire de l'entreprise. L'avènement de la conception institutionnelle est lié à une certaine vision de l'entreprise, analysée par le prisme d'une relation de pouvoir issu du droit public. Ensuite la conception institutionnelle de la société et donc de la rémunération, malgré son antagonisme doctrinal avec un ordre économique fondé sur le marché, a imprégné la grande loi de 1966 réformant le droit des sociétés. Ce qui a abouti à la survivance d'une conception institutionnelle de la rémunération dans certaines occurrences. (Titre II)

Titre I L'institutionnalisation de la rémunération des dirigeants

« Je scandalise parfois les professeurs de droit civil en leur disant que si l'on fait abstraction du droit de la famille, le code Napoléon, malgré ses 2281 articles, ne contient en réalité que trois règles que voici : 1° la règle qui impose le respect de la propriété individuelle ; 2° celle qui reconnaît la force obligatoire des contrats ; 3° celle enfin qui oblige quiconque a par sa faute occasionnée un dommage à autrui à le réparer. Toutes les autres dispositions sont uniquement constructives, destinées à mettre en œuvre ces trois normes et s'adressent exclusivement aux juges¹⁰⁷ »

Par institutionnalisation de la rémunération, on entend le processus d'après lequel la rémunération n'a plus été appréhendée comme l'objet d'une obligation contractuelle mais comme étant le fruit d'une décision unilatérale. On a vu précédemment en introduction que la question de la rémunération des dirigeants sociaux était certes peu traitée au XIX^e siècle mais néanmoins considérée comme étant issue d'un contrat. Dès 1815, PARDESSUS évoque dans l'un des plus anciens manuels de droit commercial le fait que lorsque les associés sont nombreux, ils peuvent confier la direction des affaires à d'autres associés « ou même à des mandataires non associés¹⁰⁸ ». Jusqu'à une bonne partie du XIX^e siècle, la relation dirigeant-associés est considérée comme résultant d'une délégation de pouvoir consentie par un contrat de mandat. Mais avec l'apparition de grandes entreprises, l'idée de l'existence d'un corps moral distinct des associés va émerger au cours du XIX^e siècle. L'entreprise ne va plus être appréhendée par le droit mais par l'analyse économique, qui n'a cessé de monter en puissance au XIX^e siècle. Or la notion d'entreprise est peut-être une des plus fuyantes du droit économique car elle fut d'abord une pratique avant d'être conceptualisée. L'entreprise est une organisation productive disposant d'une certaine autonomie et qui combine différents facteurs de production afin de produire des biens et des services destinés à être vendus à des clients sur le marché¹⁰⁹. La question de la propriété de l'entreprise est une des questions les plus complexes et les plus débattues car elle renvoie aux fondements de l'ordre juridique. Or à une époque où l'Etat social n'était pas développé comme aujourd'hui, analyser l'entreprise

¹⁰⁷ L. DUGUIT, « Leçons de droit public général » Editions la mémoire du Droit, 2000 p.49

¹⁰⁸ J.-M. PARDESSUS, Cours de droit commercial, Tome troisième, Paris 1815, p.24, n°979 et s.

¹⁰⁹ C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, Economie, Sirey 2016, p82 ; infra Partie II, Titre I, chapitre I

par le seul prisme du droit des contrats et du droit des biens aurait peut-être été considéré comme contraire à la justice et l'équité. Et il fut sûrement tentant et pas seulement dans le domaine du droit, de voir l'entreprise comme un tout, autonome et distinct de ses propriétaires et fondateurs. Et l'analyse institutionnelle de la rémunération n'est que la conséquence d'une vision institutionnelle de la grande entreprise. A. SUPIOT avait déjà mis en exergue il y a plus de trente ans l'opposition entre ce qu'il appelle une vision libérale ou contractuelle de l'entreprise et la vision communautaire ou institutionnelle. « *Dans la perspective institutionnelle, l'entreprise est au contraire analysée comme une organisation réunissant dans une même communauté les détenteurs du capital, les salariés et, un peu plus récemment, ce que J.K. GALBRAITH appelle la technostructure et que RIPERT appelait simplement la direction* ¹¹⁰ ». Cette perspective institutionnelle de l'entreprise est également liée à une certaine acception de la notion de personne morale, qui a été perçue comme une sorte d'être magique à l'intérêt transcendant. Marcel WALINE expliquait dans son précis de droit public que Maurice HAURIOU partisan de la théorie institutionnelle était également un partisan de la théorie de la réalité de la personne morale où la personnalité juridique aurait une existence réelle « ne dépendant pas du caprice du législateur ». Derrière des débats techniques, la qualification institutionnelle de la rémunération est en réalité un débat de politique et pas seulement de politique juridique. Le discours institutionnaliste qui voit les entités économiques productrices de biens et/ou de services comme des entités autonomes est le fruit d'une idéologie communautaire où la direction de l'entreprise, « le capital » et « le travail » seraient réunis. On remarque que cette vision communautaire s'est d'abord incarnée dans la théorie de la personnalité morale (réalité technique, voire fictionnelle), puis par la théorie institutionnelle et ensuite avec la doctrine de l'entreprise. Ces différentes visions communautaires peuvent se cumuler et ne paraissent pas fondées rationnellement. Il est possible peut-être de voir dans ces théories fondées sur une vision anthropomorphe et organique de l'entreprise privée, une volonté de dissocier l'entreprise de ceux qui l'ont fondée. Et Alain PEYREFITTE, faisait d'ailleurs le constat de la dissociation regrettable entre entrepreneurs et entreprise¹¹¹. Et cette volonté de dissocier l'entreprise privée de ceux qui l'ont fondée, en allant parfois jusqu'à nier le droit de propriété des fondateurs, s'explique peut-être par une défiance spécifiquement française à l'égard du marché et de la concurrence¹¹². De même qu'il existe une forte suspicion en France à l'égard de la gouvernance capitaliste où « *des investisseurs délèguent le pouvoir de décision à une équipe*

¹¹⁰ A. SUPIOT, *Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise*, European University Institute Law Department PUF, décembre 1985, PDF décembre 2015 p.621 et s, p.623

¹¹¹ A. PEYREFITTE, *La société de confiance*, Edition Odile Jacob, 1995, p.22

¹¹² « [Les Français] sont au monde quasiment les plus méfiants vis-à-vis du marché et de la concurrence. » J. TIROLE, *Economie du bien commun*, PUF, 2016, p.208

*de direction sur laquelle ils peuvent en principe exercer un droit de regard*¹¹³ ». Et le débat actuel sur la réforme des articles 1832 et 1833, où le gouvernement voudrait élargir l'objet social des sociétés, semble fondé sur ces mêmes prémisses : une volonté française d'une union entre tous les acteurs de l'entreprise car il existe un doute teinté de moralisme à l'égard de l'entreprise purement capitaliste. Pourtant Jean TIROLE affirme que les entreprises « capitalistes » seraient plus viables que celles où le pouvoir des décisions est aux mains des salariés¹¹⁴. Et la réussite exceptionnelle, voire menaçante, des GAFAM¹¹⁵ semble confirmer les analyses du prix Nobel. Mais de toute façon, la question de la propriété et de l'intérêt de l'entreprise n'obéit souvent pas à une démonstration juridique ou économique mais relève le plus souvent d'une passion ou d'une idéologie politique. Et avec en filigrane, une volonté politique de vouloir contrôler le « capital », par essence jugé dangereux. Les différentes théories de la personnalité morale, institutionnaliste, de la doctrine de l'entreprise véhiculent une métaphore organique où l'intérêt de l'entreprise transcenderait les intérêts des différentes parties. Cette vision du droit a imprégné le droit positif à partir des années 40.

Doctrine personaliste et doctrine libérale

La qualification d'institution pour désigner une rémunération, voire la forme sociale tout entière, renvoie à un corpus d'analyses fondées sur la prééminence de l'Etat sur la volonté privée, en ce qui concerne l'organisation de l'entreprise privée. D'après cette conception, ce n'est pas la volonté privée mais l'Etat qui serait le plus à même d'organiser l'entreprise privée¹¹⁶. Les doctrines que l'on peut qualifier de personalistes regroupent un ensemble hétérogène de visions de l'entreprise (du contrat de société, de la « fin de l'entreprise

¹¹³ J. TIROLE, *Economie du bien commun*, PUF, 2016, p.238

¹¹⁴ « L'idée selon laquelle une gouvernance donnant la part belle aux financeurs peut être bénéfique aux salariés est contre-intuitive... ». J. TIROLE, *Economie du bien commun*, PUF, 2016, p.242-243

¹¹⁵ Acronyme de Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft

¹¹⁶ L'entreprise privée surtout la grande est considérée comme porteuse d'un intérêt qui transcende l'intérêt « égoïste » des entrepreneurs (capitalistes associés). Il est donc légitime que celle-ci soit d'abord organisée par l'Etat selon cette conception. Avec l'avènement de l'Etat providence, l'idée est partagée par beaucoup que seul l'Etat peut défendre l'intérêt général, qui devient l'instigateur du social et le promoteur du service public. Cet « esprit du service public » (J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, *Que-sais-je ?*, p.37 et s. spé. P.39) va créer un formidable prestige pour les serviteurs (notamment les hauts commis) de l'Etat et un certain tropisme voudra faire des dirigeants des plus grandes entreprises françaises une sorte de fonctionnaires sociaux chargés de défendre un intérêt social compris comme étant l'intérêt de tous les membres de l'entreprise (Stake Holder theory). Mais des grands juristes américains expliquent que la conception étatique dans les grandes sociétés cotées, modèles du Japon et de la France, a été abandonnée en droit Français dans la décennie 1980 sous Mitterrand : H. HANSMANN R. KRAAKMAN, *The end of story of corporate law*, : « Technocratic governmental bureaucrats, the theory went, would help to avoid the deficiencies of the market through the direct exercise of influence in corporate affairs. This approach was most extensively realized in post-war France and Japan. [...] Important landmarks on this path include the rise of Thatcherism in England in the 1970s, Mitterrand's abandonment of state ownership in France in the 1980s, and the sudden collapse of communism nearly everywhere in the 1990s. »

privée ») mais qui ont pour point commun de penser l'entreprise et/ou la société personne morale comme étant une entité abstraite dissociable et dissociée de « ses propriétaires », une entité distincte des entrepreneurs-entendus dans le sens de propriétaires¹¹⁷. L'entreprise, la personne morale auraient un intérêt propre distinct de celui de l'Entrepreneur qui l'a fondée ou qui l'exploite. Avec cette conception, l'organisation de l'entreprise serait d'abord la conséquence du droit objectif et de la volonté publique (volonté de l'Etat) et moins celle des associés ou de l'entrepreneur individuel. La théorie institutionnelle de la société et par conséquent, du statut des dirigeants sociaux, renvoie à cette idée de la prééminence des règles d'ordre public sur la volonté privée pour organiser l'entreprise¹¹⁸ : l'idée d'un complexe de normes fixées unilatéralement par la puissance publique a remplacé la conception contractuelle de la société. Cette unilatéralité rejallirait sur le statut des dirigeants. Le dirigeant social d'une société anonyme aurait une rémunération dite institutionnelle car fixée unilatéralement par une procédure encadrée par le droit des sociétés. La source de cette rémunération ne serait donc pas ou plus conventionnelle. En revanche, dans les sociétés où le législateur a été taiseux, la rémunération serait d'une nature contractuelle.

Annnonce du plan

Les idées, à l'instar des organismes vivants, évoluent en même temps que leur diffusion. Tout savoir humain est historique. Si de nombreux auteurs ont déjà émis de nombreuses critiques à l'égard du caractère flou du régime juridique induit par la notion d'institution¹¹⁹, c'est la connaissance historique d'un phénomène qui permet bien souvent de le dépasser. . Il convient donc dans un Chapitre I de voir comment cette qualification institutionnelle de la rémunération est née, d'où elle vient et comment elle a gagné le droit des sociétés, puis dans un Chapitre II nous verrons quels sont les sous-jacents idéologiques et dans quel contexte économique et politique a pu s'épanouir la vision personnaliste/institutionnelle de la société et par conséquent de la rémunération des dirigeants

¹¹⁷A. SUPIOT, Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise, European University Institute Law Department PUF, décembre 1985, PDF décembre 2015 p.621 et s. p.623 : « Dans la perspective institutionnelle l'entreprise est au contraire analysée comme une organisation réunissant dans une même communauté les détenteurs du capital, les salariés et, un peu plus récemment, ce que J.K. GALBRAITH appelle la technostucture et que RIPERT appelait simplement la direction.

¹¹⁸ J. MESTRE, La société est bien encore un contrat, Mélanges MOULY, 1998, II, 131.p.132, « l'image d'une société institutionnalisée, sévèrement encadrée par le législateur et les juges, où l'impérativité chasserait toute velléité de liberté, a sensiblement régressé ».

¹¹⁹ J.-C. MAY, La société, contrat ou institution, in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004 p.122 et s. p.124

Chapitre I Avènement de la qualification institutionnelle de la rémunération

Lorsque l'on parle de rémunération institutionnelle, cette qualification concerne principalement deux formes sociales : la SARL et la SA¹²⁰. Cette qualification fut donnée car la société fut elle-même qualifiée d'institutionnelle. Si la doctrine de l'institution n'est qu'une ramification de la conception personnaliste de l'entreprise, cette qualification dérivée d'analyses publicistes a eu un certain succès avant d'être importée en droit des sociétés. On verra donc ce qu'est la théorie institutionnelle (Section I) avant de voir ensuite sa transposition en droit des sociétés (Section II).

Section I La théorie originelle de l'institution

Contexte historique et économique de l'apparition de l'institution.

Aujourd'hui encore, de nombreux auteurs évoquent la théorie de l'institution pour définir l'essence de la société. Le professeur GUYON écrit dans une préface de thèse de doctorat : « *La thèse rassure car elle confirme que la société a bien une nature dualiste, qui tient à la fois de l'institution et du contrat*¹²¹. ». Si l'institution relève pour nous d'une théorie personnaliste en ce qui concerne sa transposition en droit des sociétés, elle est d'abord une sorte de théorie philosophique du droit proposée initialement par M. HAURIOU et prolongée par de nombreux disciples dans d'autres branches du droit¹²².

Le développement économique du XIX^e siècle a engendré corrélativement un développement de la technique juridique¹²³. Le capitalisme a besoin du Droit pour s'épanouir et se développer car ce que les économistes appellent l'initiative privée n'est pas autre chose que le droit

¹²⁰ Et aujourd'hui peut-être aussi la SAS depuis un arrêt rendu récemment par la Cour de cass. par BRUNO DONDERO, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 51-52, 18 Décembre 2014, 1652

¹²¹ A. MIGNON-COLOMBET, L'exécution forcée en droit des sociétés, préface de Y. GUYON, Economica,

¹²² Une théorie du droit, voire une philosophie du droit ou une sociologie du droit. M. HAURIOU commence sa note parue aux « cahiers de la nouvelle journée » de cette manière : « Les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel : l'opération de leur fondation constitue le fondement juridique de la société et de l'Etat ».

¹²³ G. RIPERT, « Les aspects juridiques du capitalisme moderne » LGDJ, 1951. Selon l'Auteur, le machinisme de l'industrie touche également le droit et « le législateur met alors à la disposition des hommes les mécanismes juridiques utiles à leur transaction. Au fond, quand on qualifie la société d'institution pour l'opposer au contrat, c'est ce que l'on veut dire ».

subjectif¹²⁴. Or la titularité (propriété¹²⁵ ?) d'un droit subjectif est toujours corrélée à de libres prérogatives dont par exemple la liberté contractuelle, c'est-à-dire la liberté de passer des actes juridiques pour mettre la « propriété en mouvement¹²⁶ » ; les biens appartiennent d'abord à ceux qui les produisent¹²⁷ et le contrat est l'outil juridique qui permet la rencontre entre la production et la consommation¹²⁸. Comme l'écrivait R. SAVATIER, la vie économique alimente la vie du droit¹²⁹ et par conséquent l'incroyable développement économique survenu avec la révolution industrielle a eu pour conséquence de multiplier certains actes juridiques qui furent « produits » en série¹³⁰. La standardisation de l'acte juridique avec l'apparition d'une éventuelle unilatéralité en son sein semble éloigner le contrat de son épure originelle : une relation négociée. Par unilatéralité, on entend le fait que l'une des parties au contrat prend l'initiative de déterminer partiellement ou totalement le contenu du contrat¹³¹. L'unilatéralité dans le contrat semble rompre l'égalité, au moins matérielle entre les cocontractants. La partie réputée forte semble imposer, sinon rédiger, seuel le contrat, l'autre partie se contente d'accepter ou de refuser les clauses. De ce constat de pouvoir privé attribué

¹²⁴ P. ROUBIER, Les prérogatives juridiques, A.P.D. 1960, p.65 et s.p.66 : « Sur le terrain de la politique juridique, le droit subjectif n'est d'autre part pas autre chose que la traduction de ce que les économistes nomment l'initiative privée, et nous ne croyons pas que ceux qui voudraient supprimer le rôle de l'initiative privée dans la vie économique, à supposer qu'ils puissent jamais y parvenir, auraient trouvé la voie qui conduit aux sociétés prospères » ; Emmanuelle LAJUS-THIZON, « L'abus en droit pénal », vol. 105 p.4, n°3

¹²⁵ J. LAURENT, La propriété des droits. Préf. Th. REVET, LGDJ Bibliothèque de droit privé, 2012

¹²⁶ Il est trop tôt ici pour le démontrer mais le droit des contrats est en réalité une branche du droit des biens ; le droit des obligations volontaires est une sorte de « droit de propriété en mouvement ». Tout acte juridique contractuel suppose la propriété de quelque chose : d'un bien corporel, incorporel, propriété immatérielle, titularité d'un patrimoine. Pour être débiteur d'une obligation, il faut être propriétaire d'une valeur au sens large du terme. Même pour être créancier, il faut disposer d'un droit minimal qui est la reconnaissance par l'ordre juridique de la titularité d'un patrimoine. L'esclave, celui qui n'est pas reconnu juridiquement par l'ordre juridique ne peut réaliser des actes juridiques mais seulement des voies de fait car il n'a aucun statut juridique reconnu par l'ordre juridique. Le droit à ce que chaque être humain soit titulaire d'une personnalité juridique est donc bien un droit fondamental. A. SUPLOT, « Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit. » Edit. du seuil, points essais 2005 p.11

¹²⁷ R. SAVATIER, La théorie des obligations en droit privé économique, quatrième édit. DALLOZ 1979 p.10, n°8 : « Les disciplines économiques ont, en propre, un dynamisme vital. Les biens n'intéressent les économistes que par leur mouvement. Production des biens, flux de richesses et consommation des hommes sont un mouvement continu. La vie y circule. L'action y est permanente. Or cette même vie économique alimente la vie du droit. Car, dans une société ordonnée, les biens appartiennent, d'abord juridiquement, à ceux qui les produisent ; ces producteurs les lancent ensuite, juridiquement, dans le flux économique, d'un titulaire de droits à un autre titulaire de droits ; et finalement, les hommes ne consomment que les biens sur lesquels ils ont des droits. »

¹²⁸ Infra Partie II, Titre I, Chapitre I

¹²⁹ R. SAVATIER, *ibid.*

¹³⁰ G. RIPERT, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951. N°46 : Selon l'auteur, le machinisme de l'industrie touche également le droit et « le législateur met alors à la disposition des hommes les mécanismes juridiques utiles à leur transaction. Au fond, quand on qualifie la société d'institution pour l'opposer au contrat, c'est ce que l'on veut dire ».

¹³¹ L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la dir. C. JAMIN, D. MAZEAUD, *Economica*, études juridiques not. T. REVET, La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, p.31 et s. ; G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat ». p.168 : « il est de nombreuses clauses conférant un pouvoir unilatéral à l'une des parties »

factuellement à une partie, M. HAURIUO va élaborer une tentative pour appréhender l'ensemble de ces phénomènes où une forme d'unilatéralité est présente : partout où il y a autorité et pouvoir, il y aurait un phénomène institutionnel pour M. HAURIUO¹³². Pouvoir privé, pouvoir public, le pouvoir modifierait la nature de la relation contractuelle.

Définition de la théorie de l'institution.

« 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 des organes, d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures¹³³ ». La théorie de l'institution sert à expliquer « la communion des hommes dans une idée¹³⁴ », c'est-à-dire le fait que les hommes consentent à des catégories juridiques héritées du passé mais qui se perpétuent dans le temps. L'ambition d'HAURIUO est peut-être finalement de conceptualiser l'idée du contrat social de ROUSSEAU ? Pour ROUSSEAU, de la volonté individuelle surgit une volonté générale qui ne peut être réduite à la somme des volontés individuelles¹³⁵. Or l'idée d'institution renvoie à cette volonté générale rousseauiste, elle-même proche de l'idée d'un intérêt général transcendant¹³⁶. Or de l'intérêt général qui transcende l'intérêt particulier et donc la volonté individuelle doit naître un pouvoir jugé légitime. Pourquoi les hommes obéissent et se soumettent-ils à un pouvoir¹³⁷ ? Même s'ils ne sont pas d'accord sur un point particulier, ils consentent globalement à l'ordre juridique. Pourquoi ? HAURIUO justifie ce consentement ou plutôt cette

¹³² M. HAURIUO, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925 ; E. MILLARD, « HAURIUO et la théorie de l'institution », Droit et société 30/31-1995 (p.381-412) p.384 ; J.-T. DELOS, La théorie de l'Institution. La solution réaliste de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. (APD 1931 ?) ; J.-C. MAY, La société : contrat ou institution ? in « Contrat ou Institution un enjeu de société » dir. Par B. BASDEVANT- GAUDEMET, L.G.D.J. p.122 et spé. p.128

¹³³ M. HAURIUO, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925.p.10 ; V. aussi : p. 11, n°4 : Les éléments de toute institution sont au nombre de trois : « Les éléments de toute institution corporative sont...au nombre de trois : 1° Idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social 2° le pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation 3°les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée. »

¹³⁴ Op.cit. J.-T. DELOS, p.101, n°2

¹³⁵ L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai, p.116

¹³⁶ Sur la critique de la notion de volonté générale de ROUSSEAU, V.M. VILLEY, Essor et décadence du volontarisme juridique, p.87 et s., p.94 : « L'idée de volonté générale n'a jamais péché par excès de limpidité : même chez ROUSSEAU, il n'est pas clair si cette prétendue volonté, « toujours droite », plutôt idéale que réalité empirique, ne mériterait pas davantage d'être qualifiée de raison. Cette soi-disant volonté de tous à maintenir l'[é]tat, qui ne voit que c'est une volonté feinte, ou dirigée, une volonté imposée aux individus, parce qu'elle apparaît raisonnable. En vérité la société nous contraint à cette adhésion et feint de s'établir sur elle. L'adhésion à l'ordre social est un devoir, qui repose sur le droit, suppose le droit préexistant. »

¹³⁷ C'est initialement la réflexion philosophique d'E. de la BOETIE...Discours sur la servitude volontaire et également de J.-J. ROUSSEAU

communion par le fait de l'existence d'une idée d'œuvre à réaliser dans un groupement¹³⁸ : « L'institution [...] résulte de la communion des hommes dans une idée. C'est le corps, la réalité, l'être issu de cette communion¹³⁹ ». La théorie de l'institution serait une théorie « antinomialiste », c'est-à-dire hostile à l'individualisme et à ses prétendues dérives, qui cherche à légitimer le pouvoir qui naît au sein des groupements avec toujours l'idée que le pouvoir exercé au nom du groupement doit se faire dans l'intérêt général des membres du groupe¹⁴⁰. Le groupe serait une entité ayant une existence propre indépendante de l'existence de ses membres. La théorie de l'institution et de la personnalité morale comme réalité distincte de ses membres, a donc une essence commune : l'idée que le groupement constitue une réalité propre, comme étant une sorte d'organisme¹⁴¹.

Institution et personnalité morale

Il existe un lien pour ne pas dire une corrélation entre la théorie de la personnalité morale vue comme une réalité objective ou sociologique et la théorie de l'institution. B. OPPETIT avait perçu ce lien dans sa thèse de doctorat¹⁴². Plus précisément, la théorie de l'institution est une des branches des systèmes dits réalistes de la personnalité morale (réalité technique, sociologique etc.) car l'idée sous-jacente de l'institution est bien l'existence d'un intérêt collectif distinct de l'intérêt individuel des membres de la personnalité morale¹⁴³ et cet intérêt collectif est également « une réalité » car le groupe aurait également une existence aussi réelle que celle de l'individu¹⁴⁴. D'ailleurs DELOS explique que les relations sociales et juridiques sont des réalités objectives. Une société n'est pas faite uniquement d'individus et d'un Etat mais également de réalités objectives que sont les institutions¹⁴⁵ : « *Aussi les groupes sociaux, engendrés par le développement de relations sociales, ont-ils une réalité propre ; ils*

¹³⁸ J-T. DELOS, La théorie de l'Institution. La solution réaliste de la personnalité morale et le droit à fondement objectif., p.101, n°2

¹³⁹ J-T. DELOS, La théorie de l'Institution. La solution réaliste de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. p.101, n°2

¹⁴⁰ Que le groupement relève du droit public ou du droit privé car la théorie institutionnelle ne se limite pas à la sphère du droit public bien qu'elle en soit initialement issue. J. CHEVALLIER, conclusion in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B ; BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ

¹⁴¹ G. RENARD, La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. SIREY 1930 p.120-122 : « ...l'institution a sa vie intérieure constituée par les relations de ses organes entre eux ; elle est « organisée », et qui dit organisme, dit différenciation : l'institution est le siège d'une autorité ».

¹⁴² B. OPPETIT, Les rapports des personnes morales et de leurs membres . Nancy, 1963 p.338 : « L'idée selon laquelle la personnalité morale serait une réalité sociale a été essentiellement exprimée par les théoriciens de l'institution, et notamment par le doyen HAURIUO ; ce dernier a élaboré une théorie très générale, celle de l'institution qui synthétise ses tendances essentielles : HAURIUO, réagissant contre l'atomisme individualiste, affirme la prédominance du facteur collectif. »

¹⁴³ G. WICKER rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale°, juin 1998., n°11

¹⁴⁴ J.P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ?, 1ière édit. 1999 p.44

¹⁴⁵ J-T. DELOS, La théorie de l'Institution. La solution réaliste de la personnalité morale et le droit à fondement objectif. p.109-110, n°7

*sont distincts de la somme des membres qui les composent. Non pas des êtres substantiels, comme l'individu humain, mais des corps dont les membres sont unis par de mutuelles relations*¹⁴⁶ ». La théorie de l'institution est comme une certaine vision de la personnalité morale ou de l'entreprise, fondée sur l'existence de corps constitués qui auraient une réalité propre, une individualité distincte de celle de ses membres¹⁴⁷. En réalité, l'opposition entre la théorie institutionnelle de l'entreprise (la grande) et les analyses dites libérales est un problème qui relève de la théorie du droit, voire de la philosophie. Est-ce qu'un groupe social a vraiment une identité propre, une individualité distincte de celle de ses membres ? Les partisans de la théorie de l'institution pensent que oui¹⁴⁸.

Ces visions sont à strictement parler « antilibérales » car elles sont construites sur l'idée que le groupe a une existence réelle et que cette existence réelle doit être représentée par des organes dotés d'un pouvoir. Contrairement à une vision libérale ou jacobine de la société où seuls l'Etat et les individus existent¹⁴⁹, les doctrines de type personaliste dont la théorie de l'institution fait partie, sont fondées sur une idée de l'existence de « corporation » ayant une permanence et une certaine durée. Autrement dit, le groupe existe indépendamment de ses membres et aurait un intérêt supérieur à l'intérêt individuel de chacun des membres. La vision institutionnelle relève de l'opposition millénaire entre l'intérêt individuel et le prétendu intérêt supérieur de la cité. Le philosophe Karl POPPER avait identifié chez PLATON cet attrait pour le collectivisme¹⁵⁰ ; et il semble que la théorie institutionnelle fasse partie de la « famille du collectivisme¹⁵¹ ».

Portée de la théorie de l'institution.

La théorie de l'institution de HAURIUO se veut une nouvelle théorie générale du droit¹⁵². Pourtant il semble qu'il n'y ait pas une seule théorie de l'institution mais des théories

¹⁴⁶ J.-T. DELOS, op.cit p.111, n°7 aussi : « Dire qu'il est doué non pas d'une unité physique, mais d'une unité morale, c'est ne diminuer en rien son objectivité, sa réalité, son unité : c'est seulement préciser sa nature intrinsèque : il est fait de relations, qui créent entre les membres un lien moral, et non point physique »

¹⁴⁷ Ce débat relève comme nous le verrons ultérieurement à propos de la nature de la personnalité juridique d'un débat philosophique qui remonte au nominalisme et à la théorie des universaux. V. aussi W. DROSS, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété » ? RTD Civ. 2015 p.27 et s. p.35 : « la réalité des choses et du monde se réduit-elle aux individualités ? »

¹⁴⁸ N'est-ce pas un retour à la fameuse querelle des universaux où les philosophes se disputaient afin de savoir si « l'universel » a une existence distincte des éléments qui le composent ? V. G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, édit. BNF, extrait de la Revue de LILLE, 1900 n°59 et s.

¹⁴⁹ F.-P. BENOIT, la démocratie libérale, Puf 1978, p.143 et s.

¹⁵⁰ K. POPPER, La société ouverte et ses ennemis, Tome 1 L'ascendant de PLATON, Edit. du Seuil Paris, 1979, p.90

¹⁵¹ Fr.- P. BENOIT, la démocratie libérale, Puf 1978, p.143 : « Le débat du libéralisme et du collectivisme n'est pas en effet une affaire contingente, un moment de la pensée politique, une étape, une simple opposition de tendances. Il est le débat essentiel entre ceux pour qui la réalité fondamentale est la personne humaine et ceux pour qui cette réalité est la société »

¹⁵² E. MILLARD, « HAURIUO et la théorie de l'institution », Droit et société 30/31-1995 (p.381-412)

de l'institution¹⁵³. Selon HAURIOU, l'ordre juridique reposerait donc sur deux matériaux fondamentaux : la personnalité humaine et l'institution¹⁵⁴. L'institution suprême serait l'Etat¹⁵⁵. La distinction que propose HAURIOU entre les personnes humaines et l'institution renvoie à une autre dichotomie, multiséculaire qui est l'opposition entre la loi du groupe et la « loi de l'individu », c'est-à-dire la fameuse distinction entre la loi et le contrat¹⁵⁶, autrement dit l'hétéronomie et l'autonomie¹⁵⁷. Cette distinction repose sur l'observation que deux « techniques juridiques » organisent les relations sociales : la technique contractuelle et la technique réglementaire¹⁵⁸. Dans le premier cas, les parties sont obligées parce qu'elles ont émis une volonté, directement ou par le biais d'un intermédiaire, sans laquelle l'effet juridique n'existerait pas. Cette participation de l'individu à la norme qui va le concerner est une situation qualifiée d'autonomie¹⁵⁹. Dans le second cas, la norme est unilatéralement imposée, l'individu est obligé sans l'avoir voulu¹⁶⁰, c'est que l'on dénomme l'hétéronomie¹⁶¹. Cette distinction revient à opposer le statut à la volonté individuelle, la technique réglementaire à

p.381 et s. spé. P.384 : « C'est ainsi la recherche d'une construction intellectuelle nouvelle qui va au-delà de la description pour tenter de constituer un modèle explicatif s'appliquant, notamment, à l'Etat et au droit. »

¹⁵³ E. MILLARD, op.cit., p.382

¹⁵⁴ G. RENARD, La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. SIREY 1930, p.47

¹⁵⁵ Voir M. HAURIOU, Précis de droit administratif, 6e édité. V. aussi M. HAURIOU, principes de droit public, 1910, réédité par Bibliothèque DALLOZ, préface O. BEAUD, p.126 : « [L'Etat] est l'institution des institutions. »

¹⁵⁶ L. CADIET, Interrogation sur le droit contemporain des contrats, Voir aussi du même auteur, « Une justice contractuelle, l'autre » in mélanges GHESTIN p.177 et s. spé p. 187, ; A. SUPIOT, « Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit. » Edit. du seuil, points essais 2005, p. 9 : « En français courant, on parle de loi et de contrat pour distinguer les deux sortes de liens de Droit qui nous tiennent et nous font tenir ensemble : du côté de la loi se trouvent les textes et les paroles qui s'imposent à nous indépendamment de notre volonté, et du côté du contrat ceux qui procèdent d'un libre accord avec autrui » ; V. aussi G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral, ». Recueil d'études en hommage à Charles EISENMAN, p.205 et s. spé.209

¹⁵⁷ Sur cette fameuse division, v. les travaux de H. Kelsen, théorie pure du droit, p.275 et s. et H. Kelsen, Théorie générale de du droit et de l'Etat, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997 p.257-258.

¹⁵⁸ Comp. avec M. FRIEDMAN, Capitalisme et liberté, édit. Robert Lafont, titre original : capitalism and freedom : p.27-28 : « Il n'y a fondamentalement que deux manières de coordonner les activités économiques de millions de personnes. La première est la direction centralisée, qui implique l'usage de la coercition : c'est la technique de l'armée et l'Etat totalitaire moderne. La seconde est la coopération volontaire des individus : c'est la technique du marché. »

¹⁵⁹ Sur cette distinction, article de référence de H. Kelsen « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s. spé. p.63, p.64 n°21 : Quels sont les sujets obligés par la convention ? « l'individu, que la norme liera, participera ou ne participera pas à son élaboration. » [...] « La loi dans l'autocratie, dans la monarchie absolue représente une approximation aussi grande que possible du cas de l'hétéronomie, le contrat de droit privé_ une approximation aussi grande possible du cas idéal de l'autonomie (c'est pourquoi nous parlons d'autonomie privée). »

¹⁶⁰ Alain SUPIOT relativise cette distinction en droit du travail A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Droit social 2003

¹⁶¹A. SUPIOT, La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, Poids et mesure du Monde : Dans cet ouvrage, Alain SUPIOT critique le danger de vouloir supprimer l'hétéronomie partout : p.288 : Pour SUPIOT, « une société privée d'hétéronomie est vouée à la guerre civile...Mais ni l'amour ni l'intérêt ne peuvent suffire à solidariser les hommes, à les faire tenir ensemble dans un même société...Ce rêve, ou plutôt cette promesse, d'un monde purgé de l'hétéronomie de la loi est d'origine chrétienne et ne se retrouve pas dans les deux autres religions du Livre ».

la technique contractuelle, la loi (en tant que droit objectif) au contrat, la volonté générale à la volonté tout court (sous-entendue la volonté privée¹⁶²). La notion d'institution développée par M. HAURIOU semble mettre en œuvre cette distinction d'une manière dynamique. L'institution personnifiée ou non¹⁶³ semble incarner l'idée que le phénomène d'hétéronomie (le pouvoir) qui s'impose aux membres de l'institution résulte de l'appartenance au groupement et que cette appartenance est fondée sur une idée d'adhésion¹⁶⁴. Et c'est cette idée qui est donc le fondement de la théorie institutionnelle¹⁶⁵. Or pour réaliser cette idée, une autorité va émerger et se doter d'un pouvoir, des organes vont se mettre en place pour promouvoir l'idée portée par l'institution¹⁶⁶.

L'institution face au contrat.

La théorie de l'institution d'HAURIOU et de ses disciples semble construite par antagonisme à la notion de contrat¹⁶⁷, plus précisément, le contrat incarne la temporalité brève et l'égalité entre contractants alors que l'institution est d'après eux l'inverse : la durée et l'asymétrie¹⁶⁸. Il est important de préciser que les auteurs de droit public comme HAURIOU et DUGUIT ont une vision restrictive de la notion de contrat. Le contrat serait forcément un acte où les intérêts sont opposés¹⁶⁹. Selon certains, les parties ne peuvent avoir un intérêt commun dans

¹⁶² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Cours de droit civil, Contrats, théorie générale Quasi contrats, PUF 2014 p.19, n°1 « La loi et le jugement sont des actes juridiques qui, comme tels, procèdent d'une volonté, mais elle n'est pas celle des personnes dont ces actes modifient la situation juridique ».

¹⁶³ M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925, p.2 : « Les institutions sont fondées grâce au pouvoir, mais celui-ci laisse place à une forme du consentement ; si la pression qu'il exerce ne va pas jusqu'à la violence, l'assentiment donné par le sujet est valable juridiquement »

¹⁶⁴ M. HAURIOU, La théorie de l'Institution... op.cit. p.10

¹⁶⁵ La théorie de l'institution est une théorie inspirée de la philosophie Thomiste, E. MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution » Droit et société 30/31-1995 (p.381-412) p.387, V. aussi G. RENARD, La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. SIREY 1930, p. 23 ; A. DESQUEYRAT, L'institution, le droit objectif et la technique positive, Paris 1933 p.68 et s.

¹⁶⁶ Que l'institution soit dotée ou non de la personnalité morale : les institutions personnifiées sont des corps constitués (Etat, associations, syndicats, grandes entreprises) où le pouvoir s'organise autour d'une idée et cette « idée devient le sujet de la personne morale qui se dégage du corps constitué », (M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925., p.10) ; les institutions non personnifiées sont des institutions-choses comme la loi par exemple.

¹⁶⁷ G. RENARD, La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. SIREY 1930, p.25-26 : La justice commutative est de l'ordre du contrat mais certains groupements ne sont pas de cette veine-là. La nation et la famille nous protègent, on leur doit donc en retour de « loyaux services » : « Ce ne sont plus des groupements contractuels : car la loi des contrats, c'est l'égalité, et ces groupements sont différenciés ; ils sont le siège d'une autorité ; ils tendent au moins à une organisation hiérarchique ; ceci est un phénomène absolument nouveau, hors des cadres de la justice commutative : vous avez reconnu l'Institution... »

¹⁶⁸ M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation... op.cit. p.2 : « Les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel : l'opération de leur fondation constitue le fondement juridique de la société et de l'Etat »

¹⁶⁹ Sur cette critique de la réduction du contrat comme opposition d'intérêts, V. J. HAUSER, in Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadriga dico poche 1^{ère} édit. 2003, entrée °Acte°. V. aussi dans le même ouvrage, l'article de J. GHESTIN, entrée °contrat°

une relation contractuelle. Il faut dire que le régime juridique du contrat tel que présenté par le Code civil de 1804 avait pris pour modèle le contrat de vente¹⁷⁰. La théorie institutionnelle permet donc de combler l'analyse juridique de l'époque en appréhendant les types de relations juridiques fondées sur le consentement sans qu'il y ait opposition d'intérêts¹⁷¹. Car si les membres de l'institution émettaient un consentement pour faire partie du groupement, ils se soumettraient ensuite à la verticalité du pouvoir. Ce phénomène de soumission volontaire à l'autorité, même quand il a pour origine un contrat, transformerait la relation juridique en une sorte d'« unilatéralité » qui n'est pas compatible avec la notion de contrat telle que dégagée par les auteurs de l'époque¹⁷². La notion de contrat de ces auteurs avait un périmètre plus restreint que celle que l'on connaît aujourd'hui¹⁷³. L'apparition du contrat d'adhésion confirmait selon eux leurs analyses institutionnelles : le fait que l'une des parties prenne à sa charge la rédaction du contrat serait le début d'une rupture d'égalité et donc l'apparition d'une exorbitance dans le contrat. Selon eux cette prétendue autorité de l'un des contractants fut les prémices d'un phénomène d'institutionnalisation de la relation contractuelle.

Les critères de l'institution

Le premier critère d'opposition entre l'institution et le contrat serait le critère de la temporalité, prétendue différente. L'institution serait une idée qui se maintiendrait durant

¹⁷⁰ G. ROUHETTE, *Encyclopædia Universalis*, entrée « contrat » : Les juristes de tradition libérale seraient plutôt enclins à considérer ce type de contrat comme le contrat par excellence et même, ou peu s'en faut, comme Le Contrat tout court ; V. P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat organisation, in *Mélanges en l'honneur de François TERRE, L'avenir du droit DALLOZ*, Puf, 1999 pp.635-642 p.635

¹⁷¹ V. P. DIDIER, Le consentement sans l'échange : contrat de société. *RJC* 1995, n°11

¹⁷² J. CAILLOSSE, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU *Economica* p. 89 et s. ; spé. p. 111 : Divergence sur la notion de contrat. « DUGUIT a défendu une conception très rigoureuse et très restrictive de la notion de contrat qu'il a toujours séparée de celle beaucoup plus large, de convention. Le contrat forme un type bien particulier de convention dans laquelle les parties doivent échanger des engagements réciproques, en vue de donner satisfaction à des intérêts opposés et en poursuivant des buts différents » ; J. GHESTIN, La notion de contrat, *Chronique XXVII D.* 1990. p. 155 ; ; M. WALINE, « l'individualisme et le droit », Préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Bibliothèque Dalloz* p.187, n°101 ; ; V ; aussi Paul DIDIER, Le consentement sans l'échange : contrat de société.

¹⁷³ R. DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale commenté par C. JAMIN, Demogue, juriste de l'impertinence, *Dalloz collection tiré à part*, 2012 ; R. LIBCHABER, Les effets du contrat, mélanges AUBERT ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, contrat* p.23, n°1 ; S. LEQUETTE, « Le contrat-coopération », *Economica Recherches juridiques* 2012 préface C. BRENNER p.63, n°77 et s.

une certaine période¹⁷⁴, contrairement au contrat¹⁷⁵. Pour les institutionnalistes, le contrat crée une relation éphémère et fragile, pour eux le contrat ne serait qu'un « *concept fragile et restreint qui ne dure qu'un temps* »¹⁷⁶ alors que l'institution a vocation à durer¹⁷⁷. Le contrat est donc un acte de prévision basé sur l'échange des consentements mais qui ne produirait que des effets immédiats¹⁷⁸, alors que les institutions produisent des effets qui ont vocation à durer¹⁷⁹.

Un autre critère jugé essentiel par les auteurs de l'époque pour distinguer le contrat des prétendues institutions est l'existence d'une autorité, d'un pouvoir au sein de la relation juridique. L'autorité constituée pour promouvoir une idée serait donc le critère de l'institution et cette autorité doit être acceptée d'une manière globale par les membres des groupements. Une institution corporative s'organise donc autour du triptyque suivant : l'idée d'une œuvre à réaliser (1°) qui va faire émerger un pouvoir organisé (2°) et dont les membres du corps social vont manifester un consentement, une communion au sujet de l'idée (3°)¹⁸⁰. Les membres de l'institution adhèrent globalement à l'institution, ce que M. HAURIOU appelle

¹⁷⁴ M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925., p.11 : « [les institutions] vivent et meurent juridiquement ; elles naissent par des opérations de fondation qui leur fournissent leur fondement juridique en se continuant ; elles vivent d'une vie à la fois objective et subjective, grâce à des opérations juridiques de gouvernement et d'administration répétées, et d'ailleurs par des procédures... »

¹⁷⁵ M. HAURIOU dans son « principes de droit public » 2e éd. 1916, Paris, pp.208 : affirme que « Chaque fois qu'un contrat est à long terme , écrivait-il ou toutes les fois qu'il intéresse des collectivités, il s'absorbe dans l'institution »

¹⁷⁶ L. JOSSERAND, L'essor moderne du concept contractuel. P.333 in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Tome II « Les sources générales des systèmes juridiques actuels » Paris, Sirey-301 p.337

¹⁷⁷ M. HAURIOU, Principes de droit public, Bibliothèque DALLOZ, 2005 préf. O. BEAUD p.204 : « La donnée essentielle des relations du contrat et de l'institution consiste en ceci que l'institution est faite pour durer tandis que le contrat n'est pas fait pour durer » V. aussi (M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925.)p.2 ; « Les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel : l'opération de leur fondation constitue le fondement juridique de la société et de l'Etat » ; V. aussi G. RENARD , théorie de l'institution, p.259-260 :« Le contrat n'est qu'un accord de volontés sur un objet donné ; il faut bien s'en tenir à ce qui a été promis d'une part et stipulé de l'autre ; il n'y a point de devenir pour le contrat ; ou alors c'est une infiltration institutionnelle, un échec au principe contractuel. Il ne peut y avoir du devenir que là où il y a quelque intensité d'être ; et le contrat n'est que le tête-à-tête du créancier et du débiteur, du vendeur et de l'acheteur... L'institution est bien plus que cela ; elle est l'organisation d'une idée ; elle est donc susceptible de s'élever- sinon de l'atteindre- vers ce degré supérieur de l'être qu'est la vie »

¹⁷⁸ M. HAURIOU, Principes de droit public, Bibliothèque DALLOZ, 2005 préf. O. BEAUD p.205

¹⁷⁹ M. HAURIOU, op.cit. principes, p.205 ; V. aussi M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925. : « Les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel... ; »

¹⁸⁰ HAURIOU, la théorie de l'institution op.cit. p.11; La définition de BRETHER de la GRESSAYE est assez proche de celle de M. HAURIOU : « l'institution est un groupement de personnes réunies autour d'une idée, afin de la réaliser grâce à une organisation » BRETHER de la GRESSAYE, Rep. Droit civil Dalloz 1952, °Institution° cité par F. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, Economica 2008, p.89 n°94

une « manifestation de communion¹⁸¹ » : cette idée de communion du membre de l'institution au pouvoir, à l'autorité générée par celle-ci est une différence notable avec le contrat et aboutira à construire l'idée de statut¹⁸². Pour HAURIOU, il y a les institutions et les contrats. Or l'archétype du contrat est la transaction commerciale¹⁸³, c'est-à-dire un lien de droit qui découle totalement de la prescription des parties, dans un laps de temps bref. Alors qu'avec l'institution, le membre de celle-ci accepte une autorité et se soumet à sa discipline, sur un temps long.

Il faut rappeler que la théorie institutionnelle est d'abord une analyse publiciste de l'Etat¹⁸⁴, (qui permet de justifier certainement l'unilatéralité du droit objectif¹⁸⁵). Ensuite, la théorie de l'Institution est « projetée » sur d'autres organisations sociales qui font surgir une autorité parmi leurs membres, c'est notamment la conception de M. George RENARD paraphrasant M. HAURIOU, là où il y a une autorité, il y a « institution sous roche¹⁸⁶ ». La théorie institutionnelle est donc une analyse du pouvoir¹⁸⁷, et ce pouvoir serait au service de « l'idée commune¹⁸⁸ » et donc distinct des droits individuels ou subjectifs¹⁸⁹. L'observation de ce phénomène d'autorité est d'abord issue du droit public et importée ensuite dans le droit privé, notamment le droit des sociétés. La conception du contrat de l'époque, lien juridique qui n'a pas vocation à durer¹⁹⁰, est fondée sur une certaine conception de l'égalité des contractants : un lien

¹⁸¹ M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925. p.10

¹⁸² Sir John SALMOND, juriste réputé de common law définit « le statut comme une condition personnelle imposée à un homme par le droit, sans qu'il y ait consenti, par opposition à la condition qu'il peut acquérir pour lui-même volontairement ». Cité par J.A. BRODERICK, La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français. In les archives de philosophie du droit. 1968, les notions de contrat.

¹⁸³ J.A. BRODERICK, La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français. In les archives de philosophie du droit. 1968, les notions de contrat. p.149

¹⁸⁴ J. CHEVALLIER, L'Etat, Dalloz, connaissance du droit, 2011, p.5 : « La spécificité de l'Etat par rapport aux autres formes d'organisation politique réside en effet dans le processus d'« institutionnalisation », c'est-à-dire dans la l'inscription du pouvoir politique dans un cadre général et collectif, dépassant la personnalité contingente de ses détenteurs ».

¹⁸⁵ J. CHEVALLIER, L'Etat, op.cit. : « ...le pouvoir se trouve détaché de la personnalité contingente de ses détenteurs réels pour être transféré à une entité censée être la source de tout pouvoir. Cette entité est purement abstraite... »

¹⁸⁶ G. RENARD, La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. SIREY 1930, p.364 :« toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat la Lex, le caractère réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche. » L'autorité est donc l'un des critères prépondérants de l'institution opposée à la soi-disant égalité du contrat, si bien que lorsque celle-ci disparaît ou s'affaiblit, l'institution également. « La régression de l'autorité est le signe infaillible de la décadence des institutions ; l'institution qui perd sa structure autoritaire ne tarde pas à s'étioler. » J.T. DELOS, « La théorie de l'institution », APD, 1931, p.104

¹⁸⁷ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, 1985, p.170

¹⁸⁸ A. LEGAL et J. BRETHER de la GRESSAYE in « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions de privées » : l'autorité est inhérente à l'institution cité par E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé, p.170

¹⁸⁹ A. LEGAL et J. BRETHER de la GRESSAYE cité par « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions de privées » : l'autorité est inhérente à l'institution cité par E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé, p.170

¹⁹⁰ R. LIBCHABER, Réflexions sur les effets du contrat in Mélanges AUBERT, pp..211-233

juridique temporaire où les parties négocient ensemble les clauses du contrat. Les liens juridiques durables dans lesquels il existe une asymétrie de puissance sociale et économique ne sont plus considérés comme des relations contractuelles¹⁹¹.

Cette vision du contrat est donc insuffisante pour analyser certains liens juridiques comme le contrat de société ou le contrat de travail¹⁹², où le lien peut s'inscrire dans la durée¹⁹³. Ce type de relations juridiques est également fondé sur une relation d'autorité et de pouvoir, une des parties dispose de prérogatives pour fixer le contenu du contrat. Aujourd'hui, on analyse « l'unilatéralisme » de l'une des parties comme une prérogative qui découle du consentement de l'autre partie¹⁹⁴, c'est-à-dire que la négociation contractuelle n'est pas considérée en tant que telle comme le critère du contrat. C'est la volonté de s'engager ou non qui est le critère déterminant du contrat¹⁹⁵.

¹⁹¹ J.A. BRODERICK, La notion d'« institution » de M. HAURIOU dans ses rapports avec le contrat en droit positif, p.149 : « HAURIOU identifie le contrat avec les situations les moins durables ; et il identifie l'institution avec la réglementation des arrangements qui se révèlent les plus durables ».

¹⁹² L'idée de l'opposition entre contrat et institution est développée chez G. RENARD, Le contrat s'oppose à l'Institution sur plusieurs points fondamentaux dont notamment la perpétuation dans le temps : le contrat ne dure qu'un instant donné et est soumis à la volonté de ceux qui l'ont réalisé : G. RENARD, La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. SIREY 1930 ; p.259-p.260 : « Le contrat n'est qu'un accord de volontés sur un objet donné ; il faut bien s'en tenir à ce qui a été promis d'une part et stipulé de l'autre ; il n'y a point de devenir pour le contrat ; ou alors c'est une infiltration institutionnelle, un échec au principe contractuel. Il ne peut y avoir du devenir que là où il a quelque intensité d'être ; et le contrat n'est que le tête-à-tête du créancier et du débiteur, du vendeur et de l'acheteur... L'institution est bien plus que cela ; elle est l'organisation d'une idée ; elle est donc susceptible de s'élever- sinon de l'atteindre- vers ce degré supérieur de l'être qu'est la vie » ; V. aussi p. P.349 et s. G. RENARD cite les arguments qui selon lui opposent l'Institution au contrat « 1° Emprise sur l'autonomie de la volonté (l'institution s'impose à notre volonté : la volonté du fondateur lie celle de ses successeurs ; 2° Permanence : « on ne démolit pas une institution comme « on rompt un contrat » (p.352) ; le « contractuel », en se stabilisant tourne à l'institutionnel ; 3° L'institution répond à un intérêt collectif plus ou moins étendu 4° L'institution tend à l'organisation et à la personnification »... Sur la question de l'appréciation de la nouvelle temporalité du contrat et la prise en compte de la durée dans le contrat, V. aussi introduction de la thèse de Mme LEQUETTE : où le code civil de 1804 a été bâti pour des contrats-échanges opérant une permutation instantanée dans lequel les intérêts sont antagonistes : « au sein d'un contrat perçu initialement comme instantané et fugitif ». S. LEQUETTE, Le contrat-coopération, préf. C. BRENNER *Economica* 2012, p.6,

¹⁹³ R. LIBCHABER, Réflexions sur les effets du contrat [p.211-233], in *Mélanges AUBERT*

¹⁹⁴ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat » in : *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz 2003 », n°30 et s.

¹⁹⁵ V. L'obligation de négocier n'existe pas, seul l'accord de volontés est l'indice déterminant pour caractériser l'existence d'un contrat. V. G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé n° 253. p.30 ; L'accord des volontés est l'élément subjectif essentiel du contrat. V. J. GHESTIN in *Dictionnaire de la culture juridique*, °contrat

Section II Importation de la théorie institutionnelle en droit des sociétés

Diffusion de la théorie institutionnelle dans différentes branches du droit.

Bien que d'inspiration publiciste, la théorie institutionnelle ne se limite pas à une nouvelle analyse de l'Etat et de ses ramifications mais a vocation à se diffuser à tout groupement de droit privé, elle « *s'applique à tout groupe organisé*¹⁹⁶ ». L'application de la théorie de l'institution à la société correspond à un moment où la question de la personnalité morale est admise depuis déjà plusieurs décennies par la doctrine puis par la jurisprudence. La théorie de l'institution va donc rencontrer celle de la personnalité morale de la société¹⁹⁷. Plus exactement, la « faiblesse » de la doctrine de l'époque pour conceptualiser le contrat de société ainsi que les interventions nouvelles de l'Etat dans la sphère économique¹⁹⁸, vont générer les mythes didactiques que sont la personnalité morale et la théorie institutionnelle de la société. Il est très important de préciser que la théorie institutionnelle n'est qu'une conséquence et une ramification de la vision personnaliste du droit des sociétés¹⁹⁹, c'est-à-dire d'un droit des sociétés construit sur la notion de personne morale²⁰⁰. Cette vision personnaliste du droit des sociétés développée avec la généralisation dans la doctrine de l'idée de personne morale au cours du XIX^e siècle permet de considérer l'entreprise privée ou la société comme une individualité distincte et autonome : l'entreprise est perçue comme une

¹⁹⁶ E. MILLARD, « HAURIUO et la théorie de l'institution », *Droit et société* 30/31-1995 (p.381-412) p.391: "C'est là sans doute la force de la théorie de l'institution : sa capacité à analyser directement le groupe organisé quel qu'il soit ».

¹⁹⁷ B. OPPETIT, « Les rapports des personnes morales et leurs membres » op.cit. et s., p.338: « L'idée selon laquelle la personnalité morale serait une réalité sociale a été essentiellement exprimée par les théoriciens de l'institution, et notamment par le doyen HAURIUO ; ce dernier a élaboré une théorie très générale, celle de l'institution qui synthétise ses tendances essentielles : HAURIUO, réagissant contre l'atomisme individualiste, affirme la prédominance du facteur collectif. »

¹⁹⁸ La première guerre mondiale puis la crise de 1929 vont définitivement accroître le rôle de l'Etat dans la sphère économique. Fr. G. DREYFUS et alii, *Histoire universelle*, tome 3, De la révolution au monde contemporain, collec. In extenso, Larousse. p. 787, Intervention de l'état dans la vie économique,

¹⁹⁹ Par exemple, S ; LEQUETTE écrit « [...] plus la personnalité morale est un écran opaque derrière lequel disparaissent les associés, plus la nature institutionnelle de la société serait marquée ; en d'autres termes, plus la personne sociétaire incarne un intérêt autonome distinct de l'intérêt individuel des associés, plus la société ferait figure d'institution » (S. LEQUETTE, « Le contrat-coopération », *Economica Recherches juridiques* 2012 préface C. BRENNER p.61 n°75). Il y donc une corrélation entre la notion de personne morale et la notion d'institution.

²⁰⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique*. PUF, 2005 p.28 : « Si l'on considère le droit des sociétés, celui-ci était avant tout défini comme l'ensemble des règles par lesquelles la personne morale sociétaire exprime sa volonté, c'est-à-dire l'organisation des rouages, des organes, des procédures de délibérations, grâce auxquels la personne morale sociétaire prend des décisions. 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 davantage procédural que substantiel (suffisance du contrôle des compétences et du respect des formes). »

personne du fait de son individuation²⁰¹. L'individuation du groupement de droit privé est en réalité la matrice cachée des théories personnalistes, que ce soient la doctrine de l'entreprise, la réalité technique de la personnalité morale et de la théorie institutionnelle qui ne sont peut-être que le genre par rapport à ces espèces²⁰².

Mais il faut prendre en considération un autre point de vue pour comprendre la théorie institutionnelle : l'émergence de l'Etat providence et de sa vocation à générer de l'ordre public²⁰³. La multiplication de normes prises unilatéralement par le pouvoir politique, que ce soit l'extraordinaire essor de la puissance publique, voire de la diffusion d'obligations imposées par l'Etat dans le contrat²⁰⁴, a donné du crédit à la théorie institutionnelle. La théorie de l'institution est donc une proposition doctrinale utile qui permet d'expliquer, voire de justifier le développement de l'Etat dans l'économie²⁰⁵. Or la mise en place d'un Etat à la puissance qui s'accroît nécessite le développement de normes juridiques unilatérales, c'est-à-dire d'actes d'autorités pris par les autorités normatives compétentes. A tort ou à raison, la grande entreprise qui semblait devenir de plus en plus grande par le fait de concentration toujours plus importante²⁰⁶, fut analysée comme étant une sorte de mini-Etat, comme une organisation qui devrait relever davantage de l'acte juridique réglementaire proche du droit public que de l'acte juridique de droit privé ; le développement de la prise de décision à la majorité dans les grandes sociétés semble confirmer la définition de l'acte unilatéral défini comme étant l'acte qui « *met des droits ou des obligations au compte de ses sujets, actifs ou passifs, indépendamment de leur consentement*²⁰⁷ ».

²⁰¹ Comp. Avec la vision de Gustave LE BON, Psychologie des foules, PUF quadrige reprint 2013 qui considérait que les foules avaient une âme.

²⁰² Infra

²⁰³ F. DEBOISSY, Le contrat de société, n°5 : « Tout développement de l'ordre public est analysé en une institutionnalisation de la société, là où la libéralisation des règles est perçue comme le signe d'une contractualisation de la société. La société se « contractualise » ou se « décontractualise » au gré du flux et du reflux de l'ordre public ».

²⁰⁴ Phénomène du forçage contractuel. V. G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ n° 253, p.30, n°20 ; phénomène où certaines obligations résultent non plus du consentement des parties mais de la puissance publique. Pour Louis JOSSERAND, ces obligations insérées dans le contrat « ne sont plus à base de consentement, mais à base d'autorité : ce sont les pouvoirs publics qui les instituent de toutes pièces » L. JOSSERAND, L'essor moderne du concept contractuel. P.333 in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Tome II « Les sources générales des systèmes juridiques actuels » Paris, Sirey-301 p.337-338

²⁰⁵ Sur ce phénomène de développement de l'Etat et de la prévalence de celui-ci dans le droit dit économique, V. G. FARJAT, Pour un droit économique. Puf 2004 ; les voies du droit, p.21-23, V ; aussi du même auteur G. FARJAT, La notion de droit économique, APD Droit et économie, p.27 et s. 1992 ; J. CHEVALLIER, Le service public, Que-sais-je ? PUF p.21 et s.

²⁰⁶ C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, Préf. Y. LOUSSOUARN SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962.

²⁰⁷ G. DUPUIS, Définition de l'acte unilatéral in Mélanges EISENMANN, p.205 et s.

§1. Idée existante chez les auteurs publicistes de l'institution

Les auteurs de l'époque partisans de la théorie institutionnelle ont eu tendance à assimiler la grande entreprise privée à une administration publique, voire à un service public administratif. Une grande entreprise privée à l'instar d'une entreprise publique ou d'un service de l'Etat nécessite une organisation plus ou moins compliquée. Or les partisans de l'analyse institutionnelle raisonnèrent sans prendre en compte la source du pouvoir qui organise l'entité privée ou l'entité publique. S'il peut y avoir des analogies dans l'organisation, la source du pouvoir organisationnel d'une entité dépend de la source de l'origine du pouvoir : pour l'Etat, c'est la souveraineté, pour une entreprise privée, le pouvoir découle de la propriété privée et c'est toujours le cas, que l'entreprise soit unipersonnelle ou appropriée à plusieurs par le biais d'un possible contrat de société. Les partisans de la théorie institutionnelle ont transposé à la grande entreprise le phénomène (B) de dissociation qui existe au sein de l'Etat (A).

A. Dissociation de l'intérêt des gouvernants de l'intérêt général grâce à l'émergence de la notion d'Etat

Ernst KANTOROWICZ, auteur d'un livre réputé pour les publicistes, et historien de l'Etat, émet l'idée que le phénomène de dissociation de l'Etat entre le gouvernant et l'existence d'un intérêt supérieur puiserait son origine dans la théologie chrétienne²⁰⁸, avec l'idée d'un *corpus mysticum* dont le Christ serait à la tête, qui assurerait la continuité. D'après KANTOROWICZ, le Roi a deux corps, un corps naturel qui subit les effets du temps et un corps politique qui se transmet²⁰⁹, la titularité de la couronne n'est pas liée à une existence physique mais à une personne symbolique qui survit à la personne naturelle du souverain. La célèbre formule, « Le Roi est mort, vive le Roi²¹⁰ » exprime cette continuité et l'idée d'une dévolution du pouvoir dissocié de la personne physique du souverain. L'idée qu'il existe une super personne, l'Etat, qui transcende les intérêts particuliers chemine progressivement²¹¹. La naissance de l'Etat provient donc de l'idée que l'Etat est une institution dotée d'une personnalité juridique

²⁰⁸ E. KANTOROWICZ, œuvres, Quarto Gallimard, Les deux corps du roi, introduction, p.657

²⁰⁹ E. KANTOROWICZ, œuvres, Quarto Gallimard, Les deux corps du roi, introduction, p.657 : p.657 : propriété privée du roi et propriété de la Couronne. Les juristes de la Couronne considèrent que « le Roi a deux Corps c'est-à-dire un Corps naturel et un Corps politique. Son corps naturel, considéré en lui-même, est un corps mortel, sujet à toutes les infirmités qui surviennent par Nature ou Accident, à la faiblesse de l'enfance ou de la vieillesse, et aux déficiences semblables à celles qui arrivent aux corps naturels des gens... »

²¹⁰ Ch. ATTIAS, « Le roi est mort, vive le roi ! », christroi.over-blog.com

²¹¹ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige, préface p. XVII

distincte de la personnalité des gouvernants²¹². Or l'Etat est fondé sur des notions techniques juridiques qui sont celles de la notion de patrimoine du droit privé²¹³. KANTOROWICZ explique que l'*universitas* médiévale sur laquelle la notion d'Etat moderne sera construite, est la rencontre de l'*universitas* romaine et la *persona ficta*- « *personne qui ne meurt jamais*²¹⁴ ». L'*universitas* médiévale est donc un « être juridique artificiel, immatériel et personnifié qui permet d'attribuer juridiquement l'immortalité aux corps collectifs²¹⁵ ». On a ici les fondements de l'Etat moderne où le corps du roi, son existence biologique sont distincts de la Couronne. Et on sait que l'inaliénabilité du domaine de la couronne est un principe affirmé à partir du milieu du Moyen Âge, à partir de la dynastie des Capétiens²¹⁶. Et de ce domaine de la Couronne inaliénable et transmissible suivant une dévolution précisée naissait l'Etat. La Révolution coupera certes les origines religieuses du phénomène de dissociation de l'Etat du gouvernant²¹⁷ mais prolongera cette idée d'Etat dont la souveraineté ou la puissance publique (*Herrschaft*) puise sa source dans le peuple souverain. Ce phénomène de dissociation est inhérent à l'Etat où le titulaire de prérogatives de puissance publique tient son pouvoir non pour lui-même mais pour représenter la volonté générale. Le passage de la propriété privée à l'émergence du domaine public s'est fait sur plus d'un millénaire.

L'idée de l'institution est finalement de généraliser ce phénomène de dissociation entre l'intérêt personnel du membre et l'intérêt collectif transcendant qui assure la continuité de l'idée indépendamment de l'existence physique des membres. D'où la transposition aux grandes entreprises.

B. La dissociation appliquée à la grande entreprise privée

Autorité au sein d'une entité privée et phénomène institutionnel

Chez Maurice HAURIUO et chez ses disciples comme Jules RENARD, il existe déjà la possible extension de la vision institutionnelle au droit des sociétés pour la simple raison que les phénomènes d'autorité qui se manifestent au sein de l'entreprise ne peuvent être analysés

²¹² J. HILAIRE, La construction de l'Etat de droit dans les archives judiciaires de la Cour de France au XIII^e siècle, Dalloz L'esprit du droit, 2011, p.2

²¹³ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004 p.203

²¹⁴ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004 p.203

²¹⁵ M.XIFARAS, op.cit. p.204

²¹⁶ A. ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, Paris 4^{ème} édit. 1901, p.328 : Congrès des princes d'Europe se tint à Montpellier

²¹⁷ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadriges essais débats 2e, 1994-2011, préface p. XVII

par le simple prisme contractuel. Tout pouvoir, toute autorité qui apparaîtrait dans un phénomène juridique initialement contractuel, serait un indice, voire une présomption irréfragable qu'il existerait une institution²¹⁸. Ces auteurs réfutent donc l'analyse contractuelle pour expliquer les phénomènes d'organisation²¹⁹. En réalité, l'analyse institutionnelle, sous des apparences de technicité juridique, est une remise en cause de la finalité du pouvoir exercé au sein d'une grande entreprise. Qui des associés ou de l'Etat²²⁰ décide dans l'entreprise ? L'analyse contractualiste/libérale de la société, fondée sur l'histoire rappelle que ce sont ceux qui ont créé la société qui en sont les principaux décideurs, car ils sont les « propriétaires²²¹ ». Mais d'une part, ce droit de propriété des associés fut contesté et, d'autre part, un raisonnement par analogie fut préféré : la société personne morale qui exploite une entreprise privée (grande entreprise) serait trop complexe pour être appréhendée par des mécanismes relevant du droit privé, le droit administratif serait davantage pertinent pour comprendre le fonctionnement d'une grande entreprise privée, d'où le succès de l'importation de la théorie institutionnelle en droit des sociétés : la création d'entreprises géantes due à la concentration des capitaux a fait naître de véritables « *administrations de droit privé* » qui paraissent similaires dans leur organisation au service public de l'Etat²²². La grande entreprise privée serait un phénomène sociologique comparable à un service public étatique et non plus à un petit négoce local, toujours considéré comme étant régi par les règles du droit privé²²³ (propriété privée et contrat). L'accroissement énorme de certaines entreprises changerait la nature de celles-ci²²⁴. Pendant des siècles, le contrat de

²¹⁸ M. HAURIOU Principe de droit public, 2e éd., p.199 et s. cité G. RENARD, La théorie de l'institution et de la fondation p.365 : « Par conséquent, toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat la Lex, le caractère réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche. »

²¹⁹ J.-C. MAY, La société, contrat ou institution, *in* Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B ; BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004, p.122 et s.

²²⁰ J. PAILLUSSEAU, Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, Recueil Dalloz 1997 p. 97 n°71 ; Ph. Ph. BONNECARRERE, M. LABORDE-LACOSTE, Exposé méthodique de droit commercial, 3ième édit. 1946, P.180, n°377 ; Sur la politisation de l'entreprise, V. DEBOISSY, le contrat de société, op.cit.

²²¹ Infra Partie II, Titre I, Chapitre I

²²² C. CHAMPAUD, Droit administratif et droit des affaires AJDA 1995, p.82« Le droit public est par essence celui du pouvoir en ce sens que, d'une part, il tend à en permettre le légitime exercice à ceux qui le détiennent régulièrement et que, d'autre part, il borne son usage dans des limites protectrices des libertés fondamentales et des intérêts légalement protégés de ceux sur lesquels s'exerce la puissance publique. C'est donc tout naturellement que le droit des affaires s'est inspiré des concepts et des techniques du droit public en général et du droit administratif en particulier lorsque l'économie marchande est passée de rapports multi partenariaux, sensiblement égalitaires et strictement individuels qui caractérisent une économie de marché « atomisée », aux rapports quasi féodaux, inégalitaires et de groupes qui marquent l'économie oligopolistique née de la concentration des capitaux, de la production et de la puissance économique. »

²²³ J. PORTEMER, Du contrat à l'institution, JCP 1947, I, 586.

²²⁴ Il ne faut pas oublier que la concentration du capital a fait naître des sociétés géantes par leur nombre d'associés et que ce phénomène de concentration du capital fut relativement récent vu qu'il est lié à la révolution industrielle et à l'émergence de la société par actions. C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962 ; p.10 « Marx a été l'un des premiers à souligner la fonction primordiale de la société par actions dans la concentration des entreprises ». ; Olivier WEINSTEIN,

société (hormis certaines sociétés de capitaux comme les compagnies) se résumait souvent à une association entre quelques associés²²⁵. Pour ces auteurs, l'analyse contractuelle n'est plus à même d'expliquer les superstructures nées de la concentration des capitaux et avec elle l'existence de sociétés qui ont parfois des dizaines de milliers d'actionnaires²²⁶.

Le contrat jugé insuffisant pour expliquer la durée d'une entreprise privée

La grande entreprise organisée sous la forme d'une société anonyme a vocation à durer, crée des rapports d'autorité et fixe ses règles de fonctionnement à la majorité²²⁷. Le contrat, lien fragile et instantané selon ces auteurs, n'a pas vocation à durer dans le temps. De plus, la grande entreprise comme l'usine comporte une part d'institutionnel car celle-ci fait surgir une autorité²²⁸. Plus généralement, il existe en réalité un sous-jacent philosophique à ces analyses. La théorie institutionnelle et plus généralement les doctrines personnalistes sont fondées sur l'idée que les groupements de droit privé constituent une réalité objective personnifiée ou personnifiable ; l'intérêt commun ou l'intérêt général de ces groupements serait distinct de la somme des intérêts individuels des apporteurs de capitaux. Et pour les partisans de la théorie de la réalité technique des personnes morales, cet intérêt collectif serait aussi réel que peut l'être l'intérêt d'une personne physique²²⁹. Or il faut donc à ce groupement des organes spécifiques et dotés de pouvoir propre pour représenter ou incarner l'intérêt supérieur du groupement. Comme le remarquait le professeur DEBOISSY, il existe un lien pour ne pas dire

Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle . Editions la découverte textes à l'appui/ économie ; la SA est l'une des innovations majeures qui permit la propagation du capitalisme moderne. « La forme sociétale a été l'instrument à la fois de l'accumulation, de la concentration du capital et de la concentration industrielle. » ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, La société anonyme au XIX^e siècle, 1^{ère} édit. 1985

²²⁵ FI. DEBOISSY, Le contrat de société in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant op.cit. n°2 à n°5

²²⁶ Ce phénomène a d'abord été constaté par les économistes. Sur cette question, O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle ». Editions la découverte textes à l'appui/ économie

²²⁷ THALLER fut le premier à rattacher le principe majoritaire à la notion de personnalité morale : « l'âme même de la personne morale réglant les intérêts de la collectivité..., s'il en est ainsi, la nécessité pour une A.G. quelconque de grouper l'unanimité des membres devient un non-sens s'il n'y avait dans la société qu'un contrat, ce contrat ne pourrait se défaire que du commun accord de ceux qui l'ont signé. Mais il se forme aussi une personne...qui se superpose aux membres, et cet être nouveau a acquis la faculté de se mouvoir lui-même et d'apporter à son organisation les modifications utiles » in Cass. civ., 30 mai 1892, D. 1893, 1, 108 ; B. OPPETIT, thèse, op.cit. « les rapports des personnes morales et de leurs membres ». p.133 à 136

²²⁸ G. RENARD, « La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique » SIREY 1930 p.122 : « L'Institution a sa vie antérieure constituée par les relations de ses organes entre eux ; elle est « organisée », et qui dit organisme dit différenciation : l'institution est le siège d'une autorité. Et c'est la grande distance de l'« institutionnel » au « contractuel » : le « contractuel » est égalitaire ; l'égalité est la grande règle des contrats, et, en dépit du sophisme de ROUSSEAU, jamais du contrat on ne fera sortir le principe d'autorité. » [...] « Il y a en elles [la grande propriété, la grande usine] du pouvoir ; la grande propriété, la grande industrie renferment de l'autorité ; et toute autorité est institutionnelle »

²²⁹ G. WICKER Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale°, juin 1998., n°11

une corrélation entre le débat sur la nature de la société et le débat sur le périmètre de l'intérêt social²³⁰. Les deux sont corrélés car ce débat apparemment technique dissimule un combat politisé. Est-ce que les groupements sociaux existent en tant que tels, des réalités sociologiques ou techniques indépendantes ou est-ce que la seule réalité n'est-elle pas l'individu et l'Etat²³¹ ? Si le consensus social-démocrate, voire social-libéral penche pour la première catégorie, libéraux, jacobins et marxistes penchent pour la deuxième assertion²³². En réalité, le cœur du problème concerne une question de droit de propriété : les débats sur la nature de la société, de l'entreprise et *in fine* de la personnalité morale sont en réalité des questions relatives au droit de propriété, des biens et des valeurs générés par le groupement. Seulement la question de la propriété de l'actif social n'est pas posée clairement : la question « A qui appartient réellement l'entreprise » a été noyée par des querelles ontologiques détournées²³³ : l'entreprise privée est souvent une forme d'appropriation collective de biens, lorsqu'une société est pluripersonnelle, le contrat de société est en réalité un contrat qui organise une propriété privée collective²³⁴.

Avant sa reprise par des auteurs commercialistes, la théorie institutionnelle a vocation à expliquer toutes les organisations humaines qu'elles soient de droit public ou de droit privé. Il faut dire que la faiblesse de l'analyse contractuelle de l'époque ainsi que l'absence de conceptualisation de la propriété privée collective par la doctrine ont permis l'extension de la théorie institutionnelle au champ du droit privé et notamment en droit des sociétés²³⁵. Le contrat n'était pas perçu comme pouvant être une relation juridique viable dans la

²³⁰ F. DEBOISSY, Le contrat de société, op.cit. n°15

²³¹ On se souvient des mots de Le CHAPELIER pour présenter sa loi à la tribune : « 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. » cité par P. ROSANVALLON, « Les corps intermédiaires et la question du jacobinisme » in Constructif n°30 novembre 2011 (site internet vérifié le 15 janvier 2018)

²³² J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce que l'entreprise ? p.11-88 in L'entreprise : nouveaux apports, Etudes coordonnées par J. JUGLAUT, Rennes 1987, Economica p.13, n°7

²³³ Sur la question de la nature de la personnalité morale, M. XIFARAS explique qu'en réalité la véritable question est celle de la propriété collective du groupement : « Comment organiser la mise en commun de biens au sein d'un groupement ? Comment concevoir et instituer la propriété d'un groupe ? Le propriétaire est-il le groupe lui-même, ses membres ou encore ses représentants ? La question ontologique ne cessera pas d'être indexée à celle de la propriété, par laquelle les personnes morales ont commencé à faire parler d'elles. » M. XIFARAS, Fictions juridiques Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, p.451 et s. spé. p.494

²³⁴ Le titre de société est à la fois un bien mais un aussi un lien car il fait naître des obligations réelles et personnelles. Les obligations personnelles sont extrêmement diluées dans une grande société de capitaux où les associés sont tenus à une obligation définie aux dettes sociales. Infra Partie II

²³⁵ Aujourd'hui encore, il n'existe pas de réelle analyse juridique de la propriété privée collective. Peut-être est-ce l'histoire révolutionnaire qui explique ce fait. La peur de la reconstitution de la féodalité avait poussé le législateur de 1804 à écarter la propriété privée collective et la théorie de la personnalité morale. Sur ce point, V. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec. p.315, n°15 et s. ; M. XIFARAS, Fictions juridiques Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, p.451 et s. spé. P.493 et s.

durée²³⁶. Les statuts du contrat de société sont donc vus comme la manifestation d'un acte de fondation²³⁷, la situation de l'associé d'une société commerciale n'est plus analysée comme étant celle d'un cocontractant ou copropriétaire mais comme étant « *tout simplement partie intégrante de la société*²³⁸ ». La modification des statuts à la majorité est perçue comme un indice supplémentaire de l'éviction de la notion de contrat pour analyser la société anonyme²³⁹. La conséquence de la théorie institutionnelle, comme toutes les analyses qui font de l'entreprise une hypostase²⁴⁰, est d'arriver à une dissociation de l'entreprise de l'entrepreneur. Initialement objet du travail de l'entrepreneur et de ceux qui travaillent éventuellement pour lui, l'entreprise deviendrait une sorte de sujet, un être moral, autonome ayant une propre existence et une propre finalité. Georges RENARD évoque explicitement la dissociation de l'entreprise de son ou ses entrepreneur(s)²⁴¹. La théorie institutionnelle va donc « infuser » progressivement dans le droit positif après avoir pénétré le discours doctrinal: sous son apparence technique, la théorie institutionnelle est comme toute théorie, guidée par une certaine vision politique de l'entreprise²⁴²...Il y a une véritable dialectique entre le contrat et l'institution : si l'essence de l'institution est l'existence d'un pouvoir organisé afin de faire vivre une idée par le prisme de membres qui ont communiqué à ce pouvoir, cela signifie que l'autorité ou l'organe du groupement dispose d'un pouvoir normatif pour

²³⁶ R. DEMOGUE, C. JAMIN avait perçu néanmoins la possibilité que le contrat s'exécute dans la durée (V. note DEMOGUE « Des modifications des contrats par volonté unilatérale » : L'auteur défend l'idée que le contrat puisse être modifié dans certaines circonstances car il avait compris que l'intangibilité contractuelle prônée par le Code civil n'était valable que dans les contrats à exécution instantanée. C. JAMIN explique que DEMOGUE avait compris que le régime juridique de la vente, qui a servi de parangon pour établir le régime contractuel de 1804, ne peut être le même que celui d'un contrat qui a vocation à durer. DEMOGUE avait perçu cet aspect de la durée dans le régime des contrats et classé justement le contrat de société parmi ces contrats où le régime juridique devait être différent de celui du contrat de vente en particulier et des contrats à exécution instantanés en général. DEMOGUE qualifie le contrat de société de « contrat de collaboration égalitaire » et estime que la prise de décision à la majorité est une évolution nécessaire du régime juridique de ces contrats qui peuvent accueillir un nombre important d'associés (c'est-à-dire de contractant). V. R. DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, commenté par C. JAMIN, DEMOGUE, juriste de l'impertinence, Dalloz collection tiré à part, 2012

²³⁷ G. RENARD, La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. SIREY 1930 p. 36 : Pour l'Auteur les statuts d'une société contiennent une fondation en plus d'un aspect contractuel. L'A. rappelle les 4 étapes de la volonté fondatrice (manifestation de volonté avec intention de fonder, rédaction des statuts, organisation de fait de l'institution coopérative, reconnaissance de la personnalité juridique)

²³⁸ G. RENARD, La théorie de l'Institution...op cit.270-271 : L'associé d'une société commerciale n'est ni un créancier de la société, ni un copropriétaire, il « est tout simplement partie intégrante de la société ».

²³⁹ CUCHE cité par RENARD, op.cit. p.377-378 « Cette toute puissance d'une majorité serait inintelligible du point de vue contractuel » « car la modification d'un contrat exige l'unanimité » »

²⁴⁰ Terme utilisé dans la Traduction de H. KELSEN, « La théorie pure du droit », p.178

²⁴¹ G. RENARD op.cit. p.377-378 : « La grande entreprise est anonyme ou s'achemine vers l'anonymat : elle s'est séparée de ses fondateurs pour « vivre sa vie » »

²⁴² Si la science du droit se veut objective, le droit ne l'est pas car il est toujours l'expression d'un choix politique au sens large du terme. M.-L. DUSSART, Constitution et économie, thèse Dalloz 2015, p.38, n°45 : KELSEN : « « La dépolitisation qu'exige la théorie pure du droit vise la science du droit et non pas son objet, le droit. Le droit ne peut être séparé de la politique, puisqu'il est un instrument essentiel de la politique. Sa création ainsi que son application sont des fonctions politiques, c'est-à-dire conditionnées par des jugements de valeur » ».

prendre des décisions juridiques unilatérales dans le périmètre du groupement. Cette vision fait glisser le droit des sociétés du droit privé vers le droit public car cette exorbitance ne peut s'expliquer par les notions et concepts du droit privé. Certes le développement de l'Etat depuis cent cinquante ans a développé la technique de l'acte juridique unilatéral dans certaines branches du droit (Impôt, droit pénal, droit de la sécurité sociale) mais néanmoins, l'ordre juridique est resté globalement libéral, notamment dans le domaine économique car l'initiative privée n'a jamais disparu en France durant le XX^e siècle²⁴³. Il existe une corrélation entre une économie de marché et la technique juridique qu'est le contrat²⁴⁴. Malgré ses prétendues crises, le contrat n'a pas disparu et il ne disparaîtra pas tant que de nombreux pans de l'activité économique seront la conséquence de l'initiative privée. L'unilatéralité nouvelle identifiée dans la grande entreprise, c'est-à-dire l'utilisation de la technique de l'acte unilatéral au sein des grandes sociétés a fait croire à de nombreux auteurs à une publicisation de la grande entreprise et à son inexorable attraction vers le droit public. Là encore, on peut penser aujourd'hui qu'il s'agissait d'une erreur que de réduire l'acte juridique unilatéral à un phénomène de pouvoir relevant forcément du droit public. La doctrine de l'époque n'avait peut-être pas encore les outils conceptuels nécessaires pour comprendre que des relations contractuelles pouvaient faire naître des actes juridiques unilatéraux, c'est-à-dire que l'acte juridique unilatéral n'était pas forcément l'apanage du droit public²⁴⁵.

Pour la doctrine de l'époque, la publicisation prétendue du droit des sociétés et l'analyse institutionnelle de la grande entreprise sont donc des phénomènes corrélés²⁴⁶.

²⁴³ La démocratie libérale laisse, par choix politique délibéré, le secteur économique aux mains de l'action et de l'initiative privée. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'Etat se désintéresse de l'économie : L'Etat peut et doit assumer un « rôle normatif structurel » plus ou moins important selon la doctrine dominante au pouvoir. Une démocratie libérale peut donc avoir différents degrés d'intervention de l'Etat dans son rôle d'organe normatif structurel mais en laissant aux particuliers la liberté d'entreprendre. V. F.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978, p. 168 et s. spé. pp.174-176

²⁴⁴ Op.cit. J. GHESTIN « Le contrat en tant qu'échange économique » Revue d'économie industrielle vol.92, 2e et 3e trim. 2000 pp.81-100, p.91 : 15 ; G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39, p.37

²⁴⁵ Idée présente dans la thèse d'E. E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, not. P.140-142, n°218 et s. ; V. aussi R. ENCINAS DE MUNAGORRI, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels. Préf. A. LYON-CAEN, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé tome 254

²⁴⁶ Sur la critique du phénomène de publicisation du droit privé, V. H. MAZEAUD, Défense du droit privé, D. 1946, chro. V. p. 17 : «Ce qu'ils veulent dire, mais ils le disent mal, c'est tout simplement que, de plus en plus, le législateur (il ne faut pas écrire : l'Etat) édicte dans les rapports de droit privé des règles impératives. Pour eux, là où il y a loi impérative, là il y a droit public »

§2. La diffusion au droit des sociétés : la nature de la société, du contrat à l'institution ?

Concentration de capitaux et extension de l'analyse institutionnelle

La création et le développement de « méga-entreprises » exploitées sous la forme sociale de sociétés par actions et particulièrement de sociétés anonymes semblent confirmer, pour la doctrine économique et juridique de l'époque, que l'entreprise privée aurait changé de nature, qu'elle ne pourrait plus s'expliquer par le biais de concepts de droit privé comme le contrat, la propriété, le mandat mais par des notions du droit public²⁴⁷. L'analyse contractualiste de la société, pourtant pluriséculaire²⁴⁸, paraît obsolète et incomplète²⁴⁹. Comme l'écrit Jean-Philippe ROBE : « *Sur le continent, les spécialistes du droit des sociétés ont « institutionnalisé » la société. La société n'est plus analysée comme un contrat : elle devient une « institution », « une organisation » ayant une existence autonome, une finalité propre, indépendante de ses actionnaires*²⁵⁰. ». Tout est dit par cet auteur. La société est perçue comme une entité distincte de la volonté de ses membres, elle est vue comme une personne qui aurait des droits similaires à ceux d'un individu : l'autonomie reconnue à une personne physique capable est également reconnue à un groupement personnifié. Subrepticement, cette façon de considérer qu'un sujet de droit non humain soit autonome juridiquement et non créé en vertu d'une fin serait une révolution copernicienne de nos types d'ordre juridique²⁵¹.

Une vision statutaire de la relation entre le dirigeant social et la société dirigée

²⁴⁷J et E. ESCARRA, J. RAULT, « traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, tome second Sociétés par actions, » Recueil SIREY ; Paris 1951, p.31 : La théorie institutionnelle des sociétés par actions.« La constitution d'une société par actions, surtout lorsqu'il s'agit d'une fondation successive, est, en premier lieu, un acte complexe ; en second lieu, un acte dont la perfection est subordonnée à l'emploi des formes légales ; en troisième lieu, un acte soumis à un ensemble de règles impératives. Enfin, cet acte donne naissance à une personne juridique nouvelle. Ces traits distinctifs, qui caractérisent bien plutôt les institutions du droit public que les situations de droit privé, ont tout naturellement conduit les auteurs à rechercher en dehors des techniques du droit privé l'explication du phénomène juridique que représente la constitution d'une société par actions.

Dès la fin du siècle dernier, des publicistes ou des commercialistes allemands ont, les premiers, écarté la notion de contrat. » ; V ; aussi F. DEBOISSY, Le contrat de société in Rapport français op.cit., p.121, §5 : « La volonté d'encadrer plus étroitement les sociétés conduisit une partie de la doctrine à récuser la qualification de contrat. »

²⁴⁸ FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005, introduction

²⁴⁹ J. ESCARRA, J. RAULT, Sociétés commerciales, p.33, n°526 : « La théorie institutionnelle présente, sur la conception traditionnelle de la société contrat, une supériorité certaine ».

²⁵⁰ J.P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ?, 1ière édit. 1999 p.44

²⁵¹ Infra seconde partie notamment Titre I : la notion moderne d'Etat de droit est fondé sur l'idée d'une finalité de protection de l'individu (Cf J. HILAIRE, La construction de l'Etat de droit dans les archives judiciaires de la Cour de France au XIII^e siècle, Dalloz L'esprit du droit, 2011).

La « *fonctionnalisation des prérogatives du chef d'entreprise*²⁵² » a une importance cardinale sur la conception que l'on se fait du chef d'entreprise : le chef n'est plus considéré comme investi d'un pouvoir qui découlerait des associés et donc in fine du droit de propriété mais deviendrait en charge d'un intérêt collectif transcendant, celui du groupement. C'est l'ère des managers et de la « *technostructure*²⁵³ », c'est-à-dire l'ère où ce sont les « sachants » et non les apporteurs de capitaux qui sont désormais considérés comme les vrais maîtres de l'entreprise²⁵⁴. Cette analyse juridique dérivée du droit public et imprégnée d'analyses économiques et sociologiques, oublie l'origine du pouvoir des dirigeants sociaux (propriété privée et contrat i.e. des notions fondamentales de droit privé) pour se contenter de lui astreindre de prétendus buts collectifs. Les dirigeants sociaux (ou le groupe de dirigeants qui gouverne l'entreprise) sont perçus non plus comme des mandataires mais comme des gouvernants en charge d'un intérêt collectif prétendu réel. Ce sont des organes dont le pouvoir devrait être exercé pour accomplir, non plus l'intérêt de leurs mandants, mais pour réaliser l'intérêt supérieur de la société, de l'entreprise, voire l'intérêt général. Cette croyance est encore défendue aujourd'hui avec véhémence ; l'entreprise ne serait pas appropriée car il s'agirait d'une communauté de travailleurs et finalement, l'entreprise en tant qu'entité collective appartiendrait aussi bien à ses actionnaires, à ses dirigeants qu'à ses salariés²⁵⁵.

Un changement de paradigme de la conception de la grande entreprise

²⁵² Expression empruntée à E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé, p.185, n°284. Le terme de fonctionnalisation est également un emprunt à J. CARBONNIER, note sous TGI VERSAILLES, 24 septembre 1962, D. 1963, 52

²⁵³ Expression de l'économiste GALBRAITH, P. DIDIER « Droit commercial Tome 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés. 3e édition. » PUF p.224 ; V. aussi Blanche SEGRESTIN, Armand HATCHUEL, « Refonder l'entreprise » Seuil, la république des idées, p.67 ; Ce sont peut-être les économistes qui ont les premiers constaté ce phénomène. K. MARX, « Le capital », Livre III, cinquième section, chapitre XVI édition la pléiade...p.1176 et s. : BERLE, MEANS, « The modern Corporation and Private Property, New-York, 1932 ; G. RIPERT, « Les aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, 1951. n°46 ; Sur l'historique, V.. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie

²⁵⁴ Sur l'observation historique de ce phénomène et la dissociation entre propriété et pouvoir au sein de l'entreprise, M. SCMOECKEL, « De la corporation au gouvernement d'entreprise Traditions nationales des sociétés anonymes et direction de l'entreprise » p.57 et s. in « L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques », Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit ; G. ROUHETTE, Propriété Encyclopædia Universalis « Comme on l'a vu, les associés ne sont propriétaires que de leur part sociale, qui n'est pas en cause ; la propriété du patrimoine social appartient à la société, être moral, et le pouvoir de le gérer est également conféré aux managers en tant que représentants ou organes de cet être. À quoi l'on peut objecter que l'artifice de la personnalité morale ne doit pas masquer la réalité sociale, alors surtout que les actionnaires, par leur droit de vote aux assemblées, sont théoriquement les maîtres de la société, et que, même du strict point de vue juridique, il convient de savoir en quoi consiste la propriété sociétaire. »

²⁵⁵ Une annonce gouvernementale a évoqué l'idée de modifier l'objet social des sociétés notamment les articles 1832 et 1833 du code civil. Mais en janvier 2018, ce projet n'est pas précisé...Ph. MABILLE, « Objet social des entreprises : la boîte de Pandore » 04/01/2018, La Tribune.fr

Jean PORTEMER a saisi dans une note de doctrine célèbre le changement de paradigme qu'était en train de vivre le droit des sociétés dans la première moitié du XX^e siècle²⁵⁶. La notion de personne morale comprise comme étant un tout totalement distinct de ses membres et l'augmentation significative de règles d'ordre public ont fait dire à certains que la grande société ne pouvait plus être analysée par le prisme du droit privé en général et par la technique contractuelle en particulier²⁵⁷. Jean PORTEMER dans une note célèbre « *Du contrat à l'institution* » explique que les frontières du droit privé et du droit public s'estompent²⁵⁸. Le droit des sociétés, comme le droit public, est un droit qui doit réglementer des organisations humaines. La société, la grande entreprise, est perçue comme une « *collectivité de droit privé* ». L'auteur se réfère donc directement à HAURIOU²⁵⁹ : le droit des sociétés ne doit plus être analysé à partir de contrat, mais à partir de la notion d'être collectif. La société s'expliquerait désormais non plus « *au moyen des règles traditionnelles du droit civil* » mais à partir de « *l'aide de concepts institutionnels au moyen desquels on rend compte des collectivités des droits publics*²⁶⁰ ». En ce qui concerne l'analyse de la situation des dirigeants, « *la notion de mandat s'effacerait derrière celle de fonction* ». Le droit des sociétés serait donc désormais coupé en deux avec d'une part, la petite société de personnes qui serait toujours de l'ordre du contrat tandis que la grande entreprise exploitée sous la forme sociétaire relèverait des analyses du droit public, c'est-à-dire de l'institution. « *En d'autres termes, si la société de personnes ressortit bien au contrat, la société de capitaux ne saurait se raisonner qu'au moyen des notions institutionnelles*²⁶¹ ».

Conclusion du Chapitre I

Malgré la prétendue recontractualisation du droit des sociétés survenue dans la doctrine des années soixante-dix²⁶² et le retour de la relation dirigeant-associés comme étant le cœur de

²⁵⁶ J. PORTEMER, Du contrat à l'institution, JCP 1947, I, 586

²⁵⁷ Sur ce point M. COZIAN, A.VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis 2015 p.4, n°9 ; J.-C. MAY, La société, contrat ou institution, in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B ; BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004 p.122 et s., not. P.130

²⁵⁸ J. PORTEMER, Du contrat à l'institution, JCP 1947, I, 586.

²⁵⁹ J. PORTEMER, « avec les « intuitions géniales du doyen Hauriou ». La théorie institutionnelle ou les théories de l'institution initialement développées pour comprendre l'Etat permettent également selon ceux qui les ont portées d'expliquer les groupes humains en général, à partir du moment où ceux-ci ont une certaine permanence ainsi que l'émergence d'une autorité en son sein. V. E. MILLARD

²⁶⁰ J. PORTEMER, Du contrat à l'institution, JCP 1947, I, 586.

²⁶¹ J. PORTEMER, op.cit.

²⁶² M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, « Les grandes questions du droit économique Introduction et documents » PUF, coll. Quadriges manuels 2005, p.28-29

relations juridiques au sein de l'entreprise²⁶³, la vision institutionnelle continue d'innover le droit de certaines sociétés et notamment la question de la rémunération des dirigeants sociaux. Aujourd'hui encore certaines rémunérations sont qualifiées d'institutionnelles bien que cette qualification soit discutable par rapport au « réel », c'est-à-dire par rapport à la nature d'une entreprise privée dans une économie de marché²⁶⁴. Qu'est-ce que cela signifie ? en quoi le discours de la doctrine de l'époque relatif à la théorie institutionnelle n'est-il pas conforme au réel ? Le marché qui découle lui-même de libertés politiques inhérentes à la démocratie libérale est construit sur ce que l'on nommera le normativisme humaniste²⁶⁵, c'est-à-dire sur le fait que c'est l'individu qui est le primat de l'ordre juridique. Nous verrons en seconde partie que le droit de l'Union Européenne et le droit de la concurrence, les droits de l'homme, les droits fondamentaux dégagés par l'ordre interne, le droit européen ou le droit international constituent la source de principes matriciels sur lesquels notre ordre juridique est construit. Or la théorie institutionnelle véhicule l'idée que les groupements de personnes sont une réalité d'une part et d'autre part, que ces groupements auraient une existence qui leur permettrait d'avoir la personnalité morale. La théorie de l'institution est étroitement liée à la notion de personne morale entendue comme une entité autonome des individus qui la composent²⁶⁶. Cette vision anthropomorphique de la personnalité morale est encore très présente dans la doctrine et parfois était même consacrée par le droit positif avec par exemple le fameux arrêt « Commune de Saint-Chamond » où la personnalité morale existerait de plein droit dès que certaines conditions seraient réunies²⁶⁷. Néanmoins cette vision n'est pas conforme, selon nous, à un ordre juridique qui défend l'économie de marché et les droits

²⁶³ P. DIDIER, *Théorie économique et droit des sociétés*, études SAYAG, 1997, 227. P.228 ; G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*. In *Mélanges OPPETIT*, p.689 p.726, n°51 ; Fl. DEBOISSY, *Le contrat de société in Rapport français*. p.123, °7 : « Or, il faut bien voir que le débat sur la nature juridique de la société, qui est indissociable du débat relatif à l'intérêt social, est largement parasité par les conceptions politico-socio-économiques de leurs auteurs ainsi que par des enjeux de pouvoirs : qui, des associés, des dirigeants ou des salariés doit exercer la réalité du pouvoir sociétaire ».

²⁶⁴ A tort ou à raison, le droit économique français comme tous les droits économiques des ordres juridiques qualifiés de démocratie libérale sont construits sur la notion cardinale de marché. (G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, *Les voies du droit*, 2004 p.23 et s.) L'analyse économique du droit tend le plus souvent à démontrer l'efficacité du marché par rapport au planisme et à l'organisation étatiste de l'économie. La chute de l'union soviétique et du modèle économique communiste aurait confirmé, paraît-il, la victoire de ces analyses. Il ne semblerait pas y avoir pour l'instant d'alternative à l'économie de marché. M. HENOCHSBERG, *La place du marché*, essai Denoël, « p.7, n°1 : « ...la chute du mur a signifié au monde entier, outre le décès de l'utopie communiste, qu'il n'existait plus qu'un seul modèle. Sans vraiment livrer bataille, l'économie de marché règne sur le monde ».

²⁶⁵ S. GOYARD-FABRE, « *Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme* » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Presse universitaire de Caen, 1992, n°22, p.24 et s.

²⁶⁶ E. GAILLARD, *le pouvoir en droit privé*, p.171« Jusqu'à dans leurs moindres nuances, les doctrines de l'institution et de la réalité des personnes morales apparaissent bien comme les deux manifestations parallèles d'une même conception des groupements ».

²⁶⁷ « La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle 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 protégés » cité par G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, *Rep.civ Dalloz*, entrée ° Personne morale, septembre 2016, n°14

fondamentaux : ce type d'ordre juridique assure le primat de l'individu sur le groupe²⁶⁸ et même s'il existe des groupes privés qui peuvent avoir une personnalité juridique, l'individu est toujours libre de quitter le groupe. Le fondement de n'importe quel groupement de droit privé, c'est le contrat, le contrat entre l'individu et les autres membres du groupe qui fonde une entité réversible alors que la personne humaine est intangible jusqu'à sa mort.

Il faut bien comprendre que la théorie institutionnelle n'est pas le droit mais un discours sur le droit qui relève de la science du droit au sens de Hans KELSEN²⁶⁹. Et le problème selon nous, c'est que ce discours qui devrait être objectif ou du moins être conforme à des canons scientifiques ne l'est pas. Ce discours est construit sur une vision collectiviste du monde où le groupe et non l'individu serait le primat pour appréhender le droit. Cela nous paraît totalement inexact. La raison ne relève pas de la technicité juridique pure mais de la prégnance du « paradigme personnaliste²⁷⁰ », qui est fondé sur des sous-jacents idéologiques et politiques encore influents dans le droit des sociétés d'aujourd'hui.

²⁶⁸ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, T.1, *Les droits de l'homme*, Puf, 6e édit. 1991, p.115 : *Emergence du droit des groupes*. « La finalité individualiste de la société n'est donc pas remise en cause par les droits du groupe. En cas de conflit entre droits du groupe et droits de l'individu, ceux-ci l'emportent. La règle est essentielle : le groupe, en effet, est le plus souvent animé d'une volonté de puissance qui peut menacer la liberté de ses adhérents, et même de ceux qui lui refusent leur adhésion. De ce point de vue, la défiance des libéraux de 1789 à son égard n'était pas entièrement erronée. D'où la nécessité de le maintenir à sa place dans la hiérarchie des valeurs. »

²⁶⁹ « La science du droit est un discours indicatif. Elle est faite de propositions de droit, c'est-à-dire de propositions ayant pour référence des normes juridiques [...]. Pour ce qui concerne la théorie générale du droit qui entend décrire tous les systèmes juridiques existants et même tous les systèmes juridiques possibles, il n'est même pas possible de décrire les contenus, parce qu'il n'y a pas de contenu commun à tous les systèmes juridiques. La seule chose qui leur soit commune est la forme, c'est-à-dire la structure, par exemple la hiérarchie des normes. » M. TROPER, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in O. PFERSMANN et G. TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publication de la sorbonne, 2001, p.36-37 cité par J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit et théorie du droit, Un essai de conciliation*. In APD, T.51, *L'égalité*, p.281-p.296 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, réédit. Panthéon Assas, coll. Les introuvables, préf. P.-M. DUPUY, C. LEBEN p.5-6 :

²⁷⁰ Le paradigme institutionnel n'est qu'une branche du paradigme personnaliste, c'est-à-dire où l'on voit la société comme étant une entité propre et indépendante ;

Chapitre II Le sous-jacent idéologique de l'analyse institutionnelle

Lorsque l'on cherche le sens du mot idéologie dans le dictionnaire de la langue philosophique de P. FOULQUIE et R. SAINT-JEAN²⁷¹, on constate que deux des trois acceptions sont une connotation péjorative, car si au sens premier l'idéologie est « *la science des idées*²⁷² », au sens 2° l'idéologie est « *un système de pensées plus notionnelles que réelles c'est-à-dire coupées de la pratique et de l'expérience vécue*²⁷³ ». Le troisième sens se rapproche du sens 2 avec cette idée que l'idéologie est « *un système d'idées, plus ou moins cohérent d'opinions ou de dogmes*²⁷⁴ » partagés par un groupe social donné²⁷⁵. Nous allons essayer de démontrer que la difficulté que pose encore aujourd'hui la question de la rémunération des dirigeants sociaux est liée en partie à une vision idéologique de la grande entreprise qui ne correspond pas à la pratique micro-économique qui découle elle-même des principes sur lesquels est fondé notre ordre juridique à savoir les principes de la « démocratie libérale ». Dans son petit ouvrage sur le droit Philippe JESTAZ dénonce l'idéalisme comme méthode d'analyse du droit : « *l'idéalisme consiste à expliquer le monde par les idées et, par voie de conséquence à prendre celle-ci pour l'expression de la réalité. En droit cette démarche laisserait croire à la réalité des théories, voire des fictions*²⁷⁶ ». Peu après, dans le même ouvrage M. JESTAZ explique qu'il existe une certaine « *forme de vérité en droit, laquelle s'apprécie par rapport à la logique du système*²⁷⁷ ». Or le problème du droit des sociétés est qu'il est bâti sur deux logiques systémiques concurrentes. Le débat sur la nature de la rémunération n'est en réalité qu'un arbre qui cache une forêt de divergences plus profondes concernant la nature de la société, de l'entreprise ; et selon la grille de lecture adoptée, le débat sur la place du dirigeant social et la nature de sa rétribution

²⁷¹ P. FOULQUIE, R. SAINT-JEAN, Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 2^e Edit. augmentée 1969

²⁷² P. FOULQUIE, R. SAINT-JEAN, Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 2^e Edit. augmentée 1969, p.337, entrée °idéologie° A.

²⁷³ P. FOULQUIE, R. SAINT-JEAN, op.cit. entrée °idéologie° B.

²⁷⁴ P. FOULQUIE, R. SAINT-JEAN, op.cit. entrée °idéologie° C.

²⁷⁵ La définition n°4 d'André LALANDE est peut-être encore plus lumineuse : « Pensée théorique qui se croit développée abstraitement sur ses propres données, mais qui est en réalité l'expression de faits sociaux, particulièrement de faits économiques, dont celui qui la construit n'a pas conscience, ou du moins dont il ne se rend pas compte qu'ils déterminent sa pensée. » A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Puf Quadrige Dicos poche, 3e 2010, p.459, °Idéologie°, entrée D.

²⁷⁶ Ph. JESTAZ, Le droit, 8e édit. Dalloz, p.122

²⁷⁷ Ph. JESTAZ, le droit, op.cit. p.125

seront différents : même si le prisme contractualiste est historiquement le plus ancien²⁷⁸, la montée en puissance de l'Etat dans l'économie et l'accroissement du nombre de normes régissant les entreprises²⁷⁹ ont généré des analyses juridiques qui ont eu pour conséquence de minimiser l'importance de l'acte juridique de droit privé dans le fonctionnement de l'entreprise²⁸⁰ : l'entreprise serait un « bien économique » trop important pour que son organisation soit laissée à des particuliers par le biais de la propriété privée.

La vision personnaliste de l'entreprise, corrélée au débat sur la nature de l'intérêt de l'entreprise, véhicule l'idée du primat de la volonté publique sur la volonté privée pour organiser l'entreprise²⁸¹, la société personne morale²⁸². La vision institutionnelle qui n'est qu'une branche des différentes théories personnalistes existantes²⁸³, traduirait en réalité une vision politique planiste qui vise à affranchir l'entreprise sociétaire des apports de capitaux. Les dirigeants sociaux en sont l'exemple, le lien les unissant à la société serait d'une autre nature qu'un lien contractuel. Nous allons essayer de démontrer que cette conception est idéologique. Certains rétorquent que la vision de l'entreprise perçue comme une « arborescence de contrats » serait aussi idéologique. Mais la vraie question que doit se poser le « juriste commentateur » est de savoir si la conception à laquelle il adhère, celle qu'il croit conforme au droit positif, est également conforme aux principes macro-juridiques sur lesquels est fondé l'ordre juridique ?²⁸⁴ Dans sa note célèbre aux Archives de philosophie du Droit, Hans Kelsen rapporte une interrogation d'Eugène GAUDEMET concernant le débat entre deux écoles de pensées (le droit naît-il de la solidarité sociale ou de la volonté individuelle ?). E. GAUDEMET critiquait la dérive de l'école objectiviste niant la volonté privée dans la création

²⁷⁸ FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005n°2

²⁷⁹ Avec parfois l'exemple extrême de l'étatisation totale de l'économie comme ce fut le cas en URSS sous la période stalinienne.

²⁸⁰ FI. DEBOISSY, Le contrat de société, op.cit. p.121, n°5 : « C'est pourtant ce qui advint au début du XX^e siècle. La volonté d'encadrer plus étroitement les sociétés conduisit une partie de la doctrine à récuser la qualification de contrat ».

²⁸¹ A. AMIAUD, L'évolution du droit des sociétés par actions in Etudes offertes à G. RIPERT, TII LGDJ 1950 p.287 et s. spé. p.288 ; Aujourd'hui encore, de nombreux auteurs récuse le fait que l'entreprise soit la propriété de ses entrepreneurs. V. L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit, 2015 A. SUPIOT, introduction p.15 et s. ; J.-P. ROBE, Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique, Dalloz, 2015

²⁸² Même si historiquement l'importation de la personnalité morale en droit des sociétés a permis de limiter le contrôle de l'Etat sur les groupements en défendant que l'intérêt collectif avait une réalité similaire à celle d'un intérêt individuel. V. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, p.689 et s.p.693, n°8

²⁸³ La société, l'entreprise sont perçues comme étant des « êtres » distincts de leurs propriétaires, associé ou entrepreneur. Sur le lien entre associé et entrepreneur, cf. Partie Titre I, Chapitre I

²⁸⁴ Comparer avec ce qu'écrivait. Ph. JESTAZ, Le droit, connaissance du droit, Dalloz, 14^e Edit. p.117-118 : « Pour toutes ces raisons, la littérature juridique est presque toujours orientée, l'auteur honnête étant simplement celui qui ne dissimule pas ses préférences sous de prétendus arguments de pure technique juridique. »

du droit²⁸⁵. KELSEN fit ce commentaire : « *Du point de vue d'une théorie ou d'une interprétation du droit positif (et c'est bien le point de vue sur lequel se placent GAUDEMET et tous les juristes), il ne s'agit pas d'éviter ou d'introduire du socialisme d'Etat ou un autre système économicopolitique, mais de constater quel est le système qui a été adopté par un ordre juridique positif*²⁸⁶. » L'interrogation de KELSEN est transposable au droit des sociétés. La question en droit des sociétés n'est pas de savoir si la théorie institutionnelle, et plus généralement l'ensemble des théories personalistes (réalité technique de la personnalité morale, doctrine de l'entreprise), sont vraies ou fausses mais si ces analyses sont conformes à la structure globale de l'ordre juridique²⁸⁷. Et notre réponse est nette : la vision institutionnelle de la société, de l'entreprise n'est pas conforme à un ordre juridique politiquement fondé sur l'économie de marché et la démocratie libérale. Il ne s'agit pas de défendre à titre personnel ce type de système mais juste d'éviter une aporie. La société n'est pas une institution car le pouvoir en son sein ne dérive pas de l'Etat (ou d'une volonté publique), c'est-à-dire de la notion de souveraineté²⁸⁸ mais de la propriété privée des apporteurs de capitaux qui ont regroupé leurs biens par le biais d'un contrat associatif, le contrat de société. Il en serait autrement si l'ordre juridique français supprimait la propriété privée des moyens de production et devenait collectiviste par exemple.

Fonctionnarisation du statut du dirigeant.

Il semble facile aujourd'hui de voir l'existence d'une contradiction entre certains principes inhérents à une économie de marché d'une démocratie libérale qui ont été constitutionnalisés et la prétendue nature institutionnelle du statut du dirigeant. Pourtant, ceux qui pensent que l'entreprise, la société ne sont pas un contrat ou pas totalement un contrat sont encore très nombreux²⁸⁹ : le dirigeant social ne serait plus un mandataire mais un représentant légal, un organe. Sa rémunération ne découlerait plus d'un acte juridique de droit privé mais serait la conséquence d'une sorte de pouvoir réglementaire. L'organe compétent aurait une compétence exclusive et un pouvoir propre pour décider, fixer et modifier la rémunération allouée aux dirigeants sociaux. La jurisprudence a parfois entériné cette vision de la rémunération : en cas de formalisme non respecté, la rémunération devait

²⁸⁵ KELSEN citant GAUDEMET « « Le danger de cette conception est qu'en l'exagérant, on risque de supprimer la liberté des conventions et d'aboutir à un socialisme d'Etat. » » in H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s. p.48 H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention » Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s. p.48 n°13

²⁸⁶ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », op.cit.

²⁸⁷ Sur le décalage entre l'élaboration de la règle de droit et la représentation qu'en donne le juriste. V. B. OPPETIT, thèse p.280 cité par G. WICKER, La théorie de la personnalité morale p.693, n°9

²⁸⁸ O. BEAUD, Nationalisation et souveraineté. La nationalisation comme acte de puissance publique. P.A., 24 nov. 1995 : Sur la souveraineté limitée d'une démocratie libérale...

²⁸⁹ J.-P. BERTREL, Liberté contractuelle et société, R.T.D.Com., 1996, p. 595 et s.

être annulée faisant fi de l'adage « tout travail mérite salaire ». Pour schématiser, il existe un droit des sociétés fondé sur la personnalité morale et un droit des sociétés fondé sur le contrat et la propriété²⁹⁰ (thèse personaliste face à la thèse matérialiste) ; la vision matérialiste ou contractuelle de la société est fondée sur une non-dissociation de l'entrepreneur de son entreprise : un économiste dirait qu'il n'y a pas de capital sans capitalistes²⁹¹. Par capital, il s'agit de capital privé qui découle du fonctionnement de marchés libres. Dans cette optique, le contrat de société n'est plus perçu comme quelque chose de magique qui ferait naître une personnalité juridique distincte mais comme un complexe de droits réels et personnels faisant naître à la fois une « communauté contractuelle » d'associés et une propriété privée collective. Le contrat de société est la matrice de deux relations essentielles à l'entreprise, la relation des associés entre eux et la relation associé-dirigeant²⁹². Dans l'optique personaliste,

²⁹⁰ L'entreprise : nouveaux apports, Etudes coordonnées par J. JUGLAUT, Rennes 1987, *Economica* ; J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce que l'entreprise ? p.11-88 spé. p.12, n°6 : Les doctrines de l'entreprise sont nombreuses et « Dans leurs éléments essentiels, elles s'ordonnent autour de deux groupes de thèses : les thèses matérialistes et les thèses personalistes. Les premières sont fondées sur une analyse juridique de l'entreprise alors que les secondes expriment plutôt une analyse de nature sociologique (mais à conséquences juridiques) [...], il apparaîtrait que les premières voient dans l'entreprise un objet de droit alors que les secondes tendent à en faire un sujet de droit ».

p.12, n°7 : « La caractéristique essentielle des thèses matérialistes est leur vision purement patrimoniale de l'entreprise. Celle-ci n'est qu'un ensemble de biens affectés à une production. Ces biens appartiennent à une personne privée ou publique, personne physique ou personne morale ; ils font partie de son patrimoine. L'entreprise n'existe donc, activement et passivement, qu'à travers son « propriétaire ». Le pouvoir comme la responsabilité trouvent leur fondement dans le droit de propriété. Les membres du personnel sont liés au propriétaire de l'entreprise (l'entrepreneur) par des contrats ; ils ne sont pas dans l'entreprise, ils demeurent des tiers par rapport à elle. L'entreprise est et ne peut être gérée que dans l'intérêt de son propriétaire ; elle ne pourrait en aucun cas avoir un intérêt propre, distinct du sien. Il est évident que dans cette approche, l'entreprise ne peut avoir de personnalité propre »

p.13, n°8 : « Les courants de pensée personaliste voient dans l'entreprise une collectivité, celle qui est formée par les apporteurs de capital et les apporteurs de travail. C'est à la fois une communauté d'hommes et lieu de vie collective. L'ensemble constitue un être collectif doté d'une personnalité propre. Dans cette perspective, l'entreprise n'est plus un objet de droit mais un sujet de droit. En tant que sujet de droit, l'entreprise est dotée d'un patrimoine propre, d'une autonomie de décision et d'un intérêt propre. La véritable légitimité du pouvoir ne procéderait ni de la propriété du capital, ni de la loi, ni de décisions de pouvoirs publics mais d'un consensus. Pour certains, ce consensus ne pourrait résulter que de la compétence à exercer le pouvoir ; pour d'autres, il ne pourrait s'établir au moyen d'élections au suffrage universel et direct, ce serait l'application à l'entreprise du système de la démocratie politique : l'ouvrier, l'employé, le cadre...sont des citoyens dans l'entreprise comme dans la cité et dans la nation ».

²⁹¹ H. De SOTO, *Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010 : p.57 : « En se développant, les régimes de propriété des pays occidentaux ont donné naissance, imperceptiblement, à divers mécanismes qui se sont graduellement réunis dans un processus qui a fabriqué du capital comme jamais auparavant. »

« En d'autres termes, ce qui crée le capital en Occident est un processus implicite enfoui sous la complexité des régimes de propriété formels. », p.81 : « Le capital, comme je l'ai déjà avancé, n'est donc pas créé par l'argent ; il est créé par des gens que les régimes de propriété poussent à coopérer et à se demander comment tirer une production supplémentaire des biens qu'ils ont accumulés. »

²⁹² P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés » in études SAYAG, 1997, p. 227 et s.

l'ensemble des relations juridiques au sein de la société a été personnifié²⁹³ : la société personne morale ne serait plus appropriée mais s'auto-appartiendrait du fait de la reconnaissance de la personnalité juridique au groupement. Les biens sociaux appartiendraient donc désormais à la personne morale²⁹⁴ car « elle » serait une personne juridique analogue à une personne physique²⁹⁵. Cette vision acceptée par beaucoup est en réalité une atteinte subtile à la propriété privée et est mystérieuse d'un point de vue de la pure technique juridique. Pourquoi le regroupement de propriétés privées individuelles en une propriété collective aboutirait à confier cette propriété privée collective à une autre personne qu'à ses auteurs ? La société personne morale doit être comprise comme étant la personnification de l'intérêt commun des associés, c'est-à-dire des intérêts qu'ils ont sélectionnés et affectés au groupement²⁹⁶.

Réglementation et changement prétendu de nature de la société.

L'avènement d'une réglementation de l'entreprise privée en général et d'un ordre public sociétaire en particulier²⁹⁷, a conduit une partie importante de la doctrine à considérer le contrat de société comme relevant désormais plus de la loi que du contrat : la société serait organisée par la puissance publique davantage que par la volonté privée. Le pouvoir social ne relèverait plus d'un acte juridique de droit privé puisant sa source dans la propriété privée (acte sociétaire réalisant l'apport des associés) mais dans l'effet de la loi. Un changement de paradigme fut opéré : le droit des sociétés serait devenu « *l'ensemble des règles par lesquelles la personne morale sociétaire exprime sa volonté, c'est-à-dire l'ensemble des règles par lesquelles la personne morale sociétaire prend des décisions*²⁹⁸ ». La grande entreprise

²⁹³ J.-P. ROBE, Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique, Dalloz, a droit ouvert 2015 p.146 : « La personnalité morale est un phénomène extraordinaire, aux conséquences nombreuses et profondes »

²⁹⁴ « Le crépuscule de la société-contrat fut également marqué par l'émergence d'un être collectif : la société personne morale ». C. CHAMPAUD, Le contrat de société existe-t-il encore ? in « Le droit contemporain des contrats », Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU Economica p.125 et s. p.131

²⁹⁵ Nous essaierons de démontrer que dans un système juridique fondé sur la raison, découlant d'une méthode scientifique et des « Lumières », seul un être humain peut être un véritable propriétaire. Toute « hypostasie » où un être non humain serait propriétaire relève d'une pensée mythique que l'on aurait qualifiée de primitive à l'époque où Kelsen écrivait. Il est fondamental de distinguer et de continuer à distinguer les personnes des choses et seules les personnes physiques sont des personnes pleines et entières. La robotisation de l'économie conduira le juriste à distinguer l'homme de la machine même si la machine se met à lui ressembler de plus en plus... V. également A. SUPLOT, Homo juridicus, et FRISON-ROCHE, colloque Science Po

²⁹⁶ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale, septembre 2016, n°26 : « La déduction s'impose alors que la personnification repose, non sur une distinction de l'intérêt du groupement et des intérêts individuels de ses membres, mais sur une sélection opérée au sein de l'ensemble de ces intérêts individuels par l'acte constitutif du groupement »

²⁹⁷ F. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005 p.121, n°5

²⁹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, « Les grandes questions du droit économique Introduction et documents » PUF, coll. Quadrige manuels 2005 p.28 et s.

sociétaire s'expliquerait par le biais d'actes juridiques unilatéraux découlant de la personnalité morale. La personnalité morale devient la source de tous les actes juridiques, le droit des sociétés commence à ressembler à une sorte de droit public. La relation dirigeant-associé et par conséquent la rémunération du dirigeant social, est analysée par ce prisme également. Le dirigeant social devient une espèce de fonctionnaire social à mi-chemin entre intérêt purement privé et intérêt général. La vision institutionnelle semble avoir été corroborée par le flottement du rôle de l'Etat en droit des sociétés. L'interventionnisme accru de l'après-guerre a laissé croire à la doctrine à un changement de paradigme : la socialisation des entreprises privées (moyens de production) paraissait inéluctable. J.A. SCHUMPETER l'avait prophétisé²⁹⁹ : « *la propriété et la gestion des entreprises se sont dépersonnalisées-l'appropriation ayant dégénéré en détention d'actions et d'obligations et les fondés de pouvoir ayant acquis une mentalité analogue à celle des fonctionnaires*³⁰⁰ ». Pourtant, ces prophéties n'ont pas eu lieu et à partir des années 1970, la critique du « planisme » en droit des sociétés, notamment par le biais d'analyses micro-économiques et micro-juridiques, ont abouti à la situation de transition actuelle : l'absence de grille de lecture donne le sentiment que la rémunération des dirigeants n'est pas contrôlée et dans une certaine mesure, ce sentiment n'est pas dénué de réalité étant donné le double prisme du droit des sociétés et de la bataille idéologique qu'il continue à connaître.

Annonce du plan

Nous allons essayer de comprendre le cheminement de l'analyse institutionnelle, son origine, son élaboration, au cours du XX^e siècle puis nous constaterons que cette analyse n'est pas neutre axiologiquement, qu'elle est en réalité idéologique et non fondée sur une technique juridique qui découle des principes sur lesquels est fondé l'ordre juridique économique. Ceci permet d'expliquer pourquoi il existe encore aujourd'hui un flottement en droit positif sur la nature des entreprises et par conséquent, l'absence de conceptualisation réelle du statut des dirigeants et de leurs rémunérations.

²⁹⁹ J. SCHUMPETER, Capitalisme, socialisme et démocratie, petite bibliothèque Payot, traduct° G. FAIN, 2e 1946 p.302 et s.

³⁰⁰ J. SCHUMPETER, Capitalisme, ibid. p.303

Section I L'influence du paradigme institutionnel et ses conséquences sur la relation juridique Dirigeant- « Société »

La doctrine économique face à la professionnalisation et la concentration des grandes entreprises.

Il convient ici de remarquer que l'analyse institutionnelle et plus généralement la croyance que l'entreprise, la société, la personnalité morale sont des entités abstraites indépendantes de leurs membres résultent d'abord d'une croyance des économistes, avant d'être reprise par des juristes. De 1867 à 1966, l'accroissement de la réglementation du droit des sociétés est analysé comme un phénomène confirmant l'institutionnalisation du droit des sociétés. Si initialement toutes les sociétés étaient analysées comme étant des conventions de droit privé³⁰¹, certaines furent considérées comme étant d'une autre nature et certains auteurs ont même vu l'apparition « *d'un droit des sociétés institutionnel*³⁰² », c'est-à-dire d'un droit qui se transforme en une « *réglementation minutieuse souvent contraignante*³⁰³ ». Le droit positif entre la fin du XIX^e siècle et les années soixante-dix, influencé par le Politique et l'Economique, se transforme en réglementant de plus en plus les formes sociales et le statut des dirigeants. Certains ont dénommé ce phénomène d'institutionnalisation du droit³⁰⁴. Si la loi de 1867 était libérale et peu contraignante³⁰⁵, notamment sur le statut des dirigeants, l'apparition et la consolidation de la notion de personne morale semble avoir corrélié la notion de société à celle de personnalité morale³⁰⁶. Pourtant la société de droit privé n'a pas pour essence d'être une

³⁰¹ Il faut néanmoins tempérer ce fait en ce qui concerne les sociétés par actions faisant appel public à l'épargne, toujours considérées comme étant d'une nature un peu différente du fait de l'importance jouée par l'Etat dans leur constitution et fonctionnement. V. J et E. ESCARRA, J. RAULT, traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, tome second Sociétés par actions, Recueil SIREY ; Paris 1951 p.31 et s. ; Cl. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962. p.155, n°174 ;

³⁰² Ch. REYNAUD, J. BARDOUL, L'administration et la direction générale des sociétés anonymes p.125-159... p.127, n°1

³⁰³ Ch. REYNAUD, J. BARDOUL, L'administration et la direction générale des sociétés anonymes p.125-159.127, n°1

³⁰⁴ Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005, p.121, n°5 : « Tout développement de l'ordre public est analysé en une institutionnalisation de la société, là où la libéralisation des règles est perçue comme le signe d'une contractualisation de la société. La société se « contractualise » ou se « décontractualise » au gré du flux et du reflux de l'ordre public »

³⁰⁵ Il s'agit d'un avis relatif car G. LYON-CAEN et L. RENAULT estimaient que la loi de 1867 avait « établi un grand nombre de restrictions à la liberté des parties » en ce qui concerne les sociétés par actions (SCA et SA)

³⁰⁶ initialement la personnalité morale n'existait pas dans le Code civil de 1804 et dans le Code de commerce de 1807 : la corrélation personnalité morale-société est une création prétorienne influencée par une certaine doctrine J.-P. ROBE, Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique, Dalloz, à droit ouvert 2015, p.146 ; C. CHAMPAUD, Le contrat de société existe-t-il encore ? in « Le droit contemporain des contrats », Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU Economica p.125 et s.

personne morale³⁰⁷. Comme l'écrivait un économiste, « *L'existence d'un droit des sociétés et d'un droit des affaires donne l'illusion que les formes institutionnelles conçues pour organiser la production dépendent d'abord et avant tout de choix législatifs*³⁰⁸. L'idée de l'institution est liée à cette conception que l'organisation de l'économie et de l'entreprise privée relèverait de l'Etat (volonté publique) avant même d'être des choix de l'initiative privée (volonté privée). Il se crée un capitalisme sans capitaliste comme l'écrit Thomas PIKETTY³⁰⁹. La volonté privée et l'initiative privée sont parfois relativisées, voire niées³¹⁰. « *La société anonyme est pure association de capitaux, sans aucun élément personnel* » écrit HOUPIN au début du XX^e siècle³¹¹. Le droit objectif est vu de plus en plus comme la matrice de l'organisation sociale.

§1. Une erreur d'appréciation concernant la dissociation entre gestion et propriété au sein des grandes entreprises

D'après KEYNES, la science positive est « *un ensemble de connaissances systématiques portant sur ce qui est (what is)*³¹² », c'est-à-dire que la science positive est explicative et elle se doit d'expliquer les phénomènes sans être normative « *(what ought to be)*³¹³ ». Néanmoins ce principe est vrai pour les normes constitutives de l'ordre juridique, chaque jour, les juges commentent, confirment et infirment des normes jugées plus ou moins conformes à la norme supérieure. Deuxièmement, ce n'est pas parce que l'observateur applique une démarche

³⁰⁷ M. JEANTIN, Droit des sociétés, p.77 op.cit. : « la personnalité morale n'est pas de l'essence de la société »

³⁰⁸ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.141

³⁰⁹ Th. PIKETTY, « Le capital au XXI^e siècle », Seuil 2013 p.216 et s.

³¹⁰ On trouve cette idée en droit privé général avec des ouvrages comme la thèse de G. ROUHETTE ou dans son article de G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée °contrat°. ROUHETTE minimise la volonté dans le contrat et adhère à une conception ultra objectiviste du contrat, il finit d'ailleurs son article sur le °contrat° dans UNVERSALIS par cette question à laquelle il donne une réponse dénuée d'équivoque : « La consécration du contrat par le droit ayant une cause qui doit être cherchée en dehors de la volonté des particuliers, la volonté – la promesse – est-elle néanmoins nécessaire, et essentielle au contrat ? À cette question le droit contemporain répond résolument par la négative. Il impose volontiers aux individus la passation de certains contrats, en désignant parfois la personne du cocontractant (et en fixant de surcroît, impérativement, les conditions du contrat). Ainsi, les contrats sont de moins en moins – s'ils l'ont jamais été vraiment – les registres de nos volontés libres et joyeuses ; ils sont moins un plaisir de l'existence personnelle qu'une sujétion de la vie en société. On contracte des dettes comme on contracte les fièvres : par un décret d'une puissance supérieure. »

Le professeur CHENEDE explique que la démarche de ROUHETTE est purement technique et non morale ou politique (F. CHENEDE, in Hommage à Georges ROUHETTE, Sous l'égide de l'association H. CAPITANT Dalloz, 2013, p.25 et s....).

Nous ne sommes pas d'accord car cette vision ultra-objectiviste, voire ultra positiviste, aboutit à nier à l'individu l'imputabilité de ses actes. La vision de ROUHETTE pourrait servir à conforter les systèmes juridiques opposés au Marché...

³¹¹ Ch. HOUPIN, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, 1909, p.2, n°766

³¹²J.M. KEYNES, traité The Scope and Method of Political Economy, 1890 cité par M.-L. DUSSART, Constitution et économie, thèse Dalloz 2015, p.33, n°38, ndpB n°55 :

³¹³ KEYNES, op.cit.

positive pour appréhender une norme, sans avoir une démarche normative, que sa démarche positive est correcte. Notre propos en filigrane de notre thèse est de relever que l'apparition des grandes entreprises n'a pas été correctement conceptualisée : le pouvoir qui organise une entreprise, c'est-à-dire une organisation productive dont la production est destinée au secteur marchand ou non marchand³¹⁴, peut être de deux natures distinctes. Cela peut être un pouvoir qui découle de l'unilatéralité de l'Etat, c'est-à-dire qui *in fine* puise son fondement dans la notion de souveraineté³¹⁵, cela peut être également un pouvoir qui découle de la concentration de capitaux, c'est-à-dire de la propriété privée réunie par un contrat associatif et qui ensuite génère une propriété privée collective organisée par contrat³¹⁶. De ce contrat, le plus souvent un contrat de société, va naître une organisation contrairement à une entité publique où l'organisation dépend de l'autorité administrative de tutelle, un ministre. Cette distinction n'a pas été réalisée et l'augmentation de la taille des entreprises a été perçue par la doctrine tant juridique qu'économique, comme un changement de nature de l'entreprise privée. De surcroît, le phénomène de conceptualisation de la grande entreprise a été abandonné initialement aux économistes (B) et l'analyse juridique s'est égarée dans une vision institutionnelle qui finalement n'explique pas le phénomène d'accroissement de la grande entreprise. (A)

A. L'analyse juridique défailante de l'entreprise privée

Le contexte historique et economicopolitique

Bruno OPPETIT dans sa thèse de doctorat avait relevé que la théorie de l'institution présentée par Maurice HAURIOU reposait sur l'idée d'une réaction « *contre l'atomisme individualiste* » et « *affirme la prédominance du facteur collectif*³¹⁷ ». Ce constat de Bruno OPPETIT est intéressant car cet auteur semble faire le lien entre l'opposition institution/contrat et l'opposition individualisme/holisme. Cette opposition, conceptualisée entre autres par Louis DUMONT, repose sur l'idée que l'on pourrait répartir les sociétés humaines en deux catégories fondamentales : celle où l'individu est la valeur suprême (individualisme) et celle où la société

³¹⁴ C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, *Economie*, Sirey 2016, p.81

³¹⁵ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », p.179 et s., APD 2000, p.179-194, « La souveraineté se caractérise par le pouvoir de commandement unilatéral que l'Etat détient sur ses ressortissants, pouvoir qui s'exprime dans/par la norme juridique : l'Etat a le pouvoir d'imposer certaines obligations de comportement sous peine de sanction...indépendamment de leur consentement et au besoin contre leur gré. Cette unilatéralité qui exprime l'inégalité foncière des rapports entre l'Etat et les individus, domine l'ensemble du droit étatique »

³¹⁶ Sur la notion de propriété privée collective, Joseph RICOL, *La copropriété en main commune*, thèse Toulouse 1907, p.31 ; P. CATALA, *Famille et Patrimoine*, Puf doctrine juridique, ° *Trois figures de la propriété collective* ° p.107 et s. ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, 1911 ; R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, p.310-311, n°11

³¹⁷ Br. OPPETIT, « les rapports des personnes morales et de leurs membres », PARIS, 1963, p.338

est la valeur prépondérante (holisme)³¹⁸. Nous pensons que de nombreux débats qui concernent les fondements du droit privé, du droit public sont traversés par cette dichotomie fondamentale, mais parfois exprimée d'une autre façon. Si on devait résumer, on pourrait dire que c'est l'opposition cardinale entre autonomie et hétéronomie, entre norme négociée et norme imposée³¹⁹. Emmanuel GAILLARD écrivait que le pouvoir « est hétéronomie », alors que « le droit subjectif est autonomie³²⁰ », mais pour être plus précis, tout pouvoir n'est pas forcément « hétéronome », il y a des pouvoirs auxquels on consent et d'autres qui sont imposés et découlent de la souveraineté de l'ordre juridique. Cette opposition cardinale qui structure le droit est parfois réduite à l'opposition entre la norme imposée ou l'ordre juridique imposé et la norme ou ordre juridique négocié³²¹. L'opposition entre loi et contrat s'insère désormais dans celle entre marché et Etat³²² et semble l'épouser. Et si une autonomie parfaite ne semble pas possible, il n'en demeure pas moins que la question du curseur entre autonomie et hétéronomie est une question transcendantale qui traverse le politique, le droit et l'économique. Où placer le curseur de la réglementation, voire de la régulation d'une quelconque activité économique ? Cette question est essentielle dans tous les ordres juridiques développés où deux types de notion de pouvoirs s'affrontent : le pouvoir privé qui découle de la concentration de capitaux réunis par une ou plusieurs personnes et le pouvoir public dont l'origine est la souveraineté, la volonté populaire dans une démocratie libérale. Lorsque les spécialistes du contrat évoquent la théorie de MAINE « *from status to contract* ³²³ » selon laquelle l'évolution des sociétés humaines irait de la collectivité vers l'individu³²⁴, n'est-

³¹⁸ L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai. p.37 : « ...quand nous parlons d'individu, nous désignons deux choses à la fois : un objet hors de nous, et une valeur » « De ce point de vue, il y a deux sortes de sociétés. Là où l'Individu est la valeur suprême je parle d'individualisme ; dans le cas opposé, où la valeur se trouve dans la société comme un tout, je parle de holisme ». ; M. VILLEY, Essor et décadence du volontarisme juridique, p.87 et s. ; KANT, Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit, préf. M. VILLEY, Intro et traduc. : A. PHILONENKO, Vrin, Paris 2011 p.22 :

³¹⁹ L. CADIET, Interrogation sur le droit contemporain des contrats in Le droit contemporain des contrats, Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU *Economica* in p.15

³²⁰ E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé, p. 138, n°216

³²¹ L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation in Mel. CHAMPAUD, p.123 et s. : « A gros trait, à très gros trait, cette mutation pourrait être caractérisé comme le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié ; »

³²² Sur l'opposition entre marché et Etat, A. SUPIOT, critique du droit du travail, préface : p. XXI : « Dans un univers tout entier ordonné autour de l'Etat, on oppose terme à terme Etat et marché, loi et contrat, public et privé. »

³²³ J. F. KERVEGAN, « From Status to Contract, variations sur un thème trop bien connu » in « Repenser le contrat », sous la direction de Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, Dalloz, méthode du droit p.93 et s. not. P.94

³²⁴ L. CADIET, Interrogation sur le droit contemporain des contrats in « Le droit contemporain des contrats », Travaux coordonnés par L. CADIET, Préface de G. CORNU *Economica*, p.15 : « La « loi » fondamentale à laquelle il est toujours fait référence en pareil cas, formulée au siècle dernier par Sir HENRY MAINE, est que le mouvement d'évolution des sociétés serait allé jusqu'à présent du statut au contrat. Deux raisons...D'une part... D'autre part cette raison est plus convaincante_ les rapports sociaux, à l'origine, ont été dominés par le groupe. Le statut, c'est la loi du groupe, c'est-à-dire, en définitive, la loi du patriarcat et, par extension, tout droit contraignant. Le

ce pas finalement l'idée que la modernité irait de l'holisme originel à l'individualisme³²⁵ ? Le contrat est donc l'instrument juridique cardinal d'une société humaine dite individualiste et une économie constituée de contrats est une économie de marché³²⁶. Les théoriciens du droit qui font donc du contrat le rapport juridique fondamental sont des théoriciens de l'individualisme : le fondement de toute règle serait « l'autonomie », ces théoriciens s'inscrivent dans une perspective en partie rousseauiste où le fondement de l'ordre juridique est le contrat social³²⁷. Pas d'ordre juridique sans consentement initial de l'individu. D'autres auteurs critiquent les excès de la « mission civilisatrice du contrat » en parlant de contractualisme³²⁸ qui est sûrement en réalité un excès d'individualisme. L'opposition entre holisme et individualisme semble innover des pans entiers de la théorie du droit, de l'économie, de l'histoire, de la sociologie. L'émergence de l'individu comme valeur cardinale a été longtemps une des particularités de l'Occident³²⁹. Les droits de l'homme, puis la théorie des droits et libertés fondamentaux, sont construits sur l'individu³³⁰. Et les droits fondamentaux constituent les principes matriciels de notre ordre juridique, reconnus tant par

contrat, au contraire, suppose une autonomie individuelle et une égalité entre les individus qui ne sont apparues que plus tard ». ; G. ROUHETTE, « CONTRAT », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 9 décembre 2015. URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/contrat>

³²⁵ Comp. avec G. WICKER, « Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique » LGDJ, p.25 : « Ainsi, issue de la querelle des droits subjectifs, l'opposition relative à la nature du fondement de la force obligatoire de l'acte juridique, manifestation d'un conflit plus profond concernant le fondement de l'ordre juridique, se révèle avant tout une question de philosophie du droit : au postulat de la primauté de l'individu s'oppose celui de la primauté de l'ordre juridique, du droit objectif »

³²⁶ A. SUPIOT, critique du droit du travail, préface : p. XXIV : SUPIOT développe sur le contractualisme. « Dire que le contrat est universel ou que le marché est universel, c'est en effet presque la même chose. Car sans contrat il n'y a pas de marché concevable, et là où il y a contrat il y a négociation, et donc négoce et marché possible ».

³²⁷ L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai. p.116 et s.

³²⁸A. SUPIOT, « Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit. » Points, essai p.137 et s. A. SUPIOT entend par contractualisme « l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi³²⁸ ». ; V. aussi du même auteur : A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige, préface p. XXIII ; L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse » in Mélanges Gérard FARJAT, Philosophie du droit et droit économique. Edition Frison-Roche p.23 et s. spé. p.25 : les termes société contractuelle et contractualisme sont des termes utilisés pour décrire le passage « d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié ». ; M. VILLEY, Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais, Préface de Michel BASTIT Bibliothèque DALLOZ, 2009p.211 ; G. G. ROUHETTE, « CONTRAT », Encyclopædia Universalis [en ligne], URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/contrat> op.cit.

³²⁹ L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai, p.37 : « ...quand nous parlons d'individu, nous désignons deux choses à la fois : un objet hors de nous, et une valeur » « De ce point de vue, il y a deux sortes de sociétés. Là où l'Individu est la valeur suprême je parle d'individualisme ; dans le cas opposé, où la valeur se trouve dans la société comme un tout, je parle de holisme ». ; A. SUPIOT, critique de droit du travail, p.134 : « [L. DUMONT] montre comment cette idée d'égalité a partie liée avec l'idéologie économique caractéristique de la modernité. Affirmant la primauté de l'individu (individualisme) sur le groupe (holisme), et la primauté de la relation des hommes aux choses sur la relation entre les hommes, cette idéologie tend à substituer partout (et notamment dans nos modes de pensée) le principe d'égalité au principe hiérarchique qui dominait les sociétés traditionnelles. »

³³⁰ L. FAVOREU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et alii, Droit des libertés fondamentales, 7^e, Dalloz p.6, n°7

les organes jurislatoeurs internes que par les « fabricants de droits » extranationaux. Donc on peut dire que Louis DUMONT aurait raison, l'individualisme aurait gagné en tout cas dans les types d'ordres juridiques appartenant à la famille de la démocratie libérale. Néanmoins aucune société humaine n'est totalement individualiste ou holiste. Il y a énormément de nuances entre un régime totalitaire et une démocratie libérale accomplie.

Propriété et personnalité morale

La théorie institutionnelle, alliée à une certaine vision de la personnalité morale, a été défendue par ceux qui voulaient limiter l'absolutisme du droit de propriété, notamment de la propriété des moyens de production. La vision libérale du Code civil serait trop dangereuse, la concentration de capitaux devenue parfois gigantesque avec la révolution industrielle du XIX^e siècle a poussé ces auteurs à analyser juridiquement ces méga-patrimoines³³¹, non comme étant des patrimoines affectés appartenant à plusieurs personnes privées ou comme étant une sorte de propriété privée collective mais comme étant la propriété d'un être désincarné plus ou moins indépendant des membres qui le constituent³³². Il faut préciser que l'absence de conceptualisation de la propriété privée collective par le Code civil et surtout par la doctrine du XIX^e siècle n'a pas aidé le juriste à comprendre la nature de ces nouvelles entités³³³. Il fut démuné et la métaphore anthropomorphique véhiculée par la personne morale fut utile et didactique, d'autant plus que la notion de contrat était plus restrictive avant son renouvellement effectué relativement récemment par la doctrine³³⁴.

B. La prédominance initiale de l'analyse économique

³³¹ O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010 p.47 : « L'émergence de la grande entreprise et ses effets sociétaux ont suscité des débats intenses à partir du début du XX^e siècle, touchant à la nature des missions et de la responsabilité des élites managériales, à leur statut, aux liens entre actionnaires et managers, etc. »

³³² E. THALLER, Traité élémentaire de Droit commercial, 6e édit. J. PERCEROU, Paris 1922 librairie Arthur Rousseau. p.203 et s., n°274 et s. n°274 : « On a dit des sociétés de commerce qu'elles étaient des organismes » [...] « Il s'est interposé entre ces associés un être juridique, séparable de leurs personnes physiques ».

³³³ Sur l'absence de conceptualisation de la propriété collective : R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec. p.315 et s. P. CATALA, Famille et Patrimoine, Puf doctrine juridique, ° Trois figures de la propriété collective° p.107 et s. ; F. ZENATI -CASTAING, La propriété collective existe-t-elle ? In Mélanges GOUBEAUX 2009, p.589 :

³³⁴ V. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, p.689 et s ; G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles, introduction de « Repenser le contrat, sous la direction de Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, Dalloz, méthode du droit ; P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat organisation, in Mélanges en l'honneur de François TERRE, L'avenir du droit DALLOZ, Puf, 1999 pp.635-642; P. DIDIER, Le consentement sans l'échange : contrat de société, in FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), L'échange des consentements, Revue de Jurisprudence commerciale, n° spéciale, n° 11, 1995, p. 74-80

Le constat de la professionnalisation de la direction de la grande entreprise et la prétendue autonomisation des « managers ».

Si d'un point de vue économique, il paraît en théorie facile de distinguer le capital du travail, la tâche est plus ardue avec les dirigeants de grandes entreprises. Economiquement, le salaire des patrons relève-t-il du Travail ou du Capital ? Il faudrait sûrement distinguer entre le patron propriétaire en partie ou en totalité de son entreprise et le simple « fondé de pouvoir » des propriétaires. En bref, l'analyse économique n'a que très récemment étudié ces phénomènes car les firmes n'étaient pas étudiées en tant que telles, l'émergence de la concentration des capitaux est un phénomène qui date de la révolution industrielle du XIX^e siècle³³⁵. MARX, dans « le capital » avait perçu le phénomène économique de dissociation du capital du travail³³⁶ : « *ce ne sont pas les capitalistes industriels, mais les managers qui sont « l'âme de notre système industriel*³³⁷ ». « *Dans les sociétés par actions, il y a divorce entre la fonction et la propriété du capital, et le travail est, lui aussi complètement séparé de la propriété des moyens de productions et du surtravail*³³⁸ ». Certains auteurs avancent même que la séparation des fonctions de direction et de la propriété était déjà perceptible dans l'œuvre d'Adam SMITH dans son ouvrage, « La richesse des nations³³⁹ ». Mais le phénomène de concentration des capitaux n'a pas été perçu comme étant le prolongement de la propriété privée individuelle mais comme la fragmentation de la propriété privée : Karl MARX précisait que : « « Les

³³⁵ R. GUESNERIE, L'économie de marché, poche édit. Le Pommier, Poche 2006. p.26 : L'instrument juridique est donc nécessaire au marché, particulièrement le droit de propriété. « La création de sociétés anonymes par actions, dont les détenteurs, collectivement propriétaires, délèguent généralement la gestion à des managers, constitue l'innovation qui fait écho à la notion de capitalisme. En effet cette forme de propriété a considérablement stimulé l'accumulation du capital, dont les opportunités se sont multipliées avec les possibilités techniques nouvelles apportées par la révolution industrielle, mais qui bridait l'épargne insuffisante des entrepreneurs individuels. La propriété collective-quoique privée- des sociétés par actions est régie par des règles juridiques précises. »

³³⁶ C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962, p.10 : « Marx a été l'un des premiers à souligner la fonction primordiale de la société par actions dans la concentration des entreprises » ; K. MARX, Le capital, L. III, Ch. XXIII : « La rémunération des directeurs des entreprises commerciales comme des entreprises industrielles est toujours distinguée du profit d'entreprise, tant dans les fabriques coopératives appartenant à des ouvriers que dans les sociétés par actions créées par les capitalistes. Dans les fabriques coopératives le travail de surveillance est dépouillé de tout caractère d'antagonisme, le directeur étant payé par les ouvriers et n'étant pas le représentant du capital contre les ouvriers. Quant aux sociétés par actions, dont le nombre va grandissant à mesure que le crédit se développe, elles ont en général la tendance de séparer de plus en plus la fonction de direction de la possession du capital, que celui-ci soit emprunté ou non ; elles suivent en cela la loi d'évolution de la société bourgeoise, qui a séparé les fonctions judiciaires et administratives de la propriété foncière, dont elles étaient l'apanage aux temps féodaux. »

³³⁷ K. MARX, citant URE, le capital, Livre III, cinquième section, chapitre XV, Bibliothèque de la Pléiade, œuvres économiques T. II, p.1147

³³⁸ Karl MARX, œuvres économiques volume II bibliothèque de la pléiade p.1176

³³⁹ Titre exact A. SMITH, Wealth of Nations, Livre 5, ch.1, part II, art 1 cité par M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, deuxième partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée » 3^e édit Montchrestien 1982, p.13 n°573-13

sociétés par actions, la dispersion du capital des grandes entreprises entre des actionnaires multiples constituent déjà une destruction de la propriété privée [...] « Si la dispersion équivaut à l'élimination de la propriété privée, une grande corporation américaine n'est plus une propriété privée » »³⁴⁰. L'observation d'une dissociation entre « propriété et gestion » sera également faite Outre-Atlantique par une certaine doctrine économique. Dès le début du XX^e siècle, ce fait économique est perçu notamment par T. VEBLEN³⁴¹. Cet auteur constate que la masse des actionnaires n'avait plus d'influence sur le management de l'entreprise³⁴². En 1914, W. LIPPMANN constatait que si dans les petites entreprises, le propriétaire et le dirigeant sont très souvent la même personne, dans les grandes entreprises en revanche, l'actionnaire propriétaire se transformait en un simple prêteur d'argent³⁴³. Louis BRANDEIS confirme dans un ouvrage ce constat³⁴⁴ : le petit actionnaire n'est plus un véritable propriétaire de l'entreprise du fait de la domination des dirigeants qui ont « pris le pouvoir » et peuvent se maintenir *ad vitam aeternam* ou choisir leurs successeurs dans l'entreprise. Parmi les collaborateurs de L. BRANDEIS, on trouve le fameux Adolf BERLE connu en France comme étant le père de la théorie de l'agence avec MEANS³⁴⁵. Dans leur ouvrage célèbre, « l'entreprise moderne et la propriété³⁴⁶ », A. BERLE et G. MEANS constatent que l'économie est dominée par de grandes firmes qui, elles-mêmes, sont contrôlées désormais par une coterie de managers professionnels et où une grande partie des actionnaires a en réalité « abdiqué » de leurs prérogatives de propriétaires au profit de ces managers professionnels³⁴⁷ : ils sont les premiers à avoir conceptualisé ce capitalisme managérial, c'est-à-dire un capitalisme où les véritables maîtres ne seraient plus les apporteurs de capitaux mais les gestionnaires de capitaux que sont les dirigeants des grandes entreprises : le management aurait pris le pouvoir selon ces auteurs³⁴⁸.

³⁴⁰ R. ARON, Dix-huit leçons sur la société industrielle, édit. Folio essais, Gallimard 1962, p.276

³⁴¹ M.SCHMOECKEL, De la corporation au gouvernement d'entreprise. Traditions nationales des sociétés anonymes et séparation entre propriété et direction, collège de France juin 2014, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz 2015

³⁴² M.SCHMOECKEL, De la corporation au gouvernement d'entreprise. Traditions nationales des sociétés anonymes et séparation entre propriété et direction op.cit.

³⁴³ « Private property will melt away ; its functions will be taken over by the salaried men who direct them, by the government commissions, [and] by developing labor unions. The stockholders deprived of their property rights are being transformed into money-lenders" cité par M.SCHMOECKEL, « De la corporation au gouvernement d'entreprise. Traditions nationales des sociétés anonymes et séparation entre propriété et direction », collège de France juin 2014, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz

³⁴⁴ L. BRANDEIS, "Other People's Money and How the Bankers use it", 1914 cité par M. SCHMOECKEL, op.cit.

³⁴⁵ A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. RS 1984 p. 243 et s. ; P. DIDIER, La théorie contractualiste de la société. R.S. 2000 p. 95

³⁴⁶ Titre original "The modern Corporation and Private Property »

³⁴⁷ H. LEPAGE, Pourquoi la propriété ? Pluriel inédit 1985, p.145

³⁴⁸ H. LEPAGE, Pourquoi la propriété ?, op.cit. ; D. COHEN, trois leçons sur la société post-industrielle, seuil. Collection La république des idées p. 35 ; P. DIDIER, Une définition de l'entreprise, Le droit privé Français à la fin

Impact sur la science du droit des observations de la science économique.

En France, le constat est le même : B. de JOUVENEL considérait la société anonyme moderne comme une forme de collectivisme qui détruisait le capitalisme, c'est-à-dire la propriété privée et le propriétaire chef d'entreprise³⁴⁹. Et ultérieurement, Raymond ARON semblait adhérer à cette vision de la firme où la propriété serait socialisée du fait de la concentration de capitaux « *dans certains secteurs, les moyens de production doivent être concentrés et, dans la plupart des cas, cette concentration technique oblige à une dispersion juridique entre les individus ou à une étatisation de la propriété*³⁵⁰ ». Pourtant, nous verrons que cette vision de la firme bâtie sur une prétendue séparation entre la propriété et la gestion n'est pas exacte. Car elle est déduite d'une sorte d'axiome contestable où le droit se déduirait du fait. D'un point de vue logique, il s'agit de la violation de la « loi de Hume » qui interdit d'inférer un devoir être (*sollen*) d'un être (*sein*)³⁵¹. Et puis la prétendue séparation entre d'une part les managers (dirigeants d'entreprise) et d'autre part les associés, entérine l'idée que le patrimoine social ou l'entreprise serait une entité distincte du patrimoine/de la personnalité des propriétaires/entrepreneurs. En faisant de l'observation de la dissociation gestion/propriété comme étant une sorte de révolution concernant la propriété, on « viole » les principes du droit privé. Qu'un bien soit vendu directement par une personne ou par le biais d'un mandataire ne modifie pas la nature du contrat de vente mais ajoute simplement une relation juridique supplémentaire entre le mandant et son mandataire.

Néanmoins la vision de la grande entreprise comme entité distincte s'est imposée pendant une grande partie du XX^e siècle³⁵². Les propriétaires *de jure* que sont les actionnaires auraient été dépouillés de la prérogative fondamentale du propriétaire d'administrer la chose,

du XX^e siècle, Etudes offertes à P. CATALA, LITEC, p. 849, p.852 ; P. DIDIER, Théorie économique et droit des sociétés, études SAYAG, 1997, 227 et s., p.237 ; A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. RS 1984 p. 243 et. s. spé. p.244, J.P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? P.44 :

³⁴⁹ B. de JOUVENEL, « L'économie dirigée : le programme de la nouvelle génération Paris, 1928.cité par R. KUISEL, Le capitalisme et l'Etat en France, modernisme et dirigisme au XX^e siècle, NRF, Gallimard 1984, préf. J.-N. JEANNENEY, Trad. A. CHARPENTIER p.153-154

³⁵⁰ R. ARON, Dix-huit leçons sur la société industrielle, édit. Folio essais, p.276 ; V. Aussi C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962. Préface. P.VI : « Le droit de propriété tend à se dissocier, ses différents attributs n'étant plus au sein des grandes entreprises réunies entre les mains d'un seul titulaire. Enfin la notion même de droit privé est menacée car la concentration donne naissance à des entreprises ou des groupes d'entreprise dont la puissance économique, par la vertu du pouvoir de monopole qu'elles acquièrent, tend à devenir une puissance quasi-publique ».

³⁵¹ V. B. SAINT-SERNIN, Encyclopedica Universalis, entrée °INDUCTION, philosophie

Si par exemple la loi de la république n'est plus appliquée dans un quartier donné, on ne peut pas en déduire pour autant que le quartier ne fait plus partie de l'ordre juridique français.

³⁵² Et continue de s'imposer parmi une doctrine économique et juridique majoritaire. L'entreprise est considérée, souvent implicitement, comme étant un être autonome et non pas comme étant une chose ou une liberté intimement liée à son/ses entrepreneur.s

l'entreprise³⁵³. La prérogative fondamentale du propriétaire appartiendrait désormais « *aux administrateurs et autres managers, qui disposent de la richesse d'autrui en toute indépendance, étant donné le nombre, l'isolement et l'inorganisation des actionnaires*³⁵⁴ ». La propriété des actifs sociaux obéirait à un nouveau démembrement de propriété : Il y aurait une distinction entre la propriété économique et la propriété juridique de l'actif social³⁵⁵. L'entreprise et/ou ses dirigeants, seraient titulaires de prérogatives ou de pouvoirs conférant économiquement la propriété d'un bien, à défaut d'être propriétaires *de jure* de ces biens³⁵⁶. La traduction juridique de la vision managériale a imprégné une grande partie de la doctrine et semblait combler un vide juridique : l'existence d'une faculté de jouissance et une faculté de contrôle et de gestion³⁵⁷. L'associé uniquement propriétaire d'un titre social n'aurait plus qu'une propriété purement incorporelle, un simple droit purement idéal, voire serait un simple créancier vis-à-vis de l'entité personnifiée, un simple « propriétaire de sa créance ». La conception managériale de l'entreprise a influencé les juristes. Certains auteurs, encore aujourd'hui, pensent que le droit de propriété aurait été modifié par la concentration de capitaux induite par la technique de la société anonyme³⁵⁸. Autrement dit, mettre en commun et concentrer des capitaux en les affectant à une direction unifiée en vue de réaliser un profit changerait la nature du droit de propriété : ce ne serait plus les apporteurs de capitaux qui seraient collectivement propriétaires des actifs sociaux mais un être immatériel qui émanerait du groupement de biens et de personnes³⁵⁹. Ce n'est donc plus avec le prisme « d'outils

³⁵³ G. ROUHETTE, « PROPRIÉTÉ », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 9 décembre 2015. URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/propriete/>

³⁵⁴ G. ROUHETTE, *ibid.*

³⁵⁵ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherche au confluent du droit fiscal et de droit civil, Bibliothèque de droit privé T.313

³⁵⁶ G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherche au confluent du droit fiscal et de droit civil, Bibliothèque de droit privé, p.197 : « Dans l'ordre fiscal, la propriété économique peut se définir comme l'état d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas le propriétaire juridique et dont les avantages qu'elle en retire conduisent à la regarder fiscalement comme propriétaire ou, alternativement, commandent de la soumettre à un régime fiscal empreint au régime de la propriété ».

³⁵⁷ G. ROUHETTE, UNIVERSALIS, propriété : « En effet on a découvert que, dans les grandes entreprises organisées selon le type de la société par actions, les propriétaires de jure, les actionnaires, sont dépouillés de la prérogative fondamentale qui consiste, pour le propriétaire, à administrer sa chose. Cette faculté appartient en fait aux administrateurs et autres managers, qui disposent de la richesse d'autrui en toute indépendance, étant donné le nombre, l'isolement et l'inorganisation des actionnaires. Il y aurait séparation entre propriété (réduite au droit de percevoir un dividende) et contrôle de la richesse. »

³⁵⁸ C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962. p.8, n°5 : « La notion de propriété se trouve sensiblement déformée par le phénomène concentrationniste ».

³⁵⁹ Conception notamment défendue par in J.-P. ROBE, « Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique », Dalloz, a droit ouvert 2015, V. du même auteur « L'encadrement de la cession des sites voués à la fermeture loi Florange et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise », p.327 et s *in* L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz ;

juridiques » de droit privé que la grande entreprise fut analysée mais avec les mécanismes du droit public, du droit administratif³⁶⁰.

La rémunération, enjeu de qualification économique.

La professionnalisation de la direction des entreprises et le versement d'un salaire fixe, non connecté au profit de l'entreprise semblent avoir fait du dirigeant une troisième partie dans l'entreprise entre le capital et le travail³⁶¹. La grande entreprise ne serait plus seulement l'union du capital et du travail³⁶², il faudrait désormais compter avec une tierce partie en son sein, les dirigeants sociaux³⁶³. Pouvoir et salaire du dirigeant découleraient donc d'une procédure publique et non plus d'une convention passée entre le « Capital », c'est-à-dire le ou les entrepreneurs et le dirigeant. La rémunération, comme le pouvoir du dirigeant, ne découlerait plus d'un contrat mais serait propre, c'est-à-dire issue purement de la loi. Même si cette vision n'est pas exacte d'un point de l'analyse micro-juridique, elle fut possible grâce à une remise en cause profonde du libéralisme dans les années trente³⁶⁴. La doctrine du droit des sociétés n'a fait qu'accompagner une tendance générale de contestation de la grande entreprise comme relevant du droit privé. Par conséquent, le dirigeant social n'est plus considéré comme étant dans une relation conventionnelle relevant du droit privé mais comme un organe de la personne morale sociétaire ayant des pouvoirs propres³⁶⁵, une rémunération propre.

³⁶⁰ J.-C. MAY, La société : contrat ou institution ? in « Contrat ou Institution un enjeu de société » dir. Par B. BASDEVANT- GAUDEMET, L.G.D.J. p.122 et spé.p.128 ; F. A. HAYEK, « Droit, législation et liberté », Préf. P. NEMO, Puf grands textes, p.177 ; C. CHAMPAUD, Droit administratif et droit des affaires. AJDA 1995 p.82 et s.

³⁶¹ Jean CHEVALIER, « Organisation » tome 1 Gouvernement de l'entreprise, Paris 1953 p.32 : « Dans les énormes concentrations de capitaux du monde moderne, on ne compte plus deux groupes, le Capital et le Travail, mais trois groupes :

_Le Capital : actionnaires, commanditaires ou bailleurs de fonds ;

_le chef d'entreprise : conseil d'administration et directeur général ;

_Le Travail : ouvrier et employés ».

³⁶² G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit », L.G.D.J. 1955, 2e édit. Reprint p.289, n°115 : « L'entreprise suppose l'union du capital et du travail en vue d'une œuvre à accomplir. Elle a été régie autrefois par le libre contrat, et tant qu'elle a été peu importante, les hommes qui coopéraient pouvaient être unis par des rapports confiants. L'évolution économique a créé une autre forme d'entreprises dans laquelle les hommes ne se connaissent pas. L'entreprise a été déshumanisée ».

³⁶³ « Organisation » par Jean CHEVALIER, tome 1 Gouvernement de l'entreprise, Paris 1953 p.32 op.cit.

³⁶⁴ Histoire universelle, tome 3, De la révolution au monde contemporain, collec. In extenso, Larousse.

P. 787, Intervention de l'état dans la vie économique, « La crise des années 30 et l'organisation des économies de guerre avaient transformé le capitalisme dans le sens de la réglementation de l'interventionnisme : Etat régulateur ou Etat providence, l'Etat est omniprésent aussi bien au plan social qu'économique malgré les clivages politiques et les spécificités nationales. », CITER Aussi préface L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai. K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard R. KUISEL, Le capitalisme et l'Etat en France, modernisme et dirigisme au XXe siècle, NRF, Gallimard 1984, préf. J.-N. JEANNENEY, Trad. A. CHARPENTIER ; K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard, 1944, trad. fr. 1983

³⁶⁵ Sur la critique de la théorie de l'organe, G. WICKER rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale°, juin 1998. n°76

Emergence d'un capitalisme managérial.

Les juristes, notamment de droit privé, ont éludé la difficulté en abandonnant la conceptualisation de la grande entreprise organisée par le contrat de société à leurs collègues publicistes et aux spécialistes des organisations³⁶⁶. Il faut dire que le Droit n'était pas considéré par beaucoup comme indépendant de l'économie³⁶⁷. En ce qui concerne la doctrine économique, l'entreprise managériale a été surtout décrite par quatre auteurs principaux : A. BERLE et G. MEANS, J. K. GALBRAITH, A. CHANDLER. MEANS et BERLE ont conceptualisé la concentration des capitaux et l'autonomisation des managers gérant ces entreprises géantes concentrées (*Agency theorie*³⁶⁸), ils ont aussi prophétisé dans les années trente qu'en 1969, deux cents entreprises contrôleraient l'ensemble de l'industrie américaine³⁶⁹. La grande entreprise industrielle perçue comme une superstructure a été vue comme le stade ultime de la firme opérant dans une économie de marché. Finalement BERLE, MEANS, GALBRAITH expliquaient que la firme classique, entrepreneuriale, ne pouvait servir de modèle pour comprendre ces grandes entreprises. Ces auteurs opposent l'organisation de la firme à celle du marché³⁷⁰. La montée du pouvoir managérial décrite par BERLE et MEANS, en relation avec l'évolution des marchés financiers doit conduire à repenser la propriété et l'entreprise. Les dirigeants sociaux exercent désormais un pouvoir sans contrôle au sein de la société³⁷¹. La société anonyme, institution juridique majeure du capitalisme, permet de concentrer des richesses considérables appartenant à une multitude de personnes sous une

³⁶⁶ Sur ce constat v. not. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Préf. P. NEMO, Puf grands textes, p.177

³⁶⁷ Br. OPPETIT, *Archives de Philosophie du Droit*, 1992, T.37 « » in B. OPPETIT, *Droit et modernité* p.170 : Le droit et l'économie se sont séparés, MARX au contraire les a corrélés « mais, en énonçant que le droit ne saurait être rien d'autre qu'un simple « reflet » de l'évolution économique, MARX, loin de fonder une complémentarité du juridique et de l'économique, aboutit à nier l'autonomie du juridique ». ; V. F. ZENATI, « Le droit et l'économie au-delà de MARX, in *Archives de Philosophie du Droit* T.37, *Droit et Economie*, 1992 p.121, Pour MARX, « le droit n'est qu'un reflet de l'économie, voire à certains égards, un reflet en trompe l'œil ».

³⁶⁸ : J.-Ph. ROBE, *L'entreprise et le droit*, P.U.F. Que sais-je ? P.44 ; E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » *Economica*, 1985 On retrouve ici la terminologie du droit anglais, qui conçoit sous le terme générique d'« agency » toutes les relations juridiques existant entre un « principal » et un « agent » chargé de traiter avec les tiers au nom du « principal », indépendamment de la source conventionnelle ou légale de ces hypothèses qui correspondent grossièrement à notre droit de la représentation » ; O. MORETEAU, *Droit Anglais des Affaires*. Dalloz précis 1e édit.2000 p.77 :

³⁶⁹ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » *Pluriel inédit* 1985, p.202

³⁷⁰ O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010, p.22 ; Ronald COASE a obtenu le prix Nobel d'économie pour avoir systématisé l'opposition entre la firme et le marché : la firme est un agent essentiel du marché et pourtant, elle est organisée sur des principes opposés à ceux du marché : la main invisible du marché face à la « main visible » du chef d'entreprise. COASE, « The nature of the Firm », pour une traduction française de l'article, V. R. COASE, *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit et présenté par B. ALIQUAT, Editions d'organisations P. DIDIER, théorie économique et droit des sociétés, p.227 ; R. GUESNERIE, *L'économie de marché*, poche édit. Le Pommier, Poche 2006.

³⁷¹ P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés » études SAYAG, 1997, p. 227 et s.p.237

direction unifiée³⁷². Or c'est cette direction unifiée qui exercerait désormais le véritable pouvoir que l'on appelle le pouvoir managérial³⁷³. Pouvoir qui doit s'exercer dans l'intérêt de la société qui doit être entendu largement³⁷⁴. Il est très important de faire le lien entre ces analyses économiques et les analyses juridiques développées à propos de la société anonyme. L'idée de la personne morale comme entité distincte des actionnaires et de l'entreprise vue comme la synthèse de l'intérêt du capital et du travail a été confirmée par les analyses économiques développées par BERLE et MEANS concernant la dissociation croissante entre la propriété et la gestion³⁷⁵. Selon certains, la fragmentation de l'actionariat dans les grandes sociétés aboutit à une dégénérescence de la propriété privée³⁷⁶ et donc « *Est-ce alors, nous dit-on, vraiment un crime contre la société et même contre la propriété que de nationaliser des entreprises où, depuis longtemps déjà, la logique de la propriété privée et de ses avantages a cessé de jouer³⁷⁷ ?* ». Et Georges ROUHETTE de confirmer ce constat : « *On peut alors considérer que, du moins en ce qui concerne les entreprises, la propriété est une notion seconde : ce qui compte c'est le pouvoir, c'est-à-dire le contrôle, la gestion (et en définitive l'essentiel du profit). On opposerait ainsi le pouvoir à la propriété³⁷⁸ ».*

Si aujourd'hui encore des auteurs comme Jean-Philippe ROBE expliquent que les actifs sociaux sont la propriété de la société-personne morale et non des associés³⁷⁹, c'est en partie sur le fondement de ces analyses économiques qui ont théorisé la prétendue rupture entre propriété et management³⁸⁰. Car ces nouvelles analyses économiques de la firme, reprises ensuite par GALBRAITH, sont fondées sur le postulat que la propriété privée aurait été altérée par la concentration des capitaux. La conception managériale de la firme, à l'instar des analyses marxistes, entérine cette rupture entre le pouvoir managérial et la propriété comme étant un progrès et une évolution nécessaire du capitalisme³⁸¹. L'adage « Qui possède dirige »

³⁷²C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962 p.6 à 8, n°5 :

³⁷³ O. WEINSTEIN, op.cit. p.64-65 ; A. BERLE, « Power without property » 1959

³⁷⁴ La conception managériale a une vision de l'intérêt social large...

³⁷⁵ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété ? » Pluriel inédit 1985 op.cit. p.144-145

³⁷⁶ La grande entreprise serait devenue un « robot » contrôlé par personne. A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. RS 1984 p.243 et s. p.244

³⁷⁷ H. LEPAGE. Pourquoi la propriété, Pluriel inédit. P.145

³⁷⁸ V. G. ROUHETTE, Encyclopédie Universalis, entrée °Propriété°

³⁷⁹ J.-P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? p.44 : « Sur le continent, les spécialistes du droit des sociétés ont « institutionnalisé » la société. La société n'est plus analysée comme un contrat : elle devient une « institution », « une organisation » ayant une existence autonome, une finalité propre, indépendante de ses actionnaires.

³⁸⁰ « Il est démontré que le pouvoir des actionnaires est de plus en plus ténu ». GALBRAITH, 1967. FRIEDMANN cité par Blanche SEGRESTIN, Armand HATCHUEL, Refonder l'entreprise, Seuil, la république des idées p.67

³⁸¹ F. BLOCH-LAINE, Pour une réforme de l'entreprise, aux éditions du seuil, 1963, p.14 ; R. ARON « Dix-huit leçons sur la société industrielle », p.276 : Raymond ARON constate également que « la formule de l'autodestruction de la propriété privée est vraie dans une certaine mesure...Si la dispersion de la propriété des grandes entreprises

aurait été infirmé par le « fait », par le nouveau réel : la grande entreprise industrielle aurait une nature distincte de la petite entreprise où le chef d'entreprise est aussi propriétaire ou actionnaire majoritaire³⁸². Il y aurait eu un passage d'un patronat de propriété à un patronat de fonction³⁸³. Les partisans de la conception managériale vont donc déduire que l'idée selon laquelle la « corporation » (i.e. la société anonyme) appartient à ses actionnaires n'est plus exacte avec ces nouvelles méga-firmes³⁸⁴. Pour BERLE et MEANS, la corporation est une organisation sociale, une institution qui doit être gérée dans l'intérêt de la société entendue comme étant l'intérêt de toutes les parties prenantes (vision *Stakeholder*³⁸⁵). L'actionnaire passif aurait renoncé à ce que l'entreprise soit gérée dans ses seuls intérêts.

La technostucture, fondement du pouvoir managérial

J.K. GALBRAITH va reprendre la critique de BERLE et MEANS et l'approfondir³⁸⁶. Dans les entreprises géantes, il y aurait bien l'émergence d'une propriété sans contrôle. L'actionnaire passif dans une société anonyme par exemple où personne ne détient pas plus de 5% du capital a laissé sa place à une technostucture dirigeante. « *La technostucture est un appareil collégial de décision recruté par cooptation et échappant au contrôle des actionnaires*³⁸⁷ » : GALBRAITH popularise l'idée d'un capitalisme gérant une masse énorme d'actifs mais fonctionnant sans véritables capitalistes³⁸⁸. Le fondement de ce nouveau pouvoir managérial serait la compétence, qu'elle soit managériale ou industrielle. Les managers, hauts-ingénieurs, financiers...constitueraient une organisation qui dirige collégialement l'entreprise. Alfred CHANDLER et d'autres auteurs, mettent en exergue le fait que l'entreprise industrielle s'organise par des règles aux antipodes de celles qui régissent le marché³⁸⁹. Si le marché est gouverné par une main invisible, la firme est quant à elle dirigée par la « main visible » de son

entre des actionnaires qui se comptent par milliers, dizaines ou centaines de milliers, équivaut à l'élimination de la propriété privée et, en ce sens, la croissance économique a pour résultat de provoquer une sorte de socialisation de la propriété ».

³⁸² O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX et XXI^e siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie p.64-65

³⁸³ F. BLOCH-LAINE, Pour une réforme de l'entreprise, aux éditions du seuil, 1963, p.15

³⁸⁴ L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, Introduction d'Alain SUPIOT, p.20

³⁸⁵ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, The end of history for corporate law, Harvard law School, Cambridge, 2000 (PDF Internet Août 2014)

³⁸⁶ J. K. GALBRAITH, « The new industrial state » cité par P.DIDIER, Droit commercial T. 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés. 3e édit. PUF 1999, p.224

³⁸⁷ F. TEULON, Dictionnaire des grands économistes, PUF, collection major, entrée °GALBRAITH°

³⁸⁸ F. TEULON, Dictionnaire des...ibid.

³⁸⁹ O. WEINSTEIN, p.82-83 : le marché est guidé par une main invisible alors que la firme Chandlérienne est organisée par la main visible du manager « La constitution de la grande firme intégrée change radicalement la situation : elle réalise une séparation entre firme et marché [...]. Le marché ne pénètre pas dans la firme »

dirigeant. L'entreprise de CHANDLER et de Ronald COASE apparaît comme un système clos³⁹⁰, structuré hiérarchiquement, protégé du marché et de son ordre chaotique. COASE explique que les transactions sur le marché ont un indéniable coût (notion coût de transaction) car l'offreur comme le demandeur doivent parfois mobiliser de nombreux capitaux (dont le temps) pour pouvoir réaliser la transaction souhaitée³⁹¹. Une personne pourrait certainement percevoir plus d'argent en travaillant à l'heure, ou à la journée mais le contrat de travail lui assure des revenus réguliers³⁹², sans perdre le temps de la recherche nécessaire pour louer son industrie³⁹³. L'organisation de transactions « internes » à la firme s'expliquerait également par cette découverte de la théorie des coûts de transaction³⁹⁴.

Nous verrons que ces analyses ont été critiquées par certains auteurs. Ces auteurs n'avaient-ils pas une vision restrictive de la notion de marché et de contrat³⁹⁵? Les transactions internes, par exemple entre un salarié et la « firme employeur », ne sont-elles pas des contrats d'un autre type, qui s'étendent dans le temps ? Pourquoi les relations juridiques inter-firmes, réalisées sous l'égide d'une entreprise, seraient-elles d'une nature différente de celles qui se

³⁹⁰ L'article de référence du lauréat au prix Nobel d'économie est disponible sur Internet : R.H. COASE, « The nature of the firm », *Economica*, New series, vol. 4, no. 16 (Nov. 1937) pp. 386-405 accessible sur internet <http://links.jstor.org/sici?sici=0013-0427%28193711%292%3A4%3A16%3C386%3ATNOTF%3E2.0.CO%3B2-B> (valable le 25/10/2011) ; trad. français R. COASE, « L'entreprise, le marché et le droit » traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations

³⁹¹ R. COASE, *L'entreprise, le marché et le droit*, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations, préface Pourquoi l'entreprise ? p.10 : « Pourquoi l'entreprise émerge finalement dans une économie d'échanges spécialisés. La principale raison qui rend plus avantageuse la création d'une entreprise semble qu'il existe un coût d'utilisation du mécanisme des prix ». ; V. aussi : C. MÉNARD, « COÛTS DE TRANSACTION », *Universalis* : « Ex ante, un contrat doit être élaboré, négocié. Il mobilise une certaine expertise. Il nécessite d'anticiper des événements futurs. Ces événements peuvent être très imparfaitement connus ; il en résulte alors des coûts de recherche d'information. »

³⁹² Lexique VERNIMMEN.net p.31 à34 : COASE fait également remarquer que les contrats signés dans la firme sont différents de ceux du marché : la prestation demandée au travailleur est en général indéterminée contrairement à un contrat établi. « La coordination ne s'effectue pas par la signature de contrats (commerciaux) mais par la signature de contrats généralement de long terme (qui évitent donc les coûts de renégociations répétés), très incomplets (qui évitent les coûts de rédaction des contrats).

³⁹³ C'est certainement pour cette raison que les individus qui possèdent une compétence valorisée sur le marché sont rémunérés en tant que salarié avec des bonus très importants et/ou une activité exercée sous la forme juridique de contrat d'entreprise et de mandat et non par le biais d'un contrat de travail

³⁹⁴ B. DEFFAINS, *Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste* in *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche cycle chaire régulation/Cour de cassation* Sous la direction scientifique de G. CANIVET, B. DEFFAINS et M.-A. FRISON-ROCHE, P.A. 2005 N° 99 – 3, p.11 ; ; S. FERREY, « A NATURE DE LA FIRME, livre de Ronald Harry COASE », *Encyclopædia Universalis* ; C. MÉNARD, « COÛTS DE TRANSACTION », *Encyclopædia Universalis*

³⁹⁵ Même L. JOSSERAND critiquait cette vision restrictive du contrat qu'il qualifiait de publiciste L. JOSSERAND, *L'essor moderne du concept contractuel*. P.333 et s. in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Tome II « Les sources générales des systèmes juridiques actuels »* Paris, Sirey-301 p.337 : « Cette conception publiciste, qui tend à restreindre le champ du contrat pour assurer un nouveau domaine au règlement, est à rejeter sans hésitation : la loi n'exige nulle part que la conclusion des contrats soit préparée par une libre discussion à laquelle les parties prendraient part à armes égales ; elle se contente d'un consentement exempt des vices énumérés aux articles 1109 et s. du code civil ; autre chose est l'égalité juridique : cette dernière suffit à assurer le fonctionnement régulier de la règle du jeu contractuel »

font instantanément sur le marché ? Pourquoi la notion de marché serait-elle réduite à l'idée de la transaction sporadique et instantanée ? Jacques GHESTIN fait justement la remarque que les échanges qui se situent hors marché prétendument sont justement fondés sur des accords de volontés (contrats de société, pactes d'actionnaire, contrat de travail)³⁹⁶. Ce débat concerne donc le Droit des affaires. L'élargissement du champ contractuel à certaines relations juridiques est un phénomène mis en exergue par la Doctrine depuis quelques décades : c'est le cas par exemple du droit des sociétés mais aussi de certains contrats entre entreprises, du droit de la distribution etc...³⁹⁷.

Institution et hypertrophie de la notion d'intérêt.

Le développement des idées socialisantes, de la vision institutionnelle du droit par le prisme de la doctrine publiciste, aboutit à une attaque de la propriété privée individuelle et du contrat³⁹⁸. La doctrine excessive de l'autonomie de la volonté en faisant reposer le droit subjectif uniquement sur la volonté individuelle a entraîné une réaction peut-être aussi excessive en substituant le milieu objectif à la volonté, comme source du droit³⁹⁹. Le droit ne serait plus seulement une affaire de volonté mais aussi et surtout d'intérêt⁴⁰⁰. Ces courants de pensée transversaux influencent l'ensemble des branches du droit. Avec le paroxysme atteint dans les années soixante où la thèse réputée de doctorat de Georges ROUHETTE croit déceler dans le contrat la victoire définitive de l'intérêt sur la volonté privée. « *On contracte des dettes comme on contracte les fièvres : par un décret d'une puissance supérieure*⁴⁰¹. »

Mais paradoxalement cette vision étatiste, collectiviste n'a jamais séduit véritablement dans les faits la France ou l'Angleterre ou d'autres pays occidentaux qui sont restés sur ce que le

³⁹⁶ J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle vol.92, 2e et 3e trim. 2000 pp.81-100, p.94, n°19 : « Comme l'a montré la théorie des coûts de transaction initiée par COASE et développée par toute une école économique et notamment WILLIAMSON, alors que les échanges se situent dans le marché, les institutions ont pour but de faire échapper aux lois du marché leurs échanges internes. Et cependant la naissance et le fonctionnement de ces institutions sont fondés sur des accords de volontés, contrats de société, pactes d'actionnaire, contrats de travail. »

³⁹⁷ S. LEQUETTE, le contrat coopération p.10, n°7 ; F. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, Economica 2008 ; Jean-François HAMELIN, Le contrat-alliance, préface de N. MOLFESSIS, Economica, thèse n°30

³⁹⁸ Voir l'exemple de JOSSERAND, E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, 1985, p.30, n°33

³⁹⁹ Sur l'excès des thèses subjectivistes, v. G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ n° 253, p.24 et s. p.25 : « Ainsi, issue de la querelle des droits subjectifs, l'opposition relative à la nature du fondement de la force obligatoire de l'acte juridique, manifestation d'un conflit plus profond concernant le fondement de l'ordre juridique, se révèle avant tout une question de philosophie du droit : au postulat de la primauté de l'individu s'oppose celui de la primauté de l'ordre juridique, du droit objectif » ; J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse Bordeaux 1969 p. 74 et s.

⁴⁰⁰ Voir notamment la thèse de ROUHETTE ; Encyclopædia Universalis °Contrat°, V. aussi F. CHENEDE, Contrat in Association Henri CAPITANT, Hommage à Georges ROUHETTE, Dalloz p.25 et s.

⁴⁰¹ G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, op.cit.

professeur BENOIT appelle des démocraties libérales⁴⁰². Or il n'y pas de libéralisme politique sans libéralisme économique⁴⁰³ [en revanche, l'inverse semble moins vrai] et donc cette liberté de la personne humaine de faire des choix (qu'a toujours reconnue le Code civil français avec la liberté contractuelle, la propriété privée libre de l'article 544 et le principe de responsabilité de l'article 1382 ancien du Code civil qui est la conséquence nécessaire de la liberté) aboutit à l'économie de marché. Les juristes marxistes pensent que le contrat est mort⁴⁰⁴, que la propriété privée se socialise et que le marché va céder sa place à la prétendue rationalité de la planification⁴⁰⁵. Les juristes de droit privé ont été pris d'une grande crainte où « *tout va devenir droit public*⁴⁰⁶ », la crainte que la volonté privée ne s'efface au profit d'actes juridiques unilatéraux pris par l'Etat au nom de l'intérêt général⁴⁰⁷.

Si VICHY est associé à énormément de choses péjoratives dans la mémoire collective du pays, cette époque fut également une époque charnière de contestation du marché. Et cette hostilité au marché et à ses acteurs, s'est traduite juridiquement en droit des sociétés par la mise en place d'une législation modifiant les textes de la société anonyme dans le sens d'une plus grande autonomie du chef d'entreprise.

§2. Consécration de la vision institutionnelle de la relation dirigeant-société avec le régime de Vichy

Paroxysme de l'économie dirigée.

Cette période est très importante pour le droit des sociétés français car les deux lois de 1940 et 1943 ainsi que l'Arrêt Motte de 1946 ont constitué le support du droit positif des sociétés de l'après-guerre⁴⁰⁸. L'historien de la France de cette époque R. O. PAXTON explique dans la « France de Vichy » que les cadres et technocrates de Vichy n'ont pas souffert véritablement de l'épuration et que de toute façon, les technocrates de VICHY comme les anciens résistants

⁴⁰² F.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978 p.184 et s.

⁴⁰³ F.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978 p.185 : « Pas de libéralisme économique sans libéralisme politique : la liberté de produire et de consommer ne peut exister sans la liberté de choisir ; or toute décision économique implique la faculté d'opérer librement des choix ».

⁴⁰⁴ K. STOYANOVITCH, « la théorie du contrat selon E. B. PACHOUKANIS », A.P.D., t. XIII 1968, p.89 cité par Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins ».

⁴⁰⁵ J.-Cl. BONICHOT, Encyclopædia Universalis °NATIONALISATION°

⁴⁰⁶ « Tout devient droit public » est l'intitulé du Chapitre II de l'ouvrage de G. RIPERT, Le déclin du droit, L.G.D.J. 1949, reprint

⁴⁰⁷ Sur la critique de cette crainte, V. H. MAZEAUD, défense du droit privé p. 17 : «Ce qu'ils veulent dire, mais ils le disent mal, c'est tout simplement que, de plus en plus, le législateur (il ne faut pas écrire : l'Etat) édicte dans les rapports de droit privé des règles impératives. Pour eux, là où il y a loi impérative, là il y a droit public »

⁴⁰⁸ Sur ce point, V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.559-560, n°690

ont bien souvent le même idéal économique : à savoir la planification et le planisme⁴⁰⁹. Dans le sillage du « best-seller » de l'économiste Karl POLANYI, « La grande transformation⁴¹⁰ », il y avait à l'époque une vraie défiance à l'égard du marché⁴¹¹. La Libération ne sera pas une rupture sur le plan économique avec le régime de VICHY car il y a une convergence à l'époque qui transcende de nombreux mouvements politiques : il existe un consensus sur le fait que l'économie doit être administrée, planifiée. L'arrêt MOTTE de 1946 doit être resitué dans ce contexte historique où le programme du Conseil National de la Résistance qui prévoit une économie partiellement planifiée, est la référence⁴¹². Pierre ROSANVALLON écrit : « *On célèbre en 1945 l'Etat comme on célébrait en 1789 la souveraineté de la nation* »⁴¹³. Dans une France épuisée par la guerre où un quart de la richesse aurait été détruite, une jeune génération de hauts-fonctionnaires acquis au keynésianisme, dans le sillage du programme du Conseil National de la Résistance, voit dans l'Etat le pivot de l'activité économique⁴¹⁴. Aujourd'hui encore, l'analyse institutionnelle, notamment de la société anonyme est encore invoquée par de nombreux auteurs. D'autres auteurs estiment que la société aurait une nature mixte⁴¹⁵, « *la société étant à la fois un contrat et une institution*⁴¹⁶ » ou davantage une institution qu'un contrat⁴¹⁷ ou qu'elle n'est pas qu'un contrat mais aussi l'acte de naissance d'une personnalité morale⁴¹⁸. Même si ces thèses sont partagées par beaucoup, elles sont inexactes, selon nous, car elles procèdent d'une confusion sur l'origine de l'initiative privée et son nécessaire encadrement par l'Etat. De plus, cette confusion vient également du fait que les normes pouvant justifier la théorie institutionnelle résultent d'une époque trouble où le Politique était hostile au libéralisme pour des raisons idéologiques⁴¹⁹. Ces normes prises par un « législateur particulier » vont accentuer l'emprise du droit objectif dans le fonctionnement de la société : la volonté publique va s'imposer pour déterminer d'une manière impérative les organes sociaux de la société anonyme et réglementer le « statut » des dirigeants.

Annnonce du plan

⁴⁰⁹ R.O. PAXTON, La France de Vichy, Editions du seuil, Points histoire, trad. Par C. BERTRAND

⁴¹⁰ K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard,1944, trad. fr. 1983

⁴¹¹ Préface de L. DUMONT, in K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard,1944, trad. fr. 1983 p.10-12

⁴¹² G. KOENIG, « Le révolutionnaire, l'expert et le geek Combat pour l'autonomie » Plon.2015, p.136-141

⁴¹³ P. ROSANVALLON, L'Etat de 1789 à nos jours, édit. du seuil points histoire, 1990, p.244

⁴¹⁴ P. ROSANVALLON, L'Etat de 1789 à nos jours, édit. du seuil points histoire, 1990, p.243-244

⁴¹⁵ J.-P. BERTREL, Cass.soc. 28 janvier 1988 JCP E 1988 15240, p.141 et s. ; GUYON, Droit des affaires tome 1, Droit commercial général et société 6e, Economica. 1990 p.91, n°96 et s., J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ.1993, p.705

⁴¹⁶ M. JEANTIN cité par J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in Mélanges A. SAYAG, Litec, 1997, p. 131 et s.

⁴¹⁷ Y. GUYON, op.cit. p.91, n°96

⁴¹⁸ R. RODIERE, B. OPPETIT, Droit commercial, groupements commerciaux, 2e édit. Précis Dalloz 1980, p.13, n°5

⁴¹⁹ Préface de L. DUMONT, in K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard,1944, trad. Fr. 1983

Le régime de VICHY institué par les raisons historiques que l'on sait, a été une période charnière pour le droit des sociétés, qui a marqué la réception par le droit positif de l'époque de la conception institutionnelle du droit des sociétés et notamment de la relation dirigeant-associé (A), puis cette vision institutionnelle du droit des sociétés fut pérennisée à la Libération avec l'arrêt Motte de la Cour de cassation de 1946 (B)

A. Vichy ou le tournant planiste du droit des sociétés

Le nouveau paradigme : l'économie dirigée.

Comme nous l'avons vu précédemment, la théorie institutionnelle et les conceptions personnalistes sont fondées politiquement sur une vision anti-libérale de l'économie ; le groupe est plus important que l'individu. Déjà dans les années trente, l'économie dirigée avait de nombreux partisans⁴²⁰ mais le régime de Philippe PÉTAIN va accentuer ce tournant dirigiste⁴²¹. PÉTAIN avait une phobie des trusts et des sociétés anonymes⁴²² : le capitalisme, comme le socialisme étaient, selon lui, des idées venues de l'étranger qui délitent la Nation⁴²³. PÉTAIN avait une conception communautaire de l'économie viscéralement anti-libérale⁴²⁴, car le libéralisme voit dans la liberté une fin en soi et donc est lié à l'individualisme parce que la liberté reconstruit « construit » des individus. Or le fascisme comme le national-socialisme sont profondément hostiles à l'individualisme car pour ces courants, la primauté doit être donnée à l'Etat⁴²⁵. Le régime de VICHY s'inscrit dans cette mouvance et Emmanuel MOUNIER écrivait dans la revue *Esprit* « *déclarer la guerre au monde l'argent* » et en appelait à une « *révolution contre l'individualisme*⁴²⁶ ». Cette conception confirme la volonté d'avoir un Etat qui contrôle et organise l'économie et donc notamment les sociétés anonymes⁴²⁷. Et deux textes très

⁴²⁰ La loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre qui a marqué en France l'origine du dirigisme. V. J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit commercial*, T1 2e éd. 1er Vol. sociétés, Introduction Règles communes à toutes les personnes du droit commercial Les commerçants individus, Dalloz 1980 p.48, n°28

⁴²¹ J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit commercial*, T1 2e éd. 1er Vol. sociétés, Introduction Règles communes à toutes les personnes du droit commercial Les commerçants individus, Dalloz 1980 p.48, n°28

⁴²² R. KUISEL, « Le capitalisme et l'Etat en France, modernisme et dirigisme au XX^e siècle » NRF, Gallimard 1984, préf. J.-N. JEANNENEY, Trad. A. CHARPENTIER p.232

⁴²³ R. KUISEL, « Le capitalisme et l'Etat en France, modernisme et dirigisme au XX^e siècle » NRF, Gallimard 1984, préf. J.-N. JEANNENEY, Trad. A. CHARPENTIER p.232-233 ; R.O. PAXTON, *La France de Vichy*, Editions du seuil, Points histoire, trad. Par C. BERTRAND p.190

⁴²⁴ R.O. PAXTON, *La France de Vichy*, Editions du seuil, Points histoire, trad. Par C. BERTRAND, p.190

⁴²⁵ M. WALINE, « l'individualisme et le droit », Préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Bibliothèque Dalloz p.65 et s.

⁴²⁶ E. MOUNIER, « Programme pour le mouvement de jeunesse français », *Esprit*, 9e année, n°96 (jan. 1941), 152-167 cité par R.O. PAXTON, *La France de Vichy*, Editions du seuil, Points histoire, trad. Par C. BERTRAND, p.190

⁴²⁷ « « Devant la faillite universelle de l'économie libérale, presque tous les peuples se sont engagés dans la voie d'une économie nouvelle ; nous devons nous y engager à notre tour et, par notre énergie et notre foi, regagner le temps perdu.

Deux principes essentiels nous guideront : l'économie doit être organisée et contrôlée ; la coordination par l'Etat doit briser la puissance des trusts et leur pouvoir de corruption. Bien loin donc de briser l'initiative individuelle,

importants pris par le législateur vichyste vont confirmer l'idée de dissociation entre le capital et la gestion dans la société anonyme, ce sont les « lois » dites des 16 novembre 1940 et 4 mars 1943⁴²⁸.

Lois 1940 et 1943, présentation des textes

Ces normes prises par un pouvoir politique issu d'une voie de fait⁴²⁹ ont été ensuite maintenues en vigueur après le rétablissement de la légalité républicaine⁴³⁰. Avec la loi du 16 novembre 1940, la direction d'une société anonyme n'est plus considérée comme étant la conséquence d'une délégation de pouvoir issue d'un mandat mais la conséquence d'une organisation prévue par la loi⁴³¹. La loi du 4 mars 1943 apporte des modifications mineures mais confirme l'esprit de celle de 1940.

L'article 1^{er} de la loi du 16 novembre 1940 dispose dans son alinéa 1 : « *La société anonyme est administrée par un conseil de trois membres au moins et de douze au plus*⁴³² ». La liberté d'organisation qui régnait dans l'administration des sociétés anonymes est quelque peu contrariée avec désormais la fixation de minima et de maxima dans le quantum des membres faisant partie du conseil d'administration. En 1943, la question du « *statut personnel des membres du conseil d'administration* » est également réglementée. L'article 11 de la loi du 4 mars 1943 dispose que « *les membres du Conseil d'administration peuvent recevoir, à titre de jetons de présence, une rémunération fixe annuelle dont le montant est déterminé par l'assemblée générale*⁴³³ ». L'alinéa 2 de ce même article prévoit également la possibilité de verser un « tantième sur les bénéfices » nets aux administrateurs dont le taux est limité en fonction des fonds de réserve prescrits par la loi⁴³⁴. L'alinéa 4 de ce même article 11 attribue

l'économie doit la libérer de ses entraves actuelles en la subordonnant à l'intérêt national » ». Ph. PETAIN, Actes et écrits, éd. par J. ISORNI, Paris 1974 cité par R. KUISEL, « Le capitalisme et l'Etat en France... » p.232

⁴²⁸ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. » Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 p.7 n°6

⁴²⁹ V. M. DUVERGER disait du régime de VICHY qu'il « n'est pas un gouvernement de droit mais un gouvernement de fait » in Article du journal Le Monde du 22.12.2014, « M. DUVERGER, un jeune juriste sous l'occupation » ;

⁴³⁰ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT op.cit. p.7 n°6

⁴³¹ P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.559-560, n°690

⁴³² A. TUNC, Textes de droit commercial choisis et ordonnés André TUNC, textes et statistiques, université de Grenoble 1947, p.20

⁴³³ A. TUNC op.cit. p.20

⁴³⁴ A. TUNC, Textes de droit commercial choisis et ordonnés André TUNC, textes et statistiques, université de Grenoble 1947 p.20 : L.4 mars 1943, art.11 al.1 : « Les membres du conseil d'administration peuvent recevoir, à titre de jetons de présence, une rémunération fixe annuelle dont le montant est déterminé par l'assemblée générale et porté dans les frais généraux. »

Al.2 : « En outre, les statuts peuvent prévoir qu'il sera alloué au conseil d'administration un tantième sur les bénéfices nets de l'exercice. » [...]

désormais une compétence (exclusive ?⁴³⁵) au conseil pour répartir « *entre ses membres, dans les proportions qu'il juge convenables, les rémunérations fixes et proportionnelles*⁴³⁶ » visées par la loi. Les lois de 1940 et 1943 entérinent également la distinction faite antérieurement par la pratique entre les administrateurs et la personne exerçant les fonctions de direction appelée directeur ou administrateur délégué. L'article 2 de la loi de 1940 alinéa 1 dispose : « *Le président du conseil d'administration assure, sous sa responsabilité, la direction générale de la société ; sur sa proposition, le conseil peut, pour l'assister, lui adjoindre, à titre de directeur général, soit un de ses membres, soit un mandataire choisi en son sein*⁴³⁷ ». L'alinéa 2 précise qu'aucun autre membre que le président, celui qui remplace temporairement le président ainsi que l'administrateur choisi comme directeur général « *ne peut être investi de fonctions de direction dans la société*⁴³⁸ ».

Ces lois ont donc dissocié la simple administration (mandat d'administrateur) de la direction de la société désormais « instituée » légalement. Le législateur de l'époque a chargé le Président du conseil d'administration d'exercer l'administration générale de la société nommée direction générale. La direction générale de la société peut être dissociée de la qualité de président du conseil⁴³⁹, la personne choisie est considérée comme le mandataire du président et du conseil d'administration et percevoir une rémunération *ad hoc* pour l'exercice de ce mandat⁴⁴⁰. En ce qui concerne le président du conseil, il peut percevoir en plus des sommes allouées en sa qualité d'administrateur, une rémunération spéciale en contrepartie de sa fonction⁴⁴¹ mais les manuels de l'époque ne sont guère plus loquaces sur la question et les arrêts concernant les dirigeants sociaux ne portent pas directement sur la question de la rémunération.

Appréciation des lois de 1940 et 1943, rupture et changement de paradigme

Un changement de paradigme s'est opéré. La question se pose de savoir si les lois du 16 novembre 1940 et du 4 mars 1943 ont été influencées par la grande loi allemande du 30 janvier 1937 réformant le droit des sociétés ? Certains auteurs l'affirment⁴⁴², d'autres sont

⁴³⁵ A l'époque de la loi, il n'est pas possible de le dire.

⁴³⁶ Article 11 al.4 L. 4 mars 1943, A. TUNC, Textes de droit commercial, p.21

⁴³⁷ A. TUNC, Textes de droit commercial choisis et ordonnés André Tunc, textes et statistiques, université de Grenoble 1947 p.22

⁴³⁸ A. TUNC Op.cit.

⁴³⁹ Faculté supprimée ensuite puis à nouveau autorisée pour les SA de type classique par la loi NRE

⁴⁴⁰ Ph. BONNECARRERE, M. LABORDE-LACOSTE, Exposé méthodique de droit commercial, 3ième édit. 1946. Sirey, p.241

⁴⁴¹ Ph. BONNECARRERE, M. LABORDE-LACOSTE, Exposé méthodique de droit commercial, 3ième édit. 1946, Sirey p.240, n°513

⁴⁴² M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, deuxième partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à

plus nuancés sur la question⁴⁴³. Mais toujours est-il que ces lois ainsi que la jurisprudence Motte de 1946 sont fondées sur un nouveau paradigme, le paradigme institutionnel⁴⁴⁴. La loi allemande du 30 janvier 1937 diminue les prérogatives de l'assemblée générale des associés et accroît au contraire celles de la personne chargée de la gestion de la société, c'est-à-dire du dirigeant social⁴⁴⁵. La direction est renforcée au détriment des actionnaires, l'idée d'un chef responsable sera introduite en droit français avec la loi du 16 novembre 1940. La loi allemande du 30 janvier 1937 est d'inspiration institutionnaliste car fondée sur l'idée que « *les sociétés par actions ne sont pas seulement constituées dans l'intérêt égoïste de leurs membres, mais bien dans l'intérêt de la « communauté », de l'Etat, dont les représentants peuvent assurer la défense en provoquant la dissolution judiciaire des sociétés qui méconnaîtraient cet intérêt* ⁴⁴⁶ ». Les associés ne sont donc plus considérés comme les propriétaires en commun d'une entreprise mais comme des « membres » d'une personne morale. L'étude de la lexicologie est importante car implicitement ces analyses réfutent la qualité de propriétaire en commun à l'associé mais le réduisent au terme vague de membre, voire au terme de créancier⁴⁴⁷. L'associé n'a plus de droit réel sur les biens sociaux, il est réduit par cette doctrine institutionnaliste à une sorte de simple prêteur d'argent, un simple épargnant, un simple obligataire.

Les « lois » de 1940 et 1943 en elles-mêmes et le statut des dirigeants.

responsabilité limitée », 3^e édition Montchrestien 1982 p.20, n°576 ; Ph. BONNECARRERE, M. LABORDE-LACOSTE, Exposé méthodique de droit commercial, 3^e édition, 1946, Sirey p.179, n°376

⁴⁴³ HAMEL, LAGARDE, JAUFFRET, op.cit. p.390, n°652 : Ces auteurs rappellent que de nombreux auteurs pensent que la loi du 16 novembre 1940 est le reflet de la loi Allemande du 30 janvier 1937 et du fameux *Führer-Prinzip* mais les auteurs apportent un bémol à cette analyse du fait de la révocation ad nutum qui confère indirectement le pouvoir à l'assemblée de contrôle du PDG. ; V. aussi HEMARD, TERRE, MABILAT, p.829, n°966

⁴⁴⁴ La théorie de l'institution n'a pas seulement influencé le droit des sociétés : les régimes autoritaires fascistes (« on dit que SALAZAR avait fait d'HAURIOU un de ses auteurs fétiches »), voire nazis, ont pu utiliser l'analyse institutionnelle pour justifier une théorie du pouvoir incarné par le principe du Chef. On pense notamment au juriste allemand favorable au nazisme, Carl SCHMITT : la théorie de l'institution permet selon son interprétation de ramener le consentement populaire à une sorte de consentement implicite, de communion de volonté des membres de l'institution avec le Pouvoir, incarné par un homme providentiel. Or la loi allemande du 30 janvier 1937 sur les sociétés est imprégnée par cette vision du Führerprinzip. V. E. MILLARD, théorie de l'Institution p.402

⁴⁴⁵ V. COLLIARD, « Propriété et exploitation dans la doctrine et les droits nationaux-socialistes » (Etudes de droit allemand, 1943 p.85, Les nazis n'étaient donc pas des libéraux au sens économique du terme car la propriété était contrainte par des impératifs « politiques ». Pour la doctrine nazie, la propriété est donc une fonction et non un véritable droit subjectif de l'individu ; la fonction sociale de la propriété doit être en accord avec la politique de l'Etat. V. M. WALINE, « l'individualisme et le droit », Préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Bibliothèque Dalloz, réédition 2007, p.64 et s. spé. p.85 et s n°35

⁴⁴⁶ Ph. BONNECARRERE, M. LABORDE-LACOSTE, Exposé méthodique de droit commercial, 3^e édition, 1946 Sirey p.179, n°376 °

⁴⁴⁷ E. GAILLARD, La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, Thèse Lyon 1932 p.20 : « L'associé apporte son capital à la société, personne morale ; en échange il reçoit une créance de « ce qu'elle voudra bien lui donner ».

La loi du 16 novembre 1940 institua un président du conseil d'administration avec possibilité de déléguer la totalité de la direction à un directeur général mais la loi du 4 mars 1943 retira cette possibilité⁴⁴⁸. La fonction de PDG était née⁴⁴⁹. Ces lois évoquent le statut des administrateurs mais n'évoquent pas celui du nouveau Président Directeur Général. Le traité élémentaire de RIPERT et ROBLOT précise que « *ces textes ont esquissé une nouvelle structure de la société*⁴⁵⁰ ». Et il semblerait que désormais, la société anonyme soit une structure sociale où la direction n'est plus contrôlée directement par la collectivité des associés réunis en assemblée générale mais par le biais du conseil d'administration. D'après l'ouvrage de MM. HEMARD, TERRE et MABILAT, l'origine du pouvoir de direction générale conférée au Président du conseil d'administration d'après la loi de 4 mars 1943 est bien légale « *même si le mécanisme de désignation et de révocation du président pouvait être encore rattaché à l'analyse contractuelle*⁴⁵¹ ». Cette remarque est très importante car ces auteurs confirment donc que « l'institutionnalisation » du statut des dirigeants sociaux de sociétés anonymes n'aurait pas été totalement achevée par ces textes législatifs⁴⁵². Et cette institutionnalisation totale ne sera jamais réalisée. Pour la simple raison que la procéduralisation des règles de pouvoir et de rémunérations des dirigeants sociaux ne sera pas totale⁴⁵³. Notamment par le maintien de la révocation *ad nutum*, qui est une trace du régime juridique du mandat. Selon le traité RIPERT et ROBLOT édition 1980, les lois du 16 novembre 1940 et du 4 mars 1943 ont donc fait des personnes chargées de la direction, de l'administration et de la surveillance de ces sociétés, des organes investis d'un pouvoir légal⁴⁵⁴. Mais les auteurs admettent néanmoins que la théorie du mandat est toujours valable pour expliquer certains effets juridiques comme la révocation des administrateurs par l'assemblée. Le fameux arrêt MOTTE en posant le principe de hiérarchie et de compétence impérative des pouvoirs des différents « organes »

⁴⁴⁸ L. 16 Novembre 1940, art.2 al.1er : « Le président du conseil d'administration remplit les fonctions de directeur général, ou à défaut le directeur général exerce ses fonctions pour le compte et sous la responsabilité du Conseil d'administration ». Art.2 al.2 : « Aucun autre membre du conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la société »

⁴⁴⁹ J. HAMEL, G. LAGARDE, op.cit. 2e volume, p.390, n°652 : Avec la nouvelle rédaction du 4 mars 1943, la loi améliore la rédaction en excluant la possibilité qu'avait le président de renoncer à la direction générale. Il est désormais lui seul investi de la D.G. La loi de 2001 offre désormais le choix entre deux formes de direction générale dans la SA à conseil d'administration.

⁴⁵⁰ Traité de Droit commercial, RIPERT et ROBLOT, LGDJ, Paris 10^e édit 1980, p.814, n°1257.

⁴⁵¹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 p.830, n°966

⁴⁵² La loi du 24 juillet 1966 va prolonger cette évolution initiée sous VICHY J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 p.831 n°967 et s.

⁴⁵³ Nous verrons que l'institutionnalisation totale du pouvoir et de la rémunération des dirigeants nécessiterait la suppression de la propriété privée des moyens de production afin de supprimer l'initiative privée dans la sphère économique. Même si des auteurs furent tentés intellectuellement par le collectivisme, celui-ci ne fut jamais appliqué en France. Les échecs du communisme semblent l'avoir pour l'instant éloigné pour quelques décades encore.

⁴⁵⁴ G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de Droit commercial » LGDJ, Paris 10^e édit, T.1, 1980 p.814, n°1257

de la société anonyme est conforme à l'esprit de ces nouveaux textes⁴⁵⁵. La volonté privée (la volonté des associés) doit tenir compte du droit objectif qui fixe l'organisation et les pouvoirs au sein de certaines sociétés de capitaux. Il s'agit d'une victoire apparente des doctrines institutionnalistes.

B. Une vision institutionnelle confirmée à la libération : de l'arrêt Motte à la loi du 24 juillet 1966

Arrêt Motte et la consécration de l'institutionnalisation des pouvoirs du dirigeant des grandes entreprises.

C'est paradoxalement donc une décision prétorienne et non un texte législatif qui vient asseoir la prétendue théorie institutionnelle pour expliquer le fonctionnement des sociétés de capitaux, notamment de la société anonyme. L'arrêt MOTTE du 4 juin 1946⁴⁵⁶ pose expressément le principe de hiérarchie et de spécialisation des organes de la société anonyme⁴⁵⁷. Le législateur a délimité les prérogatives et les compétences des organes de la société, comme l'article 34 de la constitution française le fait avec les compétences qui relèvent du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, et ce partage de compétences doit être interprété comme étant d'ordre public. La collectivité des associés n'a pas le droit d'exercer des prérogatives qui ont été attribuées par la loi à un autre organe, en l'occurrence au conseil d'administration dans l'arrêt MOTTE. Cet arrêt vient compléter les lois de 1940 et 1943 en donnant le sens dans lequel il faut entendre les nouvelles dispositions⁴⁵⁸. L'arrêt MOTTE du 4 juin 1946 est un arrêt qui a peut-être exprimé la doxa politique, économique et juridique de l'époque qui voulait que la structure juridique des grandes entreprises ne soit plus « abandonnée à la volonté privée ». Par analogie avec les personnes morales de droit public, les « organes » de société anonyme auraient une compétence fixée légalement⁴⁵⁹. Certains auteurs ont justifié cette compétence par un souci de protection des tiers à la société.

⁴⁵⁵ J. PRIEUR, Droit des contrats et droit des sociétés, Mélanges SAYAG, 1997, p.371 et s. p.375 ; P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.560, n°690 : « Désormais l'administration de la société anonyme n'était plus organisée par un jeu souple de délégations soumises aux règles ordinaires du mandat. Sa structure était définie par la loi. En 1946, dans une affaire sans grand relief, la Cour de cassation, prit la peine d'affirmer que « la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés » ».

⁴⁵⁶ Cass. Civ., 4 juin 1946 : JCP 1947, II, 3518, note BASTIAN ; Journ. soc. 1946.374, note P.B. ; J. NOIREL, in Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Sirey, 1962, , p. 235.

⁴⁵⁷ L. AMIEL-COSME, rep. Sociétés Dalloz. Janvier 2014. °Rémunération des dirigeants sociaux° n°41« Or, selon les prescriptions de la loi de 1966 et le fameux arrêt Motte (V. supra, no 31), chaque organe de la société reçoit une compétence propre, ce qui implique qu'aucun organe ne peut empiéter sur la compétence de l'autre et qu'aucun organe ne peut se voir privé de sa compétence »

⁴⁵⁸ Ph. BONNECARRERE, M. LABORDE-LACOSTE, Exposé méthodique de droit commercial, 3ième édit. 1946 Sirey ... p.179, n°376 op.cit.

⁴⁵⁹ E. du PONTAVICE La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la S.A. Mel. BASTIAN p. 193

Désormais, le fonctionnement de la société anonyme dépendrait donc de règles impératives fixées par le droit objectif : les compétences attribuées par le législateur à chaque organe ne pourraient être modifiées par la volonté privée. Cette « herméneutique » du droit positif est devenue progressivement une sorte de loi du droit des sociétés et présentée comme telle dans de nombreux manuels encore aujourd'hui⁴⁶⁰.

Confirmation de la victoire de l'analyse institutionnelle avec la loi du 24 juillet 1966 ?

Pour certains auteurs, la loi du 24 juillet 1966 serait la victoire de la vision institutionnelle en droit des sociétés avec un droit construit autour de la notion de personne morale. « *On notera également que l'influence de la théorie contractuelle recule au profit de la théorie institutionnelle*⁴⁶¹ ». D'autres commercialistes expliquent que « *la société anonyme n'est pas un simple contrat : c'est un organisme d'une nature particulière qui n'est pas sans analogie avec les organismes de droit public*⁴⁶² », que les dirigeants de sociétés anonymes peuvent être assimilés à des fonctionnaires de l'intérêt social⁴⁶³. L'intérêt social serait désormais l'intérêt de l'ensemble d'une communauté de travail et non plus uniquement l'intérêt égoïste des actionnaires⁴⁶⁴. Cette vision fut contestée par la persistance de mécanismes d'organisation contractuelle : le pouvoir appartient toujours en réalité à l'assemblée générale des associés. Autrement dit, ce sont toujours les apporteurs de capitaux qui sont « souverains » au sein de la société : le pouvoir appartient encore à l'assemblée car il y existe très souvent une corrélation entre la détention de titres sociaux et le droit de vote⁴⁶⁵. L'article 1832 du Code civil⁴⁶⁶ fait de l'associé apporteur la figure principale de la société⁴⁶⁷. Il existe différentes

⁴⁶⁰ Br. OPPETIT, A. SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, librairie technique, 2e édit. p.44, n°51 et s. ; C.-E. PRIEUR, La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants, Dossier les instruments de la rémunération des dirigeants, JSS sept. 2012, p.20 et s. not. P.21 ; L. AMIEL-COSME, rep.sociétés Dalloz. Janvier 2014. °Rémunération des dirigeants sociaux, n°31

⁴⁶¹ Cl. CHAMPAUD, RTD Com., 1967, p.174

⁴⁶² J. HEMARD, Fr. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 p.545, n°569

⁴⁶³ R. HOUIN, « Rapport sur les problèmes juridiques récents du droit des sociétés ». J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972, p.546, n°569,

⁴⁶⁴ Les débats récents sur la volonté de modifier l'article 1832 et élargir l'intérêt social afin que celui-ci ne soit plus seulement l'intérêt commun des associés (article 1833) prouve que le débat n'est pas clos en France. V. A. COURET, Faut-il réécrire les articles 1832 (1) et 1833 du code civil ? D. 2017 p.222

⁴⁶⁵ Plus un associé a de titres sociaux, plus il pèse « lourd » dans le processus décisionnel. La généralisation de la bourse à partir des années 70 va modifier le pouvoir dans les sociétés cotées : ce ne sont pas de simples titres sociaux qui sont échangés sur les places boursières mais également des positions de contrôle d'une société.

⁴⁶⁶ L'article 1832 est un texte cardinal qui dépasse le simple droit des sociétés, lié à l'article 544 du code civil : l'associé n'est qu'un propriétaire dans un contexte spécial qui est celui d'une propriété privée collective générée par le contrat de société. Sur la portée idéologique et politique de l'article 1832 du Code civil, V. P. Le CANNU, Br. DONDERO, Droit des sociétés, 7^e édit. LGDJ 2018, p.225-227, n°295-297

⁴⁶⁷ A. TADROS, La jouissance des titres sociaux d'autrui, Préf. Th. REVET, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses volume 130 p.73, n°60 : « Des termes de l'article 1832 du code civil, il résulte qu'une société ne saurait voir le

conceptions de l'intérêt social⁴⁶⁸. Mais selon nous, le débat sur la nature de l'intérêt social est un débat insoluble si on ne place pas le débat sur la question des fondements de l'ordre juridique. La notion d'intérêt social n'est pas absolue mais dépend de la réalité du pouvoir dans l'entreprise. Or tant que l'ordre juridique est fondé sur la propriété privée et le contrat (sur une économie de marché), l'intérêt social est l'intérêt commun des associés. Si la France basculait vraiment dans une économie socialisée où l'Etat, directement ou indirectement gérerait les entreprises privées, la conception contractualiste de l'intérêt social serait périmée. Mais le pouvoir dans l'entreprise privée sociétaire est toujours issu des associés malgré des réformes comme celles qui ont institutionnalisés le comité d'entreprise. La conception institutionnelle véhicule l'idée que le pouvoir des mandataires sociaux de certaines sociétés serait un pouvoir issu de la loi.

L'origine légale du pouvoir des dirigeants selon l'analyse institutionnelle.

La loi du 24 juillet 1966 en prévoyant de nombreuses dispositions réglementaires semble confirmer *a priori* la vision institutionnelle de la société anonyme. Le pouvoir au sein de la société et donc de l'entreprise, car souvent entreprise et société-personne morale sont assimilées, ne dériverait plus de la propriété des capitaux, concentrés par le contrat de société mais résulterait d'une décision prise unilatéralement par un organe social qui tire sa compétence et son pouvoir de la loi⁴⁶⁹. Autrement dit, les mandataires sociaux ne seraient plus de véritables mandataires car leur pouvoir ne découlerait plus d'un acte juridique conventionnel mais découlerait d'un acte juridique unilatéral édicté par un organe légalement compétent⁴⁷⁰. La création de la société à directoire avec une dissociation assumée entre la direction et le contrôle⁴⁷¹, semble confirmer le paradigme initié par la réforme du 16 novembre 1940. Le directoire devait être la pépinière des hauts-cadres de l'entreprise et c'est pour cette raison d'ailleurs que la qualité de membre de directoire ne nécessita pas d'avoir la qualité d'actionnaire⁴⁷². René CAPITANT qui présidait la commission des lois de l'assemblée

jour sans que ceux ayant la volonté de la créer ne mettent en commun leurs biens ou leur industrie » p.85, n°73, V. aussi p.85, n°73

⁴⁶⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e édit. LexisNexis, p.239 n°490 et s. : où il y aurait une conception contractualiste de l'intérêt social, une conception institutionnelle et une conception issue de la doctrine de l'entreprise.

⁴⁶⁹ Op.cit. E. du PONTAVICE La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la S.A.. Mel. BASTIAN, p. 198

⁴⁷⁰ Recul de l'idée de mandat en ce qui concerne le pouvoir du Président du CA. Cf HEMARD, TERRE, MABILAT, op.cit. p.848, n°981

⁴⁷¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis, p.382, n°693 et s.

⁴⁷² J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, Droit commercial, 2e édit. T1, V.2 sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques, DALLOZ,1980, p.214-215, n°218-1 : Les auteurs de l'amendement introduisant la société à directoire auraient aimé que cette dernière remplace la société anonyme classique mais le parlement n'a pas suivi en laissant le choix aux associés.

nationale, assumait l'idée que le comité d'entreprise ait un jour davantage de prérogatives⁴⁷³. Cette idée que les grandes entreprises doivent être gouvernées par l'ensemble des parties prenantes (qui n'a jamais quitté le droit français des sociétés jusqu'à aujourd'hui) était un peu la matrice de la réforme de la loi du 24 juillet 1966. Et pour le législateur de 1966, l'organisation du pouvoir au sein de la société anonyme devait résulter de la loi : subrepticement l'idée s'est diffusée que la compétence des dirigeants sociaux de sociétés anonymes relevait moins de la volonté des associés que de la loi. Cette notion d'un « pouvoir légal irréductible », est dans la continuité de la jurisprudence MOTTE du 4 juin 1946⁴⁷⁴. Ni le pouvoir, ni la rémunération n'auraient encore une nature contractuelle. Autrement dit, une société dite institutionnelle est une société où les auteurs interprétant formellement le droit des sociétés pensent que l'organisation de structure sociale est d'abord la volonté du législateur et non celle des associés : « [Le Législateur] *peut, à l'opposé, instaurer une organisation de type légal ou institutionnel dans laquelle il fixe lui-même les règles du jeu. Dans cette acception, les relations entre les actionnaires et le fonctionnement de la société sont régies par des normes uniformément définies par la loi où la liberté contractuelle n'a pas sa place*⁴⁷⁵ ». Cette auteure évoque donc le fameux primat de la « volonté publique » sur la volonté privée pour organiser la société. Alors que l'initiative privée laisse la liberté de la forme de l'entreprise aux entrepreneurs, les juristes partisans de la théorie institutionnelle pensent que les procédures formelles imposées par le législateur dans certaines formes sociales seraient l'origine du pouvoir dans la société, notamment la société anonyme. Le pouvoir des organes compétents est légal et déterminé par l'ordre étatique (Loi plus jurisprudence). Pourtant cette vision n'est vraie que dans les entreprises publiques, celles où les dirigeants sont nommés par l'Etat. Dans une entreprise privée, ce sont *in fine* les « propriétaires du capital » qui décident qui sera dirigeant social ou non. Le prisme institutionnel occulte ce point et la grille de lecture proposée à travers la seule notion de pouvoir relève d'une pensée fétichiste. Comment est-il possible que cette fascination pour la notion de pouvoir dans l'entreprise privée se soit limitée à des analyses factuelles et non étendues à la véritable question qui est : d'où vient le pouvoir dans une entreprise privée ? La théorie institutionnelle du pouvoir n'est vraie que dans une entreprise dominée par la puissance publique d'une part et à condition que la puissance publique ne joue pas le jeu du droit privé. L'Etat peut très bien être un Etat actionnaire de droit privé⁴⁷⁶. Dans les années soixante, le secteur public était

⁴⁷³ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, pp.560-562, n°691

⁴⁷⁴ Y. CHAPUT, « Droit des sociétés », Puf 1993, p.155, n°318 et n°319 ; P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011,

⁴⁷⁵ M.-Ch. MONSALLIER « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la S.A. », LGDJ Bibliothèque de droit de l'entreprise n° 303. , p.2 n°4

⁴⁷⁶ A. CARTIER-BRESSON, L'Etat actionnaire , Préf. D. TRUCHET LGDJ, bibliothèque de droit public 2010

tellement important dans les grandes entreprises que cette analyse inexacte du pouvoir pouvait être utilisée sans révéler son imperfection⁴⁷⁷. Le retour d'analyses d'auteurs économistes, notamment par le biais de la micro-économie, a commencé à révéler les erreurs de la vision institutionnelle. Ces critiques seront relayées par des juristes.

⁴⁷⁷ Sur ce point, G. VEDEL, P. DELVOLLE, Droit administratif, PUF 8e édit. 1982 p.1015 ets. : « la nomination du personnel dirigeant dépend de la puissance publique ou du moins est soumise à son assentiment »

Section II La théorie institutionnelle, une théorie inféodée à une vision planiste de l'économie

Substitution du prisme institutionnel au prisme contractuel

L'analyse institutionnelle est construite sur une vision personaliste de la grande entreprise en la comparant à un organisme ; elle serait une entité distincte des apporteurs de capitaux. Et une telle vision qui voit l'entreprise comme un tout, un « universel⁴⁷⁸ » écarte parfois implicitement l'idée d'une coordination contractuelle entre les différents acteurs travaillant au sein de l'entreprise. C'est peut-être pour cette raison que l'analyse de la rémunération des dirigeants sociaux pose un problème car il existe une certaine confusion encore aujourd'hui. S'il est indéniable que désormais le salarié est lié à son employeur par un contrat et que par conséquent, il loue sa force de travail au profit de son employeur qui est juridiquement propriétaire des fruits générés par cette force⁴⁷⁹, les doctrines économiques et juridiques n'ont pas été aussi claires sur la question d'une relation contractuelle qui serait dans une situation contractuelle analogue à celle d'un salarié. La tentation pour les auteurs, partisans d'une vision personaliste de l'entreprise, est d'analyser la rémunération comme étant issue d'une décision unilatérale et non pas issue d'une relation contractuelle. Cette conception organique de la rémunération, le dirigeant serait l'organe de la personnalité morale, est la conséquence de l'idée que la personne morale existe véritablement et qu'elle est plus qu'une simple technique juridique, voire seulement une notion pédagogique⁴⁸⁰. La personnalité morale serait un propriétaire du même type qu'un être humain doté de la personnalité physique et par conséquent, le dirigeant, organe représentant la personne morale, obtiendrait un traitement de la même nature que celui d'un fonctionnaire, c'est-à-dire une rémunération issue d'un statut décidé unilatéralement par l'organe réputé compétent. L'idée que la rémunération du dirigeant serait issue d'un statut au sens strict du terme a permis de corroborer l'édifice en construction d'une vision personaliste de l'entreprise. L'entreprise

⁴⁷⁸ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, édit. BNF, extrait de la Revue de LILLE, 1900, N°60 ; J.-M. PUGHON, L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre juridique et réalisme économique, http://europedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5 (PDF valable le 02/01/2016)

⁴⁷⁹ Th. REVET, La force de travail (étude juridique), préf. F ; ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise. n°240

⁴⁸⁰ Cette hypostase s'est d'abord imposée en doctrine avant de se répandre en droit positif, puis les auteurs ont avancé cet argument contestable du point de vue de la théorie du droit ; « c'est vrai car c'est le droit positif ». Selon notre vision, seule une personne physique peut être un vrai propriétaire c'est-à-dire bénéficiaire de la plénitude du droit de propriété telle que visée par l'article 544 du Code civil. La propriété d'une personne morale est toujours d'une autre nature car elle est par essence limitée. Infra

privée, qui deviendrait d'ailleurs de moins en moins privée, s'expliquerait par des actes juridiques unilatéraux et non par des relations conventionnelles.

Annonce du plan

Nous verrons donc dans un paragraphe 1 que la vision institutionnelle de la société induit l'idée que cette dernière serait organisée par des actes juridiques unilatéraux mais cette vision ne peut s'imposer et il y a un retour franc de la conception « libérale » de la société, conception corrélée à la vision contractualiste de la société, elle-même inhérente à une économie de marché (paragraphe 2)

§.1 Le prétendu statut du dirigeant social déterminé unilatéralement

Le prétendu statut du dirigeant social qui serait déterminé unilatéralement dans certaines entreprises découle d'une « vision personnaliste » de l'entreprise, de la société-personne morale qui est encore très présente aujourd'hui. Or une des conséquences de l'analyse institutionnelle est de véhiculer l'idée que la rémunération des dirigeants serait issue d'un statut, voire d'un statut légal assez proche de celui d'un fonctionnaire. Or cette vision est inexacte. Le « statut » du dirigeant social ne dépend pas de lois mais de stipulations contractuelles. Et contrairement aux personnes du secteur public qui dépendent du statut de la fonction publique de 1983 par exemple, ce n'est pas un statut légal qui encadre la rémunération. Il s'agit au mieux de règles procédurales visées par le Code de commerce.

Nous verrons donc en quoi consiste cette conception (A) et quels sont ses fondements (B).

A. Conception organique du lien dirigeant/société et analogie avec le statut du fonctionnaire d'Etat

Origine contractuelle de la relation juridique entre le fonctionnaire et son administration

La conception organique du lien entre le dirigeant social et la société est bâtie en réalité sur une analogie avec la situation d'un fonctionnaire d'Etat⁴⁸¹. Il faut rappeler que jusqu'à l'arrêt Dlle MINEUR, le traitement du fonctionnaire, était considéré comme l'objet d'une relation contractuelle⁴⁸². A partir de l'arrêt Dlle MINEUR, le fonctionnaire est considéré comme

⁴⁸¹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Société commerciales*, Tome 1. » Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972, p.769, n°899 et s., Du PONTAVICE, op.cit.

⁴⁸² J. CAILLOSSE, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, p. 89 et s. spé. p. 95 : « Jusqu'à l'arrêt Dlle MINEUR du 22 octobre 1937, le Conseil d'Etat faisait sienne l'idée d'un contrat de

relevant d'une situation statutaire⁴⁸³. Les analyses de HAURIUO et DUGUIT ont donc abouti à la construction d'un droit statutaire de la fonction publique en abandonnant l'idée de contrat⁴⁸⁴. Le fonctionnaire ne perçoit pas au sens strict du terme un salaire mais un traitement⁴⁸⁵. Le Conseil d'Etat a donc validé jurisprudentiellement les analyses doctrinales de HAURIUO, DUGUIT et JEZE en reconnaissant la situation légale et réglementaire du fonctionnaire⁴⁸⁶. Le statut de la fonction publique édicté par le régime de Vichy validera ensuite cette vision réglementaire⁴⁸⁷, le lien juridique entre le fonctionnaire et son administration n'est plus contractuel mais légal⁴⁸⁸. Concrètement le caractère légal ou statutaire du traitement du fonctionnaire le différencie d'un salaire de droit privé car le montant du traitement est fixé unilatéralement par l'administration, alors que le salaire est théoriquement issu d'une négociation donc d'une bilatéralité. Dans les faits, c'est l'offre et la demande économiques qui vont déterminer si le salaire est fixé unilatéralement par l'employeur ou si le salarié dispose d'une faculté de négociation mais dans les deux occurrences, le salarié a bien accepté son salaire alors que le fonctionnaire n'a aucun droit acquis au maintien de son traitement, qui peut être modifié, en théorie du moins, à tout moment⁴⁸⁹. Par analogie avec le statut de la fonction publique, la rémunération du dirigeant

fonction publique. Pendant cette période, le juge analysait les liens juridiques unissant le fonctionnaire à son employeur » comme relevant de la relation contractuelle.

⁴⁸³ J.A. BRODERICK, La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français. In les archives de philosophie du droit. 1968, les notions de contrat. p.148

⁴⁸⁴ J.-M. DE FORGES, Droit de la fonction publique. 2e édit mise à jour., p. 71, n° 55 : « C'est la doctrine en particulier Duguit et Hauriou, qui finit par convaincre le juge administratif: les fonctionnaires ne sont pas dans une situation contractuelle mais dans une situation statutaire de droit public (dite aussi « légale et réglementaire » ou encore « statutaire et réglementaire ». [...] « Il existe à la vérité un élément décisif en faveur de l'analyse statutaire, à savoir la disparition de la liberté des parties pour l'établissement du lien entre l'administration et son fonctionnaire ».

⁴⁸⁵ J.-M. DE FORGES, Droit de la fonction publique. 2e édit mise à jour p. 138 : A la différence du salaire, le traitement n'est pas contractuel mais statutaire : son montant est fixé unilatéralement par l'administration, le fonctionnaire n'a aucun droit acquis au maintien de la réglementation relative aux traitements, qui peut être modifié à tout moment...De ce caractère statutaire découle le caractère impersonnel du traitement : tous les fonctionnaires de même niveau hiérarchique perçoivent le même traitement, quelles que soient la qualité et la quantité du travail fourni. Tous ces principes expliquent comment sont déterminés – par décret – les traitements de la fonction publique.

⁴⁸⁶ L.DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, T.III, 3e édit., p.103 ; M. HAURIUO, Précis de droit administratif et de droit public, 12e, p.736, G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, T.2, p.244 cités par .F. MELLERAY, 2e édit, p.118-119, n°95

⁴⁸⁷ « Le fonctionnaire est soumis, dès son entrée dans les cadres, aux dispositions législatives et réglementaires régissant la fonction publique. Les modifications ultérieures lui sont applicables dès leur publication, sans que l'intéressé puisse se prévaloir de prétendus droits acquis résultant des textes antérieurement en vigueur ». Cité par F. MELLERAY, Droit de la fonction publique, p.118, n°95 ; J. CAILLOSSE, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, p. 89 et s. p. 95 : « Depuis l'ordonnance législative d'octobre 1946, les fonctionnaires sont juridiquement placés dans une situation légale et réglementaire. »

⁴⁸⁸ La relation de travail va être attirée également dans l'orbite de l'institution et du statut Paul DURAND, A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail, J.C.P. 1944, I, 337, A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadriges p.19 et s. spé. p21

⁴⁸⁹ J.-M. DE FORGES, Droit de la fonction publique Puf « Que-sais-je ? » 2e édit mise à jour., p. 138

social va être analysée par certains comme étant statutaire et non plus contractuelle, c'est-à-dire que cette rémunération n'est plus considérée comme une contre-prestation d'une prestation de travail prévue par une convention mais comme étant une sorte de traitement de fonctionnaire fixé unilatéralement par l'organe compétent, modifiable à discrétion⁴⁹⁰. Le dirigeant social serait donc devenu une sorte de « fonctionnaire social » dans la grande entreprise⁴⁹¹. Certains auteurs ont même proposé que les dirigeants sociaux soient des fonctionnaires au sens strict du terme⁴⁹², la grande entreprise personnifiée ayant prétendument un intérêt propre distinct des associés qui l'ont fondée, un intérêt social qui serait élargi et donc devant être conforme à l'intérêt général⁴⁹³. Le fait que les décisions soient prises à la majorité et non plus à l'unanimité consacrerait l'analyse institutionnelle⁴⁹⁴. A partir des années 30, avec ce nouveau paradigme personnaliste, il fut construit un droit des sociétés axé sur la personnalité morale comme réalité technique, disposant d'un intérêt propre et représentée par des dirigeants affranchis de la propriété privée des apporteurs de capitaux. Car derrière la propriété, il y a l'exercice de la propriété. Le propriétaire individuel détermine seul l'usage de son bien, les propriétaires en commun déterminent en commun l'usage de leur bien commun. Et le dirigeant mandataire social devrait être celui qui dirige la société au nom de ceux qui l'ont nommé. Mais autonomiser le patrimoine social affecté par le prisme de l'existence d'une personne juridique indépendante de l'existence des associés au contrat de société, c'est finalement autonomiser l'action des dirigeants. J.-P. ROBE explique ce phénomène où le dirigeant social ne serait plus en charge de l'intérêt d'une masse de

⁴⁹⁰ E. Du PONTAVICE. Bull. CNCC, 1976, p. 340,

⁴⁹¹ J. et E. ESCARRA, J. RAULT, traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, tome second Sociétés par actions, Recueil SIREY ; Paris 1951, p.321, n°836 ; E. du PONTAVICE, Rémunérations, pensions de retraite, gratification des dirigeants des sociétés, Bull. CNCC 1976, p.330 : « la détermination de la rémunération de ce fonctionnaire social, de cet organe institutionnel de la société qu'est le président, est faite unilatéralement, comme pour le statut des fonctionnaires dans la fonction publique ; il s'agit d'un acte unilatéral de l'organe compétent pour fixer la rémunération et non pas d'une convention conclue entre l'organe et l'intéressé ».

⁴⁹² J. PERROUD, La condition de l'actionnaire p. 326 : Proposition de nommer des fonctionnaires spécialisés dans la SA qui pourraient examiner les comptes à la demande d'un actionnaire. « On a proposé l'intervention de fonctionnaires spécialisés, qui, soit d'office, soit sur la demande d'un actionnaire, pourraient examiner de près la marche et la comptabilité de la société, et que, le cas échéant, intenteraient les actions judiciaires nécessaires ». Avec la nationalisation, cette proposition confirme une « institutionnalisation de la société » que l'on pourrait définir comme étant la mainmise de l'Etat dans la société commerciale

⁴⁹³ A. AMIAUD, « L'évolution du droit des sociétés par actions » in Etudes offertes à G. RIPERT, Tome II LGDJ 1950 P.287 et s. « Mais cette réglementation a été élaborée également au vu de préoccupation d'intérêt général. Les sociétés anonymes ont pris une telle place dans notre vie économique, les entreprises qu'elles assument et les capitaux qu'elles gèrent, sont tellement considérables qu'il n'est plus possible pour l'Etat de se désintéresser de leur fonctionnement et qu'il lui faut prendre toutes les mesures qui peuvent être susceptibles de mieux assurer ce fonctionnement et d'obtenir leur meilleure adaptation à leur tâche ».

⁴⁹⁴ A. AMIAUD, « L'évolution du droit des sociétés par actions » in Etudes offertes à G. RIPERT, Tome II LGDJ 1950 P.287 et s. p.289

personnes réunies par un contrat de société mais d'une idée, l'idée de la personne morale⁴⁹⁵. Concrètement cela revient à dire que le dirigeant social n'obéit plus à des personnes mais à des idées. Le dirigeant social n'a plus de supérieur et il devient le fondement du pouvoir dans la société. Aujourd'hui encore, ces idées innervent la discipline.

Comme l'écrivait Emmanuel GAILLARD, « comment ne pas comprendre que la « fonctionnalisation » des prérogatives du chef d'entreprise, autrefois conçues comme dérivant de sa qualité de propriétaire, a d'une certaine manière renforcé son autorité⁴⁹⁶. » La doctrine juridique s'est alignée sur la doctrine économique et a voulu construire un droit des sociétés fondé sur le primat de la personnalité morale, sur l'idée que les dirigeants ne sont plus des mandataires mais des organes défendant un intérêt collectif⁴⁹⁷. Par conséquent, bien que peu traitée à l'époque, la rémunération est donc perçue comme étant statutaire (dans les entreprises où il existe une dissociation entre propriété et gestion, c'est-à-dire les grandes entreprises en général). L'adjectif statutaire renvoie à l'idée que ce statut n'est pas négocié mais imposé par les titulaires du pouvoir désignés par la loi⁴⁹⁸. Implicitement, la notion de contrat ne serait plus utile pour expliquer la situation du dirigeant : ces analyses semblent corroborées par le droit positif (micro), par la rédaction des textes législatifs comme la loi du 24 juillet 1966.

Cette volonté de voir le dirigeant comme un fonctionnaire et non comme un contractant « vendant » une prestation de service en échange d'une rétribution en argent découle de l'idée selon laquelle l'entreprise est une communauté de travail. Le dirigeant incarnerait l'entreprise.⁴⁹⁹

L'entreprise vue comme une communauté et les dirigeants comme ses organes.

Une partie de la doctrine a analysé l'entreprise et les relations en son sein, non pas comme un ensemble contractuel mais comme un organisme⁵⁰⁰. Et la notion de personne morale

⁴⁹⁵ J.P. ROBE, *L'entreprise et le droit*, P.U.F. Que sais-je ? p.44 : « La conception institutionnelle de la société assure, en effet, à la fois une grande autonomie aux dirigeants, qui n'ont plus la charge de défendre les intérêts de la majorité des actionnaires mais de la société en tant que telle, conçue comme une institution autonome ayant ses intérêts propres. »

⁴⁹⁶ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » *Economica*, préf. G. CORNU 1985 p.185, n°284.

⁴⁹⁷ *ibid.*

⁴⁹⁸ Sur la notion de statut, v. J.A. BRODERICK, La notion d' « institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français. P.143 et s. in *Les archives de philosophie du droit*. 1968, les notions de contrat.

⁴⁹⁹ Sur l'idée d'incarnation au sens strict du terme du dirigeant d'entreprise, Voir QUIEVY, 2ème partie de sa thèse de doctorat.

⁵⁰⁰ V. par exemple M. DESPAX, « L'entreprise et le droit » *LGDJ, Bibliothèque de droit privé n°1*. p.414 . La doctrine de l'entreprise qui prônait la reconnaissance de la personnalité juridique de l'entreprise est dans la continuité des « doctrines personalistes » fondées sur l'idée que la société ou l'entreprise existe en soi. ; Sur la critique

multiséculaire et importée en droit des sociétés au cours du XIX^e siècle va être le support d'une vision « communautaire », « personnaliste » de l'entreprise : le pouvoir au sein de l'entreprise n'est plus perçu comme dérivant d'un contrat et de la réunion de capitaux, réunis grâce au contrat de société mais comme ayant une légitimité propre, découlant d'une procédure analogue à celle qui pourrait exister dans une institution de droit public où les décisions sont prises à la majorité qualifiée. Léon MICHOUUD écrivait d'ailleurs : « *« Quand il y a organe, c'est la personne juridique qui agit elle-même ; son organe n'est pas quelque chose qui soit distinct d'elle ; il est une partie d'elle-même, dont elle se sert comme la personne physique de la bouche ou de la main*⁵⁰¹ » ». Cette vision renvoie à la controverse médiévale des Universaux⁵⁰². L'entreprise, la société personne morale sont des individualités qui formeraient un intérêt propre et collectif, qui serait une sorte de fusion des intérêts de tous les membres.

L'exemple de la thèse d'Emile GAILLARD comme sous-jacent intellectuel de la théorie de l'institution.

Dans une thèse de doctorat de 1932 encore citée aujourd'hui, Emile GAILLARD pose explicitement les fondements de la théorie institutionnelle de la société anonyme. Cet auteur ne dissimule pas une certaine idéologie inspirée des analyses publicistes d'HAURIOU, DUGUIT et d'autres⁵⁰³. A différents endroits, la société anonyme est perçue comme une entité analogue à une institution de droit public. Emile GAILLARD commence sa thèse en qualifiant la société anonyme de république parlementaire⁵⁰⁴, et la compare à un Etat : « *Comme l'Etat, la société anonyme est une institution corporation, « un assemblage d'éléments divers, parfois hiérarchisés, toujours coordonnés à la poursuite d'un but commun d'intérêt collectif*⁵⁰⁵ » ». Autrement dit, M. GAILLARD compare la société à un Etat. Et l'analogie avec l'Etat ne s'arrête pas là, pour lui le pouvoir du dirigeant social n'est pas un pouvoir délégué issu d'un mandat, un pouvoir qui s'expliquerait suivant les notions du droit civil mais un pouvoir qui a une essence et une finalité analogues à un titulaire de prérogatives de puissance publique, qui

des mots employés, V. Préface, R. DAVID, S. BASTID, F. LUCHAIRE in La personnalité morale et ses limites, Etudes de droit comparé et de droit international public, Ouvrage collectif, S. BASTID, R. DAVID, F. LUCHAIRE, J. FOYER, et alii, L.G.D.J. Paris 1960, travaux et recherches

⁵⁰¹ L. MICHOUUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français cité par M. STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques » p.251

⁵⁰² W. DROSS, Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? RTD Civ. 2015 p.27 et s p.35 ; Sur les universaux, V. P. RICOEUR, °ONTOLOGIE°, Encyclopædia Universalis, 2012

⁵⁰³ Sur la pénétration des idées publicistes dans le droit des sociétés, lire C. CHAMPAUD, Droit administratif et des droits des affaires AJDA 1995, p.82

⁵⁰⁴ Emile GAILLARD, La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme, Thèse Lyon 1932 p.7

⁵⁰⁵ E. GAILLARD, ibid, p.37, l'auteur cite P. CUCHE, semaine sociale de LYON, 1925, p.351 ainsi que M. RENARD op.cit. et DELOS op.cit.

accomplit des actes au nom de l'Etat : l'intérêt général⁵⁰⁶. La notion d'Intérêt commun doit être entendue comme étant une sorte d'intérêt général ou du moins celui de l'ensemble de ceux qui travaillent dans la société et non plus l'intérêt des seuls « capitalistes », c'est-à-dire des apporteurs de capitaux⁵⁰⁷. La propriété sociale est donc pour l'auteur désormais affectée d'une finalité qui dépasse l'intérêt égoïste des seuls apporteurs de capitaux, les biens sociaux sont désormais affectés à une finalité collective qui concerne l'ensemble des parties prenantes⁵⁰⁸. Mais l'auteur est bien conscient que sa vision de la société anonyme fondée sur un intérêt social large et plus uniquement sur l'intérêt du « Capital » est contredite par une règle micro-juridique : la révocation *ad nutum*. Si les associés ou leurs représentants conservent cette prérogative, ils seront toujours les maîtres de la société *de facto*. D'où la critique virulente de l'auteur contre ce pouvoir de révocation *ad nutum* : « *La révocabilité souveraine établit au contraire la prééminence de l'argent sur l'homme, elle apparaît donc fâcheuse au point de vue moral*⁵⁰⁹ ». Et l'auteur continue sa critique d'une telle prérogative laissée aux associés. Selon lui, si on maintient la révocabilité *ad nutum*, l'argent et l'intérêt personnel, l'intérêt du capital, l'emporteront sur l'intérêt général social qui comprend également l'intérêt du personnel non apporteur de capitaux dans l'entreprise⁵¹⁰. « *Comme nous l'avons vu, l'admission de la loi de la majorité, de nature institutionnelle, au détriment de la loi de l'unanimité, de nature contractuelle, constitue l'une des empreintes du droit administratif sur le droit des sociétés commerciales*⁵¹¹. »

L'idée de « communauté » se propage désormais dans le droit des sociétés : appréciation du travail de M. Emile GAILLARD

Le problème de cette thèse est qu'elle est fondée sur un postulat idéologique plus que « scientifique ». L'emploi de la métonymie « Le capital » pour désigner les apporteurs de capitaux renvoie directement au champ lexical du marxisme, de la lutte des classes⁵¹². De plus certaines phrases extraites de la thèse ne laissent guère de doute sur la vision politique de

⁵⁰⁶ E. GAILLARD, op.cit. thèse p.40: Le pouvoir exercé par les dirigeants n'est « plus attribué en vue d'intérêt individuels, mais de l'intérêt commun ».

⁵⁰⁷ Vocabulaire utilisé par Emile GAILLARD.

⁵⁰⁸ Comp. Avec le débat contemporain Stakeholder/Share Holder.

⁵⁰⁹ E. GAILLARD, op.cit. p.39-40 ainsi que p.133 Aussi l'économiste M.J.K. GALBRAITH a proposé également dans son ouvrage « le nouvel état industriel, » 1969 de supprimer les conseils d'administration des grandes sociétés en leur substituant des contrôleurs publics qui veilleraient au respect de la législation et de l'intérêt public. P.DIDIER « Droit commercial Tome 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés. 3e édition. » PUF p.224

⁵¹⁰ « Quiconque achète la majorité des actions, peut par la révocabilité *ad nutum* obliger les administrateurs à gouverner contre l'intérêt social, selon son intérêt personnel. D'où la destruction virtuelle de l'institution ». E. GAILLARD, la théorie p.39 et p.133

⁵¹¹ E. GAILLARD, op.cit.

⁵¹² V. not. J. ELLUL, La pensée marxiste, La table ronde 2003, 2012 ; K. POPPER, La société ouverte et ses ennemis, Tome II, Hegel et Marx

l'auteur à cette époque⁵¹³. Cette thèse de doctorat partisane de la théorie institutionnelle s'oppose à une vision « capitaliste et libérale » du droit des affaires⁵¹⁴. La société, l'entreprise, la personne morale ne seraient pas des simples techniques mais l'idéalisation d'une communauté d'intérêt, d'une communauté de travail qui dépasse un droit des sociétés qui serait construit uniquement avec des notions et concepts de droit civil, à savoir le droit des biens et le droit des contrats. Selon l'auteur, toutes les parties prenantes au « travail de production » seraient des sortes d'associés de facto et les dirigeants sociaux doivent agir dans les intérêts de tous et non dans l'intérêt prétendu égoïste des seuls associés⁵¹⁵. Les idéologies politiques fondées sur le primat de groupe sur les droits individuels seront en accord avec la vision institutionnelle de l'entreprise⁵¹⁶. Aujourd'hui encore, cette idée de transcendance de l'intérêt social est défendue par une doctrine plus qu'abondante⁵¹⁷.

Finalité de la théorie institutionnelle ?

La théorie de l'institution importée en droit des sociétés a donc une finalité politique : lutter contre l'excès d'individualisme et de libéralisme⁵¹⁸ et changer le paradigme du droit des sociétés construit sur la propriété privée et le contrat. Désormais, le droit des sociétés, notamment des grandes sociétés, doit être construit sur l'intérêt général et non l'intérêt égoïste des apporteurs de capitaux. Or c'est la notion de personnalité morale avec l'idée d'un intérêt social large qui va servir de pivot à cette nouvelle vision. Une autre thèse de l'époque

⁵¹³ E. GAILLARD, op.cit. p.157 : « La société est l'instrument juridique de la domination du capital. Elle est la mise en œuvre de ce principe : je commande parce que je possède. La direction appartient aux actions, au capital. Le capital commande à l'homme, lui donne tout pouvoir, le lui retire quand il lui plaît. Les administrateurs sont les mandataires du capital qui les nomme et les révoque à volonté. A l'administration et à travers elle c'est le capital qui commande ». ; p.159 : « Le patron capital est déplorable au point de vue social ; il ne connaît que des relations pécuniaires, il méconnaît le caractère personnel que doivent présenter les relations entre patrons et ouvriers, il rend plus aigus leurs conflits ».

⁵¹⁴ E. GAILLARD, ibid.

⁵¹⁵ E. GAILLARD, ibid. p.158

⁵¹⁶ Le marxisme considère la révolution française comme étant libérale donc bourgeoise et les nazis estiment que le libéralisme est une pensée contaminée par la « juiverie affairiste internationale » : Le manager de l'entreprise privée doit agir pour la communauté nationale et non être le seul mandataire des apporteurs de capitaux, il doit être sous contrôle politique et non pas sous contrôle de la seule propriété privée, du capital. Carl SCHMITT se revendiquera institutionnaliste comme Maurice HAURIU sur ce point, V. O. JOUANJAN, conférence Bdx IV Le droit nazi, 13 mai 2013 ; PÉLISSIER, AUZERO, DOCKES, Droit du travail, 27e 2013, p.609, n°588, V. aussi O. JOUANJAN, préface de IHERING, la lutte pour le droit. ; M. WALINE, « L'individualisme et le droit », p.85, §35 intitulé « L'anti-individualisme nazi est bien plus radical que n'importe quel autre » ; Les analyses juridiques techniques fondées sur le droit des contrats et le droit des biens sont évacuées au profit d'analyses fuyantes qui ne permettent pas de donner un régime juridique prévisible : le contentieux de la rémunération des dirigeants en est l'archétype.

⁵¹⁷J.-Ph.ROBE « L'encadrement de la cession des sites voués à la fermeture loi Florange et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise », p.327 et s. ainsi A. SUPIOT, Introduction. L'entreprise face au marché total p.15 et s.in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz ; J.P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ?

⁵¹⁸ V. avant-propos de B. BASDEVANT-GAUDEMET in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004 p.4

ne cache pas non plus que le but de la théorie institutionnelle développée par HAURIUO a pour but et finalité de lutter contre l'excès de l'individualisme⁵¹⁹, en excipant une doctrine chrétienne fondée sur le thomisme qui insiste sur le fait que celui qui est titulaire d'un pouvoir est chargé d'une responsabilité envers sa communauté⁵²⁰. La théorie institutionnelle a donc vocation à épouser différentes relations juridiques de droit privé dans lesquelles existe une autorité possible et qui s'échelonnent dans le temps. L'institution, c'est la recherche du bien commun personnifié : « *l'institution est un être ; et cet être sera, pour la philosophie un organisme juridico-social, pour la technique juridique, un sujet de droit*⁵²¹ ». Et donc ceux qui représentent cet être, ce sujet de droit immatériel doivent agir dans l'intérêt de la communauté. On retrouve cette idée (d'inspiration thomiste) encore aujourd'hui chez des auteurs comme Alain SUPIOT ou Jean Philipp ROBE qui adhèrent implicitement à cette vision du droit des sociétés où le dirigeant doit agir dans l'intérêt de la société⁵²², intérêt social apprécié abstraitement qui englobe l'ensemble des membres de la « communauté de travail » et pas seulement les seuls intérêts patrimoniaux des associés. Le rapport VIENOT I de 1995 rédigé par le patronat de l'époque est également imprégné de cette vision⁵²³. D'autres branches du droit furent « influencées » par cette vision holistique des rapports sociaux. La relation de travail fut également concernée par le débat sur la nature de la relation de travail, contrat ou institution⁵²⁴ ?

B. Une conception justifiée par le contexte politique et économique

Le contexte politico-économique de l'époque : l'importance de l'Etat dans l'économie.

⁵¹⁹ A. DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Paris 1933 « « la théorie de l'Institution est une pure théorie de droit objectif, théorie longtemps attendue et destinée à remplacer le volontarisme subjectiviste défailant » » DELOS cité DESQUEYRAT, p.10

⁵²⁰ A. DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Paris 1933, p.7 : « Il serait invraisemblable que l'homme ait attendu jusqu'en l'an de grâce 1906 pour s'apercevoir que tous les rapports sociaux ne sont pas des rapports contractuels »... « L'Eglise catholique s'est toujours considérée comme un corps ayant une mission à remplir ; et ses Pères et Docteurs n'ont jamais oublié que l'autorité était un service et que le sacerdoce était un ministerium »

⁵²¹ A. DESQUEYRAT, *ibid.* p.79

⁵²² V. « L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques », Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015 ; not. Introduction ; J.-P. ROBE, *Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, a droit ouvert 2015, p.141 et s.

⁵²³ Rapport Vienot I p.8 « L'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise.

Le Comité considère que l'action des administrateurs doit être inspirée par le seul souci de l'intérêt de la société concernée. »

⁵²⁴ V. Paul DURAND, *A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail*, J.C.P. 1944, I, 337 ; G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit », L.G.D.J. 1955, 2e édit. Reprint, p.274, n° 108 ; : A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Puf quadriges , p.21

Il ne faut pas faire d'anachronisme et juger le passé avec les outils conceptuels du présent : dans les années soixante, la prégnance de l'Etat dans l'économie était beaucoup plus forte qu'aujourd'hui et beaucoup de décisions concernant les grandes entreprises étaient prises dans les ministères⁵²⁵. La théorie de l'institution comme prisme d'analyse des grandes entreprises ne semblait pas aussi extravagante qu'elle peut l'être aujourd'hui car *de facto*, la volonté des associés de grandes sociétés était limitée par l'omnipotence de l'Etat dans l'économie⁵²⁶. A la fin de la seconde guerre mondiale, la réalisation du programme économique du Conseil National Résistance prévoyait de nombreuses nationalisations⁵²⁷ : pour conclure, les plus grandes entreprises de très nombreux secteurs étaient sous la coupe de l'Etat (Electricité de France, Charbonnage de France, pétrole avec ELF E.R.A.P, énergie atomique avec le C.E.A.). Avec les nationalisations de 1982, presque tout le secteur du crédit est aux mains de l'Etat⁵²⁸ ; ce qui faisait écrire aux professeurs VEDEL et DELVOLVE qu'« à l'heure actuelle, c'est la France qui, de tous les pays non socialistes, possède le plus large secteur public⁵²⁹ ». Et comme l'expliquent ces auteurs, « la nomination du personnel dirigeant dépend de la puissance publique ou du moins est soumise à son assentiment⁵³⁰ ». Cette remarque est fondamentale car elle explique préalablement la question du statut et de la rémunération des dirigeants n'était pas véritablement traitée par le droit des sociétés de l'époque : pour la simple raison qu'une grande partie des activités économiques du pays était réalisée par le biais d'entreprises publiques dans lesquelles l'Etat avait directement ou indirectement le pouvoir et que par conséquent⁵³¹, c'était moins le contrat et la propriété

⁵²⁵ G. VEDEL, P. DELVOLVE, « Droit administratif », PUF 8e edit. 1982, p.1012 à 1017

⁵²⁶ Ce constat a d'ailleurs été fait par des grands économistes américains à propos de la France : « Technocratic governmental bureaucrats, the theory went, would help to avoid the deficiencies of the market through the direct exercise of influence in corporate affairs. This approach was most extensively realized in post-war France and Japan. » H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The end of history for corporate law*, Harvard law School, Cambridge 2000, PDF Internet Août 2014

⁵²⁷ R. KUISEL, *Le capitalisme et l'Etat en France, modernisme et dirigisme au XX^e siècle*, NRF, Gallimard 1984, préf. J.-N. JEANNENEY, Trad. A. CHARPENTIER p.337 et s.

⁵²⁸ G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF 8e édit. 1982 p.1012 à 1017

⁵²⁹ G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF 8e édit. 1982 p.1015 ets.

⁵³⁰ G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF 8^e op.cit.

⁵³¹ Sur la notion d'entreprise publique, v. G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF 8e édit. 1982 p.1014 et s. ; A. CARTIER-BRESSON, *L'Etat actionnaire*, Préf. D. TRUCHET LGDJ, bibliothèque de droit public 2010: Il n'y pas de véritable définition de la notion d'entreprise publique, une auteure (A.CARTIER BRESSON) définit l'entreprise publique comme « une entreprise contrôlée directement ou indirectement par une ou plusieurs personnes publiques, en ce sens qu'elle est soumise à leur pouvoir prépondérant ». VEDEL et DELVOLVE expliquent dans leur manuel en 1982 que les formes juridiques dominantes d'entreprises publiques sont l'Etablissement public et la société. L'entreprise publique sous forme de société comporte plusieurs types : ceux où la totalité du capital est détenue par l'Etat directement ou par le biais de personnes publiques, et ceux où l'Etat a une participation majoritaire ou un contrôle avéré dans l'entreprise. Mais aujourd'hui, avec le recul de l'Etat dans l'économie, l'Etat se désengage des entreprises et les laisse aux secteurs privés par le biais de privatisations. D'où la montée en puissance de l'Etat actionnaire. L'Etat français conserve de nombreuses participations dans des entreprises privatisées mais souvent, il n'intervient plus en tant qu'Etat mais en tant que

privée qui structuraient ces grandes entreprises que l'acte juridique unilatéral de droit public⁵³². La rémunération était donc fixée unilatéralement par le pouvoir exécutif et n'était pas une chose que l'on négociait. Aujourd'hui, on assiste à un reflux de l'Etat dans les grandes entreprises⁵³³ et l'expression de l'Etat actionnaire est parfois comprise comme actant le retrait de l'Etat dans l'économie ou plus exactement, comme celle d'un Etat qui garde des participations dans certaines entreprises en se soumettant aux règles du droit privé⁵³⁴.

Conséquences de cette conception dans le droit positif.

Le « statut » des dirigeants sociaux est donc perçu par certains comme étant très proche de celui des fonctionnaires et serait devenu un statut au sens du droit public⁵³⁵. Cela se traduit par l'idée d'une conception institutionnelle de la rémunération : dans certaines sociétés dont principalement la société anonyme et la société à responsabilité limitée, le statut des dirigeants et la détermination de la rémunération sont perçus comme étant institutionnels⁵³⁶. La loi de 1966 s'inspirant du droit positif antérieur aurait fait des dirigeants sociaux, des fonctionnaires sociaux selon certains auteurs⁵³⁷ : l'interprétation des textes relatifs à la rémunération des dirigeants a été formulée dans le sens de l'institutionnalité⁵³⁸ : l'article 110 de la loi du 24 juillet 1966⁵³⁹ signifierait, selon l'interprétation donnée, que la rémunération serait fixée par un acte unilatéral⁵⁴⁰. Les textes auraient, selon beaucoup d'auteurs, accordé un pouvoir discrétionnaire de détermination et de fixation de la rémunération. A une époque, une certaine jurisprudence semble avoir confirmé cette vision institutionnelle qui autoriserait l'organe compétent (Conseil d'Administration ou Conseil de surveillance) à fixer

simple actionnaire : Présence d'un Etat actionnaire qui se soumet au droit privé, c'est-à-dire au droit des sociétés. A. CARTIER-BRESSON, op.cit.

⁵³² Il ne faut pas oublier que la « Constitution de 1946 fit même des nationalisations un des principes de notre droit constitutionnel en posant dans son Préambule la règle que « tout bien, toute entreprise, donc l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité » ». cité par G. VEDEL, P. DELVOLLE, Droit administrative, PUF 8e édit. 1982 p.1015

⁵³³ Pression du droit européen notamment par l'interdiction de porter atteinte aux règles du traité en matière de libertés de circulation et de concurrence. A. CARTIER-BRESSON, L'Etat actionnaire , Préf. D. TRUCHET LGDJ, bibliothèque de droit public 2010, p.30-31 ,n°16

⁵³⁴ A.CARTIER-BRESSON, « L'Etat actionnaire ».Thèse Préf. D. TRUCHET LGDJ op.cit.

⁵³⁵ Sur la définition d'un tel statut, V. F. MELLERAY, Droit de la fonction publique, 2^e édit. P.42-43,

⁵³⁶ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT,« Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 1^{re} Partie, 3^{ème} édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestien 1980, p.170, n°362-4

⁵³⁷ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT, op.cit. p.170, n°362-4, 362-5

⁵³⁸ E. DU PONTAVICE, La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme, Mélanges en l'honneur de D. BASTIAN, 1974, t. 1er, Lib. techniques, p. 177. -Du PONTAVICE. Bull. CNCC, 1976, p. 340, note E. ; E. du PONTAVICE estimait que la rémunération des organes sociaux était déterminée d'une manière unilatérale à l'instar de la rémunération des fonctionnaires de l'Etat.

⁵³⁹ Devenu l'article L.225-53 du code de commerce

⁵⁴⁰ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, et alii, op.cit. p.170, n°362-4

unilatéralement et à modifier la rémunération accordée au dirigeant⁵⁴¹. Seulement cette vision a été infirmée par le réel i.e. l'entreprise constituée de contrats. Et même si cette jurisprudence n'a pas été abandonnée explicitement, elle est tombée en désuétude et n'est plus conforme au changement de paradigme intervenu.

Confusion entre montée de l'ordre public et altération du contrat liant le dirigeant à la société

Par contexte étatiste, il faut se remémorer le fait qu'après la seconde guerre mondiale, il y avait un consensus sur le rôle important que devait jouer l'Etat dans l'économie⁵⁴². La théorie institutionnelle comme grille de lecture du droit des sociétés n'est peut-être que la traduction juridique d'un accroissement du rôle de l'Etat dans l'économie⁵⁴³, c'est-à-dire l'augmentation de l'ordre public économique. Autrement dit le droit des sociétés de l'après-guerre confirma le changement de paradigme initié par VICHY : la norme établie par le droit objectif, c'est-à-dire par la loi au sens de *Lex*, fixée unilatéralement par les autorités compétentes, serait supérieure à la norme issue de la volonté des parties. Il y avait cette idée parmi la doctrine privatiste du primat de l'organisation des relations juridiques par le droit objectif, fixé unilatéralement par la loi sur l'initiative privée découlant du contrat. La victoire apparente de la vision publiciste du droit pour appréhender la société commerciale est un phénomène qui ne concerne pas uniquement le droit des sociétés mais plus généralement tout le droit privé⁵⁴⁴. Après la seconde guerre mondiale, des grands noms de la doctrine privatiste croyaient et craignaient que « *tout devienne droit public*⁵⁴⁵ », que « *le contrat évolue vers un*

⁵⁴¹ Sur les arrêts permettant cela, V. J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*. Préface de Didier R. MARTIN LGDJ, bibliothèque de droit privé tome 510, p.229 ; V. aussi le commentaire de Cass.com. 10 févr. 2009, *Mathey c/ SA NRJ Group*, Dorothee GALLOIS-COCHET, *Droit des sociétés* 2009, comm.74

⁵⁴² P. ROSANVALLON démontre que qualifier l'Etat du XIX^e siècle comme uniquement libéral et non interventionniste est une caricature comme réduire l'Etat du XX^e siècle comme étant uniquement interventionniste et providence à outrance. En réalité, par essence, l'Etat intervient dans l'économie car il doit incarner l'intérêt général, il est donc toujours une intervention mais il y a des degrés d'intervention dans le domaine économique et industriel : la production de biens peut être étatisée totalement (totalement socialisée), les moyens de production appartiennent uniquement à l'Etat, jusqu'à la libre propriété de ces moyens. L'Etat français intervient moins dans la vie économique qu'il ne le fit entre la fin de seconde guerre mondiale jusqu'au milieu des années 80. A la fin de la seconde guerre, l'Etat était devenu le principal banquier, investisseur et entrepreneur du pays. P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours...Chapitre IV, L'Etat keynésien modernisateur* p.243 et s., V. aussi G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ 1949, reprint, p.41 sur les degrés d'intervention de l'Etat dans l'économie, M.-A. FRISON-ROCHE, *Les entreprises cruciales et leur régulation*, in *L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques*, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.253

⁵⁴³ Sur le plan MONNET et la planification d'après-guerre R. KUISEL, « *Le capitalisme et l'Etat en France, modernisme et dirigisme au XX^e siècle* » NRF, Gallimard 1984, préf. J.-N. JEANNENEY, Trad. A. CHARPENTIER, p.363 et s.

⁵⁴⁴ C. CHAMPAUD, *Droit administratif et droit des affaires*. AJDA 1995 p.82

⁵⁴⁵ Les RIPERT, JOSSERAND, SAVATIER, MOREL, FLOUR, NIBOYET, H. et L. MAZEAUD, HAMEL, JULLIOT de la MORANDIERE et d'autres noms prestigieux réunis à Lausanne pour les journées H. CAPITANT dont le thème

statut légal, vers l'institution »⁵⁴⁶, que la volonté ne soit plus souveraine, mais qu'elle « *ne déclenche plus que l'application d'une règle de droit objectif* »⁵⁴⁷ ». Tout devait devenir droit public ? Les nationalisations décidées par le Conseil National de la Résistance démontraient l'emprise de l'Etat sur les sociétés commerciales⁵⁴⁸. De plus, de très nombreux pans de l'économie étaient réalisés par le biais d'entreprises publiques. Mais Henri MAZEAUD faisait justement remarquer qu'une partie des auteurs de l'époque confondait l'ordre public et les lois impératives avec le droit public⁵⁴⁹. La publicisation du droit privé est en réalité le fait qu'une partie du contenu du contrat soit déterminée par des lois impératives, c'est-à-dire qu'une partie du contenu du contrat est soustraite de la volonté privée⁵⁵⁰. Autrement dit, pour Henri MAZEAUD, beaucoup d'auteurs accrochés au mythe de l'autonomie de la volonté⁵⁵¹, ont confondu la publicisation du droit privé avec l'augmentation des règles impératives⁵⁵² et

portait justement sur l'influence du droit public sur le droit privé, constatent, avec dépit pour certains, que la prolifération des normes légales amenuise le rôle de la volonté des parties au profit du droit objectif c'est-à-dire du public pour eux. Ces auteurs pétris d'une conception classique du contrat pensent que celui-ci va disparaître au profit de la loi, c'est-à-dire que l'économique va être piloté désormais par les décideurs politiques et non plus par les entrepreneurs. Juridiquement cela devait se traduire par la substitution de la norme imposée à la norme négociée. Travaux de l'association H. CAPITANT pour la culture juridique française ; journée de droit civil franco-suisse, t. II, 1946-1947 ; H. BATIFFOL, La crise du contrat, In Archives de Philosophie du Droit p.21 La conception classique associait le contrat à la liberté, liberté de consentir et liberté de déterminer l'objet. Mais « l'objet du contrat est de plus en plus étroitement déterminé par la loi »

⁵⁴⁶ Travaux de l'association H. CAPITANT pour la culture juridique française ; journée de droit civil franco-suisse, t. II, 1946-1947, p.189 cité par Pierre VAN OMMESLAGHE, Le droit public existe-t-il ? Rev. Dr. ULB 33 2006 ; E.-H. PERREAU, Une évolution vers un Statut légal des Contrats, in : in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Tome II « Les sources générales des systèmes juridiques actuels » Paris, Sirey-301p.354 et s.

⁵⁴⁷ Travaux de l'association H. CAPITANT pour la culture juridique française ; journée de droit civil franco-suisse, t.II, 1946-1947, p.189 cité par Pierre VAN OMMESLAGHE, Le droit public existe-t-il ? Rev. Dr. ULB 33 2006 ; E.-H. PERREAU, Une évolution vers un Statut légal des Contrats, in : in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, Tome II « Les sources générales des systèmes juridiques actuels » Paris, Sirey-301p.354 et s.

⁵⁴⁸ P. VAN OMMESLAGHE, Le droit public existe-t-il ? Rev. Dr. ULB 33 2006 , p.18, n°5

⁵⁴⁹ H. MAZEAUD, Défense du droit privé, D. 1946, chro. V p.17

⁵⁵⁰ H. BATIFFOL, La crise du contrat, In Archives de Philosophie du Droit spé. p.20 : « ici se manifeste de manière frappante que le contrat n'est plus essentiellement, ou en tout cas, exclusivement, ce que les parties ont voulu, mais que celles-ci ayant volontairement créé une certaine situation, l'autorité y ajoute les suites qu'elle estime justes ou utiles »

⁵⁵¹ L'expression apparaît en même temps que sa critique, c'est ce que démontre V. RANOUIL dans son ouvrage, V. RANOUIL, « L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept » Paris, PUF, DL 1980 :Contestation par les doctrines socialisantes du mythe purement subjectiviste de la création de la règle de droit (LACORDAIRE : « Entre le faible et le fort, c'est la liberté qui asservit, la loi qui libère ».) ; Ph. JESTAZ, Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain p.243 et s in nouvelle crise du contrat, sous la direction de C. JAMIN, D. MAZEAUD, Dalloz 2002 Actes du colloque organisé le 14 mai 2002 : L'auteur mentionne que la conception volontariste du contrat ne fut qu'un accident et rapportant les propos de J.-P. CHAZAL « à l'échelle des siècles, la conception purement volontariste du contrat a connu un règne dont la brièveté n'a d'égale que la pauvreté de sa substance philosophique » p. 252 ; V. Aussi, G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat » 1965, p. 596-597 : Pour Georges ROUHETTE, ce n'est pas le contrat du code Napoléon qui est individualiste et basé sur l'autonomie de la volonté mais ses premiers commentateurs : « S'il est vrai de soutenir que le code est moins individualiste et moins imbu du dogme de la volonté que beaucoup de ses interprètes... »

⁵⁵² H. MAZEAUD, Défense du droit privé, D. 1946, chro. V p.17

ces « *champions de l'expansion du droit public*⁵⁵³ » ont voulu dire (« *mais ils le [dirent] mal*⁵⁵⁴ ») que le législateur édicte de plus en plus, dans les rapports de droit privé, des règles impératives et là où il y a normes impératives, il y aurait droit public⁵⁵⁵. A posteriori, on constate que le diagnostic établi par Henri MAZEAUD était le bon. Le droit de la consommation est par exemple construit sur cette idée prégnante de l'ordre public. Or même si la notion d'ordre public a donné lieu à pléthore de définitions⁵⁵⁶, l'ordre public c'est d'abord « une limitation autoritaire de la liberté contractuelle⁵⁵⁷ » par l'Etat⁵⁵⁸ et l'opposition irréductible entre ordre public et liberté est sûrement une erreur, notamment en ce qui concerne l'ordre public économique⁵⁵⁹. Car l'ordre public peut aussi être un élément qui accroît la sécurité et la confiance dans la norme juridique en général. Tant que l'ordre juridique ne se substitue pas à l'initiative privée, on ne peut pas dire comme le faisait la doctrine de l'époque que le droit privé devient « droit public ». Le contrat, et même en URSS au temps de la planification étatique, n'avait pas pour autant disparu⁵⁶⁰. Néanmoins, la vague d'ordre public que certains

⁵⁵³ H. MAZEAUD, *Défense du droit privé*, D. 1946, chro. V p.17

⁵⁵⁴ H. MAZEAUD, *ibid.*

⁵⁵⁵ H. MAZEAUD, *ibid.* p. 17: «Ce qu'ils veulent dire, mais ils le disent mal, c'est tout simplement que, de plus en plus, le législateur (il ne faut pas écrire: l'Etat) édicte dans les rapports de droit privé des règles impératives. Pour eux, là où il y a loi impérative, là il y a droit public » ; V. aussi Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société » in *Rapport français pour les journées brésiliennes*. Association Capitant 2005p.121, §5 :

⁵⁵⁶ Voir thèse Ph . MALAURIE, « L'ordre public et le contrat, Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S. préface de P. ESMEIN, édit. Matot-Braine Reims 1953 et ses célèbres vingt-deux définitions de la notion d'ordre public

⁵⁵⁷ J. HAUSER , *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Bordeaux 1969 p.236 :

⁵⁵⁸ Définition de P. ESMEIN en 1951 : « L'ordre public, entendu comme l'ensemble des restrictions mises par l'Etat à la liberté laissée aux particuliers d'aménager leurs rapports par des conventions [...] n'a cessé de croître » in thèse Ph . MALAURIE, « L'ordre public et le contrat, Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S. préface de P. ESMEIN, édit. Matot-Braine Reims 1953

⁵⁵⁹ T. PEZ, *L'ordre public économique*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*

2015/4 §° 3 : « L'ordre public, économique ou non, celui du juge comme celui de la police, a toujours la même fonction : contraindre des volontés particulières, limiter la liberté(9) . L'opposition trop souvent admise entre ordre et liberté doit être dépassée : ils sont au contraire consubstantiels l'un à l'autre(10) . L'ordre public économique est spécialement invoqué pour justifier des limites à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre, aux libertés économiques. Ordre public économique et liberté économique sont inséparables. Cette idée est bien présente dans la jurisprudence »

⁵⁶⁰H.BATIFFOL, *APD, La crise du contrat*, op. cit. p.29 : « Il convient de ne pas oublier que l'activité privée est première et spontanée, la loi intervient pour la régler, ce qui signifie qu'elle lui est, sous l'angle l'objet, postérieure. On a pu croire qu'une économie entièrement dirigée se passerait du contrat. » URSS, passation de contrat entre les différents services de l'Etat pour coordonner leurs activités économiques. ; Ph. MALAURIE, « L'ordre public et le contrat », p.61, n°84 : Sur le caractère juridico-économique du plan, Philippe MALAURIE considère que celui-ci est entre le contrat particulier et la loi

ont crue comme étant une « publicisation » du droit privé⁵⁶¹ a frappé particulièrement le droit des sociétés⁵⁶².

Conclusion du paragraphe.

Le problème est que toute la construction du statut du dirigeant, et donc par conséquent la nature de sa rémunération, est construite sur une hypostase, un mythe anthropomorphe que des êtres non humains puissent être dotés de droits subjectifs identiques à ceux d'êtres humains personnes physiques⁵⁶³. Ce point nous paraît impossible dans un ordre juridique issu d'une démocratie libérale qui crée forcément une économie dite de marché⁵⁶⁴. Dans un tel ordre juridique, même s'il est indéniable qu'il puisse exister des intérêts collectifs, ceux-ci sont d'un rang inférieur à l'intérêt individuel. Il n'y a pas de primat de l'intérêt du groupe sur l'intérêt de l'individu comme le rappelait Jean RIVERO⁵⁶⁵. Autrement dit, tant que l'ordre juridique sera fondé sur la propriété privée et le contrat, la volonté privée sera la cause première de l'entreprise privée. Le consentement des individus est la matrice de l'entreprise privée, à tous les niveaux et induit sa nature. A partir des années soixante-dix, une certaine doctrine économique et juridique va remettre en cause la « vision technocratique » de l'entreprise privée et voir que ce sont toujours des éléments micro-économiques, micro-juridiques qui expliquent l'entreprise privée. La source du pouvoir dans l'entreprise privée n'est pas une décision de type réglementaire mais le consentement.

⁵⁶¹ La « première » crise du contrat a fait croire aux éminents juristes de l'époque que la prolifération de la contrainte légale « détruirait » le contrat et que celui-ci céderait sa place à un statut réglementaire. Voir P. VAN OMMESLAGHE, Le droit public existe-t-il ? Rev. Dr. ULB 33 2006 ; P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques » Mélanges Maury tome II p.419-476, spé. P.420-421, Pour G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse, 1965 : la crise du contrat n'est pas le fait du législateur mais de la doctrine p.17, la crise du contrat ne provient pas du droit positif (Le Législateur se contente d'édicter des normes mais de la doctrine qui « oscille entre une conception traditionnelle du contrat, produit de la volonté libre des parties, et une conception nouvelle dans laquelle le contrat pourrait n'être plus que la relation imposée d'autorité par la loi ». V. aussi, J. GHESTIN, « La notion de contrat », D.1990 p.150, Voir aussi, M. CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale p.235 et s. spé. P.236-237 Sur un rappel récent de la crise du contrat, V. S. LEQUETTE, Le contrat-coopération, Economica préface C. BRENNER, Economica

⁵⁶² N. DECOOPMAN, Entreprises privées, Entreprises publiques notamment la Partie I intitulée « La publicisation des entreprises privées » p.184 et s. ; S. LEQUETTE, Le contrat-coopération, Economica préface C. BRENNER

⁵⁶³ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, p.689 et s. p.697, n°15

⁵⁶⁴ Infra Titre 1 Partie II

⁵⁶⁵ J. RIVERO, Les libertés publiques, T.1, Les droits de l'homme, Puf, 6e édit. 1991 p.115

Le changement de paradigme en droit des sociétés, portant la vision institutionnelle et amplifiée par la contestation du libéralisme des années trente⁵⁶⁶, n'était en réalité pas définitif.

§2. Le changement de paradigme : retour d'une vision individualiste/libérale de l'entreprise

La vision institutionnelle n'est pas fautive en soi mais elle semble incompatible avec les principes d'un ordre juridique fondé sur les principes d'une démocratie libérale et d'une économie de marché car le marché qui découle de la reconnaissance de libertés fondamentales aboutit à une économie fondée sur les contrats⁵⁶⁷. Or le contrat postule la liberté individuelle. Personne n'est contraint au sens du droit de se marier, d'acheter tel bien, d'adhérer à tel parti politique. La croyance qu'une organisation privée comme l'est l'entreprise privée puisse avoir des membres permanents qui seraient obligés d'y demeurer est fautive (dans un système juridique comme le nôtre). Or l'idée d'institution véhicule l'idée d'une certaine permanence du groupement indépendamment des membres qui le composent. On verra par exemple en seconde partie que la personne morale d'une société n'a pas une « existence » intangible comme peut l'avoir une personne physique [où l'Etat s'interdit de la détruire], un événement aussi anodin que l'insolvabilité peut aboutir à sa disparition.

Il existe une contradiction entre la liberté individuelle reconnue par l'ordre juridique et la croyance que des organismes non humains comme la personnalité morale ou l'entreprise privée puissent exister indépendamment du concours de volontés privées. On verra donc dans un A. que la vision institutionnelle est aporétique dans un ordre juridique qui reconnaît le marché comme matrice des relations économiques, puis ensuite on verra que la doctrine économiste a commencé également à remettre en cause la vision managériale de la firme avec l'amplification du phénomène boursier et les échanges qui en résultent ont également fait prendre conscience que la grande société dont les actions sont cotées dépend de

⁵⁶⁶ Sur la contestation d'un point de vue économique du libéralisme, V. K. POLANYI, La grande transformation, édit. Tel Gallimard

⁵⁶⁷ Le lien entre marché et des droits fondamentaux est net en droit européen. Le droit de l'UE en se dotant la charte européenne des droits fondamentaux consacre explicitement la corrélation entre libertés et droits fondamentaux et économie de marché sur le continent européen. Infra partie II, Titre I, Chapitre II

transactions plus ou moins importantes réalisées en bourse. La position d'associé dépend plus d'un contrat que d'un lien institutionnel mystique (B).

A. Aporie entre vision institutionnelle et économie de marché

Démocratie libérale, individu et vision institutionnelle de la production

L'ordre économique-juridique français fait partie de la catégorie des ordres que l'on peut qualifier de démocraties libérales (ou libéralisme)⁵⁶⁸. Juridiquement un ordre juridique libéral se traduit par la reconnaissance de la propriété privée des moyens de production et de la liberté juridique de l'individu pour passer des actes juridiques, sous réserve que ces actes ne soient pas contraires à certains principes (ordre public...). Dans toute société humaine, il y a une tension entre le groupe social auquel l'individu appartient et l'individu en tant que tel⁵⁶⁹. Un corps social se compose d'individus mais si ceux-ci ne sont que des individus, le groupe n'existe plus. Au contraire, si le groupe forme un tout totalisant, l'individu est totalement absorbé⁵⁷⁰. Le professeur Francis-Paul BENOIT explique justement que le primat de l'ordre juridique libéral est l'être humain considéré comme un individu par rapport au corps social auquel il appartient⁵⁷¹. Autrement dit, la réalité fondamentale de l'ordre juridique libéral n'est pas le corps social mais l'individu⁵⁷². L'individu est en quelque sorte l'atome d'un ordre

⁵⁶⁸Fr.-P. BENOIT, la démocratie libérale, Puf 1978 ; Francis BALLE, entrée °LIBÉRALISME° in Encyclopédia UNIVERSALIS, entrée °Libéralisme° consultée en ligne en 2012

⁵⁶⁹ L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai.

⁵⁷⁰ Ce questionnement renvoie à la querelle des universaux et à la question classique de la philosophie. V. L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai. ; Juridiquement, cette opposition se traduit par deux types de création normative. Loïc CADIET a résumé cette opposition « « on peut, cependant, retenir une chose de cette discussion. C'est que, pour l'essentiel, deux techniques se partagent l'organisation des relations sociales : la technique contractuelle et la technique réglementaire ». L'auteur précise en note de bas de page que réglementaire a pour synonyme « statutaire et institutionnelle ». « Le droit peut être imposé ou négocié ; il peut y avoir distorsion ou identité entre les auteurs et les destinataires de la règle. On en revient à la problématique de l'Etat et de la société civile, des deux modes de régulation sociale, l'étatique et le contractuel ». L. CADIET, Interrogation sur le droit contemporain des contrats, «Le droit contemporain des contrats », Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU Economica p.15

⁵⁷¹ Fr.-P.BENOIT, La démocratie libérale, p.251 :« Dans le choix entre la personne humaine et l'organisation sociale, le libéralisme considère que c'est la personne qui est la première réalité fondamentale. Cette manière de voir paraît bien être celle de la quasi-totalité des hommes » ; V. aussi L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai.p.37 : « ...quand nous parlons d'individu, nous désignons deux choses à la fois : un objet hors de nous, et une valeur ».... ; V ; aussi J. RIVERO, Les libertés publiques, T.1, Les droits de l'homme, Puf p.115

⁵⁷² Dans cet ouvrage. L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai. Louis DUMONT explique qu'il existe une summa divisio dans les sociétés humaines : celle qui sont « holistes » et celles qui sont individualistes. « De ce point de vue, il y a deux sortes de sociétés. Là où l'Individu est la valeur suprême je parle d'individualisme ; dans le cas opposé, où la valeur se trouve dans la société comme un tout, je parle de holisme ».

juridique libéral. Or ce point est fondamental car les deux conceptions qui ont existé en droit des sociétés (Vision personnaliste, hypostasiée et la vision contractualiste, par le prisme de la propriété privé) ne semblent pas compatibles avec les principes matriciels de l'ordre juridique économique français : la vision « personnaliste » dont la théorie institutionnelle n'est qu'une ramification, est construite sur l'idée que l'entreprise, la société personne morale est une réalité en soi, distincte de ses membres qui la constituent. Elle est hypostasiée. Bruno OPPETIT a dans sa thèse, tenté de démontrer que cette vision qui fait de l'être moral, de la personne morale une entité totalement abstraite, distincte et indépendante de ses membres n'est pas exacte en droit français. Si Bruno OPPETIT a réussi son analyse par le biais de la technique micro-juridique, il nous semble que l'on peut arriver à la même conclusion par l'analyse macro-juridique : tant que la valeur suprême de l'ordre juridique est l'individu et non un groupement d'individus, les visions personnalistes de l'entreprise comme la théorie institutionnelle par exemple, ne peuvent être compatibles avec les fondements de l'ordre juridique. Il faudrait une révolution pour changer d'ordre juridique⁵⁷³.

Nature permanente de l'ordre juridique français : la démocratie libérale

L'ordre juridique français n'est jamais devenu collectiviste au sens strict du terme bien que l'Etat soit devenu un acteur économique important du fait de l'extension de l'Etat providence⁵⁷⁴. Malgré l'augmentation de la sphère de l'Etat et des prélèvements fiscaux⁵⁷⁵, les moyens de production n'ont jamais été véritablement collectivisés, ni étatisés comme ce fut le cas en URSS par exemple⁵⁷⁶ ; certes il y a eu des nationalisations mais la liberté est malgré tout restée le principe d'organisation de l'économie⁵⁷⁷. P. ROUBIER écrivait d'ailleurs que l'initiative privée était le synonyme de droit subjectif dans le lexique économique⁵⁷⁸.

Malgré une réglementation accrue et un encadrement de l'organisation de certaines formes sociales comme la société anonyme et l'interdiction par exemple d'attribuer à des organes

⁵⁷³ Mais l'expérience historique assez désastreuse de la planification et de la collectivisation semble donner congé à cette idée. L'héritage des lumières fait de l'individu donc de sa liberté le fondement des ordres juridiques des pays dits occidentaux. V. P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », essai points, 1979, 3e 1999 p.1 ; J. BAECHLER, Le capitalisme, Tome 1. Les origines, Folio Histoire, Gallimard 1995 p.188-189

⁵⁷⁴ T. PIKETTY, Le capital au XXI^e siècle, Seuil, p.205 : « La France comme le Royaume Uni ont toujours été des pays fondés sur la propriété privée, et n'ont jamais expérimenté le communisme de type soviétique, caractérisé par une prise de contrôle de l'essentiel du capital national par la puissance publique ». V. aussi P. ROSANVALLON, « L'Etat en France de 1789 à nos jours »,

⁵⁷⁵ T. PIKETTY, *ibid.*

⁵⁷⁶ Bien qu'à une époque, la France fût le pays occidental où l'Etat jouait le rôle le plus important dans l'économie par le biais de ses entreprises publiques. G. VEDEL, P. DELVOLLE, Droit administratif, PUF 8^e édit. 1982

⁵⁷⁷ Dans les nationalisations françaises, hormis certaines exceptions comme la nationalisation punitive de RENAULT

⁵⁷⁸ P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, préf. D. DEROUSSIN Bibliothèque Dalloz 2005..p.128

des prérogatives autres que celles prévues par la loi (Arrêt Motte), ce sont quand même les apporteurs de capitaux qui décident *in fine*⁵⁷⁹. Néanmoins il est vrai que le phénomène d'éclatement de l'actionnariat lié au développement de la bourse a pu conforter l'idée que les managers auraient pris le pouvoir⁵⁸⁰. Thomas PIKETTY décrit ce phénomène et parle de « *capitalisme sans capitalistes* »⁵⁸¹. L'accroissement de la concentration du capital dans certaines sociétés, la crise des années trente, puis les nationalisations de l'après-guerre ont ébranlé la foi dans le capitalisme privé. La victoire militaire de l'Union soviétique en 1945 et son apparente réussite technologique jusque dans les années soixante ont encouragé les économistes et les juristes des systèmes occidentaux à envisager une « économie mixte »⁵⁸². La France de l'après-guerre envisage l'ordre juridico-économique comme une alchimie entre différents degrés de propriétés publiques (Etat Actionnaire, Entreprise publique) et des entreprises privées étroitement régulées et contrôlées par l'Etat. « *...la France vivait dans un système d'économie mixte, un capitalisme sans capitalistes en quelque sorte, ou tout du moins un capitalisme d'Etat où les propriétaires privés avaient cessé de contrôler les plus grandes entreprises*⁵⁸³ ». La théorie institutionnelle, la théorie de l'entreprise développée par DESPAX et alimentée ensuite par l'école de Rennes⁵⁸⁴ semblent justement concilier ce « capitalisme d'Etat » avec l'initiative privée maintenue comme principe et combiner une intervention de l'Etat très importante sans que les moyens de production ne deviennent pour autant des propriétés étatiques comme ce fut le cas dans les pays dits communistes. Le droit des sociétés est toujours resté dans la sphère du droit privé et non celle du droit public, même au cœur de l'idéologie interventionniste⁵⁸⁵, la loi de 1966 sera d'ailleurs imprégnée par cette *Weltanschauung*⁵⁸⁶.

Le recul de l'Etat dans l'économie ?

Mais dès les années soixante-dix, l'échec économique des géants communistes soviétiques et chinois, la critique libérale portée par des économistes comme HAYEK ou FRIEDMAN vont

⁵⁷⁹ La révocation ad nutum est peut-être la prérogative clé qui permet d'entériner la réalité de la maîtrise d'une société par ses associés.

⁵⁸⁰ Et ces débats existent encore aujourd'hui car dans une certaine mesure les débats sur la modification des articles 1832 et 1833 du Code civil s'inscrivent dans cette mouvance de vouloir transférer du pouvoir des actionnaires aux managers. A. COURET, Faut-il réécrire les articles 1832 (1) et 1833 du code civil ?, D. 2017 p.222

⁵⁸¹ Th. PIKETTY, Le capital...op.cit. p.216 et s.

⁵⁸² Th.PIKETTY, ibid. p.218

⁵⁸³ Th. PIKETTY, ibid. p.219-220

⁵⁸⁴ Sur cette doctrine, V. G. LYON-CAEN, A.LYON-CAEN La doctrine de l'entreprise, p.599-621 in Dix ans de droit de l'entreprise

⁵⁸⁵ P. AMSELEK, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général » p.162 : Paul AMSELEK perçoit justement le paradoxe entre le passage d'un Etat gendarme à un Etat providence tout en continuant à reposer « sur le principe de liberté individuelle, liberté d'initiative, liberté d'entreprise ».

⁵⁸⁶ « Conception du Monde » en allemand.

progressivement infléchir la doxa dominante. On assiste à un changement de paradigme, à un retour de la vision libérale de l'économie par le prisme de la micro-économie⁵⁸⁷. La macro-économie de KEYNES commence à être contestée. Juridiquement, ce changement se traduit par le retour du droit des contrats/propriété privée comme nouvelle grille de lecture du droit des sociétés⁵⁸⁸ : la vision d'un droit des sociétés « étatisé » et construit sur l'idée d'une personne morale à l'intérêt social très large, plus large que l'intérêt des seuls actionnaires, va être critiquée⁵⁸⁹. De surcroît, l'apparition des investisseurs professionnels⁵⁹⁰ et le développement du financement des grandes entreprises par le marché remettent la transaction, le contrat au cœur du droit des sociétés, la médiation de la qualité d'actionnaire par l'intermédiaire d'un investisseur professionnel est fondée juridiquement sur le contrat à un double niveau: en interne, la relation entre l'épargnant et l'investisseur professionnel⁵⁹¹, mais aussi en « externe » où la gestion d'une entreprise peut susciter de nombreux actes juridiques conventionnels en ce qui concerne la gestion entre plusieurs associés significatifs de l'entreprise (Pacte d'associés⁵⁹², convention de trésorerie⁵⁹³). Le phénomène des groupes de sociétés s'explique aussi par la technique contractuelle et G. FARJAT constatait également cette tendance du retour du contrat en droit des sociétés⁵⁹⁴.

Conséquences juridiques et économiques de l'absence de collectivisme en France : l'individu souverain

La réalité du droit et des échanges économiques, c'est l'individu, tant que l'ordre juridique a la nature d'une démocratie libérale. Et donc un groupement en droit des sociétés a une existence non pas à cause d'une prétendue cause institutionnelle mais du fait qu'un nombre d'individus constitue le groupement par contrat. Si le législateur reconnaît des droits aux

⁵⁸⁷ H. LEPAGE, *Demain le capitalisme*, Pluriel, 1983 p.31 et s. ; Sur la notion de micro-économie et différence avec la macro-économie, V. J. GENEREUX, *Economie politique*, 2. Micro-économie, 5^e édit. P.7 à p.10

⁵⁸⁸ A. COURET, *Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés*. RS 1984 p.10 (p. 243.), Sur l'application de ce phénomène en droit des sociétés, P. DIDIER, *La théorie contractualiste de la société*. R.S. 2000 p. 95

⁵⁸⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique*. PUF 2005 p.29

⁵⁹⁰ I.PARACHKEVOVA, « Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée », LGDJ 2005, n°4. P.9 : L'Investisseur Institutionnel apporte donc une valeur ajoutée certaine en exerçant un contre-pouvoir⁵⁹⁰ d'où la généralisation de l'épargne gérée collectivement par des investisseurs professionnels.

⁵⁹¹ M. STORCK, *Gestion individuelle et gestion collective de portefeuille : principales tendances de la législation française et européenne*, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2005, dossier 1, n°6

⁵⁹² Ouvrage collectif, *Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire ?*, collec. *Actualité de droit de l'entreprise*, n°30 LexisNexis ; R. KADOUCHE, *LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaire*. JCP E n°24, 15 juin 2006, 1953. ; S. SCHILLER. *Rep. DALLOZ, sociétés, °Pactes d'actionnaires°* jan.2006; F.-D. POITRINAL, *Les pactes d'actionnaires*, in *Mélanges BEZARD* p.127 et s., S. PRAT, *les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, préface A. VIANDIER

⁵⁹³ A. BIENVENU, *Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés*, préf. FI. DEBOISSY, LexisNexis, *Bibliothèque de droit de l'entreprise* n°85, 2011

⁵⁹⁴ G. FARJAT, *Pour un droit économique*. Puf 2004 édit. Les voies du droit p.52

individus⁵⁹⁵, ces individus par contrat peuvent s'organiser mais cela ne signifie pas que l'organisation créée conventionnellement a des droits subjectifs en soi, seul l'individu en a⁵⁹⁶. Le droit de propriété de l'organisation, qui peut être personnifiée par l'ordre juridique, n'a pas de droits en soi, c'est-à-dire subjectifs, car les droits d'une société personnifiée sont toujours inhérents à un but, les droits sont toujours affectés⁵⁹⁷.

Comme l'écrivait Emmanuel GAILLARD, la conception dominante des groupements de droit privé a été construite sur le modèle de l'Etat où les intérêts individuels fusionneraient pour former un intérêt collectif à l'instar de l'intérêt général de l'Etat⁵⁹⁸. Cet intérêt fusionné ne serait pas la somme des intérêts individuels des citoyens l'Etat mais un intérêt transcendant. La doctrine de l'entreprise va plus loin dans cette vision avec l'idée d'un intérêt supérieur qui regrouperait également les salariés, les fournisseurs, voire les clients qui constitueraient ensemble l'intérêt de l'entreprise⁵⁹⁹. Avec une telle conception, on dissout la notion de propriété privée collective pour générer un pouvoir fondé sur la notion de souveraineté par le biais de l'existence d'un intérêt transcendant. E. GAILLARD, critique à l'égard de cette conception, précisait que « *la personnification nous paraît reposer sur une sélection des intérêts individuels mis en commun*⁶⁰⁰ ». Pour nous, il n'y a pas d'intérêts fusionnés qui résulteraient de la mise en commun car l'associé transmet par contrat une partie des prérogatives issues de sa propriété privée qu'il avait sur un bien en échange de titres sociaux s'il est apporteur primaire, si l'associé achète ses titres sociaux à un autre, il lui rachète sa position. La conclusion est alors comme l'écrivait A. COURET que « *La société et notamment*

⁵⁹⁵ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » *Economica*, 1985, p.30, n°33

⁵⁹⁶ *Infra* Partie II, Titre I

⁵⁹⁷ E. GAILLARD dans sa thèse de doctorat précise que le titulaire d'un droit subjectif dispose d'une prérogative égoïste, qui lui permet d'agir librement, sans avoir à rendre de comptes [excepté abus de droit] sur le contrôle de l'usage du droit subjectif. , Emmanuel GAILLARD, le pouvoir en droit privé. p.30, n°33 : « En réalité, le titulaire d'un droit subjectif est libre d'en user à sa guise et aussi bien d'en faire un usage égoïste que d'en faire profiter autrui Ce type de prérogatives n'empêche donc pas, par nature, la justification du contrôle de son usage ». » ; Cette remarque peut être comparée avec l'analyse de l'intérêt de la personne morale, considéré non pas comme un intérêt spécifique et transcendant mais comme un intérêt qui découle de la volonté des membres fondateurs de la société personnifiée : cf G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, *Rep.civ Dalloz*, entrée ° Personne morale, sept. 2016, n°26 : « Cela signifie par conséquent que l'intérêt du groupement n'est autre que l'intérêt de ses membres ou fondateurs tel qu'il ressort de son acte constitutif (C. civ., art. 1833 : « Toute société doit... être constituée dans l'intérêt commun des associés ». - Adde : T. HASSLER, article préc. *Supra*, no 5, spéc. p. 587). La déduction s'impose alors que la personnification repose, non sur une distinction de l'intérêt du groupement et des intérêts individuels de ses membres, mais sur une sélection opérée au sein de l'ensemble de ces intérêts individuels par l'acte constitutif du groupement »

⁵⁹⁸ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » *Economica*, 1985, p.192 : Théorie de l'Etat : La théorie de l'Etat se fonde sur l'intérêt général qui est l'intérêt collectif de la société globale, « les intérêts humains s'agrègent les uns aux autres selon un processus essentiel pour le droit public puisqu'il fonde la théorie de l'Etat »

⁵⁹⁹ A. PIROVANO, G. FARJAT, Pour un droit économique, *RTD Civ* p.671 ; F. DEBOISSY, Le contrat de société in *Rapport français* p.128, §15 ; E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé, *op.cit.* p.172, n°262

⁶⁰⁰ *Op.cit.* E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé, p.196, n°296

*la société par actions apparaît pour l'essentiel comme un **complexe de contrats**⁶⁰¹ ». Beaucoup de juristes soutenaient la thèse que si la société était initialement un contrat, la « vie de la société » s'expliquerait ensuite par la théorie institutionnelle, notamment par la notion de pouvoir. Mais l'erreur cardinale de conceptualisation est d'avoir confondu deux types de pouvoir : le pouvoir public et le pouvoir privé. Le jardinier-employé communal qui coupe l'herbe d'un champ appartenant à une commune (donc une personne publique) n'est pas dans une situation identique à celle du jardinier, exerçant à son compte, qui coupe l'herbe d'un jardin d'un particulier. Dans le premier cas, le pouvoir qui donne l'ordre découle de l'organisation de l'Etat, dans le second cas, le jardinier tient son pouvoir du contrat passé avec le propriétaire particulier du jardin. Si on remonte en amont, l'origine du pouvoir public, c'est la souveraineté, l'origine du pouvoir privé, c'est la propriété privée⁶⁰².*

La remise en cause d'un droit des sociétés construit sur la notion de statut par le retour du prisme contractuel pour expliquer les organisations découle initialement davantage du travail d'économistes que de juristes.

B. Remise en cause de la firme managériale par les économistes

Remise en cause de la verticalité du pouvoir au sein des organisations

A partir des années soixante-soixante-dix, des auteurs ont commencé à remettre en cause la vision managériale de l'entreprise, c'est-à-dire la vision d'une entreprise structurée verticalement par le pouvoir de la technostructure⁶⁰³. Henry MANNE est peut-être le premier économiste à réfuter la vision de GALBRAITH et d'autres⁶⁰⁴ : MANNE part du constat que les sociétés cotées mal gérées seront ensuite sanctionnées par le marché boursier. Les marchés boursiers sont donc efficaces sur le temps long et non à court-terme. Mais MANNE fait un constat très important : *« la baisse du titre est généralement plus faible que ne le justifierait la chute des résultats financiers⁶⁰⁵ »*. Et de ce constat, MANNE met en exergue une vérité connue des juristes : le titre social donne droit à deux types de prérogatives distinctes : celles que l'on qualifie de prérogatives extrapatrimoniales ou droits politiques et les droits qualifiés de droits

⁶⁰¹ A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. RS 1984 p. 243 et .s, p.246, n°6 :

⁶⁰² Infra Chapitre I Titre I partie II sur la nature de l'entreprise privée

⁶⁰³ H. LEPAGE, pourquoi la propriété ? op.cit.

⁶⁰⁴ H. MANNE, « Mergers and the Market for Corporate Control », 1965, cité par H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété? » P.149 et s.

⁶⁰⁵ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.150

financiers et patrimoniaux⁶⁰⁶. Pour résumer, d'un côté, l'associé est titulaire d'un droit patrimonial constitué de la valeur du titre, plus du droit aux dividendes, plus de la plus-value éventuelle en cas de cession et de l'autre du droit de vote et des droits accessoires à ce droit. Or le constat de MANNE prouve que le droit de vote a aussi une valeur patrimoniale⁶⁰⁷. MANNE prend l'exemple d'une société dont certains spécialistes estiment que les mauvais résultats financiers sont dus à une mauvaise gestion⁶⁰⁸. Des associés potentiels vont être prêts à surpayer l'acquisition de titres sociaux pour pouvoir placer à la direction de la société leurs « hommes », leurs mandataires sociaux⁶⁰⁹. On voit donc que les prétendues prérogatives politiques de l'associé peuvent avoir une réelle valeur économique car elles donnent accès au droit de vote et par conséquent au contrôle de la société⁶¹⁰. Et ce contrôle a un prix qui peut se monnayer au-delà de la valeur vénale des titres car les futurs associés font un pari de futurs profits plus importants que ceux actuels en cas de changement de la politique de direction de l'entreprise⁶¹¹. Donc, en « votant avec ses pieds », l'actionnaire prend une décision de gestion implicite. Et par conséquent MANNE démontre que le marché des capitaux a une influence directe sur la gestion d'une entreprise. La possibilité de pouvoir vendre les titres sociaux sur un marché libre et relativement transparent donne un véritable pouvoir à l'actionnaire, même passif. Car les observateurs des marchés de capitaux et les analystes comme les agences de notation qui peuvent influencer le petit actionnaire, ont un énorme pouvoir indirect sur le management des grandes sociétés anonymes. Il se produit une sorte de surveillance des sociétés cotées par l'ensemble de ces « spécialistes »⁶¹² : une direction qui s'entêterait à vouloir appliquer une « politique » jugée défailante aura du mal à se financer sur les

⁶⁰⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e edit. LexisNexis, p.210-211, n°364

⁶⁰⁷ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.150

⁶⁰⁸ H. LEPAGE, op.cit.

⁶⁰⁹ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.150

⁶¹⁰ Sur la notion de contrôle d'une société, V. G. RIPERT, La loi de la majorité dans le droit privé in Mélanges juridiques dédiés à M. Le Professeur SUGIYAMA, p.351-358 ;

⁶¹¹ Pour illustrer ce propos, on pourrait citer le cas de LVMH qui s'est subrepticement introduit dans la célèbre marque de luxe HERMES par le biais d'instruments financiers qui ne donnaient pas immédiatement la propriété des actions HERMES et cela a permis de contourner les obligations de déclaration de seuil imposés par le Code Monétaire et Financier, les manœuvres de LVMH pour peser davantage dans le capital du bottier de luxe ont eu des conséquences importantes sur la valorisation de l'action HERMES. cf, N. VULSER, « Le plan très secret de LVMH pour entrer chez Hermès », LE MONDE | 18.05.2013, http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/18/comment-lvmh-a-planifie-son-entree-chez-hermes_3301911_3234.html [vérifié le 15.01.018]; G.RAYMOND, « Affaire HERMES-LVMH ; tout comprendre sur le montage financier de Bernard ARNAULT » in le Huffington post du 31/05/2013 13:06 Actualisé 05/10/2016, http://www.huffingtonpost.fr/2013/05/31/affaire-hermes-lvmh-bernard-arnault-puech-equity-swaps_n_3364469.html adresse vérifiée le 15.01.2018

⁶¹² H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.152 : « Ce mécanisme, remarque le professeur Manne, implique qu'il n'est absolument pas indispensable que les détenteurs de titres se préoccupent activement de surveiller directement la gestion de leurs dirigeants. Le marché, avec tous ses intermédiaires et spécialistes, exerce cette fonction pour eux et d'une façon bien plus efficace qu'eux- mêmes ne pourraient le faire. »

marchés⁶¹³. Le fonctionnement du marché boursier permet sur une durée assez longue de distinguer les entreprises bien gouvernées de celles qui ne le sont pas. MANNE défend donc le marché des capitaux comme étant relativement efficient sur une certaine durée⁶¹⁴.

Tout est valeur patrimoniale en matière de société, cotée ou non

On vient de constater que le droit de vote a toujours, directement ou indirectement, une valeur économique car il permet de choisir l'équipe dirigeante. D'ailleurs tant que les actionnaires *ut universi* ont collectivement le droit de choisir la direction d'une société anonyme, la société par actions ne sera pas une institution au sens publiciste du terme car *c'est in fine*, des particuliers et non l'Etat qui choisissent les membres de la direction et qui choisissent également leur rémunération. Ce choix de la direction d'une société n'est pas une règle qui découle de la volonté du législateur mais tout simplement la conséquence du fonctionnement d'une propriété privée collective. La société (dans la plupart des occurrences) est une propriété privée collective sophistiquée : et si dans une petite société à deux associés, travail et capital sont confondus, plus le nombre d'associés sera important et plus cette dissociation entre travail et capital sera importante ; la libre cessibilité des titres par le marché facilite les changements de contrôle d'une société. Le financement par la bourse a donc fait voler en éclat la vision hiérarchique et structurée de la grande entreprise et fait prendre conscience que la structure de l'entreprise est fondée sur des contrats⁶¹⁵, celui des apporteurs de capitaux⁶¹⁶. De surcroît, le marché boursier permet de « coter » la société, de lui donner une valeur qui va structurer le droit des sociétés cotées⁶¹⁷. La recherche de cette valeur va mettre une pression très importante sur la direction de l'entreprise car une valorisation trop faible de l'entreprise peut en faire une proie potentielle et aboutir à un changement d'actionnaires et donc *in fine* de direction. Le droit des sociétés cotées qui a pris une ampleur considérable, à partir des années soixante-dix⁶¹⁸ a permis, par l'intermédiaire de théories micro-économiques, de révéler la nature d'une société d'une démocratie libérale : ses

⁶¹³ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.151

⁶¹⁴ H. LEPAGE, *ibid.* P.152 : « ...c'est le mécanisme anonyme du marché financier et du marché des votes qui, par la voie des décisions d'un très grand nombre de gens agissant en fonction de ce qu'ils considèrent être leur intérêt personnel, garantit que les ressources de l'entreprise seront bel et bien gérées par ceux qui sont susceptibles d'en faire l'usage le plus efficient-et le plus rentable pour les actionnaires. »

⁶¹⁵ « Il n'est pas besoin de souligner que le contrat est, pour l'entreprise, l'instrument privilégié de son activité, l'habit juridique de son organisation et de sa réalisation. » N. MOLFESSIS, « Le contrat, La liberté d'entreprendre », in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> ;

⁶¹⁶ G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT. In Mélanges OPPETIT, p.689 et s. p.723, 724 §47 à 48

⁶¹⁷ H. BOUTHINON-DUMAS, Préface Ph. DIDIER, directeur de thèse M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, L.G.D.J. Droit et économie, : p.2 n°3 : « A travers les actions, le marché boursier a donc pour objet la valeur de la société et pour fonction originale, de « coter » la société.

⁶¹⁸ H. BOUTHINON-DUMAS, *ibid.* p.4-5 :

fondements, c'est l'échange, le contrat⁶¹⁹. Même dans une société non cotée, les associés peuvent toujours échanger, vendre leurs titres sociaux à condition d'avoir l'agrément de la faire. Et il existe un véritable marché des cessions d'entreprise⁶²⁰. Et si la cotation d'une société permet plus facilement d'échanger des titres de société et donc de transmettre des entreprises, la cession potentielle de l'entreprise a un rôle fondamental car une mauvaise gestion sur le long terme érodera la valeur de l'entreprise et donc son prix de vente sera impacté.

Vision contractualiste de la firme et critique (ALCHIAN)

Ensuite d'autres auteurs, dont Armen ALCHIAN⁶²¹, expliquent que tous les discours sur la firme managériale révèlent une mauvaise compréhension de l'entreprise industrielle. Pour ALCHIAN, le droit de propriété est par essence le pouvoir de décider à quel usage sera affectée une ressource particulière⁶²². Or la dispersion du capital des grandes sociétés n'est pas une modification de la propriété : *« la dispersion de la propriété reflète simplement le choix des propriétaires « légaux » de déléguer une plus ou moins grande part de l'autorité sur l'allocation des ressources qui leur revient du fait de leur titre de propriété. Il est vrai que cette forme de propriété, parce qu'elle est partagée entre un grand nombre de mains ayant des droits identiques, fait qu'une fois cette autorité déléguée, il vous est beaucoup plus difficile de la retirer. Mais cette forme de propriété atténuée n'est qu'une forme particulière d'engagement contractuel⁶²³ »*. Pour ces auteurs la firme permet donc de mieux contrôler la **production** grâce à la mise en place d'une organisation spécifique permettant de valoriser la performance par un système de récompenses et d'incitations⁶²⁴. La firme émerge comme spécialiste du contrôle de la performance⁶²⁵. Pour ALCHIAN, la firme est un nœud de contrats⁶²⁶. La firme est donc un marché particulier, un marché privé : un marché car tous les apporteurs d'un facteur de production peuvent la quitter s'ils le veulent, ceux notamment qui apportent leur force de travail en échange d'une rémunération, que ce soient les salariés ou les dirigeants. Cette liberté de louer sa force de travail ou d'arrêter de le faire à tout moment est l'indice d'un marché privé, la firme est donc un nœud de contrats, un marché privé. Avec ce type

⁶¹⁹ N. MOLFESSIS, « Le contrat, La liberté d'entreprendre » op.cit.

⁶²⁰ J. PAILLUSSEAU, La cession d'entreprise, 1^e édit. Dalloz, 1988

⁶²¹ Présentation de cet auteur peu connu mais dont la pensée a marqué la micro-économie, V. H. LEPAGE,

⁶²² Cette définition de la propriété faite par un économiste est proche de celle que peuvent faire certains juristes ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, « Droit des biens », PUF 3^e collec. Manuel 2008, p.21, n°3 ; Cette définition est proche également de la définition donnée par G. de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905 p.443 et s. p.444, n°1 : « la propriété est seulement le droit de tirer d'une chose tous ses services sauf exceptions ».

⁶²³ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.160

⁶²⁴ G. CHARREAUX, Encyclopædia Universalis entrée °ENTREPRISE Théories et représentations

⁶²⁵ G. CHARREAUX, ibid.

⁶²⁶ G.CHARREAUX, ibid.

d'analyse sur laquelle s'est construit la *Corporate governance*, l'employeur ou l'entrepreneur est « un agent central à qui est confiée la responsabilité de gérer et de faire exécuter la multitude de conventions privées qui définissent, de façon explicite ou implicite, les conditions dans lesquelles l'entreprise peut disposer des ressources mises à sa disposition⁶²⁷. » Ces analyses économiques, fondées sur la micro-économie, infirment la vision statutaire et publiciste des fonctions du dirigeant social, au moins pour la grande entreprise. On pourrait même dire que finalement la vision institutionnelle des fonctions du dirigeant (et plus généralement la vision personnaliste) a été élaborée avec une conception macro-économique de la grande entreprise privée alors que les analyses fondées sur le contrat et la propriété privée relèvent de la micro-économie.

Néanmoins certaines analyses contractualistes de la firme ont tendance à mettre tous les contractants au même niveau, c'est-à-dire comme si tous les contrats que constitue l'entreprise avaient la même importance⁶²⁸. Il existe pourtant une hiérarchie entre ces différents contractants⁶²⁹, plus exactement une hiérarchie entre les différents contrats car la matrice de l'entreprise privée demeure la relation entre les apporteurs de capitaux entre eux, qui est la plupart du temps le contrat de société lorsque l'entreprise est exploitée sous une forme sociétaire : c'est l'acte constitutif d'un groupement volontaire qui va constituer un ordre juridique normatif interne, les autres conventions et actes juridiques de droit privé inhérents au groupement dépendront de cet acte initial⁶³⁰. Les apporteurs de capitaux ne sont pas de simples créanciers, ils ont en plus un droit réel sur l'entreprise car ils sont les propriétaires en commun de l'entreprise⁶³¹.

A partir du moment où l'associé même passif et même minoritaire peut librement céder ses titres sociaux et donc le droit de vote qui va avec (et que le droit de vote permet finalement de choisir les dirigeants sociaux,) l'associé demeure la clef de voute de la société, de la firme. Nous verrons que ce constat micro-économique et micro-juridique est confirmé par le macro-juridique : les libertés économiques sont la conséquence de l'existence d'une économie de marché. On verra en seconde partie qu'il existe une corrélation contre-intuitive a priori entre les droits fondamentaux et le marché⁶³² : la protection des droits fondamentaux aboutit

⁶²⁷ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.126

⁶²⁸ P. DIDIER, Une définition de l'entreprise, Le droit privé Français à la fin du XX^e siècle, Etude offertes à P. CATALA, Litec, p.855

⁶²⁹ P. DIDIER, une définition de l'entreprise ibid. p.856

⁶³⁰ V. not. G. WICKER, La théorie de la personnalité...op. cit. 2^eme Partie, La constitution d'un ordre juridique normatif p.713 et s., n°33 et s.

⁶³¹ P. DIDIER, une définition de l'entreprise, ibid. p.856, + P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.38-42 ?, infra Chapitre II

⁶³² Infra

indirectement mais nécessairement à la protection du marché et *donc in fine*, un terreau favorable est offert à l'initiative privée donc au marché qui a pour conséquence de générer des entreprises privées animées par des entrepreneurs. Soit l'entrepreneur agit directement, soit l'entrepreneur est une masse d'individus, parfois personnifiée, qui va confier la gestion du patrimoine à un dirigeant ou un groupe de dirigeants. Le droit des sociétés d'une démocratie libérale est donc un droit spécial construit sur le droit de propriété (droit des biens) et la liberté contractuelle (droit des contrats) : l'entreprise privée est corrélée à l'existence d'un entrepreneur réel ou idéal, incarné éventuellement par une personne morale, personne morale qui a longtemps camouflé une forme inédite de propriété collective⁶³³. On ne peut pas dissocier l'entreprise privée de son entrepreneur. C'est le droit de propriété qui explique ce lien, à condition de ne pas avoir adopté la vision restrictive de ce droit attaqué de toute part au cours du XX^e siècle.

Radicalisation de la critique de la vision managériale de la firme avec la théorie de l'agence : émergence des idées qui aboutiront à la *corporate governance*

C'est la confrontation au réel qui fait la qualité d'une théorie⁶³⁴. Or si la théorie managériale de l'entreprise ne semble plus capable d'éprouver la totalité du réel avec l'émergence d'une nouvelle forme de capitalisme et l'émergence dans les années quatre-vingt des entreprises de l'information et de la communication qui sont des « entreprises sans usines », ces entreprises issues de l'économie de la connaissance et de l'information⁶³⁵, comme l'informatique, ont un schéma de fonctionnement différent de l'entreprise industrielle classique⁶³⁶. De plus des auteurs attaquent de front la théorie managériale accusée de justifier l'interventionnisme étatique dans les grandes entreprises : la théorie managériale serait fautive d'un point de vue micro-juridique (en violant notamment les droits de propriété des actionnaires) et erronée d'un point de vue macro-politique en confondant l'intérêt privé et l'intérêt général et en justifiant l'intervention excessive de l'Etat dans l'économie⁶³⁷. Ces différents éléments viennent désagréger la vision managériale de la firme. Dans un article fondateur « *Theory of*

⁶³³ La possibilité de créer une société personnifiée unipersonnelle fut une rupture importante de la notion multiséculaire de société ; Infra

⁶³⁴ « Rien n'est plus pratique qu'une bonne théorie ». cité par M.COZIAN

⁶³⁵ Avec un « capital immatériel » pouvant être valorisé plus qu'une entreprise industrielle classique,

⁶³⁶ N. AZOULAY, O. WEINSTEIN, « Nature et forme historique de la firme capitaliste : vers une nouvelle forme structurelle ? » cité par O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010 p.170-175

⁶³⁷ M. FRIEDMAN, Capitalisme et liberté, édit. R. Laffont, titre original : capitalism and freedom 1962, traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, 1971, p.170 « Est-ce que des individus privés et qui se sont désignés eux-mêmes peuvent juger de ce qu'est l'intérêt de la société ? Peuvent-ils décider de l'importance de la charge qu'il est juste d'imposer à eux-mêmes pour servir cet intérêt social ? Est-il tolérable que le prélèvement fiscal, les dépenses publiques et leur contrôle dépendent de gens dont il se trouve qu'à un moment donné ils ont la charge d'entreprises données et qui ont été choisis pour ces postes par des groupes strictement privés ? »

the firm : managerial Behavior, agency cost and ownership structure » les professeurs JENSEN et MECKLING décrivent ainsi l'entreprise comme un « nœud de contrats⁶³⁸ ». En s'appuyant sur l'analyse de la firme à travers la notion de coût de transaction, de division du travail et de surveillance des entités collectives, réalisée par les auteurs précédemment cités⁶³⁹, l'opposition entre la société et le marché issue de l'analyse de COASE et GALBRAITH serait inexacte. Pour JENSEN et MECKLING, la firme n'est pas un être social, « *mais une coquille légale servant de réceptacle à un réseau complexe de rapports contractuels entre un grand nombre de personnes aux objectifs individuels les plus divers*⁶⁴⁰ ». Avec l'approche de JENSEN et MECKLING, « *l'entreprise privée n'est qu'un cadre juridique particulier, une fiction légale qui sert de lieu géométrique à un ensemble de liens contractuels*⁶⁴¹. » L'entreprise ne prend pas de décisions, elle n'ordonne pas, elle ne commande pas⁶⁴². Ses décisions sont toujours celles de personnes qui les prennent en vertu d'un système de conventions complexes fondées sur des récompenses personnelles, des sanctions et des délégations de pouvoir. La personnalité morale est une coquille légale qui sert de réceptacle à un « *complexe de rapports contractuels*⁶⁴³ » entre un grand nombre d'individus ayant des intérêts propres mais qui doivent collaborer en raison des engagements contractuels pris : la firme est un nœud de contrats, la firme est aussi un marché, interne, qui permet de réduire les coûts de transaction inhérents à toute passation de marchés⁶⁴⁴. Or cette organisation de la firme par le contrat conduit à des coûts d'agence (*agency costs*⁶⁴⁵). Le donneur d'ordre (le principal, c'est-à-dire la collectivité des associés) peut réduire ces/ses coûts d'agence en mettant en place des procédures particulières pour éviter les déperditions inhérentes à toute délégation de pouvoir et d'autorité. La relation « dirigeant-actionnaire » est donc désormais vue comme une relation conventionnelle et non plus comme une relation fondée sur une sorte d'unilatéralité justifiée par la compétence légale d'un organe comme ce fut le cas pour les théories du pouvoir

⁶³⁸ "(Viewed as a nexus of contracts), the firm is not an individual. It's a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals (some of whom may represent other organizations) are brought into equilibrium within a framework of contractual relation." JENSEN et MECKLING, cité par P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise, Le droit privé Français à la fin du XXème siècle » Etude offertes à P. CATALA, Litec p.855

⁶³⁹ A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, « Production, Information Costs and Economic Organization », American Economic Review 1972, cité par H. LEPAGE, op. cit. p.165

⁶⁴⁰ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985 p.166

⁶⁴¹ H. LEPAGE, op.cit. p.166-167

⁶⁴² H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985 p.167

⁶⁴³ H.LEPAGE, Pourquoi la propriété, op. cit. p.166 ; H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « What is corporate law ?, in The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, Oxford University Press, cité par O. O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie, p.44

⁶⁴⁴ R. COASE, La nature de la firme, trad. en français par B. ALIOUAT, in R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations 2005 p.51 et s. spé. p.52 à 55

⁶⁴⁵ E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé., p.219 et s. ; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, L'analyse économique du droit. Dalloz p.19-20

managérial. Cette nouvelle vision est fondamentale. Apparue dans le milieu des années soixante-dix, la théorie de l'agence de JENSEN et MECKLING et étayée par d'autres économistes (not. E. FAMA⁶⁴⁶) va générer la fameuse *corporate governance* imparfaitement traduite par le terme de gouvernement d'entreprise. Et forcément la rémunération des « agents », c'est-à-dire des dirigeants, va se retrouver au centre de la préoccupation et de la littérature de cette nouvelle vision de l'entreprise⁶⁴⁷. Quelle rémunération optimale accorder aux dirigeants sociaux pour que ceux-ci gèrent les actifs d'autrui avec l'efficacité maximale attendue ?

Apparition de la *corporate governance*

La nouvelle vision contractualiste de l'entreprise va bouleverser la vision de l'entreprise par la doctrine économique et même juridique. De cette idée que la firme n'est qu'une forme de marché privé, d'un marché interne, organisé par le droit de propriété des apporteurs de capitaux va naître la théorie de l'agence. L'idéologie de la *corporate governance* découle de ce nouveau paradigme pour appréhender l'entreprise. Pour Eugene FAMA par exemple, « *L'entreprise n'est que le lieu de mise en œuvre d'une multiplicité d'inputs appartenant à des personnes différentes, dans le cadre d'un réseau d'engagements contractuels qui déterminent la combinaison des ressources et les modalités de partage des résultats financiers*⁶⁴⁸ ». Le dirigeant social et sa relation avec les associés deviennent donc la substance de l'organisation contractuelle de l'entreprise. Sa rémunération devient donc une préoccupation cardinale. Le dirigeant est normalement un mandataire mais en vertu d'une asymétrie d'informations qu'il détient par rapport à ses mandants, il peut être tenté de gérer la firme dans son propre intérêt plutôt que dans l'intérêt des apporteurs de capitaux, qui lui ont remis le pouvoir de gestion. Le dirigeant peut mettre en place également ce que certains économistes appellent des « stratégies d'enracinement⁶⁴⁹ » afin de rendre coûteuse son éviction⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ Eugene F. FAMA et Michael C. JENSEN, « Separation of Ownership and Control » dans *The Journal of Law and Economics*, juin 1983.; G. CHARREAUX Encyclopédia Universalis, « ENTREPRISE, Gouvernance d'entreprise »: E.F.FAMA étudie que le système de gouvernance est composé de mécanismes construits, intentionnels comme le droit de vote et des mécanismes spontanés comme le « marché des dirigeants ». La bonne gouvernance consiste à éliminer ces conflits en proposant des solutions adéquates.

⁶⁴⁷ G. CHARREAUX Encyclopédia Universalis, « ENTREPRISE Gouvernance d'entreprise »: FAMA constate l'existence d'un marché des dirigeants. En France, cette notion de marché des dirigeants fut parfois contestée mais il s'agit selon nous d'une confusion entre l'existence d'un marché et le fait qu'il ne soit pas efficace.

⁶⁴⁸ H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, op.cit, p.182

⁶⁴⁹ G. CHARREAUX Encyclopédia Universalis, « ENTREPRISE Gouvernance d'entreprise »

⁶⁵⁰ Certaines défenses anti-OPA ne sont pas fondées dans l'intérêt de l'entreprise mais dans l'intérêt de l'équipe dirigeante...

La littérature au sujet de la *corporate governance*⁶⁵¹ est plus qu'abondante⁶⁵². Il serait trop long et trop descriptif pour examiner ici tous les contours de la question et les différentes réceptions de celle-ci par différents ordres juridiques (Anglo-saxon, Germano-nippon, Français etc...). Néanmoins il est important de comprendre l'origine de l'idée de *corporate governance* et l'idéologie sous-tendue par elle car le gouvernement d'entreprise a été directement ou indirectement la cause de réformes dans les droits des sociétés des pays industrialisés⁶⁵³. Il est important de comprendre que le cheminement de la *corporate governance* vient de BERLE

⁶⁵¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis p.314, n°568 et s. ; M. GERMAIN, V. MAGNIER et M.-A. NOURY, « La gouvernance des sociétés cotées » : JCP E 2013, n° 1637 ; A. COURET, La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises, Gazette du Palais, 28 août 2014 ; A. COURET, L'incidence des normes européennes sur la gouvernance des sociétés. R.S. 2005 p. 57 ; Dossier La rémunération des dirigeants de sociétés cotées, Journal des sociétés n°49 décembre 2007. A. COURET, Y. PACLOT, C. MALECKI, P. BILGER, D. KLING, J. NERET, N. CATALA.; PACLOT, Gouvernance d'entreprise : la révision du code AFEP-MEDEF préférée à la loi, Bull. Joly 2013. 556 ; PORTIER, Révision du code de gouvernance d'entreprise Afep-Medef : une dernière chance donnée à l'autorégulation ? Option Finance 1er juill. 2013, p. 28; DUBOIS et CHACORNAC, Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés, Bull. Joly 2013. 758. ; B. FAGES, Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise. Joly Sté, 01 avril 2009 n°4, p.430 ; B. LECOURT, Chronique de droit européen des sociétés. Application des règles relatives au gouvernement d'entreprise au sein de l'Union Européenne R.S. 2010 p.127 ; A. VIANDIER, L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux. - (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées juin 2013) La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 29, 18 Juillet 2013, 1416

⁶⁵² Sur l'histoire de la Corporate governance, M. GERMAIN, V. MAGNIER, Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, T.2, 21e édit LGDJ, 2014, p.894, n°2770 et s. ; P.DIDIER « Droit commercial Tome 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés. 3e édition. » PUF p.225 et s. ; P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise, Le droit privé Français à la fin du XX^e siècle » Etude offertes à P. CATALA, Litec p.852 et s. ; V. A. TUNC, Le droit anglais des sociétés anonymes, Economica, 4e édit. P.135 et s. n°91 et s. ; A. TUNC, Le rapport VIENOT sur le conseil d'administration des sociétés cotées R.I.D.C. 3- 1996 n°3, pp.647-655 ;; A. COURET, Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance. D.1995 p.163 ; J.-J.CAUSSAIN, Corporate governance et gouvernement d'entreprise. Gazette du Palais, 29 Nov. 2003 n°333 ; D. DANET, Misère de la corporate governance, Revue internationale de droit économique. P.407 à 433 ; J. PAILLUSSEAU. D. 2002, n°35 ; F. PELTIER, « La corporate governance au secours des conseils d'administration » Dunod, 2004 ; J.- L. NAVARRO, L'acculturation du droit français des sociétés par la corporate governance : réalité ou faux-semblants ? in J.-L. NAVARRO et G. LEFEBVRE, L'acculturation en droit des affaires, les éditions thémis ; D. COHEN, Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ? in Mélanges Ph. MALAURIE ; P. BEZARD, Face à face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise. LPA, 12 février 2004 n°31, p.45. ; P-H. CONAC, Middlednext, code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites, dec.2009 RS 2010 p.71 ; Sur la corporate governance et le droit public : J.-Y. CHEROT, L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise, Droit administratif Avril 2006, étude 7 ; Sur la corporate Governance dans les autres pays : M.SCHMOECKEL, « De la corporation au gouvernement d'entreprise. Traditions nationales des sociétés anonymes et séparation entre propriété et direction », collège de France juin 2014, in L'entreprise dans un monde sans frontières pp.57-69 ; V. de BEAUFORT, Gouvernance d'entreprise en Europe, Economica 2005 ; Marcus LUTER Le code de bonne conduite allemand du gouvernement d'entreprise : une introduction.,RS 2002 p.667 et s. ; J.HOPT, Le gouvernement d'entreprise-Expériences allemandes et européennes, R.S., 2001, p.1 et s. ; M. YEOMANS, Le gouvernement d'entreprise au Royaume-Uni. Gazette du palais, 29 novembre 2003, n°333, p.29 et s. ; O. MORETEAU, Droit Anglais des Affaires. Dalloz précis 1e édit.2000, p.142 et s. ; A. TUNC, « La révolution américaine : présentation et applications des « principes of corporate governance » », in La corporate governance à la française, n° spéc. LPA 27 sept. 1995, n° 116. ; Vision des économistes, B. SEGRESTIN, A. HATCHUEL, Refonder l'entreprise, Seuil, la république des idées, p.67

⁶⁵³ A. SUPIOT, Introduction. L'entreprise face au marché total, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015 p.15 et s.

et MEANS, voire de plus loin⁶⁵⁴, c'est-à-dire de la révélation d'un phénomène de division du travail au sein de la direction de l'entreprise. Mais si les origines remontent à la fin du XIX^e siècle, les réflexions modernes du gouvernement d'entreprise datent des années soixante-dix, le terme de *corporate governance* apparaît pour la première fois dans le registre fédéral américain de 1976⁶⁵⁵ (l'équivalent américain du J.O.). Et la réflexion initiée à partir des années soixante-dix par la banque d'Angleterre est certainement la conséquence d'une nouvelle vision de la firme où l'épargne collective doit s'intéresser au « management » des grandes entreprises⁶⁵⁶, ce qui aboutira au fameux rapport CADBURY⁶⁵⁷.

Les différents fondements de la *Corporate governance*.

L'apparition de nouvelles firmes non managériales issues de la Silicon Valley, c'est-à-dire de firmes entrepreneuriales dont le capital humain et le savoir sont cardinaux⁶⁵⁸, semble infirmer le modèle de la firme managériale comme parangon de l'entreprise. Juridiquement, ces nouvelles entreprises sont fondées sur une variété encore plus grande de contrats : leur réussite parfois insolente semble confirmer la validité de la *Share Holder theory* faisant de l'associé/actionnaire le véritable propriétaire de l'entreprise⁶⁵⁹. Car la *corporate governance* est « bâtie » sur un présupposé, à savoir que la société appartient à ses associés, actionnaires⁶⁶⁰. Nous avons vu que ce présupposé fut proposé par ceux qui remettent en

⁶⁵⁴ G. CHARREAUX Encyclopædia Universalis, entrée °ENTREPRISE Gouvernance d'entreprise ° ; M. SCHMOECKEL, « De la corporation au gouvernement d'entreprise. Traditions nationales des sociétés anonymes et séparation entre propriété et direction », collège de France juin 2014, in *L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques*, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz 2015, p.64 et s. II. La naissance du gouvernement d'entreprise

⁶⁵⁵ M.SCHMOECKEL, « De la corporation au gouvernement d'entreprise, op.cit. p.66

⁶⁵⁶ O. MORETEAU, *Droit Anglais des affaires*. Editions Dalloz. 2000, p.143 et s. ; F. PELTIER, « la corporate governance au secours des CA » Dunod, 2004 cote LG1 PEL C, p.22 ; ; A. TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica, 4e édit. P.135 et s., n°91 et s.

⁶⁵⁷ A. TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes au Royaume-Uni* ; A. TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica, 4e édit. P.135 et s., n°91 et s.

⁶⁵⁸ O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXI^e siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010 p.176-177

⁶⁵⁹ M.SCHMOECKEL, « De la corporation au gouvernement d'entreprise, op.cit. ; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The end of history for corporate law*, Harvard law School, Cambridge, Pdf Internet Août 2014

⁶⁶⁰ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The end of history for corporate law*, op.cit. : "Despite the apparent divergence in institutions of governance, share ownership, capital markets, and business culture across developed economies, the basic law of the corporate form has already achieved a high degree of uniformity, and continued convergence is likely. A principal reason for convergence is a widespread normative consensus that corporate managers should act exclusively in the economic interests of shareholders, including noncontrolling shareholders. This consensus on a shareholder-oriented model of the corporation results in part from the failure of alternative models of the corporation, including the manager-oriented model that evolved in the U.S. in the 1950's and 60's, the labor-oriented model that reached its apogee in German codetermination, and the state-oriented model that until recently was dominant in France and much of Asia." ; M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, « Les grandes questions du droit économique Introduction et documents » PUF, coll. Quadrige manuels 2005, p.175 : « La théorie de la corporate governance...repose sur une conception non plus politique mais contractuelle de l'organisation sociétaire...les associés en créant la société sont entrés dans un double contrat, un contrat entre

cause la vision managériale de la firme (managérialisme⁶⁶¹). On peut citer par exemple Milton FRIEDMAN qui déclare que « *l'entreprise est l'instrument des actionnaires qui la possèdent*⁶⁶² ». Et M. FRIEDMAN critique plus loin la firme vue comme une institution sociale, ayant sa propre loi. Pour lui, affirmer que les actionnaires ne sont pas propriétaires revient donc à admettre que le dirigeant devrait agir dans un intérêt qui n'est pas uniquement celui des actionnaires mais agir selon d'autres considérations comme la responsabilité sociale. Comme le remarque M. FRIEDMAN, est-il normal que des individus privés désignés par des individus privés puissent avoir des prérogatives autres que celles issues de la gestion des actifs confiés⁶⁶³ ? Autrement dit, si on charge l'entreprise privée de responsabilités sociales en tous genres proches, voire analogues aux missions d'intérêt général de l'Etat, n'y a-t-il pas un danger de confier de telles missions à des acteurs privés et non à des représentants de l'Etat⁶⁶⁴ ? Milton FRIEDMAN en conclut qu'une telle conception se rapprocherait de celle d'un Etat collectiviste⁶⁶⁵ car il ne serait pas normal qu'un dirigeant d'une entreprise privée exerce d'autres prérogatives que celles de faire du profit pour ses actionnaires. S'il est séduisant d'imputer toutes sortes de missions aux entreprises privées, il y a un risque que ces entreprises dont les dirigeants ne sont pas élus par les citoyens mais par des représentants du capital exercent *in fine* des prérogatives de puissance publique, sans habilitation démocratique et donc il y a le risque d'une néo-féodalité. A titre personnel, nous pensons que le mélange des genres n'est pas une bonne chose et aboutit à générer un « capitalisme de

eux à travers le contrat de société, mais aussi une sorte de contrat avec les dirigeants sociaux », Sur la critique de cette conception, J.P. ROBE, *L'entreprise et le droit*, P.U.F. Que sais-je ? p.82 et s ; Voir aussi A. SUPIOT, Introduction. *L'entreprise face au marché total*, in *L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques*, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.15 et s.

⁶⁶¹ B. SEGRESTIN, A. HATCHUEL, *Refonder l'entreprise*, Seuil, la république des idées. Mot cité par ces auteurs, p.51

⁶⁶² M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, édit. R. Laffont, titre original : *capitalism and freedom* 1962, traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, 1971 p.172

⁶⁶³ M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, titre original : *capitalism and freedom* , traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, préf. G. KOENIG,, *champs essais*, 2016, p.202 : « Peu de tendances pourraient aussi efficacement saper les bases même de notre libre société que l'acceptation par les dirigeants des firmes d'une responsabilité sociale autre que celle de gagner le plus d'argent possible pour leurs actionnaires. C'est là une doctrine fondamentalement subversive. Si les hommes d'affaires ont une responsabilité sociale autre que celle de maximiser les profits de leurs actionnaires, comment pourront-ils discerner de quelle responsabilité il s'agit exactement ?(p.203) Est-ce que des individus privés et qui se sont désignés eux-mêmes peuvent juger de ce qu'est l'intérêt de la société ? Peuvent-ils décider de l'importance de la charge qu'il est juste d'imposer à eux-mêmes pour servir cet intérêt social ? Est-il tolérable que le prélèvement fiscal, les dépenses publiques et leur contrôle dépendent de gens dont il se trouve qu'à un moment donné ils ont la charge d'entreprises données et qui ont été choisis pour ces postes par des groupes strictement privés ? Si les hommes d'affaires sont des fonctionnaires plutôt que les employés de leurs actionnaires, alors, dans une démocratie, ils seront tôt ou tard choisis selon les techniques publiques d'élection et de nomination. »

⁶⁶⁴ M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, titre original : *capitalism and freedom* , traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, préf. G. KOENIG,, *champs essais*, 2016, op.cit p.170

⁶⁶⁵ M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, édit. R. Laffont, titre original : *capitalism and freedom* 1962, traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, 1971 p.173

connivence » pouvant générer des conflits d'intérêts peu visibles et délétères pour le tissu économique. S'il est nécessaire que l'Etat intervienne parfois dans l'économie⁶⁶⁶, ne devrait-il pas le faire explicitement, en tant qu'Etat ? Cette question du pouvoir des dirigeants, et par conséquent de la rémunération, est au cœur donc de la question du gouvernement d'entreprise. Afin d'éviter que les dirigeants ne se comportent comme des « despotes éclairés⁶⁶⁷ », il faudrait donc adapter le droit des sociétés à cette nouvelle vision⁶⁶⁸. Le mouvement de pensée qui a donné lieu à la *corporate governance* était fondé initialement sur la « *shareholder value*⁶⁶⁹ » dans les pays anglo-saxons. Cette *shareholder value* n'est pas qu'une simple défense idéologique des actionnaires mais est fondée sur une théorie des droits de propriété⁶⁷⁰. L'individu propriétaire d'un bien peut exploiter seul son bien mais peut également confier ce bien à d'autres pour qu'ils le gèrent pour lui, contre rémunération. Le principal (associé) va confier son bien à un agent (mandataire social) pour le valoriser⁶⁷¹. Le but de la *corporate governance* est donc de réduire le « risque de capture » que peut commettre l'agent professionnel (dirigeant) au détriment du principal (actionnaires). La théorie de l'agence est donc fondée sur le fait que le dirigeant social, bien qu'en charge d'un pouvoir et donc titulaire de prérogatives en charge de l'intérêt d'autrui, est toujours en charge simultanément de son intérêt personnel. La théorie de l'organe réduit le dirigeant à sa fonction sociale mais tout individu ne peut être réduit à son travail, à son utilité sociale, tout individu dispose d'une sphère privée, c'est-à-dire d'un patrimoine et d'une personnalité propre et est donc toujours en charge d'un intérêt privé distinct de son intérêt professionnel, distinct de son travail et de son utilité sociale... Par conséquent, la théorie de l'agence ne fait que mettre en exergue cette simple vérité : tout titulaire d'un pouvoir⁶⁷² est toujours

⁶⁶⁶ C. MARCHAND, *Economie des interventions de l'Etat*, Puf, Que-sais-je ? 1re édit.1999 ; V.aussi sur les différentes interventions de l'Etat , un auteur propose la notion « d'entreprise cruciale », cadre conceptuel qui habiliterait l'Etat à intervenir lorsqu'une entreprise cruciale aurait été identifiée. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les entreprises cruciales et leur régulation », p.253 et s. in *L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques*, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015 spé. p.259 et s.

⁶⁶⁷ Extrait du rapport du sénateur Ph. MARINI *La modernisation du droit des sociétés : rapport au premier ministre*, ed. La documentation française 1996. P.41 et s.

⁶⁶⁸ A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance*. D.1995 p.163

⁶⁶⁹ J.-J.CAUSSAIN, *Corporate governance et gouvernement d'entreprise*. Gazette du Palais, 29 Nov. 2003 n°333, du même auteur, J.-J. CAUSSAIN, *Gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires ? LPA*, 27 juin 2006 n°127, p. 3.

⁶⁷⁰ Sur la théorie des droits de propriété, V. H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété ?* op.cit. p.97 : « Toute société organisée — qu'elle reconnaisse ou non le principe de la propriété privée — se caractérise nécessairement par une certaine structure de droits de propriété, explicites ou implicites. » V. aussi le dossier de la Revue Droit _ Henri LEPAGE, *analyse économique et théorie du droit de propriété* ; C. ATIAS, *Destins du droit de propriété, ouverture*, p.5-15

⁶⁷¹ Sur la notion d'agency, O. MORETEAU, *Droit Anglais des Affaires*. Dalloz précis 1^e édit.2000

⁶⁷² Définition célèbre du pouvoir en droit privé par E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » *Economica*, 1985 p.53

potentiellement dans une situation de conflit d'intérêts⁶⁷³. Car bien que non conceptualisée, toute la réflexion mise en œuvre dans le cadre de la *corporate governance* est fondée sur le postulat tacite d'un conflit d'intérêts potentiel entre la volonté de celui qui agit en qualité de représentant des associés par le truchement de sa qualité de dirigeant et sa volonté privée⁶⁷⁴. Or la conception organique et statutaire de la fonction du dirigeant précédemment étudiée élude complètement cet aspect car le dirigeant social serait l'organe en lui-même de la société entendue comme une entité indépendante délimitée par la notion de personne morale. Les partisans de la *corporate governance* se sont inspirés des analyses de BERLE, MEANS, COASE, GALBRAITH, CHANDLER sur la conception managériale de la firme mais dénoncent cette situation *de facto* où la technocratie a pris le pouvoir : il est anormal que le dirigeant d'entreprise non propriétaire de titres sociaux devienne un chef qui n'a plus de comptes à rendre aux associés. JENSEN et MECKLING ont perçu le risque d'avoir des dirigeants d'entreprises de grandes sociétés cotées libres de leur gestion car affranchis du contrôle induit par la gouvernance capitaliste. Il nous semble donc qu'en plus d'une théorie des droits de propriété, la *corporate governance* fut le point de départ d'analyses visant également à limiter la question de l'intervention de l'Etat dans l'économie. Or il est dommage de confondre ces deux aspects du gouvernement d'entreprise car si le diagnostic sur lequel sont fondées les analyses de la *corporate governance* semble être le bon, en revanche l'aspect normatif peut être contestable et contesté. Les règles relatives au droit des contrats et à leur procédure peuvent être réglées par le législateur et non pas uniquement par l'autorégulation. Néanmoins, les pourfendeurs de la *corporate governance* rejettent parfois en bloc les analyses de la *corporate governance* sans distinguer les analyses issues du droit de propriété et qui, nous le verrons, nous paraissent incontestables dans une démocratie libérale⁶⁷⁵.

⁶⁷³ La théorie du « bénéfice privé » avancée par certains pour démontrer que la gestion d'actifs doit profiter un minimum au gestionnaire sinon il y a un risque de capture par celui-ci V. O. SAULPIC, H. TANGUY, « Les enseignements de la théorie financière pour évaluer le rôle de FIE », in La montée en puissance des fonds d'investissement. Quels enjeux pour les entreprises ? Sous la direction de Dominique PLIHON et J.-P. PONSSARD. Les études de la documentation française.; « La séparation du contrôle de la propriété d'une entreprise offre aux dirigeants la possibilité d'exproprier à leur profit une partie des revenus des actionnaires ». in Rémunération optimale des dirigeants : faut-il interdire les bénéfices privés ? C. AT, N. CHAPPE, PH MORAND, L. THOMAS. Revue d'économie politique 2006/6

⁶⁷⁴ Inhérente à son patrimoine privé qui est en partie ou totalité distinct du patrimoine professionnel dont il a la gestion.

⁶⁷⁵ La *corporate governance* a aussi une autre mission un peu moins explicite mais peut-être aussi importante voire davantage : limiter l'intervention de l'Etat dans l'entreprise privée qui serait une atteinte aux libertés économiques et à la propriété privée. La grande entreprise privée qui ne fonctionnerait pas correctement aboutirait à une intervention étatique pour régler son fonctionnement. Or pour M. FRIEDMAN, JENSEN, MECKLING et consorts : l'économie dirigée présente toujours plus d'inconvénients sur le long terme que le marché libre qui finit par se réguler tout seul. Donc l'enjeu de la *corporate governance*, c'est également l'autorégulation.

« L'idéologie » qui a donné naissance à la *corporate governance* vise donc à rééquilibrer l'articulation du pouvoir dans une société de capitaux qui risque de se produire en raison d'un coût d'agence : le dirigeant professionnel bénéficie d'informations sur les actifs qu'il doit gérer et que l'actionnaire n'est pas en mesure de connaître de lui-même. Donc la *corporate governance* issue de la doctrine anglo-saxonne a pour mission de proposer des procédures (facultatives) pour limiter les abus des dirigeants liés à l'asymétrie d'informations dont ils disposent sur l'entreprise dirigée.

Les années quatre-vingt-dix : confirmation de la vision contractualiste

Les années quatre-vingt-dix voient le retour de la célébration de l'économie de marché⁶⁷⁶, accompagnée de sa technique juridique corrélée, le contrat⁶⁷⁷. L'effondrement de l'URSS au début des années quatre-vingt-dix va accentuer cette idée : le crépuscule du communisme va donner congé à l'idée de planification et à l'idée d'appropriation collective des moyens de production⁶⁷⁸.

Conclusion du Chapitre II

L'économiste Karl POLANYI voit le recul inéluctable du libéralisme économique⁶⁷⁹. Quand son ouvrage le plus fameux est publié en 1944, il y avait un consensus sur la volonté d'encadrer la grande entreprise en France. Les théories institutionnelles et plus généralement personnalistes de l'entreprise privée, de la société-personne morale étaient en quelque sorte la traduction juridique de cette doxa politico-économique. Avec la décennie des années soixante-dix, et le retour du néolibéralisme⁶⁸⁰ va émerger la doctrine de la *corporate governance*, de la théorie contractualiste de l'entreprise⁶⁸¹. Le constat initié par BERLE et

⁶⁷⁶ P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », essai points, 1979, 3^e 1999 préface p. I-II

⁶⁷⁷ Sur la corrélation entre contrat et marché, supra et G. ROUHETTE, introduction de thèse ; La traduction juridique en droit des sociétés du retour du marché se traduit par le retour du prisme contractuel pour analyser les sociétés : Le débat sur la nature de la société. JP BERTREL. ; Alain COURET « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », RS 84 p.243. « La notion de contrat redevient une pièce maîtresse dans l'étude du comportement des sociétés anonymes » ; P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise, Le droit privé Français à la fin du XX^e siècle » Etude offertes à P. CATALA, Litec p.852 et s.

⁶⁷⁸ P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », essai points, 1979, 3^e 1999, p.1 ; M. HENOCHSBERG, La place du marché, essai Denoël p.7, n°1 : « ...la chute du mur a signifié au monde entier, outre le décès de l'utopie communiste, qu'il n'existait plus qu'un seul modèle. Sans vraiment livrer bataille, l'économie de marché règne sur le monde. », p.14, n°4 : « Aussi le libéralisme s'est envolé depuis la chute du mur de BERLIN car il n'a rencontré, en face de lui, que le vide. Il a donc pénétré les esprits sans avoir à lutter ». ; R. GUESNERIE, L'économie de marché, poche édit. Le Pommier, Poche 2013 p.94 ; A. PIROVANO « G. FARJAT, Pour un droit économique » RTD Civ. p.671 : « On constate que certains concepts sont tombés dans la poubelle de l'histoire, comme la planification, ce qui prouve que les concepts de droit économique sont très évolutifs. »

⁶⁷⁹ K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard, 1944, trad. Fr. 1983

⁶⁸⁰ J.-M. DANIEL, Dictionnaire de l'économie, Encyclopædia Universalis Paris 2010, entrée °Libéralisme)

⁶⁸¹ P. DIDIER, La théorie contractualiste de la société. R.S. 2000 p. 95

MEANS puis repris ensuite par de nombreux auteurs part du principe que les managers professionnels ont pris le pouvoir dans la grande entreprise⁶⁸². Mais si ce constat économique est vrai et déjà relevé par MARX, le pouvoir managérial n'est pas un pouvoir *de jure* mais *de facto*. Les économistes ALCHIAN et DEMSETZ expliquent pourquoi la distinction entre l'entrepreneur et le manager est un faux problème⁶⁸³ car le dirigeant social, qui n'est pas « propriétaire » (ou seulement faiblement propriétaire de l'entreprise qu'il dirige), est tenu contractuellement envers ceux qui lui ont transmis le pouvoir de direction et de représentation de l'entreprise.

A cet argument de technique juridique où le pouvoir dans l'entreprise puise sa source in fine dans un patrimoine d'affectation détenu en commun, il faut prendre en compte l'argument du contexte juridico-politique : en cinquante ans, la défiance à l'égard du marché s'est inversée en une défiance à l'égard de l'intérêt général⁶⁸⁴. Et les débats doctrinaux du droit des sociétés s'inscrivent dans des problématiques plus larges qui traversent le politique, l'économique et la philosophie du Droit. L'institutionnalisation du droit des sociétés doit être mise en parallèle avec l'idée d'une organisation directe ou indirecte, par l'Etat, des moyens de production. De même que le retour du prisme micro-économique en droit des sociétés dans la doctrine française par les plumes de MM. DIDIER⁶⁸⁵ ou COURET⁶⁸⁶ est également la conséquence du retour du paradigme du marché. Jacques CHEVALLIER⁶⁸⁷ ou Alain SUPIOT⁶⁸⁸ expliquent cette influence grandissante du marché par l'internationalisation et la globalisation

⁶⁸² O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXIe siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010, p.63 et s.

⁶⁸³ H. LEPAGE. Pourquoi la propriété, Pluriel inédit. p.160 : « Ce qui se passe dans le monde de la propriété industrielle, explique Armen ALCHIAN, n'est pas de nature différente. La dispersion de la propriété reflète simplement le choix des propriétaires « légaux » de déléguer une plus ou moins grande part de l'autorité sur l'allocation des ressources qui leur revient du fait de leur titre de propriété. Il est vrai que cette forme de propriété, parce qu'elle est partagée entre un grand nombre de mains ayant des droits identiques, fait qu'une fois cette autorité déléguée, il vous est beaucoup plus difficile de la retirer. Mais cette forme de propriété atténuée n'est qu'une forme particulière d'arrangement contractuel parmi tout un éventail d'autres possibilités qu'offre le régime de la propriété privée ».

⁶⁸⁴ C. MARCHAND, Economie des interventions de l'Etat, Que-sais-je ? 1re édit. 1999 p.29 : « Derrière les justifications avancées d'intérêt général peut se profiler la protection d'intérêt particuliers, c'est-à-dire des préoccupations de l'utilité ». p.30 : l'auteur précise que dans un pays divisé, par un Etat sans véritable nation, l'intérêt général est une notion vide de sens..

⁶⁸⁵ P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés » études SAYAG, 1997, p. 227 et s.

⁶⁸⁶ A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. RS 1984 p. 243 et s.

⁶⁸⁷ J. CHEVALLIER, L'Etat post-moderne, 3° édit. L.G.D.J. 2008 p.29 : un tiers de la production mondiale en 2008 était assurée par des firmes multinationales V aussi dans le même ouvrage p.123 et s. « l'éclatement de la régulation juridique »

⁶⁸⁸ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige essais débats 2e, 1994-2011 p. XXI : Les droits sociaux (droit à) « n'acquiescent de consistance en effet que relativement à un débiteur déterminé, c'est-à-dire au niveau local ou national, tandis que les droits économiques [droits de] (de propriété, de contracter, etc.) qui s'exercent sur les marchés acquiescent avec la mondialisation une portée universelle. »

des échanges : si la sphère de l'Etat est limitée par essence, avec une souveraineté limitée par des frontières, le contrat et l'échange n'ont pas ces limites territoriales. Et Internet accentue cette « contractualisation » du monde⁶⁸⁹. Le moindre individu connecté peut accéder à une quantité pléthorique de produits, sans intermédiation.

Ronald COASE a obtenu un prix Nobel d'économie (tardivement) à la suite de ses travaux sur l'entreprise. Et son célèbre article sur la théorie de la firme⁶⁹⁰ était construit sur une dichotomie entre organisation et contrat avec la fameuse notion des coûts de transaction⁶⁹¹. COASE s'est posé la question en 1937 de savoir pourquoi l'ensemble des activités ne sont pas coordonnées par le marché et la réponse apportée fut que la coordination par le marché n'est pas gratuite mais qu'elle a un coût : le coût de transaction. Pour résumer la pensée de l'auteur, c'est la notion de coût de transaction qui explique la formation et l'organisation des entreprises⁶⁹². Par exemple, dans certaines occurrences, notamment l'exemple de la personne qui loue sa force de travail, cette personne peut préférer se soumettre à la hiérarchie d'un entrepreneur en signant un contrat de travail plutôt que louer elle-même sa force de travail pour une durée déterminée⁶⁹³, et qui une fois le travail accompli, sera obligée de rechercher à chaque fois un nouvel employeur⁶⁹⁴. Ce phénomène dénommé « internalisation⁶⁹⁵ » expliquerait en partie pourquoi il y a des entreprises. L'analyse de COASE sur les coûts de transaction, qui a donné lieu à un courant dénommé néo-institutionnel en économie, a conforté la vision institutionnelle de l'entreprise privée prônée par des juristes en opposant

⁶⁸⁹ Sur la corrélation entre marché et contrat, V. A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige essais débats 2e, 1994-2011 : p. XXV : « Dire que le contrat est universel ou que le marché est universel, c'est en effet presque dire la même chose. Car sans contrat il n'y a pas de marché concevable, et là où il y a contrat il y a négociation, et donc négoce et marché possibles »

⁶⁹⁰ R. COASE, The Nature of The Firm, 1937, Pdf

⁶⁹¹ R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations ; S. FERREY, Encyclopaedia Universalis La nature de la firme, fiche de lecture R. COASE, S <https://www.universalis.fr/encyclopedie/la-nature-de-la-firme/>

⁶⁹² R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations, introduction ; G. CHARREAUX, Encyclopaedia Universalis ENTREPRISE Théories et représentations, <https://www.universalis.fr/encyclopedie/entreprise-theories-et-representations/>

⁶⁹³ R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations, p.10 : « Pourquoi l'entreprise émerge finalement dans une économie d'échanges spécialisés. La principale raison qui rend plus avantageuse la création d'une entreprise paraît qu'il existe un coût d'utilisation du mécanisme des prix ».

⁶⁹⁴ Le salarié offre son travail à un prix fixé forfaitairement à un entrepreneur, qui se charge de coordonner le travail : l'internalisation réduit les coûts de transaction (i.e. les coûts à la recherche d'un contrat afin de louer sa force de travail) et transfère à l'entrepreneur la coordination des ressources et des activités productives : R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations, p.54 : « Au sein de l'entreprise, ces transactions de marché sont éliminées et l'on substitue à la structure compliquée du marché et de ses transactions d'échange, l'entrepreneur coordinateur qui dirige la production. »

⁶⁹⁵ L'internalisation est le fait que l'entreprise exécute elle-même une prestation au lieu de faire appel au marché pour la faire exécuter et s'explique par la notion de coût de transaction G. CHARREAUX Encyclopaedia Universalis ENTREPRISE Théories et représentations, <https://www.universalis.fr/encyclopedie/entreprise-theories-et-representations/>

le pouvoir hiérarchique au contrat. Or l'analyse micro-juridique n'oppose plus le contrat à la hiérarchie présente dans l'entreprise privée car cette hiérarchie, ce pouvoir privé sont issus d'un contrat mais non pas de contrats-échange mais de contrats qui ont vocation à durer, de contrats- organisation⁶⁹⁶.

Aujourd'hui, la doctrine juridique qui fut jadis influencée par l'opposition entre marché et organisation, est parfois consciente que l'organisation ne s'oppose pas au phénomène contractuel. La théorie institutionnelle a servi à expliquer le phénomène d'organisation en éludant la notion de contrat. Aujourd'hui, la structuration d'une organisation de production (entreprise privée) n'est pas antinomique avec la notion de contrat. Le contrat ne doit pas être réduit au contrat-échange ou permutation⁶⁹⁷. Car le contrat-échange est une forme de contrat mais il n'est pas le contrat type universel⁶⁹⁸. La structuration d'une organisation privée relève du phénomène contractuel mais de contrats destinés à durer contrairement au contrat - échange, qui est le contrat de l'instant et parfois de l'éphémère⁶⁹⁹. L'opposition entre marché et organisation et donc entre contrat et organisation a été infirmée par la suite car il est erroné de réduire le marché aux transactions réalisées par des contrats- échanges⁷⁰⁰. L'analyse économique a conforté l'analyse juridique dans une vision hiérarchique et verticale des entreprises privées. Pourtant, l'erreur de cette vision est qu'elle est inexacte dans une économie de marché car les membres de d'une entreprise privée sont toujours libres de la quitter. La hiérarchie de l'entreprise à laquelle s'assujettit le salarié est une hiérarchie à laquelle il a consenti. Si l'école économique développée par COASE puis poursuivie par WILLIAMSON permet de comprendre le phénomène des organisations ou des institutions, « la naissance et même le fonctionnement de ces institutions sont fondés sur des accords de volontés, contrats de société, pactes d'actionnaires, voire contrats de travail ⁷⁰¹». Le phénomène contractuel n'est pas alternatif de l'organisation, de « l'institution » et même

⁶⁹⁶ V. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, p.689 et s.

⁶⁹⁷ S. LEQUETTE, « Le contrat-coopération », *Economica Recherches juridiques* 2012, préface C. BRENNER, p.23 et s., n°16 et s.

⁶⁹⁸ J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle* vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100 v. p.94 et s., n°20 et s.

⁶⁹⁹ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005

⁷⁰⁰ Par exemple, un salarié qui reste toujours dans la même entreprise fait partie du marché du travail bien que son travail soit toujours loué au même employeur.

⁷⁰¹ J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle* vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100p.94, n°19

dans les contrats-échanges qui relèvent du pur marché, on peut observer la mise en place de contrats relationnels qui s'étalent sur la durée⁷⁰².

Conclusion du Titre I

La nature de l'entreprise privée est étroitement liée à un certain libéralisme économique et politique qui découle de la propriété privée individuelle. Cette nature est indissociable de la nature du régime économique et politique de l'ordre juridique. Le phénomène de professionnalisation de la direction des sociétés et l'émergence d'une représentation d'autrui, voire de la représentation des intérêts d'autrui par le biais de dirigeants sociaux qui ne sont pas ou peu propriétaires de titres sociaux de la société dirigée, n'a pas changé la nature de la grande entreprise, il s'agit simplement d'un échelon contractuel supplémentaire lié à une division accrue du travail. Sauf intervention directe de l'Etat par le biais de nationalisation par exemple, il y a un lien pour ne pas dire une corrélation entre la nature de l'économie et la nature des entreprises : une économie de marché produit des entreprises privées qui appartiennent à leurs entrepreneurs, que cet entrepreneur soit une simple personne ou un groupement de personnes souvent réunies par le biais d'un contrat de société⁷⁰³. Car l'entrepreneur ou un groupement d'entrepreneurs (même le petit actionnaire dispose d'une quote-part de prérogatives politiques s'il a des actions avec droit de vote) ont toujours la faculté de choisir à qui ils peuvent confier la gestion et la direction de l'entreprise, s'ils ne le font pas eux-mêmes. Ce pouvoir de droit privé fait apparaître une certaine unilatéralité dans une matière plus habituée à la bilatéralité. La critique que faisait Henri MAZEAUD à l'égard de la doctrine civiliste et sa croyance que tout allait devenir « droit public » pourrait être

⁷⁰² J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100p.94, n°20 ; °Le contrat°, Jacques GHESTIN in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF ; Gérard FARJAT, Pour un droit économique. Puf 2004 ; les voies du droit, p.93-94 ; C. BOISMAIN, Les contrats relationnels, préf. M. FABRE-MAGNAN

⁷⁰³ M. ROBE, M. SUPIOT qualifient cette position d'idéologique qui serait issue des positions de M. FRIEDMANN avec son fameux article de 1970 dans le New-York Times. Selon nous, c'est la position inverse qui est contraire aux principes matriciels de notre droit : le marché n'est pas seulement un construit, il est également un fait sociologique. Si la puissance publique peut contribuer à le développer et l'encourager, personne ne peut prédire des volontés libres de consommation. A partir du moment où l'ordre juridique autorise et encadre la liberté de produire et de consommer en autorisant une propriété libre de certains biens : la machine contractuelle (le marché pour les économistes) se met en marche. Or la production (entreprise privée) n'est pas le fruit du hasard mais d'une volonté de générer un profit : or cette volonté est celle des entrepreneurs ; juridiquement le salarié accepte de louer sa force de travail contre rémunération (: T. REVET, La force de travail, étude juridique, préf. F ; ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise.) Il n'est pas propriétaire des biens et services produits par l'entreprise dans laquelle il travaille ; le créancier prête de l'argent contre rémunération, il n'est pas propriétaire non plus de l'entreprise. La personnalité morale ne peut jamais être une véritable propriété, elle déguise toujours une propriété collective. CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil », RTD civ., 1966, p. 191. Cité par V. FRAISSINIER, « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL p.48, n°50« Il ne faut pas oublier non plus que « derrière la façade de la personnalité morale se cache la masse des associés » »

transposée en droit des sociétés⁷⁰⁴. La critique de la révocation *ad nutum* est liée à ce constat : ce sont toujours les apporteurs de capitaux qui sont les maîtres de la société. Dans les années quatre-vingt, on a assisté à une véritable flambée des rémunérations des dirigeants de sociétés anonymes. Certains l'expliquent à cause du courant « néo-libéral », de la *corporate governance*. Et il est exact que ces courants ont souvent prôné le fait qu'il faille aligner la rémunération des dirigeants sur l'intérêt des dirigeants et multiplier les rémunérations variables et en capital. Néanmoins nous pouvons déplorer le manque d'analyses économiques vraiment approfondies sur la question. Il est intéressant de remarquer que l'inflation de la rémunération a précédé les réformes législatives des années 2000 inspirées, paraît-il par le gouvernement d'entreprise. Ce point est remarquable car des auteurs expliquent que la flambée des rémunérations des dirigeants est due à l'idéologie du gouvernement d'entreprise. Mais comment expliquer alors que cette flambée ait eu lieu alors que le droit positif ne fut pas encore modifié ? En réalité, nous allons voir désormais que si la pratique s'est contractualisée, le droit positif de la rémunération des dirigeants de certaines sociétés (principalement la société anonyme) s'est maintenu dans l'illusion du paradigme institutionnel qui aboutit paradoxalement à un anti-contrôle de la rémunération car la relation contractuelle entre le dirigeant et l'entreprise dirigée n'est pas perçue comme étant un contrat. Comment contrôler un pouvoir de fixation prétendu unilatéral alors que le droit privé est fondé sur la bilatéralité et le consentement et ne connaît pas, contrairement au droit public, l'exorbitance de l'une des parties ?

La vision institutionnelle est moins une technique juridique qu'une vision politique de l'entreprise. Une sorte d'hypostase où l'entreprise devient une réalité technique, sociologique avec une prétendue existence distincte de l'existence de ses membres. Les analyses personnalistes, dont la théorie institutionnelle, ne sont pas neutres axiologiquement, elles sont sous-tendues par une certaine « philosophie » qui relève de la politique juridique. B. OPPETIT avait constaté que la prétendue indépendance absolue de la personnalité morale par rapport à ses membres associés était un leurre.

Transition. Aujourd'hui encore, la rémunération semble avoir une double nature car en amont le droit des sociétés demeure construit sur ce double paradigme, un droit positif de la grande entreprise (qui se matérialise essentiellement par le prisme de la société anonyme qui apparaît toujours comme « institutionnel » alors que la pratique est largement construite sur le paradigme contractuel).

⁷⁰⁴ Supra

Titre II L'existence d'une dualité pratique de qualification de la rémunération

L'institution, une référence toujours invoquée par la doctrine

Malgré les critiques récurrentes sur le caractère flou, fuyant⁷⁰⁵ de l'analyse institutionnelle, en 2018 encore, une grande partie des auteurs fait toujours référence à la notion d'institution pour expliquer ou justifier certains effets juridiques concernant notamment la société anonyme et la société à responsabilité limitée. Nous avons vu précédemment l'histoire de l'idée de l'analyse institutionnelle et sa corrélation avec le contexte économique et politique de l'époque.

Néanmoins il convient de remarquer que lorsqu'aujourd'hui, on invoque l'analyse institutionnelle pour qualifier le statut de certains dirigeants ou certains aspects juridiques du fonctionnement d'une forme sociale donnée, c'est pour opposer cette analyse institutionnelle à la volonté (privée) des associés. L'adjectif institutionnel a pris un sens spécifique en droit des sociétés où il désignerait l'ordre public. Selon certains auteurs, « *la détermination des pouvoirs dévolus aux dirigeants de sociétés anonymes procède classiquement de deux sources complémentaires : la loi et le contrat*⁷⁰⁶. ». Les prérogatives des dirigeants de sociétés ou organes, découleraient en partie de la loi. Les organes auraient des pouvoirs propres délégués par la loi (donc par l'Etat) et par conséquent la rémunération fixée par l'organe va déterminer unilatéralement la rémunération du dirigeant social. Un peu comme un fonctionnaire régi par

⁷⁰⁵ Le constat du caractère fuyant et imprécis de la notion d'institution était déjà perçu par un institutionnaliste G. RENARD, « La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique. » SIREY 1930 p.224 « J'avoue donc qu'il y a quelque chose de fuyant dans la théorie institutionnelle. Son extrême plasticité est décevante pour nos esprits latins ou latinisés. ». V. aussi J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », Mélanges SAYAG, 1997, p. 131 et s.: « ...la notion d'institution reste très imprécise et n'a jamais déterminé l'application d'un régime spécifique.. » Voir M. JEANTIN, Droit des sociétés, 3^e édit. P. où l'auteur exprime son doute sur la véritable précision de la théorie institutionnelle. V. aussi M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés 31^e édit., LexisNexis, 2018 p.3 n°10

⁷⁰⁶ La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Y. CHAPUT et Aristide LEVI. Lexis Nexis. p.204, n°309

le statut de la fonction publique de 1983, le dirigeant social serait dans une situation analogue⁷⁰⁷.

Des prétendus degrés d'institutionnalité : la qualification d'institution de la rémunération, un impensé doctrinal

Si on devait résumer la pensée de nombreux auteurs sur la qualification institutionnelle de la rémunération, il y aurait selon eux des degrés d'institutionnalité en fonction de la forme sociale choisie par les entrepreneurs⁷⁰⁸. Or nous ne sommes pas d'accord avec cette vision qui amalgame le fait que le législateur impose une procédure, c'est-à-dire réglemente le contenu d'une relation juridique conventionnelle avec l'initiative même de cette relation juridique. L'initiative de choisir le dirigeant, de fixer sa rémunération relève toujours d'une liberté des opérateurs privés et non de la volonté de l'Etat dans l'entreprise privée ; autrement dit, le droit des sociétés relève et a toujours relevé en France de l'initiative privée⁷⁰⁹. La vision institutionnelle de la rémunération découle en vérité du refus de voir que l'origine des prérogatives des mandataires sociaux est conventionnelle et non légale⁷¹⁰. C'est l'initiative privée qui est encore et toujours prépondérante dans l'organisation des entreprises privées et le droit des sociétés est une branche du droit qui organise l'entreprise privée⁷¹¹. Or la relation dirigeant-associés est au cœur de l'organisation de l'entreprise. La rémunération des

⁷⁰⁷ Supra Section précédente

⁷⁰⁸ T. FAVARIO, Regards civilistes sur le contrat de société, Revue des sociétés 2008 p. 53, n°17 ...: « Il signifie en effet que le caractère contractuel ou institutionnel s'apprécie pour chaque type de société en ayant principalement égard au caractère impératif ou non des règles organisant son fonctionnement. L'importance d'un corpus de règles impératives varie ainsi selon les formes sociales, en fonction, notamment, de la personnification ou non de la société et du caractère limité ou non de la responsabilité pécuniaire des associés

⁷⁰⁹ Lorsque l'on envisage « l'initiative privée » comme cause efficiente du lien juridique, il faut en réalité, dans un contrat, distinguer deux facultés pour l'intervention de la volonté : celle de l'initiative ou non de l'acte et celle de la négociabilité ou non du contenu du contrat. Une partie peut avoir une prérogative de fixer unilatéralement le contenu du contrat ; la puissance publique peut également imposer certains contenus. G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ n° 253. p.53, n°44 :« En effet le rôle de la volonté en matière d'actes juridiques est double, et correspond à l'expression de deux libertés qui ne sont pas identiques : la liberté de conclure ou non l'acte, qu'implique nécessairement le concept de droit subjectif, et qui seule intéresse la technique juridique ; et la liberté dans l'acte, liberté de déterminer les effets de l'acte, dont la mesure est fonction de choix politiques juridiques plus ou moins libéraux...Ainsi, lorsque l'acte est de nature contractuelle, la réalisation de ses effets, la production d'obligations, suppose nécessairement à la base un accord de volontés »

⁷¹⁰ [Infra](#)

⁷¹¹ Certains pourraient qualifier cette assertion d'idéologique mais en réalité, il s'agit d'un constat qui découle de la nature de l'entreprise privée. La nature d'une entreprise privée découle en réalité de grands principes juridiques comme la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle. Ce sont ces libertés fondamentales, qui dérivent elles-mêmes de la constitutionnalisation de certains principes matriciels qui vont imprimer la véritable nature à l'entreprise privée : les apporteurs de capitaux sont les véritables « ayants droit économiques » de l'entreprise car celle-ci est fondée sur la propriété privée et le contrat. . Y. CHAPUT, « La constitutionnalité et l'économie de marché » in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> V. aussi l'intervention de N. MOLFEISSIS, « Le contrat » dans la même source.

dirigeants, bien que fixée parfois par des procédures imposées par le législateur, n'est pas la conséquence de la décision unilatérale de la puissance publique ni d'un organe social qui aurait une compétence déléguée par la loi. Même s'il est indéniable que pour la fixation de la rémunération des dirigeants de SA ou de SARL, il existe une procédure encadrée par le droit objectif à laquelle on ne peut pas déroger, les auteurs spécialistes du contrat rappellent que l'essence d'une relation contractuelle est l'accord de volontés et non le fait que certaines stipulations du contrat soient organisées par la puissance publique ou l'autre partie⁷¹². Il faut donc distinguer deux phases de la volonté dans le processus contractuel : la volonté d'être engagé ou non par l'acte juridique, cette volonté est la liberté fondamentale de s'engager dans l'acte juridique et se manifeste par l'émission d'un consentement⁷¹³ et la volonté de déterminer le contenu de l'acte qui est plus ou moins libre suivant le choix de la puissance publique d'encadrer ou non l'acte juridique en question⁷¹⁴ : le contrat a donc pour essence « *la création d'une règle par un accord de volontés*⁷¹⁵ ». ». Pour des raisons qui tiennent à l'histoire ainsi qu'à la complexité d'analyser la nature d'une société-personne morale, la relation juridique entre le mandataire social et la masse des associés personnifiée n'a pas été perçue et n'est toujours pas perçue, dans certaines occurrences, comme étant une relation contractuelle. On est en présence d'une forme d'impensé doctrinal. Impensé car le droit des sociétés d'aujourd'hui fait coexister différentes visions, différents paradigmes et il n'est pas encore affranchi d'un certain anthropomorphisme où l'entreprise, la société, la personne morale seraient des entités distinctes et autonomes des membres. Il faut donc admettre en analysant les règles juridiques inhérentes à la rémunération qu'elles ne sont pas toutes fondées sur le même parangon.

Annnonce du plan

⁷¹² J. GHESTIN, Dictionnaire de la culture juridique, entrée, °contrat°, Lamy, Puf Quadrige 1er édit.2003, reprint 2007

⁷¹³ M.-A. FRISON-ROCHE, Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 573 s. n°10 : Il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé, faute de quoi un vice du consentement est constitué. Le contrat résulte de cette dialectique entre le subjectif de la volonté et l'objectif du consentement. Le consentement est un objet que l'on donne et qui circule tandis qu'on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu'elle produise d'autres consentements

⁷¹⁴ G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997 n° 253, p.53, n°44 : « Le rôle de la volonté en matière d'acte juridique est double, et correspond à l'expression de deux libertés qui ne sont pas identiques : la liberté de conclure ou non l'acte, qu'implique nécessairement le concept de droit subjectif, et qui seul intéresse la technique juridique ; et la liberté dans l'acte, liberté de déterminer les effets de l'acte, dont la mesure est fonction de choix de politique juridique plus ou moins libéraux »

⁷¹⁵ J. GHESTIN, °le contrat° in Dictionnaire de la culture juridique. op.cit.

Pour l'instant, on peut mettre en exergue qu'il existe des formes sociales où la rémunération est susceptible d'être qualifiée comme étant institutionnelle et des formes sociales où les rémunérations sont contractuelles. Ce phénomène s'explique sûrement par le fait que le corpus législatif du droit des sociétés a été bâti sur deux paradigmes distincts, un libéral (théorie contractualiste de la société) qui a été éclipsé pendant quarante ans entre 1930 et 1970 par le paradigme institutionnel (vision planiste du droit des sociétés où la personnalité morale devient la notion cardinale de la matière) avant d'être contesté sévèrement notamment par les dernières réformes législatives dont celles concernant le statut des dirigeants. On constate qu'il existe deux familles de formes sociales : celles où la rémunération est susceptible d'être qualifiée d'institutionnelle du fait de la présence de procédures encadrant le processus détermination de la rémunération (Chapitre I) et les autres entités où la loi ne vise pas le phénomène. Dans ce dernier cas, la rémunération est considérée comme étant contractuelle (Chapitre II).

Chapitre I Les formes sociales où la rémunération est susceptible d'être qualifiée d'institutionnelle

En réalité, l'analyse institutionnelle de la rémunération concerne principalement deux formes sociales (la SA et la SARL⁷¹⁶). Ce sont deux formes sociales commerciales qui ont des caractéristiques communes. Si la société anonyme est une société de capitaux, la SARL n'est plus seulement une société hybride entre une société de capitaux et une société de personnes, comme cela a pu être écrit à un moment donné⁷¹⁷, elle s'est considérablement rapprochée d'une société de capitaux⁷¹⁸. Car elle partage des traits communs avec la société de capitaux dont l'obligation limitée aux dettes sociales et une contribution aux pertes limitée aux apports⁷¹⁹. Or Jean HILAIRE expliquait que le développement des sociétés de capitaux avait provoqué l'effacement du caractère contractuel par rapport aux sociétés de personnes⁷²⁰ et ces sociétés de capitaux « tendaient à devenir des institutions⁷²¹ ». D'autres auteurs écrivaient que les réformes successives de la SARL avaient accentué « son aspect institutionnel croissant ». Qu'en est-il de l'aspect institutionnel de ces sociétés visé par ces auteurs ? Il s'agit principalement de la relation dirigeant-associé dont les prérogatives comme la rémunération ont été encadrées par la loi. Or s'il est indéniable qu'il existe des règles impératives qui encadrent la procédure de fixation de la rémunération, ces règles ne sont pas antinomiques d'une nature contractuelle de la rémunération. Mais l'influence de nombreux courants hostiles au prisme contractuel, comme la théorie de l'organe par exemple⁷²², a été longtemps

⁷¹⁶ Voire trois, si l'on considère que la procédure de fixation de la rémunération des dirigeants de SAS est devenue institutionnelle, comme l'avancent certains, depuis un arrêt récent de la Cour de cassation.

⁷¹⁷ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 2ème Partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée ». 3^e édition Montchrestien 1982 p.1076 et s., n°854-1 et s.

⁷¹⁸ M. JEANTIN, Droit des sociétés, Domat, Montchrestien 3e édition 1994, p.311 et s., n°600 et s.

⁷¹⁹ Les « associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports »

⁷²⁰ J. HILAIRE, Introduction historique au droit commercial PUF 1986, p.166

⁷²¹ J. HILAIRE, introduction historique au droit commercial. PUF 1986, p.166

⁷²² P. COULOMBEL, Le Particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, préf. M. Paul DURAND, Nancy 1950 p.312 : L'auteur se penche pour la théorie de l'organe, p.314 : « En résumé, par son aspect institutionnel, par sa négation implicite des concepts contractuels, la théorie de l'organe apparaît comme favorable à la stabilité interne des « corps » que sont les personnes morales, dont le fonctionnement est soustrait en partie aux volontés arbitraires et aux révocations ad nutum ».

prégnante en droit des sociétés. Et le droit des sociétés anonymes et dans une moindre mesure le droit de la SARL portent toujours aujourd'hui les stigmates d'une vision institutionnaliste et organiciste pour expliquer la relation dirigeant- ensemble des associés. Il y a donc aujourd'hui à un droit positif avec une triple couche de sédentarisation : d'abord un droit des sociétés construit sur un prisme contractuel, puis le phénomène d'institutionnalisation et enfin les réformes les plus récentes qui sont de nouveau construites sur un prisme contractuel.

Annonce du plan

Nous allons donc nous intéresser préalablement à la conception de la rémunération dans la société anonyme (§1) avant d'étudier la nature de la rémunération dans la SARL (§2).

Section I La qualification institutionnelle de la rémunération dans la société anonyme

Nous allons évoquer la procédure de détermination de la rémunération et comment cette procédure a été qualifiée par la doctrine et le droit positif.

Retournement de situation : de l'institution au contrat ?

Comme nous l'avons vu précédemment, la montée de la règle impérative en droit des sociétés a été analysée comme un changement de paradigme. A rebours de la théorie de MAINE, il y aurait eu un passage « du contrat à l'institution » en droit des sociétés⁷²³. La théorie institutionnelle de la société, la doctrine de l'entreprise, la théorie de l'organe, la théorie de la personnalité morale comme réalité technique ne sont que des ramifications d'une souche commune : une vision personnaliste de l'entreprise ou de la société qui considère l'entreprise, la production au sens économique⁷²⁴, comme étant une abstraction/ une entité totalement indépendante de la volonté des propriétaires de capitaux, c'est-à-dire de la volonté de ceux qui sont propriétaires des facteurs de production. La source du pouvoir au sein de ces entreprises/ sociétés personnes morales ne dérive plus de la volonté des associés (propriété des capitaux et contrat), mais de la loi⁷²⁵. C'est la loi (celle de l'Etat) qui fixerait l'organisation

⁷²³ G. ROUHETTE, "le contrat" in Encyclopædia Universalis « Plus généralement, on a contemplé la société à travers le prisme du contrat. Dans une perspective évolutionniste, on a reçu comme axiome la loi de Maine (du nom de l'historien, juriste et sociologue anglais qui l'avait formulée) : from status to contract, du statut au contrat ; ce qui signifie que les sociétés cheminent (progressent) d'un état social où les rapports entre hommes découlent objectivement, légalement, du seul fait de la position relative des membres du groupe au sein de ce dernier, à un état où ces rapports naissent de la volonté libre des hommes » ; J.-F. KERVEGAN, « From Status To Contract » ? in « Repenser le contrat », sous la direction de Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, Dalloz, méthode du droit p.93 et s. spé. P.94 : Avec le contrat l'individu devient au centre de la construction du droit alors que dans l'ancien droit, l'individu est tributaire de ce que permet son statut. A. TESTART, « Ancient law, »

⁷²⁴ Pour une définition de la production. V. R. ARON, Dix-huit leçons sur la société industrielle, folio essais, p.103 : « La production, c'est-à-dire l'effort ou le travail pour recueillir les fruits de la terre ou pour transformer les matières premières, existe depuis que l'homme a quitté le paradis terrestre ». V. aussi définition de la "production" in Lexique d'économie, Dalloz, 11e édit : « Activité économique socialement organisée consistant en l'obtention de biens et de services destinés à la satisfaction directe ou indirecte des besoins par la transformation de biens intermédiaires en combinant du travail et du capital [...] »

⁷²⁵ G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT. In Mélanges OPPETIT, pp.689-697, n°15 « Ces bouleversements sapent ainsi les bases des conceptions dominantes que sont la théorie de la réalité technique fondée sur la considération d'un intérêt collectif et celle de l'institution qui, envisageant

de la société et par conséquent peut-être même l'organisation de l'entreprise. La société anonyme fut la forme sociale la plus marquée par ce phénomène de réglementation légale de son organisation⁷²⁶. La loi de 1966 semble avoir entériné cette vision d'une société anonyme plus organisée par la loi que le contrat⁷²⁷. Par déduction, si la structure sociale de la société anonyme est qualifiée d'institutionnelle, les décisions prises par les « organes » seraient aussi des décisions institutionnelles dont notamment celles qui concernent la fixation de la rémunération. Comme on l'a vu précédemment, toute cette vision est en réalité bâtie sur un postulat contestable : dans une entreprise privée, l'origine du pouvoir au sein de la société serait moins le fruit d'un accord/décision issu de la propriété privée, que le respect d'une procédure légale. Le dirigeant tiendrait son pouvoir de la loi et non de la propriété privée et d'un contrat, c'est-à-dire non pas d'un acte juridique de droit privé mais d'une unilatéralité proche du droit public⁷²⁸. Le dirigeant social aurait des pouvoirs propres dont la cause efficiente serait la loi.

Malgré notre désaccord qui porte en réalité en amont sur la nature « nécessaire » de l'entreprise privée dans une économie de marché, force est de constater que cette vision institutionnelle est largement utilisée par la doctrine, les praticiens du droit et la jurisprudence.

Mandataires sociaux exécutifs et mandataires sociaux non exécutifs

La société anonyme a également cette particularité d'être bâtie sur un double degré de représentation et délégation du pouvoir⁷²⁹, contrairement à d'autres formes sociales : dans une SA, il y a médiation du pouvoir entre l'assemblée générale et les dirigeants exécutifs par le biais des conseils (d'administration ou de surveillance/directoire)⁷³⁰. Le dirigeant dit exécutif ne tient pas son pouvoir directement de l'assemblée générale des associés mais

la personne morale comme un être transcendant la personne de ses membres, ne laissent guère admettre qu'elle demeure toujours sous la dépendance de leur volonté. »

⁷²⁶ « Le XXème siècle est dominé par l'émergence de l'ordre public dans le droit des sociétés et, notamment dans celui de la société anonyme. Celle-ci a, en conséquence ; basculé vers une conception fortement institutionnelle, qui a inspiré la loi du 24 juillet 1966. La société y est considérée comme une institution porteuse d'un « intérêt social » distinct de celui de ses membres » ; M.-Ch. MONSALLIER « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la S.A. », LGDJ Bibliothèque de droit de l'entreprise n° 303. p.3, n°5

⁷²⁷ Fl. DEBOISSY, Le contrat de société in Rapport français. p.121, n°5 :« La loi du 24 juillet 1966 contribua largement à cristalliser cette analyse [analyse institutionnelle] : le développement de règles impératives, spécialement en vue de protéger les associés et les tiers, sans compter la multiplication des incriminations pénales, acheva de convaincre la doctrine que la société ne pouvait être réduite à un simple contrat ».

⁷²⁸ Cl. CHAMPAUD, Droit administratif et droit des affaires AJDA 1995, p.82 « L'analyse publiciste de la nature et des sources du pouvoir sociétaire »

⁷²⁹ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.227, n°268 et p.480 et s., n°603 et s.

⁷³⁰ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.227, n°268 et s.

indirectement par le biais du conseil d'administration ou de surveillance dont les membres sont choisis par l'assemblée générale des associés. Dans les sociétés anonymes, on distingue donc les mandataires sociaux exécutifs des mandataires sociaux non exécutifs. Même si cela est controversé⁷³¹, nous maintenons que les membres des conseils font bien partie de la catégorie des dirigeants sociaux bien qu'ils soient des dirigeants non exécutifs⁷³². D'ailleurs, la commission européenne a retenu cette acception large de la notion de dirigeants lors de ses différentes communications concernant les sociétés cotées. Pour elle, est administrateur d'une société, « toute personne membre des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une société cotée⁷³³ ». De surcroît, en droit des procédures collectives, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré les administrateurs comme étant des dirigeants dans une affaire concernant la responsabilité des dirigeants d'une société mise en liquidation judiciaire⁷³⁴.

Néanmoins, il convient de présenter cette prétendue vision institutionnelle de la rémunération en distinguant les mandataires sociaux dits exécutifs des mandataires sociaux non exécutifs⁷³⁵, car les rémunérations versées aux membres des conseils (administration ou

⁷³¹ V. A.CHARVERIAT, Attribution d'une retraite à un dirigeant, RJDA, 6/1992, p.439. où il est précisé que « la chancellerie a estimé que la notion de dirigeant ne doit pas s'étendre aux membres du Conseil de surveillance ., car cet organe n'est investi d'aucune fonction de direction, mais exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire » (Rép. Min. Justice : J.O. déb. Sénat, 19 avril 1990, p. 876 ; JCP E 1990, II, 15838, n°8, obs. A VIANDIER JJ CAUSSAIN ; V. aussi Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales. 13^e édit. DALLOZ. P.540, §451. L'auteur affirme que les membres du conseil de surveillance ne sont pas des dirigeants et que cette analyse est confirmée par la jurisprudence : Com. 12 juill.2005 n°03-14.045, D.2005, p.2071. La détermination de la qualité de dirigeant est utile pour engager la responsabilité des dirigeants en cas de fautes de de ces dernier qui ont contribué à la difficulté de l'entreprise gérée. Il nous semble que l'acception du mot dirigeant dans cet arrêt du 12 juillet 2005 doit être comprise comme étant le dirigeant exécutif par opposition aux mandataires sociaux non exécutifs que sont les membres du conseil de surveillance. Cet arrêt fut rendu dans une circonstance propre à la discipline des entreprises en difficulté.

⁷³² Supra introduction

⁷³³ Recommandation de la Commission du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées. Journal officiel de l'U.E. 15.5.2009 V. aussi La COB (désormais AMF) avait également retenu cette conception large de la notion de dirigeant : Bull. COB n°367, avril 2002, p.63 ; RD bancaire et financier 2002, comm. n°166, obs. H. LE NABASQUE. ; V. aussi V. . J-P. CASIMIR, M. GERMAIN, Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social. Groupe Revue fiduciaire. P.25, Les auteurs font également le choix d'une définition large du terme de dirigeant, V. aussi Th. GAUTHIER, Les dirigeants et les groupes de sociétés, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec. 2000 : l'auteur retient une conception large de la notion de dirigeant en y incluant les membres du conseil de surveillance. Il justifie cela par le caractère permanent de leurs actions et le caractère actif de leur fonction. / Contra J.M. MOULIN, « La rémunération des dirigeants sociaux – Aspects de droit des sociétés » in Dossier la rémunération des dirigeants sociaux, Actes pratiques et stratégie patrimoniale Jan.mars 2014, lexis nexis, p.7 n°2

⁷³⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, lexis Nexis, 27e, p.302, n°551 ; Cass. com. 31 mai 2011, n°09-13975 : Act. proc. coll. 201, comm.2007, obs. J.-Ch. PAGNUCCO ; B. SAINTOURENS, JCP E 2011, n°1655, A. COURET et B. DONDERO, RS 2011, p.521

⁷³⁵ Cela correspond à la distinction anglaise entre Non Executive Directors (NED's) et Executive Directors (ED's)⁷³⁵, La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI. Lexis Nexis, p.198 La direction des sociétés anonymes en Europe.

surveillance) sont d'une part encadrées et limitées par la loi et d'autre part, en pratique, les rétributions allouées ne posent pas de difficulté étant donné que les sommes allouées sont bien plus faibles comparées aux rémunérations que peuvent obtenir les mandataires sociaux exécutifs.

Les simples membres de conseil (Conseil d'administration ou Conseil de surveillance) sont des *Non Executives Directors* alors que le Président du Conseil qui assume ou non la direction générale ainsi que les membres du directoire et les Directeurs Généraux Délégués sont des *Executives Directors*. Cette distinction entre différents types de mandataires sociaux est propre à la société anonyme et est historique ; initialement les membres des conseils étaient forcément des « représentants du capital⁷³⁶ » et les dirigeants exécutifs, apparus bien plus tardivement vers la moitié du dix-neuvième siècle, étaient des travailleurs. Aujourd'hui, même si un membre de conseil (d'administration ou de surveillance) n'est pas forcément un associé, l'influence de l'histoire demeure notamment sur la question de la rémunération. Il convient donc de distinguer entre mandataires sociaux non exécutifs (§1) et mandataires sociaux exécutifs.

§1. La qualification de la rémunération des membres de conseil (mandataires sociaux non exécutifs)

Origine du « jeton de présence »

La pratique du jeton de présence existait sous l'Ancien régime⁷³⁷ et il était parfois versé en nature⁷³⁸. L'article 31 du code de commerce de 1807 disposait que la société anonyme « est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou

Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI, LexisNexis 2008, O. MORETEAU, Droit Anglais des Affaires. Dalloz précis 1^e édit.2000, p.143 et s.

⁷³⁶ Sur le lien entre qualité d'associé et membre du conseil, V. P. DIDIER Droit commercial Tome 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés. 3e édition. p. 267

⁷³⁷ A. LEFEBVRE-TEILLARD, La société anonyme au XIX^e siècle, 1^{ère} édit. 1985, p.287

⁷³⁸ H. LEVY-BRUHL, Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles, édition Domat-Montchrestien. 1938, p.201 : L'assistance à celles-ci peut être rémunérée par un jeton de présence : L'auteur prend différents exemples, dans la compagnie générale des assurances, il est distribué deux jetons d'argent du prix de 20 sols pièces. Dans la société Peltier-Holker, un droit de présence de 3 livres par personne est attribué aux administrateurs. Dans la société des mines de CHASTELLUX, deux livres de bougie. Il s'agit donc d'un jeton de présence en nature.

gratuits »⁷³⁹. La gratuité évoquée par le Code de commerce ne doit pas induire en erreur : le terme gratuit s'oppose à fixe, en ce sens que les administrateurs ne sont pas rémunérés par un salaire annuel fixe comme pouvait déjà l'être le directeur, c'est-à-dire un dirigeant exécutif en charge de la gestion quotidienne de la société, contrairement aux administrateurs qui se réunissaient périodiquement⁷⁴⁰. Au cours du XIX^e siècle, la pratique du jeton de présence se répandit même dans les sociétés où les fonctions d'administrateur étaient gratuites⁷⁴¹ car il n'était pas forcément perçu comme une rémunération mais peut-être comme une sorte d'indemnisation ou de remboursement de frais pour assister physiquement aux réunions du conseil d'administration⁷⁴². Selon la mentalité de l'époque, l'idée est que l'administration et la surveillance de la société sont inhérentes à la qualité d'associé⁷⁴³, et l'administrateur fait souvent partie des associés les plus importants⁷⁴⁴. Son jeton de présence n'est pas perçu comme une véritable rémunération. En revanche, si l'administrateur accomplit une tâche spécifique, il pourra percevoir un vrai salaire et deviendra mandataire du conseil (administrateur délégué⁷⁴⁵ par exemple). Dans les grandes entreprises au cours du XIX^e siècle, commence à apparaître la dissociation entre les fonctions de contrôle et de surveillance et les fonctions exécutives⁷⁴⁶. Comme d'habitude en droit des affaires, la pratique précède la loi

⁷³⁹ J.B. SIREY, Code de commerce annoté des dispositions et décisions de la législation et de la jurisprudence. Novembre 1820

⁷⁴⁰ A. LEFEBRE-TEILLARD op.cit.

⁷⁴¹ Exemple pris A. LEFEBVRE-TEILLARD de la Cie PARIS-STRASBOURG , 1845: « Les fonctions d'administrateurs sont gratuites : ils reçoivent des jetons de présence, dont la valeur est fixée par l'assemblée générale ». A. LEFEBVRE-TEILLARD, La société anonyme au XIX^e siècle, 1^{re} édit. 1985, p.287

⁷⁴² J.-Ch. PAGNUCCO, Fasc. 130-40 : ADMINISTRATION . - Rémunération des administrateurs, n°10

⁷⁴³ L'article 22 de la loi de 1867 corréla la qualité d'administrateur avec celle d'associé : Art. 22. LOI du 24 juillet 1867 sur les Sociétés : « – Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. » Sur ce point V. aussi, J. HEMARD, Le nouveau statut des administrateurs de sociétés anonymes, in Mélanges BASTIAN p. 117 et s.

Depuis il est important de préciser que depuis une loi du 4 août 2008 (entrée en vigueur le 1^{er} jan.2009), la loi n'exige plus que l'administrateur soit propriétaire d'un certain nombre d'actions.

⁷⁴⁴ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.630, n°783 ;

⁷⁴⁵ Ne pas confondre l'administrateur délégué de l'époque avec l'administrateur délégué, remplaçant le président du conseil d'administration. L'administrateur délégué d'avant 1966 était un véritable mandataire social. Les ouvrages de l'époque expliquaient qu'il ne fallait pas le confondre avec un simple directeur technique. V. L. LACOUR, L. JULIOT DE LA MORANDIERE, Précis de droit commercial, 8^e édit. PARIS, 1945, p.192 et s., n°328 et s. ; V. également les explications de E.THALLER, Traité élémentaire de Droit commercial, 6^e édit. J. PERCEROU, Paris 1922 librairie Arthur Rousseau., p.412 : « l'art 22 de la loi de 1867 désigne ce délégué du terme amphibologique de directeur. ... En général le directeur est plutôt un agent technique, le premier employé de la maison. C'est une personne liée par un contrat de louage de service mais il peut arriver que le directeur cumule les fonctions et qu'il est à la fois lié à la société par un contrat de louage de service et par un mandat. » ; P. DIDIER Droit commercial Tome 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés. 3^e édition. P.205

⁷⁴⁶ Sur l'histoire de cette évolution, Voir P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.565 et s. ; n°696 et s.

(droit étatique). Les jetons de présence vont être définitivement consacrés par la législation du 4 mars 1943⁷⁴⁷. La législation de 1867 était lacunaire sur ce sujet⁷⁴⁸.

Procédure de fixation des jetons de présence.

La loi de 1966 maintient donc la possibilité des jetons de présence malgré une opposition de certains membres de la commission de réforme⁷⁴⁹. Depuis la « recodification », les jetons de présence sont visés par la loi aux articles L.225-45 du Code de commerce⁷⁵⁰ (pour les administrateurs) et L.225-83⁷⁵¹ (pour les membres du conseil de surveillance) du Code de commerce. Les jetons sont fixés par l'assemblée générale qui alloue, même sans clause statutaire expresse, une enveloppe globale pour l'ensemble des membres du conseil⁷⁵² (administration ou surveillance). Il s'agit donc d'une rémunération annuelle fixe dont le montant est déterminé par l'assemblée générale ordinaire de la société anonyme⁷⁵³. Les jetons de présence ont donc pour cause le mandat exercé dans la société⁷⁵⁴, ces jetons ne sont pas conditionnés par la réalisation d'un bénéfice contrairement aux défunts tantièmes. En revanche, la répartition des jetons entre les membres du conseil n'est pas prévue par la loi⁷⁵⁵, elle relève donc de la compétence du conseil en vertu de l'article R.225-33 du code de

⁷⁴⁷ L'article 11 de la loi du 4 mars 1943 dispose que « les membres du Conseil d'administration peuvent recevoir, à titre de jetons de présence, une rémunération fixe annuelle dont le montant est déterminé par l'assemblée générale ». In A. TUNC, Textes de droit commercial choisis et ordonnés par A. TUNC, 1947, Textes et statistiques de l'Université de GRENOBLE

⁷⁴⁸ A. BOISTEL, Manuel de droit commercial à l'usage des étudiants des facultés de droit et des écoles de commerce, 3^e édit. 1899 ; HOUPIN, BOSVIEUX, Traité général des sociétés, 5^e édit., T.1, Paris 1925, p.255 n°224 ; Traité élémentaire de Droit commercial, 6^e édit. J. PERCEROU, Paris 1922 librairie Arthur Rousseau, p.410 et s. n°649 à 655 bis ; L. LACOUR, L. JULIOT DE LA MORANDIERE, Précis de droit commercial, 8^e édit. PARIS, 1945, p.192 et s., n°328 et s. ; Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, Manuel de droit commercial, Paris, L.G.D.J. 1918, p.243 et s., n°294 et s. ; A. VAVASSEUR, Traité des sociétés civiles et commerciales, 2^e édit., tome 2, 1878 : Auguste Vavasseur ne parle presque pas de la rétribution éventuelle des administrateurs de la S.A. Selon la conception de l'époque, la rémunération de l'administrateur, se compose principalement de dividendes.

⁷⁴⁹ Lors des travaux de la commission de réforme, le maintien de jetons de présence a été critiqué. L'attribution d'une somme fixe annuellement tendrait à transformer l'administrateur en fonctionnaire social : J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972p.769, n°899 et s.

⁷⁵⁰ Article L225-45 du Code de commerce « L'assemblée générale peut allouer aux administrateurs en rémunération de leur activité, à titre de jetons de présence, une somme fixe annuelle que cette assemblée détermine sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures. Le montant de celle-ci est porté aux charges d'exploitation. Sa répartition entre les administrateurs est déterminée par le conseil d'administration. »

⁷⁵¹ Article L225-83 du Code de commerce : « L'assemblée générale peut allouer aux membres du conseil de surveillance, en rémunération de leur activité, à titre de jetons de présence, une somme fixe annuelle que cette assemblée détermine sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures. Le montant de celle-ci est porté aux charges d'exploitation. Sa répartition entre les membres du conseil de surveillance est déterminée par ce dernier. »

⁷⁵²J.-Ch.PAGNUCCO, Fasc. 130-40 : ADMINISTRATION . - Rémunération des administrateurs, n°11 à 22

⁷⁵³ Y. GUYON ,Droit des affaires, Yves GUYON, tome 1, 12^e, Economica.p.326

⁷⁵⁴J.-Ch.PAGNUCCO, Fasc. 130-40 : ADMINISTRATION . - Rémunération des administrateurs n°4 et s.

⁷⁵⁵M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis, p.310, n°560

commerce (ancien article 93 du décret de 67)⁷⁵⁶. Le conseil dispose donc d'une certaine liberté pour fixer les règles de répartition des jetons de présence, le conseil pourrait décider d'une répartition inégalitaire en tenant compte par exemple de l'assiduité aux séances du conseil⁷⁵⁷. Lorsque les jetons de présence sont attribués à une personne morale, c'est la personne morale et non son représentant permanent qui est créancier de ces jetons⁷⁵⁸.

Nature des jetons de présence : aspect institutionnel ?

La qualification de la rémunération des administrateurs n'est pas vraiment débattue car celle-ci ne suscite pas de véritables contentieux. Certains auteurs considèrent les administrateurs moins comme des mandataires que comme des organes de la société, au sens de la théorie de l'organe⁷⁵⁹ et une partie de la doctrine estime que l'administrateur ou le membre simple d'un conseil de surveillance n'est pas un dirigeant social. Néanmoins d'après une certaine vision du droit positif construit sur l'analyse institutionnelle de la société, les jetons de présence versés seraient d'une nature institutionnelle car la loi reconnaît une compétence spécifique à un « organe », l'assemblée générale, pour les déterminer et les fixer et, d'autre part, la décision de l'assemblée générale n'est pas soumise à la procédure des conventions réglementés⁷⁶⁰. Le Code de commerce interdit également toute autre forme de rémunération pour les administrateurs⁷⁶¹. Hormis le cas d'une rémunération exceptionnelle pour service

⁷⁵⁶ Art. R. 225-33 al.1 : « Le conseil d'administration répartit librement entre ses membres les sommes globales allouées sous forme de jetons de présence ; il peut notamment allouer aux administrateurs, membres des comités prévus par le deuxième alinéa de l'article R.225-29, une part supérieure à celle des autres administrateurs ». V. également CASIMIR, GERMAIN, 3e édité. P.187 n°739 et s. ; Traité de Droit commercial, Michel GERMAIN, V.MAGNIER, de RIPERT et ROBLOT, LGDJ,, Tome 1 Vol.2, Les sociétés commerciales. 20° édité p.468, n°1644 ; P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica,2011p.630, n°783

⁷⁵⁷ Sauf clause statutaire contraire, le conseil peut voter à la majorité simple une répartition inégale des jetons de présence, rép. LAURIOL n°69127, JO 29 juillet 1985, AN question p.3572) ; HONORAT, Possibilité d'une répartition inégale des jetons de présence entre les administrateurs, DEFRENOIS 1986, 604 ;

⁷⁵⁸ Le contrat d'administration de la société est passé entre deux personnes morales : en échange d'une « prestation de service d'administration », la personne morale administrateur perçoit une rétribution. La rétribution du représentant permanent ne concerne pas la société administrée mais uniquement la personne morale administrateur. Sur la qualification de lien contractuel, infra. Sur la question du représentant permanent, V. HEMARD, TERRE, MABILAT, op.cit. p.687, n°801 et s. La situation du représentant permanent est donc une curieuse exception française ; il est éventuellement rémunéré par la société qu'il représente et non par celle qui dirige. Il s'agit donc d'une relation juridique à trois personnes, le représentant permanent peut être lié par un contrat de mandat ou un contrat de travail . V. aussi P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.572, n°701 ; et V. B. OPPETIT, Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme, JCP, 1969. I. 2227

⁷⁵⁹ Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz 14e p.443 n°387 « Les administrateurs sont moins des mandataires de la société, qu'ils n'ont pas le pouvoir de représenter, que des « organes sociaux, chargés collectivement de gérer la société⁷⁵⁹ », Comp. Avec P. LE CANNU, B. DONDERO, Droit des sociétés, LGDJ Lextenso, Domat droit privé, 6° édité, p.458, n°689

⁷⁶⁰ L'assemblée alloue une somme globale qui est ensuite répartie entre les membres du conseil par une décision du conseil.

⁷⁶¹ L. 225-44, V. M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édité. LexisNexis, p.311, n°560

rendu⁷⁶² et depuis la disparition des tantièmes⁷⁶³, la procéduralisation de la rémunération des administrateurs abonderait dans le sens de l'institutionnalité, selon certains auteurs. L'analyse institutionnelle de la rémunération, comme celle des dirigeants exécutifs fait fi du droit des obligations et des contrats, voire de la propriété privée : le jeton de présence est analysé comme étant un traitement déterminé unilatéralement par un organe légalement compétent et non pas analysé comme la conséquence d'un rapport d'obligation. Autrement dit, le jeton de présence aurait pour cause une décision unilatérale d'un organe compétent et non la contrepartie d'une prestation que doit fournir l'administrateur à la société dirigée.

En pratique, les jetons de présence ne suscitent pas de véritables difficultés. En revanche, la rémunération des « fonctions de direction », comme disent certains, est bien complexe et problématique.

§2. La qualification actuelle de la rémunération versée aux mandataires sociaux exécutifs

Double fracture dans la société anonyme

Le problème du droit de la rémunération des dirigeants sociaux est son absence de cohérence globale. Les récentes réformes sont fondées sur un paradigme différent de celui qui a servi à l'élaboration de la loi de 1966. Il existe donc désormais plusieurs fractures au sein de la société anonyme, entre certains mandataires sociaux, entre certains éléments de rémunération et désormais, il faut également tenir compte de la fracture entre le régime des sociétés cotées et des sociétés anonymes qui ne le sont pas : les lois BRETON, TEPA et SAPIN II ont accentué

⁷⁶² Les textes prévoient expressément la possibilité pour l'administrateur de toucher une rémunération supplémentaire en plus de sa part de jetons de présence accordée en cas d'attribution d'une mission ou d'un mandat exceptionnel. Dans cette occurrence, la question se pose de savoir si cette rémunération supplémentaire doit être soumise à la procédure des conventions réglementées ? Le code AFEP-MEDEF sur la gouvernance de 2013 répond que oui : « Il apparaît naturel que la participation des administrateurs à des comités spécialisés donne lieu à l'attribution d'un montant supplémentaire de jetons de présence. De même, l'exercice de missions particulières telles que celles de vice-président ou d'administrateur référent peuvent donner lieu à une telle attribution ou au versement d'une rémunération exceptionnelle soumis alors au régime des conventions réglementées. » V. aussi en ce sens la justification de M. J.-C.PAGNUCCO, Fasc. 130-40 : ADMINISTRATION . - Rémunération des administrateurs n°28 et s. spé. N°33

⁷⁶³ F. TERRE, La disparition des tantièmes, 1975 ; Sur ce qu'étaient les tantièmes : E. du PONTAVICE, « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », Mélanges BASTIAN, Lib. Techniques, 1974, p.177 et s. spé. P.183

cette tendance à la séparation des sociétés cotées du droit commun. Or la prolifération des régimes existant pour « contrôler la rémunération » des dirigeants sociaux favorise un « maquis juridique » et fait peut-être perdre de vue l'unité de la qualification de rémunération. La qualification institutionnelle de la rémunération des dirigeants- bien que résiduelle- insinue l'idée de la négation du prisme contractuel pour appréhender la rémunération des mandataires sociaux et aboutit à considérer la rémunération comme des obligations juridiques *sui generis* alors que réellement, le mandataire social n'est pas dans une situation juridique différente de celle d'un prestataire de service lambda (contrat de mandat, d'entreprise, de gestion etc..). Désormais on peut se poser la question de la pertinence de l'analyse institutionnelle de la rémunération et si elle n'est pas devenue une simple argutie juridique destinée à justifier une jurisprudence qui cherche à éviter l'application des conventions réglementées à certains éléments de rémunération plutôt qu'une théorie qui permettrait de connaître et de contrôler avec précision le régime juridique des rétributions des mandataires sociaux⁷⁶⁴.

Quels sont les dirigeants concernés et qu'est-ce qu'une rémunération institutionnelle ?

Les dirigeants concernés

Les mandataires sociaux dits exécutifs dans une société anonyme sont, dans une SA moniste, le Président du Conseil d'administration Directeur général, le Directeur général et le président du conseil, ainsi que les administrateurs délégués⁷⁶⁵ éventuels et les directeurs généraux délégués. Dans une société à directoire, on estime que les membres du directoire sont des mandataires sociaux exécutifs ainsi que le président du conseil de surveillance et le vice-président du conseil de surveillance lorsque ce dernier touche une rémunération spécifique⁷⁶⁶.

La société anonyme a cette particularité d'être construite sur un double degré de dirigeants sociaux⁷⁶⁷ : mandataires sociaux exécutifs et les membres des conseils (CA et CS). Les

⁷⁶⁴ J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », Mélanges SAYAG, 1997, p. 131 et s.: « ...la notion d'institution reste très imprécise et n'a jamais déterminé l'application d'un régime spécifique.. » ; FI. DEBOISSY, Le contrat de société, op.cit. p.129, n°17

⁷⁶⁵ L. AMIEL-COSME, Rep. Civ. Sté Dalloz, Jan. 2014, Rémunération des dirigeants sociaux n°27 . « Rémunération de l'administrateur délégué. - La compétence exclusive du conseil pour la fixation de la rémunération du président vaut également à l'égard du remplaçant de ce dernier. Il s'agit ici de l'administrateur délégué qui remplace le président du conseil d'administration en cas de décès ou d'empêchement (C. com., art. L. 225-50). Selon l'article 94 du décret de 1967 « le conseil d'administration détermine la rémunération de la personne déléguée temporairement dans les fonctions de président, pendant la durée de la délégation... »

⁷⁶⁶ P. LE CANNU, « Société anonyme : les attraits du vice-président » RTD Com. 2014 p. 235

⁷⁶⁷ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011,p.227,n°268 :

mandataires sociaux exécutifs sont considérés parfois comme les « vrais » dirigeants sociaux⁷⁶⁸. Les dirigeants sociaux exécutifs sont les « descendants » des administrateurs délégués⁷⁶⁹ et plus généralement de tous ceux qui ont fait de la gestion, de l'administration et de la représentation d'une société une activité professionnelle. Cette professionnalisation de la gestion des sociétés est relativement récente car, initialement, ce furent les mêmes personnes qui étaient propriétaires et managers⁷⁷⁰. Dans la plupart des petites et moyennes entreprises, on retrouve souvent le schéma classique d'un chef d'entreprise, associé majoritaire et mandataire social, parfois épaulé de proches collaborateurs recrutés dans le cercle de proches. La professionnalisation de la gestion initiée depuis le XIX^e siècle (et

⁷⁶⁸ JP. CASIMIR, M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social*, collection Pratique d'experts. Edit° Groupe fiduciaire. 3e édit., 2009, p.25, n°2

⁷⁶⁹ Ici il faut comprendre la notion d'administrateur délégué à l'époque antérieure à la loi de 1966. Sur l'histoire de l'administrateur délégué : Ph. BONNECARRERE, M. LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de droit commercial*, 3ième édit. 1946 Sirey p.239 : « Sous l'empire de la Loi 1867, pour assurer la direction de la société, le conseil déléguait l'un de ses membres : c'était l'administrateur-délégué, qualifié quelque fois de directeur général. Mais la responsabilité de celui-ci se confondait avec celle du conseil d'administration ». H.E. THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 6e édit. ; J. PERCEROU, Paris 1922 p.411-413, n°651 à n°655; P. DIDIER, « *Droit commercial Tome 2, L'entreprise en société, les groupes de sociétés*. 3e édition. » PUF p.205 et s. ; J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Société commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA »* DALLOZ 1972, p.828, n°966 et s. ; C. HOUPIN, « *Traité général, théorique et pratique, des sociétés civiles et commerciales* », 4e édit., Tome II, Paris 1909 p.45 n°832 et s. ; J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit commercial*, 2e édit. T1, V.2 sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques, DALLOZ, 1980 p.389 n°652 et s. : en réalité, il existait une petite nuance entre l'administrateur délégué et le directeur général : l'administrateur délégué était un membre du conseil alors que le directeur général était un tiers à celui-ci.

⁷⁷⁰ Le constat de la professionnalisation de la gestion des sociétés et plus généralement des grandes entreprises est un constat qui est transdisciplinaire : économistes, sociologues, juristes l'ont constaté dans leur domaine respectif d'analyse. Ce phénomène de professionnalisation n'est que la conséquence de faits économiques plus généraux qui sont d'une part la concentration du capital et d'autre part la division du travail. Sur ce point F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, A. COLIN 1979, Livre de poche Tome 2 : *Les jeux de l'échange* p.527 et s. ; P. DIDIER, *Droit commercial Tome 2, L'entreprise en société*, op.cit. La professionnalisation de la fonction de dirigeant social et la ventilation de différentes prérogatives autrefois accomplies par les associés n'est que le constat en droit des sociétés de la division du travail observée par les sociologues dans l'ensemble de la société. Voir notamment C. BALLE, « *sociologie des organisations* ». Que sais-je ? PUF n°2499. Spécialement p.13 avec TAYLOR et la naissance du management scientifique. Avant on naissait chef d'entreprise, maintenant, cela ne suffit plus, la direction d'une organisation nécessite une formation exigeante. Voir aussi DURKHEIM (cité par L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4e édit. réédité chez éditions Panthéon Assas 2007) la division du travail social, 1893, où l'auteur exprime le concept de solidarité organique : les besoins différents et les aptitudes différentes créent une nouvelle organisation sociale de « spécialistes », ces besoins ne peuvent être assurés que dans la vie en société ; J.P. ROBE, *L'entreprise et le droit*, P.U.F. Que sais-je ?, p.41 : « L'entrepreneur a cédé la place à l'action collective d'une hiérarchie dirigeante en conséquence d'une différenciation et d'une professionnalisation des fonctions initialement exercées par lui seul. Les fonctions de gestion sont maintenant confiées à des professionnels qui, s'ils sont formellement, directement ou indirectement, sous le contrôle de l'assemblée des actionnaires de la, ou des société (s) servant de support juridique à l'entreprise, sont souvent, en fait, autonome, se cooptent, et ne sont sanctionnés (quand ils le sont) que par les marchés des produits, des services et des capitaux. »

maintenant celle parfois de la qualité d'actionnaire⁷⁷¹) est désormais acquise : même le « patron propriétaire » aura un revenu de son activité considérée comme un travail⁷⁷².

Principe de l'institutionnalité de la rémunération principale

L'ensemble des mandataires sociaux exécutifs de sociétés anonymes (Président directeur général, président et directeur général dans la société dissociée, membre du directoire, voire le vice-président et le président du conseil de surveillance) ont une rémunération fixe déterminée par l'organe compétent : le conseil d'administration ou le conseil de surveillance suivant la forme sociale étudiée⁷⁷³. C'est là la véritable originalité de la société anonyme par rapport à toutes les autres formes sociales ; « l'armature juridique », c'est-à-dire l'économie de l'organisation sociale est imposée par l'autorité normatrice (législateur ou juge)⁷⁷⁴. Le législateur de 1966 validant a posteriori des solutions juridiques dégagées par la jurisprudence et la doctrine antérieure, a décidé, selon la doxa planiste de l'époque de soustraire le fonctionnement de la société anonyme à la volonté des actionnaires. Autrement dit, les associés n'auraient plus la libre organisation du fonctionnement de la société anonyme. Mais en réalité, ce sont les « questions de procédure » qui sont soustraites de la volonté privée, l'assemblée générale n'a jamais perdu le pouvoir de révoquer les dirigeants sociaux exécutifs⁷⁷⁵. Cet ordre public justifiera l'analyse mixte de la nature de la société anonyme comme étant à la fois contractuelle et institutionnelle, qui induira également la nature de la rémunération. Ce droit positif qui découle des lois de 1940 et 1943 puis de l'arrêt Motte de

⁷⁷¹ Ph. BISSARA, Les mutations de l'actionnariat et le fonctionnement des sociétés cotées. P. 61 Melanges D. SCHMIDT. p.61 : L'auteur met en exergue une double professionnalisation accomplie au sein de l'entreprise : Initialement, l'entrepreneur a le pouvoir au sein de l'entreprise car il est celui qui apporte des capitaux puis il y a une dissociation croissante entre la propriété du capital et l'exercice du pouvoir et ensuite, plus récemment, avec la généralisation des marchés réglementés, on assiste aussi à une professionnalisation de la gestion de la qualité d'actionnaire : mutation fondamentale de l'actionnariat, on passa d'un actionnaire individuel à des organismes professionnels de placement de valeurs mobilières. En 1966, le législateur voyait l'actionnaire comme un petit homme esseulé et vulnérable alors que la concentration de l'épargne et la professionnalisation de la qualité d'actionnaire ont changé parfois le rapport de force initial/.

⁷⁷² La qualification de biens professionnels selon les critères de l'ISF incitait aussi à la rétribution d'une rémunération normale : M. COZIAN, FI. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, 36e, p.640, n°1601 mais l'ISF a été partiellement supprimé par la volonté du président Macron.

⁷⁷³ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis p.332-333, n°600 §

⁷⁷⁴ Autorité normatrice, expression employée par B. OPPETIT, thèse p.444-445, cité M. G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, p.689 et s. p.696, n°13

⁷⁷⁵ J. FOYER, Rapport français in La personnalité morale et ses limites, Etudes de droit comparé et de droit international public, Ouvrage collectif, S. BASTID, R. DAVID, F. LUCHAIRE, J. FOYER, et alii, L.G.D.J. Paris 1960, travaux et recherches p. p.130, n°16 ; M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 2ème Partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée ».3^eédit Montchrestien 1982, p.500, n°726-6

1946⁷⁷⁶, inspiré sûrement de la loi allemande du 30 janvier 1937⁷⁷⁷, est fondé sur le principe du Chef ⁷⁷⁸: dans la logique de la nature institutionnelle de la société anonyme, la fixation de la rémunération est perçue également comme étant institutionnelle⁷⁷⁹. Le vocabulaire usité par la loi de 1966 et codifié à droit constant en 2000, est celui de l'acte réglementaire et non celui du contrat⁷⁸⁰. L'idée est que le dirigeant serait dans une relation statutaire avec la société qu'il dirige et non pas dans une relation conventionnelle. Le « statut » du dirigeant social, l'expression est encore considérablement employée, serait déterminé unilatéralement par l'organe compétent désigné par la loi. A l'instar du fonctionnaire de droit public, le dirigeant social serait davantage dans une situation statutaire que conventionnelle car le statut est mis en opposition au contrat, au consentement ; il s'impose d'une manière globale à son bénéficiaire qui n'a de liberté que pour accepter ou refuser en totalité la situation juridique⁷⁸¹. La rémunération dite institutionnelle révèle une conception qui considère l'origine du pouvoir au sein de la société anonyme comme une sorte de délégation de la puissance publique et non pas comme étant issue d'un acte juridique conventionnel⁷⁸². Cette conception

⁷⁷⁶A. REYGROBELLET, A. COURET in « La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. » Sous la direction de Y. CHAPUT et A. LEVI. p.205 : rappel de la théorie de la hiérarchie des organes (Arrêt MOTTE) fait interdiction aux associés et aux dirigeants d'attribuer à l'un des organes de la société, les pouvoirs qui appartiennent en propre à un autre organe. Arrêt Motte du 4 juin 1946, JCP 1947, II, 3518 BASTIAN, supra Section précédente

⁷⁷⁷ Supra section précédente

⁷⁷⁸ Supra section précédente

⁷⁷⁹ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT, Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 2ème Partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée, 3^e édition Montchrestien 1982 p.489, n°724-12 : Le président est présenté comme un organe institutionnel.

⁷⁸⁰ Article L225-47 du Code de commerce : « Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération. »

L.225-53 al.3 du Code de commerce: « Le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués. »

Article L225-63 du Code de commerce : « L'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire. »

Article L225-81 du Code de commerce : « Le conseil de surveillance élit en son sein un président et un vice-président qui sont chargés de convoquer le conseil et d'en diriger les débats. Il détermine, s'il l'entend, leur rémunération. »

⁷⁸¹ Supra n° J.A. BRODERICK, La notion d' « institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français. P.143 et s. in Les archives de philosophie du droit. 1968, les notions de contrat. p.148 : p.148, Le contrat et l'Institution sont destinés à introduire la stabilité dans les relations humaines. La différence entre le contrat et le statut (institution) pour HAURIU, repose sur l'engagement des parties. Dans un contrat, la totalité des obligations des parties est contenue dans les prescriptions des parties alors qu' en ce qui concerne l'institution (statut), l'élément de consentement est seulement dans « l'acceptation » de la qualité de membre, l'adhésion de l'individu à l'institution en tant qu'organisation existante. En ce qui concerne la conception statutaire de la rémunération des dirigeants sociaux, le dirigeant de SA n'émettrait un consentement que pour être dirigeant et ne négocierait pas son statut, il n'y aurait pas de consentement en ce qui concerne les éléments de rémunérations fixés unilatéralement par l'organe compétent, compétence désignée par la loi. Cette vision ne correspond pas au « réel »./

⁷⁸² Comme nous l'avons écrit précédemment, la théorie de l'institution est fondée sur une idéologie de type personnaliste qui considère l'entreprise privée comme ayant une existence propre et distincte des apporteurs

institutionnelle de la rémunération, que certains auteurs présentent comme étant le droit positif n'est ni conforme à la pratique⁷⁸³ et ni conforme...au droit positif lui-même en vérité car il y a une contradiction entre la norme macro-juridique qui dérive de la « Constitution économique » et l'interprétation micro-économique faite par une certaine doctrine ayant influencé une certaine jurisprudence⁷⁸⁴.

Présentation de la prétendue procédure unilatérale de fixation de la rémunération

Les articles L225-47, L.225-53 al.3 Article L225-63 Article L225-81 du Code de commerce interprétés suivant la jurisprudence MOTTE sont considérés comme étant de nature institutionnelle : « *Sous l'empire de la législation actuelle, la doctrine admet de façon quasi unanime la nature institutionnelle, et non contractuelle, de la rémunération du président*⁷⁸⁵ ». Le président du conseil d'administration, les membres du directoire, les directeurs généraux en cas de fonction dissociée et les directeurs généraux délégués sont donc considérés comme ayant une rémunération institutionnelle car cette rémunération est fixée prétendument unilatéralement par un organe compétent.

Conséquences juridiques de la prétendue institutionnalité

de capitaux. Cette vision a tendance à faire prévaloir la règle étatique sur la volonté privée dans l'organisation de la société. Le problème d'une telle vision est qu'elle n'est pas cohérente avec la « constitution économique de la France » c'est-à-dire que l'ordre juridique français, bâti sur des principes fondamentaux dont la propriété privée et la liberté contractuelle et liberté d'entreprendre aboutit à protéger constitutionnellement l'économie de marché. Par conséquent, dans ce type d'entreprise, le primat de la volonté individuelle l'emporte toujours sur le droit objectif car c'est l'apporteur de capital et non l'Etat qui, in fine, maîtrise l'entreprise.

⁷⁸³ G. BOUTE, Présentation et mise en perspective de la problématique in La rémunération des dirigeants, Ouvrage collectif, Ss direction de S. MOREIL et F. LUDWICZAK, L'harmattan, p.13 et s.,p.19 : « Le Code de commerce impose la détermination par le CA de la rémunération du directeur général. Cette détermination exclut toute convention réglemantée en raison de caractère unilatéral ; la rémunération est en effet décrétée par le CA sans que le directeur général ne la négocie, ne la demande ou n'y consente. La jurisprudence précise que la fixation de la rémunération ne relève pas d'une rencontre de volonté, la décision du CA doit être préalable et sa compétence exclusive [...] Ce principe selon lequel la rémunération du dirigeant échappe au principe de la rencontre des volontés est évidemment en décalage avec la réalité : les dirigeants négocient généralement leur rémunération avant d'accepter un mandat social »

⁷⁸⁴ De la Constitution économique découlent certains grands principes comme la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre qui elles-mêmes dérivent de la propriété privée. La constitutionnalisation de ces libertés économiques a pour conséquence de définir l'entreprise privée comme une unité de production qui appartient à ses entrepreneurs. La conception institutionnelle de l'entreprise (ou personnaliste en général) n'est pas vraiment conforme à cette nature de l'entreprise privée. L'entreprise privée d'une démocratie libérale est forcément une entreprise qui appartient à ses entrepreneurs. Sur la notion de constitution économique, V. « La constitution économique, En hommage au Professeur Guy CARCASSONNE » sous la coord. De F. MARTUCCI et C. MONGOUACHON, Edit. La mémoire du droit 2015, V. aussi « Les libertés économiques » sous la dir. G. DRAGO et M. LOMBARD, Droit public, édit. Panthéon Assas

⁷⁸⁵ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT, Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 2^{ème} Partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée, 3^{ème} édit Montchrestien 1982, p.483, n°724-5

La première conséquence de la nature institutionnelle serait donc que la rémunération ne soit ni un salaire, ni une commission mais le fruit d'un acte juridique unilatéral, qui explique donc que celle-ci échappe à la procédure des conventions réglementées⁷⁸⁶.

La seconde conséquence est le respect d'un certain formalisme. Un peu comme une obligation abstraite, la décision de rémunérer le mandataire social appartient exclusivement à l'organe compétent⁷⁸⁷. Cette décision doit résulter d'une délibération du conseil qui ne pourrait pas déléguer cette compétence à un organe prévu par la loi ou créé par les statuts ; la délibération de l'organe compétent doit être expresse et ne peut être implicite⁷⁸⁸. La règle de la compétence exclusive de l'organe compétent, est valable pour le conseil d'administration ou pour le conseil de surveillance⁷⁸⁹ : la nature institutionnelle de la rémunération est considérée comme identique dans les deux types de sociétés anonymes hormis la question du traitement de la rémunération du président du directoire, du conseil de surveillance, voire d'un vice-président de conseil de surveillance. Par analogie, ces rémunérations doivent suivre le régime juridique des autres mandataires sociaux exécutifs de sociétés anonymes.

Une autre conséquence de la qualification de rémunération institutionnelle serait la possibilité pour l'organe compétent de pouvoir modifier unilatéralement la rémunération accordée au dirigeant social. Mais en réalité, cette possibilité de modifier unilatéralement la rémunération accordée par l'organe compétent antérieurement ne semble pas totalement fixée par la jurisprudence⁷⁹⁰. Les textes sont peu diserts sur la question et c'est donc à la jurisprudence de fixer la règle de la modification, voire de la suppression de la rémunération : l'organe compétent peut-il modifier ultérieurement la rémunération qu'il a accordée ? si la jurisprudence considérait que la rémunération était l'objet d'une obligation contractuelle, elle ne devrait pas pouvoir permettre cette modification unilatérale de l'engagement par l'une des parties : le paradigme institutionnel fondé sur l'idée que la rémunération résulterait d'un acte juridique unilatéral permettrait cette modification, voire une suppression de la rémunération du mandataire social par la seule décision de l'organe compétent. La Cour suprême semblait l'avoir admis dans une décision concernant une société anonyme à conseil de surveillance : « *que le conseil de surveillance a une compétence exclusive pour fixer le mode et*

⁷⁸⁶ R. ROUTIER, Rep. Sté DALLOZ, Directeur général (P.D.G.)

⁷⁸⁷ CA Paris 27 juin 1980, Chapuis c/ Chevrier

⁷⁸⁸ B. SAINTOURENS, Rep.civ. Sté, Président du conseil d'administration ; Cass. com. 27 févr. 2001, Dr. Stés Mai 2001 p.21 n°85; Cass. Com., 27 févr. 2001, Joly 2001, §159, p. 631. STORCK.; Com. 30 nov. 2004, Rev. Sociétés 2005. 631, note J.-J. BARBIÈRI; Cass. com. 3 mai 2000, Dr. sociétés 2000, no 110, Bull. Joly 2000.821, note P. LE CANNU; Com. 14 sept. 2010, no 09-16.084, Rev. sociétés 2011. 424, note Dom

⁷⁸⁹ Cass. com. 16 juill. 1985, Bull. civ. IV, n o 217, D. 1986, IR 84, Rev. sociétés 1985.842, note Guyénot, Bull. Joly 1985.865

⁷⁹⁰ Comp. Cass.com. 10 février 2009, P. Le CANNU, Joly Sociétés juin 2009 p.556. ; J.-P. MATTOUT, Revue des sociétés 2009 p. 359 ; D. GALLOIS-COCHET, Droit des sociétés 2009, comm.74

le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire par un pouvoir propre de décision »⁷⁹¹. Mais dans un arrêt de 2009, la Cour de cassation semble être revenue sur cette décision. Dans cette nouvelle affaire qui concernait également un conseil de surveillance, la Cour de cassation déclare : « *le conseil de surveillance ne peut réduire rétroactivement la rémunération des membres du directoire sans l'accord de ceux-ci et qu'il importe peu à cet égard que les sommes dues au titre de cette rémunération n'aient pas encore été payées*⁷⁹², ». Un des commentateurs de l'arrêt a avancé l'idée de la théorie de l'engagement unilatéral pour justifier cette décision. La décision de l'organe compétent serait un engagement unilatéral, qui une fois connu par le bénéficiaire ne peut être révoqué sans provoquer un préjudice. Néanmoins, la théorie de l'engagement unilatéral est controversée car comment un rapport d'obligation peut naître sans une rencontre de deux volontés⁷⁹³ ? Des auteurs civilistes doutent de l'existence de l'engagement unilatéral. Peut-être qu'en réalité, la Cour de cassation redécouvre un aspect contractuel et son principe d'intangibilité. Si la puissance publique peut en théorie modifier le traitement de ses agents, un tel pouvoir n'est pas « légal » en droit privé. Comment justifier qu'une des parties puisse modifier unilatéralement une obligation qui serait donc potestative ? En réalité, l'argument de la nature institutionnelle de la rémunération fut invoqué pour justifier la non-soumission du vote de la rémunération à la procédure des conventions réglementées. L'argument est le suivant : la rémunération n'étant pas de nature contractuelle mais institutionnelle (car unilatéralement fixée par un organe dont la compétence est fixée par la loi), la rémunération n'a pas à être soumise à la procédure des conventions réglementées⁷⁹⁴. Ce débat n'est pas nouveau et est apparu avec les débats préliminaires avant l'adoption de la loi de 1966.

Débats parlementaires sur la soumission de la rémunération à la procédure des conventions réglementées (1966)

Sous l'emprise de la loi antérieure (24 juillet 1867), la doctrine était partagée sur le fait de savoir s'il fallait soumettre la procédure de détermination de la rémunération à l'ancien

⁷⁹¹ Cass. com. 16 juillet 1985, SA Pharmar c/ Hudry Cass. com., 16 juill. 1985, n° 83-17.416, SA Pharmar c/ Hudry : JurisData n° 1985-702079 ; Bull. civ. 1985, IV, n° 217 ; Rev. sociétés 1985, p. 842, note J. GUYENOT ; Bull. Joly 1985, p. 865, § 293 ; D. 1986, inf. rap. 84 - et, sur deuxième pourvoi, Cass. com., 12 déc. 1995, n° 94-12.489, SA Pharmar c/ Hudry : Bull. Joly 1996, p. 207, § 68, note P. LE CANNU. – V. aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3e ch., sect. C. du 14 juin 2002, Cormorant c/ Antoine : JurisData n° 2002-192870 ; JCP E 2003, 627, n° 7, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. sociétés 2002, p. 575, note Y. GUYON

⁷⁹² Cass.com. 10 févr. 2009, Mathey c/ SA NRJ Group, Dorothée GALLOIS-COCHET, Droit des sociétés 2009, comm.74, Réduction rétroactive de la rémunération des membres du directoire.

⁷⁹³ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale Quasi contrats, PUF p.20, n°1

⁷⁹⁴ P. LE CANNU, Rémunérations des dirigeants de la société anonyme et contrôle des conventions, Joly sté 1996 p.567 ; A. REYGROBELLET, Le dirigeant de sociétés anonymes en France, in : La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI. Lexis Nexis, p.245 et s. n°385 et s. ; CASIMIR, GERMAIN p.192, n°754

article 40 de cette loi sur le contrôle des conventions⁷⁹⁵. Certains considéraient que la rémunération n'avait pas à être soumise à la procédure car la rémunération est issue d'une « convention normale » et l'article 40 de la loi 1867 vise les conventions exceptionnelles⁷⁹⁶ ; d'autres considéraient que la rémunération avait une nature institutionnelle et non contractuelle et qu'elle n'avait pas pour source une convention.

La révocation *ad nutum* était prise en compte comme étant un indice du caractère conventionnel. La jurisprudence à la veille de la réforme de 1966 considérait que l'article 40 de la loi de 1867 qui prévoyait une procédure des conventions réglementées s'appliquait à la rémunération des dirigeants⁷⁹⁷, après des tergiversations doctrinales et jurisprudentielles⁷⁹⁸. L'article 110 de la loi de 1966 devenu l'article L.225-47 du code de commerce a exclu l'application de la nouvelle procédure des conventions dites réglementées à la procédure de détermination de la rémunération des dirigeants sociaux. Pour de nombreux commentateurs, cette éviction des conventions réglementées en matière de rémunération des dirigeants sociaux a validé la théorie institutionnelle de la rémunération « *sous l'emprise de la législation actuelle, la doctrine admet de façon quasi unanime la nature institutionnelle, et non contractuelle, de la rémunération du président*⁷⁹⁹ ».

Pourtant un courant parlementaire était favorable à ce que la rémunération du président soit soumise à un vote de l'assemblée générale des actionnaires à la suite d'un amendement proposé par un député mais le Sénat s'opposa à cet amendement pour adopter à la place la formule actuelle prévue par le Code de commerce⁸⁰⁰. L'actionnaire avait simplement le droit de savoir le montant des 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées de l'entreprise⁸⁰¹. Le conseil

⁷⁹⁵ R.A. LACAN, P. et P. DIDIER, La réforme de l'article 40, rémunération du président, 1967. La Réforme de l'article 40 : Rémunération du président, la loi du 24 juillet 1966, le décret du 23 mars 1967, et le nouveau régime des conventions entre une société et ses dirigeants, société anonyme, S.A.R.L., formules.

⁷⁹⁶ Avant la loi de 1867, il y avait la loi du 23 mai 1863 qui était particulièrement stricte en la matière : cette loi interdisait aux administrateurs d'avoir un quelconque intérêt dans une opération avec la société dirigée sauf autorisation de l'assemblée générale. La loi du 24 juillet 1867 était plus libérale avec son article 40 modifié en 1943. V. J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. » Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ, 1972 p.890 et s., n°1017 et s.

⁷⁹⁷ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, deuxième partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée », Editions Montchrétien, p.483 n°724-5 ; J. HAMEL, « L'article 40 de la loi de 1867 et la rémunération des présidents de Sociétés anonymes » GAZ. PAL. 1957, p.60

⁷⁹⁸ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. » Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 : les auteurs évoquent le caractère institutionnel des pouvoirs du président du conseil tout en admettant le caractère conventionnel de sa rémunération. P.845, n°980

⁷⁹⁹ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT op.cit p.483 n°724-5

⁸⁰⁰ J.O., déb. Ass. Nat., séance du 8 juin 1965, p.1862, cité par J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972, p. 843

⁸⁰¹ Et encore cette possibilité de connaître la rémunération des 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées date d'une loi du 30 avril 1983, V. ANSA, rémunération des dirigeants, n°08-042 Sur ce point J. de CALBIAC, thèse p.79 et s. n°146 et s.

d'administration dispose donc d'une grande liberté pour fixer la rémunération des mandataires sociaux dirigeants, cette prérogative exclusive ne peut être en théorie ni remise en cause par les statuts ni par l'assemblée générale des actionnaires. Mais la composition du conseil d'administration résulte forcément du rapport de force capitalistique. Car il ne faut pas oublier que les membres du conseil d'administration sont nommés par l'assemblée générale. Or, sauf règle spéciale qui dépend de la volonté privée et du rapport de force contractuel lors de la conclusion du contrat de société, le vote de l'assemblée est corrélé à l'apport initial de chaque associé (ou de leurs ayants droit). L'assemblée générale est parfois qualifiée de démocratie actionnariale mais alors il s'agit d'une démocratie censitaire.

En ce qui concerne la rémunération des membres du directoire, on peut faire une analyse similaire étant donné que la fixation de la rémunération est également une compétence légale d'un « organe » dénommé ici Conseil de Surveillance (C.S.). Même s'il existe des différences textuelles entre l'organisation de la société anonyme classique (avec conseil d'administration) et de la société anonyme à directoire, ces différences sont souvent picrocholines⁸⁰². En résumé, ce n'est pas le choix d'une forme sociale qui permet de comprendre le fonctionnement d'une société mais plutôt la répartition du capital entre les différents associés⁸⁰³. La rémunération des dirigeants est aussi l'enjeu parfois d'un rapport de force. Bien souvent, la rémunération entre le dirigeant social et la société résulte d'une convention passée entre lui et un groupe actionnaire majoritaire⁸⁰⁴. La contractualisation est donc évidente malgré une procédure formelle apparemment empreinte d'unilatéralité⁸⁰⁵. D'ailleurs la règle de la compétence exclusive des Conseils pour déterminer la rémunération des mandataires dirigeants comporte de nombreuses exceptions.

Mais le problème est qu'actuellement la rémunération des mandataires sociaux n'est pas vue comme étant unitaire mais comme une fraction d'éléments.

Régime juridique fragmenté de la rémunération des dirigeants de SA (Rémunération dite institutionnelle et rémunération soumise à la procédure des conventions réglementées)

⁸⁰² La véritable différence n'est pas entre la forme sociale choisie mais la composition de l'actionnariat ; soit la société anonyme est dominée par un groupe majoritaire ou un actionnaire majoritaire (souvent familial) qui va désigner le chef d'entreprise de la Société, voire du groupe de société, soit la société anonyme va avoir un actionnariat éclaté et un actionnaire minoritaire, soit la direction va être renforcée

⁸⁰³ C. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962 p.107, n°108

⁸⁰⁴ S. SCHILLER, Rép. sociétés Dalloz, 2006, Pactes d'actionnaires n°137 et s.

⁸⁰⁵ Lorsqu'un associé est ultra-majoritaire, et qu'il contrôle totalement un groupement, il peut seul prendre des décisions très importantes. Néanmoins, contrairement à un propriétaire unique d'un objet, il doit respecter les autres associés mêmes ultra-minoritaires sous peine de risque un abus de majorité...

Comme nous venons de le voir, la théorie dite institutionnelle de la rémunération des mandataires sociaux aboutit à la compétence exclusive et unilatérale d'un organe compétent désigné par la loi pour déterminer unilatéralement (prétendument) la rémunération des dirigeants⁸⁰⁶. Par une sorte de fiction, le droit positif en vigueur semble considérer que la décision de rémunérer et la fixation du montant de la rémunération sont de la compétence propre et exclusive du conseil d'administration pour le Président-directeur général, le directeur général et président en cas de société anonyme à conseil d'administration dissociée, le conseil de surveillance dans la société à directoire.

Les réformes qui ont concerné la rémunération des dirigeants dans les années 2000 ne sont pas construites sur la même vision dirigiste que le texte de 1966 : la transparence des rémunérations visées par la loi NRE du 15 mai 2001 est déjà une avancée significative⁸⁰⁷. Avant, l'actionnaire avait droit à l'information de connaître seulement l'enveloppe globale versée aux 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées de l'entreprise⁸⁰⁸. La conception « organique » des rapports sociaux au sein de la grande entreprise avait négligé l'importance de la relation actionnaires-dirigeant⁸⁰⁹. Cette transparence (qui selon nous devrait être de plein droit due à la nature de l'entreprise⁸¹⁰) va dans le sens de la contractualisation et d'une désintermédiation de la personne morale entre les actionnaires et le mandataire social⁸¹¹.

Mais à partir de 2005 avec la loi BRETON on assiste, dans les sociétés anonymes cotées, à un phénomène récurrent de vouloir « donner la parole » aux actionnaires : les réformes de 2005 et 2007 (amplifiées en 2015 par la réforme Macron) qui vont modifier substantiellement le droit de la rémunération des mandataires sociaux des sociétés cotées avec la soumission de

⁸⁰⁶ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, *Société commerciales*, Tome 1. Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ, 1972, p.847, n°980 ; M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT *Traité de droit commercial*, Deuxième volume : Les sociétés, 2ème Partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée ».3^eédit Montchrestien 1982, p.483, n°724-5

⁸⁰⁷L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 : JO 27 juill. 2005, p. 12160 ; JCP E 2006, 1535. ; En réalité, la loi NRE du 15 mai 2001 imposait la transparence des rémunérations à toutes les sociétés anonymes, cotées ou non mais la loi de sécurité financière du 1er août 2003 a limité cette transparence aux seules sociétés cotées. Sur ce point, F.GARRON, « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », RS 2004, p.795 et s. n°23 ; Sur la publicité des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées, V. M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29e édit. LexisNexis 2016, p.324, n°722 et s.

⁸⁰⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *op.cit.* p.324, n°722

⁸⁰⁹ Avec le débat de la corporate governance et du gouvernement d'entreprise, la relation dirigeant associé est redevenue centrale en ce qui concerne l'organisation de la société V. « M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique*. PUF 2005 p.29 : «[...] le droit des sociétés s'est déstructuré, en ce sens qu'il est devenu de moins en moins construit sur la personnalité morale et de plus en plus contractualisé. L'essentiel devient alors la relation entre les associés et les dirigeants (désignés précisément comme des « mandataires sociaux »).

⁸¹⁰ *Infra*

⁸¹¹ On peut regretter le recul du législateur en 2003 dans les sociétés non cotées. D'après « les principes », tout associé devrait avoir le droit à cette information...*infra*

certain éléments de rémunération à la procédure des conventions réglementées : l'article 8 de la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 dite loi BRETON a prévu que les rémunérations différées octroyées aux mandataires sociaux des sociétés cotées (société anonyme ou société en commandite par actions) seront désormais soumises à la procédure des conventions réglementées⁸¹² : ce sont donc les actionnaires, réunis en assemblée qui doivent se prononcer sur la rémunération accordée aux dirigeants sociaux par l'organe décisionnel compétent⁸¹³. La loi TEPA prise par la nouvelle majorité présidentielle est la concrétisation d'une promesse pour la présidentielle 2007, elle est parfois qualifiée de super convention réglementée. L'article L.225-42-1 a été substantiellement augmenté pour les « présidents, directeurs généraux, directeurs généraux délégués créanciers de certains éléments de rémunération (*« éléments de rémunération, indemnités ou avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celle-ci*⁸¹⁴ » versés par certaines sociétés (cotées ou contrôlées par une société cotée⁸¹⁵). La loi TEPA du 21 août 2007 vise donc les mêmes éléments de rémunération des mêmes sociétés des mêmes mandataires sociaux (avec exception⁸¹⁶) que la loi BRETON précédente. La question sur le bien-fondé de ce « bégaiement législatif⁸¹⁷ » peut susciter des questions sur l'opportunité réelle de cette réforme alors qu'il était impossible de vérifier à l'époque les effets de la loi BRETON. De surcroît la soumission des indemnités de départ à la procédure des conventions réglementées de 2005 avec un contrôle de la réalisation des objectifs (2007) a parfois été contournée par la pratique en octroyant une retraite chapeau...dès la prise de poste du mandataire social⁸¹⁸. D'où la loi Macron⁸¹⁹ qui a étendu le régime des parachutes dorés aux

⁸¹² L.225-38 et s. pour la SA moniste et L255-86 et s.. Pour la SA à directoire A. VIANDIER V. « La soumission des indemnités de départ des dirigeants à la procédure des conventions réglementées » JCP E 2005, n°44, 1585 ; J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, JCP E 2005, 1834, p. 2159,

⁸¹³ A. VIANDIER, La soumission des indemnités de départ des dirigeants à la procédure des C.R. JCP E 2005, n°44, 1585 ce vote n'est pas fondamental car même sans approbation, la décision de l'organe compétent demeure valide.

⁸¹⁴ C.Com L. 225-42-1 et L.225-90-1

⁸¹⁵ Sur plus de précisions quant aux sociétés soumises aux dispositifs de l'article L.225-42-1 : P Le CANNU, L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi no 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, Rev. sociétés 2007. 465 n°10 et s. ; V. aussi D.VIDAL, Les modifications apportées par l'art. 17 de la loi no 2007- 1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé, Bull. Joly 2007. 1148 ; Y. PACLOT et C. MALECKI, Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages, des dirigeants de sociétés cotées, D. 2007. Chron. 2481

⁸¹⁶ Sur les exceptions, voir note de D.VIDAL, Les modifications apportées par l'art. 17 de la loi no 2007-1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé, Bull. Joly 2007. 1148

⁸¹⁷ Expression de Dominique VIDAL, op.cit.

⁸¹⁸ M. ROUSSILLE, Extension du dispositif aux retraites chapeaux., Droit des sociétés n° 10, Novembre 2015, comm. 170

⁸¹⁹ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 229

retraites chapeaux, c'est-à-dire les retraites à prestations définies visées par l'article L.137-11 du Code de la sécurité sociale⁸²⁰.

En plus d'autres petites réformes sur la rémunération des dirigeants des mandataires sociaux⁸²¹, les réformes de loi BRETON et TEPA sont venues conforter la doctrine juridique et économique⁸²² qui prônait une reconnaissance de la « contractualisation du processus de fixation de la formation des rémunérations⁸²³ » des dirigeants sociaux⁸²⁴. Et ce phénomène de possible « contractualisation » où la loi impose que les actionnaires soient décisionnaires en matière de choix de la rémunération des dirigeants fut amplifié dans les sociétés cotées avec le *say on pay* consultatif puis contraignant. Le fait que le législateur impose désormais un double vote contraignant de la rémunération des dirigeants dans les sociétés cotées modifie substantiellement la traditionnelle distinction entre les rémunérations qui seraient institutionnelles et celles qui seraient conventionnelles et donc soumises à la procédure des conventions réglementées. Aujourd'hui en 2018, on ne peut pas mesurer encore toutes les incidences de la loi SAPIN II du 9 décembre 2016 mais le fait que l'ensemble des éléments composant la rémunération soit soumis à un vote des actionnaires semble confirmer cette volonté politique constante de contourner les « organes » classiques en matière de rémunération afin de (re)donner le pouvoir aux actionnaires de contrôler la rémunération. A terme, on peut se poser la question de la viabilité de l'analyse institutionnelle de la rémunération comme mécanisme de défense pour éviter les conventions réglementées.

Seulement ce changement de paradigme transforme le droit positif en un véritable maquis peu intelligible. Si l'on résume, il existe deux types d'ensemble de rémunérations : celles qui sont fixées unilatéralement par l'organe compétent et celles qui sont soumises à la procédure des articles L.225-38 et s. (L.225-86 et s.). Comment justifier que le régime juridique de la rémunération soit éclaté alors que la cause de la rémunération appréciée est identique ? Certes, la raison est « d'ordre historique » : la construction du droit positif se fait pierre par

⁸²⁰ M. ROUSSILLE, Extension du dispositif aux retraites chapeaux., Droit des sociétés n° 10, Novembre 2015, comm. 170

⁸²¹ V. par exemple, H. HOVASSE, « politique de rémunération prévue par le décret n°2009-348 du 30 mars 2009 » Dr. Stés juin 2009, comm.115 : le décret du 30 mars 2009 a encadré les rémunérations des dirigeants versées aux dirigeants des sociétés aidées par l'Etat pour faire face à la crise apparue à l'automne 2008. Le gouvernement d'entreprise (dont l'appellation fut consacrée par le législateur L'art L225-37 et L226-68 utilise l'expression de « code de gouvernement d'entreprise ») en général et la rémunération des dirigeants en particulier fut une préoccupation constante du législateur depuis une décennie.

⁸²² E. OLZAK, la rémunération des dirigeants in La rémunération des dirigeants, Ouvrage collectif, Ss direction de S. MOREIL et F. LUDWICZAK, L'harmattan 2013

⁸²³ P. LE CANNU, L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées. L'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat. R.S. 2007 p. 465, n°5 »

⁸²⁴ Voir les développements de J.-F. QUIEVY sur la nature contractuelle de la rémunération des dirigeants sociaux in thèse « Anthropologie juridique de la personne morale » Préface de Didier R. MARTIN LGDJ, bibliothèque de droit privé

Pierre sans forcément une vision d'ensemble, ce qui conduit actuellement à une complexification de la matière.

Nous donc allons voir les rémunérations considérées comme un complément de rémunérations, rémunérations dites institutionnelles et les rémunérations soumises au processus contractuel des conventions réglementées. Le fait de savoir si la société est cotée ou non est également important.

A. Les éléments de rémunérations dits institutionnels (rémunérations fixes et variables)

Malgré l'analyse prétendue institutionnelle de la société anonyme et du statut de ses dirigeants⁸²⁵, la pratique a généré une très grande variété d'éléments de rémunérations. Selon notre grille de lecture, cette grande diversité de rémunérations possibles pour un mandataire social est la conséquence d'une « liberté contractuelle ». Le fort encadrement législatif n'a pas atteint la substance des relations juridiques entre le dirigeant mandataire et les associés mandants « incarnés » par la figure juridique de la société. L'économiste Henri LEPAGE a d'ailleurs résumé cette contradiction apparente⁸²⁶ en une phrase : « *L'existence d'un droit des sociétés et d'un droit des affaires donne l'illusion que les formes institutionnelles conçues pour organiser la production dépendent d'abord et avant tout de choix législatifs* ⁸²⁷ ». La rémunération des mandataires est, selon nous, la prestation d'une obligation contractuelle

⁸²⁵ E. du PONTAVICE, « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », Mélanges D. Bastian, T. I, p. 193 à p.198 ; P. Le CANNU, Rémunérations des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 567, § 203 ; A. REYGROBELLET, A. COURET in La direction des sociétés anonymes en Europe, Vers des pratiques harmonisées de gouvernance, Sous la direction de Y. CHAPUT et A. LEVI p.188 et s. ; M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, deuxième partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée », 3^e édition Montchrestien 1982 p.483, n°724-5 ; J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in Mélanges A. SAYAG, Litec, 1997, p. 131 et s. ; A. PICAND-L'AMEZEC, l'autorémunération du président du C.A., Joly 1988.319 ; M. STORCK, Cass. com., 24 oct. 2000, no 98-18367, Roussel-Hugon c/ SA L'Impeccable « Le conseil d'administration a compétence exclusive pour attribuer ou pour supprimer une pension viagère au profit du président du conseil avec réversibilité au conjoint survivant, sans l'accord des bénéficiaires », Bulletin Joly Sociétés 2001 n°1 ; Fr.-X. LUCAS, Cass. com., 27 févr. 2001, Sté Malteries franco-belges c/ Bemheim : Juris-Data n° 008492, Rémunération du président, Droit des sociétés n° 6, Juin 2001, comm. 99

⁸²⁶ Contradiction entre un droit des sociétés formalistes qui donne l'impression du primat de la volonté publique (Etat, Juge, etc....) sur la volonté privée avec pourtant une nature de l'ordre juridico-économique fondée sur l'initiative privée.

⁸²⁷ H. LEPAGE, op.cit. « pourquoi la propriété ? », p.141

mais issue d'un contrat qui ne rentre pas dans les cadres juridiques connus comme le salaire d'un contrat de travail par exemple, encadré et reconnu comme tel par le droit⁸²⁸.

Les éléments de rémunérations courants (rémunérations fixes et variables)

Par le terme d'éléments de rémunération courants, il faut entendre les éléments de rémunérations versés qui sont usuels comme la rémunération fixe et l'éventuelle rétribution variable versée selon les conditions déterminées ou négociées avec l'entreprise. Ces éléments de rémunération qualifiés de rémunérations institutionnelles par certains⁸²⁹, sont de la compétence exclusive de l'organe compétent⁸³⁰. Cette compétence exclusive découle des principes de hiérarchie et de spécialisation des organes dégagés par l'arrêt Motte de 1946 étudié précédemment⁸³¹, il n'est donc pas possible de déléguer cette compétence à un organe qui aurait été créé pour la cause⁸³². Si la société anonyme dispose par exemple d'un comité *ad hoc* pour établir la rémunération des principaux mandataires sociaux de l'entreprise, ce comité doit se contenter d'une mission de conseil car le droit positif actuel, empreint de formalisme, interdit à un autre « organe » autre que le conseil d'administration ou de surveillance, d'avoir un pouvoir décisionnaire pour la fixation de la rémunération des mandataires sociaux exécutifs. D'ailleurs l'éventuel comité de rémunération prévu par le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées révisé de juin 2013 AFEP-MEDEF insiste sur la mission de conseil de l'éventuel comité de rémunération⁸³³.

⁸²⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY 25e édit p.314, n°557 et s.

⁸²⁹ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, deuxième partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée », 3^e édit Montchrestien 1982 ; p.483, n°724-5 : « Sous l'empire de la législation actuelle, la doctrine admet de façon quasi unanime la nature institutionnelle, et non contractuelle, de la rémunération du président ».

⁸³⁰ L'article L. 225-47, « le conseil d'administration élit parmi ses membres un président [...]. Il détermine sa rémunération ». La décision du conseil fixant la rémunération sera inscrite au procès-verbal (Décr. 1967, art. 85) cf. L. AMIEL-COSME, Rep. Civ. Sté, Jan. 2014, Rémunération des dirigeants sociaux n°24 et s. ; L.225-53 (ancien article L.110 de la loi de 1966) ; L.225-63 du Code de commerce ; V. aussi M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis p.332-333 n°599 et s.

⁸³¹ Supra, V. aussi M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis op.cit. ; C.-E. PRIEUR, La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants, J.S. sept.2012, p.20 et s. ; L. AMIEL-COSME, Rep.Sté, Dalloz, Rémunération des dirigeants sociaux, Juin 2017, n°32 et s.

⁸³² M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis p.333, n°600

⁸³³ Code AFEP-MEDEF juin 2013 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées : Article 18.3. Ses attributions : « Le comité des rémunérations doit permettre de placer le conseil d'administration dans les meilleures conditions pour déterminer l'ensemble des rémunérations et avantages des dirigeants mandataires sociaux, l'ensemble du conseil d'administration ayant la responsabilité de la décision. »

Par ailleurs, le comité doit être informé de la politique de rémunération des principaux dirigeants non mandataires sociaux. A cette occasion, le comité s'adjoit les dirigeants mandataires sociaux. »

La rémunération fixe est en général déterminée lors de la prise de fonction⁸³⁴ et est fondée sur des critères objectifs déterminés par les organes de la société⁸³⁵. La rémunération variable peut parfois constituer une partie très importante de la rémunération du mandataire social exécutif⁸³⁶. D'un point de vue procédural, il s'agit bien d'un complément de rémunération déterminé par l'organe décisionnaire compétent⁸³⁷ et donc non soumis à la procédure des conventions réglementées. Les éléments de rémunérations exceptionnels obéissent aussi à ce même régime.

Les éléments de rémunérations exceptionnels

Dans cette catégorie, il faut comprendre évidemment les éléments de rémunération versés durant le mandat mais qui ne sont pas habituels. Il s'agit de la fameuse prime de bienvenue et de rémunérations exceptionnelles versées pour une multitude de raisons. La question du Golden Hello⁸³⁸ (ou *welcome bonus ou prime de bienvenue*) peut susciter des questions. Contrairement à ce qui est parfois prétendu, le Golden Hello n'est pas « gratuit » et a juridiquement pour cause notamment la renonciation à des droits à retraite que peut avoir le dirigeant dans l'ancienne société où il exerçait ses fonctions⁸³⁹. S'agit-il d'une « rémunération institutionnelle » ou d'une rémunération soumise à la procédure des conventions réglementées ? Une doctrine majoritaire considère que la prime de bienvenue est un complément de rémunération et obéit donc à la procédure dite institutionnelle⁸⁴⁰. Il faut

⁸³⁴ CODE DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE des sociétés cotées juin 2013

23.2.2. Rémunération fixe des dirigeants mandataires sociaux : « Elle peut être calibrée différemment selon que le dirigeant mandataire social poursuit une carrière sans discontinuité dans l'entreprise ou qu'il est recruté à l'extérieur.

Elle ne doit en principe être revue qu'à échéances relativement longues, par exemple trois ans.

Sa progression doit être liée à des événements affectant l'entreprise, et tenir compte de la rémunération de la performance au travers des autres composantes de la rémunération y compris les avantages en nature. »

⁸³⁵ J.M. MOULIN, « La rémunération des dirigeants sociaux – Aspects de droit des sociétés » in Dossier la rémunération des dirigeants sociaux, Actes pratiques et stratégie patrimoniale Jan.mars 2014, lexis Nexis, n°14

⁸³⁶ Dans certaines occurrences, le dirigeant renonce à sa rémunération fixe pour adopter une rémunération variable uniquement fondée sur des critères de performance. Exemple de la société PUBLICIS

⁸³⁷ Conseil d'administration ou conseil de surveillance suivant le type de société anonyme concernée.

⁸³⁸ B. DONDERO « Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ », Revue des sociétés 2014 p.7 ; Le Golden Hello est désormais visé par le code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF révisé de juin 2013 : 23.2.5. Indemnités de prise de fonctions, de départ et de non-concurrence ¶ Indemnités de prise de fonctions : « Une indemnité de prise de fonctions [Golden Hello] ne peut être accordée qu'à un nouveau dirigeant mandataire social venant d'une société extérieure au groupe. Dans ce cas, son montant doit être rendu public au moment de sa fixation. »

⁸³⁹ Institut MONTAIGNE : Comment « bien » payer les dirigeants d'entreprise? Amis Curiae, www.Institutmontaigne.org

⁸⁴⁰ C. CATHIARD, B. SAINTOURENS et A. LEMERCIER, La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions : Actes pratiques 2009, n°2

également préciser que les rémunérations exceptionnelles allouées pour des missions spécifiques et ponctuelles sont de la compétence exclusive du Conseil⁸⁴¹.

Rémunération du Président et du Vice-président de conseil de surveillance d'une société à directoire

La question de la rémunération régulière que peut percevoir le président du conseil de surveillance, voire le vice-président du conseil, est peu traitée par la doctrine et la jurisprudence⁸⁴². D'ailleurs on remarque que les lois BRETON et TEPA n'ont pas visé les membres du conseil de surveillance en ce qui concerne les engagements « *dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions*⁸⁴³ ». Pourtant on peut constater en consultant les documents de référence des sociétés du CAC 40 que le président, voire le vice-président du conseil de surveillance perçoit parfois une rémunération importante⁸⁴⁴. Lorsque l'on parle de rémunération régulière, on veut viser la rémunération propre que le président du conseil de surveillance est susceptible de recevoir en plus de ses jetons de présence, d'une éventuelle rémunération exceptionnelle pour un mandat spécial ou d'un possible salaire à raison d'un contrat de travail⁸⁴⁵. La rémunération perçue par le président du conseil de surveillance en vertu de l'article L.225-81 devrait obéir au même régime juridique que la rémunération accordée aux autres mandataires sociaux exécutifs⁸⁴⁶ (PDG, DG, DG, membre du directoire), c'est-à-dire fixée par le conseil compétent et non soumise à la procédure des conventions réglementées et être fiscalement considérée comme un salaire⁸⁴⁷. Le versement d'une

⁸⁴¹ L.225-46 et L.225-84 du Code de commerce

⁸⁴² J.-J. CAUSSAIN, L'autre président : le président du conseil de surveillance, Mélanges offerts à Paul DIDIER, p.101 et s p.101 et s.

⁸⁴³ V. J.-J. CAUSSAIN, L'autre président : Le président du conseil de surveillance Mélanges offerts à Paul DIDIER, p.101 et s., p.105. Pourtant, la rémunération du président/vice-président de C.S. est visée par les obligations de transparence des articles L.225-102-1, Article L225-90-1 al. 1er : « Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice d'un membre du directoire, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-86 et L. 225-88 à L. 225-90 Al.2 » : « Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il est membre du directoire. »

⁸⁴⁴ Une rémunération qui peut être de l'ordre à quinze ou vingt fois le salaire moyen. Voir les exemples ci-après.

⁸⁴⁵ J.-J. CAUSSAIN, L'autre président : Le président du conseil de surveillance Mélanges offerts à Paul DIDIER..p.101 et s. p.105 ; FI. DEBOISSY, ISF et appréciation du caractère normal de la rémunération du président du conseil de surveillance, Com. 23 avril 2003, RTD com. 2004 p.175

⁸⁴⁶ Article L225-81 du Code de commerce : « Le conseil de surveillance élit en son sein un président et un vice-président qui sont chargés de convoquer le conseil et d'en diriger les débats. Il détermine, s'il l'entend, leur rémunération. »

⁸⁴⁷ Ce qui n'est pas le cas en l'état actuel car fiscalement, la rétribution accordée au président du conseil d'administration dissocié relève des traitements et salaires alors que la rétribution spécifique allouée au président du CS relève des Revenus de Capitaux Mobiliers M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, 36e édit. LexisNexis, p.396, n°938 et s. ; Doc. Adm. 5 H 131, n°9) ; V.BOI-RSA-CHAMP-10-30-20-

rémunération, parfois très importante, est l'indice de l'exercice d'une véritable activité professionnelle⁸⁴⁸. Certains présidents et vice-présidents de conseil de surveillance peuvent percevoir une rétribution supérieure à 30 000 euros par mois⁸⁴⁹. Une somme de cette importance doit avoir pour cause un mandat professionnel et ne devrait pas être considérée comme autre chose qu'un revenu du capital. Sinon il s'agirait d'un détournement pouvant être sanctionné pénalement et fiscalement⁸⁵⁰. Le président du conseil de surveillance ainsi que son vice-président devraient être considérés comme des mandataires sociaux exécutifs lorsqu'ils perçoivent une rémunération propre pour l'exercice de leur fonction car la perception d'une rémunération propre, lorsqu'elle a une vraie cause, conduit à une présomption de professionnalité⁸⁵¹. De plus, depuis la loi NRE de 2001 qui permet que le poste de président du conseil d'administration soit dissocié de la direction générale⁸⁵², on peut se poser la question de la différence réelle entre un Président de conseil « dissocié » et un président de conseil de surveillance. Malgré des différences de texte, on peut présumer qu'en pratique les fonctions sont très proches.

Le régime juridique de la rémunération du vice-président et président de conseil de surveillance devrait suivre le régime des mandataires sociaux exécutifs de sociétés anonymes

20120912, n°200 et n°210210 : Le président et le vice-président peuvent être rémunérés pour leurs fonctions. Ces rémunérations allouées en application des dispositions du Code de commerce relèvent du régime fiscal des revenus de capitaux mobiliers (RM Bourguine, n° 8889, JO Déb. Sénat, 12 avril 1990, p. 780 et RM Labbé, n° 14652, JO Déb. AN, 5 mars 1990, p. 996) (cf. Série RCM).

⁸⁴⁸ La rémunération du président du C.S. doit être suffisante si celui-ci veut pouvoir bénéficier de l'exonération d'ISF prévue pour les biens professionnels (titres sociaux détenus par le président) en vertu de l'article 885-O bis du C.G.I., Fl. DEBOISSY, ISF et appréciation du caractère normal de la rémunération du président du conseil de surveillance, Com. 23 avril 2003, RTD com. 2004 p.175

⁸⁴⁹ Par exemple, pour l'exercice 2013, Thierry PEUGEOT, Président du Conseil de Surveillance touchait 425 000 € annuels, rémunération inchangée depuis 2002. (Source Document de référence PEUGEOT SA), pour l'exercice 2016, il fut prévu une rémunération de 300 000 € pour le président GALLOIS (s'il n'y renonce pas car il avait renoncé à l'exercice président) et de 40 000 € pour son vice-président Source : GROUPE PSA - DOCUMENT DE RÉFÉRENCE 2016 PDF valide le 01.03.2018; Autre exemple : Mme Élisabeth Badinter, Présidente du Conseil de surveillance de Publicis a touché -au titre de l'exercice 2016 un fixe 240.000€ en tant que présidente du CS et 55 000 € de jetons de présence, à noter que dans le groupe Publicis, contrairement au groupe Peugeot, le vice-président n'est pas rémunéré Source : PUBLICIS GROUPE SA - Document de référence 2016 PDF valide au 1er mars 2018.

⁸⁵⁰ Les qualifications d'Abus de biens sociaux et d'acte anormal de gestion seraient envisageables.

⁸⁵¹ La présomption de gratuité du mandat a été écartée par la jurisprudence lorsque le mandat est accompli dans le cadre d'une activité professionnelle. Ph. PETEL, Le contrat de mandat. Dalloz, connaissance du droit. p.22, Le mandat était à l'origine gratuit contrairement au locateur d'ouvrage qui recevait le prix de ses services, désigné sous le nom de merces. La jurisprudence a vidé de sa substance ce principe en présumant que celui-ci est rémunéré lorsque le mandataire fait profession de s'occuper des affaires d'autrui (Cass. 1re civ., 10 février 1981, Bull. civ., I, n°50 ; Cass. com., 22 janvier 1991, Bull. civ., IV, n°33 ; Cass. 1re civ., 16 juin 1998, Bull. civ., I, n°211.) : Il est donc aujourd'hui inepte d'affirmer que la gratuité est le critère de la qualification du mandat. Le fait que le mandat soit « salarié » aura une conséquence sur le régime juridique et non sur la nature de ce contrat. Sur cette question, V. F. LABARTHE, C. NOBLOT, « Le contrat d'entreprise L.G.D.J. » p.112 et s. n°202 et s.

⁸⁵² M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e édit. LexisNexis, p.304 et s., n°668 et s. ; p.325, n°723 et s.

monistes, c'est-à-dire que la rémunération devrait être de la compétence exclusive de l'organe compétent et non être approuvée par l'assemblée générale dans le cadre des conventions réglementées⁸⁵³.

En revanche pour certains éléments de rémunérations, la question de leur soumission à la procédure de conventions réglementées se pose.

B. Les éléments de rémunération susceptibles de constituer une convention réglementée

Problème de qualification

Si dans les textes, les catégories sont clairement délimitées, en pratique, le praticien du droit peut avoir un doute sur la catégorie à laquelle il doit rattacher un élément de rémunération. Là encore, ce sont donc les clauses (si elles sont formalisées un minimum) qui vont déterminer le régime applicable, à savoir si l'élément de rémunération relève de la compétence exclusive du Conseil ou s'il doit relever de la procédure des conventions réglementées. Le principe de compétence exclusive du conseil pour déterminer la rémunération des mandataires sociaux exécutifs souffre de certaines exceptions pour certains éléments de rémunération. La rémunération des dirigeants sociaux n'est pas appréhendée globalement par le droit positif mais d'une manière fractionnée. Les réformes intervenues dans la décennie 2000, sous l'influence paraît-il de la *corporate governance*, paraissent plus conformes au « réel », ne sont pas vraiment cohérentes avec la vision que le législateur avait en 1966. La matière est devenue excessivement complexe et il semble qu'il n'y ait pas de vision globale de la rémunération des mandataires sociaux de sociétés anonymes.

Le rôle de l'assemblée générale résulte parfois d'une obligation légale dans la procédure d'attribution d'une rémunération. Il faut d'abord faire une différence entre les sociétés cotées et les sociétés non cotées ainsi qu'en fonction de la nature de l'élément de rémunération.

⁸⁵³ J.-J. CAUSSAIN, L'autre président : Le président du conseil de surveillance Mélanges offerts à Paul DIDIER.,p.101 et s.

1 Rémunérations susceptibles d'être soumises aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes non cotées.

Même si les rémunérations jugées excessives qui ont défrayé la chronique sont des rémunérations attribuées aux dirigeants de sociétés cotées, notamment celles faisant partie des 40 plus grandes capitalisations du pays (CAC 40), il ne faut pas oublier que la plupart des sociétés anonymes en France ne sont pas cotées et que les dirigeants de ces sociétés peuvent aussi percevoir des éléments de rémunération variés.

Il faut distinguer entre l'indemnité de départ (dont le *Golden Parachut*⁸⁵⁴) et la retraite complémentaire ainsi que le moment de l'attribution d'une telle rémunération.

a. La retraite complémentaire

Outre la rémunération accordée durant l'exercice de leurs mandats, les dirigeants sociaux peuvent bénéficier d'un complément de retraite, qui fait partie de la catégorie des rémunérations différées, car celui-ci est perçu après la cessation de leurs fonctions. La question qui se pose est de savoir si cet élément de rémunération fait partie de la catégorie des « rémunérations institutionnelles » et relève donc de la compétence exclusive de l'organe décisionnaire (CA ou CS) ou doit-on appliquer la procédure des articles L.225-38 et s. pour la société moniste et L.255-86 pour la société dualiste ?

L'arrêt du 3 mars 1987

Un arrêt important de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 mars 1987⁸⁵⁵, puis repris par une jurisprudence constante, a posé trois conditions cumulatives pour que la

⁸⁵⁴ J. EL AHDAB, « Les Parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée ». R.S. 2004 n°1, p.18 : Définition du Golden parachut Définition du G.P. selon l'auteur : « le parachute doré peut être qualifié d'indemnité conventionnelle d'éviction ou de départ – consentie à un dirigeant, social et/ ou salarié, qui autrement n'aurait pas légalement droit à cette contrepartie spécifique, versée au titre de la cessation de ses fonctions et dans l'objectif d'aménager les conséquences financières de ce départ. »

⁸⁵⁵ Arrêt du 3 mars 1987: « Mais attendu que le conseil d'administration d'une société anonyme est seul compétent pour fixer la rémunération du président, en vertu de l'article 110 de la loi du 24 juillet 1966 [C. com., art. L. 225-47] ; qu'entre dans les prévisions de ce texte, et non dans celles de l'article 101 de la loi précitée [C. com., art. L. 225-38], l'octroi d'un complément de retraite ayant pour contrepartie des services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions par le président dès lors que l'avantage accordé est proportionné à ces services et ne constitue pas une charge excessive pour la société » (Cass. com. 3 mars 1987, Sté Union de Banques à Paris c/ Lebon, Bull. civ. IV, n o 64, Bull. Joly 1987.218, Rev. sociétés 1987.266, note Y. GUYON, Gaz. Pal. 1987.1.264 ; note B. HATOUX, D. 1987, IR 64 ; Y. CHARTIER et J. MESTRE, Les sociétés, Les grandes décisions de la jurisprudence, 1988, PUF, p. 217 ; M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, 36e édit. LexisNexis, p.332, n°55

retraite complémentaire soit qualifiée de complément de rémunération⁸⁵⁶ et donc obéir au régime juridique de la rémunération dite institutionnelle qui est synonyme de compétence exclusive du Conseil. Si les critères posés par l'arrêt du 3 mars 1987 sont respectés, il n'y aura pas application de la procédure de conventions réglementées⁸⁵⁷. En revanche, en cas de non-respect d'un de ces critères, la rémunération aurait dû être soumise à la procédure des conventions réglementées. Et donc, si la procédure des conventions réglementées n'a pas été suivie, il y a possibilité d'engager la responsabilité des administrateurs ainsi que de mettre à la charge du bénéficiaire les conséquences de l'acte préjudiciable pour la société⁸⁵⁸. La Cour de cassation continue d'appliquer cette jurisprudence du 3 mars 1987 et veille à ce que la décision soit bien prise par le conseil lui-même et non par d'autres, même mandatés, en l'occurrence des administrateurs de la société débitrice de la retraite complémentaire⁸⁵⁹. Dans un arrêt très médiatisé rendu le 10 novembre 2009, la Cour de cassation a appliqué les critères posés par l'arrêt du 3 mars 1987. Mais dans cet arrêt de rejet, la Cour confirme l'analyse de la Cour d'appel⁸⁶⁰ qui avait infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris. Si le premier moyen est intéressant en ce qui concerne la date à laquelle est « déterminée » la rémunération au sens de l'article L.225-47 du Code de commerce, c'est surtout la réponse au second moyen qui nous intéresse ici⁸⁶¹ : et là, l'arrêt du 10 novembre 2009 applique les critères posés en 1987 en estimant qu'ils n'étaient pas remplis⁸⁶² : « *Mais attendu qu'ayant retenu, sans inverser la charge de la preuve, que si le bilan de l'action de M. B. de 1992 à 2005 était positif, il n'était pas pour autant établi que les services dont il se prévalait, qui avaient été rendus par lui dans l'exercice de ses fonctions de président du conseil d'administration de la société Carrefour, justifiaient l'allocation d'une rémunération venant s'ajouter à celle qu'il*

⁸⁵⁶ Cass. Com 3 mars 1987 (contrepartie rendue à la société durant l'exercice, proportionné et ne devant pas être une charge excessive) (Cass.com. 2 mai 1983, R.S. 1984, 775, P.DIDIER, pour une rémunération différée, raisonnement a contrario Cass.com. 3 Mars 1987 : Joly mars 1987, p. 218, §103, V. aussi Cass. com. 24 oct. 2000, RJDA 2/2001, n°177 ; P. LE CANNU, RS 2001 p. 95 ; V. aussi JPCE Carrefour op.cit.

⁸⁵⁷ Cette jurisprudence est étrange quant à la nature de la rémunération. En cas d'abus ou d'excès relevé par un juge, la nature de l'acte changerait donc ? D'un acte juridique unilatéral, l'acte deviendrait un contrat ?

⁸⁵⁸ L'art L225-41 dispose que les conventions désapprouvées, préjudiciables à la société produisent leurs effets mais peuvent être mises à la charge des intéressés et éventuellement des autres membres du CA. L'art L225-42 prévoit une possibilité d'annulation si les conventions ont été conclues sans autorisation préalable du CA et si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

⁸⁵⁹ Cass. Com. 11 oct. 2005, D. 2005. AJ 2743, note LIENHARD ; Dr. sociétés, déc. 2005, no 219, p. 36, note H. HOVASSE; Bull. Joly 2006, p. 498, note D. VIDAL.

⁸⁶⁰ CA Paris, 3^e, 07 oct. 2008, Joly 2008 p.976, D. SCHMIDT; CA Paris, 7 oct. 2008, SA Carrefour c/ Bernard, D. GALLOIS-COCHET, Droit des sociétés Février 2009, comm.30

⁸⁶¹ Bien que la société soit cotée, on applique le droit positif d'avant les réformes BRETON et donc TEPA, c'est-à-dire le droit encore en vigueur pour les sociétés anonymes non cotées.

⁸⁶² Cass. com. 10 novembre 2009, B. SAINTOURENS, Joly févr. 2010 ; Y. PACLOT, conditions de versement d'un complément de retraite à un ancien dirigeant. JCP E 2010, 1087 ; Cass. com. 10 novembre 2009, Bernard c/ Carrefour, P. LE CANNU, Le juge et le retraité (à propos d'une retraite-chapeau déclarée injustifiée). RS mars 2010, p.38 ; Cass.com., 10 nov. 2009, M. ROUSSILLE, Dr. des sociétés n°3, Mars 2010, comm..46

*avait perçue au titre de ces fonctions*⁸⁶³... ». Ce qui nous intéresse ici dans cet arrêt, en laissant de côté pour l'instant l'aspect contrôle de l'équivalence, c'est le fait que si l'on suit le raisonnement de la Cour de cassation initié avec la jurisprudence du 3 mars 1987, le régime juridique de la retraite supplémentaire est à géométrie variable : si les critères de l'arrêt du 3 mars 1987 ne sont pas remplis, la décision de rémunérer qui relève normalement d'une décision unilatérale et exclusive du conseil deviendrait une convention qu'il faudrait soumettre à la procédure des conventions réglementées. Il y a quelque chose d'illogique dans cette jurisprudence. Mais en réalité la Cour de cassation doit composer avec des textes qui ne sont pas adaptés au réel. L'institutionnalité de la rémunération n'a pas de sens véritable autre que d'être une défense procédurale pour éviter la procédure des conventions réglementées. La rémunération institutionnelle déduite de la nature institutionnelle ne permet pas de déterminer un régime clair de la rémunération, ce qui contribue à alimenter la polémique. Nous verrons qu'en réalité le problème se situe en amont. Traiter différemment des obligations qui ont en réalité la même source, la même cause, n'est pas logique. Normalement, il ne devrait pas y avoir des éléments de rémunération mais une rémunération globale qui pourrait prendre différentes formes, différentes modalités de paiement mais dont la cause de l'obligation est toujours identique : la prestation de travail dont le dirigeant est débiteur à l'égard de la société⁸⁶⁴. La très grande formalisation du statut des dirigeants a rendu la matière illisible, pour le juriste non spécialisé.

Si l'on résume, dans les sociétés non cotées, le complément de retraite est de la compétence exclusive du conseil (Administration ou Surveillance) si les trois conditions cumulatives posées par l'arrêt du 3 mars 1987 de la Chambre commerciale sont remplies. Sinon, la rémunération devrait être soumise à la procédure des conventions réglementées⁸⁶⁵.

b. Les indemnités de départ

La loi ne prévoit pas que la révocation du dirigeant donne lieu à indemnisation mais là encore, la pratique a créé ces fameuses indemnités conventionnelles plus connues sous le nom de parachutes dorés (*Golden parachuts*⁸⁶⁶). Si dans les sociétés cotées, le régime juridique ne

⁸⁶³ Cass. com. 10 novembre 2009 op.cit.

⁸⁶⁴ Infra Partie II Titre II

⁸⁶⁵ On voit mal une délibération du conseil admettre que l'élément de rémunération décidé est excessif. Cette jurisprudence n'est-elle pas en réalité un arrêt de règlement qui autorise les juges à annuler des rémunérations différées qui constituent en réalité des contrats aléatoires ? Le contrat aléatoire lorsqu'il n'y a plus de contrepartie pour la société est-il conforme à l'intérêt social de la société ?

⁸⁶⁶ J. EL AHDAB, op.cit. Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dir. : approche pluridisciplinaire et comparée : importée des USA, cette pratique aurait pour conséquence de compenser la

pose plus de difficultés, *quid* du régime des parachutes dorés dans une société anonyme non cotée qui est la forme sociale la plus répandue en France ?

L'indemnité de départ accordée au mandataire social d'une société non cotée relève-t-elle de la compétence exclusive de l'organe compétent ou doit-elle être soumise à la procédure des conventions réglementées et donc au vote des actionnaires ? Une doctrine importante considère que le *Golden parachute* est une rémunération conventionnelle⁸⁶⁷ et que par conséquent elle devrait être soumise à la procédure des conventions réglementées⁸⁶⁸ même lorsque le parachute doré est prévu au moment du départ, un arrêt de la chambre commerciale semble confirmer ce point de vue⁸⁶⁹. L'attribution d'une telle rémunération est licite, sous réserve de la jurisprudence sur la révocabilité *ad nutum*⁸⁷⁰, On peut penser par raisonnement *a fortiori* que l'indemnité prévue peu après le départ du dirigeant est, elle aussi, soumise à la procédure des conventions réglementées⁸⁷¹ car dans cette occurrence, le dirigeant n'a plus de lien juridique (institutionnel ou conventionnel selon la vision choisie) avec

« précarité » du mandataire social, qui est d'une part moins bien protégé socialement qu'un salarié et qui peut subir les foudres de la révocation *ad nutum* sans préavis et sans percevoir de compensation. V. aussi J.-J. UETTWILLER, A.-L. LEGOUT, Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants, in Dossier la rémunération des dirigeants sociaux, Journal des sociétés septembre 2012 ; A.BALHADÈRE, loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : les parachutes dorés, LPA, 26 septembre 2007, « Le golden parachute ambitionne de couvrir le risque de chômage propre aux mandataires sociaux. En effet, ceux-ci sont révocables *ad nutum*, c'est-à-dire d'une manière discrétionnaire, sans préavis, à tout moment, sans motif et, surtout, sans indemnité par le conseil d'administration ou de surveillance. Dans cette mesure, le golden parachute serait un instrument destiné à atténuer la libre révocabilité des dirigeants et l'insécurité juridique en résultant. » ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édité. LexisNexis p.327 n°587 et s.

⁸⁶⁷ J. EL AHDAB Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dir. : approche pluridisciplinaire et comparée R.S. 2004, p.28 et s. n°10 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édité. LexisNexis p.327, n°588 ; P. LE CANNU, B. DONDERO, Droit des sociétés, LGDJ Lextenso, DOMAT droit privé, 6° édité. P.528, n°785

⁸⁶⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 25e, p.318, n°568, Contra L. AMIEL-COSME, rep.Sociétés Dalloz. Janvier 2014. "Rémunération des dirigeants sociaux" n°45 : 45. « Si l'indemnité a été prévue expressément par les statuts ou lors de la nomination du président ou du directeur général, il s'agit d'un complément de rémunération et les prescriptions de l'article L. 225-47 du code de commerce (L., art. 110) s'appliquent. »

⁸⁶⁹ Cass. Com., 1^{er} Mars 2011, n°10-13993, HAVAS, JCP E 2011, 1341, note ROUSSILLE, Joly Sté 2011, 391, DONDERO

⁸⁷⁰ Une jurisprudence constante affirme que l'indemnité excessive dissuade l'organe compétent (révocation par le CA par exemple) de le faire et entrave le principe de révocabilité *ad nutum*. En trois arrêts : Fournier C. Mesly d'Arloz, Versailles, 13e Ch. 10 Mai 1990, Com. 2 juin 1992, renvoi Cass.com., 4 juin 1996

Cass. Com. 2 juin 1992, Dr. Sté 1992, n°185 note LE NABASQUE, Joly 1992, 1078, RS, 750 ; Fournier C. Mesly d'Arloz, Versailles, 13e Ch. 10 Mai 1990, Com. 2 juin 1992, renvoi Cass.com., 4 juin 1996.

Cass.Com 2 juin 1992, R.S. 1992, p.750, GUYON. ; Cass.com., 2 juin 1992, Joly 1992 §349, p.1078 ; Cass.com 4 juin 1996, Joly 1996, 930, JCPE, 3, 849, GUYON. Jugé excessif, le Golden Parachut est annulé.

En revanche, certains arrêts admettent que celui-ci soit autorisé s'il n'est pas excessif et donc qu'il ne dissuade pas les organes de révoquer. Cass. Com, 26 Mai 2004, Brodu/ SA les transports Brodu. JCPE n°38-16 sept. 2004 ; p.1447 ; Cass. Com, 26 Mai 2004, Brodu/ SA les transports Brodu Joly, 01 nov. 2004 n°11, p. 1397, B. SAINTOURENS. ; Cass.com 19 avril 2005, Joly Sté 2005, 1233, FAVARD

⁸⁷¹ J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social, collection Pratique d'experts. Edit° Groupe fiduciaire. 3^e édition, 2009, P.202-203, n°784 à 786

la société qu'il dirige. Comment pourrait-on appliquer les prévisions de l'article L.225-47 à une personne qui n'exerce plus son mandat dans la société ? Si l'indemnité conventionnelle existe, et est conforme à l'intérêt social, elle ne peut être que le fruit d'un contrat passé entre le dirigeant et les représentants de la société.

Appréciation du parachute doré : les limites de l'analyse institutionnelle de la rémunération

Comme l'écrivait un auteur en 2005, la nature et le régime juridique des *Golden Parachuts* sont complexes et incertains tant au niveau de la nature qu'au niveau du régime juridique⁸⁷². Plus généralement, le droit positif concernant les éléments de rémunérations post-mandat, qu'ils soient attribués en cours de mandat ou plus surprenant, après la fin du mandat social, n'est ni cohérent, ni logique et semble exister pour éviter ou pour appliquer le régime des conventions réglementées qui a été élaboré en 1966. Le problème, nous le verrons avec la SARL et la SAS, est que le régime des conventions réglementées n'est pas satisfaisant et n'a pas été pensé pour contrôler la rémunération des dirigeants. On peut même penser que cette procédure n'est pas cohérente car créée sur une logique formelle et non substantielle : la situation du mandataire social diffère selon qu'il possède 95% des titres sociaux ou une faible partie des titres sociaux, voire aucun titre. Or ne pas tenir compte de ce fait économique aboutit à une conception formaliste de la rémunération qui nie le fait que la rémunération soit la contrepartie d'un travail de gestion et de représentation d'une entité (personnifiée ou non). Plus grave, les réformes de 2001, 2005, 2007 ou 2015 sont fondées sur un autre paradigme que le paradigme institutionnel : le « package » du dirigeant est implicitement considéré comme étant un contrat par le législateur au cours de cette décennie. Le régime des rémunérations différées dans les sociétés cotées crée donc un droit positif construit sur deux logiques différentes qui rend la compréhension de celui-ci peu intelligible et suscitera encore des problèmes de nature et de régime. Comme l'écrivait le professeur JEANTIN, la théorie institutionnelle ne permet pas au juriste de prévoir le régime qui en découle⁸⁷³. Une obligation institutionnelle n'existe dans aucune autre branche du droit. Pourquoi le droit des sociétés serait-il construit sur des notions et concepts qui seraient différents de ceux du droit commun ? Comment expliquer l'exorbitance qu'accorderait la théorie institutionnelle aux organes de la société alors qu'une telle exorbitance n'existe normalement en droit que lorsqu'il y a un intérêt général ou exercice d'une prérogative de puissance publique. Comment

⁸⁷² J. EL AHDAB Les Parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée. Op.cit.

⁸⁷³ M. JEANTIN, Droit des sociétés, Montchrestien Domat 3e édit .p.11, n°20 : Le contrat n'a plus semblé adapté pour expliquer le fonctionnement de la société, notamment l'idée du principe majoritaire. « C'est alors que fut appelée à la rescousse une idée dont le moindre des attraits n'était sans doute pas sa grande imprécision : il fut proposé de voir dans la société une institution. Outre que jamais la notion d'institution n'a déterminé l'existence d'un régime juridique spécifique, nul n'a jamais réussi à définir exactement ce qu'était une société-institution »

justifier qu'à une certaine époque, la jurisprudence accordait à l'organe compétent la possibilité de modifier unilatéralement un accord conclu avec un dirigeant social, faisant fi de la théorie générale de l'acte juridique de droit privé ? Une personne privée n'a jamais le pouvoir de réduire unilatéralement et potestativement le droit de créance de son créancier.

Certains auteurs expliquent que la nouvelle *summa divisio* en droit des sociétés serait entre les sociétés cotées et les sociétés non cotées⁸⁷⁴. En ce qui concerne la rémunération des dirigeants sociaux, il est exact que la décennie des années 2000 a accentué les différences de régime juridique entre sociétés cotées et sociétés non cotées.

2. Rémunérations susceptibles d'être soumises aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes cotées

Avec la loi NRE du 15 mai 2001⁸⁷⁵ et la création de l'article L.225-102-1 du Code de commerce, la transparence des rémunérations imposée par la loi concernait toutes les sociétés anonymes mais la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003⁸⁷⁶ a limité cette obligation légale de rendre compte des rémunérations des mandataires sociaux dans le rapport annuel aux seules sociétés cotées⁸⁷⁷. Depuis, le régime juridique de la rémunération des dirigeants de sociétés cotées est un régime *ad hoc*, qui diffère de plus en plus du régime de droit commun de la rémunération des dirigeants de « sociétés anonymes classiques ». Cette rupture de régime est-elle la conséquence d'une différence de nature ? La réponse est négative, selon nous ⁸⁷⁸.

La procédure spécifique créée par la loi BRETON et renforcée par la loi TEPA (pour les sociétés cotées)

Dans le sillage des « codes » de gouvernement d'entreprise édictés par des entités professionnelles, les réformes des années 2000 accroissent la transparence et la procéduralisation de certains éléments de rémunération du dirigeant de sociétés anonymes cotées⁸⁷⁹. L'avancée la plus importante est le nouvel article L.225-42-1 du Code de commerce

⁸⁷⁴ Ph. CONAC, La distinction des sociétés cotées et non cotées, RS 2005, p.67

⁸⁷⁵ C.VINCENT, Fasc. 3-12 : RÉFORMES RÉCENTES DU DROIT DES SOCIÉTÉS . - Évolution de 2000 à 2011 ; L. n° 2001-420, 15 mai 2001 : JO 16 mai 2001, p. 7776. - V. notamment JCP E 2001, p. 938

⁸⁷⁶ Loi dite DUTREIL L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003 : JO 5 août 2003, p. 13449. - V. notamment, JCP E 2003, act. 240.

⁸⁷⁷ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011 p.917 et s. n°1287 et s. spé. P.918

⁸⁷⁸ Infra La rupture du régime juridique entre différents types de rémunérations a plus pour cause les raisons historiques et factuelles que conceptuelles

⁸⁷⁹ M. GERMAIN, V. MAGNIER, Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, T.2, 21^e édit LGDJ, 2014, p.927, n°2799 et s.

résultant de la loi BRETON⁸⁸⁰ et renforcé par la loi TEPA⁸⁸¹. La procédure nouvelle créée par l'article L.225-42-1 entérine un processus contractuel de formation de la rémunération, au détriment de la procédure dite institutionnelle⁸⁸² : les engagements pris au bénéfice des présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués ainsi que pour un membre du directoire (L.225-90-1) doivent être soumis à la nouvelle procédure des articles L.225-42-1 (L.225-90-1) qui exige l'autorisation préalable de l'organe compétent (CA ou CS) et une ratification spécifique de l'assemblée générale statuant sur la situation de chaque bénéficiaire⁸⁸³. En faisant le lien entre performance et rémunération et en conditionnant l'octroi d'indemnités différées à la réussite de certains objectifs⁸⁸⁴, le texte valide l'idée que la rémunération est davantage la contrepartie d'une prestation qu'une sorte de traitement de fonctionnaire fixé unilatéralement pour l'exercice de certaines fonctions⁸⁸⁵. Cette prétendue contractualisation du droit des sociétés n'est que la conséquence d'une récontractualisation prévisible de la matière⁸⁸⁶. Il est important de préciser que les critères de performance visés

⁸⁸⁰ L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 : JO 27 juill. 2005, p. 12160 ; JCP E 2006, 1535.

⁸⁸¹ C. CATHIARD, B. SAINTOURENS, A. LEMERCIER. « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions. Actes pratiques et ingénierie sociétaire ». Mars avril 2009. LexisNexis p.23, n°143 et s.

⁸⁸² P. LE CANNU, L'encadrement de certains éléments de rémunération, indemnité et avantages accordés aux dirigeants. RTD Com. 2005 p. 764

⁸⁸³ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis p.328, n°588 et n°589

⁸⁸⁴ Sur les critères de performance du bénéficiaire, voir ANSA, Comité juridique, 5 septembre 2007, n°07-037 ; V. aussi C. CATHIARD, B. SAINTOURENS, A. LEMERCIER. « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions. Actes pratiques et ingénierie sociétaire ». Mars avril 2009 LexisNexis C.CATHIARD, B. SAINTOURENS, A.LEMERCIER. « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions. Actes pratiques et ingénierie sociétaire ». Mars avril 2009. LexisNexis p.12, n°68 et s.

⁸⁸⁵ L.225-42-1 alinéa1 du Code de commerce : « Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42. »

Al.2 : « Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée. »

Al.5 : « Aucun versement, de quelque nature que ce soit, ne peut intervenir avant que le conseil d'administration ne constate, lors ou après la cessation ou le changement effectif des fonctions, le respect des conditions prévues. Cette décision est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Tout versement effectué en méconnaissance des dispositions du présent alinéa est nul de plein droit. »

Al.6 : « Les engagements correspondant à des indemnités en contrepartie d'une clause interdisant au bénéficiaire, après la cessation de ses fonctions dans la société, l'exercice d'une activité professionnelle concurrente portant atteinte aux intérêts de la société ne sont soumis qu'aux dispositions du premier alinéa. Il en va de même des engagements de retraite à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés à l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale, ainsi que des engagements répondant aux caractéristiques des régimes collectifs et obligatoires de retraite et de prévoyance visés à l'article L. 242-1 du même code. »

⁸⁸⁶ Comp. Avec ce qu'écrivait C.CHAMPAUD en 1995, « Alors que la grande réforme de 1966 comportait de nombreuses empreintes de la théorie institutionnelle, ses promoteurs ne touchèrent pas à la formule de l'article

par le nouveau dispositif de l'article L.225-42-1 al.2 et suivant sont librement décidés par les parties. Il relève donc de la liberté contractuelle de fixer de tels critères. La performance induit également l'idée que la rémunération est la contrepartie d'un travail de gestion. L'article L.225-42.1 est donc fondé sur l'idée que la rémunération des mandataires sociaux serait un contrat et non un prétendu acte juridique unilatéral, plus exactement un contrat à titre onéreux car l'idée de performance induit l'idée d'une corrélation entre le travail de gestion et de représentation d'une société et la contrepartie de ce travail qu'est la rémunération. Certains objecteront que les interdictions édictées par le deuxième alinéa de l'article L.225-42-1⁸⁸⁷ du Code de commerce pourraient être considérées comme étant une atteinte à la liberté contractuelle mais en réalité, il s'agit plutôt d'une application spécifique, selon nous, d'un principe du droit des contrats. Ne doit-on pas interpréter cet alinéa 2 comme l'exigence que l'indemnité soit conventionnelle? Plus précisément, l'article renvoie à la fonction de la cause des obligations⁸⁸⁸: le golden parachute n'est pas un « droit à » pour le dirigeant bénéficiaire mais la contrepartie d'un résultat obtenu en vertu du travail de direction. Il est aisé de comprendre que les lois de 2001, 2005 et 2007 (voire 2015) ont réformé la procédure de fixation de certains éléments de rémunérations avec un autre paradigme que celui de 1966. Même les partisans de la théorie institutionnelle sont obligés d'admettre que la rémunération est le fruit d'une convention : si la « pratique » a toujours été contractuelle, aujourd'hui même les textes confirment que la rémunération est l'objet d'une obligation contractuelle, une prestation et non l'objet d'une obligation légale qui découlerait d'un prétendu acte juridique unilatéral pris par l'organe compétent de la société anonyme. L'argument institutionnel est en réalité un argument technique utile pour éviter la procédure des conventions réglementées qui n'est pas adaptée à la rémunération des dirigeants sociaux.

Engagements pris en faveur des salariés devenant mandataires sociaux

On peut évoquer également la nouvelle procédure insérée par la loi BRETON qui soumet à la procédure des conventions réglementées « *les engagements pris en faveur des salariés qui*

1832 figurée dans l'approche purement contractuelle. La théorie institutionnelle se contentait de séduire. Stérilisée par la lettre de l'article 1832, elle ne put procréer un autre droit des sociétés. »

⁸⁸⁷ Article L.225-42 Al.2 : « Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéficiaire n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée. »

⁸⁸⁸ G. WICKER, « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », p. 53 et s. in G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, « Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe ». Edit sellier 2009 ; Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, n°187 et s.; J. ROCHFELD, « Cause et type de contrat », L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé; Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale Quasi contrats*, PUF 2014 p.77 et s., n°21 et s.

*accèdent aux fonctions de mandataire social*⁸⁸⁹. » Il ne s'agit pas d'un élément de rémunération différé mais néanmoins, cet exemple confirme la tendance du législateur à vouloir « court-circuiter » la compétence exclusive de l'organe décisionnel compétent pour attribuer/négocier la rémunération. Et c'est dans les sociétés cotées depuis la loi BRETON 2005 que cette tendance est la plus nette.

Les autres éléments de rémunérations soumis à la procédure des conventions réglementées

La retraite surcomplémentaire attribuée collectivement aux cadres dirigeants entre dans les prévisions de la loi par l'article L.225-42-1 alinéa 7 (par renvoi), elle doit être soumise à la procédure des conventions réglementées. L'indemnité de non-concurrence est également visée par le texte législatif (Article L225-42-1 al.6) : cette indemnité versée en contrepartie de la limitation de la liberté de travailler prévue lors de la fin du mandat social doit également être soumise à la procédure de l'article L.225-38 et s. (L.225-86 et s. pour la société dualiste). Il vaut mieux que toutes les indemnités différées obéissent au même régime sinon il y aurait un risque de déguisement et de « Law-shopping ». Les bénéficiaires et leurs conseils choisissent le régime estimé le plus avantageux.

En revanche, on peut se poser la question de l'indemnité différée (Golden parachute) prévue *ab initio*, lors de la formation du mandat social. La question se pose en réalité aussi pour les sociétés anonymes non cotées. Doit-on considérer qu'il s'agit d'un complément de rémunération qui dans ce cas, relève de la compétence exclusive du conseil (d'administration ou de surveillance), sous réserve que les trois conditions posées par l'arrêt du 3 mars 1987 soient respectées ou faut-il soumettre cette indemnité de départ à la procédure des conventions réglementées ?

Si dans l'absolu, cet élément de rémunération constitue une convention, on peut penser que si la clause du Golden parachute était prévue dans les statuts de la société ou dans l'acte de nomination, il faudrait encore aujourd'hui considérer que cet élément de rémunération constitue une rémunération dite institutionnelle qui relève de la compétence exclusive de l'organe dit compétent⁸⁹⁰.

Le cas spécifique des retraites-chapeau

⁸⁸⁹ C. com., art. L. 225-22-1 et L. 225-79-1, insérés par Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 8, I, JO 27 juill., D. 2005. 1930) ;V. aussi Code AFEP-MEDEF, art. 23.2.5, nouveau ; L. AMIEL-COSME, Rep.Sociétés Dalloz. Janvier 2014. °Rémunération des dirigeants sociaux°, n°32.

⁸⁹⁰ Cf. L. AMIEL-COSME, Rep. Civ. Sté, Jan. 2014, Rémunération des dirigeants sociaux n°45 : « 45. Si l'indemnité a été prévue expressément par les statuts ou lors de la nomination du président ou du directeur général, il s'agit d'un complément de rémunération et les prescriptions de l'article L. 225-47 du code de commerce s'appliquent. »

La « retraite chapeau » est une retraite surcomplémentaire, qui vient s'ajouter à la retraite du régime général à laquelle le dirigeant a droit ainsi que d'une éventuelle retraite complémentaire⁸⁹¹. Mentionnée par l'article L.137-11 du code de la sécurité sociale, cette retraite supplémentaire est à prestations définies, c'est-à-dire que la société s'engage à verser un complément de retraite dont le montant est connu à l'avance, contrairement à une retraite à cotisations définies. Cet engagement est souvent plus onéreux pour la société que l'attribution d'une retraite à cotisations définies⁸⁹². Le montant du complément de retraite est versé sous forme d'une rente viagère⁸⁹³ et est conditionné par la présence dans l'entreprise du dirigeant au jour de l'ouverture de ses droits à retraite, le bénéficiaire doit donc finir sa carrière dans la société concernée⁸⁹⁴. Dans les sociétés du CAC 40, le montant de cette retraite supplémentaire peut s'avérer important⁸⁹⁵.

Si la loi BRETON de 2005 avait visé cet élément de rémunération comme étant éligible à la procédure des conventions réglementées, la loi TEPA du 21 août 2007 l'a pourtant exclu du régime des super-conventions réglementées, c'est-à-dire de la condition de performance.

Avant la réforme Macron de l'été 2015, il y avait donc un élément de rémunération soumis à la procédure de l'article L.225-42-1 alinéa 1 (L.225-90-1 pour la société à directoire) mais non soumis à la condition de performance visée par l'article L.225-42-1 al.2 et s. « Cette dérogation » a été supprimée par la loi Macron⁸⁹⁶.

Du *say on pay* consultatif au *say on pay* contraignant

La « détermination » de la rémunération des mandataires sociaux exécutifs relève de la compétence des conseils (CA ou CS) par principe. Les actionnaires choisissent des administrateurs, votent une enveloppe globale de jetons de présence, le conseil est compétent en matière de rémunération des dirigeants dits exécutifs. Le code de gouvernance

⁸⁹¹ P. LE CANNU, Les retraites chapeau, bref état des questions, Joly Sté 2015, p.209

⁸⁹² L. BOISSEAU, Les sociétés du CAC 40 se détournent peu à peu des retraites chapeaux », Les Echos, 02.11.2018 //www.lesechos.fr/02/11/2016/LesEchos/22310-118-ECH_les-societes-du-cac-40-se-detournent-peu-a-peu-des-retraites-chapeaux.htm#srYHWI16idDg67rg.99 [Lien valide au 01.03.2018]

⁸⁹³ B. FRANÇOIS, Vers un nouvel encadrement des retraites chapeau, Revue des sociétés 2015 p. 266

⁸⁹⁴ B. FRANÇOIS, *ibid.*

⁸⁹⁵ B. FRANÇOIS, *ibid.* : « Plus de 200 000 pensionnés bénéficient de retraites chapeau 84 % d'entre eux perçoivent une rente annuelle inférieure à 5 000 €, mais cette retraite peut atteindre des montants très élevés pour certains dirigeants mandataires sociaux. En 2014, 47,7 % des sociétés du SBF 120 et 77,8 % des sociétés du CAC 40 déclaraient avoir prévu un engagement de retraite à prestations définies en faveur d'au moins un de leurs dirigeants mandataires sociaux. Actuellement, trente dirigeants exécutifs du CAC 40 perçoivent une telle retraite supplémentaire dont la moyenne ressort à 570 000 € par an. »

⁸⁹⁶Loi n° 2015-990, 6 août 2015, art. 229 , M. ROUSSILLE, Extension du dispositif aux retraites chapeaux., Droit des sociétés n° 10, Novembre 2015, comm. 170 ; P. LE CANNU, Les retraites chapeau, bref état des questions, Joly Sté 2015, p.209 ; B.FRANÇOIS, Vers un nouvel encadrement des retraites chapeau, Revue des sociétés 2015 p. 266

de juin 2013⁸⁹⁷ propose une procédure pour les sociétés qui ont adhéré facultativement à ce code : Il s'agit de soumettre au vote simplement consultatif des actionnaires deux possibilités : « soit la politique de rémunération des mandataires sociaux soit, plus spécifiquement, la rémunération individualisée de chaque dirigeant⁸⁹⁸ ». Même si cette procédure n'est pas contraignante, elle dispose d'une certaine juridicité et on peut penser qu'en cas de contentieux sur la rémunération qui pourraient éventuellement donner lieu à des actions en responsabilité, ces pratiques codifiées pourraient être prises en compte par le Juge. Mais le vote des actionnaires était simplement consultatif. En cas de vote négatif de la part des actionnaires, la procédure proposée par le code de gouvernance enjoint d'une part d'établir un communiqué sur le site internet de l'entreprise considérée⁸⁹⁹ et d'autre part demande au conseil de délibérer lors d'une prochaine séance à nouveau sur la question rejetée⁹⁰⁰. Néanmoins, le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise (HCGE)-issu de l'application du Code Afep-Medef révisé de juin 2013- rapportait que 92% des sociétés cotées les plus importantes se référaient au code AFEP-MEDEF⁹⁰¹ en 2014. Mais malgré cela, le législateur allait intervenir deux années plus tard et proposer une réforme cardinale en matière de rémunération.

Le professeur VIANDIER évoquait l'idée que le vote consultatif « *say on pay* » déboucherait sur le vote contraignant des actionnaires relatif à la rémunération des mandataires sociaux⁹⁰². Or un événement important pour le passage du consultatif à l'impératif se produisit : le conseil d'administration de RENAULT a maintenu en mai 2016 la rémunération de Carlos GHOSN, l'emblématique Président Directeur Général du Groupe Renault, malgré le refus de l'assemblée générale de valider les rémunérations envisagées⁹⁰³. Cette polémique sur la

⁸⁹⁷ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP, MEDEF juin 2013, PDF accessible sur Internet au 1^{er} janvier 2015. A. VIANDIER, « L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux, (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ; juin 2013) : JCP E 2013, 1416, n° 40 ; A. COURET, La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises, Gazette du Palais, 28 août 2014

⁸⁹⁸ S. TORCK, « Rémunération des dirigeants de sociétés cotées : la régulation plutôt que la moralisation », Droit des sociétés n° 10, Octobre 2013, comm. 163 ; A. VIANDIER, L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux. - (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées juin 2013) La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 29, 18 Juillet 2013, 1416 ; P.-H. CONAC, Le contrôle de la rémunération (*say on pay*), R.S. 2013 p.400

⁸⁹⁹ A. VIANDIER, L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux. - (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées juin 2013) La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 29, 18 Juillet 2013, 1416 ; A. COURET, La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises, Gazette du Palais, 28 août 2014, spé. N°54 à 59

⁹⁰⁰ A. COURET, La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises, Gazette du Palais, 28 août 2014 n°56

⁹⁰¹ Rapport d'activité du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise HCGE, octobre 2014, PDF internet

⁹⁰² A. VIANDIER, L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux. - (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées juin 2013) La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 29, 18 Juillet 2013, 1416 n°38 et s.

⁹⁰³ M. ROUSSILLE, Loi Sapin 2 et droit des sociétés, JCPE 2017, 1048, n°3 et s. ; L. JOBERT, « Le say on pay juridiquement contraignant. L'affaire Renault, suite et fin », RDBF 1/2017, p. 63, n° 32 ;

rémunération du mandataire social de RENAULT a incité le législateur français à se doter d'un *say on pay* contraignant⁹⁰⁴. Et c'est la loi SAPIN II, véritable loi fleuve⁹⁰⁵, qui prévoit désormais à l'article L.225-37-2 le nouveau dispositif du *say on pay* contraignant⁹⁰⁶. Concrètement, le nouvel article L.225-37-2 prévoit deux votes pour les actionnaires. Le premier prévu à l'article L.225-37-2 alinéa 1 est un vote annuel des actionnaires sur la politique de rémunération de l'entreprise. Ce premier vote, vote *ex ante*, permet à l'assemblée générale d'approuver ou non les « principes et critères » de détermination de la politique de rémunération des dirigeants de sociétés anonymes cotées. Par rémunération, d'après l'article L.225-37-2, L.225-82-2 pour les SA duales, il faut entendre « les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature ». Un décret du 16 mars 2017 est venu compléter les articles L.225-37-2 et L.225-82-2 en faisant la liste des éléments de rémunération visés par la loi ⁹⁰⁷. Si le vote *ex ante* est approuvé, les éléments fixes de rémunération sont acquis pour le dirigeant ; la part exceptionnelle et/ou variable de la rémunération est suspendue à un second vote qui a lieu normalement l'année suivante. Si l'assemblée générale n'approuve pas lors de ce premier vote, l'art L.225-37-2 al.4 dispose que la politique de rémunération sera celle qui s'appliquait à l'exercice antérieur et si jamais il n'y avait pas de rémunération antérieure, l'article L.225-37-2 al.4 renvoie « aux pratiques existant au sein de la société ». La loi institue les usages et pratiques en matière de rémunération comme référent possible pour déterminer la rémunération.

En ce qui concerne le second vote, celui-ci est visé par l'article L.225-100 II. Al., le texte dispose que « les éléments de rémunération variables ou exceptionnels [...] ne peuvent être versés qu'après approbation de la rémunération par une assemblée générale ». Autrement dit, l'approbation de l'assemblée générale est nécessaire pour le versement des éléments variables et exceptionnels de la rémunération. En cas de rejet par l'assemblée, ces éléments de

⁹⁰⁴ L. JOBERT, « Le *say on pay* juridiquement contraignant. L'affaire Renault, suite et fin », RDBF 1/2017, p. 63, n° 32

⁹⁰⁵ B. SAINTOURENS, Ph. EMY, La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique « Sapin 2 Revue des sociétés 2017 p.131 ; H. Le NABASQUE, Le champ d'application du nouveau *say on pay* (loi Sapin 2 du Le champ d'application du nouveau *say on pay* (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017) 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017)

Joly Sociétés - 01/04/2017 - n° 04 – p.263

⁹⁰⁶ M. ROUSSILLE, Loi Sapin 2 et droit des sociétés, JCPE 2017, 1048, n°3 et s. ; L. JOBERT, « Le *say on pay* juridiquement contraignant. L'affaire Renault, suite et fin », RDBF 1/2017, p.63, n° 32 ; B. LECOURT, Vote des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : conformité du droit français aux futures exigences européennes ? 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, dite « Loi Sapin 2 », art. 161, Revue des sociétés 2017 p.118 ;

⁹⁰⁷ R. 225-29-1 et R. 225-56-1 du Code de commerce.

rémunération ne pourront être versés ou devraient être restitués s'ils avaient déjà été versés [ce qui serait imprudent de la part de la société].

Appréciation de la réforme : réforme limitée *rationae materiae*

Il n'est pas possible aujourd'hui d'apprécier à juste titre l'importance de la réforme initiée par la loi SAPIN II qui institue un double vote sur la rémunération totale des dirigeants de SA cotées des mandataires sociaux exécutifs ainsi que des membres du Conseil de surveillance de la SA duale. On constate que le droit français est bien plus contraignant que ce que préconise la directive européenne⁹⁰⁸ à l'égard du déroulement du vote. Le droit Européen préconise un vote de l'assemblée qui peut être contraignant mais l'article 9 bis de la directive précise que le vote contraignant est une faculté pour les Etats membres⁹⁰⁹. Le fait que les actionnaires votent directement la rémunération des dirigeants paraît une fois de plus entériner une vision contractualiste ou libérale de la société anonyme cotée. Un auteur expliquait, avant que la réforme SAPIN II sur le vote contraignant des actionnaires ne soit adoptée, que cette réforme serait un contresens car elle enfreindrait la logique institutionnelle de la société anonyme⁹¹⁰. On avait vu précédemment que les partisans de la théorie institutionnelle « attaquaient » la révocation ad nutum, on constate que la défense de la hiérarchie impérative des organes issue de la jurisprudence MOTTE fait également partie de cette idéologie institutionnelle. M. HAMELLE n'a pas tort en faisant le lien entre procédure d'encadrement de la rémunération avec des prérogatives attribuées au Conseil qui semblent figées mais c'est la vision institutionnelle de la société qui paraît être une singularité issue de l'histoire. L'institutionnalité est donc bien le fait qu'il existerait une structure inamovible de la société anonyme, issue de la loi et non du contrat. En ce sens, la soumission de la rémunération des dirigeants à un vote contraignant des actionnaires infirme encore un peu plus une vision institutionnelle en perte de vitesse depuis plusieurs décennies. Néanmoins on peut regretter que la faculté du vote contraignant soit « offerte » par le législateur alors qu'elle devrait

⁹⁰⁸ A. COURET, PE et Cons. UE, dir. (UE) 2017/828, 17 mai 2017, modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires : Joly Sociétés 2017, p. 406 et s.

⁹⁰⁹ A. COURET, PE et Cons. UE, dir. (UE) 2017/828, 17 mai 2017, modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires : Joly Sociétés 2017, p. 406 et s. n°27 « Tout de suite après l'énumération de ces obligations, il est indiqué que les États peuvent disposer que le vote de l'assemblée générale n'aura qu'un caractère simplement consultatif. Dans ce cas, les entreprises doivent seulement verser leur rémunération aux dirigeants selon la politique de rémunération qui a été soumise »

⁹¹⁰ A. HAMELLE, Say on pay ? - L'actionnaire et la société, le contrat ou l'institution, JCP G n° 29, 18 Juillet 2016, doctr. 867 « À la double lumière de cette logique institutionnelle du droit des sociétés et de la responsabilité pesant sur les dirigeants, il apparaît que la rémunération de ces derniers doit légitimement être fixée par le conseil d'administration, organe de représentation des actionnaires. »

exister de plein droit. Les actionnaires sont des propriétaires en commun de l'actif social⁹¹¹. Ce point de vue est contesté car il serait idéologique mais en réalité dire que les actionnaires sont propriétaires en commun des biens sociaux n'est qu'une conséquence de la propriété privée individuelle, de la liberté contractuelle et de la protection du marché par l'Etat, qui découlent de principes matriciels qui structurent notre ordre juridique, encouragé par le droit européen. Le juriste de droit des sociétés est tellement habitué à l'intervention de l'Etat dans sa discipline que même les avancées « contractualistes » doivent découler de l'Etat alors que le vote contraignant des actionnaires aurait pu, selon nous, être proposé dans une société anonyme par « des audacieux ». L'entreprise privée dans une économie de marché d'une démocratie libérale n'est pas une entité mystique, qui appartiendrait à l'Etat ou qui serait auto-appropriée mais elle est une propriété privée collective et le contrat de société est le cadre juridique de cette propriété collective sophistiquée. Si l'Etat encadre la structure sociétaire par différentes normes, ce n'est pas lui qui est la cause efficiente de l'entreprise privée sociétaire mais l'initiative privée. Et l'initiative privée est le nom donné par les économistes au droit subjectif⁹¹². Une entreprise privée est donc constituée de droits subjectifs initialement individuels, qui sont « fusionnés » par le contrat de société mais dont le titre social garde la trace de subjectivité. C'est donc bien la volonté privée qui génère l'entreprise privé.

On peut faire une seconde remarque : ce contrôle de la rémunération par les actionnaires semble confirmer l'idée que les associés de SA sont comme tous les associés de n'importe quelle société les propriétaires en commun du patrimoine social de l'entreprise sociétaire. Néanmoins cette réforme qui confirme le paradigme contractualiste vient perturber dans les sociétés cotées la dichotomie classique entre la rémunération dite institutionnelle car fixée par le conseil compétent et l'élément de rémunération soumis à la procédure des conventions réglementées. On peut penser que l'évolution vers une plus grande contractualisation du droit des sociétés est un processus qui s'est inscrit et s'inscrira encore dans un temps relativement assez long. Après la vague de « publicisation » de l'après-guerre avec un droit des sociétés construit sur le paradigme de la personnalité morale d'où le pouvoir découlerait, on assiste à l'émergence d'un droit des sociétés construit davantage sur la relation juridique associés-dirigeant et soulagée de la métaphore anthropomorphique qu'est la personne morale ou la société anonyme dite institutionnelle.

⁹¹¹ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011p.38-39, n°44-45 : « Mais, s'ils sont propriétaires du patrimoine social, les associés ne le sont pas ut singuli et chacun pour une part. Ils le sont ut universi et collectivement ». V. Partie II Titre I Chapitre I

⁹¹²P. ROUBIER, Droits subjectifs et situation juridiques, préf. D. DEROUSSIN Bibliothèque Dalloz 2005, p.128

Nous avons fait l'étude des principaux éléments de rémunérations que peuvent percevoir les dirigeants sociaux de sociétés anonymes : l'analyse institutionnelle demeure mais force est de constater que d'une part celle-ci ne convainc pas vraiment la doctrine d'aujourd'hui et que d'autre part, les réformes intervenues lors de la décennie des années 2000 sont fondées sur un paradigme différent de celui de 1966. Par exemple, la condition de performance de la loi TEPA induit l'idée que la rémunération est la contrepartie d'une prestation. La loi SAPIN II qui a imposé un double vote sur la politique de la rémunération a également entériné l'idée que le dirigeant social accomplit une prestation au service des actionnaires en vertu d'une rémunération qui serait la contrepartie de cette prestation. En cas de vote négatif, le dirigeant perdrait une partie plus ou moins importante de sa rémunération : un tel mécanisme dont il est encore trop tôt pour apprécier toutes les conséquences, accroît le contrôle des dirigeants sociaux par les actionnaires et rapproche la société cotée des autres formes sociales qui n'ont pas été happées par la théorie institutionnelle.

Nous allons nous intéresser maintenant aux éléments de rémunérations qui ne sont pas versés en numéraire mais « en capital ». Ces rémunérations sont d'un type particulier car ce n'est pas de l'argent qui est versé à titre de rémunération mais des « actifs⁹¹³ » dont la valeur varie souvent rapidement dans le temps. La rémunération en titre social a cette particularité d'être fondée sur un aléa car entre le moment où la décision est prise de rémunérer, le moment où le dirigeant deviendra propriétaire des titres et le moment où il vendra ses titres, la valeur peut avoir considérablement augmenté ou diminué. Les lois anciennes codifiées dans le code de commerce ont élaboré une procédure ad hoc pour l'attribution des stock-options et actions gratuites.

3. Le cas particulier des rémunérations en titres de la société

La notion de rémunération en titres de la société n'est pas une dénomination officielle mais correspond à une pratique qui a été légalisée à différentes reprises. Dans cette catégorie, on trouve les options de souscription ou d'achat d'actions (plus connues sous le terme de stock-options, introduit en 1970) ou les attributions gratuites d'actions (introduites dans le Code de commerce en 2004). Il existe d'autres formes de rémunération en capital mais qui relèvent de la même logique⁹¹⁴. Il est important de préciser que ces rémunérations en capital ne sont pas

⁹¹³ S'agit-il d'une chose corporelle ou d'une chose incorporelle ? Sur le critère de distinction R. LIBCHABER, Rep.civ. Dalloz, °Biens° n°24 et s.

⁹¹⁴ Les BSPCE et BSA ne posent pas de problème en ce qui concerne la nature de l'attribution mais parfois sur le régime et notamment le risque de requalification par l'administration fiscale de ces rémunérations en capital en traitements et salaires, Bulletin Joly Sociétés, 01 mai 2012 n° 5, P. 453 215. Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des « management packages ». ; Sur les B.S.A., V. R. FOY, BON DE SOUSCRIPTION

propres aux sociétés anonymes, les sociétés en commandites par actions (SCA) et sociétés par actions simplifiées (SAS) sont également concernées. Il faut préciser également que si ces formes de rémunérations ne sont pas propres aux sociétés cotées, l'absence de marché boursier pour déterminer la valeur des titres sociaux pose des difficultés d'évaluation des titres tant au moment de l'acquisition qu'au moment de leur transmission, ceux-ci n'étant pas liquides. En pratique néanmoins, dans les plus importantes sociétés cotées, ce type de rémunération fondé sur l'aléa de la valorisation de l'entreprise peut atteindre presque la moitié de la valeur totale de la rémunération des dirigeants exécutifs⁹¹⁵.

a. Stock-options

Présentation de la procédure d'attribution

L'attribution de stock-options est possible dans toute société par actions, cotée ou non (SCA, SAS)⁹¹⁶. Les dirigeants bénéficiaires de stock-options sont visés par la loi, tant négativement que positivement⁹¹⁷. Le régime des stock-options réactive la distinction entre mandataires sociaux exécutifs (ou dirigeants) et mandataires sociaux non exécutifs (non dirigeants). En conséquence, les administrateurs du conseil d'administration ainsi que les membres du conseil de surveillance, y compris vice-président et président, sont exclus du dispositif⁹¹⁸. Les stock-options sont une forme de rémunération en capital⁹¹⁹. Le mandataire social consent à

D'ACTION, Rép. Sociétés Dalloz févr.2007 ; Sur les B.S.P.C.E., E. Le DOLLEY, « Les bons de souscription de parts de créateur d'entreprise - Écueils juridiques et fiscaux d'application » Joly Sociétés, 01 octobre 2001 n° 10, P. 953
⁹¹⁵ Une étude de l'AMF de 2012 réalisée auprès des soixante sociétés les plus importantes du SBF 120 [CAC40 +20] précisait que la rémunération en titres de société représentait 42% de la rémunération globale des sociétés étudiées in P. DURAND- BARTHEZ, Le guide de la gouvernance des sociétés, Guides Dalloz 2016-2017 p.313-314, n°172.24

⁹¹⁶ F. FANÇOIS, E. De FRONDEVILLE, A. MARLANGE, Dirigeants de société, 3e Encyclopédie Delmas 2015, p.115 et s., n°64.11

⁹¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e edit. LexisNexis, p.453, n°865

⁹¹⁸ M. L. COQUELET, JurisClasseur Sociétés Traité Stock-options n°23 : Néanmoins, il existe trois exceptions à ce principe de non attribution de stock-options à des mandataires sociaux non exécutifs : « - s'ils justifient de la qualité de salarié de la société émettrice ;

- s'ils participent avec les salariés à la création de la société ou à sa reprise par voie de rachat de la majorité des droits de vote. Cette dérogation est réservée aux mandataires sociaux personnes physiques ; elle est de plus limitée dans le temps : les options doivent être consenties aux mandataires sociaux dans les deux ans qui suivent l'immatriculation de la société ou le rachat de la majorité des droits de vote (C. com., art. L. 225-185, al. 1er et 2) ;

- s'ils exercent des fonctions de président, de directeur général, de directeur général délégué, de membre du directoire ou de gérant d'une société appartenant au même groupe que la société qui consent les options (C. com., art. L. 225-185, al. 4 et 5). »

⁹¹⁹ M. L. COQUELET, JurisClasseur Sociétés Traité Stock-options « les options de souscription et d'achat d'actions ont été introduites en France par la loi n° 70-1322 du 30 décembre 1970 (complétée par le décret n° 71-418 du 7 juin 1971) dans le but de mettre en place "un mode nouveau de rémunération à long terme des personnels des

une promesse d'achat de titres sociaux émise par la société (ou options) qu'il peut lever contre le versement d'un prix convenu à l'avance⁹²⁰. Une fois les « options » levées, le titulaire (mandataire social) devient propriétaire des actions de sa société et peut les revendre immédiatement ou les garder pour réaliser éventuellement une plus-value supplémentaire⁹²¹.

Juridiquement, « la doctrine s'accorde à définir les options de souscription et d'achat d'actions en une promesse unilatérale de vente faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de souscrire ou d'acheter un nombre déterminé de ses actions dans un délai déterminé et moyennant un prix définitivement fixé⁹²². » Le mandataire social dispose d'une promesse d'achat de titres sociaux qui lui permettra d'acheter éventuellement des titres sociaux moyennant le paiement d'un prix fixé *ne varietur*⁹²³. Autrement dit, en cas de valorisation du cours des actions, le mandataire social peut réaliser une plus-value sans avoir pris de risques⁹²⁴. L'idée est de corréliser l'intérêt du mandataire social à celui des actionnaires en faisant de lui un « capitaliste »⁹²⁵. En plus de l'intérêt professionnel à réussir son mandat, il a également intérêt à réussir d'un point de vue de son patrimoine personnel qui peut augmenter significativement en cas d'appréciation du cours de bourse⁹²⁶. En cas de baisse du cours des actions, le mandataire ne lèvera pas les options prévues par la

entreprises, en particulier des cadres" en les faisant participer "à la propriété et les intéresser à la gestion" de la société qui les emploie (JOAN 11 déc. 1970, p. 6416).

⁹²⁰ Définition des stock-options par la deuxième chambre civile "l'option d'achat d'actions, instituée par la loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970, constitue une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre sur leur demande un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixés "Cass. 2e civ., 20 sept. 2005, n° 03-30.709, SA Thales training et simulation c/ URSSAF Paris : JurisData n° 2005-029769 ; Dr. sociétés 2006, comm. 46, note Th. BONNEAU ; JCP E 2006, 1047, note R. VATINET ; Autre définition des Stock-options de Régis FOY, Rep. Sté DALLOZ, "Stock-options" fraîcheur janvier 2014 : « Une option de souscription ou d'achat d'actions est un droit individuel permettant à son titulaire - un salarié ou un dirigeant exécutif de l'émetteur ou du même groupe - de souscrire une action nouvellement émise à cette occasion ou d'acheter une action ancienne, préalablement acquise par la société émettrice, à un prix qui a été fixé ne varietur (sauf « ajustement » dans certaines hypothèses) au moment où l'option a été accordée »

⁹²¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e edit. LexisNexis p.453, n°863

⁹²² M. L. COQUELET, JurisClasseur Sociétés Traité Stock-options n°2 : Si nature contractuelle est plutôt admise par la doctrine majoritaire, certains auteurs défendent une théorie de l'engagement unilatéral pour expliquer le mécanisme d'attribution des Stock-options. Ces analyses seraient plus conformes à la vision institutionnelle de procédure de détermination de la rémunération.

⁹²³ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e op.cit. p.454 et s. n°868 à n°871

⁹²⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY 28^e, op.cit. p.453, n°862 et s.

⁹²⁵ Idée issue directement de l'influence de la corporate governance développée à partir des années 80 ; R. GUESNERIE, « L'économie de marché, poche édit » Le Pommier, Poche 2006. p.158 : « ... la plus efficace est d'agir sur la rémunération des gestionnaires et d'aligner le plus possible leurs intérêts sur ceux des propriétaires, par des stock-options par exemple ». D. MEURS, La rémunération du travail, PUF, collec. Que sais-je ? p.49 et s. ; V. P. DURAND- BARTHEZ, Le guide de la gouvernance des sociétés, Guides Dalloz 2016-2017, p.314, n°372-22

⁹²⁶ A une époque, les Stock-options pouvaient constituer la plus grande partie en valeur de la rémunération des dirigeants. V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011 p.921-922 n°1289 ; « En 1990, ces incitations représentaient 43% de la rémunération moyenne des dirigeants des 800 plus grandes entreprises aux Etats-Unis »D. MEURS, La rémunération du travail, PUF, collec. Que sais-je ? p.49 et s.

promesse⁹²⁷. Il existe néanmoins un risque de moins-value pour le dirigeant en cas de décalage entre la levée de l'option et la cession éventuelle des titres, notamment en cas d'insertion d'une clause d'interdiction de revente⁹²⁸. Si le mandataire social bénéficiaire de stock-options ne revend pas immédiatement ses actions issues de la levée de l'option, le cours de la bourse peut varier et il y prend donc le risque de réaliser une moins-value. En revanche, si le cours de l'action continue à monter, il peut réaliser une plus-value supplémentaire lors de la cession des titres. Il n'y a donc pas de véritables risques pour le bénéficiaire avec cette rémunération en capital.

La procédure d'attributions des Stock-options est-elle institutionnelle ou contractuelle ?

La loi exige qu'une Assemblée générale extraordinaire soit réunie pour autoriser la « création » de stock-options, peu importe que ce soient des options de souscription (L.225-177) ou des options d'achat (L.225-179)⁹²⁹. Pour les options d'achat, la compétence de l'Assemblée générale extraordinaire est étonnante car il n'y a pas de modification du capital social. L'Assemblée générale extraordinaire, qui va accorder le pouvoir à l'organe compétent pour émettre les stock-options, doit statuer sur un rapport écrit du conseil d'administration ou du directoire⁹³⁰. La durée de l'autorisation accordée par l'Assemblée générale extraordinaire à l'organe compétent a été réduite de 5 ans à 38 mois par la loi NRE du 15 mai 2001⁹³¹. La compétence de l'Assemblée générale extraordinaire en matière de stock-options est essentielle mais limitée : le projet de résolution présenté aux actionnaires comporte deux aspects : la durée de la délégation de pouvoir à l'organe compétent et la durée de vie des options⁹³². C'est donc le conseil d'administration et le directoire qui vont fixer les modalités et les conditions d'attribution des options. Il est important de préciser que le Code de

⁹²⁷ Finalement, le dirigeant bénéficiaire n'aura eu aucun intérêt à cette attribution de stock-options. En cas de tendance baissière du marché, il est vivement recommandé de ne pas choisir ce mode de rémunération qui entraîne un coût non négligeable pour la société émettrice et qui ne servira à rien. Il faut préférer les attributions gratuites d'actions.

⁹²⁸ Après la levée de l'option, les actions sont librement cessibles. Le bénéficiaire le fera souvent pour ne pas prendre de risque et empocher directement sa plus-value. Mais il est possible que les « organes » compétents (CA, directoire, dirigeants de SAS, gérant de SCA) aient inséré une clause d'interdiction de revente des actions à partir de la levée d'option. L'interdiction prévue conventionnellement ne peut cependant jamais excéder trois ans à compter de la levée de l'option (C. com., art. L. 225-177, al. 2).

⁹²⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e edit. LexisNexis p.453 n°862 : « -Il existe deux types d'options : les options de souscriptions d'actions, à savoir le droit pour le bénéficiaire de souscrire à des actions nouvelles émises par la société » et « -les options d'achat d'actions, à savoir le droit pour le bénéficiaire d'acheter des actions existantes ; cette formule est moins utilisée en pratique »

⁹³⁰ Ou gérant de SCA ou Président de SAS, Sur le rapport et ses modalités, V Ou gérant de SCA ou Président de SAS, Sur le rapport et ses modalités, V. J.P. VALUET, La réforme d'ensemble du régime des stock-options Joly Sté 2001 p.741

⁹³¹ M. L. COQUELET, JurisClasseur Sociétés Traité n°11: C. com., art. L. 225-177, al. 1er in fine

⁹³² R. FOY, Rep. Sté DALLOZ, °Stock-options° janvier 2014

commerce a posé un principe d'intangibilité du prix de souscription ou d'achat des options⁹³³. Cette règle de l'intangibilité du prix des options semble mettre en porte-à-faux ceux qui expliquaient que ces éléments de rémunération étaient d'une nature institutionnelle éventuellement modifiable par l'organe compétent car l'argument retenu pour justifier cette intangibilité est la force obligatoire des contrats de l'ancien article 1134 du Code civil⁹³⁴. Là aussi, la nature des stock-options semble sujette à discussion.

Nature des Options : qualification des gains possibles de stock-options d'un point de vue du droit fiscal

La question de la nature de la source des options est toujours liée en droit positif, comme pour les autres éléments de rémunération, à la question du régime des conventions réglementées. Certains auteurs ont émis l'idée que les options, incessibles jusqu'à la levée de l'option, n'étaient pas un complément de rémunération. R. FOY explique que l'attribution de stock-options n'est pas un véritable salaire car le « *caractère essentiellement aléatoire de l'option ne permet pas de la qualifier a priori de rémunération*⁹³⁵ ». Pourtant cette analyse semble confondre deux choses : la source de la rémunération avec les modalités. Il est évident que seules les plus-values constatées *in fine* sont une rémunération, en période de tendance baissière du marché des actifs, le mandataire social ne lèvera pas l'option. Et l'opération s'avérera non profitable pour le bénéficiaire. Aucun gain ne sera constaté fiscalement. Néanmoins, en cas de plus-value, il y a un gain qui peut être considérable suivant le nombre d'options attribuées et suivant la hausse de la valeur des titres. Il faut en réalité distinguer trois gains possibles pour le mandataire dirigeant : gain lors de l'éventuel rabais consenti par la société, la plus-value d'acquisition⁹³⁶ et la plus-value de cession⁹³⁷ des titres si les titres ne sont pas vendus dans la foulée de la levée de l'option. Fiscalement, ces gains possibles sont considérés différemment : la plus-value d'acquisition est considérée comme imposable dans la catégorie des traitements et salaires alors que la plus-value de cession est considérée

⁹³³ M. L. COQUELET, JurisClasseur Sociétés Traité Stock-options, n°44 : « L. 225-181 du Code de commerce interdit à l'assemblée générale extraordinaire ainsi qu'au conseil d'administration ou au directoire de modifier unilatéralement le prix fixé pour la souscription ou l'achat des actions »

⁹³⁴ M. L. COQUELET, op.cit, n°44 ; le fameux article 1134 du Code civil s'est métamorphosé en trois articles : articles 1103, 1104 et 1193.

⁹³⁵ R. FOY, Rep. Sté Dalloz Stock-options, n°13

⁹³⁶ La plus-value d'acquisition est la différence entre le prix d'exercice de l'option et la valeur de l'action au moment de la levée de celle-ci. Autrement dit, la différence entre le prix payé par le bénéficiaire restait bloquée au jour où les options ont été transmises et le moment où le bénéficiaire se décide à lever l'option : les stock-options deviennent des actions. P. LE CANNU, B. DONDERO, Droit des sociétés, LGDJ Lextenso, DOMAT droit privé, 6^e édit. P.748-749, n°1160, M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis, p.454 et s., n°868 et s.

⁹³⁷ La plus-value de cession est égale à la différence entre la valeur de l'action lors de l'exercice de l'option et le prix de vente de ce titre.

comme imposable dans la catégorie du droit commun des plus-values. Il est normal que les deux premiers gains possibles lors de stock-options soient imposés fiscalement dans la catégorie des traitements et salaires car il s'agit de revenus du travail⁹³⁸.

La nature de la source options attribuées : contrat ou acte juridique unilatéral ?

L'attribution des stock-options est décidée par le conseil d'administration ou directoire sur délégation de l'Assemblée générale extraordinaire et donne lieu à la rédaction d'un rapport spécial⁹³⁹, introduit par la loi NRE du 15 mai 2001. Une controverse doctrinale, liée toujours à la question de la nature de la rémunération des dirigeants, existe sur le fait de savoir si la décision de l'organe compétent qui octroie la rémunération sur délégation de l'Assemblée Générale Extraordinaire (A.G.E.) est un engagement unilatéral de volonté ou une convention⁹⁴⁰ ? Certains invoquent un arrêt de la Cour de cassation pour justifier la nature de l'acte qui attribue les options⁹⁴¹. Cet arrêt du 20 septembre 2005 définit la décision de l'organe compétent comme étant une promesse unilatérale de vente dont le dirigeant est bénéficiaire. Cette promesse, qui est donc juridiquement un contrat⁹⁴², fait naître un droit d'option incessible pour le mandataire social bénéficiaire de ces options⁹⁴³. Si cette décision est évidemment un contrat selon notre vision du droit des sociétés, l'on remarque que pour ceux qui défendent la vision institutionnelle de la rémunération, voire de la nature institutionnelle de la société, il y a comme une aporie à affirmer que certains éléments seraient institutionnels et d'autres relèveraient d'une convention. La rémunération des dirigeants doit être appréhendée globalement⁹⁴⁴ et non pas élément par élément⁹⁴⁵. Le véritable enjeu de la

⁹³⁸ Sur le régime fiscal des options, V. M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, 36^e edit. LexisNexis p.404, n°957

⁹³⁹ J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social, collection Pratique d'experts. Edit° Groupe fiduciaire. 3e édition, 2009, p.210, n°812)

⁹⁴⁰ R. VATINET, Le clair-obscur des stock-options à la française : Rev. sociétés 1997, n° 13, p. 31. ; Contra : J.-P. VALUET, Options de souscription ou d'achat d'actions : Traité Joly, n° 2)

⁹⁴¹ Cass. 2e civ., 20 sept. 2005, n° 03-30.709, SA Thales training et simulation c/ URSSAF Paris : JurisData n° 2005-029769 ; Dr. sociétés 2006, comm. 46, note Th. Bonneau ; JCP E 2006, 1047, note R. VATINET ; Marie-Laure Coquelet, Stock-options fascicule n°1865, n°2, R. FOY, Stock-options Rep. Sté, DALLOZ,

⁹⁴² Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 5e édit. P.223 n°443 et s.

⁹⁴³ En vertu de l'article L. 225-183, alinéa 2, du Code de commerce, les droits résultant des options consenties sont incessibles jusqu'à ce que l'option ait été exercée. M.-L. COQUELET, Stock-Options, op.cit. n°58

⁹⁴⁴ Supra, la création du double vote des actionnaires sur la rémunération des dirigeants par la réforme SAPIN II entérine cette vision « holistique » de la rémunération dans les sociétés anonymes cotées.

⁹⁴⁵ Le code AFEP-MEDEF (revisité) de juin 2013 préconise que la détermination d'une rémunération d'un mandataire social doit être exhaustive, c'est-à-dire que la rémunération des mandataires sociaux doit être considéré comme un tout et l'information relative à celle-ci doit être donnée globalement. (V. F. FANÇOIS, E. De FRONDEVILLE, A. MARLANGE, Dirigeants de société, 3e Encyclopédie Delmas 2015 p.87, n°51-12). Comment expliquer si l'on s'en tient au discours de la doctrine sur le droit positif actuel que certains éléments seraient institutionnels et d'autres contractuels ? Le doublon de paradigme pour analyser la rémunération des dirigeants sociaux de certaines sociétés (comme la SA) aboutit à une complexification et une incohérence vertigineuse de la matière.

qualification d'institution est d'éviter la procédure des conventions réglementées, qui comme son nom l'indique, sous-entend que l'acte qui attribue la rémunération est une convention.

Procédure des conventions réglementées et attribution des options

Initialement le dispositif des Stock-options n'était pas prévu pour les mandataires sociaux mais uniquement pour les salariés, l'ouverture aux mandataires sociaux seuls fut introduite par les réformes de 1985 et 1987 (Loi n°85-695 du 11 juillet 1985 et loi n°87-416 du 17 juin 1987)⁹⁴⁶. La question a pu se poser de savoir s'il fallait, en plus de la procédure spéciale de l'article L.225-177, passer par le biais de la procédure des conventions réglementées, étant donné que le législateur est resté silencieux sur ce point. Là il semble qu'il faille distinguer entre les différentes sociétés anonymes : dans la société anonyme classique et depuis la réforme de la loi NRE de 2001, les associés sont au courant du montant de la valorisation des options transmises aux mandataires sociaux⁹⁴⁷.

La question spécifique de la société à directoire

La société à directoire est une société fondée sur la répartition des compétences entre le directoire et le conseil de surveillance⁹⁴⁸. Les directeurs (membres du directoire) sont les mandataires sociaux exécutifs qui exercent leur mandat sous le contrôle et la surveillance des membres du conseil de surveillance. L'article L.225-185 du code de commerce autorise les membres du directoire à bénéficier des options. Et l'article L.225-177 al 2⁹⁴⁹ délègue la compétence non pas au conseil de surveillance mais au directoire. Or le principe est que la rémunération des mandataires sociaux exécutifs d'une société à directoire soit de la compétence propre du Conseil de surveillance⁹⁵⁰. Cette compétence fixée par la loi de 1966 est d'ordre public⁹⁵¹. Seulement l'article L.225-177 qui découle d'une loi ad hoc (les Stock-options n'étaient pas prévues par la loi du 25 juillet 1966), attribue au directoire la compétence de fixer les modalités d'attribution des options sur délégation de l'Assemblée générale extraordinaire (AGE). Il est donc curieux que ceux (*a fortiori* en cas de directeur unique) qui sont bénéficiaires des options soient ceux qui en fixent les modalités d'attribution.

⁹⁴⁶ R. FOY, Stock-options Rep. Sté, DALLOZ n°33

⁹⁴⁷ Sur le rapport des options attribués, L. 225-184 du code de commerce ; V. aussi L. 225-102-1 al. 2, Loi n° 2003-706 du 1er août 2003, art. 138.

⁹⁴⁸ P. Le CANNU, La société anonyme à directoire, LGDJ La société anonyme à directoire, préf. J. DERRUPPE, LGDJ, 1979 n° 158 ; J.-J. CAUSSAIN, Le directoire et le conseil de surveillance de la S.A., Litec, affaires Finances

⁹⁴⁹ L.225-177 al.2 C. Com : « Le conseil d'administration ou le directoire fixe les conditions dans lesquelles seront consenties les options. Ces conditions pourront comporter des clauses d'interdiction de revente immédiate de tout ou partie des actions sans que le délai imposé pour la conservation des titres puisse excéder trois ans à compter de la levée de l'option. »

⁹⁵⁰ Supra ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e edit. LexisNexis, n°695 à 698 §

⁹⁵¹ Supra Arrêt MOTTE

Notamment dans le cas où il n’y aurait qu’un seul directeur. Par rapport à l’esprit (*ratio legis*) de la loi de 1966 qui a proposé cette nouvelle forme sociale, on peut se demander s’il n’y a pas une sorte de contradiction dans l’esprit de la loi. Même si la loi spéciale déroge à la loi générale, on peut quand même se poser la question de savoir si cela ne devrait pas être le conseil de surveillance qui devrait être compétent pour déterminer les modalités d’options attribuées aux membres du directoire⁹⁵². D’ailleurs, l’ANSA recommande de soumettre les attributions de stock-options aux conventions réglementées dans les sociétés dualistes⁹⁵³. Il serait également possible d’insérer une clause statutaire pour que ce soit le conseil de surveillance et non le directoire qui s’occupe des attributions d’options⁹⁵⁴. Encore une fois, on remarque que l’esprit de la loi concernant la rémunération des mandataires sociaux n’est pas le même entre la réforme de 1966 et le dispositif légal qui a introduit les stock-options. Le législateur a édicté en 1966 une procédure dite institutionnelle fondée sur l’idée d’un organe doté d’une compétence exclusive, et peu de temps après, il prévoit un autre type de système *ad hoc* créé par la pratique, sans tenir compte de l’esprit qui l’avait animé. Là encore, comme avec le régime des indemnités différées et l’ensemble des éléments de rémunérations générés par la pratique, le législateur suit le mouvement et légifère sans vraiment tenir compte de « l’esprit » des normes précédentes. La question se pose également avec l’éventuelle interaction entre les lois BRETON de 2005 et TEPA de 2007. Les stock-options sont-elles visées par ces réformes législatives ?

STOCK-OPTIONS et procédures de conventions réglementées créées par les lois BRETON et TEPA

Il faut préciser que les attributions de stock-options dans les sociétés cotées en cas de changement ou de cessation des fonctions seraient soumises à la « super procédure des conventions réglementées » instituées par la loi TEPA mais en pratique, les options ne sont pas attribuées lors de la cessation des fonctions. De plus, en vertu de la philosophie globale du système qui est d’inciter le dirigeant à avoir le même intérêt que ses mandants actionnaires, il est peu cohérent et peu recommandé d’attribuer des options en fin de mandat. Néanmoins, si des options étaient attribuées lors du changement ou de la cessation des fonctions, le régime des conventions réglementées devra s’appliquer comme prévu par l’article L.225-42-1 et L.225-90-1⁹⁵⁵ ou si des options qui avaient été attribuées en cours de mandat dont le conseil modifierait la règle d’attribution au moment du changement ou de la

⁹⁵² R. FOY, Stock-options, Rep. Sociétés Dalloz Dernier mise à jour Janvier 2014.n°20

⁹⁵³ R. FOY, Stock-options, Rep. Sociétés Dalloz Dernier mise à jour Janvier 2014.n°20

⁹⁵⁴ R. FOY, op.cit

⁹⁵⁵ ANSA, réunion, 5 sept.2007 cité par C. CATHIARD, B. SAINTOURENS, A. LEMERCIER. « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions. Actes pratiques et ingénierie sociétaire ». Mars avril 2009. LexisNexis

cessation des fonctions, dans ce cas également, le régime des conventions réglementées devrait s'appliquer aussi. La notion de rémunération visée par les articles L.255-42-1 permet d'appréhender de nombreux éléments de rémunération.

Les attributions gratuites d'actions sont également concernées par le dispositif.

b. Les autres formes de rémunération en capital

Attribution gratuite d'actions

L'attribution d'actions gratuites (il vaudrait mieux parler d'attribution gratuite d'actions) est une forme de rémunération en capital moins risqué que la rémunération sous forme de stock-options⁹⁵⁶ car le prix de levée de l'option des stock-options peut être souvent supérieur au cours réel de l'action quand le marché a une tendance baissière comme ce fut le cas dans les années post-crise 2008. La levée de l'option n'a donc aucun intérêt économique pour le bénéficiaire qui risquerait une moins-value si le cours de bourse ne se redresse pas. Donc finalement d'un point de vue économique, la procédure d'attribution des stock-options a un coût économique important et peut ne pas être utile⁹⁵⁷. Il est donc plus intéressant d'émettre des actions « gratuites » car sauf en cas de faillite de la société émettrice, le bénéficiaire a acquis des actifs sans déboursier le moindre centime⁹⁵⁸.

La procédure d'attribution gratuite des actions est très proche de celle des stock-options avec également le rôle joué par l'assemblée extraordinaire des associés dans l'attribution des actions⁹⁵⁹. On peut distinguer là aussi trois périodes : la procédure d'attribution presque analogue à celle des stock-options, la période dite d'acquisition des actions et la période de conservation des actions.

⁹⁵⁶ P. LE CANNU, B. DONDERO, Droit des sociétés, LGDJ Lextenso, DOMAT droit privé, 6^e édit. P.749 n°1161

⁹⁵⁷ D'un point de vue économique, la procédure des Stock-options entraîne un coût de transaction très important et peut s'avérer inutile en cas de tendance baissière du marché. Par conséquent, il y a un gaspillage de valeur car la mise en place d'une procédure de Stock-options a un coût économique très important pour la société qui la met en œuvre.

⁹⁵⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis, p.457, n°877 : « Les A.G.A. permettent de réaliser un gain, même si l'action a baissé depuis l'attribution...et tant qu'elle vaut plus que zéro ».

⁹⁵⁹ Compétence de l'AGE pour fixer la durée de l'habilitation des organes compétents pour déterminer les modalités. Un rapport spécial doit informer chaque année l'A.G. (L.225-197-4 al.1), la valorisation de l'avantage doit également apparaître dans le rapport de gestion qui échoit aux SCA et SA dont les titres sont admis sur un marché réglementé. Ce rapport de gestion est inclus dans les documents de référence des sociétés cotées consultables sur Internet. Indirectement, le rapport du président peut évoquer ces rémunérations en vertu du principe d'explication que doit le PDT du CA ou du CS sur la politique de rémunération de l'entreprise.

La **période d'acquisition** est la période durant laquelle les attributaires sont titulaires d'un simple droit de créance personnel à l'encontre de la société. L'objet de cette créance est la cession d'actions à titre gratuit à l'issue de cette période qui ne peut être inférieure à deux ans. Pendant cette période d'acquisition, les attributaires n'ont aucun droit de propriété sur les actions et n'ont aucune prérogative inhérente à la qualité d'actionnaire. (Ni droit aux dividendes, ni droit d'informations⁹⁶⁰...). C'est seulement à la fin de cette période fixée à au moins deux ans par l'AGE que l'attributaire devient propriétaire des actions.

La période de conservation

Cette période succède à la période d'acquisition qui s'est conclue par le transfert de propriété des titres sociaux au bénéficiaire. Durant la période de conservation, le bénéficiaire est titulaire (propriétaire de ses actions) mais ne peut pas en disposer librement jusqu'à l'échéance de cette période. L'indisponibilité juridique des actions n'est pas uniquement fiscale et sociale, elle est également juridique⁹⁶¹. Le mandataire social uniquement est obligé de conserver ses titres jusqu'à la fin de ses fonctions, en tout ou en partie. Cette obligation juridique est imposée par le Code mais offre le choix à l'organe compétent de décider sur la quotité des titres soumise à l'obligation de conservation⁹⁶². De plus, dans les sociétés où les titres sont cotés, il existe une indisponibilité supplémentaire afin d'éviter les délits d'initié⁹⁶³. Là encore comment qualifier la nature de l'acte qui octroie progressivement la propriété des actions ?

La qualification de l'acte juridique qui octroie les actions gratuites

« La décision prise par le conseil d'administration ou le directoire constitue une attribution gratuite à terme et conditionnelle d'actions, le transfert de propriété s'effectuant à l'issue d'un délai, qui court à compter de la décision d'attribution prise par le conseil, et dont la durée

⁹⁶⁰ R. FOY, Attribution gratuite d'actions (Régime juridique) jan. 2013, Rep. Sté Dalloz

⁹⁶¹ R. FOY, Attribution gratuite d'actions (Régime juridique) jan. 2013, Rep. Sté Dalloz n°118

⁹⁶² L.225-197-1 II al. 4 « :Par dérogation aux dispositions précédentes, pour les actions ainsi attribuées au président du conseil d'administration, au directeur général, aux directeurs généraux délégués, aux membres du directoire ou au gérant d'une société par actions, le conseil d'administration ou, selon le cas, le conseil de surveillance soit décide que ces actions ne peuvent être cédées par les intéressés avant la cessation de leurs fonctions, soit fixe la quantité de ces actions qu'ils sont tenus de conserver au nominatif jusqu'à la cessation de leurs fonctions. L'information correspondante est publiée dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102-1. »

⁹⁶³ L.225-197-1 I al. 8 : « Dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, à l'issue de la période d'obligation de conservation, les actions ne peuvent pas être cédées :

1° Dans le délai de dix séances de bourse précédant et de trois séances de bourse suivant la date à laquelle les comptes consolidés, ou à défaut les comptes annuels, sont rendus publics ;

2° Dans le délai compris entre la date à laquelle les organes sociaux de la société ont connaissance d'une information qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence significative sur le cours des titres de la société, et la date postérieure de dix séances de bourse à celle où cette information est rendue publique. »

minimale est fixée par l'assemblée⁹⁶⁴ » générale extraordinaire. Cette décision fait naître un droit de créance au profit du bénéficiaire et donc une dette pour l'émetteur qui devra prendre ses dispositions pour l'honorer au moment voulu⁹⁶⁵. Or ce droit de créance au profit des attributaires peut-il naître sans que le bénéficiaire l'ait voulu ? D'après la distinction faite par le professeur CHENEDE dans sa thèse de doctorat⁹⁶⁶, une obligation n'a que deux sources possibles : elle est soit légale, soit conventionnelle⁹⁶⁷. L'obligation réalise une commutation qui est soit voulue par les parties, soit subie⁹⁶⁸. La décision de l'organe compétent d'attribuer des actions gratuites est-elle un acte unilatéral créateur d'obligation, qui créerait un droit de créance au profit du bénéficiaire, ou plutôt la conséquence d'un droit reconnu par un acte conventionnel ? La réponse à cette question renvoie finalement plus globalement à la nature de l'entreprise, de la société et de la relation juridique entre le dirigeant et la société qu'il dirige. Mais d'un point de vue du droit des obligations, on peut relever une sorte d'aporie à qualifier la source de ce droit de créance « d'institutionnelle » alors que la pratique, comme la théorie du droit des obligations infirme rapidement un tel raisonnement. Comment le droit du créancier attributaire d'actions durant la période d'acquisition peut-il avoir une autre cause qu'une convention ? La cause d'une obligation se réduit finalement à deux occurrences : soit elle résulte de la loi, soit d'une convention⁹⁶⁹. Or il est évident que le droit de créance de l'attributaire n'est pas d'origine légale. Si la procédure d'attribution est réglementée et encadrée par la loi, l'initiative de l'attribution résulte d'une rencontre de volontés privées, de la volonté des « organes » de la société qui rencontre la volonté du bénéficiaire des actions gratuites, c'est-à-dire la décision de l'organe compétent et la décision du bénéficiaire d'accepter à terme la propriété des actions. Nier ce fait revient à l'explication que l'acte juridique créant ce droit de créance ne serait pas conventionnel mais unilatéral⁹⁷⁰. Or la

⁹⁶⁴ R. FOY, Rep. Sté DALLOZ, AGA, dernière mise à jour, septembre 2013, n°92

⁹⁶⁵ R. FOY, Rep. Sté DALLOZ, AGA, dernière mise à jour, septembre 2013 n°93, « l'émetteur est tenu de constituer soit un sous-compte d'actions autodétenues indisponibles, soit une provision en vue de l'achat des actions ou un contrat de couverture lui garantissant la livraison de celles-ci, soit un compte de réserves indisponibles »

⁹⁶⁶ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008

⁹⁶⁷ Distinction entre obligations contractuelles et extracontractuelles.

⁹⁶⁸ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.375-376 n°395 ; p.396 et s., n°425 et s. : L'auteur croit en la dualité des sources de l'obligation. « *L'obligation est soit voulue par les parties, soit imposée par le législateur* ». n°425. Quand l'obligation est imposée par l'ordre juridique, c'est la loi qui vient directement imposer la création de l'obligation, les parties n'ont pas consenti à la création de l'obligation, c'est la loi qui est la source, la cause efficiente de leur engagement.

⁹⁶⁹ Le professeur CHENEDE évacue l'argument de ceux qui pourraient dire que la loi intervient également dans le contrat : dans cette situation, la loi n'intervient pas de la même façon que pour une obligation légale. Avec l'obligation légale, la loi a un rôle directif, elle impose par exemple l'indemnisation de la victime au responsable alors qu'en matière contractuelle, la loi a un rôle permissif, elle accorde la faculté aux parties de créer des liens juridiques obligatoires sans les imposer d'elle-même. F. CHENEDE, thèse op.cit. p.377 et s. n°397 et s. infra

⁹⁷⁰ Cela serait la théorie de l'engagement unilatéral créateur d'obligation mais comme l'écrivait Cl. BRENNER, « L'acte unilatéral, qui est manifestation de puissance, a pour domaine de prédilection le droit public (VINCENT,

question d'un acte juridique unilatéral créateur d'obligations (théorie de l'engagement unilatéral de volonté) a suscité de nombreuses discussions en droit civil⁹⁷¹. De plus on essaiera de convaincre sur le fait que l'ordre juridique d'une démocratie libérale où les moyens de production sont appropriés privativement, ne peut donner lieu à de telles analyses⁹⁷². L'entreprise privée d'un ordre juridique libéral s'analyse toujours par la propriété privée individuelle ou collective ainsi que par l'acte juridique privé unilatéral ou conventionnel, c'est-à-dire que le pouvoir au sein de l'entreprise n'est pas un pouvoir propre et transcendant attribué par une autorité publique mais un pouvoir délégué qui émane de l'acte juridique fondateur. Par leurs apports respectifs, donc par leur qualité de propriétaires, les associés ont généré un acte juridique fondateur duquel va émaner le pouvoir de représentation. Lorsqu'un prétendu organe prend une décision qui crée une obligation au profit d'une autre personne, cette décision n'est pas un pouvoir institutionnel au sens du droit public mais un pouvoir qui a une origine conventionnelle. Tous ceux qui représentent la société, en vertu d'un mandat général ou d'un mandat spécial, agissent pour le compte de la collectivité des associés et non par un prétendu pouvoir propre découlant de la loi. Cet axiome est vrai tant que l'entreprise est privée et non publique. Hormis ceux qui nieraient l'existence de la dualité de sources de l'obligation⁹⁷³, il est difficile de contester la nature contractuelle de la source de la créance qui fait naître l'obligation de transférer les actions à la fin de la période d'acquisition au bénéficiaire des actions gratuites. Car si le transfert des actions est gratuit, le terme gratuit ne doit pas induire en erreur, le dirigeant n'est pas bénéficiaire gratuitement d'actions : c'est parce qu'il est dirigeant qu'il est attributaire, il s'agit donc d'une forme de rémunération qui s'inscrit dans une relation contractuelle globale. Ce sont les actions qui sont attribuées gratuitement, contrairement aux stock-options modalité de paiement, mais la cause du transfert des titres sociaux « gratuitement » s'inscrit dans une relation juridique entre le dirigeant et la société dirigée. Et cette relation juridique, lorsque le mandat est professionnel

Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives, 1966 ; V. cep. *Infra*, no 172). En droit privé, où prévalent les principes de liberté et d'égalité des individus, il ne se conçoit normalement pas isolément, mais en relation avec une situation qui fonde ou conforte la puissance qu'il exprime. ». Or le fondement d'un tel acte n'est pas une manifestation de puissance publique mais une modalité d'exercice du pouvoir.

⁹⁷¹ J.-L. AUBERT, °engagement unilatéral° Rep. civ. DALLOZ, n°33 et s. ; Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale Quasi contrats, PUF p.20, n°1 : « ...l'engagement unilatéral n'est pas concevable car il faut au moins deux volontés pour créer des obligations puisque l'obligation est un lien de droit entre au moins deux personnes »

⁹⁷² A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J. 1961 p. 5, n°1 : « Le commerce juridique repose tout entier sur la volonté des individus, à savoir le contrat, ou, plus généralement l'acte juridique ». Ici la notion d'acte juridique doit être comprise dans le sens d'acte juridique de droit privé. *Infra*

⁹⁷³ Il s'agit des courants objectivistes par exemple Fr. CHENEDE : « Pour les auteurs objectivistes, que l'on soit en présence d'un acte juridique ou d'un fait juridique, c'est toujours dans la règle de droit objectif que se situe la véritable source de toutes les obligations. Ainsi, selon KELSEN, l'acte juridique, comme tous les autres faits générateurs d'obligations, se contente de déclencher, de mettre en mouvement, la règle légale ».

(et non familial par exemple) est une relation contractuelle à titre onéreux. La qualité de créancier a toujours pour source un contrat lorsque l'obligation n'est pas légale⁹⁷⁴. Et la volonté est la source de toutes les obligations contractuelles. La doctrine du droit des sociétés a trop souvent confondu l'encadrement du contenu avec la source du contrat⁹⁷⁵. Si le dirigisme est indéniable en matière de droit des sociétés anonymes, c'est l'analyse qui est faite de ce dirigisme qui est parfois contestable.

Ce débat n'est pas vraiment posé par la doctrine car le débat sur la nature d'un élément de rémunération n'est jamais mené par pure spéculation intellectuelle ou par souci de cohérence des concepts et notions de droit mais par souci de savoir s'il faut appliquer la procédure des conventions réglementées des articles L.225-38 et s. (Pour la société à directoire L.225-86). Or comme la procédure des attributions gratuites d'actions de l'article L.225-197-1 et suivant du code de commerce est fondée sur une délégation et une information des actionnaires, la soumission de ces attributions à la procédure des conventions réglementées n'est pas essentielle.

Aspect pratique, loi TEPA et attribution d'actions gratuites

Normalement l'attribution d'actions gratuites sert à « fidéliser » le mandataire social et donc il y a en principe une clause de présence pour pouvoir profiter de ses droits d'acquisition⁹⁷⁶ donc la loi du 21 août 2007 n'a pas vocation à s'appliquer à l'attribution gratuite d'actions. Néanmoins si des attributions gratuites étaient accordées au moment de la cessation du mandat sans que le maintien dans la société ou le groupe de société ne soit une condition pour l'acquisition définitive des actions, l'attribution constituerait une convention réglementée rentrant dans les dispositions de l'article L.225-42-1⁹⁷⁷ (et L.225-90-1)

A côté des stock-options et des attributions gratuites d'actions, il existe d'autres types de rémunération en capital⁹⁷⁸.

Rémunérations en titres de société et loi SAPIN II

⁹⁷⁴ Déduction de la dualité des sources de l'obligation présentée par Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008p.404, p.405 n°436

⁹⁷⁵ Sur ce point, voir l'introduction de Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société » in *Rapport français pour les journées brésiliennes*. Association Capitant 2005

⁹⁷⁶ R. FOY, Attribution gratuite d'actions, Rep. Sté Dalloz, n°71

⁹⁷⁷ C. CATHIARD, B. SAINTOURENS, A. LEMERCIER. « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions. Actes pratiques et ingénierie sociétaire ». Mars avril 2009. LexisNexis, actes pratiques, p.25 n°161

⁹⁷⁸ Bulletin Joly Sociétés, 01 mai 2012 n° 5, P. 453 215. Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des management packages ; °BSPCE, BSA

Comme on l'a vu précédemment, une disposition de la loi SAPIN a institué aux articles L.225-37-2, L.225-100 entre autres, un double vote contraignant des associés réunis en assemblée sur la rémunération des dirigeants de sociétés cotées. Le premier vote *ex ante* concerne la politique générale de la rémunération allouée aux dirigeants de l'entreprise concernée en prenant en compte la totalité des éléments de rémunération, un décret du 16 mars 2017 est venu détailler quels types d'éléments de rémunération sont concernés⁹⁷⁹. Et les attributions gratuites d'actions, comme l'attribution d'options de souscription ou d'achats d'actions, sont visées par ces nouveaux textes de la partie réglementaire du Code de commerce⁹⁸⁰. Quant au second vote, il permet de valider le versement des éléments de rémunérations variables et exceptionnels accordés en l'année n-1 si l'assemblée considère que les objectifs fixés en n-1 ont été réalisés. Pourtant, un doute subsiste sur l'application du vote *ex post* en ce qui concerne les attributions gratuites d'actions et les stock-options. Ces rémunérations en capital sont-elles concernées par les nouvelles procédures mises en place par les articles L.225-37-2 et L.225-100 II al.1 qui conditionnent le versement des éléments de rémunération variables et exceptionnels à une autorisation de l'assemblée par un vote *ex post* explicite et individualisé pour chaque dirigeant⁹⁸¹ ?

Il semblerait que tous les auteurs ne soient pas d'accord sur la question. Pour un auteur, les rémunérations en titres sont des rémunérations variables qui doivent donc obéir au régime de performance institué par la réforme⁹⁸². Mais pour M. LE NABASQUE, les rémunérations en titres ne sont pas concernées par le second vote *ex post* des associés réunis en assemblée⁹⁸³. Le professeur LE NABASQUE donne plusieurs arguments qui suggèrent que les éléments de rémunération en titres sociaux ne soient pas concernés par le vote de validité a posteriori⁹⁸⁴ :

⁹⁷⁹ Décret n° 2017-340 du 16 mars 2017

⁹⁸⁰ R.225-29-1 et R.225-56-1 sont rédigés d'une manière identique, le second concerne la SA duale et visent les deux formes de rémunérations en capital « 5° Les attributions d'options de souscription ou d'achat d'actions ; 6° Les attributions gratuites d'actions »

⁹⁸¹ L.225-100 II. al. 1 : « l'assemblée générale statue sur les éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature versés ou attribués au titre de l'exercice antérieur par des résolutions distinctes pour le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance »

⁹⁸² B. LECOURT, Vote des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : conformité du droit français aux futures exigences européennes ? 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, dite « Loi Sapin 2 », art. 161, Revue des sociétés 2017 p.118 n°20

⁹⁸³ H. LE NABASQUE, Le champ d'application du nouveau say on pay (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017) 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017), Joly Sociétés 2017 p.263 et s.

⁹⁸⁴ H. LE NABASQUE, Le champ d'application du nouveau say on pay (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017) 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017), Joly Sociétés 2017 p.263 et s.

l'attribution gratuite d'options n'est pas un versement au sens strict de la loi⁹⁸⁵. Une fois que les actions ont été attribuées et autorisées par le vote *ex ante*, ce n'est plus la société qui est concernée par la cession du mandataire bénéficiaire des options. C'est au moment de la cession que le dirigeant bénéficiaire d'actions gratuites par exemple réalisera son réel gain mais ce gain n'est pas versé par la société mais par le « marché », c'est-à-dire par l'acquéreur cessionnaire des titres sociaux⁹⁸⁶. Donc à partir du moment où le dirigeant a été autorisé à bénéficier « d'actions gratuites », il ne semble pas que cela soit dans l'esprit de la loi de restituer les titres sociaux remis⁹⁸⁷. Le mot versement semble concerner davantage les rémunérations en numéraire. On peut avancer également un autre argument. On a vu par exemple que pour les stock-options, l'assemblée générale intervenait dans la mise en place de la procédure d'attribution des options. Or avec l'article L.225-37-2, elle intervient également par un vote *ex ante* sur la politique générale de rémunération et donc sur l'attribution ou non d'éléments de rémunération en titres sociaux, il serait curieux que l'assemblée générale intervienne de nouveau *ex post* pour confirmer le versement de ces éléments de rémunération qui ont déjà été « versés » aux dirigeants concernés.

Pour résumer, si les éléments de rémunération attribués en titres de société sont bien concernés par le vote *ex ante* prévu par le nouvel article L.225-37-2, un doute important subsiste en ce qui concerne le vote *ex post*, qui paraît en l'état actuel des textes inapplicable. Plus généralement, il semble que certains éléments de rémunérations soumis à des procédures spécifiques comme les retraites chapeau puissent poser des difficultés dans le cas où l'assemblée refuserait d'approuver un élément de rémunération qui aurait été autorisé par la procédure spécifique de l'article L.225-42-1. Mais faisons confiance à la pratique et à la jurisprudence pour affiner les règles de comptabilité entre les deux.

Résumé de « l'institutionnalité » de la rémunération du mandataire social de société anonyme et avènement de la contractualisation : du *say on pay* consultatif au *say on pay* contraignant des actionnaires de SA relatif à la rémunération des dirigeants

La qualification de rémunération institutionnelle du dirigeant social de sociétés anonymes semble être en pratique un simple moyen de défense pour justifier l'éviction du régime des conventions réglementées au détriment de la procédure de fixation de la rémunération par l'organe compétent. Lorsque la doctrine et la pratique utilisent l'adjectif « institutionnelle »

⁹⁸⁵ H. Le NABASQUE, Le champ d'application du nouveau *say on pay* (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017) 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017), Joly Sociétés 2017 p.263 et s. n°15

⁹⁸⁶ H. Le NABASQUE, op.cit n°15

⁹⁸⁷ H. Le NABASQUE, op.cit n°15

pour qualifier une rémunération, on s'aperçoit que le lien est ténu avec la théorie originelle de l'institution de M. HAURIOU vue précédemment. L'acceptation du terme institutionnel a évolué et est devenue une commodité en droit des sociétés pour désigner une certaine procédure de fixation de la rémunération des mandataires sociaux. En réalité la différence entre les rémunérations dites institutionnelles et celles qui seraient conventionnelles car soumises aux articles L.225-38-1 et s. (L.225-90-1) ne permet pas de déduire une essence quelconque de la rémunération. Il s'agit plutôt d'une « rhétorique » servant à justifier la compétence exclusive de l'organe compétent en matière de rémunération. Même si aujourd'hui, personne ne semble vraiment croire au paradigme institutionnel comme étant l'essence de la société de capitaux, il n'empêche que les textes sont toujours là et que ces textes ont été compris par une partie de la doctrine, de la jurisprudence et les praticiens comme étant institutionnels. La problématique que soulève le « *Say on pay* » consultatif puis contraignant depuis la réforme de décembre 2016 est pour nous extrêmement révélatrice de la persistance d'une dichotomie de paradigmes en droit des sociétés. Mais depuis les réformes initiées il y a quarante ans, cela a commencé avec celle des Stock-options en 1970, le paradigme institutionnel est infirmé dans le sens où c'est le contrat et non l'acte juridique unilatéral qui est privilégié explicitement ou tacitement comme étant le lien juridique créateur d'obligations entre la société dirigée et son dirigeant.

La globalisation a eu pour conséquence de générer un marché planétaire et le marché, c'est le contrat⁹⁸⁸. L'entreprise privée est constituée de contrats et si ce fait semble contesté par la vision institutionnelle, il n'en demeure pas moins que le droit des sociétés tant par les textes qui le constituent que par la pratique des affaires se construit par contrats. Les exemples du *Say on pay* en 2013 puis du vote contraignant des actionnaires de sociétés cotées sur la rémunération de leurs mandataires sociaux confirment l'importance du contrat pour expliquer le fonctionnement des sociétés. Le « *Say on pay* » fut d'abord une proposition du CODE AFEP-MEDEF de 2013⁹⁸⁹, ensuite visée par le Code de commerce. Il s'agissait d'une procédure non contraignante, le vote des actionnaires était simplement consultatif⁹⁹⁰. Même si dans l'extrême majorité des cas, il y avait corrélation entre ce que proposait le Conseil

⁹⁸⁸ M. FLAMANT, Histoire du libéralisme, PUF, « Que-sais-je » ? 2e. p.30 ; M. FOUCAULT, Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France. 1978-1979 p.33 ; A. SUPLOT, Critique du droit du travail, préface p. XXIV

⁹⁸⁹ A. VIANDIER, L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux. - (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées juin 2013) La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 29, 18 Juillet 2013, 1416 ; A. COURET, La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises, Gazette du Palais, 28 août 2014 ; ; S. TORCK, « Rémunération des dirigeants de sociétés cotées : la régulation plutôt que la moralisation », Droit des sociétés n° 10, Octobre 2013, comm. 163 ; B. DONDERO, Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ, R.S. 2014, p.7 ; V. MAGNIER, Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ?, JCP E 2008, act. 280.

⁹⁹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e edit. LexisNexis 2016, n°756, p.336 et .s

d'administration, on peut relever cependant l'exemple notable de Renault où la rémunération de 7.2 millions d'euros alloués à son PDG ne fut pas entérinée par les actionnaires⁹⁹¹. Ce cas très médiatique de Renault a sûrement eu une influence notable sur le législateur, qui a réagi par la 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, dite « Sapin 2 » qui a mis en place à l'article L225-37-2 (L225-82-2 pour la société à directoire) du Code de commerce un dispositif obligatoire de vote contraignant sur la rémunération des dirigeants de sociétés dont les titres sont cotés. Le Code de commerce vise désormais toutes les rémunérations⁹⁹² (« *la rémunération totale et les avantages de toute nature*, ») et ce point est important car l'analyse mixte entre éléments institutionnels de la rémunération et éléments contractuels a eu tendance à fractionner la rémunération des mandataires exécutifs et à faire perdre l'idée que la rémunération était une totalité, une contrepartie d'une prestation. Si ce nouveau contrôle doit être salué, il convient de faire plusieurs remarques à son sujet :

_D'un point de vue technique, une difficulté d'articulation entre le double vote contraignant issu de la loi SAPIN II et la procédure des conventions réglementées de certains éléments de rémunération pourrait advenir⁹⁹³. Néanmoins, comme nous l'avons vu précédemment, la procédure des conventions réglementées pour certains éléments de rémunération prévus à l'article L.225-42-1 renvoie à l'article L.225-40 qui dispose que le vote négatif de l'assemblée n'invalide pas pour autant la convention litigieuse, la nullité n'est facultative que si la convention a eu des conséquences dommageables pour la société⁹⁹⁴. Comme le rappelait le professeur Le NABASQUE, la procédure de l'article L.225-42-1 et le *say on pay* contraignant n'ont pas le même objet. Désormais, ce n'est plus seulement un risque de responsabilité a posteriori pour les membres du conseil et le bénéficiaire de la convention mais l'assemblée des associés qui devient décisionnaire en matière de choix de la rémunération. Et ce nouveau droit positif, malheureusement limité aux sociétés cotées, est davantage conforme à la nature de la société personnifiée que nous défendons.

⁹⁹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e edit. LexisNexis 2016, p.337, n°756

⁹⁹² Article L225-37-2 du code de commerce : « Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature, attribuables aux président, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, en raison de leur mandat, font l'objet d'une résolution soumise au moins chaque année à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires dans les conditions prévues à l'article L. 225-98 et au deuxième à avant-dernier alinéas du présent article. »

⁹⁹³ H. Le NABASQUE, Le champ d'application du nouveau say on pay (loi Sapin 2 du Le champ d'application du nouveau say on pay (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017) 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017) n°16

⁹⁹⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e édit. LexisNexis 2016, p.367, n°823

_Ce vote contraignant s'appliquant uniquement aux sociétés cotées aurait pu se passer d'une intervention législative et être reconnu par les organes *jurislateurs* que sont la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC par exemple. L'associé est un propriétaire en commun de l'entreprise privée par le biais d'un véhicule juridique (un contrat associatif⁹⁹⁵) qui organise la propriété privée collective. C'est pour cette raison que le vote des associés sur la rémunération des mandataires devrait concerner toutes les sociétés anonymes et non seulement les sociétés anonymes cotées. Les dispositions de la loi SAPIN II qui prévoient le double vote contraignant ne sont-elles pas un véritable coup de serpe à la compétence figée et hiérarchique des organes sociaux ? Des juristes audacieux au sein des sociétés anonymes non cotées pourraient suggérer aux dirigeants sociaux de voter la rémunération de ces derniers en assemblée générale. Et en cas d'éventuels contentieux, une question prioritaire de constitutionnalité pourrait être soulevée à l'égard de l'interprétation que fait la jurisprudence des textes concernant la rémunération des dirigeants sociaux. Comment justifier que le simple fait qu'une société ait ses titres sociaux admis « aux négociations sur un marché réglementé » puisse changer le régime d'une manière aussi substantielle ? La cotation en bourse ne modifie pas l'essence d'une société, elle permet juste que la qualité d'associé soit facilement acquise ou perdue grâce à un accès facilité au marché. Le marché boursier est un moyen qui facilite la cession des titres sociaux, modifie le fonctionnement, voire le régime des sociétés anonymes sans pour autant en changer l'essence⁹⁹⁶.

Pour conclure, la *ratio legis* du double vote contraignant, prévu par les articles L.225-37-2 et L.225-100 sur la totalité de la rémunération et avantages accordés aux mandataires sociaux de la société anonyme, semble confirmer une fois de plus le paradigme contractualiste comme fondement de l'organisation sociale au détriment du « paradigme institutionnaliste ». En réalité, il n'y a aucune raison d'interdire aux associés de voter la rémunération des dirigeants. Cette interdiction résultait du principe de hiérarchie découlant de l'arrêt Motte de 1946 de la Cour de cassation lui-même issu des lois de 1940 et 1943. Mais les dernières réformes depuis vingt ans, voire quarante, vont inexorablement vers la contractualisation du lien dirigeant-associé. Notamment dans les sociétés cotées car avec ce type de sociétés, l'investisseur peut quitter très facilement la société, les « coûts de transaction » pour acquérir ou céder les titres

⁹⁹⁵ Terminologie utilisée par G. ROUHETTE pour désigner la famille de contrats dont le contrat de société fait partie : « La caractéristique essentielle du contrat associatif – en un sens technique, en prenant pour paradigme le contrat d'association stricto sensu, ou le contrat de société – serait que les parties y poursuivent non plus des fins personnelles, mais un but identique : la réalisation d'une même œuvre » in G. ROUHETTE, Encyclopédia Universalis, entrée °Le contrat°

⁹⁹⁶ H. BOUTHINON-DUMAS, Préface Ph. DIDIER, directeur de thèse M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, L.G.D.J. Droit et économie

sociaux sont faibles du fait de la libre cessibilité des titres sociaux. Et par conséquent, dans la société cotée, la libre transaction des titres accroît la pression sur le management de l'entreprise.

Section II La rémunération du gérant de la société à responsabilité limitée

La SARL⁹⁹⁷ est l'autre forme sociale où la rémunération allouée au dirigeant est parfois qualifiée d'institutionnelle. Des récents arrêts rendus par la Cour de cassation semblent confirmer cette analyse doctrinale. Pourtant là encore, il semble que la vraie raison de telles analyses ne doit pas être recherchée dans l'essence véritable de la relation juridique liant le gérant de SARL à sa société mais à une justification particulière *a posteriori* visant à légitimer l'évitement de la procédure des conventions réglementées prévue à l'article L.223-19 du Code de commerce. Comme avec la société anonyme, le prétendu caractère institutionnel est invoqué par certains pour éviter la procédure des conventions réglementées, qui n'est sûrement pas adaptée à la détermination de la rémunération du gérant de SARL.

On verra dans un §1 quelle est la procédure de la rémunération du gérant de SARL puis dans un §2 la question de la nature de cette rémunération suivant la qualification prétendue alternative entre rémunération contractuelle et rémunération institutionnelle.

§1 Procédure de détermination de la rémunération du gérant de SARL

Historique de la SARL

L'article 24, alinéa 1 de la loi du 7 mars 1925 qui a introduit la SARL en France disposait que les gérants de SARL étaient des « mandataires salariés ou gratuits⁹⁹⁸ », la loi de 1966 n'a rien prévu en ce qui concerne la rémunération des gérants de SARL⁹⁹⁹. Et donc à l'heure

⁹⁹⁷ La SARL fut proposée par le législateur en 1925 en adoptant et transposant cette forme sociale du droit allemand, forme sociale qui existait en Alsace Moselle, territoires récupérés après la victoire des alliés en 1918. La société à responsabilité limitée est une société hybride, mi-société de personnes, mi- société de capitaux mais qui progressivement semble migrer davantage vers le régime des sociétés de capitaux, ce qui fait dire à certains que le mécanisme juridique de la SARL échappe « dans une très large mesure au droit contractuel », c'est-à-dire qui échappe à ses associés et à ses fondateurs. Cette phrase est révélatrice d'une conception partagée par ceux qui ont une vision institutionnelle de la société et par conséquent, qui croient détecter une institutionnalité de la rémunération du gérant de SARL. M. GERMAIN, V. MAGNIER, Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, T.2, 21e édit LGDJ, 2014pp. 214-215 n°1781 et s.,

⁹⁹⁸ J. MOLIERAC, Manuel des sociétés, Tome 1, Dalloz Paris 1956 p.241§381

⁹⁹⁹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 p.462, n°457

d'aujourd'hui, aucun article de la loi désormais codifié n'évoque la question de la rémunération des gérants de SARL dans le Code de commerce¹⁰⁰⁰.

Détermination de la rémunération du gérant de SARL

Le Code de commerce est silencieux sur la question de la rémunération du gérant de SARL¹⁰⁰¹. On peut dire que la jurisprudence retient qu'il appartient aux associés de fixer la rémunération du ou des gérants de SARL, cette rémunération du gérant est, d'après un arrêt de la Cour de cassation « *déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés*¹⁰⁰² », la rémunération fixée dans les statuts de la SARL a pour inconvénient d'entraîner une modification des statuts de la société. En cas d'absence de dispositions statutaires, c'est donc à l'assemblée générale de fixer la rémunération. Certains auteurs et une certaine jurisprudence semblaient indiquer que la rémunération pourrait être fixée judiciairement, lorsque celle-ci n'est pas fixée par les associés¹⁰⁰³. Mais une jurisprudence plus récente semble infirmer la possibilité pour le juge de se substituer aux organes compétents¹⁰⁰⁴. Selon nous, le pouvoir judiciaire devrait pouvoir intervenir dans certains cas mais seulement subsidiairement, a posteriori et dans des circonstances très particulières¹⁰⁰⁵. La décision de rémunérer un gérant ou des gérants de la SARL appartient donc aux associés qui peuvent le faire dans les statuts ou en assemblée des associés¹⁰⁰⁶. Cette formule est par ailleurs souvent énoncée par la Cour de cassation « *il résulte de l'article L. 223-18 du code de commerce que la rémunération du gérant doit être déterminée soit par les statuts, soit par une*

¹⁰⁰⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis 2015 p.563 n°1128 et s.

¹⁰⁰¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis 2016, 29^e édit., p.566, n°1338 et s.

¹⁰⁰² M. GERMAIN, V. MAGNIER, Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, T.2, 21^e édit LGDJ, 2014 p.240, n°1832

¹⁰⁰³ M. GERMAIN, J.-P. CASIMIR, p.195, n°763 ; P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, pp.704-705, n°895 ; Cass. Com, 13 juin 1977,

¹⁰⁰⁴ Cass.com. 31 mars 2009, Dr. Soc. 2009, n°116 note COCHET-GALLOIS, Joly Sté 2009, p.680 note LE CANNU ; B. DONDERO, Le caractère abusif de la décision refusant d'augmenter le gérant d'une SARL, R.S.2009 p. 601

¹⁰⁰⁵ Pour cela, il faudrait que le droit positif accepte le fait que la rémunération soit l'objet d'une obligation contractuelle, une prestation fournie en contrepartie d'un travail. Or, ce constat (infra) n'est pas encore partagé par tous. Les relations juridiques entre les associés relèvent du droit des biens (propriété privée collective, infra Chapitre II Titre I Partie) et les relations juridiques entre associés et dirigeants relèvent du droit de propriété/droit des obligations principalement et subsidiairement du droit des sociétés. La croyance que le droit des sociétés est un droit autonome par rapport au droit commun qu'est le droit civil, a poussé à des analyses « constructivistes » qui n'ont pas beaucoup de sens en théorie et en pratique. Qu'est-ce qu'une rémunération institutionnelle ? Elle a pour source une obligation institutionnelle ? Un acte juridique de droit privé ? Un acte juridique de droit public ? Pourquoi ? Quels fondements ? L'institutionnalité n'a pas de fondement juridique précis en droit des sociétés et n'a qu'un vague lien avec la théorie publiciste initiée par M. HAURIUO dont elle se prétend être l'application en droit des sociétés. Il s'agit d'un « argument rhétorique pour justifier a posteriori la non -application du régime des conventions réglementées.

¹⁰⁰⁶ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 p.462 n°457 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29^e édit. LexisNexis 2016. P.566 et s. n°1338 et s. d ; A. LECOURT Cass.com. 15 mars 2017, n° 14-17.873 Assouplissement des conditions de fixation de la rémunération u gérant de SARL ? Rev. Sociétés 2017. 491

*décision de la collectivité des associés*¹⁰⁰⁷ ». Et un arrêt récent de la Cour de cassation cite l'article 1134 du Code civil au visa d'une branche d'un moyen relative à la fixation de la rémunération du gérant de SARL. On peut en déduire que la Cour de cassation suppose que l'obligation de rémunération dont le dirigeant est créancier à l'égard de la société gérée a un fondement contractuel, relève du droit des obligations volontaires. Pourtant la rémunération ne procéderait pas d'une convention selon une certaine jurisprudence¹⁰⁰⁸. Comme pour les sociétés anonymes, on constate que ce ne sont pas des principes macro-juridiques qui guident la qualification de la nature de la rémunération mais le fait de savoir s'il faut appliquer le régime des conventions réglementées à la procédure de fixation de la rémunération des dirigeants.

§2 Nature de la rémunération et procédure des conventions réglementées.

Jean HEMARD, François TERRE et Pierre MABILAT soutenaient dans leur traité de droit des sociétés publié peu de temps après la réforme du droit des sociétés de 1966 que la rémunération fixée, non par dans les statuts, mais par un acte séparé pris à la majorité devait être soumise à la procédure des conventions réglementées de l'article 50 de la loi de 1966 (devenu L.223-19) du Code de commerce¹⁰⁰⁹. Ce débat a agité la doctrine pour savoir si la rémunération était le fruit d'une convention et si c'était le cas, s'il s'agissait d'une convention normale ou d'une convention soumise à la procédure des conventions de l'art L.223-19 La Cour de cassation a rendu une décision le 4 mai 2010, confirmée ensuite¹⁰¹⁰, qui fut analysée comme étant une confirmation de la théorie institutionnelle de la rémunération de gérant de SARL : dans cet arrêt du 4 mai 2010¹⁰¹¹, la Cour de cassation rejette un pourvoi formé à

¹⁰⁰⁷ Cass. com.25-09-2012, n° 11-22.754 (n° 901 F-P+B) Recueil Dalloz 2012 p.2302 ; A. LECOURT Cass.com. 15 mars 2017, n° 14-17.873 Assouplissement des conditions de fixation de la rémunération du gérant de SARL ? Rev. Sociétés 2017. 491

¹⁰⁰⁸Cass. Com 4 mai 2010, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, JCP E 2010. 1993, n° 3, n° 84 ; A. COURET Rev. Sociétés 2010. 222, A. LIENHARD D. 2010. 1206 ; ibid. 2797, ; C. CHAMPAUD et D. DANET RTD com. 2010. 563; M. ROUSSILLE Dr. sociétés 2010, comm. 139

¹⁰⁰⁹ J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1. « Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA » DALLOZ 1972 p.462-463 n°457

¹⁰¹⁰ Cass.com, 4 octobre 2011 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procède pas d'une convention, ce dont il résulte que le gérant associé, fût-il majoritaire, peut prendre part au vote, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹⁰¹¹ Cass. Com. 4 mai 2010, no 09-13.205, A. COURET, RS juin 2010 p.222. Le gérant associé d'une SARL peut voter sur sa propre rémunération ; M. ROUSSILLE, Dr. Sté.2010, 139 ; LIENHARD ; D. 2010. Actu. 1206, Fl. DEBOISSY, G. WICKER, JCP E 2010, 1993, n°3

l'encontre d'un arrêt d'appel qui avait refusé d'appliquer la procédure des conventions réglementées à une rémunération octroyée au gérant d'une SARL. La Cour d'appel avait énoncé que la rémunération accordée au gérant d'une SARL était une convention courante non soumise à la procédure des conventions réglementées. La Cour de cassation approuva la solution (arrêt de rejet) mais opéra une substitution de motif et énonça que la rémunération du dirigeant de SARL n'était pas soumise à la procédure des conventions réglementées, non pas parce qu'il s'agissait d'une convention courante, mais parce que la rémunération ne procédait pas d'une convention¹⁰¹². L'un des commentateurs¹⁰¹³ de l'arrêt en conclut donc que la rémunération des dirigeants de SARL, comme leurs homologues de la SA, n'est pas contractuelle mais institutionnelle¹⁰¹⁴. Cette solution jurisprudentielle fut réitérée dans un arrêt du quatre octobre 2011¹⁰¹⁵.

Une solution jurisprudentielle fondée en droit à la motivation maladroite ?

L'interprétation faite par certains auteurs sur la prétendue nature institutionnelle de la rémunération du gérant de SARL est justifiée ici aussi pour écarter le régime des conventions réglementées¹⁰¹⁶. En réalité, l'enjeu du débat n'est pas théorique, il ne concerne pas la théorie du droit mais la pratique : si l'on soumet la procédure de détermination de la rémunération à la procédure des conventions réglementées, le gérant ne peut plus voter sur la décision concernant sa propre rémunération¹⁰¹⁷. Si certains observateurs se félicitent de cette

¹⁰¹² Cass. Com. 4 mai 2010 : « Mais attendu que la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ; que le moyen ne peut être accueilli »

¹⁰¹³op.cit. Cass. Com. 4 mai 2010, A. COURET, RS juin 2010 p.222.

¹⁰¹⁴ Nous pensons que cet arrêt est parfaitement justifié d'un point de vue de politique juridique mais pas du point de vue de la technique juridique. (Il faudrait procéder à « une substitution de motifs ») Si le gérant a toujours le droit de voter sa rémunération, ce n'est pas parce que sa rémunération n'est pas conventionnelle comme l'a maladroitement affirmé la Cour de cassation. S'il peut voter, c'est parce qu'il est d'abord associé, c'est-à-dire propriétaire ou plus exactement propriétaire ut universi de la structure sociale. Or, en tant qu'associé passant une convention normale pour la société, il est parfaitement légitime que celui-ci prenne part au vote. La Cour de cassation fait donc prévaloir (inconsciemment ?) sa qualité de propriétaire sur celle de gérant tenu de se conformer à l'article L.223-19 sur les conventions réglementées. Le « contrat de direction » (infra Titre II, Partiel) d'une société est toujours sous la dépendance d'un contrat originaire, qui est le contrat de société. Si l'on traduit cela sous l'aspect normatif (car le contrat est créateur de normes et non uniquement d'obligations), la norme originaire créée par le contrat de société peut être complétée par des normes dérivées, issues de décisions sociales et par la passation de contrats.) Sur la notion de normes dérivées, F. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français. p.141, §39). Le contrat de direction passé par la société (La société-personne morale est une structure juridique de l'entrepreneur et l'entrepreneur juridique peut être constitué d'une ou plusieurs personnes juridiques) et une personne juridique consentie pour l'exercice de la gestion. Ce contrat de direction demeure sous la dépendance du contrat de société, c'est-à-dire que la norme créée par le contrat de direction doit respecter la norme issue par le contrat de société

¹⁰¹⁵ Cass. com., 4 octobre 2011n° 10-23. 398, RJDA 12/11 n°1036.

¹⁰¹⁶ Supra régime de la société anonyme.

¹⁰¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e édit. LexisNexis, p.584, n°1380 et 1381.

conséquence, ils n'ont pas à l'esprit le caractère inique d'une telle éventualité. S'il est choquant et inadmissible qu'un salarié ou un fonctionnaire décide ou vote sa propre rémunération, c'est que le patrimoine sur lequel va être émise l'obligation est distinct du sien : cela résulte d'un principe universel, que l'on ne peut pas se rendre créancier d'un patrimoine dont on n'est pas propriétaire. Or dans les cas visés par les deux arrêts de la Cour de cassation, le gérant chef d'entreprise est aussi un associé de la société dirigée. Lui interdire de voter sur sa propre rémunération revient à lui interdire de gérer indirectement son patrimoine car les prérogatives d'associés sont la contrepartie de la propriété des titres sociaux ; l'associé est un propriétaire dans une situation spécifique¹⁰¹⁸. A partir du moment où le droit positif accepte que le propriétaire de titres sociaux soit dirigeant de l'entreprise (c'est même initialement tout le principe du « petit capitalisme » où c'est la personne propriétaire des capitaux, l'entrepreneur, qui est le chef de l'entreprise), il serait contraire au droit des sociétés, contraire aux principes matriciels qui sous-tendent l'ordre juridique d'interdire à l'associé de décider de la rémunération qu'il doit se verser. Même si la motivation avancée par la Cour suprême dans l'arrêt du 4 mai 2010 peut prêter à discussion « *la rémunération...ne procédant pas d'une convention* », la Cour de cassation a sur le fond raison de rejeter la soumission de la détermination de la rémunération du gérant de SARL à la procédure des conventions réglementées de l'article L.223-19. Seulement la qualification d'institutionnalité de la rémunération n'est en réalité qu'un subterfuge juridique destiné à écarter une solution qui serait contraire aux grands principes d'un ordre juridique économique d'une démocratie libérale. Prenons un exemple extrême et caricatural : deux associés d'une SARL dont l'un a 99.99% des parts sociales et l'autre le reste, (0.01%). Si l'on appliquait le régime des conventions réglementées lors de la fixation de la rémunération du gérant associé qui possède 99.99% des parts sociales, ce serait l'ultra-minoritaire qui déciderait à la place de l'associé ultra majoritaire ! Ce n'est pas sérieux et cela reviendrait à une forme d'expropriation pour cause d'utilité privée. L'associé ultra-minoritaire déciderait la rémunération à la place de l'associé majoritaire ? Sans prendre un exemple aussi caricatural, il serait inique d'écarter du vote le gérant associé sous prétexte qu'il y aurait un conflit d'intérêts. Il est normal que le gérant participe au vote de sa rémunération. De même que dans une entreprise individuelle, il est normal que ce soit l'entrepreneur individuel qui choisisse la part de bénéfices qui lui revient de la part qu'il va réinvestir dans son entreprise. Vouloir appliquer la procédure des conventions réglementées à la SARL en ce qui concerne la rémunération du ou des gérants est fondée sur une mauvaise compréhension de l'essence d'une société. En tant que propriété privée collective la personnalité morale n'est que le prolongement de la personnalité

¹⁰¹⁸A. TADROS, La jouissance des titres sociaux d'autrui, Préf. Th. REVET, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses p.73, n°59 : « ...que la qualité d'associé tend à être regardée comme la retranscription dans une matière spéciale – le droit des sociétés – de celle qui domine le droit des biens : la qualité de propriétaire ».

juridique de l'ensemble des associés dans une « proto personnalité juridique » appelée personne morale¹⁰¹⁹. Notre propos est de condamner l'excès de formalisme qui ferait perdre de vue la substance de ce qu'est une société. Faire prévaloir la forme sur la raison de l'engagement sociétaire est un contresens : nous verrons en seconde partie qu'une société personnifiée n'existe pas en soi. La personne morale, la société, l'entreprise sont des concepts mais la réalité de notre ordre juridique, c'est l'individu et a fortiori en droit privé.

Deux arrêts récents faisant prévaloir le fond sur la forme

Deux arrêts rendus en 2017 par la Cour de cassation sont à relever car, d'une certaine manière, la Cour fait prévaloir la substance du contrat de société sur le formalisme de la société.

Le premier arrêt datant du 15 mars 2017 concerne une SARL constituée par deux associés (80%-20%) où l'associé majoritaire devient gérant. L'associé minoritaire et le liquidateur contestaient la rémunération perçue pour l'année 2005 au motif que la rémunération n'aurait pas été régulièrement accordée au gérant car il n'y avait pas eu selon eux de décisions d'assemblées portant sur ces rémunérations comme cela était prévu dans les statuts. Mais la Cour de cassation faisant une lecture non formaliste constate que les statuts de ladite SARL prévoyaient que la rémunération du gérant était déterminée par une décision collective et par le fait que les associés eussent signé le rapport annuel sur les comptes de l'exercice où la rémunération était prévue. Pour la Cour de cassation, la signature de ce document vaut décision collective des associés¹⁰²⁰ et pour les exercices suivants, (deuxième moyen) la Cour de cassation a justement cassé l'arrêt de la cour d'appel qui n'avait pas pris en compte ce fait : la rémunération était irrégulière donc soumise à répétition. Cet arrêt confirme donc que l'associé majoritaire peut prendre parti à la décision concernant sa rémunération mais surtout que la forme importe peu finalement et que ce qui compte, c'est d'avoir la preuve que les associés consentent à la rémunération en signant le document.

Un autre arrêt rendu en juin 2017 confirme que la Cour de cassation fait prévaloir la volonté des associés. Un gérant absent deux mois a demandé à toucher des rémunérations pour les deux mois où il n'avait pas exercé ses fonctions en raison d'un arrêt maladie ; il avait été débouté en première instance du fait du non-accomplissement de son travail mais la cour

¹⁰¹⁹ Infra Partie II, R. DAVID, Rapport général, Asso CAPITANT, p.5 : « Nous pouvons par conséquent considérer comme un postulat aujourd'hui unanimement admis, que les « personnes morales » ne sont pas vraiment des personnes, ou qu'en tout cas il s'agit d'un type de personnes essentiellement différent des individus, personnes physiques ».

¹⁰²⁰ « Une nouvelle fois, la leçon est claire : les statuts d'une SARL qui prévoient la fixation de la rémunération du gérant par décision collective des associés sont respectés dès lors que la rémunération du gérant est simplement mentionnée dans un rapport signé par les associés et annexé au procès-verbal d'assemblée » in Cour de cassation (com.), 15 mars 2017, n° 14-17.873 (F-D), Sté Silvestri Baujet c/ L. – A. LECOURT – Rev. Sociétés 2017. 491

d'appel confirmée par la Cour de cassation lui donna raison. Cet arrêt peut, à première vue, être considéré comme une atteinte à la vision contractualiste de la rémunération mais en vérité il fait prévaloir la décision des associés (peu importe la forme). Si les associés avaient voulu limiter le droit à rémunération du gérant pendant son absence, ils auraient dû le préciser¹⁰²¹ mais étant donné que la décision de rémunérer n'avait pas été révoquée par une décision des associés, l'associé avait le droit à sa rémunération telle que convenue par une décision d'assemblée¹⁰²². Cette décision fait prévaloir la décision des associés (la forme importe peu, voir arrêt précédent) et appuie l'idée de liberté contractuelle des associés pour déterminer la rémunération. Néanmoins, nous pouvons regretter que la Cour de cassation exclue le terme de convention pour désigner le rapport entre la somme des associés et le gérant.

Nature de la détermination de la rémunération du gérant de SARL

Les associés d'une SARL conviennent librement dans les statuts ou par une décision collective des associés réunis en assemblée générale des modalités de détermination et de versement de la rémunération du gérant. Le fait que la rémunération ne soit pas soumise à l'article L.223-19 n'est pas une preuve de sa nature institutionnelle mais seulement une modalité technique pour éviter d'appliquer une procédure non adaptée à la détermination de la rémunération : à savoir la procédure des conventions réglementées. Lorsque le qualificatif d'institution est employé pour désigner la rémunération du gérant de SARL, cela signifie seulement que cette rémunération ne doit pas être soumise à un vote dans lequel le gérant ne prendrait pas part alors qu'il peut être associé (associé majoritaire, voire ultra-majoritaire). Comme nous l'avons dit précédemment, exclure le dirigeant associé de SARL d'un vote sur sa propre rémunération aurait des conséquences graves dans certaines occurrences qui pourraient constituer une forme d'expropriation pour « cause d'utilité privée ». Dans un Etat de droit respectant la propriété privée, l'Etat n'a pas à favoriser un groupe de propriétaires face à un autre groupe pour des raisons qui ne relèvent pas de l'intérêt général¹⁰²³.

¹⁰²¹ Com. 21 juin 2017, n° 15-19.593, F-PBI, D. 2017. 1301, A. LECOURT RTD Com. 2017 p.637

¹⁰²² Com. 21 juin 2017, n° 15-19.593, F-PBI, D. 2017. 1301, A. LECOURT RTD Com. 2017 p.637

¹⁰²³ Argumentaire de la même famille que l'on peut opposer à ceux qui veulent un plafonnement objectif de la rémunération dans les entreprises privées : à partir du moment où l'entreprise est privée, le profit éventuellement dégagé sera privé également. En limitant la rémunération objectivement, l'Etat choisirait d'enrichir l'associé ou l'actionnaire au détriment du mandataire social ? Il n'y a pas de justification autre que passionnelle. L'Etat dispose de l'arme fiscale mais limiter la rémunération de certaines personnes en fonction de l'activité exercée n'est d'une part pas le rôle d'une démocratie libérale et d'autre part ne semble pas conforme au principe d'égalité. En quoi les revenus publicitaires d'une icône du Paris-Saint-Germain sont-ils plus légitimes que le salaire d'un patron du CAC 40. Si l'Etat estime qu'il gagne trop, il y a l'impôt mais limiter a priori une rémunération n'est ni rationnel, ni possible juridiquement.

Conclusion de la section II

Si l'institutionnalité de la rémunération subsiste toujours en doctrine, ce n'est pas grâce à sa cohérence théorique et pratique ; l'argument de l'institutionnalité de la rémunération est invoqué par ceux qui souhaitent soustraire la procédure de détermination de la rémunération des mandataires sociaux de la procédure des conventions réglementées dans différentes formes sociales étudiées (SA, SARL). En affirmant que la rémunération n'est pas issue d'une convention mais d'un acte juridique unilatéral car institutionnel, la doctrine et le Juge permettent d'écarter la procédure inadaptée des conventions réglementées à l'acte juridique octroyant la rémunération. C'est le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation pour la rétribution du gérant de SARL : « *que la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procède pas d'une convention*¹⁰²⁴, ». On peut estimer qu'en réalité la Cour suprême se prononce moins sur la nature réelle de la rémunération que sur la volonté d'éviter une procédure qui n'est pas adaptée et qui pourrait entraîner des résultats incohérents¹⁰²⁵. L'idée est d'éviter qu'un associé gérant ne puisse pas participer au vote de sa propre rémunération alors qu'il le ferait dans n'importe quelle autre forme sociale, voire dans une SARL, si la rémunération était statutaire. Empêcher un associé de voter sa propre rémunération, c'est commettre une atteinte au droit de propriété.

Conclusion du Chapitre I

La problématique de la rémunération du gérant de SARL est du même type dans la société anonyme : l'institutionnalité de la rémunération est invoquée dans les deux cas pour écarter la procédure des conventions réglementées prévues aux articles L.225-38 et s. et L.225-86 et s. mais l'enjeu n'est pas le même car la procédure de contrôle de convention dans la société anonyme est différente de celle d'une SARL : il s'agit plus d'un moyen juridique d'informer l'ensemble des actionnaires qui permet ensuite d'inverser en quelque sorte la charge de la preuve en cas de conflit plutôt qu'une exclusion du vote. Or il y a deux difficultés : depuis la loi NRE de 2001 avec l'adoption de législations spéciales sur la transparence de certains éléments de rémunérations, et la soumission de certains éléments de rémunérations à des procédures *ad hoc* (Stock-options, indemnités de fin de mandat dans les sociétés cotées avec

¹⁰²⁴ Cass.com, 4 octobre 2011, op.cit.

¹⁰²⁵ Supra n° précédent

la mise en place d'une « super procédure de conventions réglementées, extension de la transparence aux retraites chapeau¹⁰²⁶ »), on observe que la différence de régime applicable à différents éléments de rémunération, fragmente l'unité conceptuelle de la rémunération. Le droit positif de la rémunération des dirigeants sociaux de sociétés anonymes est certainement dans une période transitoire car il est fondé sur des paradigmes contradictoires. Il est difficilement justifiable. Comment expliquer que certains éléments de rémunération seraient d'une nature conventionnelle, alors que d'autres d'une nature « institutionnelle » ? La dérive formaliste du droit des sociétés construit sur un postulat implicite d'autonomie absolue de la personnalité morale est rattrapée par le fonctionnement d'une économie de marché, bâtie véritablement sur la technique contractuelle. L'interprétation de la loi de 1966 que certains auteurs ont faite en expliquant que le mandataire social serait une sorte de fonctionnaire social dont la rémunération, à l'instar du traitement d'un fonctionnaire de droit public, serait déterminée unilatéralement par un organe compétent et obéirait à un statut et non pas à un contrat, fut infirmée par le législateur lui-même :

_infirmée par le fait que des entreprises identiques mais organisées sous une forme sociale différente puissent être qualifiées différemment.

_infirmée par les normes prises dans la société anonyme sur le contrôle de certains éléments de rémunération fondés sur un paradigme contractuel. Les réformes BRETON et TEPA, pour ne citer qu'elles, sont construites sur l'idée de convention et de contrepartie. Le dirigeant n'a pas le droit à une rémunération du seul fait qu'il soit dirigeant mais parce qu'il est « performant ». La dichotomie entre rémunération institutionnelle et rémunération contractuelle semble s'estomper. La théorie institutionnelle est issue de l'Histoire et elle a été reprise dans le droit positif avec un sens précis, dans une acception qui n'a plus grand-chose à voir avec le sens originel du mot institution usité par les juristes publicistes de l'époque de HAURIUO et DUGUIT. Le postulat contractuel en droit des sociétés n'a jamais disparu en réalité. Car l'ordre juridique français est toujours resté un ordre juridique plus ou moins fondé sur le marché. Une certaine doctrine influencée par le planisme ambiant de l'après-guerre et les théories économiques de l'époque voyait dans la grande entreprise une structure anthropomorphique qui aurait sa propre essence. La révolution actuelle des outils de production (« Robolution ») avec demain la généralisation de la block-Chain, de l'intelligence artificielle accessible et peu onéreuse, de l'automatisation continue de la production vont

¹⁰²⁶ La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron a modifié l'art. L. 225-100-II, al. 3 mod. du Code de commerce afin que les retraites à prestations définies, communément appelées « retraites chapeau », bénéficient aux dirigeants des sociétés cotées

certainement confirmer le marché et non la planification étatique¹⁰²⁷. Le droit des sociétés est un droit extrêmement important car il est le droit de ce que les économistes appellent la « Production¹⁰²⁸ ». Et le Droit Européen d'ailleurs s'est intéressé depuis déjà au moins quinze ans à la gouvernance des sociétés cotées. En 2017, une directive a été prise par les instances européennes réformant les droits des actionnaires des sociétés cotées avec pour objectif entre autres de « *Renforcer le lien entre la rémunération et les performances des administrateurs des sociétés*¹⁰²⁹ ». Si le droit français a anticipé et va même plus loin que la directive européenne en imposant désormais deux votes contraignants des actionnaires sur la totalité de la rémunération et des éléments de rémunération, on observe que cette réforme aussi, comme les réformes initiées depuis l'introduction des stock-options, est fondée sur l'idée de contrepartie. La rémunération institutionnelle en tant que concept est un « débris de l'histoire » dans le sens où l'idée contractuelle est partout, même au niveau européen. L'adéquation entre rémunération versée et prestation fournie est déjà une logique contractuelle, une logique de marché. Si on ajoute à cela la transparence des rémunérations accrue et augmentée depuis la loi NRE de 2001, on voit bien là aussi se profiler l'idéologie de marché et de *benchmarking*. L'actionnaire et plus encore l'actionnaire potentiel doivent connaître la politique de rémunération de ceux qui dirigent telle société. Cette transparence est finalement aussi une conséquence de la prégnance du marché. Avec la vision institutionnelle, le dirigeant social était une sorte de grand commis de la société qui n'avait pas de comptes à rendre et qui devait agir en fonction d'un intérêt général abstrait de la société. La progression de l'idée de contrat (et donc de marché) est un fait inéluctable tant que la matrice de notre ordre juridique sera l'économie de marché. On regrette simplement que les solutions du droit des sociétés cotées, qui de plus en plus semble s'autonomiser par rapport au droit commun des sociétés, n'innervent pas plus le droit des sociétés en général et notamment la SA non cotée. Entre une grosse PME organisée par le biais d'une SARL et une grosse société anonyme cotée, c'est une différence d'échelle et de nature qui sépare les deux entités.

Maintenant, nous allons voir que la rémunération des dirigeants d'entreprise dans les autres formes sociales est qualifiée de contractuelle étant donné qu'il n'y pas de réglementation

¹⁰²⁷ Maurice ALLAIS, économiste français lauréat du prix Nobel d'économie était également critique à l'égard de la planification : « tout système à planification centrale ne peut aboutir qu'à une perte vaine de satisfaction possibles ». In M. ALLAIS, *Economie pure et rendement social*, Bibliothèque Dalloz p.54-55 ; R. GUESNERIE, *L'économie de marché*, poche édit. Le Pommier, Poche 2013 p.94

¹⁰²⁸ Définition de la production : « Individu ou unité économique transformant des biens intermédiaires en combinant du travail et du capital pour obtenir un produit (bien ou service) susceptible de satisfaire directement ou indirectement un besoin économique. » *Lexique d'économie Dalloz*, 11ième édit.

¹⁰²⁹ PE et Cons. UE, dir. n° 2017/828, 17 mai 2017 : JOUE, 20 mai 2017, L 132/1 citée par A. COURET, *Révision de la directive sur les droits des actionnaires des sociétés cotées*, *Joly sociétés* 2017, p.406

d'ordre public la concernant. Ce constat confirme donc que l'analyse institutionnelle du statut des dirigeants est construite par opposition à l'idée d'organisation de la relation juridique mandataire-société par la puissance publique.

Chapitre II Les Entités où la rémunération est susceptible d'être qualifiée de contractuelle

La notion d'entité

Même si la société anonyme et la société à responsabilité limitée sont les formes les plus courantes pour les entreprises d'une certaine taille, il est possible de trouver d'autres formes sociales pour organiser une entreprise. Dans certaines occurrences, il est même possible d'avoir un groupement qui ne soit pas une société, c'est le cas par exemple de l'indivision qui est une autre forme de propriété privée collective et il est envisageable qu'une entreprise soit organisée selon les règles de l'indivision.

Mais il faut quand même une entreprise d'une certaine taille pour avoir un ou des dirigeants qui soient en totalité ou en partie distincts des apporteurs de capitaux. Plus l'entreprise est importante et plus le phénomène de division du travail peut y être observé.

La nature contractuelle subsidiaire ?

Dans les formes sociales, celles où la loi ne fixe aucune règle en ce qui concerne la fixation et la compétence de l'organe chargé de la rémunération des mandataires sociaux, on en déduit (implicitement) que la rémunération du dirigeant est d'une nature contractuelle. A vrai dire, la question de la nature de la rémunération n'est pas véritablement posée par la doctrine et il n'y a pas vraiment de contentieux. Un récent arrêt concernant la rémunération d'un président de SAS est venu relancer la question de la nature de la rémunération dans une société réputée « purement contractuelle¹⁰³⁰ ». Un auteur a avancé l'idée que la rémunération serait désormais d'une nature institutionnelle également dans cette forme sociale. Aurait-il fait la même analyse dans une société non dotée de la personnalité morale,

¹⁰³⁰ Terminologie employée par A. REYGRABELLET et A. COURET pour désigner la SAS « La direction des sociétés anonymes en Europe Vers des pratiques harmonisées de gouvernance » Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI. P.188 et s. L'expression « purement contractuel » fut également utilisée par un arrêt de la Cour d'appel de BASTIA du 24 juillet 2013, n° 11/00755, arrêt de l'affaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 2014 (infra)

voire dans une entreprise gérée non par le droit des sociétés mais par la simple propriété privée et la liberté contractuelle ?

La distinction en entité personnifiée et entité non personnifiée a été choisie car elle met en exergue le fait que le cœur du problème de qualification de la rémunération des dirigeants est lié à l'existence de la personnalité morale. C'est bien l'existence d'une personnalité morale qui a permis de proposer une qualification alternative à la qualification contractuelle de la rémunération. Si le lien peut paraître ténu entre personnalité morale et rémunération des dirigeants, l'observation prouve que c'est la notion de personnalité morale qui est venue perturber la vision contractualiste et multiséculaire de la société. Une certaine conception de la personnalité morale, celle des institutionnalistes, a assigné à l'entreprise privée une mission de bien commun (digne de la philosophie thomiste). Même si aujourd'hui, la personnalité morale n'est plus à la mode comme fondement de la règle en droit des sociétés, on observe qu'une partie importante de la société civile n'a pas renoncé à cette idée d'entreprise qui serait au service de l'intérêt général et d'ailleurs, les débats sur la réécriture des articles 1832 et 1833 du Code civil le prouvent¹⁰³¹. La personnalité morale a été le support d'analyses juridiques fondées sur une prétendue institutionnalité. On observe que dans les entités non personnifiées, seul le contrat permet d'expliquer les effets juridiques d'un groupement donné. Il ne s'agit pas ici de contester la réalité juridique de la personnalité mais de constater que la notion n'est pas indispensable et qu'une entreprise privée pourrait très bien être organisée sans personnalité juridique spécifique. Et dans ce cas, la rémunération du dirigeant ne peut être que contractuelle.

Annonce de plan

Nous allons étudier la nature de la rémunération dans les sociétés personnifiées qui ne sont pas réputées être d'une nature institutionnelle (Section I) puis nous verrons le cas des entités non personnifiées, qui sont rares en pratique, mais existent néanmoins (Section II).

¹⁰³¹ Projet de réforme PACTE, V. : A. COURET, Faut-il réécrire les articles 1832 (1) et 1833 du code civil ?, D. 2017 p.222

Section I La nature contractuelle dans les sociétés personnifiées

On va distinguer ici la SAS des autres sociétés. La SAS a cette particularité d'être la forme sociale la plus récente et qui fut initialement créée par le législateur afin de protéger une coopération entre sociétés ou groupes importants. La SAS était désignée comme étant « particulièrement libérale » par G. FARJAT¹⁰³². Libérale signifie ici peu soumise à l'ordre public sociétaire où la volonté des associés pour organiser la structure sociale primerait sur le cadre imposé par le législateur. Nous pensons que cette façon de présenter les choses est « périmée » car elle est le prolongement de la fameuse angoisse de juristes de droit privé dénoncée par Henri MAZEAUD qui voyait dans la montée de l'impérativité en droit des sociétés la preuve d'une publicisation du droit. La réalité, c'est que l'ordre public sociétaire n'a jamais concerné toutes les formes sociales et même quand une société est fortement encadrée comme la société anonyme, ni la forme sociale ni même le maintien d'une personnalité morale n'est une obligation pour les apporteurs de capitaux pour réaliser leur entreprise. Si en pratique, le contentieux de la rémunération des « dirigeants sociaux » des sociétés, qui ne sont ni des SA ni des SARL, semble très limité, il n'en demeure pas moins intéressant de voir quelles qualifications juridiques ont été retenues pour ces sociétés où finalement la rémunération n'est pas réglementée par les textes.

On verra dans un premier temps que la liberté accordée aux SAS a eu pour conséquence de susciter des questions dans le domaine de la nature de la rémunération des dirigeants et notamment sur la question de la nature de cette dernière. Le contentieux juridique suscité a pu faire dire à certains auteurs que la rémunération du président de SAS serait désormais institutionnelle (§1). En revanche, pour les autres formes sociales, la rémunération n'a pas posé de problèmes particuliers (§2).

¹⁰³² G. FARJAT, Pour un droit économique. Puf 2004, les voies du droit, p.102

§1 La rémunération du mandataire de Société par actions simplifiée

L'apparition de la SAS et son contexte

La société par actions simplifiée dont l'origine remonte à 1994, est en réalité une sorte de société anonyme très peu réglementée, une société fermée avec l'obligation limitée aux dettes sociales. L'adoption de cette forme sociale est la concrétisation de la volonté du retour de la liberté contractuelle en droit des sociétés¹⁰³³. Depuis les années soixante-dix et quatre-vingt, la doctrine économique et juridique critique l'organisation verticale de l'entreprise, de la société. Une entreprise privée ne peut être administrée par le haut, par l'Etat. La « norme » en son sein serait d'abord issue du « contrat » et non de la loi¹⁰³⁴, c'est-à-dire le primat de la volonté privée sur l'organisation par la puissance publique. Juridiquement, la Société par Actions Simplifiée (S.A.S.) est très plastique et parfois cette plasticité entraîne un certain nombre de contentieux notamment quand les statuts sont lacunaires car la « liberté permet tout mais elle ne donne rien¹⁰³⁵ ». La possibilité de clauses d'inaliénabilité (L.227-13), la possibilité de clauses d'agrément vraiment libres contrairement à celles des sociétés anonymes, les clauses de préemption, clauses d'exclusion ou de rachat forcé, font de la SAS une forme sociale sous la totale maîtrise de ses associés.

Organisation et rémunération

La loi exige simplement un 'président' comme organe obligatoire¹⁰³⁶. L'organisation de la société, la rémunération des organes relèvent de la liberté statutaire¹⁰³⁷. Il est tout à fait possible de créer des organes supplétifs comme un conseil de surveillance, un directeur général et finalement d'organiser une SAS avec des « organes » similaires à ceux d'une SA mais sans que l'origine de cette norme organisationnelle soit la loi (mais un acte juridique de droit privé, contrat, voire un acte juridique unilatéral lorsqu'il y a une SASU...). Il est également possible de prévoir des éléments de rémunération analogues à ceux que nous avons vus dans la société anonyme mais à la différence que là encore, ces éléments sont la conséquence de

¹⁰³³ M. GERMAIN, P.L. PERIN, SAS, « La société par actions simplifiée », Joly édition, 5e édit.

¹⁰³⁴ Le nouveau « capitalisme » technologique rompt avec les grandes usines gérées comme des administrations publiques avec sa technocratie qui émet des normes unilatérales. Le développement des communications et d'internet favorise au contraire les échanges horizontaux et non verticaux. Supra Section 1

¹⁰³⁵ Phrase empruntée à G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, n°12, Sur la plasticité de la SAS, M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis p.501 et s., n°978 et s.

¹⁰³⁶ Article L227-6 du Code de commerce

¹⁰³⁷ Article L227-5 « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. »

la norme statutaire et non d'une norme légale. « *Cette nature très contractuelle*¹⁰³⁸ » de la détermination de la rémunération devrait soumettre celle-ci à la procédure des conventions réglementées de l'article L.227-10 du Code de commerce. Mais il existe un doute sur l'application de cette procédure lorsque la procédure statutaire aura justement prévu une procédure de détermination analogue, si par exemple l'unanimité des associés accordait la rémunération. A quoi servirait dans ce cas le respect de la procédure de l'article L.227-10 du Code de commerce ?

Déduction de la nature de l'acte octroyant la rémunération et procédure des conventions réglementées

Etant donné la liberté totale qui règne en matière de rémunération des mandataires sociaux de SAS et plus généralement dans l'organisation de la société par actions simplifiée, comment invoquer une autre nature que « contractuelle » ? Le terme de contractuel doit être compris dans l'acception large du terme, acte juridique de droit privé que l'on oppose à la Loi, acte juridique unilatéral de droit public, prise dans l'intérêt général par une autorité qui « *émane des organes de l'État constitutionnellement qualifiés pour édicter du droit*¹⁰³⁹ ». Si l'acte juridique octroyant une rémunération est conventionnel, doit-il être soumis à la procédure des conventions réglementées de l'article L.227-10 ? Certains auteurs avaient pris partie pour la soumission de la rémunération à la procédure des conventions réglementées¹⁰⁴⁰. D'autres auteurs ont fait valoir que suivant les stipulations statutaires de SAS, il serait inutile de soumettre l'acte accordant la rémunération sociale à l'article L.227-10 si par exemple cette rémunération était fixée par une procédure qui prévoit le vote en assemblée générale ; d'autant plus qu'il faut préciser que l'article L.227-10 n'élude pas le vote du mandataire concerné contrairement à l'article L.223-19 (SARL). Pourquoi soumettre la décision d'accorder la rémunération à une procédure supplémentaire alors que les statuts peuvent avoir prévu une chose presque similaire ? Pourquoi imposer la procédure très légère de l'article L.227-10 à un acte qui peut déjà prévoir que la rémunération du président ou d'un autre organe soit décidée par l'Assemblée des actionnaires ? La Cour de cassation a eu à trancher une affaire idoine. Il s'agit certainement d'un arrêt important.

¹⁰³⁸ J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social*, collection Pratique d'experts. Edit° Groupe fiduciaire. 3^e édit., 2009 p.194, n°760

¹⁰³⁹ J. DABIN, *Encyclopædia Universalis*, entrée °DROIT Théorie et philosophie°

¹⁰⁴⁰ A. CHARVERIAT et A. COURET « contrairement à la rémunération du président du conseil d'administration d'une société anonyme prévue par l'article 110 de la loi de 1966, l'attribution d'une rémunération aux dirigeants de SAS est de nature purement contractuelle et s'analyse donc en une convention soumise à la procédure de contrôle » (A. CHARVERIAT et A. COURET *Société par actions simplifiée* : F. Lefebvre, 1999, n° 1018). Cité par BRUNO DONDERO, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 51-52, 18 Décembre 2014, 1652

Le débat relancé par un arrêt récent de la Cour de cassation (Cass. com., 4 nov. 2014,)

Cet arrêt est important en matière de rémunération des mandataires sociaux pour deux problèmes juridiques qu'il soulève. Mais seul le premier nous intéresse ici. Le 29 juin 2009, une assemblée d'actionnaires d'une SAS décide d'accorder à la majorité simple une rémunération d'un montant de 55 000€ Brut au président de cette SAS, conformément aux statuts de la société¹⁰⁴¹. L'associé minoritaire va ensuite contester en justice cette rémunération avec deux moyens (non-respect de la procédure de l'article L.227-10 et abus de majorité).

La Cour de cassation rejette le moyen : « Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait des statuts de la société CASADELMAR que la **rémunération** de son président devait être fixée par une décision collective des associés prise à la majorité simple, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que la société Grand Sud n'était pas fondée à se prévaloir de l'inobservation des dispositions de l'article L. 227-10 du code de commerce ».

Portée de l'arrêt

Le professeur DONDERO analyse cet arrêt comme une victoire de l'analyse institutionnelle de la rémunération et son application aux mandataires sociaux de SAS, société réputée pourtant comme étant « très contractuelle ». Cet auteur, en s'appuyant sur une théorie de l'organe ressuscité pour la cause, justifie la nature institutionnelle de la rémunération¹⁰⁴² par le fait

¹⁰⁴¹ M. CAFFIN-MOI, Rev. Sociétés 2014. 47 ; P. LE CANNU, Rémunération du président et conventions réglementées, RTD com. 2015. 117

¹⁰⁴² Argumentation de B. DONDERO, pour justifier la nature institutionnelle de l'octroi de la rémunération dans la SAS (B. DONDERO, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 51-52, 18 Décembre 2014, 1652) : « Quelle que soit la société concernée, le mandat social est aussi de nature contractuelle, car il faut que la société et le mandataire social consentent à la relation, et aussi parce que le mandat social est proche du contrat de mandat du Code civil. Mais l'on sait que le dirigeant est davantage un organe qu'un mandataire, du moins lorsque son statut est défini par la loi, comme c'est le cas du directeur général de société anonyme ou du gérant de SARL. Cela vaut-il aussi pour les dirigeants d'une SAS, dont le statut n'est qu'en partie défini par la loi, et pour le restant par les statuts de la société, intervenant dans le cadre qui leur est tracé par la loi ? L'enjeu est de taille, car dès lors que le mandataire social est un organe de la société, la distinction entre la société et son organe s'estompe puisque, par définition, l'organe fait partie de la société. Par conséquent, c'est par une décision interne d'administration que la société détermine la rémunération de cet organe, un peu comme le cerveau humain déciderait que du sang doit être envoyé vers tel autre organe en fonction des besoins du corps, si l'on ose cette comparaison. Cela implique un passage du contractuel à l'institutionnel. Il est vrai que pour la SAS, on manque d'un texte qui disposerait, à l'instar par exemple de l'article L. 225-47 du Code de commerce pour le président du conseil d'administration de la SA, que tel organe de la SAS détermine la rémunération du président. Mais même en l'absence d'un texte légal traitant de manière spécifique de la rémunération du président de SAS, le fait que l'article L. 227-5 dispose que « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée » nous semble suffire à faire passer la rémunération du dirigeant de SAS dans la sphère institutionnelle et organique, dès lors que les statuts se sont prononcés sur la question. Reste à savoir si le contractuel n'a pas une vocation résiduelle à s'appliquer. »

que la rémunération ne constitue pas une convention réglementée visée par l'article L.227-10 du Code de commerce.

Encore une fois, c'est par rapport à un élément de régime juridique, qui est la question de la soumission à la procédure des conventions réglementées qu'on induirait la nature prétendue institutionnelle de la rémunération. Autrement dit, l'argument de la nature institutionnelle de la rémunération est invoqué par une certaine doctrine pour ce qui est de la rémunération des mandataires sociaux de SA, SARL et maintenant SAS pour justifier le fait que le droit positif (Jurisprudence de la Cour de cassation) évite la procédure des conventions réglementées aux actes octroyant une rémunération¹⁰⁴³. Dans les arrêts du 4 mai 2010 et 4 octobre 2011 concernant le gérant de SARL, la Cour suprême dénie même la qualification de convention à la décision fixant la rémunération du gérant de la société

Pourtant nous sommes en désaccord avec cette vision des choses. Car la prétendue institutionnalité de la rémunération est fondée sur l'interprétation erronée d'un fait juridique : la Cour de cassation cherche bien à éviter la procédure des conventions réglementées dans différentes formes sociales dont la SAS mais même si la motivation pour le faire est défailante selon nous, il n'empêche que celle-ci a « raison » de vouloir éviter ces procédures inadaptées à la fixation de la rémunération des dirigeants : la fixation de la rémunération des dirigeants sociaux lorsque la décision de rémunérer un mandataire social est prise à la majorité qualifiée et non à l'unanimité, fait naître une relation de pouvoir entre celui qui peut prendre la décision d'engager toute la société et le ou les minoritaires, parfois opposés, mais qui devront subir une décision pour laquelle ils n'ont pas voté favorablement. Mais tous les associés ont souscrit au pacte social et ont donc adhéré au principe de la majorité qualifiée. On n'est jamais associé par hasard. L'organisation juridique de la société est consentie, soit par les associés qui ont constitué la société, soit par leurs ayants droit. Le cessionnaire de titres sociaux (actions, parts sociales) n'achète pas seulement un bien mais se soumet également à un lien juridique en devenant associé : en achetant des actions ou des parts sociales, on se soumet à la norme qui régit la société et que l'on peut éventuellement infléchir suivant la puissance capitaliste détenue dans l'entité.

On peut également préciser que les associés de SAS sont bien plus libres que des associés d'une société anonyme pour organiser la gérance et donc le statut du président ou d'un autre

¹⁰⁴³ Article L227-10« Le commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, le président de la société présente aux associés un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3. »

mandataire social¹⁰⁴⁴. Pourquoi imposer une procédure particulière, celle de l'article L.225-10 alors qu'il est possible de prévoir statutairement ou par acte séparé une procédure qui pourrait être plus exigeante que celle prévue par le Code de commerce ? Là où certains auteurs voient la victoire de l'analyse institutionnelle de la rémunération du dirigeant de SAS, on y voit au contraire la reconnaissance de la liberté de gestion et d'organisation confirmée. Le juge ne veut justement pas imposer de procédure particulière à la rémunération des mandataires de SAS en raison du principe de liberté contractuelle qui y règne. On peut voir dans cet arrêt la confirmation que c'est aux associés de la SAS d'organiser les rapports entre eux et leur mandataire social. De plus comme le souligne un commentateur, la procédure des conventions réglementées dans la SAS n'a des effets qu'en matière de responsabilité, l'acte litigieux ne peut être annulé¹⁰⁴⁵. De surcroît, annuler une rémunération alors que le travail de gestion a sûrement été fourni pour une simple question de procédure conduit à nier la substance de la prestation fournie par le président pour lui substituer une conception purement formaliste, ne tenant pas compte de la réalité économique¹⁰⁴⁶..

En résumé, le recours à l'analyse institutionnelle est un mythe didactique pour éluder les conventions réglementées : la réalité est qu'il existe bel et bien une convention entre le dirigeant social et l'universalité personnifiée qu'est la société-personne morale¹⁰⁴⁷.

§.2 La qualification de la rémunération dans les autres sociétés personnalisées

Absence de dispositions législatives

¹⁰⁴⁴ Sur l'usage de la liberté d'organisation de la direction de la SAS, sur la création d'un « directoire » et sur la question des indemnités prévues en cas de révocation, cf. M. RAKOTOVAHINY, Cour de cassation (com.), 17 mars 2015, n° 14-10.987 (F-D), J. c/ Sté Ramsay santé, Liberté statutaire dans la SAS et révocation d'un organe de direction, Revue des sociétés 2016 p.38

¹⁰⁴⁵ J. de CALBIAC, Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24.889, F-P+B, Sté Grand Sud investissements c/ Sté d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar : JurisData n° 2014-026547 La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 15 Janvier 2015, 1012 Rémunération des dirigeants de SAS et convention réglementée

¹⁰⁴⁶ L'obligation de verser une rétribution à son président serait purement formelle si l'on suit les arguments développés dans le moyen de l'associé qui voulait annuler la rémunération

¹⁰⁴⁷ La société-personne morale est aussi la personnification de l'intérêt collectif, l'intérêt des membres issu d'une propriété privée collective dont l'évolution juridique, pour des raisons pratiques, a conduit celle-ci de l'unanimité à la majorité qualifiée. Pour autant, la naissance de cette propriété privée collective est toujours le fruit d'un acte juridique de droit privé et non d'un acte unilatéral de droit public. Autrement dit, c'est l'initiative privée qui est la matrice du droit des sociétés français et plus généralement de tout droit des sociétés de tout ordre juridique reposant sur la propriété privée des moyens de productions et une économie régie par le Marché.

Dans les différentes sociétés étudiées, il n'y a pas vraiment de contentieux existant sur la rémunération des mandataires sociaux. On en déduit que la rémunération est qualifiée de contractuelle car le Code de commerce et le Code civil sont discrets sur la question et ne prévoient pas de dispositifs contraignants d'ordre public.

Dans les sociétés en commandite, simple ou par actions, il n'y a pas de règles spécifiques qui concernent la rémunération de la gérance dans le cas où celle-ci est rétribuée¹⁰⁴⁸. Cette forme sociale est organisée selon la *summa divisio* des commandités et des commanditaires : entre ceux qui sont tenus indéfiniment aux dettes sociales (les commandités) et ceux qui sont tenus à seulement une obligation limitée aux dettes sociales. La gérance peut être assurée par le ou les associés commandités ou par un tiers mais non par les commanditaires : c'est la seule forme sociale où un associé a une interdiction explicite de diriger la société sous peine d'être assimilé à un commandité.

Dans cette occurrence, la rémunération ne peut être qualifiée que de « contractuelle ». Ce sont les statuts ou une décision séparée de l'assemblée qui fixent la rémunération. Il n'y a pas de procédure spécifique donc on en déduit la nature contractuelle. Il faut dire que la doctrine ne s'est pas posé véritablement la question du fait de l'existence d'un contentieux restreint.

A. La rémunération des dirigeants d'une Société en commandite par actions

Après avoir connu le succès au XIX^e siècle, cette forme sociale déclina et a failli être supprimée. Mais elle trouve encore son utilité aujourd'hui et de grandes entreprises du CAC 40 ont choisi cette forme sociale¹⁰⁴⁹. On retrouve la distinction entre commandité et commanditaire de la société en commandite simple avec la même interdiction pour le commanditaire d'être gérant. Les articles du Code de commerce sont très succincts en ce qui concerne la rémunération des gérants de société en commandite par actions (SCA). « *Toute autre rémunération que celle prévue aux statuts ne peut être allouée au gérant que par l'assemblée générale ordinaire. Elle ne peut l'être qu'avec l'accord des commandités donné, sauf clause contraire, à l'unanimité*¹⁰⁵⁰. » Ce sont aux associés d'organiser la politique sociale de la

¹⁰⁴⁸ Article L222-5 « Les décisions sont prises dans les conditions fixées par les statuts. Toutefois, la réunion d'une assemblée de tous les associés est de droit, si elle est demandée soit par un commandité, soit par le quart en nombre et en capital des commanditaires. »

¹⁰⁴⁹ V. par exemple, la société auvergnate MICHELIN.

¹⁰⁵⁰ Article L226-8

rémunération ainsi que de fixer la procédure d'attribution de la rémunération. Une grande liberté existe donc en matière de détermination de la rémunération¹⁰⁵¹. La SCA cotée n'est pas tenue par les obligations légales insérées par les lois BRETON et TEPA par exemple. En revanche, une SCA cotée doit se conformer aux mêmes obligations pour ce qui est des obligations liées à la transparence de l'article L.225-102-1¹⁰⁵². Les conventions faisant intervenir les gérants et la société sont soumises à la procédure des conventions réglementées de l'art L.225-38 et s. par renvoi et en l'adaptant au conseil de surveillance¹⁰⁵³. La question de la nature institutionnelle ou contractuelle de la rémunération pourrait donc se poser par analogie avec la SA, la SARL voire la SAS mais il semble que pour l'instant, cette question de qualification ne soit pas soulevée par la doctrine. On en déduit donc que la nature de la rémunération est qualifiée de contractuelle dans cette forme sociale.

B. La rémunération du gérant de société civile

Aucune disposition légale ne concerne la rémunération des dirigeants de société civile¹⁰⁵⁴. La plus grande liberté est donc laissée aux associés pour organiser et prévoir cette question comme ils le veulent. Contrairement aux sociétés commerciales ou aux sociétés ayant une activité professionnelle, on ne peut pas présumer dans une société civile simple que le mandat social soit rémunéré ou devrait l'être car l'exercice d'un mandat social n'est souvent pas une activité professionnelle mais une simple nécessité résultant de l'imposition par la loi de nommer un représentant légal. La rémunération du ou des gérants est donc une question laissée à la discrétion des associés, soit dans les statuts, soit par acte séparé. Les modalités de

¹⁰⁵¹ F. FANÇOIS, E. De FRONDEVILLE, A. MARLANGE, *Dirigeants de société*, 3e Encyclopédie Delmas 201, p.97, n°53.36 ; La loi impose l'existence d'un conseil de surveillance mais son éventuel rôle dans la détermination de la rémunération est laissé libre. Article L226-4 alinéa 1 : « L'assemblée générale ordinaire nomme, dans les conditions fixées par les statuts, un conseil de surveillance, composé de trois actionnaires au moins. »

¹⁰⁵² Par renvoi de l'article L.226-1

¹⁰⁵³ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28e édit. LexisNexis p.501, n°976 ; Article L226-10A1.1 : « Les dispositions des articles L. 225-38 à L. 225-43 sont applicables aux conventions intervenant directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants, l'un des membres de son conseil de surveillance, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3. De même, ces dispositions sont applicables aux conventions auxquelles une de ces personnes est indirectement intéressée. »

Al.2 : « Elles sont également applicables aux conventions intervenant entre une société et une entreprise si l'un des gérants ou l'un des membres du conseil de surveillance de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance de l'entreprise. »

Al.3 : « L'autorisation prévue au premier alinéa de l'article L. 225-38 est donnée par le conseil de surveillance.

Dernière »

¹⁰⁵⁴ L. AMIEL-COSME, *Rep. Société Dalloz* 2017, n°115 et s.

la rémunération sont libres également (proportionnelle, traitement fixe, prime, attribution de parts sociales...). Là encore, la qualification de la rémunération n'est pas vraiment abordée en doctrine d'autant plus que le contentieux est rare. La société civile n'est pas forcément l'habit juridique d'une entreprise¹⁰⁵⁵, elle est parfois juste celui d'un patrimoine personnel¹⁰⁵⁶. Economiquement et juridiquement, il est parfois difficile de distinguer des revenus du travail de ceux du capital, et il ne faut pas oublier que la société civile, qui est une société de personnes, est une société où l'obligation aux dettes sociales n'est pas limitée¹⁰⁵⁷, contrairement à une société à responsabilité limitée. Comme aucune disposition du Code civil n'évoque la rémunération du gérant, la nature de la rémunération est donc, d'après la terminologie employée par certains, purement contractuelle. La décision ou non de rémunérer le ou les gérant(s) relève donc soit d'un acte juridique extra-statutaire, soit d'une clause des statuts¹⁰⁵⁸. Si le gérant n'est pas associé de la société civile et qu'il gère l'universalité personnifiée d'une manière professionnelle, il aura droit éventuellement à une rémunération¹⁰⁵⁹ qui selon nous relève fiscalement d'un salaire contrairement à la rémunération que toucherait un associé gérant, qui elle, relève d'un emploi de bénéficiaires d'un point de vue fiscal. La société civile peut être libérale, immobilière, professionnelle, de gestion de portefeuille¹⁰⁶⁰.

La rémunération de la fonction de dirigeant n'est pas liée à l'existence d'une forme sociale mais plutôt à l'existence d'une entreprise ou non qu'il faut gérer. Or il est possible de trouver de véritables entreprises sans que celles-ci soient dotées de la personnalité juridique.

C. La nature de la rémunération du gérant de SNC

¹⁰⁵⁵ En réalité, la société civile est une catégorie résiduelle qui englobe un grand nombre de situations distinctes, comme la gestion d'un portefeuille ou de sociétés agricoles ou de professions libérales...M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis p.632 et s., n°1281 et s.

Il nous semble que la société civile est l'archétype d'une mise en commun, d'une propriété privée collective où l'activité et l'affectation des biens comptent peu par rapport à l'utilité pratique de posséder à plusieurs un patrimoine, un actif, un immeuble privé ou affecté à une entreprise. C'est vraiment l'aspect propriété privée collective qui domine la société civile et non pas son activité.

¹⁰⁵⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28e édit. LexisNexis, p.632-633, n°1282 et s.

¹⁰⁵⁷ M. JEANTIN, Droit des sociétés, Domat, Montchrestien 3e édit.1994, p.192, n°360 à 363

¹⁰⁵⁸ L. AMIEL-COSME, rep. Sociétés Dalloz. Janvier 2014. °Rémunération des dirigeants sociaux n°115 à 117.

¹⁰⁵⁹ On applique les règles du droit commun sur le « mandat professionnel » qui n'est pas réputé gratuit depuis que la Cour de cassation a inversé la charge de la preuve lorsque le mandat s'accomplit dans un contexte professionnel (infra, supra) mais le mandat social est-il vraiment un mandat ?

¹⁰⁶⁰ M. JEANTIN, Droit des sociétés, Domat, Montchrestien 3e édit.1994 n°362 : « Il existe un très grand nombre de statuts spécifiques à certaines catégories de sociétés civiles... ».

Présentation

Aujourd'hui la SNC peut sembler être une forme sociale curieuse étant donné qu'elle est fondée sur l'obligation indéfinie aux dettes sociales des associés et que l'unanimité est encore de rigueur pour de nombreuses décisions comme la cession de parts sociales¹⁰⁶¹. Pourtant, elle fut pendant longtemps l'archétype de la société et les historiens du droit estiment que cette forme sociale remonte à la Grèce¹⁰⁶² antique, voire à la Mésopotamie¹⁰⁶³. La SNC est l'archétype d'une propriété privée collective qui fonctionne simplement, où les associés décident très librement de son organisation, elle peut être la forme sociale de petites PME ou de grands groupes de sociétés¹⁰⁶⁴. Si les statuts ou bien aucune décision des associés ne désignent le ou les gérants, tous les associés sont gérants¹⁰⁶⁵. Le gérant peut être une personne physique ou morale, associé ou tiers, désigné par les statuts ou par acte séparé¹⁰⁶⁶. La rémunération est également libre de toute réglementation. La nature de la relation juridique liant le dirigeant à la société en nom collectif, comme la société elle-même, semble être reconnue par tout le monde comme étant avant tout de l'ordre du contrat¹⁰⁶⁷. « Le gérant est un mandataire¹⁰⁶⁸ », un « organe » selon certains¹⁰⁶⁹.

Que le gérant soit associé ou non n'a pas d'incidence sur la nature de sa rémunération du point de vue du droit des sociétés¹⁰⁷⁰. Si la rémunération n'est pas obligatoire et soumise presque entièrement à la liberté contractuelle, en matière de société commerciale, le mandat conféré est présumé donner lieu à une rémunération¹⁰⁷¹. Malgré la qualification imprécise d'organe pour désigner le gérant de SNC, il est indéniable que la nature de celle-ci est contractuelle car les « *associés disposent d'une large liberté pour organiser la gérance à leur*

¹⁰⁶¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29^e edit. LexisNexis p.613 et s., n°1441 et s.

¹⁰⁶² M. JEANTIN, Droit des sociétés, Montchrestien Domat 3^e édit. p.204, n°387 (ND)

¹⁰⁶³ E. SZLECHTER, « Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, étude de droit comparé », préface de M. Georges BOYER

¹⁰⁶⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 25^e edit. LexisNexis p.598 et s., n°1176 et s.

¹⁰⁶⁵ Article L221-3 : « Tous les associés sont gérants, sauf stipulation contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur. »

¹⁰⁶⁶ La distinction gérant statutaire/gérant non statutaire a une importance cardinale en ce qui concerne sa révocation. M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis p.617, n°1244 ;

¹⁰⁶⁷ Citer la distinction entre contrat et relation contractuelle du droit suisse.

¹⁰⁶⁸ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, deuxième partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée » 3^e édit Montchrestien 1982 p.724 et s., n°526 et s.

¹⁰⁶⁹ Y. GUYON, « Droit des affaires tome 1, Droit commercial général et société » 12^e, Economica., p.253, n°261

¹⁰⁷⁰ Il faut préciser que lorsque le gérant est un tiers, un écrit est souhaitable. La rémunération n'est pas obligatoire et il faut bien comprendre que la SNC, avec l'obligation indéfinie aux dettes sociales, est une société qui suscite un autocontrôle efficace. L'obligation indéfinie aux dettes sociales incite à la prudence et la responsabilité. La gestion et la qualité d'associé ne sont souvent pas dissociées. De même que la distinction capital/travail n'est pas vraiment clairement établie. La rémunération d'un gérant associé n'est pas fiscalement déductible lorsque la société est soumise à l'IR. (emploi de bénéficiaires)

¹⁰⁷¹ Y. GUYON, op.cit. p.254, n°262

*convenance*¹⁰⁷² ». Mais en réalité, la rémunération de la gestion n'est pas toujours dissociée d'un revenu du capital. Exemple, tous les associés sont gérants et la rémunération de leur travail sera faite par l'appréhension du profit généré par la SNC¹⁰⁷³. Economiquement, il est difficile de distinguer les revenus qui relèvent d'un travail de gestion de ceux qui ont la nature de fruit du capital¹⁰⁷⁴. La rémunération du travail de gestion et de représentation de la société n'est pas forcément incorporée en tant que telle et peut être non partagée dans la masse des profits qui seront ensuite partagés par les associés. En revanche, quand le gérant est un tiers, le salaire du dirigeant relève de la catégorie économique du travail (Analyse du droit fiscal également).

Source de la rémunération

La rémunération est donc issue d'une relation juridique conventionnelle mais l'*instrumentum* n'est pas forcément existant notamment quand les gérants sont associés. Il est probable qu'il n'y ait pas d'autres actes que les statuts qui prévoient la rémunération par exemple. Le principe du consensualisme n'impose pas l'existence d'un acte formel pour l'octroi d'une rémunération. D'où la difficulté que peuvent éprouver certains juristes habitués à un droit des sociétés réglementaire pour d'autres formes sociales et d'autres situations juridiques.

Un arrêt ancien de cour d'appel avait admis la possibilité reconnue au juge de fixer la rémunération mais seulement si les statuts n'avaient pas prévu la gratuité des fonctions et après expertise judiciaire¹⁰⁷⁵. Dans cet arrêt, le juge avait compris que la rémunération du gérant devait tenir compte de l'ensemble contractuel, c'est-à-dire de l'acte juridique sociétaire. Dans ce type de société fondée sur des liens juridiques très forts, les associés sont étroitement liés les uns aux autres et engagent virtuellement tout leur patrimoine¹⁰⁷⁶. On ne peut donc pas analyser la relation juridique mandataire-associés sans tenir compte de l'économie contractuelle globale, c'est-à-dire des statuts de société.

En résumé, la qualification de contractuelle de la rémunération du gérant de SNC n'est pas vraiment discutée en doctrine du fait de l'absence de contentieux¹⁰⁷⁷ et de l'absence de normes de droit objectif, le Code de commerce ne prévoit aucune disposition particulière. Le

¹⁰⁷² M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 25^eedit. LexisNexis, p.602, n°1183 ; L. AMIEL-COSME, Rep. Civ. Sté, Jan. 2014, Rémunération des dirigeants sociaux n°113

¹⁰⁷³ Sur l'aspect fiscal M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 25^eedit. LexisNexis, p.612, n°1206

¹⁰⁷⁴ T. PIKETTY, Le capital au XXI^e siècle, Seuil 2013 p.75 : « Et sans oublier plus qu'une part de ce que l'on désigne comme « revenus du capital » correspond parfois à une rémunération du travail « entrepreneurial », au moins en partie, et devrait sans doute être traitée comme les autres formes de travail. »

¹⁰⁷⁵ L. AMIEL-COSME, Rep. Civ. Sté, Jan. 2014, Rémunération des dirigeants sociaux n°114 ; CA Paris, 17 févr. 1965, Gaz. Pal. 1965.1.305.

¹⁰⁷⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 25^eedit. LexisNexis, p.598 n°1177 et s.

¹⁰⁷⁷ Hormis l'éventuelle question de la fixation de la rémunération par les tribunaux judiciaires. Infra Partie II

principe de liberté posé par l'ordre juridique français déduit une nature contractuelle étant donné que l'on a vu précédemment que la nature dite institutionnelle est souvent assimilée (à tort) à l'existence de normes unilatérales de droits objectifs s'imposant à la volonté des entrepreneurs réunis en société.

Section II La question de la qualification de la rémunération dans les entités non personnifiées

Formalisme excessif du droit des sociétés

L'excessif formalisme du droit des sociétés et parfois le manque de culture économique ont tendance à faire croire que le droit des sociétés serait une sorte de droit formel, où la norme première dériverait de l'Etat et non pas de la volonté privée. Or une telle vision ne semble pas vraie dans un système économique et juridique dans lequel les moyens de productions appartiennent à des particuliers et non à l'Etat. La croyance en une conception formaliste du droit des sociétés a fait oublier que celui-ci n'est pas la cause première du phénomène économique ; contrairement à une économie planifiée où l'initiative publique est prépondérante, le droit économique des pays occidentaux, et en Europe conforté par le droit de l'Union, est fondé sur le primat du marché¹⁰⁷⁸. Or le choix du marché, c'est le choix de la liberté de la consommation et de la production et non la prépondérance des choix de l'Etat dans l'organisation de l'économie ; l'économiste H. LEPAGE décrit ce phénomène avec ces mots : « *L'existence d'un droit des sociétés et d'un droit des affaires donne l'illusion que les formes institutionnelles conçues pour organiser la production dépendent d'abord et avant tout de choix législatifs*¹⁰⁷⁹ ». Or le réel et la critique d'une certaine vision de l'entreprise depuis les années 1970 ont tendance à infirmer cette vision du droit des affaires. Il est tout à fait possible d'organiser une activité économique importante sans passer par le biais d'une forme sociale prédéterminée. Cet aspect est très important car s'il est conseillé pour un opérateur privé de se placer dans le moule d'une forme sociale encadrée par le législateur, comme la SARL ou la société anonyme par exemple, ce n'est pas une obligation¹⁰⁸⁰. Beaucoup de commentateurs semblent oublier que la forme sociale n'est pas imposée par la puissance publique mais dépend d'un libre choix des entrepreneurs [dans le sens d'apporteurs de capitaux] qui peuvent choisir telle ou telle société personnifiée, voire exploiter leur entreprise sans passer par le biais d'une société personnifiée car l'entreprise n'est pas corrélée à la notion de société qui n'est pas elle-même corrélée à la notion de personnalité morale¹⁰⁸¹. Une entreprise peut

¹⁰⁷⁸ V. R. GUESNERIE, *L'économie de marché*, poche édit. Le Pommier, Poche Ed. 2013, p.27 et s.

¹⁰⁷⁹ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.141

¹⁰⁸⁰ F. PASQUALINI, « Le choix de la forme sociale » in *Mélanges offerts à Paul DIDIER*. p.363 et s.

¹⁰⁸¹ De surcroît, les types sociétaires ne sont pas figés et l'organisation choisie par les associés peut altérer les lignes de partage entre les différentes sociétés V. D. BUREAU, « L'altération des types sociétaires » in *Mélanges offerts à Paul DIDIER*. p.57 et s. spé. P.62-63 : Le choix et la liberté conférés aux associés altèrent justement les

très bien être exploitée sans personnalité morale et bien que risqué, il est facile de concevoir une entreprise individuelle réalisant un chiffre d'affaires très important et employant des centaines de salariés. L'entreprise est la réalité première du droit des sociétés¹⁰⁸².

§1. Typologie d'entreprises non personnifiées

L'activité économique peut se réaliser sans passer par le truchement d'une forme sociale¹⁰⁸³. La société n'est qu'une technique juridique et non la substance des rapports économiques¹⁰⁸⁴. La substance de l'activité économique, c'est l'entreprise¹⁰⁸⁵, la société personne morale n'est que l'enveloppe juridique. L'entreprise est indissociablement liée à un entrepreneur dans une démocratie libérale car la propriété privée et la liberté individuelle font naître la liberté d'entreprendre¹⁰⁸⁶. La liberté d'entreprendre est une liberté cardinale dans une économie de marché qui relève de l'intérêt général¹⁰⁸⁷, car elle « délègue » aux individus seuls ou réunis par contrat (souvent contrat de société), le soin d'organiser la production, la circulation et la consommation des richesses.

L'entreprise privée, substance de l'activité économique

Il n'est donc pas nécessaire de passer par un contrat de société pour accomplir une activité économique. L'entreprise individuelle est l'archétype d'une entreprise non organisée par une forme sociale et donc sans personnalité morale. Il existe également la société en participation, société qui n'est pas dotée de la forme sociale. L'entreprise non personnifiée peut être dirigée

catégories bien nettes de sociétés proposées par le législateur : une SA fermée avec agrément est-elle du même type qu'une SA ouverte cotée ?

¹⁰⁸² Dans le rapport MARINI, il était écrit que « la société est une structure d'accueil de l'entreprise ; [...] la société est une structure d'accueil de l'entreprise » cité par J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales, Une reconception du droit des sociétés commerciales » Recueil Dalloz 1996 p. 287

¹⁰⁸³ Comme l'observe L. CONVERT, Les sociétés dotées de la personnalité morale sont celles où l'impératif est renforcé. Les avantages de la personnalité juridique de la société distincte de ses membres ont pour contrepartie des contraintes posées par la loi : L. CONVERT, L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Etude de droit comparé Angleterre - Espagne - France, LGDJ, bibl. dr. privé, tome 374, préf. de B. SAINTOURENS, 2003, p.359+368

¹⁰⁸⁴ La théorie fonctionnelle de l'Ecole de Rennes (C. CHAMPAUD, J. PAILLUSSEAU et alii) a certes renforcé la théorie de l'institution mais elle a aussi relativisé la notion de société réduite à une simple technique juridique, la finalité étant l'entreprise. Cf ; M. BERTREL et J.-P BERTREL, Lamy Droit de l'entreprise, n° 410. ; C. CHAMPAUD « Droit administratif et droit des affaires » AJDA 1995 p. 82 et s. ; G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN La doctrine de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise p.599-621 Paris, LITEC, 1978

¹⁰⁸⁵ J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce que l'entreprise ? in L'entreprise : nouveaux apports, Etudes coordonnées par J. JUGLAUT, Rennes 1987, Economica p.11-88

¹⁰⁸⁶ Sur le lien entre liberté d'entreprendre et propriété privée, DRAGO G., « Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre », Les libertés économiques, sous la direction de DRAGO G. et LOMBARD M., Paris, éd. Panthéon Assas, L.G.D.J. diffuseur, 2003, p. 34

¹⁰⁸⁷ V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL p.9 n°4

par son ou ses entrepreneurs ou par des représentants de l'Entrepreneur. La société en participation, l'entreprise indivise, voire une EIRL peuvent être confiées à un gérant chargé d'administrer l'entreprise non personnifiée¹⁰⁸⁸. Ce n'est pas parce qu'une masse de biens ne constitue pas un patrimoine au sens technique du terme que cette masse ne dispose pas d'une certaine autonomie¹⁰⁸⁹. La quasi corrélation entre personnalité morale/ société et mise en commun de biens pour réaliser une finalité lucrative a fini par faire oublier qu'il est toujours possible d'organiser une propriété privée collective sans passer par le prisme du droit des sociétés¹⁰⁹⁰. Que la masse de biens affectée à la réalisation d'une fin lucrative soit logée dans le patrimoine d'une personne morale ou non ne modifie pas la situation juridique existant entre l'éventuel gestionnaire de la masse de biens affectés et ses donneurs d'ordre. L'existence ou non d'une personnalité morale n'a pas d'incidence sur le rapport interne liant le gérant de l'universalité (masse de biens affectés) et les propriétaires de cette universalité. La seule différence lorsqu'il existe une personne morale est que le pouvoir à l'égard des tiers (rapport externe) est encadré par la puissance publique et n'est plus l'objet juridique d'une convention car sa limitation est fixée objectivement, par l'autorité normatrice¹⁰⁹¹ (juge ou législateur).

Annnonce du plan

¹⁰⁸⁸ Sur les pouvoirs du gérant d'une société en participation, V. G. WICKER, Rep. Civ. DALLOZ « Personnalité morale » n°56.

¹⁰⁸⁹ La propriété privée collective, est TOUJOURS finalisée : la quote-part détenue par chaque copropriétaire est une valeur contenue dans le patrimoine de chaque « copropriétaire commun » mais qui pour des raisons pratiques, doit être dissociée des autres biens contenus dans ce patrimoine. La mise en commun de biens pose des problèmes complexes en créant deux catégories de créanciers : le créancier personnel et le créancier de la propriété privée collective ou plurale, il fut souvent donc plus simple de considérer que la mise en commun de biens est détenue par une entité fictive afin de se conformer au moule de la propriété privée individuelle du Code civil. Même si la propriété privée collective n'est pas conceptualisée dans le Code civil (sûrement pour des raisons tenant à l'histoire et la peur du retour de la féodalité), son existence est avérée. Qui peut douter que les biens communs des époux ne constituent pas une masse de biens distincts des biens compris dans le patrimoine propre de chacun des époux. Cf. R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec ; Fr. ZENATI -CASTAING, La propriété collective existe-t-elle ?, p.589 in Mélanges GOUBEAUX, 2009

¹⁰⁹⁰ P. CATALA, Famille et Patrimoine, Puf doctrine juridique, ° Trois figures de la propriété collective° p.107 et s. spé.p.108 : « Or il se trouve, dans le code civil, trois figures majeures d'appropriation plurale. Ce sont, outre l'indivision, la communauté conjugale et la société. Sans doute la Cour de cassation a-t-elle reconnu, en 1891, la personnalité juridique des sociétés civiles, à telle enseigne que l'actif social s'y présente en droit pur, comme la propriété privative de l'être moral et comme l'avoir collectif des associés. Mais la personnalité morale n'est qu'un trompe-l'œil dans les sociétés personnes : elle n'épargne pas aux associés l'obligation personnelle aux dettes sociales ; le droit pénal et le droit fiscal en font peu de cas ».

¹⁰⁹¹ Autorité normatrice, expression employée par B. OPPETIT, « les rapports des personnes morales et de leurs membres ». Nancy, 1963 p.444-445, G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, p.689 et s. p.696, n°13op.cit.

En revanche, on peut dissocier néanmoins parmi l'ensemble de ces entreprises qui n'ont pas la personnalité juridique celles qui sont des sociétés au sens strict du terme de celles qui sont organisées par d'autres techniques juridiques.

A. Les différents types d'entreprises non personnifiées

1 La société en participation

Aujourd'hui, la société en participation réglementée aux articles 1873 et s. du code civil peut paraître comme une curiosité : l'absence d'immatriculation et donc l'absence de personnalité morale peut faire douter du caractère sociétaire de cette forme sociale¹⁰⁹². Mais là encore, cette vision des choses repose sur une absence de perspectives historiques. La corrélation personnalité morale/société est finalement très récente quand on la compare à l'histoire de la société, pluriséculaire, voire millénaire. Il n'y a pas besoin de personnalité juridique distincte pour qu'une société existe. Le contrat de société peut suffire à organiser les rapports des associés entre eux ainsi que les rapports avec les tiers. La *partnership* anglaise¹⁰⁹³ ainsi que la société civile allemande n'ont pas non plus la personnalité juridique¹⁰⁹⁴. Malgré l'absence de personnalité juridique, les sociétés de personnes de droit allemand et de *common law* ont une certaine individualité, comme la société en participation de droit français : la création d'une société en participation crée une charge issue d'un contrat sur les biens affectés à l'objet social. Certains auteurs déduisent cette affectation de l'article 1832 du code civil mais nous essaierons de démontrer qu'en amont, l'affectation des biens attribués à l'entreprise commune résulte d'une propriété privée collective. Indépendamment de l'existence d'une personnalité juridique qui est contingente à chaque ordre juridique et qui est finalement une innovation récente¹⁰⁹⁵, « l'entreprise à plusieurs » fait toujours naître une propriété privée collective. L'absence de patrimoine propre n'empêche pas que certains biens puissent être engagés et affectés à une entreprise commune. Certains auteurs font une corrélation entre la

¹⁰⁹² P. LE CANNU, B. DONDERO, Droit des sociétés, 6^e Domat, p.917, n°1448 et s.

¹⁰⁹³ L. CONVERT, L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. LGDJ bibliothèque de droit privé tome 374. p.344 n°313 ; La *partnership* canadienne n'a pas la personnalité juridique non plus : même si le droit anglo-saxon canadien reconnaît une certaine autonomie aux *partnerships*, « la jurisprudence est unanime pour nier la qualité de personne morale aux *partnerships* » C. BOUCHARD, Rapport sur la nature juridique des sociétés de personnes : Etude droit comparé, www.bijurillex.org/site/att/BOUCHARD_societe-2001-07-05_F.htmn°2645;

¹⁰⁹⁴ Il existe dans le droit allemand pour la société civile ((BGB Gesellschaft) / non personnifiée une sorte de « patrimoine social de facto » avec les articles 718 et 719 du BGB. Les règles édictées pour cette forme sociale peuvent s'appliquer subsidiairement à toutes les sociétés de personnes. V. Michel FROMONT, Droit allemand des affaires, Domat droit privé, p.202, n°407

¹⁰⁹⁵ XIX^e siècle

personnalité morale et certains effets juridiques : les apports ne sont pas un transfert de valeur entre le patrimoine propre de la société et les associés. Les parts sociales ne seraient donc pas des droits réels du fait de l'absence de personnalité morale¹⁰⁹⁶. Il y a désaccord car le contrat de société fait naître des effets personnels et réels indépendamment de l'existence d'une personnalité morale. Des auteurs ont d'ailleurs proposé la possibilité d'exploiter une entreprise en couplant la société en participation à une indivision¹⁰⁹⁷. Une société en participation du fait de son absence de personnalité morale n'est qu'un pur contrat faisant naître une propriété privée collective mais cette propriété privée collective n'a pas d'opposabilité à l'égard des tiers¹⁰⁹⁸. En lui adjoignant une indivision et son régime, l'entreprise habillée d'une société en participation aura une existence juridique à l'égard des tiers car les stipulations de la société en participation n'ont de conséquences juridiques que dans le rapport interne, entre associés.

On peut comparer la société en participation à des formes sociales étrangères : Le BGB prévoit aux articles 705 et s. une organisation de la société allemande alors que celle-ci n'a pas la personnalité morale¹⁰⁹⁹. La *partnership* de droit anglais n'a pas non plus la personnalité juridique¹¹⁰⁰. La société civile allemande comme la société anglaise sont néanmoins régies par des règles qui leur permettent de fonctionner comme de véritables groupements¹¹⁰¹.

2 La société créée de fait

Dans une économie de marché d'une démocratie libérale, une grande partie de la production au sens économique du terme dépend du droit privé et non du droit public. Et la réunion de capitaux se fait sous l'égide de la propriété privée et du contrat. Le passage d'une propriété privée individuelle à une propriété privée collective se fait dans la très grande majorité par une forme sociale dûment identifiée mais il est tout à fait possible que les apporteurs de capitaux se comportent comme des associés sans formaliser la société qui pourtant existe entre eux : c'est une société créée de fait, avec des « partenaires économiques » qui n'ont pas constitué de société mais qui agissent en associés¹¹⁰². Il est tout à fait possible qu'un gérant

¹⁰⁹⁶ P. LE CANNU, B. DONDERO, Droit des sociétés, 6^e Domat, p.918, n°1452

¹⁰⁹⁷ FI. DEBOISSY, G. WICKER, Société et indivision : JCl. Civil Code, Art.815 à 815-8, Fasc.60), M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 28^e édit. LexisNexis, p.667, n°1345

¹⁰⁹⁸ Sur la distinction entre effet relatif du groupement (interne) et opposabilité du groupement à l'égard des tiers, V. G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale, sept. 2016 n°20 et s., n°55 et s.

¹⁰⁹⁹ Code civil allemand, traduction commentée du BürgerlichesGesetzBuch, Dalloz. Traduction en vigueur au 31 oct. 2009, dir. R. LEGAIS, M. PEDAMON

¹¹⁰⁰ O. MORETEAU, Droit Anglais des Affaires. Dalloz précis 1^e édit.2000, n°262

¹¹⁰¹ O. MORETEAU, ibid. p.259 et s. n°261 et s.

¹¹⁰² M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29^e édit. LexisNexis, p.674, n°1578 §

explicite ou tacite gère les affaires collectives et dans ce cas, tout relève du contrat-cadre formel ou d'une pratique contractuelle : la rémunération découle totalement de cet éventuel contrat-cadre et de ses stipulations.

Mais il n'est pas toujours évident de dissocier une société créée de fait d'autres formes juridiques non dotées de la personnalité morale. De même que la présence d'une mise en commun de biens pourrait être qualifiée alternativement d'indivision ou de société en participation.

B. Les autres possibilités d'organisation juridique de l'entreprise

Entreprise en indivision

En vertu du principe de liberté contractuelle, il est possible d'organiser une entreprise par une multitude de techniques juridiques sans nécessité d'utiliser une forme juridique personnifiée¹¹⁰³ : « l'entreprise ne constitue pas une entité juridique distincte de la personne physique ou morale qui en est propriétaire et n'a donc pas de patrimoine distinct de cette dernière » comme l'écrivaient Bruno OPETTITIT et Alain SAYAG¹¹⁰⁴. Sans personnalité morale, il est tout à fait possible qu'une entreprise soit appropriée à plusieurs par le biais d'une indivision¹¹⁰⁵, légale ou conventionnelle. L'indivision présente un double aspect pour les copropriétaires : l'indivisaire a une quote-part idéale, dont il peut disposer- tout en sortant de l'indivision- mais à côté de ce droit privatif, l'indivisaire n'a qu'un droit indéterminé sur les biens indivis¹¹⁰⁶. Or l'absence de personnalité morale n'est pas un obstacle à l'organisation de ces biens indivis¹¹⁰⁷. Que l'indivision soit légale ou conventionnelle, un gérant peut être

¹¹⁰³ FI. DEBOISSY, G. WICKER, Art. 815 à 815-18 - Fasc. 60 : SUCCESSIONS. – Indivision. – Indivision et société, n°8

¹¹⁰⁴ B. OPPETIT, A. SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, librairie technique, 2e edit.1976 p.1

¹¹⁰⁵ « L'indivision ou copropriété est la situation de plusieurs personnes ayant la propriété d'un même bien. Elle désigne une pluralité de droits de propriété. » Fr. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.513, n°347 Les biens

¹¹⁰⁶ J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, les obligations. PUF quadrige manuels tome 2, 1ère édit. Quadrige 2004p.1659, n°743

¹¹⁰⁷ Pour Fr. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, l'indivision serait en train de devenir une personnalité morale notamment avec le passage de décisions prises à la majorité issue de la loi de 2006 avec l'article 815-3 al.1 : Fr. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.521, n°351

nommé par les indivisaires¹¹⁰⁸, et ce dernier qui est un mandataire des indivisaires a le droit à une rémunération, que l'indivision soit légale ou conventionnelle¹¹⁰⁹. Quelle est la nature de la rémunération du gérant indivisaire ? En ce qui concerne l'indivision légale, le doute est permis sur la nature étant donné la rédaction du texte de l'article 815-3 al.2 qui évoque une sorte de « droit à » mais néanmoins, le texte évoque d'abord l'idée d'un accord à l'amiable avant le recours au Juge. La relation du gérant indivisaire semble proche de celle d'un mandataire¹¹¹⁰ et serait donc contractuelle quand la rémunération est fixée à l'amiable. En revanche, lorsque la rémunération est fixée par le Juge, la rémunération aurait un caractère indemnitaire. Selon F. ZENATI, le juge semble avoir entériné la dichotomie nature contractuelle/nature indemnitaire¹¹¹¹.

En ce qui concerne l'indivision conventionnelle, le gérant est désigné par les indivisaires et peut être étranger à l'indivision¹¹¹². Dans cette occurrence où il y a une dissociation entre capital et travail, la nature contractuelle ne fait aucun doute car la source de la rémunération sera uniquement l'accord entre le gérant de l'indivision et les indivisaires. En revanche, la solution semble moins tranchée pour le gérant qui serait également indivisaire. L'article 1873-10 est formulé d'une façon différente de celui concernant la rémunération du gérant de l'indivision légale (Art.815-3 al.2) : « *Le gérant a droit, sauf accord contraire, à la rémunération de son travail*¹¹¹³. » La rémunération n'est pas de droit mais dépend d'une convention et le texte précise ensuite que « *Les conditions en sont fixées par les indivisaires, à l'exclusion de l'intéressé, ou, à défaut par le président du tribunal de grande instance statuant à titre provisionnel*¹¹¹⁴. » On constate que le gérant indivisaire n'aurait pas le droit de décider sa propre rémunération mais cette solution paraît curieuse car la rémunération d'un gérant d'une indivision conventionnelle est a fortiori plus contractuelle que celle d'une rémunération légale et d'ailleurs l'article 1873-10 al.2 compare le gérant de l'indivision à un mandataire de droit commun¹¹¹⁵. On en déduit que la rémunération du gérant de l'indivision

¹¹⁰⁸ Article 815-3 al.2, art. 1873-5, al. 1er : « les coindivisaires peuvent nommer un ou plusieurs gérants, choisis ou non parmi eux » V. Fl. DEBOISSY, G. WICKER, Art. 815 à 815-18 - Fasc. 60 : SUCCESSIONS. – Indivision. – Indivision et société numéro 22

¹¹⁰⁹ Fl. DEBOISSY, G. WICKER, Art. 815 à 815-18 - Fasc. 60 : SUCCESSIONS. – Indivision. – Indivision et société, n°47

¹¹¹⁰ Fl. DEBOISSY, G. WICKER, Art. 815 à 815-18 - Fasc. 60 : SUCCESSIONS. – Indivision. – Indivision et société Fascicule indivision n° 22

¹¹¹¹ F. ZENATI, Rémunération du gérant de l'indivision RTD civ. 1999. 147 : « Elle distingue soigneusement le cas où la rémunération est amiablement fixée, où elle a une nature contractuelle et celui où un jugement est nécessaire, hypothèse dans laquelle les débiteurs de la rémunération ne le deviennent que par la décision du juge, ce qui accredité que, si obligation il y a auparavant, celle-ci ne devient monétaire et donc sujette à intérêt que par la liquidation du juge »

¹¹¹² Ch. ATIAS, Droit civil Les biens, 11^e edit. Lexis Nexis p.174, n°217

¹¹¹³ Article 1873-10 du Code civil

¹¹¹⁴ Article 1873-10 du Code civil

¹¹¹⁵ « Le gérant répond, comme un mandataire, des fautes qu'il commet dans sa gestion. »

est d'une nature contractuelle hormis le cas de la rémunération fixée par le Juge dans une indivision légale. La distinction envisagée renvoie aux travaux de doctorat du professeur CHENEDE entre source légale et source volontaire de l'obligation¹¹¹⁶.

Autres formes juridiques non personnifiées d'exploitation d'une entreprise

L'instauration de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (E.I.R.L.¹¹¹⁷), reposant sur la technique du patrimoine d'affectation et non sur la personnalité morale est un signe que l'organisation de l'entreprise pourrait se passer de la notion de personne et se réaliser par les seuls outils juridiques du droit des biens et des contrats. L'entreprise ne peut-elle pas être organisée par une fiducie-gestion¹¹¹⁸ ? Autrement dit, au lieu de passer par la notion de personne qui peut induire en erreur car la personne morale relève surtout du droit des biens et des contrats¹¹¹⁹, pourquoi ne serait-il pas possible d'organiser les rapports juridiques au sein d'une entreprise par le pur droit des biens et des contrats avec par exemple la notion de patrimoine d'affectation¹¹²⁰ ? Le groupe d'entreprise n'a pas la personnalité juridique et pourtant son organisation fait naître un pouvoir privé organisé par la propriété privée et le contrat¹¹²¹. On pourrait également citer l'exemple du Fonds Commun de Placement qui n'a pas la personnalité juridique¹¹²², le FCP est donc une copropriété de valeurs mobilières¹¹²³. Les porteurs de parts du fonds ont en réalité des prérogatives très limitées car ils ne peuvent provoquer le partage¹¹²⁴, mais ne sont obligés aux dettes de la copropriété qu'à la hauteur de leur quote-part. Les porteurs de parts sont dans une situation identique, en ce qui concerne le passif du fonds, à celle d'un associé d'une société à responsabilité limitée¹¹²⁵. A l'égard des

¹¹¹⁶ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.415 et s.

¹¹¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28e édit. LexisNexis p.43 et s., n°88 et s.

¹¹¹⁸ J.-P. DOM, *La fiducie gestion et le contrat de société, éléments de comparaison*, *Revue des sociétés* 2007 p. 481

¹¹¹⁹ J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*. D. 1949, Chr. P. 141p. 144 : « Constaté que le groupe industriel ou l'entreprise n'ont pas la personnalité morale, c'est essentiellement reconnaître qu'ils n'ont pas de patrimoine propre distinct de celui de leurs membres. Tout est là ; à mesure qu'apparaissent des entités juridiques sans personnalité morale, il est de plus en plus évident que la notion de personne morale est essentiellement une notion du droit des biens et des obligations. »

¹¹²⁰ *Infra*

¹¹²¹ G. FARJAT, *Pour un droit économique*. Puf 2004 ; les voies du droit p.45 et s.

¹¹²² Th. BONNEAU, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créance, et le droit civil*, *RTD Civ.* 1991 p.1 et s., M. STORCK, *JurisClasseur Sociétés Traité Fasc. 2210 : SOCIÉTÉS DE GESTION DE PORTEFEUILLE - Statut. Gestion collective (OPCVM). Gestion individuelle de portefeuille*, *fraicheur* 27 avril 2015, n°5

¹¹²³ Th. BONNEAU, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créance, et le droit civil*. *RTD Civ.* 1991 p.1 et s. n°2, M. STORCK, *De la nature juridique des fonds communs de placement*, *Mél. G. GOUBEUX*

¹¹²⁴ Th. BONNEAU, *op.cit.* n°4

¹¹²⁵ Th. BONNEAU, *op.cit.*

tiers, le FCP est représenté par une société de gestion titulaire de la personnalité morale. Bien que le FCP n'ait pas la personnalité morale, les prérogatives des porteurs de parts sont peut-être moins importantes que celles d'un actionnaire d'une SA. L'ordre juridique peut très bien organiser des phénomènes de propriété privée collective sans employer le terme de personne morale mais en organisant certains effets juridiques proches ou analogues des effets qu'on considère imputables à la personnalité morale.

La relation juridique entre le gestionnaire d'une universalité, d'un patrimoine et les propriétaires des actifs a été occultée par la notion de personne morale. La substance juridique d'une entreprise s'explique par la propriété privée et le contrat, la notion de personne morale fut une notion contingente, qui a permis d'expliquer la mise en place d'une réglementation relative à la représentation extérieure du groupement à l'égard des tiers¹¹²⁶. La rémunération que peut percevoir le gestionnaire d'une universalité, d'un patrimoine semble identique dans toutes les situations où il y a dissociation de la propriété du pouvoir.

§2. Analyse juridique de la rémunération d'un dirigeant d'une entité non personnifiée

La liberté contractuelle incontestable

Dans l'ensemble des phénomènes juridiques survolés où il existe un groupement doté d'une universalité, celui qui a en charge la gestion du groupement peut percevoir une rémunération. Etant donné que le groupement dirigé n'a pas la personnalité morale, la nature de la rémunération versée au gérant du groupement ne peut être que contractuelle, cette rémunération découle d'une convention entre celui qui est investi d'un pouvoir de gestion de l'universalité et la ou les personnes titulaires d'une valeur, d'un actif. D'un point de vue juridique, les titulaires d'un actif qui veulent le confier à un gestionnaire sont des propriétaires au sens large du terme quand bien même ils n'auraient pas toutes les prérogatives que l'on attribue habituellement au droit de propriété¹¹²⁷.

¹¹²⁶ Comp. avec G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale, septembre 2016 n°64 à 92.

¹¹²⁷ Une doctrine importante a une conception trop étroite du droit de propriété qui est pourtant la véritable matrice juridique et économique d'un ordre juridique libéral. Depuis les lumières (LOCKE) jusqu'à la jurisprudence CEDH, l'acception large du droit de propriété a toujours existé dans le droit français soit d'une manière explicite, soit d'une manière tacite. Infra Chapitre II, V. R. LIBCHABER, La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2013, C.E.D.H. et Droit des affaires, Dossier pratiques Francis LEFEBVRE, J. LAURENT, La propriété des droits, préface de T. REVET, bibliothèque de droit privé T.537

La rémunération d'un gérant d'une société en participation et plus généralement, la rémunération d'un dirigeant d'une entreprise n'ayant pas la personnalité juridique ne peut être qualifiée que de contractuelle, étant donné qu'il n'y a pas de personnalité morale. Les relations juridiques entre les membres d'une entreprise n'ont plus été analysées par le prisme du droit des biens et des personnes mais par le prisme d'une vision personnaliste¹¹²⁸. Or la théorie institutionnelle avec d'autres analyses comme la théorie de la réalité technique de la personnalité morale, ont servi à légitimer une vision personnaliste de l'entreprise ou de la société.

Primat de la réalité économique

Quelle différence entre un gérant d'une grande *partnership* anglaise qui n'a pas la personnalité morale et un gérant de SARL ou président de SAS si les entreprises ont par exemple la même activité et sont de taille comparable ? Dans les deux cas, il y a gestion d'une masse de biens/patrimoine pour le compte d'autrui. Or cette gestion de ce patrimoine/ masse de biens affectés à une activité économique peut être professionnelle et sera dans ce cas rémunérée. Donc la rémunération d'un « mandataire » d'une entreprise non-personnifiée n'est pas d'une nature différente de la rémunération que pourrait percevoir un mandataire social d'une entité personnifiée ; la différence est donc une différence de régime juridique, notamment fiscal, social et non une différence de nature car le fait générateur de la rémunération est le même : à savoir la gestion (dans le sens de direction) et la représentation éventuelle d'un groupement de biens affectés à une finalité économique lucrative (sociétés commerciales, voire gestion d'un patrimoine ou d'une économie pour une société civile). La source de la rémunération du gérant d'une entité non personnifiée est contractuelle. Si la gestion est confiée à un gérant professionnel, c'est en vertu d'un contrat de type fiduciaire¹¹²⁹.

¹¹²⁸ A. SUPIOT défend justement une vision du droit du travail qui est à la fois fondée sur le droit des obligations mais aussi sur le droit des personnes. A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadriges, p.31 : « Le droit des obligations renvoie à une idéologie individualiste et libérale, qui postule la liberté et l'égalité des individus et affirme la primauté de l'individu sur le groupe, et de l'économique sur le social. Le droit des personnes (constitué au premier chef par le droit de la famille) renvoie à une idéologie communautaire, qui postule la hiérarchie des parents et des enfants, et affirme la primauté du groupe sur l'individu et du social sur l'économique »
p.32 : « Le travail humain se trouvant toujours au point de rencontre de l'homme et des choses, le juriste hésitera toujours à le ranger sous le droit des personnes ou sous le droit des biens, et ne pourra jamais éluder totalement l'un ou l'autre de ces aspects ».

¹¹²⁹ Par analogie, comparer avec la solution sur la responsabilité du gérant d'une société en participation. Cass. com. 06 mai 2008, July 2008 p.762, P. LE CANNU, Le gérant d'une Sté en participation est responsable contractuellement en vertu d'un contrat de mandat (même s'il n'existe pas d'*instrumentum*) en vertu de l'art 1992. L'Auteur évoque la possibilité d'un C.E.

L'organisation sociale va donc dépendre d'actes juridiques fondateurs (statuts) ainsi que des actes juridiques qui vont en découler¹¹³⁰. Il est important de préciser que l'absence de personnalité morale n'empêche pas que la société ait une certaine autonomie et que les titres sociaux soient transmissibles.

Conclusion du Chapitre II

Les entités où la rémunération est susceptible d'être qualifiée de contractuelle sont la plupart du temps des petites sociétés ou des entités où la distinction entre capital et travail n'est pas affirmée. Ce sont également des entités où les apporteurs de capitaux sont le plus souvent responsables indéfiniment aux dettes sociales ou si ce n'est pas le cas, comme dans la SAS, les associés disposent d'une grande liberté dans l'organisation du pouvoir dans la société. Et donc on remarque que la rémunération est qualifiée de contractuelle, voire de libérale, lorsque ce sont les entrepreneurs au sens de personnes qui apportent des capitaux à un projet d'entreprise commune. La qualification de contractuelle est liée dans une certaine mesure à une prise de risque due à la liberté de gérer. MM. OPPETIT et SAYAG regroupaient sous le vocable « d'entreprises à caractère personnel¹¹³¹ » les entreprises individuelles et les entreprises sociales dont la société civile, la société en nom collectif et la société en commandite simple font partie. A propos de ces entités, ces auteurs écrivaient que « *l'aspect institutionnel des entreprises à caractère personnel est très peu développé, puisque comptent surtout les hommes*¹¹³² ». On retrouve toujours cette idée que l'aspect institutionnel d'une société ou d'une rémunération est lié à la réglementation et à l'ordre public. L'acception du mot institutionnel a donc évolué, entre son sens développé par la doctrine publiciste et le sens désormais nouveau qu'il aurait acquis en droit des sociétés. En réalité, on doute de son utilité. Car ces analyses sont construites sur des postulats économiques erronés. Il est souvent dit qu'une société de capitaux serait une société où seul le capital compte, où *l'intuitu personae* ne compterait pas. C'est inexact. Même une grande société de capitaux tient compte des personnes. Un projet d'investissement réalisé par Steve JOBS ou Elon MUSK n'aura pas la même valeur pour des investisseurs que celui présenté par un illustre inconnu, à capital égal. Le choix des mandataires sociaux peut être un élément de communication d'une grande entreprise. Des « stars du management » peuvent attirer des potentiels actionnaires. Il n'y a

¹¹³⁰ G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT In Mélanges OPPETIT, p.689 et s. Partie II

¹¹³¹ Intitulé de la seconde partie de leur ouvrage. B. OPPETIT, A. SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, librairie technique, 2e edit.1976, p.120 et s.

¹¹³² B. OPPETIT, A. SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, librairie technique, 2e edit.1976, p.121

pas de différence de nature entre une SNC et une SA cotée mais une différence de régime. Dans les deux occurrences, on a une propriété privée collective organisée par un contrat de société. Le fait que les mandats sociaux soient assurés par un tiers au pacte social ou par le gérant associé ne change pas la nature des fonctions. Un mandataire social, qui est un tiers ou un associé, est dans tous les cas investi d'un pouvoir privé car il agit dans un intérêt partiellement distinct du sien.

Conclusion du Titre II

Dans les sociétés et entités non personnifiées, l'éventuelle rémunération de celui qui dirige l'entreprise n'est pas questionnée sur sa nature. La question de la nature de la rémunération est intimement liée à celle de la nature de la société et pour beaucoup d'auteurs : « Aujourd'hui, la doctrine admet[trait] généralement la coexistence des conceptions institutionnelles et contractuelle de la société¹¹³³ ». Mais pour ces auteurs, les limites à la liberté contractuelle et la nature mixte de la société découlent de l'ordre public. Ou plus exactement de l'importance d'un corpus de règles impératives qui varie en fonction notamment de la personnification de la société, de la nature de l'obligation indéfinie ou non des associés aux dettes sociales¹¹³⁴. Or attribuer une quelconque nature au contrat de société en raison d'une importance plus ou moins grande de la contrainte publique nous paraît être une erreur. Il paraît normal que dans une société où les associés n'assument leur « responsabilité » qu'à la hauteur de leur engagement, la loi pose plus de contraintes juridiques. En revanche, dans les formes sociales où l'on risque tout son patrimoine, la question de la nature de la rémunération ne se pose pas vraiment et semble être considérée comme contractuelle. De même, dans les entreprises organisées par le contrat seulement, dans l'exemple rare d'une entreprise en indivision, la nature ne peut être que contractuelle également. Par antagonisme, la question de l'institutionnalité de la rémunération n'existe que dans les sociétés où il y a des règles d'ordre public qui sont des sociétés où les associés ne prennent en général que le risque de leurs apports. L'ordre public sociétaire s'explique par une volonté de protéger les tiers contractants : les avantages de la personnalité juridique de la société distincte de ses membres ont pour contrepartie des contraintes posées par la loi¹¹³⁵.

¹¹³³ S. SCHILLER, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés ; préf. F. TERRE L.G.D.J. 2002 p.5, n°8

¹¹³⁴ T FAVARIO, Regards civilistes sur le contrat de société, Revue des sociétés 2008 p. 53 ; L. CONVERT, « L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Etude de droit comparé Angleterre - Espagne – France », LGDJ, bibl. Dr. privé, tome 374, préf. de B. SAINTOURENS, 2003, n°313 s.

¹¹³⁵ L. CONVERT, L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Etude de droit comparé Angleterre - Espagne - France, LGDJ, bibl. dr. privé, tome 374, préf. de B. SAINTOURENS, 2003, p.359-368, n°330 et s.

C'est donc bien la présence de règles impératives qui a déterminé pour une partie de la doctrine la qualification institutionnelle de la rémunération.

Conclusion de la Partie I

La prétendue récontractualisation du droit des sociétés où l'organisation volontaire se substituerait à l'organisation par le prisme de la personnalité morale, n'est pas une mode ou un caprice d'observateurs ; elle est inhérente à la nature de l'ordre juridique français et aux valeurs libérales auxquelles cet ordre est soumis, souvent protégé par le juge constitutionnel¹¹³⁶. Le paradigme institutionnel de la société, construit sur l'idée d'une réalité objective de l'intérêt de la personnalité morale de droit privé compris comme étant une synthèse de l'intérêt de tous les « membres », n'est pas compatible avec les valeurs cardinales de l'ordre juridique qui accorde la primauté à l'individu et non à des corps constitués¹¹³⁷. En faisant des dirigeants sociaux des organes de la société comme le cerveau et le cœur le sont pour un organisme, ne supprimerait-on pas tout contrôle notamment de leur rémunération ? La démystification de la notion de personne morale et la non-réduction de l'entreprise à un individu¹¹³⁸, a mis la relation entre les dirigeants et les associés (considérés comme les propriétaires de l'entreprise) au cœur de la nouvelle acception de l'entreprise privée¹¹³⁹. D'aucuns disent que c'est une conséquence de la théorie de l'agence et du gouvernement d'entreprise mais c'est en réalité la conséquence d'une identité commune entre le droit civil et le droit des sociétés. Dans un ordre juridique fondé sur une économie de marché, le droit des sociétés relève du droit privé car les moyens de production appartiennent ou peuvent appartenir à des particuliers. Il peut y avoir des règles spéciales mais il n'y a pas d'autonomie du droit des sociétés par rapport aux notions fondamentales du droit privé. Le dirigeant social n'est plus investi d'une mission d'intérêt général mais devient le mandataire au sens strict du terme de ses mandants, c'est-à-dire des entrepreneurs. Cette idée est présente dans la théorie originelle de la *Corporate governance*¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ La révolution française fut une révolution libérale ; l'ordre juridique français garde les traces de cette influence libérale qui est inscrite dans son patrimoine génétique depuis 1789 V.F. BLUCHE, S. RIALS, J. TULARD, La révolution française, Que-sais-je ?

¹¹³⁷ G. CANIVET La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge in Analyse économique du droit : quelques points d'accroche cycle chaire régulation/Cour de cassation Sous la direction scientifique de G. CANIVET, B. DEFFAINS et M.-A. FRISON-ROCHE, P.A. 2005 N° 99 – 3 p. 23 et s.

¹¹³⁸ P. DIDIER, Théorie économique et droit des sociétés, études SAYAG, 1997, 227. Spé. p.229

¹¹³⁹ P. DIDIER, Théorie économique et droit des sociétés, études SAYAG, 1997, p. 227 et s.p.237 ; M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, « Les grandes questions du droit économique Introduction et documents » PUF, coll. Quadrige manuels 2005, p.29, V. aussi P. DIDIER, La théorie contractualiste de la société. R.S. 2000 p. 95

¹¹⁴⁰ Nous doutons en réalité que le gouvernement d'entreprise français soit construit sur les mêmes prémisses.

Partie II Proposition d'une qualification unitaire de la rémunération

« La propriété privée des moyens de production est l'institution fondamentale de l'économie de marché¹¹⁴¹. »

« La destruction des droits de l'homme, l'assassinat de la personne juridique en lui sont un préalable nécessaire à la complète domination de celui-ci. [...]. Le libre consentement constitue pour la domination totale un obstacle aussi grand que la libre opposition »..¹¹⁴² »

Après avoir vu en première partie l'existence d'une dualité de qualification de la rémunération des dirigeants sociaux, il semble possible en réalité de proposer une qualification unitaire de la rémunération des dirigeants pour toutes les formes sociales et même pour des entreprises privées dénuées de personnalité morale.

Distinguer la nature de la rémunération en fonction de la forme sociale choisie par les apporteurs de capitaux ou de la taille de l'entreprise relève d'une absence véritable de conceptualisation du phénomène. Derrière un mandat social dont les formes peuvent être déterminées avec précision par la loi, il y a une réalité économique qui est l'entreprise privée entendue comme étant un processus de production destiné à satisfaire une demande solvable avec l'objectif de réaliser un profit. Le dirigeant social est rémunéré pour accomplir ce travail de gestion qui lui a été confié et dont il est *in fine* le responsable suprême. Avant d'analyser la rémunération par le prisme du droit des contrats et de procéder à une analyse micro-juridique de la contrepartie qu'est la rémunération, il est indispensable de procéder à une analyse « macro-juridique », c'est-à-dire de comprendre le contexte global dans lequel la rémunération est versée. Payer un dirigeant social en contrepartie d'un travail de gestion/représentation nécessite une division du travail assez poussée et un complexe de relations juridiques fondées sur la propriété privée et le contrat. La propriété et le contrat sont l'armature du droit des affaires et plus généralement du droit privé. Mais ce constat n'est pas propre à l'ordre juridique français mais est observable dans tout type d'ordre juridique qualifié

¹¹⁴¹ L. Von MISES, Abrégé de l'action humaine, traité d'économie, bibliothèque classique de la liberté les belles lettres, trad. G. DREAN, 2004 p.165

¹¹⁴² H. ARENDT, Le système totalitaire, les origines du totalitarisme, points, essais. P.264

de démocratie libérale, c'est-à-dire un ordre qui a pour fondement la liberté individuelle. Si l'on peut analyser intrinsèquement la relation entre le dirigeant social et l'entité débitrice de sa rémunération et voir qu'il s'agit toujours et nécessairement d'une relation contractuelle (Titre I), il faut préalablement se pencher sur les éléments macro-juridiques dans lesquels se meut la rémunération du dirigeant social car l'entreprise privée est un complexe d'actes juridiques de droit privé dont la nature dépend de principes juridiques dont s'est doté l'ordre juridique en question. (Titre I)

Titre I Analyse macro-juridique de la rémunération : nature de la rémunération corrélée à la nature de l'entreprise privée

« On avait depuis longtemps reconnu que la seule base sûre de l'oligarchie est le collectivisme. La richesse et les privilèges sont plus facilement défendus quand on les possède ensemble. Ce que l'on a appelé l' « abolition de la propriété privée » signifiait en fait la concentration de la propriété entre beaucoup moins de mains qu'auparavant, mais avec cette différence que les nouveaux propriétaires formaient un groupe au lieu d'être une masse¹¹⁴³. »

Le débat concernant la nature de l'entreprise est d'une importance cardinale pour ce qui est de la nature de la rémunération. Avec la vision personnaliste de l'entreprise, le dirigeant social va incarner l'intérêt de l'entreprise, il va être son organe et à l'instar de représentants politiques, il va devoir défendre cet intérêt général pour effectuer la synthèse entre les différentes parties prenantes à l'entreprise perçue comme une globalité, comme une entité communautaire ayant des valeurs. Au contraire, avec la vision « propriétaire de l'entreprise » [ou contractuelle de la société] où le fondement du pouvoir au sein de l'entreprise découle de la réunion de capitaux privés par un acte juridique, le dirigeant n'est pas en charge d'une collectivité abstraite mais est chargé contractuellement d'être le mandataire des apporteurs de capitaux et donc d'être le représentant contractuel des associés *ut universi*.

Dans la première occurrence, la rémunération est le traitement d'une fonction, dans le second, la rémunération est la contrepartie d'un contrat. il ne s'agit pas de choisir la qualification en fonction de ses affinités ou de ses convictions personnelles mais de comprendre que la solution qui nous paraît la plus exacte découle de la logique d'un système.

La notion d'entreprise mal conceptualisée encore aujourd'hui

¹¹⁴³ G. ORWELL, « 1984 », trad. A. AUDIBERTI, Folio p.274,

L'entreprise est une notion fondamentale du droit des affaires et pourtant souvent mal appréhendée semble-t-il. Il existe une multitude de théories doctrinales économiques et juridiques que l'on peut réduire à deux grandes « familles ». Les premières explications de la notion entreprise fait de celle-ci un être autonome, affranchi de ceux qui l'ont fondée. L'entreprise devient une entité spécifique qui représente une communauté de travail qui ne se limite pas aux apporteurs de capitaux mais comprend les entrepreneurs (associés en cas de société), les travailleurs et la direction. Les dirigeants sociaux sont chargés d'incarner l'intérêt général et transcendant du groupement qui est distinct des différents intérêts catégoriels, notamment de l'intérêt des associés. Cette conception de l'entreprise est directement liée à la conception institutionnaliste de la société vue précédemment et à une conception du sujet de droit qui fait de la personnalité morale une espèce de sujet de droit autonome et identique à celui d'une personne physique. Cette conception de l'entreprise est encore très présente dans les analyses doctrinales bien qu'elle relève selon nous d'une vision anthropomorphique du droit ; c'est-à-dire que le Droit pourrait s'adresser à d'autres sujets de droit que des êtres humains. Dans cette perspective, l'entreprise sociétaire est appréhendée par le prisme de la personne morale et les dirigeants sociaux seraient les organes, les représentants légaux de cette personne. Un lien organique d'une nature non contractuelle lierait le dirigeant social à la société qu'il dirige.

A côté de la vision dite personnaliste de l'entreprise¹¹⁴⁴, il existe une vision de l'entreprise qui l'explique par le droit de propriété. Plus exactement, l'entreprise résulte de l'exercice du droit de propriété et elle est constituée de contrats. L'entreprise individuelle ou à plusieurs (par le biais de contrats associatifs dont l'archétype est le contrat de société) est d'abord une concentration de capitaux et ce sont le ou les entrepreneurs qui ont le pouvoir, et ce pouvoir au sein de l'entreprise résulte de la propriété personnelle qu'ils avaient sur les biens apportés. L'entreprise à plusieurs a cette particularité de faire naître une propriété privée collective dont l'intérêt peut être protégé par une personne morale, néanmoins la substance de l'entreprise demeure la propriété privée individuelle. Le dirigeant social est en charge de la représentation des intérêts des propriétaires de capitaux devenus associés d'une société, par exemple si l'entreprise est sociétaire. Avec cette vision, il n'y a pas de dissociation entre l'entreprise et son ou ses entrepreneur(s).

L'une ou l'autre vision de l'entreprise a souvent été assimilée à une idéologie politique mais l'objet de notre démonstration est de prouver que la vision de l'entreprise vue par le prisme de la propriété n'est pas vraie dans l'absolu mais relativement à un système juridique d'une nature particulière : la démocratie libérale. Et des valeurs de la démocratie libérale naît

¹¹⁴⁴ En réalité, il existe une foultitude d'analyses personnalistes qui font de l'entreprise ou de la société une entité abstraite autonome ayant son propre intérêt et sa propre existence. Comparer avec la Stake Holder Theorie lors de l'introduction du gouvernement d'entreprise en France dans les années 90. Supra Partie I

l'économie de marché. Une fois admis que l'entreprise privée a une structure hiérarchique qui découle de la propriété privée, assemblée par un acte juridique de droit privé, on peut en déduire que l'ensemble des liens juridiques au sein d'une entreprise privée sont des liens contractuels mais avec la particularité que la relation dirigeant- groupement des apporteurs de capitaux est le contrat cardinal car il est celui qui transmet le pouvoir de propriété de l'entreprise à un délégataire qu'est le dirigeant social.

La propriété privée collective et l'entreprise : une conceptualisation défailante

La Révolution française a balayé les différentes propriétés simultanées qui existaient précédemment par une propriété et une seule. Or la nouvelle propriété unifiée de 1804, désormais subjective est corrélée à l'individu dont la personnalité juridique en est le siège¹¹⁴⁵. Mais plus que la propriété unifiée, la Révolution entérine la vision des Lumières sur l'individu¹¹⁴⁶ : cette vision subjectiviste fait du contrat un acte juridique libre mais contraignant¹¹⁴⁷. Seulement la vision du contrat du code civil de 1804 est un contrat dont l'archétype est la vente ; la conceptualisation doctrinale d'autres grands types de contrats comme le contrat associatif est une chose récente : Paul DIDIER oppose les contrats-échange aux contrats-organisation qui se caractérisent par une unité d'intérêt. François CHENEDE évoque une « *conception réductrice* » des actes contractuels qui les cantonne « *aux accords de volontés antagonistes*¹¹⁴⁸ ». L'opposition d'intérêts a été longtemps vue comme l'archétype de la figure contractuelle. Or certaines opérations contractuelles qui créent une communauté d'intérêt, ont parfois été évincées par la doctrine de la catégorie des contrats. Le contrat de société (pluripersonnel) qui génère *ipso jure/facto* une propriété privée collective ne pouvait être conceptualisé facilement car la réduction de la notion de contrat au contrat-échange et l'absence de conceptualisation de la propriété privée collective ont rendu difficile l'analyse juridique des effets juridiques générés par ce contrat. Le recours à la métaphore, celle de la personnalité morale, fut une nécessité didactique. Pourtant, il est tout à fait possible d'expliquer l'ensemble des effets juridiques créés par le contrat de société par le biais du droit des obligations et du droit des biens.

Libertés économiques et nature de l'ordre juridique

Si l'entreprise en tant qu'organisation productrice de biens et services peut s'analyser par le droit privé et non par le droit public, cela vient du fait que l'ordre juridique protège certaines

¹¹⁴⁵ Dictionnaire de la culture juridique, D. ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadriges dico poche, A.M. PATAULT, °propriété°, p.1253 et s. p.1253 :

¹¹⁴⁶ G.ROUHETTE, °ACTE JURIDIQUE° in Encyclopaedia Universalis

¹¹⁴⁷ H.LEPAGE, analyse économique et théorie du droit de propriété, in Revue Droits °propriété°, p.103

¹¹⁴⁸ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, Economica 2008, p.6, n°5

valeurs fondamentales, certaines libertés économiques qui font partie désormais des principes les plus élevés de notre ordre juridique, entérinés par les ordres juridiques européens. Si les biens de production peuvent être la propriété de particuliers, cela signifie que leur structure juridique est organisée par la volonté privée et donc par des contrats. L'analyse macro-juridique confirme donc que l'entreprise privée est constituée de contrats et notamment celui de la relation entre le dirigeant et l'entrepreneur, peu importe que cet entrepreneur soit une personne physique ou un collectif d'entrepreneurs parfois doté d'une personne morale.

Annonce du plan

On verra initialement que l'entreprise privée est en réalité la conséquence de la propriété privée. C'est parce que l'individu est libre qu'il peut librement s'associer, apporter des biens à une entreprise commune et choisir collectivement ceux qui travailleront dans l'entreprise en échange d'une contrepartie (Chapitre I). Cette propriété des biens de production est consacrée par les principes matriciels de l'ordre juridique, tant au niveau de l'ordre juridique interne qu'à celui des ordres juridiques Européens. Les conditions juridiques de l'entreprise privée que sont le marché et les libertés économiques sont constitutionnalisées/fondamentalisées par l'ordre juridique français, ordre juridique qui fait partie de ce que l'on nomme la démocratie libérale. (Chapitre II)

Chapitre I L'essence de l'entreprise privée : la propriété privée, lien fondamental entre l'entrepreneur et l'entreprise

« De l'invention de la propriété juridiquement formalisée pendant l'Antiquité à l'émergence d'une idéologie du droit subjectif consacrée dans le constitutionnalisme moderne, nous serions tentés de parler, sans jugement de valeur, d'une longue alliance entre droit positif et dogmatique de la propriété privée¹¹⁴⁹ ».

« Il y a un problème de propriété dans l'entreprise » écrivait le doyen CORNU dans son manuel de droit des biens¹¹⁵⁰. Selon nos recherches, de nombreuses questions relatives au droit économique sont directement ou indirectement liées à la problématique de la propriété des entreprises. Car la question de la propriété au sein de l'entreprise est en réalité celle du pouvoir dans l'entreprise : qui doit exercer le pouvoir et quel est le fondement du pouvoir ? La question du pouvoir réel dans l'entreprise est aussi une question politique et philosophique car la production et le travail qui résultent de l'entreprise sont au cœur de l'organisation d'une société humaine moderne. La propriété de l'entreprise est également directement liée à la question de l'économie de marché, à la question de la frontière entre la sphère privée et la sphère publique. La sphère privée, c'est-à-dire ce qui relève de l'entreprise privée découle directement des droits et libertés garantis par le Droit objectif. La confusion entre les notions d'entreprise et de société n'aide pas à comprendre la nature des relations juridiques qui existent au sein de l'entreprise. Les théories personnalistes ont toutes en commun quelque chose : la croyance qu'il existe des êtres non humains qui auraient une existence propre et dissociée de la conscience humaine. L'achoppement sur la notion d'entreprise, sur le rôle qu'elle doit jouer dans la société civile [dont les débats actuels et très récents sur la future et hypothétique loi Pacte témoignent] est en réalité fondé non pas sur la technique juridique mais sur des considérations de politiques juridiques pour ne pas dire de philosophie du droit. Notre propos ici n'est pas de donner une leçon de morale ou d'éthique mais de montrer et démontrer que les conceptions de l'entreprise construites sur l'idée de son autonomie

¹¹⁴⁹ J.-L. HALPERIN, Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? conférence faite au Japon aux universités Nanzan (Faculté de droit Nagoya) et Keio (Faculté de d..2010) <Hal-0046038

¹¹⁵⁰ G. CORNU, « Droit civil, Les biens », DOMAT droit privé, coll. Montchrestien p.61, n°25

absolue ne sont pas exactes. Car l'entreprise n'est pas un sujet mais une chose, une liberté. Et toute chose, toute liberté n'existent que par rapport à un sujet de droit humain. La réforme très récente en droit des sociétés sur l'obligation de publier la liste des bénéficiaires effectifs des sociétés non cotées entérine l'idée que le réel ayant droit économique du droit des sociétés, malgré les différents écrans possibles de personnes morales, est la personne physique¹¹⁵¹. L'entreprise est une liberté, liberté des entrepreneurs mais désigne aussi le résultat de la liberté d'entreprise ou d'entreprendre qui est un processus de production. Et c'est le droit de propriété qui explique le pouvoir dans l'entreprise ainsi que le fait que la prestation qui sera échangée à l'issue de processus de production soit la propriété de l'Entrepreneur. C'est parce que l'Entrepreneur est propriétaire du résultat de la production (la prestation) qu'il peut ensuite « vendre » la prestation à un client.

Si la conception personnaliste de l'entreprise paraît de prime abord plus « généreuse » et conforme à des règles micro-juridiques, on va tenter de démontrer que cette vision qui fait du dirigeant social un organe de l'entreprise par le biais de la mystique personnalité morale n'est pas conforme aux principes matriciels de notre ordre juridique, sur lesquels le Droit est fondé. Les sujets de droit ultime, ce sont les individus personnes physiques et les Etats, personnes morales de droit public.

¹¹⁵¹ A. COURET, Br. DONDERO, Le bénéficiaire effectif, Joly éditions, 2018

Section I Critique de la thèse de l'entreprise privée perçue comme une entité autonome

Flou de la notion d'entreprise :

Dire que la notion d'entreprise n'est pas précise relève d'une lapalissade. Nous le savons tous, le constat a été dit et redit maintes fois. La vraie question est de connaître (ici comme ailleurs) le pourquoi. Pourquoi la notion d'entreprise n'est pas plus précise ? Si les causes d'imprécisions sont nombreuses, la principale raison est selon nous l'existence d'une confrontation entre deux grandes familles d'idées concernant l'entreprise. Les théories « personnalistes » de l'entreprise sont fondées sur l'idée, souvent non exprimée explicitement, que l'entreprise serait un objet dissocié de celui qui l'a créée pour devenir une entité autonome. L'entreprise qui serait d'abord une chose tendrait à devenir un sujet de droit en construction, une sorte de communauté reliant les membres entre eux dont notamment les salariés. Comme Jean HILAIRE le constatait, l'élaboration de la personnalité morale au XIX^e siècle a permis de conforter cette vision : « *Ainsi par le biais de la personnalité morale l'entreprise tend à se distinguer de l'individu, entrepreneur personne physique*¹¹⁵² ». De surcroît, l'élaboration d'une législation sociale à partir des années 1880 va apporter des arguments à ceux qui voient l'entreprise comme une communauté de travail et non plus comme une activité imputable à ses entrepreneurs/fondateurs. La création du comité d'entreprise en 1945 ainsi que la multitude de normes prévues par le Code du travail vont dans le sens d'une entreprise qui relèverait davantage du droit public et du droit des personnes que du domaine du droit des contrats ou du droit des biens. On va examiner ici deux thèses parmi d'autres qui véhiculent cette conception de l'entreprise comme étant un tout, qui n'appartiendrait à personne. L'entreprise serait devenue une entité autonome, indépendante et ayant un intérêt propre distinct des individus qui l'ont fondée. Si cette conception paraît sympathique et bienveillante, elle est pour notre part fautive et dangereuse. Fautive car dans une économie de marché d'une démocratie libérale, la propriété privée est le pilier de l'organisation sociale et cette conception de l'entreprise est une atteinte à la propriété privée. Dangereuse car insinuer que des êtres non humains seraient des personnes ouvre une brèche au normativisme humaniste, réaffirmé au lendemain de la seconde guerre mondiale. En reconnaissant comme personnes juridiques de fausses personnes, on risque de brouiller le caractère de la personnalité juridique qui n'aurait jamais dû être dissociée de l'être

¹¹⁵² J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.341-353, p.352

humain personne physique. La personnalité morale de droit privé n'est qu'un accessoire à une personne physique, elle n'est jamais autonome et ne devrait pas l'être.

§1 Présentation de thèses personalistes : deux exemples

Jean PAILLUSSEAU distinguait parmi les doctrines de l'entreprise deux grandes familles : les thèses matérialistes et les thèses personalistes. Les thèses matérialistes sont celles fondées sur une vision juridique de l'entreprise alors que les thèses personalistes sont fondées sur une vision communautaire et sociologique de l'entreprise. En élargissant ce constat, on pourrait appliquer cette distinction à la personne morale et à la société. Car en réalité le prisme personaliste, qu'il concerne une société anonyme, la personne morale ou l'entreprise, est construit sur l'idée qu'un groupement d'individus de droit privé aurait une existence propre et indépendante de ses membres. C'est l'enjeu du débat qui est finalement une vieille controverse que l'on pourrait faire remonter à celle des Universaux du Moyen Age. Ici on va donc s'intéresser à ce qu'ont en commun les théories personalistes de l'entreprise puis nous étudierons deux exemples de théories personalistes (A) et les arguments avancés pour les justifier (B).

A. Philosophie des thèses personalistes/autonomistes : existence d'un tronc commun

La thèse de l'entreprise vue comme une communauté de travail, un être autonome ayant son propre intérêt se situe en amont du droit mais elle est finalement le sous-jacent indispensable pour comprendre toutes les analyses qui font de l'entreprise, la société, la personne morale, des êtres juridiques en soi. Ceux qui préconisaient par exemple la reconnaissance de l'entreprise comme sujet de droit vont au bout de la logique de l'entité autonome des moyens de production. Comme on l'a vu en seconde partie, cette vision est corrélée à une idéologie... L'idée que l'entreprise serait une communauté, une entité abstraite qui aurait un intérêt propre innervent une grande partie des analyses doctrinales. Les débats sur la nature prétendue institutionnelle de la société, de la personnalité morale ainsi que sur la nature de l'intérêt social ne sont que des ramifications d'un débat plus profond relatif à la nature de l'entreprise. Il est possible certainement d'amalgamer des analyses doctrinales qui sont différentes mais construites sur la même idée de séparation de l'entreprise de ses entrepreneurs. L'entreprise privée, du moins la grande entreprise, aurait une telle complexité qu'elle ne pourrait plus être

appréhendée par le prisme du droit de propriété comme cela l'est encore pour une entreprise individuelle ou une PME mais devrait être vue comme une entité propre, ayant une certaine réalité et une certaine autonomie.

Les auteurs qui véhiculent l'idée que l'entreprise serait une entité autonome, une entité perçue comme un tout, comme étant une entité abstraite ayant un propre intérêt qui serait la somme des intérêts catégoriels de l'ensemble des parties prenantes au processus de production, éludent la question de la propriété pour se contenter d'une vision de l'entreprise qui relève d'une forme d'animisme selon nous. Animisme, le mot est fort¹¹⁵³. Mais dire que la société, l'entreprise, la personne morale de droit privé seraient des entités autonomes, qui n'appartiennent à personne, c'est finalement reconnaître qu'elles auraient une existence en soi. L'objet devient un sujet : l'entreprise pourrait être directement ou indirectement titulaire de droits subjectifs car elle serait une sorte d'être vivant, un sujet de droit potentiel, un sujet de droit en construction. Finalement penser qu'une « corporation », une « entreprise », une « firme » n'appartiennent à personne, c'est automatiquement leur reconnaître une existence réelle, voire leur reconnaître une volonté réelle. Et penser que l'entreprise serait réelle, c'est une forme de « pensée animiste », encore présente dans notre façon de penser¹¹⁵⁴.

Ces visions de l'entreprise, qui la considèrent comme une sorte de communauté autonomisée, sont construites sur l'idée que le pouvoir au sein de l'entreprise serait un pouvoir qui ne dériverait pas de la concentration des capitaux mais serait un pouvoir propre et autonome des dirigeants, uniquement soumis à l'intérêt supérieur et transcendant d'une entité abstraite, peu importe que l'abstraction se situe au niveau de la société, la personnalité morale ou l'entreprise. Cette thèse construite finalement sur une métonymie a l'avantage d'être plus séduisante et plus altruiste que les différentes thèses construites sur l'idée que l'entreprise est l'exercice de la liberté des « entrepreneurs » et que par conséquent, l'entreprise est une chose incorporelle, une liberté, une faculté d'appropriation collective pouvant être dévolue et échangée par le biais de titres juridiques qui représentent une quote-part de l'entreprise. A l'heure où nous écrivons, il existe un projet de loi dit PACTE qui a l'ambition d'élargir l'objet social des « entreprises » en modifiant certains textes du Code civil relatifs à la société¹¹⁵⁵. Cette idée est extrêmement prégnante en France : le capitalisme pur

¹¹⁵³ Le mot animisme a été utilisé par de grands auteurs pour décrire ce phénomène : M. XIFARAS, *La propriété Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.296 ; B. OPPETIT, « les rapports des personnes morales et de leurs membres », Nancy, 1963 p.324 ; F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Préf. P. NEMO, Puf grands textes p.106

¹¹⁵⁴ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997 p.160 : « L'idée que les corporations sont des êtres réels doués d'une volonté réelle rejoint les croyances animistes, qui incitèrent l'homme primitif à attribuer une « âme » aux choses de la nature. A l'instar de l'animisme, cette théorie juridique dédouble son objet. L'ordre qui régit la conduite humaine est personnifié, cette personnification étant ensuite considérée comme une entité distincte des individus quoique mystérieusement « constituée » de ces individus. »

¹¹⁵⁵ A. COURET, *Faut-il réécrire les articles 1832 (1) et 1833 du code civil ?*, D. 2017 p.222

et dur fonctionnerait mal¹¹⁵⁶ et malgré les échecs dans le temps et dans l'espace de toutes les expériences de planifications socialistes, l'idée d'une troisième voie entre capitalisme et planification est toujours très présente dans l'esprit des élites françaises. Il faudrait inféoder l'intérêt de l'entreprise à l'intérêt supérieur, à l'intérêt général alors que pourtant c'est la mission de l'Etat de faire prévaloir l'intérêt général sur l'intérêt privé. Ce doublon paraît difficile à justifier.

B. Deux exemples de théories « autonomistes »

En première partie, on s'était intéressé à l'émergence de la théorie institutionnelle en droit des sociétés. La vision institutionnelle est corrélée à l'idée que le droit des sociétés doit être appréhendé par le prisme de la personne morale. Le reflux de la théorie institutionnelle depuis les années 80 et le retour du prisme contractualiste pour analyser la société n'a fait que déporter le débat de la nature de la société sur la nature de l'entreprise pour certains. On va donc s'intéresser ici à deux analyses de l'entreprise considérée comme une entité autonome et distincte de ses entrepreneurs c'est-à-dire des associés. La première est très connue, la seconde « école » constituée surtout d'Alain SUPIOT et Jean-Philippe ROBE est une catégorie que nous avons distinguée nous-mêmes mais qui peut se rattacher aux courants qui plaident pour un élargissement de l'intérêt de l'entreprise.

1. Ecole de Rennes/ doctrine de l'entreprise

On va rappeler brièvement la thèse de la doctrine de l'entreprise (ou thèse de l'école dite de RENNES¹¹⁵⁷), qui a déjà été très commentée en doctrine¹¹⁵⁸. La doctrine de l'entreprise portée notamment par MM. DESPAX¹¹⁵⁹, CHAMPAUD¹¹⁶⁰, PAILLUSSEAU n'est en réalité qu'une prolongation de la théorie institutionnelle. L'idée principale de l'Ecole de RENNES consiste à dissocier l'intérêt de l'entreprise des intérêts respectifs des parties prenantes¹¹⁶¹. L'idée

¹¹⁵⁶ Pour une économie de marché responsable, Le Monde, 17 nov. 2016, Débats et analyses, p. 23

¹¹⁵⁷ FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005, n°13

¹¹⁵⁸V. G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN La doctrine de l'entreprise, Dix ans de droit de l'entreprise in p.599-621 et l'ensemble des références citées, V. E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985, p.168 et s. ; J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, bibliothèque de droit commercial, t18 Sirey, préface : Y. LOUSSOUARN

¹¹⁵⁹ M. DESPAX L'entreprise et le droit préf. G. MARTY, LGDJ, 1957; E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé », préface G. CORNU, Economica 1985, p.169 et s., B. OPPETIT, les rapports des personnes morales et de leurs membres, Nancy, 1963

p. 432

¹¹⁶⁰ Cl. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions. Préf. LOUSSOUARN SIREY Y., Sirey, 1962, p.105 ; Cl CHAMPAUD, Le contrat de société existe-t-il encore ? p.125 et s. ; C. CHAMPAUD « Droit administratif et droit des affaires » AJDA 1995 p. 82 et s. n°6

¹¹⁶¹ V. G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN La doctrine de l'entreprise, Dix ans de droit de l'entreprise in p.599-p.607

générale de cette vision est que l'entreprise prime sur la notion de société, réduite à une structure d'accueil et d'organisation de l'entreprise¹¹⁶². Et c'est l'activité économique qui est le primat de l'organisation juridique de l'entreprise et que même si le contrat de société est bien l'organisation juridique des apporteurs de fonds réunis par contrat, l'intérêt de l'entreprise transcende l'intérêt des différents intérêts catégoriels. L'entreprise devrait être donc une sorte de communauté organisée en symbiose avec les différents intérêts des principales parties prenantes que sont les salariés, les dirigeants et les associés. Or derrière l'entreprise, il y a l'activité économique et « *en retour ce sont les entreprises qui nourrissent l'activité économique*¹¹⁶³ ». L'entreprise serait également un lieu de pouvoir¹¹⁶⁴ qui obéit à une certaine finalité. Et cette idée de finalité de l'entreprise est extrêmement importante car c'est cette finalité qui serait la matrice du pouvoir au sein de l'entreprise¹¹⁶⁵. Fixer un but propre à l'entreprise, c'est finaliser le pouvoir en fonction d'un but qui n'est plus défini par la volonté subjective des apporteurs de capitaux mais qui découlerait de l'essence de l'entreprise qui serait d'être une synthèse des différents intérêts catégoriels (apporteurs de capitaux, salariés, dirigeants d'entreprise) et donc, selon cette conception, « l'entreprise se dégage-t-elle de ses fondements traditionnels, la propriété et le contrat, pour accéder à sa vie propre. » Et cette idée de vie propre, d'existence propre, d'un intérêt propre consacre la séparation de l'entreprise de son entrepreneur avec l'idée que l'entreprise serait un être autonome ayant une fonction propre qui ne dépend plus de ceux qui l'ont fondée. Avec une telle conception, on franchit le « Rubicon » de la pensée animiste ou anthropomorphique comme l'écrivait le doyen CARBONNIER¹¹⁶⁶. Et l'ultime reconnaissance aurait été une personnification de l'entreprise¹¹⁶⁷, personnalité globale qui aurait englobé elle-même la société [qui représente les intérêts des apporteurs de capitaux, i.e. les associés] ainsi que l'ensemble des parties prenantes dont principalement les salariés.

¹¹⁶² J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, bibliothèque de droit commercial, t18 Sirey, préface, Y. LOUSSOUARN ; L'entreprise : nouveaux apports, Etudes coordonnées par J. JUGLAUT, Rennes 1987, Economica ; J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce que l'entreprise ? p.11-88 ; J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ.1993, p.705 ; Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005n°13 et n°14

¹¹⁶³ J. PAILLUSSEAU, le droit des activités économiques à l'aube du XXIe s. D.2003 p.260., n°57

¹¹⁶⁴ J. PAILLUSSEAU, le droit des activités économiques à l'aube du XXIe s. D.2003 p.260., n°57, n°58, Comp. Avec Cl. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions. Préf. LOUSSOUARN SIREY Y., Sirey, 1962, p.105 Cl. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions. Préf. LOUSSOUARN SIREY Y., Sirey, 1962, p.8, n°5

¹¹⁶⁵ E. GAILLARD, Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985, p.172 n°261

¹¹⁶⁶ J. CARBONNIER, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, Dalloz, 10^eédit. P.368 : « Il y a un intérêt supérieur de l'entreprise, une morale d'entreprise, une culture d'entreprise, des entreprises citoyennes : autant de signes d'anthropomorphisme. »

¹¹⁶⁷ V. G. LYON-CAEN, A.LYON-CAEN La doctrine de l'entreprise, Dix ans de droit de l'entreprise in p.599-, p.604 et s.

Cette conception dite moderne du droit de l'entreprise¹¹⁶⁸, qui se veut être une synthèse de l'analyse contractualiste classique de la société et de l'analyse institutionnelle, est construite sur l'idée de l'indépendance et de l'autonomie de l'activité économique. Et c'est l'activité économique qui détermine la nature de l'entreprise¹¹⁶⁹. L'entreprise, c'est « *une organisation juridique de l'exercice d'une activité économique*¹¹⁷⁰ » et « *l'activité économique constitue en effet la caractéristique première de l'entreprise et lorsque l'on recherche les moyens et les conditions de l'exercice de l'activité économique on découvre inéluctablement les différentes caractéristiques de l'entreprise*¹¹⁷¹ ». Pour Jean PAILLUSSEAU, l'entreprise et l'activité économique seraient quelque chose d'extérieur à la volonté des entrepreneurs (qui sont les associés par exemple en cas de phénomène sociétaire). Selon cette conception, l'entreprise est un sujet de droit en construction et le but ultime de ce courant aurait été de voir reconnaître une nouvelle personnalité juridique, celle de l'entreprise, car ce courant admet que la personnalité morale de la société ne « représenterait » que les apporteurs de capitaux. D'où l'idée de faire de l'entreprise le point de convergence des différents intérêts catégoriels.

Critiques

La critique que l'on fait à ces théories de type personnaliste est toujours la même et concerne le dirigeant social. Chez Jean PAILLUSSEAU, la logique organisationnelle du droit des sociétés serait orientée vers une finalité précise, qui est l'entreprise elle-même adaptée à l'activité économique. Or cette façon de déterminer une fin spécifique à l'entreprise privée et donc à la production humaine aboutit à une confusion « naturaliste » qui fait de l'entreprise un être éthéré ayant son propre intérêt même s'il n'est pas doté d'une volonté propre. Le dirigeant de l'entreprise ne serait plus seulement un mandataire investi de prérogatives contractuelles mais deviendrait le représentant d'intérêts catégoriels divers. Le dirigeant social serait donc une personne dotée de pouvoirs propres chargée de défendre des intérêts plus larges que « ceux du capital ». Le dirigeant deviendrait donc une sorte d'autorité politique de droit privé : avec une telle conception, le dirigeant de l'entreprise et sa rémunération risquent de ne plus être perçus comme la conséquence d'une situation juridique contractuelle. De plus, la doctrine de l'entreprise, en renforçant l'idée d'un intérêt de l'entreprise large mais difficile à définir, risque d'insinuer l'idée que c'est au juge, en cas de contestation, de fixer la rémunération des dirigeants sociaux ; or une telle optique aboutit indirectement à renforcer

¹¹⁶⁸ J.PAILLUSSEAU, La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés. Etudes offertes à J. BEGUIN, p. 567 et s., p.573, n°12 et s.

¹¹⁶⁹ Sous-entendu V. G. LYON-CAEN, A.LYON-CAEN, op.cit. La doctrine de l'entreprise, p.607-608

¹¹⁷⁰ J.PAILLUSSEAU, La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés. Etudes offertes à J. BEGUIN, p. 567 et s., p.583, n°43 et n°44

¹¹⁷¹ J.PAILLUSSEAU, op.cit., p. 567 et s., p.585, n°46

le rôle de l'Etat dans l'entreprise privée et surtout nie le rôle des parties dans la fixation des clauses essentielles du contrat entre le dirigeant et la société considérée comme la masse des associés. Derrière ces analyses a priori altruistes et sympathiques, on écarte une logique de marché (contrat) au profit d'une logique de pouvoir (acte juridique unilatéral).

En résumé, on peut dire que la théorie de l'entreprise de M. PAILLUSSEAU renforce l'idée que l'entreprise privée est d'une telle complexité qu'elle ne peut être appréhendée par le droit des contrats et le droit des biens et que l'entreprise serait une chose, extérieure aux agents économiques et non soumise à leur volonté. La doctrine de l'entreprise vient rompre le lien entre entrepreneurs et entreprise. L'activité économique comme l'entreprise deviennent en quelque sorte des « êtres en soi » dotés d'une « existence » un peu similaire à celle d'un animal. Von MISES (l'économiste) a d'ailleurs critiqué les économistes et mathématiciens qui assignent à l'action humaine, l'agir économique, des fins spécifiques¹¹⁷². Pour Von MISES, « *le sujet de l'économie, ce n'est pas les biens et les services, c'est les actions des hommes vivants*¹¹⁷³ ». Avec la théorie de l'entreprise, l'entreprise devient une fin en soi qui existerait indépendamment des individualités qui l'ont fondée.

Cette façon de décrire l'activité économique par une métonymie est une sorte de pensée animiste peut-être refoulée et encore très présente dans le discours du droit, voire dans la loi elle-même. Le doyen CARBONNIER avait détecté cette forme d'anthropomorphisme qui consiste à considérer que les choses ont indirectement une âme¹¹⁷⁴ : il s'agit évidemment de métaphores, comme lorsque l'article 701 du Code civil évoque¹¹⁷⁵, en parlant d'un fonds, la qualité de débiteur. Par une sorte de synecdoque, le fonds, en tant qu'ensemble de biens, devient finalement le « débiteur » à la place du propriétaire. Et avec la théorie de l'entreprise, c'est l'entreprise qui devient débitrice et créancière, une sorte de sujet de droit. La doctrine de l'entreprise comme la théorie institutionnaliste est fondée sur l'idée d'une autonomie entre le capital et les capitalistes. Pourtant dans une entreprise individuelle, il n'y a pas de séparation entre le travail de l'entrepreneur et les biens qu'il apporte. Vouloir séparer l'entreprise de l'entrepreneur procède en réalité moins d'une démarche scientifique que d'une démarche idéologique. Or cette idéologie n'est pas fautive en soi mais n'est pas conforme à la réalité d'une économie de marché¹¹⁷⁶.

¹¹⁷² L. Von MISES, Abrégé de l'action humaine, traité d'économie, bibliothèque classique de la liberté les belles lettres, trad. G. DREAN, 2004

¹¹⁷³ L. VON MISES, Abrégé de l'action humaine, traité d'économie op.cit. p.54

¹¹⁷⁴ J. CARBONNIER, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, Dalloz, 10^eédit., p.368 « Il y a un intérêt supérieur de l'entreprise, une morale d'entreprise, une culture d'entreprise, des entreprises citoyennes : autant de signes d'anthropomorphisme. »

¹¹⁷⁵ Article 701 al.1 Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode.

¹¹⁷⁶ Infra Chapitre suivant

Si la théorie de l'entreprise de l'Ecole de RENNES a été importante en doctrine, aujourd'hui il existe d'autres visions personalistes de l'entreprise, perçue comme une communauté autonome et non comme étant un objet de propriété : si de nombreux auteurs défendent cette vision néo-personnaliste de l'entreprise¹¹⁷⁷, on peut citer notamment les travaux d'A. SUPIOT et J.-Ph. ROBE.

2 L'entreprise selon MM. ROBE et SUPIOT : la « stake Holder theorie » à la française

Idée récurrente en droit des sociétés

Il existe de nombreux auteurs qui considèrent que l'entreprise ne doit pas être réduite à un objet qui serait l'unique propriété des entrepreneurs, actionnaires. Cette affirmation est très fréquente et partagée par de nombreux auteurs, juristes, économistes, politiques. Parmi ces auteurs, on choisira plus précisément les argumentaires de MM. SUPIOT et ROBE car ils sont représentatifs de ce courant néo-institutionnaliste, néo-personnaliste qui explique le droit des sociétés par le prisme de la notion de personne morale et fait de l'entreprise ou de la société personne morale une structure distincte et autonome de leurs associés : MM. SUPIOT et ROBE nient le lien d'appropriation entre les associés et la société personnifiée : « *les actionnaires ne sont propriétaires que de leurs actions et pas de la société commerciale*¹¹⁷⁸ ». Derrière les analyses de MM. SUPIOT et ROBE sur l'entreprise, on retrouve des éléments développés par des auteurs classiques qui ont une vision « personaliste » de l'entreprise et qui ont tendance à faire de l'entreprise une entité autonome et dissociée des entrepreneurs/propriétaires/apporteurs de capitaux, c'est-à-dire des associés lorsque l'entreprise est organisée juridiquement sous la forme d'une société privée. Par exemple, le doyen SAVATIER écrivait il y a déjà presque 40 ans que : « *Le propriétaire du capital a été, au début de l'ère capitaliste, un homme, une personne physique. C'est, de plus en plus, aujourd'hui, une personne morale, une société. Et, quand l'entreprise grandit, cette société propriétaire a, progressivement, tendance à se distinguer des hommes qui s'y sont associés, pour devenir « anonyme*¹¹⁷⁹ ».

¹¹⁷⁷ Notamment réactivée avec le projet de loi PACTE.

¹¹⁷⁸ A. SUPIOT, Introduction. L'entreprise face au marché total, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.20 ; J.P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , 1^e edit. 1999 p.40 :

¹¹⁷⁹ R. SAVATIER, La théorie des obligations en droit privé économique, 4^e édit. DALLOZ 1979 p.96, n°78

Analyses personalistes renouvelées mais dans la continuité

Alain SUPIOT considère que l'entreprise comprise comme l'objet de droit des actionnaires serait une hérésie juridique¹¹⁸⁰, non fondée juridiquement mais légitimée par l'idéologie de la *corporate governance*¹¹⁸¹. Et Alain SUPIOT fait finalement siens les arguments de M. Jean-Phillipe ROBE, très critique envers l'idée que l'entreprise est la propriété des apporteurs de capitaux¹¹⁸². Pour ces auteurs, cette vision financière de l'entreprise serait nuisible à l'efficacité économique d'après A. SUPIOT¹¹⁸³ et inciterait à une logique court-termiste : l'entreprise transformée en un jouet spéculatif, ne serait plus capable de permettre le cadre d'une coopération efficace. Avant de critiquer, on constate qu'A. SUPIOT est passé du constat au normatif et considère que l'entreprise doit être dissociée de la structure juridique qu'est la société commerciale : l'actionnaire n'est pas propriétaire de l'entreprise mais des actions de la société (commerciale). A. SUPIOT rejoint donc les griefs d'un auteur, J.-P. ROBE qui lui aussi distingue entre la propriété des titres sociaux et la propriété qu'aurait l'entreprise personnifiée.

La thèse de J.P. ROBE

Jean-Philippe ROBE est connu pour avoir écrit de nombreuses choses sur l'entreprise et sa nature notamment un « Que-sais-je » intitulé « L'entreprise et le droit ». M. ROBE a l'avantage d'avoir mis expressément le doigt sur le problème¹¹⁸⁴. Pour Jean-Philippe ROBE, le problème de la nature de l'entreprise est bien lié à celui de la propriété mais justement il combat une vision de l'entreprise, inhérente selon lui au gouvernement de l'entreprise et à la théorie de l'agence, qui fait de celle-ci la chose des associés¹¹⁸⁵. Et il propose une théorie fondée sur le pouvoir : si la petite entreprise relève peut-être encore de l'analyse par le contrat et la propriété, M. ROBE la conteste pour la grande entreprise car celle-ci repose sur un système de pouvoirs complexes.

¹¹⁸⁰ A. SUPIOT, Introduction. L'entreprise face au marché total, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.20 « Cette doctrine n'a aucune base juridique valide, puisque les actionnaires ne sont propriétaires que de leurs actions et pas de la société commerciale

¹¹⁸¹ A. SUPIOT, Introduction. L'entreprise face au marché total, in L'entreprise op.cit. p.20

¹¹⁸² Idée récurrente qui apparait dans différentes publications de l'auteur : J.-Ph. ROBE, Pour en finir avec Milton FRIEDMAN. Misère de la théorie de l'agence, in La crise de l'entreprise et de sa représentation, sous la dir. De A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz 2012, p.11 et s. ; J.-P. ROBE, « Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique », Dalloz, a droit ouvert 2015 ; J.Ph. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , 1^{ière} edit. 1999 ; J.-Ph. ROBE, L'au-delà de la doctrine de l'entreprise in J.-P. CHAZAL, Repenser le gouvernement des sociétés commerciales, Cahiers de droit de l'entreprise Mars-Avril 2013 p.21 et s.

¹¹⁸³ A. SUPIOT, op.cit. p.21

¹¹⁸⁴ J.Ph. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , 1^{ière} edit. 1999

¹¹⁸⁵ J.Ph. ROBE, ibid. p.80 et s. avec un Chapitre III intitulé le gouvernement d'entreprise.

Présentation des arguments de M. ROBE

Si M. ROBE reconnaît la liberté d'entreprendre de l'entrepreneur, il considère que l'entreprise n'est pas la chose des associés. Cette vision selon lui serait la conséquence d'une doctrine « ultra-libérale » véhiculée notamment par le prix Nobel d'économie Milton FRIEDMAN dont la finalité inavouée serait d'inféoder les dirigeants aux actionnaires¹¹⁸⁶. Or si Jean Phillippe ROBE reconnaît que la petite et moyenne entreprise peut être expliquée par des rapports de propriété, il regrette cette grille de lecture pour la grande entreprise : « *appliquée à la grande entreprise, la description de FRIEDMAN est fautive car elle est fondée sur des affirmations fausses*¹¹⁸⁷ ». Car « *les actionnaires ne sont pas propriétaires de l'entreprise : ils sont propriétaires des actions émises par les sociétés commerciales*¹¹⁸⁸ » et ensuite l'auteur précise dans différentes publications que les mandataires sociaux ne sont pas en charge de l'intérêt des actionnaires mais en charge d'un intérêt social ou intérêt de l'entreprise qui est beaucoup plus large que celui de la catégorie des actionnaires¹¹⁸⁹.

Mais le plus intéressant dans la démonstration de M. ROBE est le rôle accordé à la personnalité morale : il défend un droit des sociétés, comme nous l'avons vu en première partie, où la norme dériverait de l'autonomie prétendue de la personnalité morale (que l'on a parfois qualifiée de personnaliste).

Le prisme de la personnalité morale comme source efficiente de la norme en droit des sociétés

En critiquant la vision de l'entreprise expliquée par le droit de propriété, Jean Phillippe ROBE justifie sa position par le fait que les associés ne sont pas propriétaires de l'actif social mais seulement des titres sociaux car le vrai propriétaire des actifs sociaux est la société dotée d'une personnalité morale¹¹⁹⁰. Cette analyse juridique littérale proposée par Jean Phillippe ROBE repose sur l'idée d'une séparation absolue de la personnalité morale des individus personnes physiques¹¹⁹¹ ; d'ailleurs M.ROBE n'est pas gêné pour reconnaître l'existence de

¹¹⁸⁶J.-Ph. ROBE, « Pour en finir avec Milton Friedman. Misère de la théorie de l'agence », in A. LYON-CAEN (Q. URBAN , La crise de l'entreprise et de sa représentation, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2012, pp.11-31.

¹¹⁸⁷ J.-Ph. ROBE, Pour en finir avec Milton FRIEDMAN. Misère de la théorie de l'agence, in La crise de l'entreprise et de sa représentation, sous la dir. De A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz 2012,

¹¹⁸⁸ J.-P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ?, 1^e 1999, p.41

¹¹⁸⁹ J.Ph. ROBE, *ibid.* et le droit, *op.cit.* p.44-50

¹¹⁹⁰ J.Ph. ROBE, *ibid.*, p.41

¹¹⁹¹ La crise de l'entreprise et de sa représentation, sous la dir. De A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz 2012, J.-Ph. ROBE, Pour en finir avec Milton FRIEDMAN. Misère de la théorie de l'agence p.11 et s p.19 : « L'interposition de la personnalité morale forte d'une société entre l'activité de l'entreprise et les actionnaires permet l'accumulation

droits subjectifs aux sociétés personnes morales¹¹⁹². Si l'entreprise n'existe pas en soi¹¹⁹³, l'auteur reconnaît que la « *structure micro-juridique de l'entreprise* » s'établit initialement à partir de l'entrepreneur. L'entrepreneur, sans avoir besoin initialement de faire une société peut faire fonctionner sa « boîte » avec les supports juridiques de l'entreprise que sont les différents contrats nécessaires à son bon fonctionnement¹¹⁹⁴. Mais si ce point paraît incontestable juridiquement et que M. ROBE est conscient de l'importance du contrat et de la propriété privée dans le fonctionnement de l'entreprise, il limite ensuite le fonctionnement de l'entreprise privée à une structure hiérarchique et à un système de pouvoir qui découleraient de la personnalité morale¹¹⁹⁵. D'ailleurs, en évoquant, le contrat de société, M.ROBE écrit qu' « *il y a, dans le contrat de société, quelque chose de magique*¹¹⁹⁶ ». Pour l'auteur, l'attribution de la personnalité morale est quasiment une rupture ontologique de l'entreprise et c'est cette personnalité morale qui va désormais être la source de la norme au sein de l'entreprise¹¹⁹⁷. La description que fait Jean Phillippe ROBE de l'entreprise nous paraît exacte quand il dit que « *Les contrats qui font partie des supports juridiques de l'entreprise servent de cadre à des échanges continus. Les supports de l'entreprise sont des contrats de travail, de société, de prêts, des baux, etc. Ce sont presque tous des contrats de travail qui s'inscrivent dans la durée. Il y a très peu de contrats instantanés, tels que les contrats de vente, en interne*¹¹⁹⁸. ». C'est bien par le contrat que l'entreprise réalise des échanges à la fois internes et externes. Les échanges internes à l'entreprise ont la caractéristique d'être souvent des contrats qui s'inscrivent dans la durée mais il faut comprendre que selon M. Jean Phillippe ROBE, c'est la personnalité morale et non le droit de propriété qui structure l'entreprise sociétaire. M. ROBE adhère donc à une définition du droit des sociétés fondée sur son autonomie, c'est-à-dire comme étant « *l'ensemble des règles par lesquels(sic) la personne morale sociétaire exprime sa volonté, c'est-à-dire l'organisation des rouages, des organes, des procédures de délibérations grâce auxquels la personne morale sociétaire prend des décisions*¹¹⁹⁹ ».

¹¹⁹² Alors même qu'une personne morale ne peut jamais être débitrice d'une prestation de travail au sens du droit du travail, infra Partie II, Titre I.

¹¹⁹³ J.P. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , 1e edit. 1999, p.11

¹¹⁹⁴ J.P. ROBE, ibid. p.21

¹¹⁹⁵ J.P. ROBE, ibid. p.24

¹¹⁹⁶ J.P. ROBE, ibid. p.21 « Il y a dans le contrat de société, quelque chose de magique. Pour peu que certaines formalités soient effectuées, le contrat de société- qui n'est qu'un accord de volonté (comme tout contrat) entre les associés- va être à l'origine de la naissance d'une personne juridique ».

¹¹⁹⁷ « La personnalité morale est un phénomène extraordinaire, aux conséquences nombreuses et profondes » in J.-P. ROBE, « Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique », Dalloz, a droit ouvert 2015 p.146 ; Du même auteur, l'entreprise et le droit, op.cit. p.24

¹¹⁹⁸ J.-P. ROBE, « Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique », Dalloz, a droit ouvert 2015 p.148

¹¹⁹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, « Les grandes questions du droit économique Introduction et documents » PUF, coll. Quadriges manuels 2005 p.28

Conséquences de cette analyse sur le statut des dirigeants

Si M. ROBE ne se prononce pas directement sur la nature de la rémunération des dirigeants, il a notamment une conception du pouvoir des dirigeants qui peut avoir une incidence sur la qualification de la rémunération des dirigeants car en considérant comme il le fait que le pouvoir du dirigeant est autonome et découle d'un système complexe¹²⁰⁰, il rompt le lien entre propriété et pouvoir¹²⁰¹. Le dirigeant social n'est plus, pour Monsieur ROBE, un mandataire et donc dans une relation contractuelle avec les associés *ut universi* mais il est en lien juridique avec la personnalité morale de la société considérée comme un être juridique similaire à une personne physique¹²⁰².

Monsieur ROBE constate factuellement aussi que les dirigeants, au cours du XX^e siècle se sont affranchis du pouvoir des actionnaires¹²⁰³, « *l'entrepreneur coordinateur du travail dans la petite entreprise, a laissé sa place à la technostructure* » avec en appui les analyses économiques évoquées en première partie en soutien de l'analyse institutionnelle de la société. M. ROBE croit savoir que la grande entreprise sociétaire ne serait plus une structure juridique issue du droit de propriété des associés mais serait devenue un système complexe de pouvoir, organisé par un droit des sociétés lui-même autonome¹²⁰⁴. Cette autonomie du pouvoir du dirigeant permet à M. ROBE de rattraper la thèse du dirigeant d'entreprise devant agir dans l'intérêt de l'entreprise/intérêt social considéré comme l'ensemble des parties prenantes et non seulement dans l'intérêt égoïste des actionnaires. On retrouve ici l'idée du dirigeant d'entreprise ayant un rôle messianique, affranchi de la tutelle de ceux qui l'ont nommé ; le dirigeant social serait donc à l'instar d'un fonctionnaire le défenseur et le porteur d'un intérêt général institutionnalisé et détaché du droit de propriété et des relations contractuelles d'où on pourrait croire qu'il tient son pouvoir. On retrouve ici une thèse classique commune aux thèses personalistes, à savoir l'idée implicite que le dirigeant n'est pas dans une relation contractuelle avec d'autres personnes physiques mais incarnerait la volonté d'un être abstrait personnifié comme le cerveau ou le cœur le sont pour un

¹²⁰⁰ J.-Ph. ROBE, *L'entreprise et le droit*, P.U.F. Que sais-je ? , 1^{ière} edit. 1999, p.28 : « [Le mandataire social] ne tient plus son pouvoir de gestion de son propre droit de propriété sur les actifs mais du fait qu'il est désigné au terme des procédures du droit des sociétés (prévues par la loi et/ou les statuts) pour « représenter la société, c'est-à-dire agir en son nom et pour son compte ».

¹²⁰¹ J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.107, p.109, p.117

¹²⁰² J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.24 : « Puisqu'elle est un sujet de droit, la société peut détenir des droits de propriété au même titre qu'une personne physique : elle est propriétaire, au moins en partie, des actifs utilisés par l'entreprise. »

¹²⁰³ J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.42

¹²⁰⁴ J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.107 : « Propriété et pouvoir sont deux types d'habilitations à la prise de décision dans notre société, qui obéissent radicalement différentes. »

mammifère¹²⁰⁵. Ce genre d'analyses est propice à l'idée d'une entreprise organisée sous le sceau de l'unilatéralité où la technostructure, similaire à un gouvernement d'un Etat, dirige l'entreprise selon un intérêt général défini par elle avec a posteriori l'éventuel contrôle du juge des décisions qui ont été prises. Pour M. ROBE, donc le dirigeant de la grande entreprise est moins un mandataire qu'une sorte de fonctionnaire *de facto* et il écrit même que « *les professionnels dirigeant l'entreprise disposent concrètement de l'essentiel des compétences du propriétaire sur des masses énormes de biens*¹²⁰⁶ ». La messe est dite. M. ROBE est sûrement un des auteurs de la mouvance personaliste de l'entreprise à être allé aussi loin et son raisonnement paraît cohérent. Néanmoins, on croit pouvoir démontrer que les prémisses sur lesquelles sont construits les discours « personalistes », qui font de l'entreprise une réalité autonome des entrepreneurs, sont « fausses » dans un ordre économique construit sur le marché et les libertés économiques¹²⁰⁷. Par un travail de conceptualisation, on peut réduire toutes les théories personalistes à une constante commune qui est l'idée que l'entreprise, la société, la personne morale seraient des entités propres et autonomes des volontés privées qui les ont fondées¹²⁰⁸. Une telle vision de l'entreprise vient nier la propriété privée originelle, celle qui a fondé l'entreprise privée. Ces théories sont aporétiques dans un système juridique construit sur la liberté individuelle. On va tenter maintenant de le démontrer.

§2 La critique des visions néo-personnalistes

Les théories personalistes, néo-personnalistes peuvent faire l'objet de critiques relatives à la cohérence et l'adéquation entre ces théories et la nature de l'ordre juridique. Aucune idée ou norme juridique n'est fautive en soi. En revanche une norme ou un système de valeurs peut être incompatible avec les principes macro-juridiques de notre ordre juridique. La première critique adressée aux théories personalistes est que la vision de l'entreprise privée véhiculée n'est pas conforme à la nature réelle de l'entreprise privée. L'entreprise privée dans un ordre juridique qui appartient à la famille des démocraties libérales est fondée sur la libre association des personnes et des capitaux. Et malgré les nombreuses interventions

¹²⁰⁵ P. COULOMBEL, *Le Particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. M. Paul DURAND, Nancy 1950, p.314 : « En résumé, par son aspect institutionnel, par sa négation implicite des concepts contractuels, la théorie de l'organe apparaît comme favorable à la stabilité interne des « corps » que sont les personnes morales, dont le fonctionnement est soustrait en partie aux volontés arbitraires et aux révocations ad nutum ».

¹²⁰⁶ J.Ph. ROBE, *L'entreprise et le droit*, op.cit.p.63

¹²⁰⁷ Infra chapitre suivant

¹²⁰⁸ J.Ph. ROBE, *ibid.* p.44 : « La conception institutionnelle de la société assure, en effet, à la fois une grande autonomie aux dirigeants, qui n'ont plus la charge de défendre les intérêts de la majorité des actionnaires mais de la société en tant que telle, conçue comme une institution autonome ayant ses intérêts propres »

de l'Etat depuis 1945 dans l'économie française, cette économie n'est pas devenue socialiste au sens strict du terme. C'est toujours le marché qui guide la production et la liberté contractuelle qui fonde l'entreprise, que cela soit au niveau du contrat de société ou du contrat de travail. L'Etat n'étant pas propriétaire des moyens de production (ou juste de certains) et n'ayant pas le monopole de l'initiative d'entreprendre, ce sont *in fine* des personnes physiques qui sont propriétaires des biens de production et non des abstractions ou des fictions. La valeur produite par une entreprise privée finit toujours par bénéficier aux personnes physiques car même dans le groupe de sociétés le plus complexe, il y a toujours en dernier ressort la volonté d'une personne physique capable.

Deuxièmement, M. J. TIROLE, Nobel d'économie 2014, avance l'idée a priori contre-intuitive que les entreprises gérées par leurs propres salariés sont souvent moins performantes que celles gérées par des non-salariés¹²⁰⁹ ; c'est peut-être pour cette raison que dans l'histoire, c'est systématiquement le capital qui loue le travail et non l'inverse¹²¹⁰. Donc l'idée que la prise en compte d'un intérêt supérieur qui serait la synthèse des différents intérêts catégoriels dont celui des salariés serait *in fine* plus bénéfique pour les salariés n'est pas avérée¹²¹¹. Il n'est pas évident d'un point de vue économique que l'intérêt des salariés soit mieux protégé par l'idée d'un intérêt supérieur transcendant qui en pratique est difficile à contrôler et renforce l'autorité de celui qui est en charge de cet intérêt.

Le risque avec la thèse de l'entreprise perçue comme une communauté abstraite ayant un intérêt supérieur, est de faire des managers de l'entreprise des dirigeants affranchis de toute obligation de résultat et pouvant exercer leur pouvoir sans devoir rendre des comptes. On remarque d'ailleurs que les dirigeants des grandes sociétés françaises les mieux rémunérés ne sont pas forcément ceux dont les sociétés sont les plus performantes. Les défenseurs d'une vision personnaliste de l'entreprise (*StakeHolder theorie*¹²¹²) ont des arguments convaincants mais qui relèvent moins du droit que de la morale et assignent à l'entreprise privée une mission d'intérêt général qui concourt à la confondre avec l'Etat, qui pour le coup est le vrai dépositaire de l'intérêt général.

¹²⁰⁹ J. TIROLE, *Economie du bien commun*, PUF, 2016, p.242-243

¹²¹⁰ R. GUESNERIE, *L'économie de marché*, poche édit. Le pommier.2013 p.33

¹²¹¹ A titre de comparaison, le régime politique de la « démocratie populaire » n'était ni démocratique ni populaire alors que pourtant en théorie, elle était constituée pour le peuple. Selon notre démarche, une institution juridique ne doit pas être jugée à travers les motifs de l'autorité normative mais à travers ses résultats. Mais le juriste français habitué à un positivisme légaliste qu'il identifie à tort ou à raison au normativisme kelsenien n'est pas à l'aise pour dissocier les motivations officielles des mobiles officieux qui engendrent les institutions juridiques.

¹²¹² Sur la notion de Stake Holder, Voir O. WEINSTEIN, « Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXIe siècle » Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010, p.65 ; Sur la critique de cette notion H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The end of history for corporate law*, Harvard law School, Cambridge, 2000 (Pdf Internet Août 2014) p.7 et s.

Critiques juridiques

On peut formuler différentes critiques à l'encontre de la vision de l'entreprise proposée par le courant néo-personnaliste : la première est que sa Weltanschauung n'est pas exacte dans une économie de marché où les capitaux et les valeurs circulent librement car cette liberté a pour support juridique le contrat et c'est le contrat qui fait l'entreprise. En amont le contrat est possible car des individus sont propriétaires¹²¹³ ; la seconde critique qui découle de la première est la croyance en un droit des sociétés totalement autonome du droit privé, qui serait similaire à une sorte de droit public constitutionnel : par exemple le pouvoir du président de la république ne dépend pas de la propriété privée mais d'une transmission par élection, qui a été formalisée par une procédure. Or si la gouvernance des entreprises privées a souvent été comparée à celle des entreprises publiques, cette comparaison est fallacieuse car la démocratie dans l'entreprise privée est une « démocratie censitaire », même l'ouverture au capital public d'une société anonyme dépend d'une décision de gestion des fondateurs initiaux. Le pouvoir au sein d'une entreprise privée, personnifiée ou non, est un pouvoir qui dérive de la propriété privée tandis que le pouvoir exercé par une entité publique est un pouvoir qui découle de la souveraineté nationale. Le pouvoir de propriété n'est contraignant que par acceptation par le co-contractant du pouvoir. C'est l'exemple du salarié qui accepte librement¹²¹⁴, en signant son contrat de travail, la subordination de son employeur¹²¹⁵. Alors que le pouvoir de souveraineté exercé par le souverain ou celui qui représente le souverain, est un pouvoir unilatéral de droit public qui peut s'imposer à autrui sans son consentement¹²¹⁶. Pour résumer, le pouvoir de propriété est un pouvoir fondé sur l'autonomie car la soumission au pouvoir est volontaire alors que le pouvoir de souveraineté est fondé sur l'hétéronomie¹²¹⁷. Quand Emmanuel GAILLARD écrit que : « *le droit subjectif est autonomie, le pouvoir est hétéronomie*¹²¹⁸. », cette assertion ne nous paraît pas exacte pour un pouvoir privé, c'est-à-dire un pouvoir qui découle d'une situation de droit privé, essentiellement contractuelle, sans pouvoir contraignant attribué unilatéralement à l'une des

¹²¹³ Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978, p.165 : « La propriété privée implique par elle-même le droit d'échanger, vendre et donc acquérir, et céder à titre gratuit ».

¹²¹⁴ Liberté au sens formel du terme. L'analyse marxiste conteste la liberté dans cette situation à cause de la contrainte économique d'où l'absence prétendue d'une réelle « liberté matérielle ». Mais dans un Etat providence qui verse des allocations aux plus démunis, impose un revenu minimal etc. limite la contrainte de nécessité et permet au travailleur de contracter sans contrainte matérielle de première nécessité.

¹²¹⁵ E. DOCKES, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur. Etudes offertes à J. PELISSIER, Dalloz, pp.203-211, 2004

¹²¹⁶ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », p.179 et s., APD 2000, p.179-194, p.181 et s. not. P.183 : « Alors qu'une personne privée ne saurait en principe par acte unilatéral de volonté mettre une obligation à la charge d'autrui, l'Etat a le privilège d'imposer des obligations à la charge d'autrui, »

¹²¹⁷ H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. C/ EISENMANN, édit. Bruylant L.G.D.J. 1999 p.275 ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s.not. p.63 et p.64, n°21 ; J. CAILLOSSE, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, p. 89 et s.

¹²¹⁸ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985, p. 138, n°216

parties. Le mandataire social tient son pouvoir des associés. Et même un contrat n'est pas un cas d'autonomie à 100% étant donné que sa force obligatoire provient de la loi¹²¹⁹.

Enfin le troisième grief que l'on peut adresser à M. ROBE est de critiquer la théorie de l'entreprise analysée par le prisme du droit de propriété comme étant idéologique alors que sa vision est autant idéologique. Le choix d'un système économique n'est jamais neutre, et la neutralité axiologique à laquelle semble se référer implicitement M. ROBE relève au mieux de la naïveté car la structure juridique de l'entreprise est la conséquence de libertés économiques qui résultent de choix politiques, de l'histoire, de coutumes économiques, etc. Notre ordre juridique est fondé sur une croyance, comme absolument tout ordre humain, à savoir que les idées de libertés individuelles, de démocraties libérales, d'économies de marché sont plus efficaces que par exemple celles de planification ou d'économie administrée comme c'était le cas dans les démocraties populaires. Il est évident que ces choix sont politiques mais toute organisation de la production est forcément politique au sens large du terme. L'idée d'un droit des sociétés ou droit des biens « neutre » paraît être une chimère, voire pire : une aporie. Neutre par rapport à quoi ? Penser qu'il existe une organisation idéale des rapports sociaux est déjà une idéologie. Il ne s'agit pas de dire que notre vision est la vraie dans l'absolu. Vraie par rapport à quoi ? au droit naturel ? lequel ? Non, notre vision nous paraît vraie par rapport à l'identité de la structure de notre ordre juridique. Autrement dit, l'essence macro-juridique de l'ordre juridique français, voire européen, est un système juridique fondé sur des droits et libertés fondamentaux. Et ces valeurs fondamentales engendrent des libertés économiques dont celles qui garantissent l'existence du marché, de l'entreprise privée et la libre propriété et la libre passation de contrats.

Annnonce du plan

On verra notamment que la notion de droit subjectif n'existe réellement que pour les personnes physiques et que par conséquent, la vision personnaliste de l'entreprise ne peut être exacte car cette vision est fondée sur la titularité de droits subjectifs par des êtres non humains.

A. Critique par la notion de droit subjectif : seul un être humain est réellement titulaire de droits subjectifs

¹²¹⁹ M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, PUF, 3e édit. p.67

1. Identité entre droit subjectif et propriété privée : une même volonté privée

Le droit subjectif, selon nous, ne peut être que le lien entre un être humain (personne physique) et un objet de droit car *in fine* la racine substantielle du droit est la possibilité d'une liberté de la volonté de se déterminer et cette volonté ne peut être qu'humaine¹²²⁰.

Principales critiques à l'encontre des théories néo-personnalistes

Premièrement, l'idée que les actionnaires ne sont pas propriétaires de l'actif social mais seulement des titres de la société et que le « vrai » propriétaire des actifs sociaux serait la personnalité morale¹²²¹, la société en tant que sujet de droit, n'est pas exacte selon nous. On essaiera de démontrer que la croyance dans le fait qu'une personne morale de droit privé soit un sujet de droit absolu, comme l'est une personne physique relève d'un mythe. En droit privé, seules les personnes physiques sont les vrais sujets de droit autonome, les personnes morales de droit privé sont des sujets de droit relatif qui sont toujours sous la dépendance, de personnes physiques. Affirmer l'inverse aboutit à des apories techniques et est dangereux sur le plan des principes philosophiques qui sous-tendent l'ordre juridique car reconnaître la personnalité morale comme une personne juridique à part entière (assimilée à une abstraction, un animal ou un bien meuble corporel), risque d'altérer la notion de personne qui ne devrait jamais être dissociée de la qualité d'être humain.

Le droit de propriété, liberté et volonté

Les ordres juridiques, dont l'ordre juridique français fait partie, sont des démocraties libérales. Or les démocraties libérales ont pour caractéristique commune de faire corrélérer la notion d'être humain à celle de personnalité juridique¹²²². Tout être humain est forcément une personne physique. Ce point de droit dépasse même le droit national et est implicitement ou explicitement véhiculé par différentes sources supranationales. La reconnaissance de certaines libertés fondamentales aboutit également à reconnaître l'individu titulaire de certains droits dont le droit de propriété. Même si ce droit de propriété peut être limité pour de nombreuses raisons, l'individu est titulaire de droits fondamentaux qui lui offrent la

¹²²⁰ Comp. avec G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée "acte juridique" : « Le problème pratique de l'acte juridique est donc celui de la marge de la liberté du particulier dans le monde du droit ; plus techniquement, de la justification de l'acte de volonté de l'individu dans le monde du droit.

¹²²¹ Ou que l'entreprise n'appartiendrait à personne ce qui revient à dire que l'entreprise s'appartient elle-même, serait « auto-nome ».

¹²²² Fr.- P. BENOIT, la démocratie libérale, Puf 1978, p.143

possibilité d'être propriétaire, titulaire de certains droits. Or reconnaître à l'individu certaines libertés, c'est reconnaître la volonté privée comme étant créatrice de droits. Tout système fondé sur les principes d'une démocratie libérale reconnaît une économie de marché qui se traduit juridiquement par la possibilité de créer des normes pour soi. L'ancien article 1134 du Code civil ne fait que reconnaître cette capacité contractuelle qu'à l'individu de générer des normes privées (l'initiative privée) mais dont l'exécution relèvera du droit objectif. Le fait que l'exécution relève du droit objectif est la conséquence directe du monopole de l'Etat à exercer la force et la violence légitime¹²²³.

Claude BRENNER rappelle que le critère de l'acte juridique de droit privé est entre autres la volonté¹²²⁴. Mais la volonté pour créer un acte juridique présuppose un minimum de liberté. Permettre de créer un acte volontairement qui va modifier l'ordonnement juridique, c'est forcément reconnaître une liberté au sujet créateur d'un acte. La liberté et la volonté sont donc corrélées¹²²⁵. Car il ne peut y avoir de volonté juridique individuelle là où il n'y pas de liberté individuelle. Si la norme issue d'un acte juridique privé ne peut avoir de validité que parce qu'elle est intégrée dans un système/ordre juridique¹²²⁶, les théories objectivistes/normativistes/ultra-positivistes proposées ne permettent pas d'expliquer la création de la norme au niveau de l'individu¹²²⁷. L'individu dans un « ordre juridique libéral », fondé sur un Etat de droit qui reconnaît la liberté individuelle, dispose de deux « postures » suprêmes en droit privé : être propriétaire et pouvoir s'engager. Ces deux facultés, la faculté d'appropriation et la faculté d'engagement sont construites sur l'idée d'une volonté, forcément libre. Être propriétaire¹²²⁸ ou débiteur d'une obligation est toujours lié à un comportement de l'action humaine (volonté) : On est engagé car on l'a voulu, dans une relation avec une personne privée : « *La propriété est, comme la liberté, un pouvoir de vouloir et surtout un pouvoir de vouloir juridiquement*¹²²⁹ ». Un individu qui n'aurait aucun droit, aucun bien, aucune possibilité de louer sa force de travail, qui ne peut pas acquérir par accession les fruits de son travail, qui n'aurait pas la capacité d'accepter un don et qui ne serait créancier d'aucune aide sociale d'Etat aurait-il la moindre valeur à échanger ? Non. Cet

¹²²³ Gr. FOREST, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, préface F. LEDUC, Dalloz : p.204 , n°291: « Cependant, ce pouvoir particulier est un monopole d'Etat. Et ce monopole de l'Etat sur la violence légitime interdit au créancier de se faire justice à lui-même. »

¹²²⁴ Cl. BRENNER, ACTE, Rép. Civ. Dalloz 2016 n°9 et s.

¹²²⁵ P.FOULQUIE, La volonté, Que-sais-je ?, p.48 et s.

¹²²⁶ Sur l'importance de la « procédure » de la norme individuelle pour son intégration dans l'ordre juridique, v. G. WICKER, thèse, p.49, n°38

¹²²⁷ G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, p.47 et s., n°37 et s.

¹²²⁸ Pour nous, le créancier est un type de propriétaire car la créance est un bien. S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, Paris 1960 ; J. LAURENT, La propriété des droits, préface de T. REVET, bibliothèque de droit privé, 2012

¹²²⁹ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s.

individu serait condamné à mourir par inanité. L'appropriation nécessite toujours une volonté minimale.

Le lien entre contrat et droit de propriété : la volonté privée

Si on raisonne sur des personnes juridiquement capables, l'acte juridique de droit privé par excellence qu'est le contrat nécessite une volonté pour se former en plus des conditions légales requises¹²³⁰. Dans sa thèse sur les commutations, François CHENEDE distingue parmi les commutations celles qui sont voulues par les parties de celles imposées par le législateur¹²³¹. Les commutations, une catégorie générique pour désigner un transfert de valeurs entre deux parties aux intérêts distincts¹²³², peuvent donc être elles-mêmes classées suivant le rôle que joue la volonté dans l'acte qui leur a donné naissance. Pour M. GHESTIN la volonté du contrat est l'élément subjectif essentiel du contrat¹²³³ et si Jacques GHESTIN¹²³⁴, reprenant le critère de KELSEN qui dissocie dans le contrat entre la « procédure » et les « effets », l'aspect procédure du contrat (en tant que formation du contrat), est imprégné par le rôle de la volonté. Jacques GHESTIN rappelle par ailleurs que « [L]a création de règles juridiques par un accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats dont elle constitue ainsi le critère spécifique. Lorsqu'un tel accord n'est pas à l'origine de la situation juridique considérée, celle-ci ne peut être qualifiée de contrat¹²³⁵. » Donc si la volonté, sous-entendue la volonté privée, est le critère essentiel lors de la formation du contrat¹²³⁶, la volonté est également très importante dans le droit de propriété. Le droit de propriété est toujours lié à la notion de volonté ; le droit de propriété est volonté car que ce soit par son acquisition qui suppose une volonté ou par son exercice, le droit de propriété suppose la volonté du propriétaire. Un propriétaire est une personne qui dispose d'un choix de retirer de son bien les utilités qu'il offre. Et même la fin de la propriété, qui est peut-être la quintessence du droit de propriété, suppose la volonté du propriétaire d'aliéner, renoncer, détruire la chose objet de propriété. MM. ZENATI et REVET écrivent que « *la propriété apparaît ainsi comme le fondement de l'acte juridique ; le vecteur de la volonté qu'elle constitue permet de faire naître*

¹²³⁰ P. HEBRAUD, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques. Mélanges MAURY Tome II p.419-476

¹²³¹ Chapitre II du titre I de la partie II de la thèse de Fr. CHENEDE

¹²³² Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.17, n°12

¹²³³ Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, °Le contrat°, Jacques GHESTIN

¹²³⁴ J. GHESTIN, La notion de contrat, *Chronique XXVII D.* 1990 .

¹²³⁵ J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle* vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100 p.85 n°8.

¹²³⁶ La volonté privée n'est pas seulement le critère du contrat mais de tout acte juridique, Cl. BRENNER, *ACTE*, *Rép. Civ. Dalloz* janvier 2013 actualisation : juin 2016 n°11 et s.

*et d'éteindre des droits*¹²³⁷ ». On peut même préciser que le droit de propriété recèle une volonté potentielle et que le contrat, par exemple, présuppose une propriété du contractant. Même celui qui n'a rien peut louer sa force de travail, quasi-propriété qui lui permettra d'obtenir un salaire. Le droit de propriété est la volonté statique immobile alors que la volonté contractuelle est une volonté en mouvement mais cette volonté nécessaire à la formation du contrat, l'élément subjectif essentiel d'après les mots de J. GHESTIN, provient toujours du droit de propriété. Il n'y a pas de volonté contractuelle sans volonté issue du droit de propriété. C'est pour cette raison que l'on a écrit à différentes reprises que le contrat, c'est la propriété en mouvement car la volonté contractuelle est issue de la propriété et le contrat permet également l'appropriation dans la plupart des occurrences. Tout échange entre particuliers nécessite un échange de valeurs. Or pour qu'une valeur soit échangée, il faut qu'elle soit appropriée. Donc tout échange entre particuliers suppose la propriété privée ou plus exactement l'échange découle de l'appropriation privée.

Le propriétaire d'une maison qu'il vient d'acheter (ou d'hériter) dispose des prérogatives du propriétaire sur cette maison soit par contrat de vente, soit par l'acceptation d'une succession. Et même la faculté de s'engager nécessite la propriété de soi-même car l'engagement constitue *in fine* une sorte de charge qui grève la totalité du patrimoine. Donc s'engager, c'est une forme d'exercice du droit de propriété.

Suite, identité de volonté, droit des obligations, droit spécial des biens ?

Si on fait le lien entre la volonté dans l'acte juridique créateur d'obligations¹²³⁸ (contractuelles ou pas) et la volonté potentialisée par le droit de propriété, on remonte à l'idée de la volonté de la personne juridique. Toute personne juridique nécessite une volonté mais on devrait dissocier entre les personnes physiques capables et les autres (personnes physiques incapables, personnes morales) qui ont besoin d'une volonté extérieure qui sera par nature moins libre car contrainte par l'exercice d'une finalité chez la personne physique capable, pleinement libre en théorie. C'est cette liberté qui permet au sujet d'émettre une volonté ; le philosophe P. RICOEUR écrivait que « *Le contrat de volonté à volonté transpose la prise de possession en droit de propriété.* ». Puis ajoute que « *l'essentiel du contrat n'est pas que je me défasse de la chose, mais qu'elle devienne la chose d'une autre volonté*¹²³⁹. » Le contrat, en plus de réaliser un échange, vaut très souvent également titre de propriété, parfois la seule preuve du transfert de propriété. Si le contrat nécessite toujours une volonté, l'appropriation nécessite également une volonté ; le droit de propriété est une volonté potentialisée . HEGEL

¹²³⁷ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3^e édit. 2008, p.314, n°192

¹²³⁸ Cl. BRENNER, Acte juridique, Rep. Civ. Dalloz 2016, n°11 et s.

¹²³⁹ P. RICOEUR, Volonté, encyclopédie Universalis

fait de la propriété une projection de la volonté sur une chose qui devient de ce fait une chose appropriée, donc un bien¹²⁴⁰. Et comme l'écrivait Rémy LIBCHABER, c'est le siège d'une volonté libre qui permet de distinguer les personnes des biens. La volonté appropriante comme la volonté du contrat (ou plus généralement la volonté de l'acte juridique) sont finalement la même volonté, celle de la personne. Et la volonté de la personne postule la liberté. Philippe HEBRAUD écrivait que « ...la liberté reste toujours la racine subjective du contrat¹²⁴¹ » mais la liberté est également la racine subjective de la propriété privée¹²⁴². Reconnaître la personnalité à un être humain, c'est lui reconnaître la liberté. Mais la personne libre est une personne humaine capable. Pour des raisons humanitaires, altruistes et universalistes, on a étendu la personnalité à l'être humain non capable en vertu d'égalité juridique issue notamment du christianisme¹²⁴³. Mais cette extension de la personnalité dissociée de la réalité à exercer une volonté a pu faire croire que l'on pouvait substituer des volontés humaines à des êtres non vivants. Selon nous, cette faculté de pouvoir instituer des personnes juridiques non humaines qui seraient identiques aux personnes physiques est une erreur par rapport aux principes matriciels qui guident notre ordre juridique. A la rigueur, seul l'Etat en tant que personne morale absolue de droit public peut bénéficier d'une telle fiction car l'Etat est la personnification de l'ordre juridique¹²⁴⁴.

Par le consentement par exemple, l'obligation issue d'une volonté normalement libre, peut devenir une chose appropriable par le biais d'une réification. L'individu qui s'engage limite sa liberté mais n'aliène pas sa liberté/volonté globale (d'où l'interdiction des engagements perpétuels même librement consentis)

Droit subjectif, personnalité physique

Il s'agit ici de conclure sur une idée très importante, fondamentale qui sous-tend la théorie du droit : le droit subjectif n'existe véritablement que pour les personnes physiques. Si la personne morale, surtout en tant que patrimoine *ad hoc* dédié aux affaires, peut être un

¹²⁴⁰ G.W.F. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Puf quadrige grands textes, Présentation de J.-F. KERVEGAN, p.153 §44 : « La personne a le droit de placer sa volonté en toute chose, laquelle devient par-là mienne [et] reçoit ma volonté pour fin substantielle (étant donné qu'elle n'en a pas de telle en elle-même), pour détermination et pour âmes siennes, _ droit d'appropriation absolu qu'à l'homme sur toutes les Choses »

¹²⁴¹ Ph. HEBRAUD, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques. Mélanges MAURY Tome II p.419-476 p. 425

¹²⁴² Fr. ZENATI, Th. REVET, les Biens, op.cit. p.264 : « ...un propriétaire peut tout faire sauf ce qui est interdit, alors qu'un titulaire de droit réel ne peut faire que ce qui est permis. C'est en cela que la propriété ressemble à la liberté et lui a même été assimilée »

¹²⁴³ Ch. MAZEAU, De l'influence du Droit canonique sur la législation française, p.29 : L'égalité civile affirmée par la révolution française avait déjà été prononcée par l'Eglise : « « Vous n'êtes plus ni maître ni esclaves, ni serfs ni seigneurs ; vous êtes tous égaux devant Dieu » »

¹²⁴⁴ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige, préface, p.XVII : « ... l'Etat a cependant continué d'être conçu comme une super personne, comme la personnification d'une puissance transcendant les intérêts particuliers »

propriétaire comme un autre, sa faculté à être un débiteur est plus problématique : seul un être humain peut louer sa force de travail¹²⁴⁵. Pour la plupart des gens au monde, elle est même la principale source de revenus et de subsistance. Dans une démocratie libérale, la force de travail est un « actif » qui appartient physiquement à un individu¹²⁴⁶. Il en a la libre disposition. Engager sa force de travail, c'est une décision cardinale, qui n'appartient qu'à l'individu personne physique. Certains juristes ,ultra positivistes, expliquent que la personnalité juridique est une pure technique juridique qui n'est pas propre à la qualité de personne humaine. S'ils ont totalement raison sur la technique, les fondements de la théorie du droit ne relèvent pas seulement de la technique mais de postulats posés et assumés¹²⁴⁷ : l'égalité juridique est évidemment un postulat mais cette égalité juridique ne concerne que les êtres humains. Si les personnes morales sont égales aux personnes physiques¹²⁴⁸, cette égalité est limitée au « particularisme des personnes morales¹²⁴⁹ », ce qui revient en réalité à penser qu'il n'y a pas de réelle égalité entre un individu et une personne morale¹²⁵⁰. Seul un être humain peut-être débiteur d'une prestation de travail par exemple. Mais même chez les individus, l'égalité juridique entre les êtres humains ne découle pas de l'histoire, de l'anthropologie mais d'un postulat normativiste. Sur ce point, le professeur SUPPIOT avance des arguments dans son ouvrage de théorie du droit¹²⁵¹ .

Identité entre droit subjectif et personne humaine

JHERING est très souvent cité pour définir la notion de droit subjectif par le prisme de la notion d'intérêt. Pourtant, quatre phrases après avoir écrit fameusement que « *les droits sont des*

¹²⁴⁵ Le travail est intimement lié à la nature humaine. Quid de robots doté d'IA qui seront capables de travailler d'une manière autonome ? les propriétaires de telles machines qui existeront dans quelques décennies, seront les responsables, juridiquement, de ces robots.

¹²⁴⁶ Th. REVET, La force de travail (étude juridique), préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992

¹²⁴⁷ A. SUPPIOT, Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit. Points, essai 2005, p.10-11.

¹²⁴⁸ Y. GUYON, Cons. const. 4 juill. 1989, n°89-254 DC , Rev. sociétés 1990. 27

¹²⁴⁹ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale , septembre 2016, n°71 et s.

¹²⁵⁰ Infra Titre suivant. Les droits de la personne morale de droit privé sont des droits par projection. Quand un ordre juridique « rationnel », dans le sens de Habermas, protège une personne morale, il protège en réalité les individus réunis par contrat, qui ont fondé un groupement.

¹²⁵¹ A. SUPPIOT, Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit. Points, essai 2005 p.10-11 : « L'une des leçons que Hannah ARENDT a tiré de l'expérience du totalitarisme est que « que le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en (p.11)l'homme la personne juridique » (The origins of Totalitarianism). Nier la fonction anthropologique du droit au nom d'un prétendu réalisme biologique, politique ou économique est un point commun à toutes les entreprises totalitaires. Cette leçon semble aujourd'hui oubliée par les juristes qui soutiennent que la personne juridique est un pur Artefact sans rapport avec l'être humain concret. Artefact, la personne juridique l'est à n'en pas douter. Mais, dans l'univers symbolique qui est le propre de l'homme, tout est artefact. La personnalité juridique n'est certes pas un fait de la nature ; c'est une certaine représentation de l'homme, qui postule l'unité de sa chair et de son esprit et qui interdit de le réduire à son être biologique ou à son être mental. C'est pourquoi on a éprouvé le besoin, au sortir de l'horreur nazie, de garantir la personnalité juridique à tout homme et en tout lieu. »

intérêts juridiquement protégés », JHERING écrit « *le destinataire de tout droit, c'est l'homme*¹²⁵². » Il écrit également : « *dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit, que l'homme seul est le destinataire des droits, l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personnification.* » Ces phrases de Rudolph Von JHERING,¹²⁵³ décrivent parfaitement la modernité juridique initiée avec la Révolution : c'est l'être humain, en tant qu'individu, qui est désormais le destinataire de tout droit¹²⁵⁴. L'idée d'un droit subjectif exercé sans médiation n'existe en réalité que pour une personne physique capable. Pour pouvoir avoir la liberté de choix qu'offre le droit subjectif, il faut pouvoir émettre une volonté capable juridiquement d'obliger. Pour éviter que des êtres humains qui ont une volonté défaillante, temporairement ou définitivement, soient sortis de l'humanité juridique, on a eu recours à la notion d'intérêt qui permet d'étendre la personnalité à ceux qui ne sont pas capables: ils sont devenus des incapables potentiels dans le monde du droit. Comme l'écrivait Simone GOYARD-FABRE « *L'idée de droits subjectifs ne trouve place dans un système juridique que médiatisée par le concept de personne juridique en tant qu'il est inscrit dans un ordre juridique qui l'a déterminé en tant que tel*¹²⁵⁵ ». La notion de droit subjectif postule donc la notion de personne mais de toutes les personnes ou seulement de la personnalité physique capable ? Dans l'absolu et dans une démocratie libérale, l'intérêt et la volonté sont corrélés. Même si cela est une fiction et que d'aucuns agissent d'une manière non conforme à leurs intérêts. Mais définir d'une manière objective la notion d'intérêt serait dangereux et pourrait entraîner un risque totalitaire ; affirmer qu'il existe un intérêt absolu postule d'une part que le droit connaît le sens de la vie et d'autre part, que l'hétéronomie totale doit s'imposer à l'individu. La dissociation entre volonté et intérêt, pour les situations non voulues, n'intervient dans une démocratie libérale que lorsque la volonté est présumée défaillante (pour l'incapable juridique) ou qu'elle n'existe pas (fictionnelle, ou volonté prétendue collective). Dans ce cas, cette dissociation fait naître une relation de pouvoir et ce pouvoir est exercé par un sujet de droit qui est distinct de celui pour lequel les actes sont passés. Cette dissociation de l'intérêt et de la volonté aboutit systématiquement à une relation de pouvoir et donc forcément à un risque de conflit d'intérêts¹²⁵⁶. Or la personne morale en droit des sociétés, avant qu'elle puisse être unipersonnelle, était l'enveloppe juridique d'une collectivité. Mais même une société unipersonnelle est *in fine* gérée par une personne physique car les porteurs de droits

¹²⁵² R. V. JHERING, *L'esprit du droit romain*, Tome IV, deuxième édition, trad. O. De MEULENAERE, 1880, §71, p.325

¹²⁵³ R. V. JHERING, *L'esprit du droit romain*, Tome IV, deuxième édition, trad. O. De MEULENAERE, 1880, §71, p.310-311,

¹²⁵⁴ S. VIBERT, « L. DUMONT, holisme et modernité », Michalon, le bien commun, p.53

¹²⁵⁵ S. GOYARD-FABRE : *Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme* in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, *Sujet de droit et objet de droit*, Presse universitaire de Caen, 1992, n°22 p.16 :

¹²⁵⁶ Article 1161 du Code civil qui a institué un traitement du conflit d'intérêts, a eu son champ d'application restreint aux personnes physiques après l'adoption de la loi de ratification du 20 avril 2018.

subjectifs ne peuvent être que des personnes physiques. Le Code civil a parfois insinué qu'il existerait des fruits naturels, qui ne nécessiteraient pas de travail¹²⁵⁷. Or tout est travail. Même les fruits et autres denrées comestibles qui poussent spontanément doivent être cueillis et vendus sur un marché pour générer un revenu et un éventuel profit¹²⁵⁸. Toute l'activité économique nécessite un travail au sens large du terme et ce travail appartient à un locateur, à un titulaire de la force de travail. Dans une économie libérale de marché, le propriétaire de la force de travail n'est pas obligé juridiquement à la louer, il peut être contraint économiquement à le faire mais le travail n'est pas obligatoire. Pour « disposer » de sa force de travail, il faut en être propriétaire¹²⁵⁹ et cette propriété n'appartient qu'à une personne physique. Le robot ou l'animal ne travaille pas au sens humain du terme, ils accomplissent des tâches pour une personne physique ou pour un groupement de personnes physiques ; nier l'essence humaine du travail, c'est risquer d'entrer dans une forme de barbarie. Seule une personne physique travaille et seul l'individu être humain est une personne physique, toujours, tout le temps. Nier ce postulat a ouvert la porte aux expériences totalitaires. La propriété dont on parle n'est pas la propriété réelle qui porte sur un bien précis mais la faculté d'être propriétaire, la faculté à l'appropriation qui a pour corollaire la faculté de s'obliger. Or une personne morale ne peut jamais faire elle-même mais elle fait faire. Certains peuvent objecter qu'une personne physique, notamment fortunée, peut ne rien faire elle-même et faire faire tous ses actes juridiques à autrui : c'est exact mais personne dans ce cas ne conteste que les liens juridiques entre ce « mandant/donneur d'ordre » et celui qui les exécute sont contractuels. Or avec la personnalité morale, la théorie organique (liens d'autorité entre les « organes » et ceux qui exécutent) de la personne morale est encore extrêmement présente dans le droit positif notamment en droit pénal. Finalement ce que disaient certains économistes comme Von MISES nous semble vrai également dans nos familles d'ordres juridiques : la démocratie libérale et économie de marché font de l'intérêt individuel l'intérêt cardinal de la société¹²⁶⁰. Quand des groupes existent, ces groupes n'existent jamais par

¹²⁵⁷ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008 p.187, n°123

¹²⁵⁸ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », op.cit.

¹²⁵⁹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », op.cit. p.197, n°129, b) : « Dans sa capacité de travail, la personne humaine est un capital au sens du droit des fruits. La circonstance qu'elle est inaliénable (supra 8 c)) ne saurait en rien l'exclure de la classe des biens, aussi vrai que cette catégorie comprend toutes les entités appropriées, qui ne se limitent pas aux biens aliénables, ou patrimoniaux. » ; Th. REVET, La force de travail (étude juridique), préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise 1992, n°240 ; X. LAGARDE, « Juste capitalisme », édit.Lexis nexis, carré droit, 2009, p.103 : « C'est en effet, pour louer sa force de travail, il faut d'abord, et comme pour n'importe quel autre bien, en être propriétaire. L'affirmation de la liberté du travail, c'est donc implicitement la consécration d'une propriété propre à chacun »

¹²⁶⁰ L. Von MISES, Abrégé de l'action humaine, traité d'économie, bibliothèque classique de la liberté les belles lettres, trad. G. DREAN, 2004, p.64 : « Nous devons comprendre que toutes les actions sont exécutées par des individus. Un collectif opère toujours par l'intermédiaire d'un ou plusieurs individus dont les actions sont liées au collectif en tant que source secondaire. C'est la signification que les individus qui agissent, et tous ceux qui sont touchés par cette action, attribuent à une action qui détermine son caractère. C'est la signification qui

nature, comme le suggère la théorie Institutionnelle (HAURIOU) où le pouvoir au sein de l'institution serait un fait dont le droit devrait tirer les conséquences, mais par la volonté d'y adhérer. C'est bien un contrat, un acte juridique de droit privé qui formalise l'appartenance à un groupement sociétaire par exemple. Les théories néo-personnalistes qui font de l'entreprise une entité autonome, éventuellement éligible à la personnification, sont totalement aporétiques par rapport à la substance réelle de nos types d'ordres juridiques. Une entreprise n'est pas une unité de production délimitée par sa prétendue essence mais par le droit de propriété de personnes physiques. C'est donc la volonté privée qui détermine le périmètre d'une entreprise.

2. La volonté privée, fondement de l'entreprise privée

Droit de propriété et entreprise privée : le sujet de droit personne physique

Doctrine de l'entreprise, conception organique de la société, de l'entreprise, institution etc. sont fondées sur le postulat implicite qu'il existerait une égalité juridique entre les sujets de droit d'une nature différente : qu'une personne morale a les mêmes droits qu'une personne physique. L'égalité entre les personnes physiques et les personnes morales est tacitement défendue par de nombreux auteurs alors que la personnalité morale de droit privé ne peut être auteure d'une œuvre d'art, ne peut avoir la qualité de travailleur. De surcroît, une personne morale qui n'honore pas ses dettes risque la dissolution donc la « peine de mort » alors que la personnalité physique n'est jamais menacée dans une telle occurrence. L'article 1145 nouveau du Code civil dispose désormais alinéa 1 : « *Toute personne peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* ». L'alinéa 2 « *la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles*¹²⁶¹. » Selon le Code civil, la capacité des personnes morales est réduite à son utilité alors que celle des personnes physiques est par principe générale. Mais on reviendra sur ce point lorsque l'on traitera de la personnalité morale en tant que telle. Ici on veut démontrer que le droit de propriété tel qu'il existe réellement depuis 1789 est lié à la personnalité physique, à la personne en tant qu'être humain. Les droits de l'homme sont inhérents aux personnes physiques et même si l'on peut trouver ponctuellement des décisions de Cours suprêmes qui reconnaissent certains droits de

marque une action comme l'action d'un individu et une autre action comme l'action de l'Etat ou de la municipalité. »

¹²⁶¹ Version de l'article en vigueur au 1er octobre 2018. Jusqu'à cette date, l'article 1145 al.2 du Code civil est rédigé de la manière suivante : « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles », Sur la réforme de la réforme du droit des obligations, V. C. RENAULT-BRAHINSKY, l'essentiel de la réforme du Droit des obligations, Gualino, 2^e édit.

la personnalité à la personnalité morale, la réalité est que les droits fondamentaux ont été et sont encore construits autour de l'individu personne physique : l'entreprise privée, même la plus complexe, puise toujours sa source dans un consentement. Les fameux pouvoirs de droit privé identifiés par la doctrine depuis quelques décennies ne peuvent être assimilés au Pouvoir du droit public car l'égalité juridique abstraite entre les êtres humains fait que la location de sa force de travail, la vente de toute valeur appropriée, résultent d'un consentement. La doctrine travailliste admet par exemple que la source du pouvoir de subordination n'est pas une situation de fait mais l'adhésion au contrat de travail¹²⁶². De même, normalement la plus grande partie des recettes d'une entreprise privée sont le fait des ressources gagnées en satisfaisant le client. C'est la différence avec une entreprise publique au sens large du terme (un service public) qui peut accorder des biens et des services indépendamment de la solvabilité des bénéficiaires.

Entreprise privée et droit subjectif

L'individu peut entreprendre, seul ou à plusieurs. La structure juridique choisie n'a pas d'importance pour caractériser et définir l'entreprise privée : la définition de l'entreprise par la CJCE (CJUE aujourd'hui) comporte d'ailleurs cette indifférence de la forme juridique adoptée par les entrepreneurs. Mais toute entreprise privée, qu'elle soit structurée par le droit des sociétés ou non, personnifiée ou non, est fondée sur une volonté entreprenante qui n'est ni plus ni moins que la volonté que l'on retrouve dans le droit de propriété et le contrat, c'est-à-dire le droit subjectif. Il ne s'agit pas ici de refaire le débat sur l'importance de la volonté dans la création d'une situation juridique et il semble aujourd'hui évident que le pur subjectivisme comme l'objectivisme pur semblent limités pour expliquer le droit. Néanmoins si on se place au niveau de l'exercice du droit subjectif, le rôle joué par la volonté est indéniable. DABIN écrivait d'ailleurs que « *le droit subjectif appelle à sa suite un pouvoir juridique de libre usage et de libre disposition du bien sur lequel porte le droit : en principe, le titulaire fait du bien qui lui appartient ou qui lui revient, ce qu'il veut. Par cette voie s'introduit, dans la définition, le facteur de la volonté sinon comme élément constitutif du droit (à moins que le droit n'ait précisément pour objet quelque liberté d'agir ou de ne pas agir), mais comme la condition requise pour son exercice*¹²⁶³ ». Le droit de propriété, qui est aussi droit subjectif¹²⁶⁴, révèle toujours une potentialité de volonté. Or on retrouve cette potentialité de

¹²⁶² E. DOCKES, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur. Etudes offertes à J. PELISSIER, Dalloz, pp.203-211, 2004 p.6

¹²⁶³ J. DABIN, °DROIT Théorie et philosophie du Droit° in Encyclopédie UNIERVERSALIS, en ligne 01/01/2013

¹²⁶⁴ On peut se demander s'il n'y a pas identité entre droit de propriété et droit subjectif si on retient une conception lâche du droit de propriété, de type lockienne, où est appropriée toute chose imputée ou imputable à un individu sur laquelle il dispose d'une prérogative qui a été « privatisée » ou qui est privatisable.

volonté dans l'entreprise privée qui nécessite l'appropriation de facteurs de production, qui n'appartiennent pas à l'Etat ou à une collectivité politique mais qui résultent de l'initiative privée, d'une volonté privée qui découle du contrat et de la propriété privée : les apporteurs de capitaux peuvent gérer eux-mêmes leur entreprise ou déléguer celle-ci en totalité ou partie à d'autres personnes, il n'en reste pas moins que l'entreprise privée est structurée par une volonté appropriante qui va l'organiser. L'erreur a été parfois de croire que c'est l'Etat par le biais du droit (notamment le droit des sociétés) qui organise l'entreprise. Finalement tout le débat sur la théorie institutionnelle, de la nature des personnes morales, doctrines de l'entreprise, est en réalité un débat de fond qui est fondamentalement politique et qui concerne la question de la propriété des entreprises et à qui l'entreprise doit appartenir. Dans une démarche que l'on veut inspirée par Hans KELSEN, il ne s'agit pas de dire ce qui est bien ou mal¹²⁶⁵, de donner un point de vue moral ou politique sur la question de la propriété des entreprises mais de faire remarquer que le fait qu'une démocratie libérale génère une économie de marché et qu'*ispo facto*, le libre-échange « produit » des entreprises privées. L'existence de marchés libres et protégés par l'Etat génère une demande et une offre¹²⁶⁶. L'offre va s'organiser et générer des structures économiques pour répondre à la demande. Cette organisation de l'offre obéit finalement au droit des contrats et au droit des biens avec évidemment la mise en place d'une régulation étatique, pour une multitude de raisons que cela soit par le biais du droit des sociétés ou du droit du travail. Le droit des sociétés est un droit spécial des biens ainsi qu'un droit spécial des contrats.

Entreprise privée, patrimoine et droit de propriété

L'idée qu'une entreprise privée d'une démocratie libérale est toujours *in fine* la propriété de personnes physiques n'est pas propre au droit français mais à tous les ordres juridiques qui possèdent certaines caractéristiques (économie de marché, reconnaissance de droits et libertés fondamentaux comme la propriété privée, sécurité des transactions et garantie par l'Etat de leur exécution etc..). Une démocratie libérale fait prévaloir l'individu sur le groupe. A partir du moment où chaque individu dispose de libertés fondamentales, il a virtuellement une capacité d'agir, une capacité d'être contractant. La théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU doit être comprise comme étant relative aux personnes physiques. Quand AUBRY et RAU écrivent cela : « *Le droit de l'homme sur son patrimoine est un droit de propriété, qui prend son fondement dans la personnalité même de celui-ci. Le patrimoine n'est, en effet, en dernière*

¹²⁶⁵ Supra première Partie

¹²⁶⁶ Sur la notion de marché et de libre-échange, le prix Nobel d'économie Maurice ALLAIS ne croyait qu'en une économie d'échanges concurrentielles. V. : M. ALLAIS, *Economie pure et rendement social*, Bibliothèque Dalloz, 2006, p.55 ; V. aussi R. GUESNERIE, *L'économie de marché*, poche édit. Le pommier, 2013

analyse, que la personnalité de l'homme mise en rapport avec les objets sur lesquels il peut avoir des droits à exercer¹²⁶⁷ », il semble bien que c'est l'homme en tant qu'être humain, personne physique, qui est d'abord visé, non la personne morale¹²⁶⁸.

Des auteurs expliquent que cette théorie n'est plus exacte notamment avec la multiplication des patrimoines d'affectations et les patrimoines logés dans les personnalités morales. Comme l'expliquent MM. ZENATI et REVET, la personnalité juridique « ne réside pas dans le patrimoine mais dans un complexe de pouvoirs fondamentaux rassemblés, d'une part, dans l'aptitude à avoir des biens, d'autre part, dans l'aptitude à l'engagement »¹²⁶⁹. Autrement dit, la personnalité développée par le commerce juridique comme l'écrivait HAURIOU dans son fameux manuel, est l'aptitude à être propriétaire ainsi que l'aptitude à s'engager. Or si un groupement de personnes, voire le cheval de CALIGULA, peuvent facilement être considérés comme étant aptes à l'appropriation de biens par un ordre juridique donné, l'aptitude à s'engager directement n'est en revanche pas possible. Car ni le groupement personnifié, ni le cheval de CALIGULA ne peuvent travailler. La personnalité juridique non humaine peut faire faire mais jamais faire par elle-même. Or le travail, critère réaliste par excellence, est l'apanage de l'être humain ; la force de travail appropriée à un être humain est par conséquent un droit fondamental. Le travail désigné doit être entendu dans une acception large ; il ne s'agit pas du seul travail subordonné visé par le droit du travail¹²⁷⁰. L'activité, le « faire » n'est jamais possible pour la personnalité juridique non humaine : elle doit « faire faire ». Or si l'Etat-personne morale de droit public par excellence dispose de prérogatives de puissance publique¹²⁷¹, la personne morale de droit privé ne dispose jamais d'un pouvoir qui s'impose à autrui sans consentement : elle doit toujours, d'une manière ou d'une autre obtenir l'assentiment de ceux qui « travaillent, agissent » pour elle. Le dirigeant d'une personne morale agit par son intermédiaire car il le veut et il fait faire à des gens qui le veulent lorsque l'agir dépend d'autrui. Plus généralement, on démontre que la personnalité est un complexe de pouvoirs fondamentaux qui n'existent peut-être pas dans le patrimoine mais dans la personnalité juridique : or l'aptitude à s'engager, à s'obliger, à se rendre débiteur d'une prestation de travail n'existe que pour une personne physique. La personnalité morale peut

¹²⁶⁷ C. AUBRY, C. RAU, Droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE, T.V, 3ième édit. §575, p.4

¹²⁶⁸ V. aussi l'avis de M. XIFARAS sur le sujet, M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.249 : « Le terme « personne » désigne ici d'abord et avant tout les personnes physiques des individus singuliers dont le patrimoine est la forme concrète que prend leur liberté innée, ou capacité juridique qui, parce qu'elle est une capacité de faire siens des objets extérieurs, implique un droit naturel à l'appropriation illimitée de ces objets ; mais il peut fort bien désigner encore les personnes morales, ou attribution (considérée comme fictive par nos auteurs) de la personnalité juridique à des corps constitués. »

¹²⁶⁹ Fr.ZENATI, Th. REVET, Manuel de droit des personnes, op.cit. p.117, n°111

¹²⁷⁰ A. LYON-CAEN, entrée droit du travail, in Dictionnaire du Travail, A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS, Puf 2012

¹²⁷¹ La plus extrême est d'ordonner aux citoyens/sujets d'aller mourir à la guerre.

être propriétaire (aptitude à l'appropriation) mais cette propriété est limitée car elle ne peut pas faire le travail à la place d'une personne physique. De surcroît, celui qui agit pour le nom d'une personnalité morale n'est pas titulaire d'un droit subjectif au sens restreint du terme mais d'un pouvoir car les biens appropriés par la personne morale le sont toujours en fonction d'une certaine finalité. Seule une personne physique capable est libre et peut user de ses droits subjectifs dans une finalité purement égoïste. Celui qui agit pour une personne morale n'a pas cette faculté. De surcroît, seule la personne physique capable peut s'engager et se rendre débitrice d'un travail car elle est propriétaire de sa force de travail (qui est une quasi-propriété car si la force de travail n'est pas aliénable en tant que telle, le travail issu de celle-ci peut faire l'objet du commerce juridique.) Mais le travail est un bien très particulier et le soumettre totalement au droit des obligations et des biens pourrait être dangereux pour les libertés individuelles¹²⁷². D'où sa protection par le droit des personnes¹²⁷³. Mais le fait que le droit du travail ne concerne que les personnes physiques (et encore, que celles capables de travailler) est un indice supplémentaire que l'être humain d'une démocratie libérale est la vraie personne juridique. La personnalité morale est une quasi-personnalité, un outil mental fort utile au service des entrepreneurs réunis et désormais d'une seule personne depuis l'avènement de la société unipersonnelle personnifiée.

La personnalité physique, seul véritable acteur économique

Différents arguments peuvent être avancés pour justifier que la finalité des droits est une finalité subjective¹²⁷⁴. Le premier point qu'il faut rappeler est que l'ordre juridique français, depuis au moins 1789, a pour finalité l'individu. La démocratie libérale, contrairement aux anciennes démocraties populaires ou à la défunte Union soviétique¹²⁷⁵, fait prévaloir les droits individuels sur les droits de collectivités étatiques¹²⁷⁶. Cette préférence pour l'intérêt individuel remonte à la Révolution¹²⁷⁷.

¹²⁷² A. SUPLOT, Critique du droit du travail, Puf quadriga essais débats 2^e, 1994-2011, p.31 et s.

¹²⁷³ A. SUPLOT, Critique du droit du travail, op.citp.32

¹²⁷⁴ J.-L. HALPERIN, Histoire du droit des biens, Economica, 2008, p.193 : Pour PORTALIS, « il n'y a que des individus dans la nature ».

¹²⁷⁵ L'article 30 du Code civil de l'URSS prévoyait que tous les actes juridiques ne devaient pas être contraire à l'intérêt supérieur de l'Etat. V. Ph. MALAURIE, « L'ordre public et le contrat, Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S. préface de P. ESMEIN, édit. Matot-Braine Reims, p.189, n°281

¹²⁷⁶ G. RIPERT, Le déclin du droit, LGDJ 1949, reprint p.19, n°5 : « Les positivistes et les sociologues ont détruit dans les esprits la croyance au droit naturel ; les socialistes et les marxistes ont refusé de reconnaître l'existence de droits individuels supérieurs au droit de l'Etat... » ; F.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978, p.143 ; B. STIRN, L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit in Conseil d'Etat, Droits et Débats, Où va l'Etat ? un cycle de conférence du C.E. Tome 1, La documentation française 2015 p.55 et s.

¹²⁷⁷ M. FLAMANT, Histoire du libéralisme, PUF, « Que-sais-je » ?, 2e. p.53, Fr. ZENATI- CASTAING, Le crépuscule de la propriété moderne essai de synthèse des modèles propriétaires p.225 et s., p.228 ; J. ROCHFELD, Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ? in Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire, sous la direct. de B. CORIAT, les liens qui libèrent, 2015, p.87 : « Avec le code civil, la

La technique juridique n'est que la traduction d'une vision politique (Weltanschauung) du Droit. Le vrai sujet de droit, c'est l'être humain dans une démocratie libérale¹²⁷⁸. L'économie de marché qui a été constitutionnalisée¹²⁷⁹ n'est pas un principe en soi mais la conséquence de cette reconnaissance du primat de l'être humain sur des groupes personnifiés ou non¹²⁸⁰. Si la propriété individuelle est consubstantielle à la notion de personne¹²⁸¹, c'est bien d'une personne humaine qu'il s'agit. Emmanuel GAILLARD dans sa thèse de doctorat évoque le fait que l'emploi du terme personne pour désigner les personnes morales (avant l'idée existait mais sous d'autres appellations dont l'être moral) est finalement très récente¹²⁸².

Conclusion

Avec la vision trop « concrète » du droit de propriété qui se limite à la propriété des objets corporels, on ne peut pas saisir la nature de l'entreprise privée issue de la démocratie libérale. Notre leitmotiv au cours de cette démonstration est de prouver que l'entreprise privée d'une démocratie libérale a une structure et est organisée autour d'un pouvoir qui dérive du droit de propriété¹²⁸³. C'est la propriété des moyens de production qui structure l'entreprise privée. Et la direction de l'entreprise est soit assurée par les propriétaires de capitaux, soit par des représentants au statut juridique varié (dont les dirigeants sociaux). Il est donc indispensable de comprendre que la rémunération des dirigeants est économiquement et donc juridiquement la contrepartie de la gestion déléguée d'un actif, d'une universalité. Le pouvoir du dirigeant sur l'universalité (de fait ou de droit) qui lui a été confié, est un pouvoir dérivé et non un pouvoir propre. Contrairement aux dirigeants d'une entreprise publique dont le pouvoir est une fonction étatique qui dérive de la loi, donc de la souveraineté *in fine*, le pouvoir du dirigeant social d'une structure de droit privé dérive d'un acte juridique de droit

propriété exclusive s'est imposée comme la condition de la liberté individuelle proclamée, comme sa concrétisation sur le plan des biens : détenir ses biens (p.88) en propre était saisi comme la garantie de l'autonomie personnelle ; l'autarcie matérielle conditionnait la liberté individuelle. » ; R. LEROUX, « Ludwig Von MISES, vie, œuvres, concepts », ellipses, les grands théoriciens sciences humaines p.19 ; : S. VIBERT, « L. DUMONT, holisme et modernité », Michalon, le bien commun, p.50 ; B. OPPETIT, Droit et économie, APD 1992 p. 17 et s. ; J.-M. POUGHON, L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre juridique et réalisme économique, http://europedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5 (Pdf valable le 02/01/2016) p.5

¹²⁷⁸ S. GOYARD-FABRE : Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme in Cahiers de philosophie politique et juridique, Sujet de droit et objet de droit, Presse universitaire de Caen, 1992, n°22, p.7 et s.

¹²⁷⁹ Infra Chapitre suivant

¹²⁸⁰ J. RIVERO, Les libertés publiques, T.1, Les droits de l'homme, Puf, p.115 :

¹²⁸¹ R.LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec. p.315, n°15

¹²⁸²E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985

p.166 : NdbBP n°6 : « Selon J. RAY, Essai sur la structure logique du Code civil français, F. ALCAN 1926 p.185 et s., le terme de personne n'aurait pas été utilisé dans un sens différent de celui d'individu avant une loi du 5 avril 1884 »

¹²⁸³ Fr.-X. OLIVEAU, Micro capitalisme vers un nouveau pacte social, PUF, génération Libre, 2016 p.98

privé, un contrat dans la plupart des occurrences, contrat qui est possible car en amont, il y a une concentration du capital par le biais d'une autre figure contractuelle, celle du contrat de société. Comprendre les arcanes du droit de propriété est donc indispensable.

Les dirigeants de sociétés sont des mandataires sociaux. Ceux qui évoquent l'idée de droits propres, d'un pouvoir autonome, d'un intérêt social/de l'entreprise/de la personne morale qui transcenderait l'intérêt *ut universi* des associés racontent une fable dans nos types d'ordre juridique. Effectivement, cette « histoire » de l'intérêt transcendant pourrait être vraie dans un système où l'économie est socialiste au sens économique du terme [moyens de production appartenant à l'Etat ou à une forme d'Etat et dont les productions ne dépendent pas du marché donc des contrats de droit privé mais d'actes unilatéraux de droit public]. Cette vision organique de l'entreprise privée, de la société est parfois corroborée par des textes législatifs de second rang car le fondement de notre démonstration réside finalement dans les droits fondamentaux. La reconnaissance de la personnalité juridique et cette corrélation avec la « personnalité humaine » est un fait juridique, peut-être pas irréversible mais indépassable. L'être humain est la personne juridique par essence. Il n'appartient pas par nature à un groupe mais par son consentement. Les théories institutionnelles, organiques, personnalistes de l'entreprise ont une origine antérieure à la fondamentalisation des droits de l'homme. Désormais la liberté individuelle fonde la liberté collective et non l'inverse. L'entreprise privée dont la nature n'est pas forcément bien saisie, qui découle de la liberté individuelle, n'est pas seulement une chose corporelle, constituée de biens physiques mais aussi avant tout une liberté : la liberté d'un ou plusieurs entrepreneurs au sens juridique du terme¹²⁸⁴.

B. Critique par la notion de pouvoir : autonomie relative du droit des sociétés

Une vision non conforme aux principes de l'ordre juridique

Le cœur de la démonstration des partisans d'une vision personnaliste de l'entreprise est fondé sur le droit de propriété. Selon eux, l'entreprise n'appartient pas aux associés de la société, qui ne sont propriétaires que des titres sociaux¹²⁸⁵. On est d'accord pour considérer que le

¹²⁸⁴ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige essais débats 2e, 1994-2011, préface A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige essais débats 2e, 1994-2011

¹²⁸⁵ J.-Ph. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? p.41 : « Les sociétés sont propriétaires du capital productif, les actifs réels ; les actionnaires sont propriétaires des actions représentatives du capital social, qu'ils peuvent vendre à volonté. »

droit de propriété n'est pas en vérité un lien entre une personne et une chose comme l'explique M. ROBE : « [Le droit de propriété] *est souvent pensé comme un droit sur une chose. Il est beaucoup plus exact de le penser comme un droit existant à l'encontre de tous les autres individus composant la société, par rapport à une chose*¹²⁸⁶ ». Il serait davantage un lien entre la personne titulaire d'un droit de propriété et le reste des individus. En revanche, M. ROBE explique à de nombreuses reprises que les actionnaires ne sont pas propriétaires des actifs de l'entreprise sociétaire mais uniquement des titres sociaux et qu'entre eux et ces actifs, il y a la personnalité morale de la société¹²⁸⁷. En réalité, M. ROBE, comme beaucoup d'auteurs, attribue à un effet de la personnalité morale ce qu'on pourrait très bien expliquer non par la personnalité morale mais par le droit des biens et plus exactement par les notions de propriété d'affectation.

M. ROBE, mais il n'est pas le seul, attribue au contrat de société et à la personnalité morale des « effets magiques » pour reprendre son expression¹²⁸⁸. Il n'y a aucune magie, juste des effets juridiques qui n'ont pas été forcément bien conceptualisés. L'entreprise privée n'est jamais le fruit du hasard et est toujours liée à un entrepreneur ou un groupe d'entrepreneurs.

La croyance dans l'autonomie du droit des sociétés

« L'existence d'un droit des sociétés et d'un droit des affaires donne l'illusion que les formes institutionnelles conçues pour organiser la production dépendent d'abord et avant tout de choix législatifs ¹²⁸⁹ ». Cette remarque d'un économiste est exacte en ce qui concerne la vision du droit des néo-personnalistes. Derrière la vision néo-personnaliste, il y a l'idée de l'autonomie du droit des sociétés par rapport au droit privé, Jean Philippe ROBE écrivait : « il y a une autonomie de plus en plus grande entre le pouvoir exercé réellement au sein de l'organisation « entreprise » et la fiction du droit privé pour lequel le pouvoir est exercé au sein de la société, par les actionnaires ou en leur nom par des personnes qui seraient leurs « mandataires¹²⁹⁰ ». » Pour M. ROBE l'acquisition du pouvoir relève d'une procédure codifiée par le droit des sociétés. Le dirigeant social ne tient plus son pouvoir de gestion d'un droit de propriété sur les actifs mais du fait qu'il soit « désigné au terme des procédures du droit des sociétés (prévues par la loi et/ou les statuts) pour représenter la société¹²⁹¹, ». Et M. ROBE explique ensuite que le pouvoir conféré aux dirigeants sociaux n'est plus « de défendre les intérêts de la majorité des actionnaires mais de la société en tant que telle, conçue comme

¹²⁸⁶ J.-Ph. ROBE, *L'entreprise et le droit*, P.U.F. Que sais-je ? 1999, 1^{ère} édit. p.50

¹²⁸⁷ J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.24

¹²⁸⁸ J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.21 : « Il y a dans le contrat de société, quelque chose de magique. Pour peu que certaines formalités soient effectuées, le contrat de société- qui n'est qu'un accord de volonté (comme tout contrat) entre les associés- va être à l'origine de la naissance d'une personne juridique ».

¹²⁸⁹ H. LEPAGE, « pourquoi la propriété ? » *op.cit.* p.141

¹²⁹⁰ J.P. ROBE, *ibid.* p.43

¹²⁹¹ J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.28

une institution autonome ayant ses intérêts propres¹²⁹² ». Ce pouvoir prétendu autonome serait guidé par la notion d'intérêt social devenue floue à partir du moment où l'intérêt social n'est plus compris comme étant l'intérêt des associés.

Mais qui décide ? Pourquoi ? un vote égale une voix comme dans une démocratie moderne ? La vision de l'entreprise et du droit des sociétés défendue par M. ROBE est celle qui a précédé le « gouvernement d'entreprise » avec l'idée d'une technocratie de hauts cadres et dirigeants qui seraient les vrais chefs de l'entreprise¹²⁹³. Le pouvoir dans l'entreprise serait un pouvoir autonome car l'entreprise est une entité elle-même autonome qui n'est pas un objet de propriété. Il s'agit finalement de la théorie institutionnelle revisitée. On renvoie à ce que l'on a dit en première partie mais les faits ont infirmé cette vision qui n'était que casuistique. Les nouvelles entreprises du digital par exemple (les GAFAM) sont justement la conséquence d'initiatives privées fondées sur des innovations protégées juridiquement et mises en mouvement par le biais de contrats.

La défense implicite d'une sorte de féodalité ?

Dans un article intitulé « Pour en finir avec Milton FRIEDMAN. Misère de la théorie de l'agence¹²⁹⁴ », Jean Phillippe ROBE est très critique envers le prix Nobel d'économie qu'il considère comme un mauvais idéologue qui veut faire des actionnaires les vrais maîtres de la société pour des mauvaises raisons : le triomphe du lucre et du court-termisme. Si ce type d'argument peut faire mouche, il s'agit davantage de positions morales que de vérités démontrées par une démarche scientifique. Milton FRIEDMAN défend un capitalisme de concurrence et selon lui, les hommes ne travaillent que pour deux raisons : la coopération par le marché ou le travail forcé¹²⁹⁵. De l'économie de marché fondée sur de nombreuses libertés individuelles découle une organisation « volontaire » des entreprises¹²⁹⁶. Or cette organisation s'est développée historiquement autour du capital, capitaux qui sont rassemblés librement par des « entrepreneurs ». M. ROBE récuse cette qualité d'entrepreneur au simple petit porteur de quelques actions et pourtant, si infime soit la participation de ce dernier dans l'entreprise, il fait un choix d'entreprendre avec cette somme en achetant des titres sociaux au lieu de consommer ou d'épargner classiquement. Et ce choix est normalement libre. En

¹²⁹² J.-Ph. ROBE, *ibid.* p.44

¹²⁹³ *Supra* première partie

¹²⁹⁴ J.-Ph. ROBE, Pour en finir avec Milton FRIEDMAN. Misère de la théorie de l'agence in *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, sous la dir. De A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz 2012 p.11 et s.

¹²⁹⁵ M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, édit. R. Laffont, titre original : *capitalism and freedom* 1962, traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, 1971 : p.27-28 : « Il n'y a fondamentalement que deux manières de coordonner les activités économiques de millions de personnes. La première est la direction centralisée, qui implique l'usage de la coercition : c'est la technique de l'armée et l'Etat totalitaire moderne. La seconde est la coopération volontaire des individus : c'est la technique du marché. »

¹²⁹⁶ Fr.-X. OLIVEAU, *Micro capitalisme vers un nouveau pacte social*, PUF, *génération Libre*, p.97

récusant la chaîne de libertés que constitue l'entreprise, qui se traduit juridiquement par une chaîne de contrats, M. ROBE substitue un principe hiérarchique où l'entreprise obéirait à une idée abstraite, qui serait un intérêt supérieur, transcendant et défendu uniquement par les dirigeants sociaux, investis d'une mission. Avec cette vision de l'entreprise, l'apporteur de fonds fait partie de la catégorie des financeurs, une catégorie comme une autre. Nous tenterons de démontrer que cette vision de l'entreprise est inexacte dans une économie de marché car c'est le capital qui est la source du pouvoir dans une entreprises privée, partout, dans le temps et dans l'espace (pas propre à l'ordre juridique français). Mais le principal grief que l'on peut faire à M. ROBE est de proposer une conception féodale de l'entreprise, au sens vrai du terme féodalité¹²⁹⁷. M. ROBE critique FRIEDMAN qui écrivait que le dirigeant d'entreprise n'a qu'une mission : générer du profit. C'est pourtant la réalité d'une entreprise privée dans une économie de marché. L'entreprise est un processus qui n'est ni moral, ni immoral mais amoral¹²⁹⁸. L'intérêt général ne relève pas de l'entreprise privée, mais de l'Etat qui doit agir en tant qu'Etat. En attribuant une mission d'intérêt général à la grande entreprise et en admettant le rôle politique de celle-ci, on charge le dirigeant social de missions d'intérêt général, voire presque de prérogatives de puissance publique. Or dire que le dirigeant social, choisi par les actionnaires donc le « Capital », aurait des prérogatives de puissance publique revient à entériner une féodalité au sens vrai du terme. L'intérêt général, selon notre conception actuelle du droit, découle de la souveraineté populaire et non d'un pouvoir de propriété ; en faisant des grandes entreprises privées des auxiliaires de la puissance publique, il y a danger de confusion entre la sphère privée et la sphère publique, entre l'intérêt privé et l'intérêt général. M. ROBE fait du dirigeant social un chef politique qui n'est plus contrôlé uniquement par les actionnaires (par le Juge in *fine* ?). Or il est extrêmement malsain qu'une personne choisie par les détenteurs de capitaux devienne titulaire de prérogatives politiques qui dépassent le cadre d'un mandat de droit privé, d'une relation contractuelle de droit privé mais deviendrait une sorte de « fonctionnaire » de l'intérêt général. Une telle vision fait du dirigeant social une sorte de suzerain où le principe de séparation entre le public et le privé est effacé¹²⁹⁹. Comment justifier qu'une personne « choisie » par un conseil d'administration par exemple qui est composé pour l'essentiel des grands propriétaires d'actions, puisse avoir

¹²⁹⁷ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF p.44 : Définition de la féodalité : « Elle désigne les droits de propriété qui confèrent à leur titulaire des obligations personnelles : les charges seigneuriales qui découlent du « domaine direct » (expression générique destinées à englober tous ces droits seigneuriaux de propriété) qui se superposent simultanément au « domaine utile », propriété de celui qui travaille la terre, sur qui pèsent ces charges seigneuriales ».

¹²⁹⁸ Voir les développements du philosophe André COMTE-SPONVILLE, Le capitalisme est-il moral ? Livre de poche 2006

¹²⁹⁹ MARX critiquait la société bourgeoise et son principe de séparation mais on remarque que les économies où il n'y avait pas de séparation, comme celles des anciennes démocraties populaires, n'étaient pas favorables aux libertés individuelles et peu performantes économiquement.

une autre mission que celle de faire du profit et doit par exemple accomplir des missions de services publics ou d'intérêt général ? On est bien d'accord que dans certaines occurrences, l'entreprise privée ne peut pas tout et que la régulation est parfois nécessaire, voire que dans certains cas, l'Etat peut se substituer à l'entreprise privée par le biais de services publics lorsque cela est nécessaire. Mais dans une économie de marché, comme l'écrivait M.-A. FRISON-ROCHE, « lorsque l'entreprise est ordinaire, l'Etat n'a pas à y pénétrer¹³⁰⁰ ».

Conclusion du §2

Finalement, la thèse de M. ROBE et son incidence sur le rôle des dirigeants sociaux dans une entreprise, contribue selon nous, à accroître le pouvoir d'une personne qui est potentiellement irresponsable. D'un point de vue économique, même si le droit ne fait pas la distinction, il existe deux dirigeants qui sont dans une situation radicalement différente : le chef d'entreprise propriétaire d'une grande partie de son entreprise (directement mais le plus souvent par le biais de titres sociaux) et celui qui n'est pas propriétaire ou très peu (le pur mandataire). La vision de l'entreprise de M. ROBE, est d'une part selon nous, inexacte dans une économie de marché et surtout accroît le « risque de capture » du dirigeant social, car on confie des prérogatives énormes à des gens qui sont « irresponsables économiquement¹³⁰¹ ». « Irresponsables économiquement », car les dirigeants sociaux qui n'ont plus à rendre des comptes aux actionnaires, non propriétaires de titres sociaux, ont un grand pouvoir sans la responsabilité qui va avec : « *La séparation du contrôle de la propriété d'une entreprise offre aux dirigeants la possibilité d'exproprier à leur profit une partie des revenus des actionnaires*¹³⁰² ». Et ces dirigeants ne sont plus soumis au principe hiérarchique et/ou à la souveraineté populaire comme peuvent l'être les fonctionnaires et/ou les élus de la république. La théorie des néo-personnalistes de vouloir dissocier l'entreprise de l'actionnaire majoritaire, charriant de bons sentiments, risque paradoxalement de renforcer

¹³⁰⁰ M.-A.FRISON-ROCHE, Les entreprises cruciales et leur régulation, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.253 et s. p.267 : Si l'auteure défend le principe que l'entreprise est gouvernée sans que l'Etat s'en mêle, il est des cas où l'Etat qui incarne l'intérêt général doit pouvoir intervenir notamment lorsque « l'entreprise occupe tout l'espace » : l'auteure propose donc le concept d'entreprise cruciale, lorsque l'entreprise opère dans un secteur qui nécessite une intervention (directe ou indirecte) car la logique marché ne suffit plus mais doit être soumise à un « contrôle politique ». Cela rejoint l'idée que tout ne peut pas être soumis au marché et que certaines choses n'ont pas de prix car elles relèvent de la dignité humaine. (KANT, cité par J. TYROLE)

¹³⁰¹ Syndrome Jean-Marie MESSIER « J2M ou J6M » , patron star de la générale des eaux devenue Vivendi à l'ascension fulgurante du début des années 90.. P. GASQUET, Les Echos du 18.11.2009 (internet), « Jean-Marie MESSIER ou comment oublier « J6M » ».

¹³⁰² C. AT, N. CHAPPE, PH MORAND, L. THOMAS, Rémunération optimale des dirigeants : faut-il interdire les bénéfiques privés ?, Revue d'économie politique 2006/6 ; Sur la notion de bénéfice privée, V. O. SAULPIC, H. TANGUY, « Les enseignements de la théorie financière pour évaluer le rôle de FIE », in La montée en puissance des fonds d'investissement. Quels enjeux pour les entreprises ? Sous la direction de Dominique PLIHON et JP PONSSARD. Les études de la documentation française

l'irresponsabilité des dirigeants et justement la prédation, par l'attribution notamment de hautes rémunérations par le biais de conseils d'administrations contrôlés indirectement, ou parfois totalement vassaux, par le dirigeant social. En France, de nombreuses études prouvent qu'il n'y a pas de lien entre la performance réelle de la gestion des grandes sociétés et la rémunération des dirigeants¹³⁰³. MM. SUPLOT et ROBE insinuent implicitement que ce problème serait dû à la théorie de l'agence qui renforce trop l'intérêt des actionnaires au détriment de l'intérêt général de l'entreprise. Mais on pense justement l'inverse : quel intérêt aurait un actionnaire à surpayer un dirigeant non performant ? La France aurait un régime juridique ultra-libéral alors que les articles du Code de commerce relatifs à la société anonyme ont complètement verrouillé le pouvoir, à tel point que l'assemblée d'actionnaires ne peut même pas décider directement la rémunération à accorder à son mandataire social dans une SA non cotée par exemple ? Derrière le néo-personnalisme qui voit l'entreprise comme une vision autonome, il y a bien souvent une vision étatiste de l'économie avec l'idée qu'il faudrait davantage de procédures et d'Etat dans l'entreprise privée. Nous, nous croyons que c'est l'absence d'un véritable contrôle par le marché qui rend inefficace le contrôle de la rémunération des dirigeants.

Conclusion de la Section I

Si M. ROBE dispose de solides arguments pour défendre son point de vue, on peut constater après analyse qu'il ne s'agit que du recyclage d'idées qui ont déjà été défendues dans ce que l'on nomme les théories personalistes/institutionnelles de l'entreprise, de la société, voire de la personnalité morale. Le fil conducteur de toutes ces théories est de faire de l'entreprise sociétaire personnifiée une entité abstraite autonome et ayant sa propre « existence » comme si le groupement avait une vie distincte de la somme de ses membres. Le philosophe Karl POPPER avait déjà relevé ce phénomène à propos de l'Etat, de Platon à Rousseau et bien d'autres, de cette tendance à considérer que la collectivité d'êtres humains aurait une essence propre et distincte des individus qui la composent. Or ici il est trop périlleux de s'attaquer au mythe holistique, avéré ou non de l'Etat, qui relève du droit public, on peut néanmoins contester ce mythe animiste en droit privé, notamment le droit privé d'une démocratie libérale fondé sur le marché où la coopération et le travail entre individus résultent principalement de contrats *a priori* librement consentis. La structure de l'entreprise n'est donc pas fondée sur un vague principe hiérarchique avec un intérêt général élargi dont on ne sait

¹³⁰³ X. GABAIX, A. LANDIER, Why Has CEO Pay Increased So Much ? The Quarterly Journal of Economics, MIT Press, vol. 123 (1), p.49-100 ; Xavier GABAIX, Comment rémunérer les dirigeants ? XG + Alex EDMANS C'est la valeur de l'entreprise qui détermine la rémunération de son patron. TELOS

pas trop qui entre le dirigeant, le juge et d'autres organes de l'Etat serait le gardien mais sur le contrat qui lui-même découle de la propriété privée. La critique politique des néo-personnalistes paraît séduisante car fondée sur les bons sentiments mais ne semble ni confirmée d'un point de vue de la politique juridique, ni du point de vue de la technique juridique qui en découle. L'unilatéralité que l'on peut observer dans l'entreprise sociétaire ou non ne découle pas d'une prétendue autonomie du droit des sociétés. Cette unilatéralité découle de pouvoirs de droit privé corrélés à des relations juridiques contractuelles (de représentations) qui elles-mêmes sont déduites d'une forme de propriété mal conceptualisée (propriété privée collective camouflée par la notion de personne morale par exemple). Pour résumer, l'entreprise privée est fondée autour d'un pouvoir issu du droit privé, de la propriété privée. Nous allons étudier maintenant quels sont les éléments constitutifs de l'entreprise.

Section II Tentative de définition de l'entreprise privée

« Car la propriété qui devient une fonction, n'est plus une propriété ; et, comme elle est la condensation de tous les droits individuels, avec elle et le droit qui s'y rapporte, disparaissent tous les autres¹³⁰⁴. »

Défaut de conceptualisation de l'entreprise privée

Il n'existe pas de définition juridique de l'entreprise. Les entrepreneurs sont propriétaires de la prestation qu'ils vendent même s'il est possible qu'économiquement, ils ne soient propriétaires d'aucun facteur de production. Dans un colloque de juin 2014 qui s'est déroulé au Collège de France, Alain SUPIOT apporte une précision importante à la définition de l'entreprise car cet auteur lie la définition de l'entreprise à la liberté, aux libertés économiques¹³⁰⁵ : « d'un point de vue juridique, l'entreprise se présente donc comme la mise en œuvre d'une liberté d'agir¹³⁰⁶ ». Déjà dans un « Que-sais-je ? » sur le droit du travail, Alain SUPIOT écrivait que « *L'entreprise n'est pas une institution, mais l'expression de la liberté d'entreprendre, et c'est pourquoi, malgré tous les efforts des juristes, elle demeure une notion juridique insaisissable¹³⁰⁷* ». L'entreprise privée est en réalité d'abord une liberté. Ce sont toujours des personnes qui entreprennent et qui le font soit seules, soit en contractant avec d'autres pour donner naissance parfois à une ou plusieurs personnes morales¹³⁰⁸. Si cette entreprise s'avère profitable, elle va devenir un bien frugifère. Alain SUPIOT explique ensuite une chose très importante qui nous sera utile pour notre définition de l'entreprise : la Charte de l'Union Européenne des droits fondamentaux (à l'article 16) affirme que la « liberté d'entreprise » est une liberté complémentaire du droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée. « *Liberté d'entreprendre et liberté du travail se présentent ainsi comme deux dimensions d'une même liberté de l'agir économique¹³⁰⁹* ». Si l'entreprise est une liberté d'agir, elle est donc aussi la mise en œuvre d'une idée et lorsque l'entreprise produit un service ou un bien complexe, la division du travail en son sein aboutit

¹³⁰⁴ R. SALEILLES, De la personnalité juridique, 1910, reprint, édit. la mémoire du droit 2003., p.548

¹³⁰⁵ Liberté d'entreprise est une liberté complémentaire du droit de travailler : « Liberté d'entreprendre et liberté du travail se présentent ainsi comme les deux dimensions d'une même liberté de l'agir économique ». in A. SUPIOT, introduction in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.17

¹³⁰⁶ A. SUPIOT, introduction in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.17

¹³⁰⁷ A. SUPIOT, Le droit du travail, Puf, Que sais-je ? p.49

¹³⁰⁸ A. SUPIOT, introduction in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.18

¹³⁰⁹ A. SUPIOT, ibid. p.17

à une nécessaire coopération entre les différents membres de l'entreprise. Et la coopération entre les membres de l'entreprise se fait par le biais de contrats, y compris la relation entre le dirigeant et ceux qui lui ont accordé le pouvoir. Nous allons essayer de démontrer que cette assertion, l'entreprise est « constituée » de contrats¹³¹⁰, n'est pas un postulat mais une déduction. En amont de l'entreprise constituée de contrats, l'entreprise privée est un pouvoir de propriété, une liberté de mettre en œuvre des facteurs de production afin de produire une prestation au sens large du terme. Lorsque le processus de production devient complexe et important, les entrepreneurs engagent des personnes chargées de gérer à leur place. Par conséquent, le dirigeant social est soit forcément un des propriétaires de l'entreprise, soit il est choisi par les propriétaires de l'entreprise pour gérer l'universalité qui lui a été confiée. Donc sa rémunération, qui n'est pas par principe dans l'orbite du droit du travail, est forcément d'une nature conventionnelle.

L'entreprise privée est corrélée à l'existence d'entrepreneurs. Et si nous sommes d'accord pour dire que l'entreprise n'est pas appropriée au sens strict du terme, c'est en réalité parce que l'entreprise n'est pas une chose corporelle mais la modalité d'exercices de propriétaires, individuels ou en commun, de prérogatives qui découlent de certaines libertés, protégées par le droit de propriété. L'entreprise privée est donc l'exercice de prérogatives qui découlent du droit de propriété et qui sont « matérialisées » par des actes juridiques de droit privé, le plus souvent contractuels.

Problème de conceptualisation et Annonce du plan

« *Les questions fondamentales ne s'éteignent pas par désuétude*¹³¹¹ » comme l'écrivait R. LIBCHABER. Or les questions relatives à la nature de l'entreprise, de la société, de la personnalité morale animent depuis plus de 150 ans la doctrine car il y a un problème de conceptualisation ou plutôt un défaut. L'idée générale, le leitmotiv est que l'entreprise privée est organisée par des actes juridiques de droit privé qui sont initialement des prérogatives du propriétaire. Or si dans une entreprise individuelle, le lien entre le pouvoir décisionnel et la propriété privée est encore évident, dans une entreprise sociétaire, notamment dans une grande entreprise faisant partie d'un groupe, le pouvoir semble abstrait mais il découle malgré tout de la propriété privée des apports, concentrés en une direction unifiée. Or cette direction unifiée qui peut être rémunérée selon les cas, puise toujours sa source dans un contrat, soit directement et il y a dans ce cas une relation juridique qui relève de la catégorie du contrat

¹³¹⁰ Il faut entendre ici la notion de contrat au sens large du terme et non pas à l'acception stricto sensu du droit privé. En réalité, il faudrait dire pour « parler » une langue juridique exacte d'acte juridique de droit privé car il existe des actes unilatéraux de droit privé. La question peut se poser d'ailleurs pour le contrat de société. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés » 31e édit. LexisNexis 2018, p.4, n°12

¹³¹¹R. LIBCHABER, RTD Civ. 2003, p.168

d'entreprise/mandat, soit indirectement par le biais du contrat de société. Mais dans toutes ces occurrences, c'est le droit de propriété qui structure l'entreprise. Dans un premier temps, on verra que la propriété privée n'est pas aussi simple à délimiter bien qu'elle soit la matrice de l'ordre juridique et ensuite, on essaiera de définir l'entreprise privée à partir d'elle.

§1 La propriété privée des moyens de production, matrice de l'entreprise privée

Droit de propriété, fondement du pouvoir au sein de l'entreprise

Avant de comprendre et de définir ce qu'est réellement une entreprise, il est fondamental de comprendre que l'entreprise privée puise ses fondements dans le droit de propriété car notre idée générale est que l'entreprise est l'exercice de prérogatives qui découlent directement ou indirectement de la propriété privée. Et la propriété privée découle de la liberté individuelle. Tout pouvoir exercé au sein de l'entreprise privée est un pouvoir immanent et non transcendant. Toute société humaine dispose de règles relatives à la propriété privée ; et MM. DUGUIT¹³¹² et HAURIUO¹³¹³ avaient saisi l'importance du droit de propriété, qui n'est pas un droit parmi d'autres mais la matrice d'un ordre juridique fondé sur certaines libertés car la propriété est une potentialité de volonté et c'est dans cette potentialité de volonté que va se concrétiser la liberté du sujet de droit¹³¹⁴. Paradoxalement, malgré son importance, le droit de propriété ne semble pas avoir bien été délimité par la doctrine et la pratique du droit. De plus, la politisation du droit dénoncé à propos de la crise du contrat « où tout deviendrait droit public » a également ébranlé le droit de propriété qui semblait se réduire davantage à chaque décennie du fait de l'augmentation des contraintes unilatérales issues de la puissance publique.

¹³¹² L. DUGUIT, « Leçons de droit public général » Editions la mémoire du Droit, p.49 « Je scandalise parfois les professeurs de droit civil en leur disant que si l'on fait abstraction du droit de la famille, le code Napoléon, malgré ses 2281 articles, ne contient en réalité que trois règles que voici : 1° la règle qui impose le respect de la propriété individuelle ; 2° celle qui reconnaît la force obligatoire des contrats ; 3° celle enfin qui oblige quiconque a par sa faute occasionnée un dommage à autrui à le réparer. Toutes les autres dispositions sont uniquement constructives, destinées à mettre en œuvre ces trois normes et d'adressent exclusivement aux juges »

¹³¹³ « Nous acquérons la conviction que la vie civile est fondée sur la propriété plus encore que sur la famille, que le régime civil est essentiellement le régime des biens, de la propriété, de sa pratique et de son faire valoir ». M. HAURIUO, Principes de droit public, Bibliothèque DALLOZ, 2005 préf. O. BEAUD p.310

¹³¹⁴ Sur le lien entre volonté et liberté dans le droit de propriété, V. Fr ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et . : « La propriété n'est que la mise en œuvre de la liberté dans l'ordre des biens et se trouve en conséquence soumise au même régime [...]La propriété est, comme la liberté, un pouvoir de vouloir et surtout un pouvoir de vouloir juridiquement ».

Droit de propriété, un droit difficile à délimiter

Si on adhère à la conception dogmatique des professeurs ZENATI et REVET, le droit de propriété n'est pas un droit comme un autre mais le droit qui permet de faire le lien entre un sujet et un objet de propriété¹³¹⁵. La confusion du droit de propriété avec l'objet de ce droit est courante mais pourtant inexacte¹³¹⁶. La démonstration que l'on cherche à faire est que l'entreprise privée est corrélée à l'exercice du droit de propriété, exercice accompli à plusieurs par le biais d'actes juridiques de droit privé dont le contrat de société est la principale figure. Le dirigeant social est donc dans une relation juridique conventionnelle qui découle soit directement, soit indirectement du contrat de société et ce contrat de société, lorsqu'il encadre une entreprise, dérive du droit de propriété exercé à plusieurs. Par déduction, la rémunération du dirigeant social est donc forcément contractuelle étant donné que l'entreprise privée n'est organisée que par le contrat, contrat dont l'origine se situe dans l'exercice du droit de propriété. Pour des raisons historiques et idéologiques, le droit des sociétés s'est construit en éludant la propriété privée collective qui fut remplacée par la fiction de la personnalité morale de droit privé. La personnalité morale de droit privé est une façon de déguiser le problème de la propriété¹³¹⁷. Mais l'essence de la propriété peut poser des problèmes bien que la notion ne soit pas facile à appréhender partout.

A. L'incontournable propriété privée dans une économie de marché

« *Je ne vois pas qu'il puisse exister d'ordre juridique sans propriété.* » disait Michel VILLEY¹³¹⁸. Et toute société humaine a certainement eu des règles relatives à la propriété et à l'usage des biens. Néanmoins l'idée d'une propriété privée individuelle en tant que droit subjectif est plutôt récente et remonte certainement au Moyen Âge. Mais il s'agit pour certains auteurs d'un long cheminement qui remonte à ROME. Le fameux *jus suum cuique tribuere* est une maxime qui porte déjà le droit de propriété en elle. L'idée d'une propriété privée individuelle,

¹³¹⁵ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens, PUF 3e édit. 2008, p.21, n°3 « Le droit de propriété ne peut être un bien parce qu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens. Ce sont les objets de propriété qui sont des biens, non pas la propriété elle-même. »

¹³¹⁶ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *ibid.* p.21, n°3 « Si les droits peuvent être des biens, on ne peut réduire les biens aux droits, comme conduit à le faire l'assimilation de la propriété à un bien. Tous les biens ne sont pas des droits incorporels. Il existe des biens qui ne sont pas des droits, les choses corporelles et les propriétés incorporelles ».

¹³¹⁷ M. XIFARAS, Fictions juridiques Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, p.451 et s.

¹³¹⁸ M. VILLEY, Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais, Préface de Michel BASTIT Bibliothèque DALLOZ, 2009 P.187

consacrée par le Code civil de 1804, à la suite de la Révolution, fut un long cheminement. L'étude de la propriété privée individuelle est indispensable car on ne peut pas comprendre et encore moins conceptualiser ce qu'est une entreprise si on ne comprend pas ce qu'est la propriété privée individuelle. Et ce n'est sûrement pas un hasard si les sociétés de capitaux sont apparues dans des nations où l'idée de propriété privée individuelle s'est affinée depuis la fin du Moyen Âge.

On verra dans un 1 succinctement un rappel historique de l'idée de propriété puis dans un 2 que la propriété privée est fondée sur l'individu.

1 Rappels historiques de la propriété privée

Histoire, la période antérieure à la Révolution

Avant la Révolution qui a consacré l'unité du droit de propriété, en vertu de la « positivisation » d'une vision libérale et individualiste de la société, l'ancien droit ne connaissait pas une théorie générale de la propriété mais de multiples fractionnements¹³¹⁹. A.-M. PATAULT distinguait entre les meubles et les immeubles. Sur les immeubles, le même bien pouvait être le support de différentes utilités et donc l'objet de droits de propriété distincts appelés saisine¹³²⁰. On a donc une propriété divisée, une pluralité de droits de propriété sur un même bien, un même fonds. L'immeuble est alors divisé en diverses utilités avec des propriétaires différents pour chacune d'entre elles. Cette pluralité de droits sur une même chose, ces propriétés plures¹³²¹, n'étaient pas propices aux affaires, cette

¹³¹⁹ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s.

¹³²⁰ A.M. PATAULT, °propriété°, in Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadriges dico poche, p.1253 : « Dans notre ancien droit, l'organisation juridique de l'appropriation des biens repose sur l'idée qu'un même immeuble peut être le support d'une pluralité de maîtrises identiques dans leur nature juridique mais portant sur des utilités distinctes du fonds, chaque utilité pouvant être l'objet d'une maîtrise particulière. Un même fonds est ainsi le support d'autant de propriétés qu'il offre de possibilités de jouissances durables à revenus périodiques. On peut être en saisine de percevoir la redevance du four banal..., la saisine ne distingue pas le corporel de l'incorporel. Aucune de ces maîtrises, que la coutume appelle saisines, et que la jurisprudence du XIX qualifia de « propriétés simultanées » n'absorbe la matière corporelle du fonds, ce sont des propriétés d'utilité ne pouvant s'exercer que dans le respect du droit des autres. Dès le XIII, les juristes médiévaux empruntent le mot « propriété » au vocabulaire romain pour désigner ce mécanisme pourtant totalement opposé à la notion romaine de propriété. C'est le début de l'immense influence du mythe de la propriété romaine ».

¹³²¹ F. ZENATI- CASTAING, Le crépuscule de la propriété moderne essai de synthèse des modèles propriétaires in Les modèles propriétaires, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, en hommage au professeur H. J. LUCAS p.225 et s. ; P. CATALA, Famille et Patrimoine, Puf doctrine juridique, ° Trois figures de la propriété collective ° p.107 et s. p.108

organisation de la propriété était propice à une société immuable¹³²². Mais avant la Révolution, l'individualisme et le développement d'une bourgeoisie de négoce avaient déjà érodé le modèle des propriétés simultanées¹³²³, avant de disparaître officiellement le 4 août 1789¹³²⁴. La date du 4 août 1789 est extrêmement importante symboliquement et connue de tous mais il faut préciser ce qu'est d'un point de vue juridique la nuit du 4 août : c'est l'abolition des droits féodaux qui conféraient des obligations personnelles aux titulaires de certains droits de propriété¹³²⁵. Autrement dit, celui qui travaillait la terre, titulaire du domaine était redevable de certaines charges en vertu de la « propriété » (sens de l'ancien droit) qui lui était conférée¹³²⁶. Ces charges seigneuriales étaient l'expression d'une inégalité juridique, issues de statuts sociaux souvent immuables car de naissance et aboutissaient à un mélange d'obligations personnelles et réelles¹³²⁷. L'obligation ne résultait pas d'un acte juridique¹³²⁸ mais d'un statut : « *c'est la terre qui doit plutôt que l'homme*¹³²⁹ ».

John LOCKE et les Lumières

Avec la Révolution française et les réformes subséquentes, avec notamment le Code civil de 1804, l'individu devient la particule élémentaire de la société¹³³⁰. Et pour réaliser cette liberté, les juristes de la Révolution ont été profondément marqués par la pensée de John LOCKE¹³³¹ qui fonde sa philosophie, dans la continuité du nominalisme, sur l'individu : « *l'affirmation des*

¹³²² Sur le caractère inaliénable du fief, A. ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, Paris 1892, p.206 et s.

¹³²³ J. GHESTIN, J.-L.BERGEL et Alii, Traité de droit civil, les biens, 2^e édition, L.G.D.J. p.70, n°64

¹³²⁴ J. GHESTIN, J.-L.BERGEL et Alii, Traité de droit civil, les biens, 2^e édition, L.G.D.J. p.71, n°65

¹³²⁵ Sur la définition au sens strict des droits féodaux, V.M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.44 : « Au sens strict, elle désigne les droits de propriété qui confèrent à leur titulaire des obligations personnelles : les charges seigneuriales qui découlent du « domaine direct » (expression générique destinée à englober tous ces droits seigneuriaux de propriété) qui se superposent simultanément au « domaine utile », propriété de celui qui travaille la terre, sur qui pèsent ces charges seigneuriales »

¹³²⁶ Sur la nature des « services » dus, initialement en nature puis en numéraire, A. ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, Paris 1892, p.210 et s.

¹³²⁷ M. XIFARAS, op.cit p.44

¹³²⁸ Au sens de la définition donnée par G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée « acte juridique » : « L'acte juridique, défini comme l'émanation de cette volonté, productrice d'effets juridiques,... »

¹³²⁹ A. ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, Paris 1892, p.211

¹³³⁰ Sur l'apparition de l'idée d'individu comme fondement de la société et l'importance d'OCCAM, de SCOT etc. V. M. VILLEY, M. VILLEY, La genèse du droit subjectif chez G. d'OCCAM, APD,1964 ; « Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais » préf. de M. BASTIT Bibliothèque DALLOZ, 2009 ; Philosophie du droit, Dalloz 1975, p.153-154, n°80 ; L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai. p.84 et s. ; J.-M. POUGHON, L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre juridique et réalisme économique, p.5

¹³³¹ R. LIBCHABER, La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2013, p.773-774

*droits de l'individu est indissociable de son droit à la propriété*¹³³². » Georges ROUHETTE parlait de révolution spirituelle¹³³³ pour évoquer ce phénomène d'un droit « *conçu et ordonné en fonction de l'individu*¹³³⁴. » Or LOCKE fait le lien entre le Droit et l'individu par la notion de propriété¹³³⁵.

LOCKE veut fonder la propriété sur une légitimité logique, morale et religieuse

L'individu adhère à la société, limite sa liberté et en échange obtient une protection de ses différentes « propriétés », la *property*¹³³⁶. Le concept de *property* est central dans la pensée de LOCKE et désigne la propriété des choses ainsi que surtout la propriété de soi-même, c'est-à-dire la propriété de valeurs incorporelles comme la vie, la liberté, les idées propres à l'individu dont ce dernier ne peut être dépossédé sans consentement¹³³⁷.

LOCKE avance l'argument classique que l'être humain est légitimement propriétaire de sa personne ; cette idée n'est pas nouvelle en soi mais l'innovation intellectuelle de LOCKE concerne les conséquences de cette propriété : si chacun est propriétaire de sa personne, alors les actes, industries, travaux sont à rattacher à la personne qui les a réalisés. Le travail est donc un prolongement de la propriété de l'individu¹³³⁸. LOCKE explique que même si la

¹³³² P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », essai point p.107 : « l'affirmation des droits de l'individu est indissociable de son droit à la propriété. Dire individu et dire propriété, c'est au fond la même chose. »

¹³³³ G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée "acte juridique" : « La révolution spirituelle du xvii^e siècle – que l'on peut, pour ce qui nous occupe, attribuer à Descartes – n'a atteint aux rivages du droit qu'une fois appauvrie, mutilée, laïcisée, rationalisée à l'extrême. »

¹³³⁴ G. ROUHETTE, acte juridique, op.cit.

¹³³⁵ Ch. LAZZERI, LOCKE et le fondement du droit de propriété, ses.ens.-lyon.fr/ses/fichiers/lund-eco-locke.doc [Valable au 20.10.2018]

¹³³⁶ F. BLUCHE, S. RIALS, J. TULARD, La révolution française, Que-sais-je ? p.37 ; L. FONBAUSTIER, Locke Le droit avant l'Etat, Michalon le bien commun 2004 p.44 ; J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », FAYARD p.276-280 ; Ph. RAYNAUD, entrée, « LOCKE » in Dictionnaire de philosophie politique, sous dir. de Ph. RAYNAUD, S. RIALS, Puf 2e 1998 , p.354

¹³³⁷ C'est ce que LOCKE nomme les « biens civils » dans La lettre de tolérance « « Il me semble que l'Etat est une société d'hommes constituée à seule fin de conserver et de promouvoir leurs biens civils. J'appelle biens civils la vie, la liberté, l'intégrité du corps et sa protection contre la douleur, la possession de biens extérieurs tels que sont les terres, l'argent, les meubles etc... » » cité par P.MANENT, Les libéraux, Tel Gallimard p.69 ; J. LOCKE, second traité : « « Bien que la terre et toutes les créatures inférieures soient communes à tous les hommes, chacun est propriétaire de sa propre personne ; sur celle-ci personne n'a de droit que lui-même. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, pouvons-nous dire, sont vraiment à lui. Quel que soit ce qu'il fait sortir de l'état dans lequel la nature l'a mis et l'a laissé, il y mêle son travail et y joint quelque chose qui lui est propre et en fait par là sa propriété. Ce qui est soustrait par lui de l'état commun dans lequel la nature l'avait placé se voit par ce travail adjoindre quelque chose qui exclut le droit commun des autres hommes : car ce travail étant sans nul doute la propriété du travailleur, nul autre que lui peut avoir sur à quoi ce travail s'adjoit, du moins là où ce qui est laissé en commun aux autres suffisant et de même qualité. » » cité par P. GARNSEY, Penser la propriété, de l'antiquité à l'ère des révolutions, Les belles lettres, histoire p.173 ; V. aussi Ph. RAYNAUD, dictionnaire de philosophie politique p.354 :

¹³³⁸ W. DROSS, Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? RTD Civ. 2015 p.27 et s p.28 ; O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Dalloz. Entrée LOCKE

Terre est commune à tous les êtres humains de la Terre, l'homme pour s'auto-conserver doit prélever ce dont il a besoin sans obtenir le consentement des autres sinon il mourrait de faim avant d'avoir obtenu cette autorisation¹³³⁹. « *Quiconque s'est nourri des glands ramassés sous un chêne ou des fruits cueillis sur les arbres d'un bois se les est certainement appropriés.[...] S'il avait fallu obtenir un consentement de ce genre, les hommes seraient morts de faim malgré l'abondance que Dieu leur a donnée.* » LOCKE confirme donc que « le fait générateur du droit de propriété » est bien l'acte de l'homme qui va transformer le « commun » en privé, grâce à son travail. Par cet acte, l'homme s'approprie grâce à son industrie personnelle un bien qui était initialement commun¹³⁴⁰. Cette idée est fondamentale dans l'histoire de la pensée car le droit de propriété n'est plus pensé par rapport à la chose mais par rapport au travail et aux besoins de l'individu¹³⁴¹. En faisant du travail la justification de la propriété, LOCKE transforme le droit de propriété et fait de celui-ci le prolongement de la personnalité de l'individu sur une chose¹³⁴². En justifiant la propriété par le travail, LOCKE a également ouvert une porte aux futures analyses économiques¹³⁴³. La transformation d'un objet naturel par le biais du corps de l'individu va lui faire acquérir légitimement le droit d'être propriétaire sur la chose transformée. Juridiquement, on retrouve cette analyse encore aujourd'hui avec la théorie de l'accession en droit des biens. On peut même objecter qu'en réalité elle innerve tout le droit. Le travailleur qui accepte la subordination à l'égard de son employeur, en contrepartie d'un salaire, va mettre son industrie au profit d'un processus de production dans lequel il ne sera pas propriétaire de l'objet auquel il aura participé¹³⁴⁴. M. REVET a justement expliqué dans sa thèse que l'employeur devient propriétaire de la chose transformée par le travail fourni par le travailleur du fait que la jouissance d'une chose (force de travail du travailleur incorporée dans

¹³³⁹ J. LOCKE, Deuxième traité du gouvernement civil, traduction, B. GILSON, 1977 librairie philosophique J. VRIN p.78 et s. ; L. FONBAUSTIER, Locke Le droit avant l'Etat, Michalon le bien commun 2004 p.46 ; C. LAZZERI, LOCKE et le fondement du droit de propriété, op.cit.

¹³⁴⁰ R. LIBCHABER, La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2013, p.773 :

¹³⁴¹ R. LIBCHABER, op.cit. p.773-774

¹³⁴² R. LIBCHABER, La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2013, p.776

¹³⁴³ LOCKE : « « C'est le travail qui crée la différence de valeurs entre les choses » » cité par P. GARNSEY, Penser la propriété, de l'antiquité à l'ère des révolutions, Les belles lettres, histoire p.173

¹³⁴⁴ Ce qui est intéressant, c'est que la propriété de LOCKE n'est pas issue d'une convention mais d'une sorte d'acte unilatéral de l'individu qui décide de transformer la nature pour se sustenter et donc pour s'auto-conserver grâce à son travail

la chose transformée) confère le droit d'en acquérir les fruits¹³⁴⁵. Les fruits du travail appartiennent donc légitimement à celui qui a travaillé¹³⁴⁶.

Comme l'écrivait un auteur, « *c'est la théorie du droit de propriété qui offre de substantielles précisions à la définition du sujet de droit*¹³⁴⁷ ». Et la Révolution a unifié le droit de propriété ou plus exactement la faculté d'appropriation ouverte à tous qui induit la notion de patrimoine¹³⁴⁸.

2 Finalité individuelle de la propriété privée

L'individu, finalité de l'ordre juridique : aspect droit des biens

La Révolution française a permis de consacrer juridiquement l'individu comme finalité de l'ordre juridique¹³⁴⁹. Si on a vu que l'idée d'individu, centre du monde, est plus ancienne et remonte à la Renaissance, aux Lumières, à Locke, aux philosophes de l'École moderne de droit naturel¹³⁵⁰, ce sont par les révolutions américaine et française que ces notions un peu abstraites vont devenir droit positif ; la suppression de la propriété simultanée, vestige de la féodalité et l'unification de la propriété par le Code civil vont permettre à l'individu de se déployer. Parmi les auteurs du Code civil, c'est sûrement Portalis qui avait le mieux défendu cette idée que le Droit devait se déployer autour de l'individu¹³⁵¹. Et les articles 537, 544 et 545 du Code civil ont fait du droit de propriété un droit qui est la matrice de l'ordre juridique.

¹³⁴⁵ Th. REVET, La force de travail (étude juridique), préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise. n°240 : « La location explique parfaitement le processus d'appartenance du travail à l'employeur. Elle permet, en effet, de comprendre que la maîtrise du travail et de ses produits s'opère dès la conclusion du contrat : le droit de jouissance confère la propriété des fruits existant en puissance. La mise en œuvre de la force de travail, nécessaire à l'appréhension, par l'employeur, du travail effectif, se réalise également grâce au droit de jouissance : il confère le droit de mettre en œuvre la chose mise à disposition -d'autant plus certainement qu'elle est frugifère. L'exercice du droit de jouissance fait alors de l'employeur l'exploitant de la force de travail, donc l'auteur du résultat qu'il fait produire à la chose exploitée : il en est maître exactement comme tout titulaire d'un droit d'usus et de fructus est maître des fruits ».

¹³⁴⁶ C. LAZZERI, LOCKE et le fondement du droit de propriété, PDF internet (01.09.2014) p.6

¹³⁴⁷ C. GRZEGORCZYK cité par M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004 p.29

¹³⁴⁸ F. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 et s. p.447 :

¹³⁴⁹ R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec p.310, n°10 :

¹³⁵⁰ Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadriges dico poche, A.M. PATAULT, °propriété°, p.1256

¹³⁵¹ PORTALIS, cité par X. LAGARDE, « Juste capitalisme », édit. Lexis nexis, carré droit p.163 : « Quelques écrivains supposent que les biens de la terre ont été originairement communs »[...] « cette communauté dans le sens rigoureux qu'on y attache, n'a jamais existé ni pu exister. Sans doute, la Providence offre ses dons à l'universalité, mais pour l'utilité et les besoins des individus ; car il n'y a que les individus dans la nature »

Désormais, il n'y a plus de propriétaire d'une saisine, d'une utilité particulière¹³⁵² mais unité de la propriété privée : le pouvoir du propriétaire sur une chose donnée devient exclusif et absolu. Et la propriété est la consécration juridique de la liberté car « *le propriétaire figure sans doute la plénitude d'une personnalité libre de toute obligation non consentie*¹³⁵³ ». Néanmoins, la liberté c'est également la possibilité de réifier son travail et de faire de celui-ci une marchandise qui peut conduire à une subordination du travail en mettant sa « faculté laborieuse » au service d'autrui¹³⁵⁴ ». TROPLONG écrivait que : « *La propriété, c'est la liberté de l'homme exercée sur la nature physique*¹³⁵⁵ ». L'article 544 est donc peut-être l'article le plus important du Code civil de 1804 car il vient consacrer l'héritage révolutionnaire qui annihila la propriété statutaire pour la remplacer par la libre propriété : pour TROPLONG, la propriété est « la forme juridique que prend l'institution de la liberté dans le monde¹³⁵⁶ ». Mais le droit de propriété reconnu comme inviolable et sacré par la DDHC implique également que son exercice soit également libre : l'individu a la libre disposition des biens qui lui appartiennent et implicitement, le premier bien que l'on peut « louer », c'est sa force de travail donc la libre propriété va également entraîner différentes libertés économiques comme la liberté contractuelle, liberté de travailler. Ces libertés concernent finalement le droit des obligations.

L'individu, finalité de l'ordre juridique : aspect droit des obligations

Un auteur du XIX^e siècle constatait déjà le lien entre la propriété et les obligations : « *Aussi l'expérience et l'histoire nous montrent-elles le droit d'obligation se développant presque en même temps que la notion de propriété, aussitôt du moins que cette notion a atteint un certain degré de perfectionnement*¹³⁵⁷ ». Et ce lien entre le droit de propriété (droit des biens) et le droit des obligations volontaires, droit des contrats, est logique. Car le pouvoir fondamental de propriété de l'article 537 du Code civil, c'est l'aptitude à être propriétaire ainsi que l'aptitude à s'engager¹³⁵⁸. La propriété, dans le sens qu'en avait PORTALIS par exemple, désormais identique pour tous les sujets, « *fait partie de l'homme, non seulement de sa nature, mais aussi de sa structure juridique, la personne*¹³⁵⁹. » Cette conception de la propriété

¹³⁵² A.M. PATAULT, °propriété°, in Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadrige dico poche, p.1253 et s. p.1257

¹³⁵³ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF 2004, p.92 :

¹³⁵⁴ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit op.cit.

¹³⁵⁵ Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadrige dico poche, A.M. PATAULT, °propriété°,p.1256

¹³⁵⁶ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF 2004, p.92 : « L'industrie s'est substituée au sang, la Révolution est terminée¹³⁵⁶. »

¹³⁵⁷ C.-A. PELLAT, Du droit privé des romains, 1852, p.313 et s., n°118

¹³⁵⁸ Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 et s. p.462 : « La personnalité juridique apparaît donc comme l'aptitude à avoir et à disposer. Elle est aussi l'aptitude à s'obliger »

¹³⁵⁹Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 et s. p.447 :

fait de l'individu le siège de son activité. C'est lui qui théoriquement décide de s'engager ou pas, de vendre ou pas. Une telle conception de la propriété entraîne forcément le « contractualisme » car les obligations ne dépendent plus d'un statut ou d'un souverain mais de l'auto-nomie du sujet : l'obligation volontaire devient la principale par rapport à celles qui sont contraintes. Si l'individu est libre, la première liberté dont il dispose est celle de travailler pour lui-même, pour accroître son propre patrimoine ou travailler pour le patrimoine d'autrui en obtenant une contrepartie, appelée salaire¹³⁶⁰. C'est pour cette raison que plusieurs fois, on a écrit que le contrat, c'est la propriété en mouvement et que l'entreprise privée n'est finalement qu'une « machinerie juridique » destinée à produire des bénéfices par le biais d'actes juridiques de droit privé, principalement des contrats¹³⁶¹. Tous les rapports externes de l'entreprise sont des contrats mais aussi tous les rapports internes. Nous avons dit en première partie que des économistes employaient l'expression « marchés privés » pour désigner le fait que le salarié offre sa force de travail d'une manière permanente et exclusive à un employeur. Tous ceux qui travaillent au nom d'une personne morale de droit privé, d'une entreprise, d'une société, pour accroître le patrimoine social le font pour deux raisons et seulement deux raisons : soit pour obtenir une rémunération, un salaire en échange de la location/affectation de leur force de travail à l'entreprise, soit pour accroître leur patrimoine professionnel (le cas d'un actionnaire majoritaire qui travaillerait sans contrepartie directe dans sa société). Il ne faut pas oublier que la liberté de travailler pour soi ou pour autrui, qui paraît aujourd'hui si naturelle dans une démocratie libérale générant une économie de marché, n'est pas universelle dans le temps et l'espace. Dans les sociétés de type holiste, que l'on oppose à celles qui sont individualistes, c'est-à-dire dans les sociétés à statut et non dans les sociétés organisées autour du marché¹³⁶², la fonction sociale est souvent déterminée par

¹³⁶⁰ Adam SMITH, Richesse des nations (« Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, T.1 et T.2, Trad. G. GARNIER, revue par A. BLANQUI, introduction, D. DIATKINE, p.198 : « La plus sacrée et la plus inviolable de toutes les propriétés est celle de son propre travail, parce qu'elle est la source originaire de toutes les autres propriétés. Le patrimoine du pauvre est dans sa force de travail et dans l'adresse de ses mains ; et l'empêcher d'employer cette force et cette adresse de la manière qu'il juge le plus convenable, tant qu'il ne porte de dommage à personne, est une violation manifeste de cette propriété primitive. C'est une usurpation criante sur la liberté légitime, tant de l'ouvrier que de ceux qui seraient disposés à lui donner du travail ; c'est empêcher à la fois l'un, de travailler à ce qu'il juge à propos, et l'autre, d'employer qui bon lui semble. »

¹³⁶¹ Il y a aussi des actes unilatéraux de droit privé qui relèvent de la notion de pouvoir. E. GAILLARD l'a expliqué dans sa thèse, c'est le cas du mandataire qui contracte avec un tiers : un tel acte est à la fois un contrat mais également la manifestation d'un pouvoir issu du mandat, qui est unilatéral et qui vient se « fondre » dans l'acte juridique contractuel. En réalité, ces actes unilatéraux découlent toujours, directement ou indirectement d'un pouvoir fondamental de propriété.

¹³⁶² J. CHEVALLIER, L'Etat post-moderne, 3^e édit. L.G.D.J. 2008 p.12 ; L. FONTAINE, Le marché Histoire et usages d'une conquête sociale, NRF essais Gallimard 2014 ; H. BOUTHINON-DUMAS, Préface Ph. DIDIER, directeur de thèse M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, L.G.D.J. Droit et économie, p.16-17, n°23 ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale Quasi contrats, PUF 2014 p. 24, n°2 ; L. FAVOREU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et alii, Droit des libertés fondamentales, 7e, Dalloz p.6, n°7 ; F. ZENATI- CASTAING, Le crépuscule de la propriété moderne essai de synthèse des modèles propriétaires

la naissance de l'individu. C'est en cela que la Révolution française, a permis les ruptures, en libérant le travail¹³⁶³.

B. La conceptualisation limitée de la propriété privée : réduction de la propriété quant à son étendue

Le droit de propriété a été souvent réduit à plusieurs niveaux distincts : d'abord, d'aucuns expliquaient que le droit de propriété était limité aux choses corporelles¹³⁶⁴. Mais une certaine doctrine remet en cause depuis plusieurs années ce « postulat » et nous pensons qu'elle a raison, car assimiler le droit à la corporéité d'une chose matérielle est révélateur d'une confusion. La propriété serait incluse dans la chose que l'on peut appréhender physiquement or il s'agit, selon nous, d'une erreur conceptuelle de ce qu'est réellement le droit de propriété. Ensuite, comme le soulignent Frédéric ZENATI et Thierry REVET¹³⁶⁵, la propriété privée individuelle n'est pas un triptyque de prérogatives (*usus*, *abusus*, *fructus*) mais une liberté concernant une chose appropriée¹³⁶⁶. Le propriétaire ne dispose pas de trois prérogatives limitativement énumérées que seraient l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus* mais d'une variété infinie de prérogatives sur son bien. Le propriétaire dispose d'une liberté sur une chose, dispose des utilités qui ne peuvent être précisément définies car la liberté ne peut être définie positivement¹³⁶⁷. Le propriétaire est justement celui qui peut user de son droit de propriété sans limite ou plus exactement dans une limite fixée par l'ordre juridique car il n'y a pas de propriété sans ordre juridique¹³⁶⁸. La propriété privée individuelle est toujours une interaction entre un individu et la société (dans le sens d'ordre juridique) à laquelle il appartient. C'est peut-être ce que voulait dire PLANIOL lorsqu'il défendait la théorie de l'obligation passive universelle... Si on oublie l'aspect « liberté d'usage » de la propriété, alors on risque de tomber dans l'ultra-réglementation sous couvert de fonction sociale¹³⁶⁹ et aboutir à la négation même

p.225 et s., p.227 ; S. VIBERT, L. DUMONT, « holisme et modernité », Michalon, le bien commun, p.25 ; R. LEROUX, « Ludwig Von MISES, vie, œuvres, concepts », ellipses, les grands théoriciens sciences humaines, p.19

¹³⁶³ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.44-46 :

¹³⁶⁴ « dans le sens traditionnel du mot, la propriété ne se comprend que pour des choses corporelles¹³⁶⁴ » in J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, les obligations. PUF quadriges manuels tome 2, 1ère édit. Quadriges 2004, p.1900, n°912

¹³⁶⁵ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.313, n°192 : « La recherche du contenu de la propriété est délicate, voire contre-nature, car ce droit est essentiellement illimité : lui donner un statut, c'est lui assigner des limites et donc contredire sa nature. » ; V. aussi Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s.

¹³⁶⁶ V. aussi R. LIBCHABER, Les Biens, Rep. Civ. Dalloz, 2016 n°31 et s.

¹³⁶⁷ G. de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905 p.443 et s. p.444, n°1 : C'est le droit en vertu duquel une personne peut en principe faire d'une chose ce qu'elle veut. »

¹³⁶⁸ Sans ordre juridique, la propriété est une simple possession, une simple détention précaire reposant sur la force...

¹³⁶⁹ L. DUIGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3e éd. t. I, Paris, 1927, n°41, p. 445 et s. ;

du droit de propriété : la conception de la fonction sociale du droit de propriété était promue, par exemple, en Union soviétique. Cette fonction sociale de la propriété entérine l'idée d'une soumission de l'individu à l'Etat, elle n'est pas conforme aux principes d'une démocratie libérale.

Enfin la troisième et ultime réduction du droit de propriété est celle concernant la propriété privée collective : si le propriétaire est libre de l'usage d'un bien, il peut très bien s'associer à d'autres pour mettre en commun leurs biens respectifs et avoir en échange des titres de propriété qui représentent une quote-part de l'universalité. Pourtant le droit français a préféré l'usage de fiction et de métaphores pour décrire ce phénomène de propriété collective plutôt qu'une analyse fondée sur les notions du droit privé.

1. Réduction du droit de propriété à la corporéité

Le droit de propriété : de la corporéité à la relation intellectuelle

Aujourd'hui encore le droit de propriété est trop souvent associé à la corporéité des objets alors que pourtant la liberté de l'industrie permet de « créer » des valeurs utiles et rares produites par le travail d'autrui¹³⁷⁰. La nouvelle révolution industrielle qui s'annonce avec l'imprimante 3D et l'intelligence artificielle va certainement réduire davantage la frontière entre les biens corporels et incorporels : de plus en plus, c'est le travail de conception qui donne la plus grande valeur à une chose et non les matières premières qui la constituent. Pourtant une doctrine « réactionnaire » continue d'assimiler le droit de propriété aux choses corporelles¹³⁷¹. La propriété n'est pas un bien mais le droit qui permet aux choses de le devenir¹³⁷². Comme l'explique Rémy LIBCHABER, le vrai critère entre les biens est le fait que « *la ligne de partage entre les biens ne sépare pas ce qui est matériel de ce qui ne l'est pas, mais ce qui n'existe que dans et par les relations juridiques de ce qui existe en dehors d'elles*¹³⁷³ ». Cette remarque est importante car l'entreprise privée, son capital, son organisation juridique personnifiée ne peuvent exister sans règles sophistiquées du droit de propriété. Le capital a une dimension abstraite et l'économiste H. De SOTO insiste notamment sur ce fait : c'est le droit de propriété qui permet de générer du capital et le « triomphe » de l'Occident par le passé dans le capitalisme a justement pour cause ces règles relatives à la propriété, même quand elles sont implicites : « *en apprenant à fixer le potentiel économique de leurs biens grâce à des registres de propriété, les Occidentaux se sont donné les moyens*

¹³⁷⁰ Fr. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Les biens, PUF 3e édit. 2008, p.20

¹³⁷¹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *ibid.* p.19 : « A l'époque moderne, le refus du principe de la propriété incorporelle est un non-sens économique ».

¹³⁷² R. LIBCHABER, Répertoire de droit civil Dalloz, 2016 Les Biens n°45

¹³⁷³ R. LIBCHABER, *ibid.* n°45

d'explorer rapidement les aspects les plus productifs de leurs avoirs. La propriété formelle est devenue un escalier menant au royaume conceptuel où la signification économique des choses devient connaissable et où le capital naît¹³⁷⁴ ». Le capital au sens économique du terme est corrélé à la propriété et la comptabilité donc de la mathématique¹³⁷⁵. L'erreur trop souvent commise est de croire que le capital économique est uniquement matériel alors qu'il s'agit d'une abstraction qui ne peut exister sans la comptabilité et la mathématique. Le capital est abstrait car le droit de propriété est lui-même une abstraction, comme l'énergie¹³⁷⁶. Le droit de propriété « est le rapport juridique grâce auquel les choses deviennent des biens¹³⁷⁷ », c'est un droit attaché à la personne qui est distinct de tous les autres droits qui eux sont des biens. « Le droit de propriété n'est pas un droit incorporel¹³⁷⁸ » car il n'est pas un bien mais le droit qui permet de s'approprier des biens¹³⁷⁹.

Opposabilité *erga omnes* du droit de propriété

Finalement le droit de propriété est moins un lien entre une personne et une chose qu'un lien entre une personne et les autres à l'égard d'une chose : le droit de propriété permet l'opposabilité d'une relation juridique entre une personne et une chose à l'égard des autres personnes¹³⁸⁰. C'est le droit subjectif qui individualise, qui rend souveraine une volonté individuelle, opposable aux autres membres du groupe. On peut se demander si par exemple la théorie de l'obligation passive universelle de PLANIOL n'était pas finalement le respect nécessaire de l'existence, voire de l'essence du droit de propriété. Un droit de propriété systématiquement violé, sans protection de l'ordre juridique, n'est pas un droit de propriété. Le droit de propriété permet de dissocier l'individu ou un groupement d'individus du reste du Monde. C'est une relation intellectuelle, qui n'est pas liée à la corporéité des choses. Or un

¹³⁷⁴ H. De SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010 p.64

¹³⁷⁵ V. aussi indirectement la démonstration de S. JUBE sur l'apparition de la partie double en comptabilité in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015 p.150-152

¹³⁷⁶ H. De SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010 p.61 : « De plus, la propriété, comme l'énergie, est un concept ; on ne la ressent pas directement. Personne n'a jamais vu ni touché de l'énergie pure. Et personne ne peut voir la propriété. L'énergie et la propriété ne sont connaissables que par leurs effets. »

¹³⁷⁷ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.260, n°164

¹³⁷⁸ Fr. ZENATI-CASTAING, T. REVET, ibid. p.260, n°164

¹³⁷⁹ Fr. ZENATI-CASTAING, T. REVET, ibid. p.21 n°3 : « Ce sont les objets de propriété qui sont des biens, non pas la propriété elle-même. » et s., p.260, n°164

¹³⁸⁰ J.-Ph. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , 1ière edit. 1999, p.50 : « [Le droit de propriété] est souvent pensé comme un droit sur une chose. Il est beaucoup plus exact de le penser comme un droit existant à l'encontre de tous les autres individus composant la société, par rapport à une chose. [...]. C'est un droit subjectif, dans la mesure où il n'est pas finalisé, le propriétaire étant libre par principe de poursuivre les fins qu'il veut avec ses droits, qui sont autant de sphères de liberté. »

ordre juridique ainsi que les normes qui le constituent sont toujours des abstractions intellectuelles, des outils mentaux. Le droit de propriété est un outil mental, une relation juridique entre un individu ou un groupement d'individus non liée à la nature corporelle ou incorporelle de la chose. La nature de la chose a une incidence certaine sur son régime mais non sur l'essence du droit de propriété. C'est pour cette raison que nous croyons dans les démonstrations juridiques des professeurs ZENATI et REVET d'une part, et du professeur LIBCHABER d'autre part : le droit de propriété n'est pas inscrit dans la chose, il ne lui est pas intrinsèque mais il est une relation juridique extérieure à la chose : en dépit des différences de régimes, transférer une pomme ou une maison est intellectuellement identique alors même que la maison ne se meut pas physiquement par l'échange. Cela provient du fait qu'en réalité, il n'y a pas de transfert de propriété, comme on peut le dire rapidement dans une langue courante, mais renonciation et création du droit de propriété¹³⁸¹ : le droit de propriété est corrélé à l'existence d'une volonté individuelle.

2. Vision construite par la doctrine romaniste

Il est courant de lire que le droit de propriété serait un triptyque de prérogatives dont le propriétaire serait titulaire sur sa chose objet de propriété : l'usus, l'abus et le fructus. Cette vision du droit de propriété est héritée du passé : les juristes du Moyen Âge, comme BARTOLE, ont une vision de la propriété fondée sur les services spécifiques que peut rendre la chose¹³⁸².

Conception constructiviste du droit de propriété

Cette conception du droit de propriété ne semble pas heureuse car elle limite le droit de propriété. Avec cette vision, le droit de propriété n'est plus une liberté, une souveraineté mais risque de devenir une « fonction sociale¹³⁸³ », c'est-à-dire que la collectivité dicterait au propriétaire quels sont les usages légitimes de son droit de propriété. Apparemment altruiste, cette vision du droit est une atteinte à la liberté individuelle. Raymond SALEILLES avait d'ailleurs soulevé le danger : « *Car la propriété qui devient une fonction, n'est plus une propriété ; et, comme elle est la condensation de tous les droits individuels, avec elle et le droit qui s'y rapporte, disparaissent tous les autres*¹³⁸⁴ ». Le débat sur la propriété, fonction sociale, a donc pour conséquence de la réduire et si on réduit les prérogatives du propriétaire sur son objet de son droit de propriété, on trahit la propriété unifiée à la sortie de la Révolution,

¹³⁸¹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. Manuel 2008, p.297, n°187 : « Il n'y a pas de droit de propriété transmis, mais une extinction du droit de l'auteur, suivie de la constitution du droit de l'acquéreur, double mécanisme qui permet la transmission du bien. ».

¹³⁸² Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadrige dico poche, A.M. PATAULT, °propriété°, p.1253 et s. p.1255 :

¹³⁸³ Ch. ATIAS, Destins du droit de propriété, ouverture, p.5-15 in Revue Droits °propriété° p.14 :

¹³⁸⁴ R. SALEILLES, De la personnalité juridique, 1910, reprint : la mémoire du droit 2003., p.548 :

façonnée pour l'individu. C'est pour cette raison que le droit de propriété permet à son titulaire de tirer tous les services d'une chose, sauf exception ¹³⁸⁵. MM. ZENATI et REVET écrivent dans leur manuel de droit des biens que : « *La recherche du contenu de la propriété est délicate, voire contre-nature, car ce droit est essentiellement illimité : lui donner un statut, c'est lui assigner des limites et donc contredire sa nature. Il est inexact de définir ce que le propriétaire peut faire de sa chose par une addition de prérogatives (usus, fructus, abusus). Le caractère illimité de la propriété est incompatible avec sa réduction à des pouvoirs déterminés*¹³⁸⁶. » On peut ajouter que la présence du qualificatif absolu à l'article 544 du Code civil pour qualifier la propriété confirme l'analyse que le droit de propriété offre des « prérogatives infinies » au propriétaire. C'est pour cette raison que l'on parle d'abus du droit de propriété et non d'excès. L'excès sous-entend l'existence d'un seuil alors que l'abus non. Le droit de propriété confère la liberté de décider de l'emploi qui sera fait de la chose, de transférer à des tiers des valeurs appropriées¹³⁸⁷. Dans un ordre juridique fondé sur le primat de l'individu¹³⁸⁸, le droit de propriété ne peut être défini par la collectivité, au risque d'un important contrôle social du groupe sur l'individu. La libre propriété, le libre exercice de l'usage des choses avec y compris « *le droit de transférer librement à un tiers tout ou partie des droits spécifiques qui découlent du droit de propriété*¹³⁸⁹ ». Or cette liberté de l'usage des choses appropriées permet au propriétaire de gérer lui-même ou de confier celles-ci à des tiers. La propriété privée collective existe dans le droit français depuis longtemps mais n'est jamais qualifiée explicitement.

3.La non conceptualisation des propriétés privées collectives

Le phénomène des propriétés collectives

En matière de droit économique, il arrive souvent que des vérités juridiques soient énoncées par des...non-juristes. L'économiste Roger GUESNERIE évoque dans un ouvrage relatif à la notion de marché les termes de « propriété collective privée » pour désigner les sociétés par

¹³⁸⁵ G. de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905 p.443 et s., op.cit. p.444, n°1

¹³⁸⁶ Fr. ZENATI, Th. REVET, Les biens,op.cit. p.313, n°192

¹³⁸⁷ H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.16

¹³⁸⁸ G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée °acte juridique° ; B. OPPETIT, Droit et économie¹³⁸⁸, p.169 :« Le thème de l'individu apparaît comme le point de rencontre essentiel et la référence commune des juristes et des économistes. » in A.P.D. T.37 (1992) p.17 et s.

¹³⁸⁹ H. LEPAGE, Pourquoi la propriété, op.cit. p.16

actions¹³⁹⁰. Pourtant la doctrine juridique a parfois préféré refouler la notion de propriété collective. On a vu que l'on peut faire le lien entre le droit de propriété et le droit des obligations volontaires car l'existence de l'obligation contractuelle nécessite toujours une forme de propriété.

A côté de la propriété privée individuelle, il existerait une propriété privée plurale. Ou plus exactement des propriétés privées plures. Parmi les propriétés plures, il semble que l'on puisse proposer la distinction suivante :

_la propriété privée plurale collective : un groupe de personnes détient des prérogatives de même nature sur un bien ou une masse de biens. Ce sont les exemples de l'indivision, la communauté conjugale, la société si l'on considère la personnalité morale comme une sorte de déguisement...

_la propriété plurale simultanée ou propriété plurale divisée : les prérogatives du propriétaire privé sont ventilées entre plusieurs personnes. A l'instar de l'ancienne propriété féodale, où le propriétaire du domaine utile et du domaine direct était distinct¹³⁹¹, il existe des formes de propriété où l'on peut penser que les utilités d'une chose sont partagées entre plusieurs personnes. Dans ces occurrences, il semble vain de considérer que l'une ou l'autre de ces personnes soient propriétaires. Les deux semblent l'être. Par exemple dans le cas de la fiducie codifiée il y a dix ans dans le Code civil, on peut douter du fait que ce soit le fiduciaire le propriétaire car il s'agit d'une bien curieuse propriété (limitation du droit de poursuite des créanciers personnels du fiduciaire, dérogation aux règles des procédures collectives en ce qui concerne le patrimoine fiduciaire.). Des auteurs doutent de cette qualification du fiduciaire propriétaire¹³⁹².

La propriété collective : l'impensé du droit ?

Si la propriété privée individuelle est fondée d'abord sur l'individu en tant que personne humaine (la subjectivisation du droit de propriété est un processus qui s'inscrit dans le temps long¹³⁹³), rien n'interdit à ce que des personnes se réunissent pour mettre en commun des

¹³⁹⁰ R. GUESNERIE, L'économie de marché, poche édit. Le pommier 2013, p.31 : « « La propriété collective- quoique privée- des sociétés par actions est régie par des règles juridiques précises »

¹³⁹¹ G. CORNU, « Droit civil, Les biens », DOMAT droit privé, coll. Montchrestien , 13e édition : « « Le caractère unitaire de la propriété moderne ne se comprend que par opposition à la conception féodale du « domaine divisé ». ; R.LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec p.304, n°7

¹³⁹² BI. MALLET-BRICOUT, Le fiduciaire propriétaire ? JCP E févr. 2010, 1191 ; R.LIBCHABER, Une fiducie française, inutile et incertaine, p.303 et s. in Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE, Defrénois 2005, p.316 :Le fiduciaire ne peut pas être le propriétaire car ses prérogatives ne correspondent pas à celles de l'article 544

¹³⁹³ J.-L. HALPERIN, Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? conférence faite au Japon aux universités Nanzan (Faculté de droit droit, Nagoya) et Keio (Faculté de d..2010) <Hal-00460386

biens. Cette mise en commun de biens peut résulter de la loi (indivision successorale) ou d'une libre association. Parmi les mises en commun volontaires de biens, on peut distinguer des buts différents comme la recherche ou non d'un profit. Par essence, les mises en commun qui ont pour but de créer une entreprise commune sont guidées par le profit et sont souvent régies par le droit des sociétés. La personnification des mises en commun a généré juridiquement des patrimoines communs dissociés de la personnalité juridique des membres fondateurs mais malgré un refoulement et une absence de conceptualisation, la propriété privée collective est une réalité du droit des sociétés et jusqu'à l'avènement de sociétés unipersonnelles, phénomène très récent dans l'histoire du droit des sociétés, le contrat de société faisait systématiquement naître une forme de propriété privée collective.

Le refoulement théorique de la propriété collective

Les rédacteurs du Code civil de 1804 ont essayé de transcrire dans la Loi des idées individualistes et libérales issues de la philosophie des Lumières, notamment celles de John LOCKE. On peut notamment observer que la Révolution Copernicienne réalisée par le Code civil dans le droit est d'instaurer une propriété privée dont l'exercice ne dépend plus de statuts préétablis des personnes et des choses mais puise sa légitimité dans la volonté de l'individu et dans sa personnalité¹³⁹⁴. L'article 537 du Code civil dispose notamment que « *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois* ». Si les particuliers peuvent disposer librement de leurs biens, ils peuvent *a fortiori* les affecter à une entreprise commune, les apporter à une communauté de personnes par le biais d'un contrat de société. Pourtant bien que connus, le contrat de société ainsi que d'autres techniques faisant partie de la catégorie des propriétés collectives de droit privé (Communauté conjugale) n'ont pas été conceptualisés explicitement, ni par le Code civil, ni par les auteurs¹³⁹⁵. Le professeur LIBCHABER parle même d'une « *dissimulation de la propriété collective*¹³⁹⁶ » dont le contrat de société est

¹³⁹⁴ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale Quasi contrats, PUF 2014, p.15

¹³⁹⁵ R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec., p.315, n°15

¹³⁹⁶ R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec.p.316, n°16 : « Ce que l'on nomme ici dissimulation, ce sont un certain nombre d'habillage de la propriété collective qui permettent de ne pas qualifier comme telle, et d'autant moins que ses manifestations en seront dispersées au hasard du Code civil. Le meilleur exemple de dissimulation se retrouve dans le contrat de société, présenté avec les autres contrats nommés sans rien qui le relie à la question de la propriété. Certes, à l'article 1832 ancien, sa définition attirait l'attention sur le fait qu'il s'agissait de mettre « quelque chose en commun », ce que l'article suivant explicitait en précisant que ce pouvait être de l'argent ou d'autres biens, ou encore une industrie ».

sûrement l'exemple le plus éloquent¹³⁹⁷. La propriété collective faisait certainement peur aux juristes de l'après-Révolution, habités par une haine profonde du régime féodal¹³⁹⁸. Il y avait sûrement la crainte que la propriété privée puisse dissimuler une nouvelle forme de servage. On peut supputer que cette absence de conceptualisation de la propriété privée collective fut un terreau favorable à l'apparition de l'idée de personnalité morale en droit privé au cours du XIX^e siècle. La personnification permet d'éluder l'idée de propriété privée collective en présentant le groupement comme étant une entité unifiée¹³⁹⁹. Une telle vision permet également de sauver l'idée d'une propriété privée individualiste où l'être moral est assimilé à un individu personne physique. Aujourd'hui encore, la corrélation entre propriété privée collective et contrat de société n'est souvent pas faite. Même s'il existe des sociétés unipersonnelles, dans le temps et dans la pratique, les contrats de société sont le plus souvent liés à une affectation de biens à une œuvre collective¹⁴⁰⁰. Les auteurs qui évoquent la propriété collective à propos du contrat de société, de la communauté, de l'indivision ne sont pas si nombreux¹⁴⁰¹.

La qualité de membre d'une propriété privée collective : une qualité obtenue par consentement

L'Etat est également une propriété collective mais publique. Mais dans nos ordres juridiques, la propriété collective n'apparaît pas directement, elle est le plus souvent dissimulée par le biais de la personnalité juridique¹⁴⁰². Le Doyen CARBONIER n'a-t-il pas réalisé une thèse sur l'existence supposée d'une personnalité morale de la Communauté¹⁴⁰³ (avec peut-être le dessein d'aboutir par ce biais à l'égalité des époux ?). L'idée même de propriété collective transforme les droits individuels en pouvoir¹⁴⁰⁴, le membre d'une propriété collective n'a plus de prérogatives directes sur les biens, seulement des pouvoirs. L'existence d'une personnalité juridique accentue souvent l'absence de prérogatives du simple membre : ce sont les organes

¹³⁹⁷R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz 2004, Litec., p.316, n°16

¹³⁹⁸J.-L. HALPERIN, Histoire du droit des biens, Economica, 2008 p.194 : « La formulation redondante de cet article visait très probablement à consacrer définitivement l'abolition de la féodalité et l'abandon du « double domaine » au profit d'une conception unifiée de la propriété qui avait triomphé depuis 1789 ».

¹³⁹⁹R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec. p.323, n°19 : « La personnalité est la négation de la propriété collective. »

¹⁴⁰⁰M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, Coll1.172 p.138-139, 185

¹⁴⁰¹P. CATALA, l'indivision, Rep. DEFRENOIS, 1979, art.31874, p.8 n°4

¹⁴⁰²M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.146 : « la personnalisation des corps juridiques est un puissant outil de conjuration des formes communes de propriété. »

¹⁴⁰³J. CARBONNIER, Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Faculté de droit de Bordeaux, 1932. Bordeaux, Librairie Delmas, 1933,

¹⁴⁰⁴E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985, p.60

de la personne morale qui auront les prérogatives le plus souvent¹⁴⁰⁵. Le critère le plus important pour distinguer, selon nous, une propriété privée collective d'une propriété publique collective est celui du consentement. Marcel WALINE a développé cette idée au sujet des personnalités morales, pour distinguer celles de droit privé de celles de droit public¹⁴⁰⁶ mais comme nous l'avons dit précédemment, la personnalité juridique est, dans la très grande majorité des cas, une situation de propriété collective déguisée. L'associé d'une société, l'indivisaire d'une indivision conventionnelle, le membre d'une communauté le sont par volonté. C'est le consentement donné à un moment ou à un autre qui justifie leur qualité de membre de cette propriété privée collective. Et même quand cette qualité est subie, indivision successorale, le propriétaire d'une quote-part peut toujours quitter la situation de propriété collective.

La propriété collective, naissance d'une relation de pouvoir : exemple du droit des sociétés.

L'engagement de l'associé lui confère des droits dans le groupement qui sont à la fois personnels et réels. Le titre social attribue un complexe de prérogatives qui concernent à la fois le comportement des autres mais également des droits indirects sur les biens. L'associé, dans les formes sociales les plus usuelles du droit commercial, n'a plus de prérogatives directes sur les biens mais dispose de pouvoirs dans la propriété privée collective et ces pouvoirs sont issus du contrat de société, qui découlent eux-mêmes de l'affectation qu'il a réalisée. En adhérant au contrat de société, soit initialement, soit en se rendant acquéreur de titres sociaux, l'associé échange des « valeurs privatives », c'est-à-dire des biens sur lesquels il avait des prérogatives propres, des droits subjectifs au sens strict du terme contre la remise de titres sociaux (actions, parts sociales). Or si la propriété des titres sociaux est propre¹⁴⁰⁷, les prérogatives issues des titres sociaux sont comprises dans un ensemble qui correspond au patrimoine de l'entreprise commune. La personnification de la société permet facilement de délimiter ce patrimoine.

Le capital social, notion clef pour comprendre la propriété privée collective

¹⁴⁰⁵ Voir les anciens Article 1859 et 1860 du Code civil d'avant la réforme de 1978

¹⁴⁰⁶M. WALINE, Droit Administratif, 9e édit. Sirey 1963, p.288, n°461 « Le critère qui permet de distinguer les personnes morales de droit public des personnes morales de droit privé, paraît être en réalité le caractère volontaire ou au contraire forcé de la participation du groupe représenté par cette personne. »

¹⁴⁰⁷ Cette propriété peut être elle-même divisée, exemple de l'usufruit des titres sociaux.

Rémy LIBCHABER écrivait que « *la clef de compréhension intime de la propriété collective* » est la « *quote-part qui représente les droits individuels, au moins par projection*¹⁴⁰⁸ » ; or le capital social en droit des sociétés est bien cette notion qui permet d'accéder à la notion de quote-part et de déterminer les droits de chacun dans le groupement. D'où « *l'importance quasi sacramentelle*¹⁴⁰⁹ » que le droit des sociétés attache à la notion de capital social. La définition du capital social, « *qui correspond à la somme de la valeur des apports, hors les apports de jouissance* »¹⁴¹⁰, ne laisse pas supposer son importance. Le capital social est donc à la fois la valeur d'origine des biens apportés et la valeur nominale des titres émis¹⁴¹¹. Si initialement, la valeur du capital social et la valeur de l'actif peuvent être identiques, rapidement la valeur de l'actif va évoluer alors que la valeur du capital social est intangible sauf modification. C'est le principe de fixité du capital¹⁴¹². Il faut donc dissocier le capital social, de l'actif social, de la trésorerie et du patrimoine social¹⁴¹³. Le capital social est une représentation qui devient très vite virtuelle ; le capital social permet d'accéder à la vérité des « rapports de force » économiques entre les différents apporteurs, en déterminant la fraction de capital que chaque associé possède. Si le capital social est la valeur totale des apports, figée à un instant T et même si cette valeur ne correspond plus du tout ultérieurement à la valeur de la société, la valeur d'origine des apports détermine ce que chacun a apporté initialement : le capital social permet donc de déterminer les quotes-parts de chaque associé dans la société et de connaître les droits et obligations de chacun. Le capital social est un montant, devenu très vite virtuel car l'actif social évolue en général rapidement et permet de répartir les différentes prérogatives, intérêts de chaque associé. De la valeur du capital découle la valeur nominale des parts ou actions sociales. Et ensuite, par une fraction, on peut déterminer la valeur unitaire des parts/actions sur la valeur totale de l'actif.

La notion de capital social est également une notion comptable. Comptablement, l'associé est considéré comme une sorte de créancier car le montant de son apport est inscrit au passif du bilan de l'entreprise. Même si juridiquement, l'associé n'est pas (seulement) un créancier, cette idée que l'associé serait finalement le dernier des créanciers est intéressante. Car on peut supputer une idée sous-jacente : l'associé est le dernier des apporteurs de fonds à l'entreprise commune et l'entreprise (propriété privée collective organisée par le biais d'un

¹⁴⁰⁸ R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec, p.323, n°19

¹⁴⁰⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », 29e edit. LexisNexis 2016, p.137, n°285

¹⁴¹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », 29e edit Op.cit. p.138, n°286

¹⁴¹¹ P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.62, n°67

¹⁴¹² S. JUBE, Chapitre IX, De quelle entreprise cherche-t-on à rendre compte ? L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.150

¹⁴¹³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », 29e op.cit. p.141, n°297, p.143, n°299

contrat de société) n'est pas un processus irréversible mais temporaire. Si on ajoute à cela que la personnalité morale a une date limitée dans le temps, on peut extraire du droit comptable l'idée que la « vraie propriété » des biens sociaux, c'est celle des individus *ut universi*¹⁴¹⁴. L'apport à une entreprise n'est finalement considéré que comme étant quelque chose de provisoire et finalement si le droit semble considérer la propriété d'une personne morale de droit privé similaire à celle d'une personne physique, la propriété d'une personne dépend toujours in fine de la volonté d'une personne physique de maintenir l'affectation ; la vision comptable permet peut-être de mieux comprendre le fait que l'apport, en tant que fonds propre, est toujours en réalité temporaire car il dépend de la volonté potestative de l'associé de se maintenir ou non dans l'entreprise commune. La notion de capital social prend tout son sens avec l'idée d'une répartition entre différents apporteurs de capitaux. Dans une société unipersonnelle, le capital social n'a que peu d'intérêt par rapport à l'actif social. L'associé unique est le seul maître, il est néanmoins limité dans sa capacité à appréhender les biens sociaux, non par d'autres mais à cause de l'affectation réalisée. La notion de capital social est indissociable de la notion de titre social : l'ensemble des titres sociaux constitue le capital social.

Nature des titres sociaux et propriété privée collective

La question de la nature des titres sociaux fut longuement débattue en doctrine. Certains auteurs voyaient dans le titre social une créance, d'autres un droit réel. MM. ZENATI et REVET y voient une nature spécifique, sui generis : les droits sociaux auraient une nature irréductible qui ne permet pas de les ranger dans la *summa divisio* des droits réels ou droits personnels¹⁴¹⁵. Antoine TADROS dans sa thèse de doctorat critique également la vision qui fait du titre social une simple créance. Pour cet auteur, les titres sociaux sont l'objet d'une véritable propriété qui confère à leur propriétaire des prérogatives spécifiques¹⁴¹⁶. La relation de l'associé avec son bien serait de la même nature que celle d'un propriétaire avec son bien¹⁴¹⁷. Nous partageons cette vision. Même si le droit au dividende (que l'on qualifie de prérogative financière) peut laisser croire que le titre social serait une créance, nous reprenons les

¹⁴¹⁴ Même si les titres sociaux appartiennent à d'autres personnes morales de droit privé, in fine ce sont toujours des personnes physiques qui en sont les bénéficiaires.

¹⁴¹⁵ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008p.93, n°46 : « Les droits incorporels ont une caractéristique commune : ils consistent dans un rapport juridique entre deux personnes déterminées ou déterminables. Ce rapport s'établit entre un sujet passif et un sujet actif qui exerce sur lui un pouvoir. Le droit et l'obligation étant corrélatifs, on peut rechercher dans tout droit incorporel un rapport d'obligation lato sensu. On distingue traditionnellement les droits réels et les droits personnels. Il convient de compléter cette classification par une catégorie irréductible à ces deux formes de droits, celle des droits sociaux. »

¹⁴¹⁶ A. TADROS, La jouissance des titres sociaux d'autrui, Préf. Th. REVET, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses volume 130 p.85, n°73

¹⁴¹⁷ Voir commentaire de sa thèse in RTD Civ. Avril juin 2012, p.408 :

arguments de Paul DIDIER et d'autres auteurs, qui infirment cette vision¹⁴¹⁸. Sans développer davantage, si on prend l'exemple d'une société où la contribution à la dette ne se limite pas à l'actif social (existence d'une obligation indéfinie aux dettes sociales), la créance peut devenir une dette. Une créance qui peut devenir une dette n'est pas un phénomène connu en droit des obligations. En revanche, le titre social fait naître des droits et des obligations. On peut qualifier le titre social d'une nature mixte qui est à la fois réelle et personnelle car il fait naître des prérogatives qui sont issues d'un contrat qui fait naître une relation « communautaire » entre les membres du contrat de société qui a pour objet la gestion d'actifs devenus communs. La personnification permet une protection juridique, une opposabilité du patrimoine commun aux tiers¹⁴¹⁹ mais elle n'est pas indispensable en ce qui concerne les associés (société en participation). Différentes thèses remarquées parues à la fin des années 2000 ont bien conceptualisé la particularité du contrat de société par rapport au contrat classique tel qu'il était codifié dans le Code de 1804, en revanche, on peut constater que ces thèses éludent la question de « l'aspect réel » du contrat de société, qui génère notamment une forme de propriété privée collective. Par exemple, lorsque Jean François HAMELIN évoque sa théorie générale du contrat-alliance dont le contrat de société fait partie d'après sa thèse, il se place sur le terrain uniquement du droit des obligations pour expliquer la nomination des organes exécutifs ou dirigeants de la société¹⁴²⁰. On peut faire une remarque analogue pour les ouvrages de Suzanne LEQUETTE¹⁴²¹ et François CHENEDE¹⁴²².

Le contrat de société et variétés de propriétés privées collectives

Lorsque POHTIER explique la différence qu'il y a entre propriété et communauté, on comprend d'après sa définition que la société est, selon lui, une forme de communauté née volontairement¹⁴²³. Ultérieurement TROPLONG rappelle également l'existence de sociétés

¹⁴¹⁸ P. DIDIER, Une définition de l'entreprise, Le droit privé Français à la fin du XX^e siècle, Etude offertes à P. CATALA, Litec, p.855, p.849 et s. p.856, n°13

¹⁴¹⁹ FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005, n° 12.

¹⁴²⁰ J.-Fr. HAMELIN, Le contrat-alliance, préface de N. MOLFESSIS, *Economica* p.413 et s., n°577.

¹⁴²¹ S. LEQUETTE, Le contrat-coopération, préf. C. BRENNER *Economica* 2012

¹⁴²² Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008

¹⁴²³ Œuvres de POTHIER, « Traité des contrats de bail à rente, de société, des ; cheptels, de bienfaisance, du prêt à usage et du prêt de consommation. » Tome 5 publié par M.SIFFREIN, 1821, p.112 : « La société et la communauté ne sont pas la même chose. La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étoient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi société, parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société. »

rustiques au Moyen Age, les *compani*¹⁴²⁴, qui étaient des sociétés universelles de gains¹⁴²⁵ et qu'il qualifie de communautés. Un auteur du début du siècle dernier, Joseph RICOL, qui a écrit une thèse sur la propriété en main commune, institution d'origine germanique, aurait pour origine une communauté de biens fondée sur une communauté de personnes¹⁴²⁶. Et bien sûr, SALEILLES, dans son article sur l'histoire des sociétés en commandite¹⁴²⁷, évoquait ces différentes formes de propriétés collectives pour qualifier les communautés rurales et autres sociétés domestiques : SALEILLES explique que les sociétés commerciales de l'époque qui n'avaient certes pas la personnalité morale, pouvaient se rattacher à une sorte « de droit commun universel » de la copropriété dans l'Europe du Moyen Age qui allait de la société commerciale à la société taisible et autres communautés rurales¹⁴²⁸. SALEILLES constatait que les Commandites reconnues par l'ordonnance de 1673 n'avaient pas la personnalité morale et pourtant elles fonctionnaient comme aujourd'hui¹⁴²⁹. Et c'est grâce notamment au régime de la copropriété selon lui. Par exemple, bien que le patrimoine social fût la propriété des associés *ut universi*¹⁴³⁰, l'associé ne pouvait pas disposer seul d'un bien social, seul le gérant pouvait le faire. Cet exemple prouve que l'idée de propriété privée collective (ou propriété plurale ou copropriété) est ancienne et était utilisée à une époque où la personnalité n'avait pas été réellement conceptualisée. Comme l'explique RICOL, la personnification a finalement éludé la question de la propriété collective mais même sans personnalité morale, il existait dans l'ancien droit, sûrement plus qu'aujourd'hui une multitude de propriétés collectives ou plurales ou simultanées¹⁴³¹. Sans être sociologue, il est aisé de comprendre que l'absence d'Etat moderne et providence nécessitait de mettre en commun des biens ,davantage qu'aujourd'hui.

Organisation de la propriété privée collective autour de l'apport

En échange d'un apport d'une valeur déterminée, l'associé reçoit une quote-part d'une valeur déterminable, qui sera amenée à fluctuer dans le temps, d'autant plus si la société est cotée

¹⁴²⁴ R-Th. TROPLONG, Le droit civil expliqué suivant... Du contrat de société, Paris 1843. T1 et TROPLONG, contrat de société, T.1 préface, p.XXXVI

¹⁴²⁵ TROPLONG, op.cit, p.XXXVII

¹⁴²⁶ J. RICOL, La copropriété en main commune, Toulouse 1907. p.15

¹⁴²⁷ R. SALEILLES, Histoire des sociétés en commandite, Annales du droit commercial, 1897 et 1898, n°49 à n°63

¹⁴²⁸ R. SALEILLES, Histoire des sociétés en commandite, Annales du droit commercial, 1897 et 1898, n°49 à n°63, n°55

¹⁴²⁹ R. SALEILLES, Histoire des sociétés en commandite, Annales du droit commercial, 1897 et 1898, n°49 à n°63, n°52

¹⁴³⁰ R. SALEILLES, Histoire des sociétés en commandite, Annales du droit commercial, 1897 et 1898, n°49 à n°63, n°54 et 55

¹⁴³¹ J. RICOL, La copropriété en main commune, Toulouse 1907. p.26-27 , p.32, p.207 ; DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2012 p.266-267

par exemple. Un contrat de société qui organise une entreprise lucrative est une universalité de droit (ou de fait lorsque la société n'est pas personnifiée) qui appartient à plusieurs personnes, les associés. Effectivement ce point est controversé, comme on l'a vu précédemment. D'aucuns considèrent que la société n'appartiendrait à personne. Que la société, l'entreprise sujet de droit avéré ou potentiel, serait du domaine de l'être juridique et non de l'avoir. La société personnifiée relèverait du droit des personnes et non du « droit de l'avoir » que sont le droit des contrats et le droit des biens. Selon nous, la personne morale est certes un sujet de droit mais un sujet de droit relatif, contingent et finalement toujours un objet, outil mental *destiné in fine* à un ou des individus. Même si un apport peut être réalisé par une personne morale, on trouvera en bout de chaîne toujours une personne physique. Les premiers associés sont donc propriétaires en commun d'une universalité mais pour des raisons pratiques et historiques, le droit a préféré un propriétaire virtuel : la personne juridique de la société comme si elle était une personne à part entière. Les formes sociales actuelles qui confèrent la personnalité juridique déposent l'associé des prérogatives de gestion sur les biens sociaux. L'associé n'a donc plus de droits directs sur les biens sociaux mais il a une quote-part de la valeur de l'universalité-patrimoine social. Cette quote-part représentée par un titre social confère donc des prérogatives individuelles (en théorie car démembrement possible) à ceux qui les détiennent. Il est important de comprendre que ces prérogatives de gestion parfois dissociées entre les droits politiques et les prérogatives financières patrimoniales ne sont en fait qu'une présentation didactique. Aujourd'hui dans la totalité des formes sociales commerciales où l'obligation aux dettes sociales est limitée, la direction et la représentation de la société sont dissociées de la qualité d'associé. Si un associé gère une telle société, ce n'est pas en sa qualité d'associé mais de dirigeant social élu par la collectivité des apporteurs de capitaux. En revanche, dans la SNC par exemple, tous les associés sont gérants si les statuts sont muets sur cette question¹⁴³². C'est la survivance de la règle si les associés sont titulaires en commun de la gestion des actifs sociaux. Les anciens articles 1859 et 1860 du Code civil 1804 étaient clairs sur ce point¹⁴³³.

La société, propriété privée collective spéciale : importance de la cessibilité

La cessibilité des titres sociaux possible dans presque toutes les sociétés a atténué le caractère communautaire des sociétés. Une société cotée est justement une société où la cessibilité et

¹⁴³² L.221-3 al.2 du Code de commerce ; V. aussi M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés » 31^e édit. LexisNexis 2018, p.648, n°1572

¹⁴³³ J.-M. PARDESSUS, Cours de droit commercial, Tome III, Paris 1815, p.23, n°979 sur ancien article 1859 du Code civil : « C'est un principe fondé sur la nature des choses, que tout associé a un droit égal à l'administration de la société ; qu'il ne peut être privé de ce droit qu'autant qu'il a voulu s'en dépouiller pour le remettre aux autres ».

la négociabilité des titres sociaux sont faciles à mettre en œuvre¹⁴³⁴ et c'est d'ailleurs, cette libre cessibilité qui fait de la quote-part d'une propriété privée collective une valeur mobilière, c'est-à-dire un objet incorporel¹⁴³⁵. Avec la cessibilité, le lien contractuel inhérent à l'adhésion à une propriété privée collective est devenu un bien cessible et négociable. Et ce n'est pas propre aux quotes-parts de propriété privée collective du contrat de société mais au droit des obligations en général d'avoir transformé un lien juridique en bien, dans certains cas, comme le rappelait Eugène GAUDEMET¹⁴³⁶. De surcroît, la cessibilité a peut-être, c'est une supposition, fait émerger un pouvoir de gestion au sein de la société¹⁴³⁷. Germain SICARD qui a étudié ce qui semble être les premières sociétés de capitaux du Moyen Âge qu'étaient les Moulins de Toulouse insiste sur ce point. La permutation potentielle de la qualité d'associé nécessite de faire durer des « institutions » au sein de la société en tant qu'« entreprise commune ». Or ce pouvoir institutionnalisé va s'incarner chez des personnes, non pas forcément en raison de leur qualité de propriétaire d'une partie des titres sociaux, mais du fait de l'exercice de certaines fonctions. G. SICARD a décrit ce phénomène¹⁴³⁸. La cessibilité des titres sociaux permet également de faire durer la société plus longtemps que la vie humaine et revient à faire de l'activité commerciale l'essence de la société. Samuel JUBE explique que l'image comptable de l'entreprise, la cessibilité des titres à la fin du Moyen Age dans les compagnies du type de la compagnie des INDES permet d'allonger « l'horizon de l'entreprise » et aboutit à une forme d'autonomisation de la société, de son intérêt qui sera ultérieurement personnifié par la doctrine¹⁴³⁹. En pouvant se retirer du pacte social avant que celui-ci ne soit débouclé, l'associé qui vote avec ses pieds récupère ses fonds (en partie en totalité, voire avec un profit) grâce aux cessionnaires qui vont acquérir ses titres sociaux. C'est le contrat, donc la volonté, qui donne la qualité d'associé. C'est également le contrat/volonté privée qui permet de se départir de cette qualité : c'est pour cette raison que M. JEANTIN écrivait que « *la volonté est l'élément essentiel à toute société civile ou commerciale*¹⁴⁴⁰ ». Une

¹⁴³⁴ Ph. REIGNE, Th. DELORME, Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire, Recueil Dalloz 2002 p.1330 not. N°10 et s., D. OHL Valeurs mobilières, Répertoire Dalloz droit des sociétés 2016 n°17

¹⁴³⁵ Br. OPPETIT, La notion de valeur mobilière, Banque et Droit 1991, n° spécial « L'Europe et le droit des valeurs mobilières », p.5 et s.

¹⁴³⁶ E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations. Dalloz reprint 2004, p.12-13 : « Or, toute l'histoire de l'obligation est l'histoire du progrès du second caractère sur le premier : de plus en plus, on la considère comme une valeur, comme un assignat sur les biens ; et son caractère de lien entre deux personnes, sans jamais disparaître, perd de plus en plus de son importance et de ses effets ».

¹⁴³⁷ G. SICARD. Aux origines des sociétés anonymes, les moulins de Toulouse au Moyen Age, Toulouse 1952 p.269-270

¹⁴³⁸ G. SICARD, Moulins de Toulouse. op.cit. p.272-273 : en parlant des conseillers, théoriquement les mandataires des associés « leurs pouvoirs et la pratique de la cooptation les amènent à considérer leur fonction comme office autonome non comme une délégation de pouvoirs temporaire et révocable... ».

¹⁴³⁹ S. JUBE, De quelle entreprise cherche-t-on à rendre compte ?, Retour sur la construction de l'image comptable in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015 p.147 et s., notamment p.152

¹⁴⁴⁰ M.JEANTIN, Droit des sociétés, Domat, Montchrestien 3^e edit.1994, p.20, n°27

entreprise, une société, une personne morale naissent et vivent grâce à une volonté humaine, la volonté d'une personne physique. Et c'est l'acte juridique de droit privé, presque toujours le contrat qui la formalise. L'entrepreneur, qu'il soit seul ou réuni à d'autres par le biais d'un contrat de société, ne peut être dissocié de son entreprise car l'entreprise est une prolongation de sa personnalité dans le domaine de l'économie, qui est celui des biens intermédiaires, celui de l'offre et non de la consommation. Or l'organisation juridique de l'offre se fait par le biais de contrats.

Les causes socio-économiques d'apparition de propriétés privées collectives

Lorsque l'on parle de propriété privée, il faut distinguer la propriété privée individuelle de la propriété privée collective. Le regroupement de personnes et leurs biens est un phénomène très ancien : TROPLONG évoque un « homme créé sociable ¹⁴⁴¹», E. SZLECHTER évoque l'idée que la société serait un fait d'ordre naturel¹⁴⁴². Ce qui est certain, c'est que focalisés sur l'échange, le droit et les sciences économiques n'ont peut-être pas suffisamment perçu l'importance de l'organisation juridique de l'offre, c'est-à-dire de la production. Comme Monsieur SZLECHTER le souligne dans sa thèse de doctorat sur l'histoire du contrat de société : « *la propriété collective est à la base de toutes les sociétés*¹⁴⁴³ », mais la propriété évoquée n'est pas une propriété privée collective mais simplement collective pour ne pas dire tribale¹⁴⁴⁴. L'apparition d'une propriété privée individuelle daterait de l'époque d'HAMMURABI¹⁴⁴⁵. G. ROUHETTE explique même que ce serait une erreur de croire que le phénomène d'appropriation individuelle n'existait pas chez les sociétés dites archaïques¹⁴⁴⁶. Pour autant, il semble difficile d'identifier avec précision la date d'apparition du phénomène d'apparition de la propriété privée collective car il n'est souvent pas évident de dissocier un contrat de société d'un contrat de prêt¹⁴⁴⁷, pour certains auteurs, le contrat de société existait déjà en Babylonie¹⁴⁴⁸. L'origine du contrat de société à Rome remonte au vieux consortium Romain mais qui a évolué. Emile SZLECHTER insiste sur l'aspect volontaire pour différencier

¹⁴⁴¹ R.-H. TROPLONG, Du contrat de société civile et commerciale, op.cit.

¹⁴⁴² E. SZLECHTER, Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, étude de droit comparé, préface de M. Georges BOYER p.3

¹⁴⁴³ E. SZLECHTER, *ibid.* p.172

¹⁴⁴⁴ Sur l'idée de société tribale, holiste, fondée sur une communauté de sang, V. L. DUMONT, Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne, points, essai. p.37 et s. ; K. POPPER, La société ouverte et ses ennemis, Tome 1 L'ascendant de PLATON, Edit. du Seuil Paris, 1979 p.90 et s.

¹⁴⁴⁵ LANDBERGER, Ana ittsu, p.11

¹⁴⁴⁶G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée °propriété° : « Ainsi, par une généralisation abusive, on avance parfois que la propriété individuelle serait inconnue des sociétés archaïques : mais la thèse n'est exacte qu'en ce qui concerne la terre, car un examen plus minutieux montre que les meubles sont soumis à une appropriation individuelle : »

¹⁴⁴⁷ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, 2^e édit., Economica, 2012 p.262-263

¹⁴⁴⁸ E. SZLECHTER, Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, étude de droit comparé, préface de G. BOYER 1947 ; B. ANDRE-SALVINI, Le Code d'Hammurabi, Louvre édit.2015

l'indivision subie liée au décès (héritage) de l'indivision liée à l'émergence d'une communauté familiale volontaire¹⁴⁴⁹ : la communauté familiale, consortium, résulte d'une décision volontaire de ceux qui en font partie et pour E. SZLECHTER, « *Le point de départ pour l'étude du contrat de société en droit romain est donc la communauté familiale volontaire*¹⁴⁵⁰. » Et cet auteur explique que pour qu'il y ait une propriété collective volontaire, il faut que le système juridique en question prévoie une propriété privée individuelle¹⁴⁵¹ car avec un système holiste « *où la propriété collective obligatoire appartenait soit à un clan, soit à une famille* », il ne peut y avoir de volonté individuelle de faire partie d'un groupe étant donné que l'appartenance à un groupe dépend *ispro facto* d'un statut, souvent acquis avec la naissance. L'appartenance à une propriété privée collective (communauté volontaire) nécessite l'existence d'une propriété privée individuelle car la mise en commun d'un apport de la part de chaque associé le nécessite¹⁴⁵². Le but principal d'une société est ou fut toujours le même : mise en commun d'une partie ou de l'universalité des biens des associés en vue de générer et de répartir un profit, voire une économie¹⁴⁵³. Néanmoins de nombreuses sociétés par le passé réalisaient une propriété privée collective intégrale avec les sociétés universelles, opposées aux sociétés particulières qui sont devenues le standard d'aujourd'hui. L'adhésion à une propriété privée collective par le biais d'un contrat de société crée des aspects réels comme personnels mais l'aspect personnel a souvent été plus développé que l'aspect réel : la personnification des sociétés a érudé l'aspect réel par le biais de l'anthropomorphisme du nouvel être juridique. On peut subodorer que les sociétés humaines ayant un ordre juridique assez développé, ont d'une manière ou d'une autre, une figure juridique proche du contrat de société avec les caractéristiques communes : mise en commun avec partage à terme ou immédiatement du profit éventuel. D'autres raisons ont pu favoriser le contrat de société dont la prohibition de l'usure au Moyen Âge¹⁴⁵⁴, le contrat de société ne fut-il pas une technique juridique usitée pour dissimuler un prêt à intérêts¹⁴⁵⁵ ? D'ailleurs, il est parfois difficile de dissocier le prêt à intérêts d'une forme sociale : des auteurs estiment que la « *commanda* » dériverait de formes sociales issues du droit musulman¹⁴⁵⁶, qui sont très proches d'un prêt à intérêts, prêt à intérêts

¹⁴⁴⁹ E. SZLECHTER, Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, étude de droit comparé, préface de G. BOYER p.169 et s. p.170

¹⁴⁵⁰ E. SZLECHTER, *ibid.* p.172

¹⁴⁵¹ E. SZLECHTER, *ibid.* p.172

¹⁴⁵² E. SZLECHTER, *ibid.* p.172

¹⁴⁵³ E. SZLECHTER, *ibid.* p.165

¹⁴⁵⁴ C.FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, préface C. THIBIERGE LGDJ, 2002, p.12« Le droit du Moyen Age traduit donc cette théorie du juste prix en appliquant de manière extensive la lésion, en admettant la révision pour imprévision (clause *rebus sic stantibus*) et celle des clauses pénales excessives et en interdisant de manière stricte toute forme d'usure ».

¹⁴⁵⁵ J. HILAIRE , « Introduction historique au droit commercial » PUF 1986, p.185

¹⁴⁵⁶ P. NOREL L'histoire économique globale, Seuil économie humaine, p.73 : « En Egypte, ce type de contrat, sous les deux formes très voisines de *qirad* et *mudaraba*, était très courant dans la mesure où il se substituait à

également prohibé par le droit musulman. Le contrat de société a donc peut-être permis de générer un crédit dissimulé, crédit nécessaire à l'apparition d'une économie capitaliste et libérale¹⁴⁵⁷. Aujourd'hui, on retrouve cette fonction de « crédit » dans certains partenariats organisés par un contrat de société : le *private equity*¹⁴⁵⁸ ou capital développement est une manière de générer un crédit dont l'intérêt est à géométrie variable en fonction du succès de l'opération. L'entrepreneur permet d'avoir accès au crédit en partageant une partie de ses profits envisagés mais aussi en partageant le risque car la mise en commun est également une forme d'assurance contre la mauvaise fortune.

Enfin la propriété privée collective permet aussi de posséder beaucoup, à plusieurs. Le contrat de société permet donc de répartir les risques d'un point de vue économique. Posséder 10% de 10 entreprises est moins risqué que de posséder 100% d'une entreprise ayant la même valeur que les 10 fois 10%, si l'obligation sociale aux dettes sociales est limitée. Le contrat de société a donc, comme nous l'avons vu précédemment permis de partager les risques inhérents à l'entreprise commune. Toute concentration du « capital » pour produire des biens nouveaux, comporte toujours une part de risques : risque d'une altération des apports effectués mais également le risque que le profit ne soit pas au rendez-vous.

Résumé du §1

La mise en commun de biens par un contrat de société génère une propriété privée collective. L'affectation identifiée par de nombreux auteurs n'est que la conséquence de cette mise en commun, qui crée un complexe de droits réels et personnels.

Dans les formes les plus sophistiquées de sociétés, l'associé copropriétaire n'a plus de droits réels directs sur les biens mais un droit personnel à l'encontre de la collectivité (associé *ut universi*) représentée par ses mandataires, qui agissent en vertu d'un pouvoir qui découle non pas de la loi mais d'un acte juridique de droit privé : le contrat de société. Or le contrat de société moderne suppose la propriété individuelle car la mise en commun nécessite une propriété privée individuelle, même lorsque l'on affecte seulement son industrie. Mais l'associé est propriétaire privativement d'une quote-part d'une universalité matérialisée par le titre social. Or l'universalité est un bien spécial qui a une dualité en son sein, relevée par Rémy LIBCHABER : le contenant et le contenu. Les biens

deux relations mal acceptées en terre d'islam, l'emploi rémunéré (assimilé à l'esclavage) d'une part, le prêt à intérêt d'autre part »

¹⁴⁵⁷ Sur les raisons de la prohibition de l'intérêt, voir les explications historiques de Mme L. FONTAINE, L. FONTAINE, « Le marché Histoire et usages d'une conquête sociale, » NRF essais Gallimard 2014 p.19

¹⁴⁵⁸ O. WEINSTEIN, Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXIe siècle, Editions la découverte textes à l'appui/ économie 2010, p.114

sociaux constituent toujours une universalité, qu'il y ait ou non personnalité morale. Ils peuvent être une universalité de droit ou une universalité de fait. La personnalité morale permet de distinguer automatiquement une universalité de droit d'une universalité de fait. Les biens sociaux d'une société sans personnalité constituent une universalité de fait. L'universalité crée un nouveau bien qui est une vue de l'esprit¹⁴⁵⁹. Or ce nouveau bien qu'est l'universalité est toujours incorporel « *quand bien même toutes ses composantes seraient matérielles*¹⁴⁶⁰ ». L'universalité est donc une chose incorporelle -mobilière ou immobilière- divisée en quotes-parts qui sont appropriées privativement. Les biens sociaux ne sont donc pas une propriété collective dans le sens où Georges ROUHETTE l'entend (propriété communautaire) mais ils ne sont pas non plus la juxtaposition de deux propriétés privées individuelles comme l'expliquait Jean Phillippe ROBE : celle de la société et celle de l'associé sur son titre social. Le contrat de société fait naître à la fois du privatif et du collectif : en échange de biens appropriés et déterminés, l'associé obtient des titres sociaux privatifs¹⁴⁶¹ avec des biens sociaux qui appartiennent au groupe en tant que collectivité, collectivité représentée par des représentants en vertu de contrats plus ou moins encadrés par la loi.

De nombreux économistes, juristes expliquent que les biens sociaux sont la propriété des associés, voire qu'il s'agit d'une propriété indirecte. Si cette qualification peut paraître fautive ou inexacte, elle ne l'est pas pour nous, elle est juste imprécise car dire que les associés sont propriétaires des biens sociaux est une simplification : l'associé n'a plus certaines prérogatives mais les mandataires sociaux n'agissent pas en vertu d'un intérêt social abstrait mais en vertu d'une habilitation juridique donnée par un acte juridique de droit privé. « *Si l'on admet que le patrimoine social est un patrimoine distinct du patrimoine personnel de chaque associé, on ne saurait soutenir, toutefois, qu'il n'appartient à personne. On avancera l'idée que le patrimoine social est la propriété des associés considérés ut universi*¹⁴⁶² ». Cette phrase tirée du traité des sociétés commerciales de P.DIDIER et Ph. DIDIER illustre le double niveau de la nature de la propriété privée collective qu'est le contrat de société, qui n'est pas conceptualisé par la loi : à la fois mise en commun de biens sociaux au niveau du patrimoine social mais avec des quotes-parts qui permettent d'objectiver, de réifier la quote-part de l'associé dans ce complexe de droits réels et de droits personnels que constituent le contrat de société et les biens sociaux qui y sont affectés. C'est cette complexité de la nature du titre social qui a fait s'affronter ceux qui pensaient que le titre social était d'abord un droit de créance et ceux qui pensaient que c'était d'abord un droit réel.

¹⁴⁵⁹ R. LIBCHABER, Les biens, Répertoire de droit civil Dalloz, 2016, n°86

¹⁴⁶⁰ R. LIBCHABER, *ibid.* n°86

¹⁴⁶¹ qui peuvent faire l'objet d'un démembrement de propriété

¹⁴⁶² P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.37, n°43

§2 Proposition de définition de l'entreprise privée

Si la définition de l'entreprise privée a suscité de nombreux écrits, on estime que les définitions de l'entreprises privée sont souvent marquées d'une vision personnaliste, anthropomorphique qui confine parfois à l'animisme. L'entreprise privée est vue comme une chose animée, une entité abstraite ayant sa propre existence ; l'entreprise privée serait un être vivant, un organisme ayant sa propre vie. Cette vision est encore prégnante dans de nombreux écrits. A l'instar de l'économiste libéral Ludwig VON MISES, nous ne croyons pas non plus « aux esprits » : l'individu est l'unique réalité sociale¹⁴⁶³ . Thomas PIKETTY et alii¹⁴⁶⁴ ont d'ailleurs eux aussi très bien résumé ce point lorsqu'ils écrivent que la distinction entre l'impôt sur les ménages et l'impôt sur les entreprises n'a « aucun sens » car *in fine* ce sont toujours les personnes physiques qui payent l'impôt¹⁴⁶⁵ et l'impôt sur l'entreprise sera supporté soit par les salariés et/ou les consommateurs et/ou les propriétaires de l'entreprise. La plupart des problèmes du droit des sociétés vient du fait de cette pensée préscientifique, de cette comparaison, de cette métaphore qui a cru en la réalité organique des groupes. La qualité d'associé ne résulte pas du hasard, de l'appartenance par la naissance à une tribu, d'un statut personnel hérité ou transmis par la puissance publique mais d'un acte juridique de droit privé. L'émergence de la Bourse au XX^e siècle a ébranlé ces conceptions doctrinales personnalistes de l'entreprise, de la société, de la personnalité morale.

¹⁴⁶³ L. Von MISES, Abrégé de l'action humaine, traité d'économie, bibliothèque classique de la liberté les belles lettres, trad. G. DREAN, 2004 p.67 : « Le sujet de l'économie n'est pas les choses et les objets matériels tangibles ; c'est les hommes, leurs intentions et leurs actions. Les biens, les matières premières, la richesse et toutes les autres notions de leur comportement ne sont pas éléments de la nature ; ce sont des éléments de l'intention et du comportement humain »

¹⁴⁶⁴ C. LANDAIS, Th. PIKETTY, E. SAEZ, « Pour une révolution fiscale, Un impôt sur le revenu pour le XXI^e ». Seuil, coll. La république des idées

¹⁴⁶⁵ C. LANDAIS, T. PIKETTY, E. SAEZ, « Pour une révolution fiscale, Un impôt sur le revenu pour le XXI^e Seuil, coll. La république des idées, p. 36 Ce sont bien les personnes physiques, en chair et en os qui acquittent l'intégralité des prélèvements obligatoires. La distinction entre « impôts acquittés par les ménages » et « impôts acquittés par les entreprises » n'a aucun sens : en dernier recours, tous les prélèvements obligatoires sont payés par les ménages. Par définition, les entreprises répercutent tout ce qu'elles paient soit sur les personnes qui travaillent pour elles (en réduisant leurs salaires), soit sur les personnes qui les possèdent (en réduisant les dividendes versés aux actionnaires, ou en accumulant moins de capital en leur nom), soit sur les personnes qui consomment ce qu'elles produisent (en augmentant leurs prix de vente). Dans tous les cas, ce sont bien des personnes physiques qui paient l'addition. »

La propriété privée sort des entrailles de la communauté comme l'écrivaient MM. ZENATI et REVET¹⁴⁶⁶. Elle permet à l'individu d'avoir une « souveraineté » sur l'usage de choses qui lui sont appropriées. Il nous semble que l'erreur d'une partie de la doctrine actuelle est de dissocier le droit de propriété du droit des contrats. Sans liberté de l'usage des biens, du droit d'en disposer librement¹⁴⁶⁷, il n'y aurait pas d'entreprise privée. Car l'entreprise privée, peu importe sa forme juridique, constitue presque toujours un regroupement de biens qui sont des biens de production et non de consommation¹⁴⁶⁸ : les facteurs de production contrairement aux biens de consommation relèvent de la distinction fondamentale entre ce qui est intermédiaire et ce qui est final¹⁴⁶⁹. Or ces facteurs de production affectés justement à produire des biens et des services doivent être coordonnés pour produire. Or cette coordination des facteurs de production résulte de contrats et d'actes juridiques unilatéraux privés, non publics. La décision de gestion dans une entreprise privée a toujours pour fondement dans une entreprise privée, si on remonte à la source, la propriété de capitaux. Nicolas MOLFESSIS écrit que « *l'entreprise, c'est le contrat qui se réalise* »¹⁴⁷⁰, cette assertion est vraie mais il faut préciser qu'elle est vraie pour une entreprise véritablement privée, dans une économie de marché. Donc l'entreprise fonctionne et produit par le biais de contrats de différentes sortes, différentes natures mais la liberté individuelle fait que les apporteurs de facteurs de production (associé, travailleur, prêteur de denier) n'agissent que par volonté, volonté qui est souvent guidée par la recherche d'une contrepartie matérielle, de générer un revenu grâce à leur travail, leur apport, des intérêts...La conception personnaliste de la personne morale, de l'entreprise fait du pouvoir un pouvoir transcendant, qui aurait pour finalité un intérêt général supérieur surhumain. Péremptoirement pour l'instant, nous

¹⁴⁶⁶ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens, 3e édit, op.cit. p.315, n°193

¹⁴⁶⁷ Article 537 du Code civil : « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent ». R. LIBCHBER évoque le régime libéral établi par cet article qui ne se situe pas dans le titre II « de la propriété » de livre II du Code civil mais dans le titre I. Pour les professeurs ZENATI et REVET, cette affirmation que tout particulier a la liberté de disposer de ses biens qui ne se situe pas dans le Code civil dans le titre II « de la propriété » est la preuve que cette liberté de disposer est une faculté inhérente à la personne. Le pouvoir fondamental de propriété puise son origine dans la personne juridique. V. R.LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec p.310-311, n°11 ; Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, 2006 p.310-311, n°11.

¹⁴⁶⁸ « Au point de vue de la science économique, un bien de consommation est celui qui satisfait immédiatement un besoin humain, alors que le moyen de production n'apaise directement aucun besoin, mais sert à produire d'autres biens. » G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée °propriété°

¹⁴⁶⁹ J. BAECHLER, Le capitalisme, Tome 2 : l'économie capitaliste Folio Histoire, Gallimard 1995 p.125 : « La distinction entre ce qui est intermédiaire et ce qui est final est fondamentale. Elle fonde, d'abord, un partage dichotomique, qui retentit dans toute l'économie, entre biens et services intermédiaires ou finaux, entre producteurs des uns ou des autres, entre consommateurs des uns et des autres. » ; V. aussi, Lexique d'économie, sous la dir. A. SILEM et J.-M. ALBERTINI, Dalloz 11e , entrée °Production°:

¹⁴⁷⁰ N. MOLFESSIS, Le contrat, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.82 et s. p.82

affirmons que cela n'est pas vrai, que cette vision relève d'un mythe. En droit privé, le pouvoir n'est jamais auto-constitué mais découle d'un acte juridique qui l'habilite : le pouvoir au sein de l'entreprise est un pouvoir qui découle de la propriété privée d'un entrepreneur ou de plusieurs entrepreneurs réunis par un contrat d'association (dont le contrat de société est la principale figure mais l'on pourrait y trouver d'autres figures).

Annonce du plan

On va donc tenter de démontrer dans un A que l'entreprise privée est l'exercice d'un droit de propriété, d'un droit de propriété individuel ou collectif : l'entrepreneur individuel qui travaille seul peut le faire en usant d'actes juridiques d'une affectation *de facto* qui peut exister si ce n'est *de jure*. En cas de grandes entreprises, qui réunissent de nombreux entrepreneurs - associés et de nombreux travailleurs, la division du travail a nécessité l'apparition d'une fonction de gestion qui est un facteur de production autonome, qui ne relève pas vraiment du capital, ni du travail (entendu dans le sens d'un travail subordonné). Le dirigeant d'une grande entreprise exerce un pouvoir de propriété qui lui a été confié par une collectivité mais les membres de cette collectivité n'en font pas partie en raison d'un statut mais parce qu'ils sont justement titulaires d'une quote-part du patrimoine social : c'est en vertu de leur qualité de propriétaire qu'ils font partie de cette « communauté » : apport ou rachat de titres qui représentent un apport. Comprendre le lien entre propriété privée, contrat et organisation de l'entreprise permet d'arriver à une certitude : tous les facteurs de production, y compris le facteur « gestion » résultent d'un contrat ; la qualification de la rémunération ne peut être que contractuelle.

Dans un B., on essaiera de proposer une définition de l'entreprise privée qui tient compte justement de l'importance du droit de propriété. Souvent éludée, la question de la propriété privée est pourtant fondamentale car c'est elle qui explique l'origine du pouvoir et la structure hiérarchique de l'entreprise privée d'une économie de marché.

A. L'entreprise privée, une nature corrélée à celle de l'ordre juridique

Marché et entreprise

L'École économique comme l'École juridique ne se sont guère penchées jusqu'à une date récente sur la nature de l'entreprise, la nature de la firme¹⁴⁷¹. Plus précisément, la doctrine économique comme la doctrine juridique ont opposé le marché à l'organisation résultant de l'entreprise¹⁴⁷². L'entreprise est perçue comme un îlot d'organisations au milieu de l'océan du marché¹⁴⁷³. Mais une telle vision trahit implicitement une vision du marché calquée sur l'échange bref et instantané, c'est-à-dire le contrat de vente. L'émergence de l'idée de contrats relationnels¹⁴⁷⁴, l'idée que le marché ne se réduit pas à des transactions ponctuelles s'est répandue dans la doctrine économique comme dans la doctrine juridique. Il faut bien comprendre qu'il existe une véritable corrélation entre l'idée de marché et celle de contrat. Il n'y a pas de marché sans contrat car l'échange ou le partage de valeurs, présumé sans fraude et sans violence, suppose la liberté des transactions, par le biais d'actes juridiques contractuels. Quand l'économie de marché règne à un endroit, le contrat est roi¹⁴⁷⁵. Toutefois, on a aussi déjà précisé que l'entreprise était constituée de contrats : un contrat/acte juridique organisant le patrimoine des entrepreneurs, un contrat avec les travailleurs éventuels de l'entreprise, contrats avec les fournisseurs de valeurs/biens intermédiaires nécessaires au processus de transformation, contrats possibles avec des collectivités publiques et enfin le contrat le plus important pour l'entreprise : le contrat avec les clients. Car c'est la clientèle qui va permettre la réalisation de contrats qui vont apporter les principales ressources de l'entreprises privée. La clientèle, c'est la raison d'être de l'entreprise, qui est de satisfaire une demande solvable en vue de réaliser un profit. Contrairement à ce que croient certains, ce n'est pas un axiome idéologique mais la conséquence d'une règle économique simple : une entreprise peu ou pas subventionnée par une puissance étatique doit générer davantage de ressources qu'elle n'en a consommées dans le processus de production. Produire a un coût, le prix doit *in fine* et à terme couvrir au moins l'ensemble des coûts générés par la production. L'histoire de l'entreprise, c'est donc aussi l'histoire du marché, c'est l'histoire d'entrepreneurs.

Apparition du marché et des entrepreneurs

¹⁴⁷¹ Pour l'aspect économique, Travaux de R. COASE et son article fondateur de 1937 « The nature of the Firm » H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété ? » p.118

¹⁴⁷² R. GUESNERIE, L'économie de marché, poche édit. Le Pommier, Poche 2006, p. 157-158

¹⁴⁷³ R. GUESNERIE, L'économie de marché, op.cit.

¹⁴⁷⁴ C. BOISMAIN, Les contrats relationnels, préf. M. FABRE-MAGNAN

¹⁴⁷⁵ F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme/ Tome 2° : Les jeux de l'échange A.COLIN 1979, Livre de poche, p.13 et p.256 et s. ; A. SUPLOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige p.XXV : « Dire que le contrat est universel ou que le marché est universel, c'est en effet presque dire la même chose. Car sans contrat il n'y a pas de marché concevable, et là où il y a contrat il y a négociation, et donc négoce et marché possible » ; A. SUPLOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige essais débats 2e, 1994-2011, p.XXV : « Dire que le contrat est universel ou que le marché est universel, c'est en effet presque dire la même chose. Car sans contrat il n'y a pas de marché concevable, et là où il y a contrat il y a négociation, et donc négoce et marché possible »

N'étant pas historiens ou économistes de formation, notre propos n'est pas ici de nous substituer à eux. Mais de relever des analyses économiques ou historiques faites par certains auteurs. Ces faits économiques relevés sont fondamentaux pour comprendre le droit économique. Le premier fondamental est l'importance de la division du travail : les groupements de droit privé, les sociétés et corporations sont à la fois conséquence et cause de la division du travail¹⁴⁷⁶, à partir d'une certaine quantité de production et de distribution de masse, le droit commercial pur est « dépassé », il convient de parler de droit économique¹⁴⁷⁷. La production de masse est corrélée à différents phénomènes dont l'échange, la division du travail et la propriété¹⁴⁷⁸. L'école du *public choice* évoque le rôle cardinal de la propriété comme institution juridique permettant d'éviter la spoliation et favorisant donc l'échange¹⁴⁷⁹. Et l'échange qui naît du surplus de production, génère la propriété et la division du travail qui alimentent ensuite l'échange¹⁴⁸⁰. Pour BRAUDEL, échange ou économie de marché sont synonymes ; c'est dans l'échange que se situe la naissance du capitalisme « *Enfin la production, c'est la division du travail, et donc obligatoirement la condamnation des hommes à l'échange* ». Et l'échange, c'est le marché. BRAUDEL définit d'ailleurs le marché comme « *une libération, une ouverture, l'accès à un autre monde*¹⁴⁸¹ ». D'une économie autarcique, peut-être holiste ou communautaire fondée sur des solidarités identitaires, on passe à une économie ouverte qui nécessite des instruments juridiques, économiques et comptables pour mesurer les flux des échanges. Et BRAUDEL de préciser que l'échange suscite l'offre et la demande, oriente la production vers les activités rentables¹⁴⁸² : « *l'échange coud les économies entre elles*¹⁴⁸³. » L'échange permet également l'apparition du prix, BRAUDEL le qualifie de chef d'orchestre¹⁴⁸⁴. Pour les dates, l'apparition de marchés,

¹⁴⁷⁶ F. TERRE, L'évolution du droit de propriété depuis le code civil Revue Droits °propriété° p. 38

¹⁴⁷⁷ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 1re Partie, 3ème édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestien 1980P.3, n°332-3 et s.

¹⁴⁷⁸ Fr. ZENATI, Le droit et l'économie au-delà de MARX, p.121 et s. p.122 : « Le passage de la barbarie à la civilisation, du communisme primitif à l'histoire est imputable à l'apparition de trois faits de nature essentiellement économique, dont la chronologie est confuse : la division du travail, l'échange et la propriété privée ».

¹⁴⁷⁹ R. GUESNERIE, L'économie de marché, poche édit. Le pommier. p.23-26, Sur l'importance de la propriété, on peut citer également ; H. De SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010

¹⁴⁸⁰ Fr. ZENATI, Le droit et l'économie au-delà de MARX, p.121, p.124 : «

¹⁴⁸¹ F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme/A.COLIN 1979, Livre de poche, Tome 2° : Les jeux de l'échange, p.14

¹⁴⁸² M. ALLAIS, Economie pure et rendement social, Bibliothèque Dalloz, Préface de l'auteur où il explique sa démarche : p.XII p.35 : « Dans une économie concurrentielle, les prix constituent un système repère, qui sert essentiellement à orienter la production vers une position de rendement maximum. »

¹⁴⁸³ F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme/A.COLIN 1979, Livre de poche, Tome 2° : Les jeux de l'échange, p.258

¹⁴⁸⁴ F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme op.cit. p.258 : « Entre acheteurs et vendeurs, le prix est le chef d'orchestre ».

soutenus souvent par les seigneurs locaux qui pouvaient en profiter pour lever des impôts, date approximativement de la seconde moitié du Moyen Âge, l'apparition des sociétés de capitaux ou corporations est un indice de développement des échanges qui génèrent donc une accumulation de capitaux.

Apparition de la notion d'entreprise

Le développement des échanges génère différents phénomènes comme la division du travail, le marché et la demande qui en résultent. Pour satisfaire une demande (solvable), il est nécessaire que certains organisent économiquement, juridiquement l'offre. La division du travail est le fondement économique de l'entreprise moderne où les tâches et fonctions sont éclatées : le dirigeant d'entreprise est donc justement l'entrepreneur lui-même ou son représentant. Les structures juridiques complexes comme une société anonyme supposent implicitement une entreprise où la division du travail est aboutie. Or cette division du travail est une conséquence de la spécialisation de la production, elle-même conséquence de l'Echange, donc du marché¹⁴⁸⁵. Dire que le marché guide la production ne semble plus être une construction mais un fait économique¹⁴⁸⁶. Hélène VERIN a étudié l'origine du mot entreprise dans la langue française. Le mot entreprise dérive du verbe *emprendre*¹⁴⁸⁷ qui est lié à la guerre, à l'entreprise chevaleresque, qui nécessite un plan et une stratégie pour conquérir une ville ou une position militaire¹⁴⁸⁸. Initialement d'après Mme VERIN, la notion d'entreprise est liée à l'action guerrière, à l'emprise chevaleresque¹⁴⁸⁹ : dans tous les cas, l'entreprise est « *l'engagement dans le risque*¹⁴⁹⁰ ». L'entreprise est d'abord un accord avec d'autres guerriers pour se mettre d'accord pour une stratégie, pour conquérir une cité ou un territoire¹⁴⁹¹. Le terme « entreprise » va être repris par les bourgeois et les manieurs

¹⁴⁸⁵ F. BRAUDEL, op.cit. T.2 : p.256 et s. : « le mot est alors l'équivalent d'échange, de circulation, de distribution. D'autre part, le mot marché désigne souvent une forme assez large de l'échange, dite aussi économie de marché c'est-à-dire un système ».

¹⁴⁸⁶ M. ALLAIS, *Economie pure et rendement social*, Bibliothèque Dalloz, 2006, p.35 : « Dans une économie concurrentielle, les prix constituent un système repère, qui sert essentiellement à orienter la production vers une position de rendement maximum ».

¹⁴⁸⁷ Du terme emprise aussi. H. VERIN, *Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011, p.45

¹⁴⁸⁸ H. VERIN, *Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011 p.37 et s. ; p.74 : L'entreprise, « c'est faire un accord avec d'autres guerriers (on trouve « entr'ex-prendre ») et se mettre d'accord pour une stratégie : se préparer à conquérir un pays, à assiéger une cité. »

¹⁴⁸⁹ H. VERIN, op.cit. p.63 et s.

¹⁴⁹⁰ H. VERIN, *Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011, p.63

¹⁴⁹¹ H. VERIN, *Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011, p.74

d'argent¹⁴⁹². A la fin du Moyen Âge, le terme d'entreprise a le sens d'accord réciproque, de projet élaboré en commun¹⁴⁹³.

Entreprise et développement de l'individualisme

L'acception du mot économique du terme entreprise est finalement assez récente et dérivera de plusieurs phénomènes : le XVII^e siècle est le siècle de la généralisation de l'argent¹⁴⁹⁴. L'entreprise est l'activité de l'entrepreneur qui décide d'entreprendre afin de « réaliser », au sens strict du terme, une chose. Entreprendre, c'est produire. Et « *Une société ne peut cesser de produire, non plus que consommer* » comme l'écrivait MARX¹⁴⁹⁵. L'entrepreneur est donc progressivement celui qui va modifier le réel, transformer le réel grâce à du travail (le sien puis progressivement surtout la force de travail qu'il va louer à des travailleurs) pour offrir des biens et des services sur un marché. L'apparition de l'entreprise et de l'entrepreneur va être corrélée à l'individualisation du monde : l'apparition de l'individu coïncide avec la définitivité du monde, c'est-à-dire avec une mutation radicale de l'homme par rapport à la nature et à la société ; les travaux de Michel VILLEY ou de Louis DUMONT confirment ce passage de ce qu'on appelle des sociétés holistes à des sociétés individualistes¹⁴⁹⁶, H. S. MAINE par exemple pense que les sociétés humaines évoluent vers l'affranchissement continu des individus de la société à laquelle ils appartiennent : l'individualisme serait un peu le sens de l'histoire¹⁴⁹⁷. Michel VILLEY fait commencer ce processus avec D'OCCAM¹⁴⁹⁸. C'est de la scolastique franciscaine de Duns SCOTT ou de Guillaume D'OCCAM que va naître la prééminence de la volonté comme fondement de la règle de droit¹⁴⁹⁹. Et si KANT « *n'aperçoit le droit qu'avec l'œil de l'individu*¹⁵⁰⁰ » c'est grâce à ce cheminement intellectuel emprunté

¹⁴⁹² H. VERIN, op.cit. p.95

¹⁴⁹³ Du CANGE cité par H. VERIN : « entreprise a le sens d'accord réciproque dès le XII^e siècle. Accord pour mener une action à terme, un projet élaboré en commun. « entreprise » et déj « emprise », « emprise » et le latin « imprissa », « impresi », « interprisia », « interpressio ».H. VERIN, op.cit. p.95

¹⁴⁹⁴ H. VERIN, *Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011, p.97 et s.

¹⁴⁹⁵ K.MARX, cité par BRAUDEL, F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme Tome 2^e : Les jeux de l'échange*, p.13

¹⁴⁹⁶ J.-F. KERVEGAN, « From Status To Contract », *Repenser le contrat*, sous la direction de Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, Dalloz, méthode du droit, p.93 et s.

¹⁴⁹⁷ L. CADIET, *Interrogation sur le droit contemporain des contrats*, in « *Le droit contemporain des contrats* », Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU *Economica* (p.15)

¹⁴⁹⁸ M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Archives de philosophie du droit, Sirey 1957, p.87 et s., p.87 et s. p.90 ; L. DUMONT, *Essai sur l'individualisme une perspective idéologique sur l'idéologie moderne*, points, essai. P.84 et s.

¹⁴⁹⁹ M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Archives de philosophie du droit, 1957 p.87 et s. p.90

¹⁵⁰⁰ M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Préface de Michel BASTIT Bibliothèque DALLOZ, 2009 p.153

précédemment par LOCKE, HUME et d'autres, où le droit est défini comme un pouvoir d'une personne, une sphère de liberté du sujet et que les pandectistes désigneront par droit subjectif¹⁵⁰¹. L'individu, propriétaire de lui-même, peut s'aventurer dans le négoce car il sera propriétaire des fruits de ce dernier.

Entreprise et dissociation de la propriété privée : la division du travail

Si l'apparition d'un véritable marché où les groupes humains d'Europe occidentale ont assez de surplus¹⁵⁰² (Production > consommation du groupe) date du XII-XIII^e siècle, CANTILLON fait une analyse théorique de l'entrepreneur avec la publication de son ouvrage au début du XVIII^e siècle¹⁵⁰³. CANTILLON ne distingue pas l'entreprise de l'entrepreneur et remarque que c'est la division du travail et des propriétés qui crée l'entrepreneur¹⁵⁰⁴ : si tous les hommes étaient propriétaires d'une parcelle de terre qu'ils pourraient exploiter seuls, il n'y aurait pas d'échange donc pas de marché donc pas de division du travail¹⁵⁰⁵. Le fractionnement des « propriétés » et l'inégalité des surfaces appropriées créent l'entreprise. L'entrepreneur va apparaître quand le propriétaire va déléguer l'exploitation de sa propriété à une personne chargée de gérer les affaires d'autrui¹⁵⁰⁶. Or cette idée est intéressante, car il semblerait qu'elle soit le cheminement généalogique de l'actuelle direction des grandes entreprises, qui est fondée sur une dissociation de la propriété et de la gestion. L'entrepreneur s'engage en général à réaliser une prestation, « à prix fait », c'est-à-dire dont le prix est convenu, c'est-à-dire déterminé ou déterminable à l'avance¹⁵⁰⁷. L'entrepreneur est donc celui qui va prendre en charge la réalisation d'un travail coordonné sans être forcément propriétaire des facteurs de production ; déjà, il n'est pas propriétaire de la force de travail qu'il loue (sauf en cas d'esclavage) contre un salaire et parfois, il n'est pas toujours propriétaire des autres facteurs de production. L'entrepreneur est donc celui qui s'engage à

¹⁵⁰¹ M. VILLEY, Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais, Préface de Michel BASTIT Bibliothèque DALLOZ, 2009 p.187-192 ; : J.-M. PUGHON, L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre juridique et réalisme économique, http://europedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5 (Pdf valable le 02/01/2016) ; J.-L. HALPERIN, Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? conférence faite au Japon aux universités Nanzan (Faculté de droit Nagoya) et Keio (Faculté de d..2010) <Hal-00460386 ; M. VILLEY, Philosophie du droit, Dalloz 1975, p.153 et s., n°79 et s.

¹⁵⁰² Y. Noah Harari, Sapiens, une brève histoire de l'humanité, Albin Michel, 2015, p.364-365

¹⁵⁰³ J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.341-353, p.344 ; H. VERIN, op.cit. p.120 et s. « CHAPITRE IV Le sujet économique, le concept d'entrepreneur chez CANTILLON »

¹⁵⁰⁴ H. VERIN, Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011,, p.134

¹⁵⁰⁵ H. VERIN, Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011, p.134

¹⁵⁰⁶ J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, op. cit. p.344

¹⁵⁰⁷ H. VERIN, Entrepreneurs, entreprise, histoire d'une idée, p.20, p.102, p.104, p.105 ; J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.344-345

la réalisation d'une prestation, avec un prix déterminé ou déterminable¹⁵⁰⁸. Ce point est très important car l'entrepreneur est « propriétaire » de la prestation qu'il va fournir même s'il ne fait que louer les facteurs de production nécessaires à la production. Economiquement, cela signifie que l'entrepreneur doit avancer un capital pour louer ou s'approprier les facteurs de production destinés à produire la chose¹⁵⁰⁹, qu'il vendra à son client et c'est de cette propriété initiale que naît l'appropriation du résultat et donc la propriété du profit éventuel. Avant la Révolution, le patrimoine de l'entreprise, c'est celui de l'entrepreneur¹⁵¹⁰ et c'est l'entrepreneur qui répond de la prestation qu'il doit réaliser : il n'y a pas de dissociation de l'entreprise et de l'entrepreneur. L'entreprise, c'est l'activité de l'entrepreneur et cela jusqu'à la veille de la révolution¹⁵¹¹. L'autonomisation de l'entreprise comme un objet juridique indépendant de l'entrepreneur est donc une chose postérieure à la révolution française¹⁵¹².

L'entreprise privée, sa cause efficiente et sa cause finale : de la propriété affectée à la réalisation d'un profit

Toute entreprise, même l'activité la plus simple d'une seule personne qui ne dispose d'aucun autre facteur de production que son propre travail suppose une « affectation » : il s'agit moins du terme juridique que du sens économique que l'on vise ici. A partir du moment où l'entrepreneur vise à réaliser un bénéfice, sa force de travail, celle qu'il peut louer à un travailleur, les biens matériels qu'il utilise, sont affectés à la production. Les capitaux immobilisés, les stocks consommés ne sont pas « libres » mais déterminés en fonction d'un usage qui est de produire en vue de réaliser des contrats avec les clients potentiels et que l'on espère finalement profitables¹⁵¹³. L'activité économique de l'entreprise est une activité non pas de consommation finale mais intermédiaire.

Bilan de l'idée d'entreprise et d'entrepreneur

Avec l'apparition d'une économie de marché à partir du XII^e siècle en Europe occidentale (et peut-être ailleurs) et donc d'une valeur d'échange lorsque les biens sont proposés sur le

¹⁵⁰⁸ J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.345-346

¹⁵⁰⁹ H. VERIN, op.cit. p.105

¹⁵¹⁰ J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.341-353, p.346

¹⁵¹¹ J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, op.cit. p.346 : « A la veille de la Révolution et de la codification napoléonienne l'entreprise demeure donc conçue comme un type d'activité- déployé par l'entrepreneur- mais non pas encore comme une entité distincte de ce dernier ».

¹⁵¹² J. HILAIRE, op.cit. p.349

¹⁵¹³ P. DIDIER, entrée °ENTREPRISE, in Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadrige dico poche 1ère édit. 2003 p.625 et s. p.627 ; M. WEBER, Economie et société I, les catégories de la sociologie, trad. J. FREUND et alii pocket 1995, p.148

marché¹⁵¹⁴, puis avec la généralisation de la monnaie, la production au sens économique du terme va accentuer la division du travail et la spécialisation des tâches¹⁵¹⁵. L'homme va préférer échanger une partie de sa production sur le marché plutôt que de la consommer afin d'obtenir en échange d'autres biens, essentiellement de la monnaie une fois que celle-ci sera généralisée¹⁵¹⁶. De ces échanges et avec l'expansion territoriale de l'Europe, la fonction d'entreprise animée par des entrepreneurs va apparaître. L'entrepreneur est donc celui qui réunit un capital, afin de réaliser une idée productrice de valeur afin de satisfaire une demande solvable. L'entrepreneur est donc la personne ou le groupe de personnes réunies par un contrat de type associatif (société civile ou commerciale, société de personnes ou de capitaux avec participation éventuelle de la société de capitaux) qui va prendre en charge le processus de production des biens ou de services afin de vendre un produit (bien ou service) qui est toujours la mise en œuvre d'une idée. La division du travail constatée par A. SMITH¹⁵¹⁷, est la conséquence de l'accroissement des échanges¹⁵¹⁸. Or ces échanges vont être assurés par des « entreprises privées » ou semi-privées. Les échanges vont accroître également l'accumulation de capitaux et cette accumulation peut permettre de réunir des entrepreneurs par le biais d'un contrat associatif qu'est le contrat de société. Le contrat de société va être le véhicule juridique d'entreprises communes d'une taille plus importante accentuant à leur tour la division du travail. Il faut bien comprendre que le contrat de société a commencé à se développer véritablement dans la seconde partie du Moyen Age, notamment dans les cités négociantes du nord de l'Italie¹⁵¹⁹, et que la personnalité morale bien plus ultérieurement. Le phénomène d'institutionnalisation de l'entreprise dû à la réglementation du droit des sociétés et à l'émergence de la comptabilité et de la fiscalité n'est pas lié à la nature intrinsèque de l'entreprise et du contrat de société mais à l'avènement de l'institutionnalisation du pouvoir politique à travers le développement de l'Etat moderne.

¹⁵¹⁴ F. BRAUDEL, « La dynamique du capitalisme. » Edit : champs histoire, p.23: L'A. parle du marché et dit : « Tout ce qui reste en dehors du marché n'a qu'une valeur d'usage, tout ce qui en franchit la porte étroite acquiert une valeur d'échange »

¹⁵¹⁵ F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV-XVIIIe siècle* F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme Tome 2° : Les jeux de l'échange* p.14

¹⁵¹⁶ F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*. Edit : champs histoire, p.20 ; V. aussi ARISTOTE, *Sur la justice, Ethique à Nicomaque*, Présentation et notes D. AGACINSKI, trad. R. BODEÛS, GF Flammarion

¹⁵¹⁷ A. SMITH, *Richesse des nations* (« Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, T.1 et T.2, Trad. G. GARNIER, revue par A. BLANQUI, introduction, D. DIATKINE p.71 : Importance de la division du travail. ; A.P.D., *Droit et Economie*, 1992 ; Fr. ZENATI, *Le droit et l'économie au-delà de MARX*, op.cit. p.121 P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », *essai points*, 1979, 3e 1999, p.71 ; J. BAECHLER, *Le capitalisme, 1. Les origines*. 204-205 : L'importance de la division du travail. « La division du travail est nécessairement accompagnée de l'échange, puisque seuls des produits entiers et un ensemble déterminé de produits peuvent satisfaire les besoins des membres d'un groupe social ».

¹⁵¹⁸ J. BAECHLER, *Le capitalisme, Tome 1. Les origines*, Folio Histoire, Gallimard 1995 ; T.1.204-205

¹⁵¹⁹ J. HILAIRE, *introduction historique au droit commercial*. PUF p.170 et s. ; Y. RENOARD, *les hommes d'affaires italiens du Moyen-Age*, Texto, édit. TALLANDIER 2009

B. Définition globale de l'entreprise privée, économique et juridique

1 Définition partielle de l'entreprise privée

L'entreprise est souvent définie par son activité, son existence : la CJCE (CJUE aujourd'hui) définissait l'entreprise, dans un contexte de concurrence, comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de l'entité qui exerce l'activité économique*¹⁵²⁰. » Le professeur DEBOISSY la définit de la manière suivante : « *l'entreprise constitue un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés en vue de l'exercice d'une activité régulière participant à la production et à la circulation des richesses*¹⁵²¹ ». Ces définitions ne sont d'ailleurs pas spécifiquement juridiques et ressemblent à des définitions formulées par des économistes : Yves MORVAN définit l'entreprise comme « *un ensemble structuré de tous les agents économiques, simples ou complexes, qui créent des biens et/ou services propres à satisfaire des besoins individuels et collectifs et qui participent ainsi à l'accroissement de la production*¹⁵²² ». Les auteurs d'un manuel économique donnent une définition presque similaire de l'entreprise qui serait « *une unité économique qui produit des biens et des services afin de vendre sur un marché, en combinant des facteurs de production apportés par différents agents*¹⁵²³ ». Si on résume l'ensemble de ces définitions, l'idée d'une structure organisée afin de produire des biens apparaît dans toutes les définitions. L'INSEE définit l'entreprise d'une manière assez proche comme étant « *la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de productions de biens et services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes*¹⁵²⁴ ». La définition est là aussi très proche de celles données précédemment mais avec l'idée d'autonomie en plus. Mais si ces définitions ne sont pas fausses, elles nous semblent incomplètes au demeurant car « *l'entité qui exerce une activité économique* » ou l'« *ensemble cohérent de moyens humains et matériels* » renvoie à la notion d'organisation productive, indépendamment du fait que cette organisation

¹⁵²⁰ CJCE 23 avr. 1991, Höffner et ELSER, aff. C-41/90, Rec. 1991, p.I-1976-2016

¹⁵²¹ FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005, p.127, n°13

¹⁵²² Cité par C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, Economie, Sirey 2016, p.80

¹⁵²³ C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, Economie, Sirey 2016, p.80

¹⁵²⁴ C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, Economie, Sirey 2016, p.82

productive soit publique ou privée, marchande ou non. Et d'ailleurs, l'organisation productive se définit comme « *toute forme de coordination en vue de réaliser une production marchande ou non à partir de divers facteurs de production*¹⁵²⁵ » sans mettre en exergue la spécificité de l'entreprise privée qui est la structuration par le biais de la propriété privée. Paul DIDIER rappelait effectivement que l'entreprise en société est une propriété collective¹⁵²⁶, plus précisément une propriété privée collective. Le pouvoir au sein d'une entreprise, comme au sein d'une communauté conjugale ne sort pas de nulle part, il est issu du regroupement de droits individuels de propriété privée « collectivisés » par un contrat. La société comme le mariage peuvent avoir pour conséquence de passer d'une propriété privée individuelle à une propriété privée collective. Par ailleurs, une autre définition de l'entreprise met le doigt sur la notion de propriété : « *l'entreprise est le lieu d'exercice d'un pouvoir régulé par l'Etat- l'ordre juridique public-, pouvoir lié à la propriété privée des ressources*¹⁵²⁷ ». Cette définition introduit l'idée de la propriété contrairement à celles vues précédemment. Or cette idée de propriété est fondamentale car comment expliquer sinon la structure et la hiérarchie au sein d'une entreprise ? D'où vient le pouvoir dans l'entreprise privée ? D'où est issu le pouvoir décisionnaire dans l'entreprise ? La réponse est claire et « scientifique » : en économie de marché, le pouvoir dans une entreprise privée provient du capital¹⁵²⁸. Les théories de type personnaliste expliquent que le pouvoir serait issu de la loi, que les organes de la personne morale auraient des pouvoirs propres et légaux¹⁵²⁹. Mais ce n'est pas vrai car une entreprise non personnifiée peut être autant, voire davantage structurée qu'une société dotée de la personne morale alors qu'elle n'a pas de personnalité morale. L'entrepreneur individuel dispose de prérogatives sur son entreprise, qui n'est pas dissociée de son patrimoine. Il peut le faire maintenant grâce à certaines techniques du droit. Un groupe d'entrepreneurs peut très bien créer une entreprise en commun et le statut juridique importe peu. Une entreprise privée lucrative, soumise à la concurrence, est une organisation productive qui doit générer davantage de valeurs qu'elle en consomme pour produire afin de se perpétuer dans le temps. L'Entrepreneur (ou un groupement d'entrepreneurs) avance en général des capitaux. Et c'est cette propriété des capitaux qui engendre le pouvoir dans l'entreprise. La propriété des

¹⁵²⁵ C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, *Economie*, Sirey 2016, p.81

¹⁵²⁶ P. DIDIER, entrée «entreprise» in dictionnaire de la culture juridique op.cit. p.625 et s. p.627 : .627 : « définitions. L'entreprise en société est celle qui doit son capital à deux ou plusieurs associés ou actionnaires. Elle est leur propriété collective comme l'entreprise individuelle est la propriété personnelle de l'entrepreneur individuel »

¹⁵²⁷ BAZZOLI, DUTRAIVE, 2002 cité par R. BEAUJOLIN-BELLET, «entreprise» in Dictionnaire du Travail, A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS, Puf 2012 p.268

¹⁵²⁸ Propriété et liberté d'entreprendre sont corrélés. V. V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL, p.40 et s., n°40 et s. ; L. FAVOREU , « La décision du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », RDP, 1982, p. 41 ; infra Chapitre suivant

¹⁵²⁹ supra

capitaux est également le fondement juridique qui permet à l'entrepreneur ou à un groupe d'entrepreneurs d'être propriétaire du processus de production. Toute production nécessite des capitaux, des facteurs de production et l'Entrepreneur est celui qui avance des capitaux pour coordonner ces facteurs¹⁵³⁰. L'entreprise est toujours liée à des personnes physiques qui entreprennent, seules ou à plusieurs¹⁵³¹. Et l'entrepreneur est celui qui s'engage à produire et qui est propriétaire de la prestation à échanger. Jean BACHLER nous explique qu'en régime de propriété, « *tous les facteurs de productions sont appropriés par des individus et des groupes, les terres, les matières premières, les capitaux, le travail, les techniques*¹⁵³² ». Certes mais l'entrepreneur est surtout celui qui est propriétaire du processus de production qui aboutit de la propriété de la prestation vendue au client. Les entreprises de services de la nouvelle économie illustrent ce point¹⁵³³ : l'entreprise qui permet de louer des logements ou un véhicule n'est pas propriétaire des biens principaux de production. Ces biens sont la propriété de particuliers, voire d'autres entreprises. L'entreprise de l'économie de l'internet est propriétaire d'un processus de production et propriétaire de la prestation fournie aux clients, qui est une mise en relation, entre un offreur et demandeur. L'Entrepreneur ne dispose pas de prérogatives de puissance publique, il ne force pas les gens à collaborer à son projet, c'est par le contrat qu'il va louer ou acheter différents facteurs de production afin de produire pour satisfaire une demande solvable. Le salarié loue sa force de travail et accepte en échange la subordination ; le salarié accepte de participer à un processus productif qui ne lui appartient pas. Il n'est pas propriétaire du produit du résultat de son travail car il a accepté contractuellement de renoncer à cette propriété¹⁵³⁴. Tous ceux qui interviennent au processus de production de l'Entrepreneur sans devenir « *partner* » acceptent de louer leur force de travail ou de vendre une chose qui va s'incorporer à la chose finale sans être propriétaires de la chose finale. Cette question est « piégée » car les analyses économiques dérivées du marxisme dont la prégnance fut très forte en France expliquent que le salarié aurait une sorte de droit naturel sur le produit final¹⁵³⁵. Mais ce droit naturel au profit, justifié par une analyse marxiste qui se veut scientifique paraît discutable ; car si le salarié a droit au profit, il devrait également partager les pertes. Le fait que la plus grande partie du travail soit payée indépendamment du résultat de l'activité économique est également une protection contre les aléas du marché. Mais surtout, la condition de salarié n'est jamais obligatoire et comme

¹⁵³⁰ « La firme n'est pas autre chose qu'une association de facteurs de production collaborant à une finalité commune (a Team of Cooperating Factors of Production). » in H. LEPAGE, « Pourquoi la propriété » Pluriel inédit 1985, p.182

¹⁵³¹A. PEYREFITTE, La société de confiance, Edition Odile Jacob, p.22 ; H. LEPAGE, Pourquoi la propriété, Pluriel inédit. p.183 : « Abandonner l'idée qu'il ne saurait y avoir d'entreprise sans entrepreneur ».

¹⁵³² J. BAECHLER, Le capitalisme, Tome 2 : l'économie capitaliste Folio Histoire, Gallimard 1995, p.339

¹⁵³³ Exemple des GAFAM

¹⁵³⁴ On reformule ici ce qui est démontré dans la thèse de Th. REVET,

¹⁵³⁵ G. ROUHETTE, Propriété Encyclopædia Universalis ; J. ELLUL, La pensée marxiste, La table ronde 2003, 2012

l'explique Thierry REVET dans sa thèse, le salarié qui loue son travail n'est pas propriétaire de la chose transformée car la jouissance d'une chose confère le droit d'en acquérir les fruits¹⁵³⁶. L'entrepreneur loue ou achète des facteurs de production pour produire une chose (bien corporel, incorporel, service) dont il a la propriété. Et c'est parce qu'il est propriétaire de la prestation entendue lato sensu qu'il peut ensuite vendre, louer, accomplir cette prestation envers un client contre rémunération. Lorsque la figure de l'entrepreneur est constituée de plusieurs entrepreneurs, ceux-ci sont réunis par contrat, souvent un contrat de société et si celle-ci est personnifiée, le droit considère que c'est la société qui est propriétaire. Néanmoins la personne morale n'est jamais un « réel propriétaire » car elle ne peut avoir de purs droits subjectifs¹⁵³⁷.

2 L'entreprise privée en tant que faculté d'appropriation : entreprise définie par le pouvoir fondamental de propriété

Ce sont bien souvent des actes unilatéraux de droit public qui organisent l'entreprise publique quand celle-ci n'est pas régie par le droit privé¹⁵³⁸. L'entreprise publique qui relève du droit public produit non pour le marché mais en fonction d'impératifs juridiques et politiques. Pour l'entreprise privée, la production dépend des contrats passés avec les clients. Le système des prix oriente la production¹⁵³⁹. Car la consommation oriente la production. Pour faire du profit, l'entreprise doit organiser une production mais derrière l'entreprise, il y a toujours des décisions prises par des entrepreneurs personnes physiques. Qui a le pouvoir dans l'entreprise privée ? En théorie, ce sont les propriétaires en commun de l'entreprise ou associés si l'entreprise est organisée par un contrat de société. Il peut arriver que factuellement, ce sont des managers, c'est-à-dire les mandataires sociaux qui soient les réels titulaires du pouvoir dans une société donnée¹⁵⁴⁰. Georges ROUHETTE évoquait ce phénomène en employant le terme de « propriétaires *de jure* » pour désigner les actionnaires qui seraient « *dépouillés de la prérogative fondamentale qui consiste, pour le propriétaire, à administrer sa chose*¹⁵⁴¹ ». La faculté d'administrer la chose appartiendrait aux

¹⁵³⁶ Fr. ZENATI, préface de la thèse de Th. REVET, La force de travail (étude juridique), préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992

¹⁵³⁷ Supra, infra

¹⁵³⁸ A. CARTIER-BRESSON, « L'Etat actionnaire ».Thèse Préf. D. TRUCHET LGDJ, bibliothèque de droit public

¹⁵³⁹ Supra, A. précédent, M. ALLAIS, Economie pure et rendement social, Bibliothèque Dalloz, 2006, p.35-50

¹⁵⁴⁰ Cl. CHAMPAUD, le pouvoir de concentration de la société par actions, SIREY, T. 5, bibliothèque de droit commercial, 1962, p.105

¹⁵⁴¹ G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée °propriété°

administrateurs, aux managers. Il y aurait donc une dissociation de la propriété entre une faculté de jouissance et une faculté de contrôle et de gestion : l'entreprise sociétaire serait constitutive de deux propriétés partielles : une source de revenus dévolue aux actionnaires et l'autre, une faculté de gestion inhérente à la personnalité morale dont les dirigeants sociaux seraient les organes ou représentants. Si Georges ROUHETTE semblait adhérer a priori à la vision « personnaliste » de l'entreprise en société, il précisait néanmoins que « *l'artifice de la personnalité morale ne doit pas masquer la réalité sociale*¹⁵⁴² », que les actionnaires demeurent théoriquement les maîtres de la société, au moins théoriquement, car ce sont eux qui votent en assemblée¹⁵⁴³. Mais pour nous, ce droit de vote des associés n'est pas une prébende ou un privilège accordé par l'Etat mais la conséquence du droit de propriété et du droit des contrats appliqués à l'entreprise en société. Le vote de l'associé résulte du contrat de société qui lui-même découle de la liberté individuelle de s'associer et d'exploiter en commun des biens de production, liberté inhérente à une démocratie libérale. Le pouvoir exercé au sein de l'entreprise est un pouvoir issu du droit de propriété, plus exactement d'une propriété privée collective. En faisant un apport, un associé ne renonce pas à son droit de propriété sur l'apport, il accepte une affectation commune en remise d'une quote-part de l'ensemble matérialisée par le titre social. Autrement dit, un propriétaire d'une valeur l'apporte à l'entreprise commune : soit par son apport en tant qu'associé fondateur, soit en tant que cessionnaire d'actions ou de parts sociales. L'apport initial à une entreprise commune en société transforme une valeur souvent appropriée individuellement en valeur individuelle matérialisée par le titre social. Le contrat de société est à fois un engagement réel et personnel. Les biens apportés, mais surtout leurs fruits, sont appropriés en commun et cette appropriation en commun, comme toute propriété collective, fait naître des relations de pouvoir. L'apporteur de capitaux (fondateur ou cessionnaire de titres sociaux) a transformé par son adhésion au pacte social un pur droit subjectif en une relation de pouvoir. Plus généralement, toute relation de représentation fait naître une relation de pouvoir. Emmanuel GAILLARD l'a expliqué dans sa thèse : quand une personne engage un représentant pour signer un contrat à sa place, le mandataire investi du pouvoir de représenter son mandant, accomplit, en plus de la signature d'un contrat, un acte juridique unilatéral¹⁵⁴⁴. Comme disait M. GAILLARD, la décision du titulaire du pouvoir est bien une manifestation unilatérale de volonté, il s'agit d'une variété d'actes unilatéraux¹⁵⁴⁵. Or ces actes unilatéraux sont de droit

¹⁵⁴² G. ROUHETTE, °propriété° op.cit.

¹⁵⁴³ G. ROUHETTE, °propriété°op.cit.

¹⁵⁴⁴ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985 p.142, n°223 : '...le pouvoir qui permet à son titulaire de décider pour autrui se traduit toujours par la conclusion d'un acte unilatérale'.

¹⁵⁴⁵ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985 p.142, n°223 : « La décision du titulaire du pouvoir est bien une manifestation unilatérale de volonté destinée à produire un effet de droit,

privé car ils sont la concentration en une main des prérogatives de différents propriétaires. Comme l'expliquait Germain SICARD à propos des Moulins de Toulouse, qui sont peut-être la première société de capitaux du Monde occidental, des propriétaires de Moulin sur la Garonne ont préféré, vers le milieu du Moyen Age, se réunir et devenir propriétaires en commun d'un ensemble de moulins, c'est-à-dire juridiquement d'une universalité plutôt que de rester propriétaires individuels d'un seul moulin¹⁵⁴⁶. Or une universalité est toujours un actif incorporel car l'enveloppe devient une sorte de bien incorporel qui se distingue de la somme des biens qui le composent¹⁵⁴⁷. Et le dirigeant social est le gestionnaire de cette enveloppe. Et si initialement, le Code civil prévoyait par exemple que l'associé pouvait disposer des biens communs, toute l'évolution du droit des sociétés depuis plusieurs siècles va dans le sens d'une enveloppe devenue imperméable. Seul le dirigeant social dispose d'un pouvoir sur les biens. Les « copropriétaires » que sont les associés n'ont plus eu le droit au chapitre en matière de gestion, devenus seulement titulaires du contrôle de la gestion.

Entreprise, liberté des entrepreneurs rattachée par le droit de propriété : processus de production appartient à l'entrepreneur par la technique patrimoniale

Comme l'écrit Rémy LIBCHABER, la distinction fondamentale en droit est celle entre les personnes et les biens, les biens sont définis négativement comme n'étant pas une personne, ils sont « *très précisément définis comme ce qui est extérieur aux personnes*¹⁵⁴⁸ ». On a vu que le sens originaire du mot entreprise était non pas un bien ou un objet mais une action, une façon d'agir qui indique le mouvement¹⁵⁴⁹. Entreprendre, c'est modifier du réel. Cette modification du réel n'est pas liée à la nature mais à une action consciente de l'homme. Comme pour le travail, l'action d'entreprendre suppose la conscience d'agir¹⁵⁵⁰. Comme l'écrivait Alain SUPIOT, nous pensons que l'entreprise est d'abord une liberté : « *L'entreprise n'est pas une institution, mais l'expression de la liberté d'entreprendre, et c'est pourquoi,*

en l'occurrence contraignant pour autrui-le représenté- et correspond donc à l'une des variétés d'actes unilatéraux »

¹⁵⁴⁶ G. SICARD. Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse, Toulouse 1952, préf. G. BOYER, p.145 et s.

¹⁵⁴⁷ R. LIBCHABER, Les biens, 2016 op.cit. n°86 et s.

¹⁵⁴⁸ R. LIBCHABER, Les biens, op.cit. 2016, n°6

¹⁵⁴⁹ H. VERIN, Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011p.20

¹⁵⁵⁰ Voir l'analyse de MARX sur le travail : pourquoi une abeille ou une fourmi ne travaille pas in K. MARX, le capital, Œuvres Economie I, La pléiade p.728 : « Notre point de départ c'est le travail sous une forme qui appartient exclusivement à l'homme ».

« Mais ce qui distingue dès l'abord le plus mauvais architecte de l'abeille la plus experte, c'est qu'il a construit la cellule dans sa tête avant de la construire dans la ruche. Le résultat auquel le travail aboutit préexiste idéalement dans l'imagination du travailleur. Ce n'est pas qu'il opère seulement un changement de forme dans les matières naturelles ; il y réalise du même coup son propre but dont il a conscience, qui détermine comme loi son mode d'action et auquel il doit subordonner sa volonté ».

*malgré tous les efforts des juristes, elle demeure une notion juridique insaisissable¹⁵⁵¹ ». La liberté de qui, telle est la question ? Pour Alain SUPIOT et ses continuateurs, c'est peut-être la liberté de ceux qui travaillent dans l'entreprise mais il semblerait que dans une démocratie libérale (économie de marché), la liberté d'entreprendre soit celle de l'entrepreneur ou d'un groupement d'entrepreneurs : le contrat de société (pluripersonnel) n'est rien d'autre qu'un groupement d'entrepreneurs et le salarié qui acquiert quelques titres sociaux de son entreprise devient un capitaliste aussi modeste soit-il. L'entreprise privée est donc d'abord une liberté imputable à ceux qui entreprennent et ce lien entre l'entrepreneur et l'entreprise privée résulte tout simplement du droit de propriété. Si je suis propriétaire tout seul d'une voiture, en m'associant à un autre propriétaire d'une autre voiture, on devient propriétaires en commun de deux voitures. Quand l'entrepreneur travaille dans son entreprise, il est propriétaire des fruits de son travail, car, contrairement au salarié, l'entrepreneur est propriétaire du processus de production qu'est l'entreprise. Et c'est l'adage (*is quid fecit*) qui justifie l'appropriation par le biais d'une « organisation industrielle¹⁵⁵² ». Cette appropriation relève du caractère fondamental de la propriété¹⁵⁵³, voire d'un principe de droit naturel (équité naturelle¹⁵⁵⁴). L'entrepreneur, seul, ou collectivement par le biais d'un « contrat d'association¹⁵⁵⁵ » est propriétaire de la prestation qu'il fournit. Quand l'entrepreneur ou une personne agissant en son nom livre une pizza, coupe des cheveux ou vend une automobile, c'est l'entrepreneur, ou le groupe d'entrepreneurs, qui est propriétaire de la prestation exécutée. Cette propriété découle du fait que l'entrepreneur est celui qui coordonne différents facteurs de production pour assurer sa prestation. L'entrepreneur est propriétaire de la prestation échangeable sur un marché en vertu du droit des biens. C'est le droit d'accession visé par le code civil qui explique sa propriété sur la prestation générée par différents facteurs de production, facteurs de production utilisés par l'entrepreneur sans qu'il en soit forcément propriétaire¹⁵⁵⁶. Dans le cas d'un entrepreneur individuel qui travaille tout seul, on comprend facilement le droit d'accession : par exemple l'artisan qui vend des objets fabriqués par lui-même¹⁵⁵⁷. L'achat de matières premières additionné à son industrie génère un bien nouveau et ce bien nouveau, il en est propriétaire jusqu'à la transaction avec un client.*

¹⁵⁵¹ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, Puf, Que sais-je ?

¹⁵⁵² Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens* », PUF 3^e édit. 2008, p.115-116, n°67

¹⁵⁵³ Fr. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.* 2006 p.445 et s.

¹⁵⁵⁴ Th. REVET, *Les nouveaux biens, La propriété*, Association CAPITANT, Litec 2006

¹⁵⁵⁵ Terminologie usitée par M. ROUHETTE dans fascicule propriété

¹⁵⁵⁶ *Comp. avec la notion de propriété économique de G. BLANLUET, Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherche au confluent du droit fiscal et de droit civil, Bibliothèque de droit privé T.313.*

¹⁵⁵⁷ Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F ; ZENATI, Litec, 1992 p.425, n°382 : « lorsque la personne déployant sa force de travail est propriétaire de la chose travaillée, les valeurs qu'elle fait naître de cette conjonction de capital et de travail paraissent avoir la double qualité de produit du capital et de produit du travail ».

Le droit de propriété qu'a l'entrepreneur sur la matière à transformer ainsi que le droit de propriété sur sa force de travail expliquent totalement la propriété par accession/spécification sur le bien nouveau. Lorsque l'entrepreneur individuel emploie un ou plusieurs travailleurs subordonnés, il demeure propriétaire du bien nouveau alors même que la valeur du travail loué aux salariés pourrait être supérieure à la matière première fournie. Pourquoi ? Parce que l'entrepreneur est propriétaire de l'action d'entreprendre, du processus de production. Et ce processus de production est « logé » dans le patrimoine de l'entrepreneur ou dans un patrimoine commun entre plusieurs entrepreneurs (qui peut être personnifié par le biais d'une société dotée d'une personnalité morale). Thierry REVET explique ce phénomène dans sa thèse de doctorat : « *La plus value est inséparable du capital parce qu'elle « n'est rien d'autre que la chose elle-même, dont elle n'est qu'une partie de la représentation comptable ».* *L'intervention du travail dans l'apparition de ce gain en capital ne saurait, donc, neutraliser son absorption par la chose : l'appréhension de la plus-value comme un véritable produit du travail, pour cette cause dissociée, est inconcevable. Au mieux, la contribution de la force de travail à la formation d'une plus-value fonde un droit à indemnisation au profit de l'exploitant-non propriétaire*¹⁵⁵⁸ ». De surcroît, il est important de préciser que tout travail social n'est pas forcément générateur d'une plus-value. Cette question est souvent « confisquée » par le politique car l'ombre du marxisme est toujours là, d'une manière implicite¹⁵⁵⁹, notamment par la croyance en l'existence d'une théorie absolue du juste prix. Si le travail effectué mérite toujours un salaire, le profit attendu n'est pas toujours au rendez-vous. Et c'est là aussi une grande différence entre le travail et l'investissement de capitaux : dans nos systèmes juridiques, le travail pour autrui, hormis le bénévolat, qui est une forme de don librement consenti, est toujours rémunéré même si le travail s'avère *in fine* inutile ou non rentable. L'investissement en capital peut s'avérer désastreux : le droit des procédures collectives confirme d'une manière empirique que l'entreprise en tant « qu'activité économique » n'est pas toujours rentable.

Ce qui est important de relever maintenant, c'est que l'entreprise qui était initialement une activité corrélée à l'entrepreneur a été « autonomisée » partiellement par le droit, par la comptabilité¹⁵⁶⁰. Cette autonomisation relative liée à l'extension des marchés, du machinisme et de la concentration des capitaux et de l'accroissement de la division du travail au sein de

¹⁵⁵⁸ Th. REVET, *La force de travail, étude juridique*, préf. Fr. ZENATI, Litec, 1992, p.476, n°422

¹⁵⁵⁹ Fr.-P. BENOIT, *De HEGEL à MARX*, Dalloz, 2009 p.245 et s. : L'auteur explique que MARX croyait en une sorte de juste prix de la valeur du travail échange par le biais de la notion de travail humain abstrait. Et ce travail humain abstrait permet de déterminer la valeur réelle de l'échange. MARX expliquait que : « Les marchandises dans lesquelles sont contenues d'égales quantités de travail, ou qui peuvent être produites dans le même temps, ont par conséquent une valeur égale. La valeur d'une marchandise est à la valeur de toute autre marchandise, dans le même rapport que le temps de travail nécessaire à la production de l'une est au temps de travail nécessaire à la production de l'autre. » cité par Fr.-P. BENOIT, *op.cit* . P.249

¹⁵⁶⁰ J. HILAIRE, *Une histoire du concept d'entreprise*, A.P.D. 1997, p.341, p.348 et s.

l'organisation industrielle, a fait naître justement la fonction du dirigeant d'entreprise puis dirigeant de société. La gestion d'actifs de plus en plus conséquents a fait naître la fonction de managers. Les propriétaires de l'entreprise commune délèguent à des professionnels la gestion des actifs sociaux. Tout le débat, on l'a vu dans notre première partie, a été justement de croire que l'autonomisation était absolue et que le dirigeant d'entreprise serait devenu un organe comme le cerveau l'est pour un organisme vivant à colonne vertébrée. L'entreprise réifiée par le droit n'en demeure pas moins sous la dépendance de ses propriétaires car dans une démocratie libérale, la personnalité d'un individu est toujours supérieure à celle d'un groupement.

Entreprise, objet de droit : la réification de l'entreprise

La notion d'entreprise comme celle de capital est corrélée à la genèse de la comptabilité¹⁵⁶¹. Peu importe la forme juridique de l'entreprise, personnifiée ou non, c'est-à-dire dotée ou non d'un patrimoine autonome, celle-ci a toujours une existence comptable et fiscale¹⁵⁶². L'entrepreneur individuel, par exemple, détermine le résultat de son activité d'entrepreneur bien que son imposition soit *in fine* globale en fonction de l'ensemble de ses revenus. D'où l'existence d'un principe de liberté d'« affectation comptable » ; le bilan comptable d'une entreprise est déjà une forme de réification de celle-ci. L'entreprise initialement entendue comme l'exercice de la liberté d'un entrepreneur devient un objet de droit relativement autonome, qui permettra ultérieurement sa transmission dans un autre patrimoine (souvent par le biais d'une vente d'un fonds de commerce, clientèle, cession de titres sociaux). La réification de l'entreprise est d'abord issue de la pratique commerciale car si aujourd'hui nombreux sont ceux qui confondent le droit étatique avec le Droit, les grandes entreprises générées par des commerçants enrichis par le basculement d'une société agricole vers une société d'échange sont issues de la pratique¹⁵⁶³. Mais la pérennité des échanges nouveaux, à partir du XVI^e siècle notamment, a généré des activités commerciales qui ont une durée plus longue que la vie humaine. Le cédant (l'entrepreneur en place) et le cessionnaire (celui qui voulait prendre sa place) ont eu besoin de compter, d'estimer et donc de « réifier » la valeur d'une activité commerciale. Comme l'écrit Luisa BRUNORI : « *Accepter que la durée de la société dépasse le temps de la vie des associés, revient à admettre que l'activité commerciale*

¹⁵⁶¹ Voir S. JUBE De quelle entreprise cherche-t-on à rendre compte ? in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015 p.147 et s., notamment p.150 et s.

¹⁵⁶² M. COZIAN, FI. DEBOISSY, M. CHADEFaux, Précis de fiscalité des entreprises, 40e edit. LexisNexis 2016, p.41 et s., n°76 et s.

¹⁵⁶³ L. BRUNORI, *Societas quid sit*, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique, Pref. J. HILAIRE, édit. Mare et Martin, collections des Presses Universitaires de Sceaux, 2015 p.15, p.69

*constitue l'essence de la société, et non les personnes physiques qui la composent*¹⁵⁶⁴ ». Ce qu'il faut relever, c'est que si l'entreprise a été et est l'activité de l'entrepreneur, cette activité est susceptible d'être réifiée, d'être dissociée de la personne de l'entrepreneur pour être cédée à un nouvel entrepreneur. La comptabilité, ainsi que la création de titres sociaux qui représentent une quote-part du capital, permettent de créer une propriété immatérielle transmissible (exemple d'un fonds de commerce par exemple) qui peut être cédée grâce à une évaluation comptable des actifs. L'idée d'un être moral, d'une personne juridique fictive est bien plus ancienne que la reconnaissance officielle des personnes morales par le droit français¹⁵⁶⁵. Comme l'explique Samuel JUBE, l'actionnaire qui peut vendre ses titres sociaux permet d'allonger l'horizon de l'entreprise au-delà de la vie des associés¹⁵⁶⁶. Ce nouvel objet de propriété qu'est le titre social (part sociale, action) ainsi que la généralisation de l'obligation limitée aux dettes sociales de l'associé, permet d'essentialiser une activité commerciale. L'entreprise, action d'individus d'abord isolés puis regroupés par contrat de société, devient elle-même une sorte de fiction, comme si elle était une personne. La valorisation de l'activité génératrice de biens frugifères pour ceux qui exercent une activité d'entreprise a nécessité de la réifier pour pouvoir la transmettre. Cette réification d'une action humaine, celle d'entreprendre, c'était d'ailleurs le sens premier du terme entreprise¹⁵⁶⁷.

Le processus de réification de l'entreprise est inhérent à la technique du droit des biens :

Importance des titres sociaux

L'associé propriétaire de son titre social (mi-droit réel, mi-droit personnel) dispose de prérogatives qui découlent de deux qualités distinctes mais fusionnées par le contrat de société : prérogatives personnelles et prérogatives réelles. Les prérogatives personnelles découlent du contrat de société auquel l'associé a adhéré mais ce dernier est également propriétaire en commun d'une universalité de fait/de droit matérialisée par la propriété individualisée de titres sociaux. Et cette propriété des titres sociaux justifie l'intervention de l'associé dans la « vie sociale¹⁵⁶⁸ ». Le titre social est donc à la fois réification d'un accord contractuel et une quote-part d'un patrimoine/ universalité de droit (ou « patrimoine de fait » lorsqu'il n'y a pas de personnalité). La cession du titre social a permis d'objectiver l'entreprise au fil du temps et de dissocier partiellement la vie de l'entreprise en tant qu'activité de celle

¹⁵⁶⁴ L. BRUNORI, *Societas quid sit, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique* op.cit. cit.

¹⁵⁶⁵ E. RICHARD, « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, *Entreprise et histoire*, 2009/4 n°57

¹⁵⁶⁶ S. JUBE, Chapitre IX, *De quelle entreprise cherche-t-on à rendre compte ? L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques*, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.152

¹⁵⁶⁷ Supra H. VERIN, op.cit.

¹⁵⁶⁸ A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Préf. Th. REVET, Dalloz, 2013 p.83, n°70 : 2. La propriété des titres sociaux : fondement du droit d'intervention de l'associé

des entrepreneurs. C'est un processus qui a permis de réifier progressivement l'entreprise (puis éventuellement de la personnifier). L'entreprise grâce à la cession partielle ou totale de celle-ci par le biais de la vente de titres sociaux, fonds de commerce, clientèle, devient dissociable de ses propriétaires, entreprise qu'ils pourront ensuite transmettre à leurs ayants droit ou ayants cause. Ce processus de réification sera totalement achevé avec la possibilité de créer des sociétés unipersonnelles : cela a permis d'avoir les avantages d'un patrimoine affecté ad hoc sans phénomène de propriété collective mais avec une potentialité qu'elle le devienne par la simple cession de titres sociaux.

Entreprise, modification du réel et de l'ordonnement juridique, finalité de l'entreprise

L'entreprise est d'abord un processus économique qui trouve son origine dans l'activité d'un ou plusieurs entrepreneurs. Historiquement, l'entreprise était indissociable de l'activité de l'entrepreneur, jusqu'à récemment¹⁵⁶⁹. L'entreprise est un processus de transformation du réel : l'entreprise est corrélée à l'idée de production¹⁵⁷⁰. La production économique a des incidences évidemment juridiques qui sont indissociables : d'un point de vue juridique, la production de biens et services nouveaux relève du droit des biens et du droit des obligations. Du droit des biens car la propriété de la production ou plus exactement le partage de la valeur générée par la production (éventuellement des pertes lorsque la production n'est pas rentable) est à la croisée de nombreuses dispositions du droit économique, que cela soit directement ou indirectement : droit des sociétés, droit fiscal, droit commercial, droit des entreprises en difficulté, droit du travail. Ainsi que du droit des obligations également car l'entreprise privée écoule sa production sur le marché par le biais d'actes juridiques contractuels. L'entreprise (constituée par des contrats et actes juridiques de droit privé) a pour finalité *in fine* de réaliser des contrats avec ses clients. Satisfaire une demande solvable est la finalité de l'entreprise privée car c'est cette satisfaction qui va confirmer ou infirmer la production réalisée, en faisant apparaître ou non un profit. Les activités économiques profitables ont vocation à se perpétuer dans le temps, celles qui ne le sont pas ont vocation à disparaître : une entreprise privée est donc la mise en mouvement de ce processus de transformation du réel en vue de satisfaire une demande solvable. L'échange économique est donc la finalité de l'entrepreneur car l'entreprise privée doit générer davantage de ressources que le processus de production en a consommées. L'entreprise privée est donc forcément liée à la notion de travail car il n'y a pas de processus de transformation du réel sans travail : peu importe la nature du travail, la transformation du réel nécessite toujours du travail à un

¹⁵⁶⁹ X. LAGARDE, « Juste capitalisme », édit. Lexis nexis, carré droit, p.74 : « Au lendemain du Code civil, l'entreprise n'est rien de plus que la propriété de l'entrepreneur. Celui-ci y règne en maître. »

¹⁵⁷⁰ P. DIDIER, une définition de l'entreprise, op.cit. p.849 et s.p.849

moment donné ou à un autre de la chaîne de production¹⁵⁷¹. Comme le travail, l'entreprise privée nécessite toujours une idée préexistante dans l'esprit de l'entrepreneur¹⁵⁷². L'entreprise permet d'objectiver une idée subjective et cela indifféremment de la nature de la prestation, de la plus simple à la plus complexe. Si l'entrepreneur n'est pas forcément propriétaire de l'ensemble des facteurs de production qu'il utilise pour produire, il est néanmoins propriétaire du processus de production, c'est-à-dire de la réalisation de son idée subjective en idée objective. Autrement dit, l'entrepreneur est propriétaire de la prestation en tant que droit incorporel qu'il fournira au créancier/client. Et c'est parce qu'il est propriétaire du processus de production qu'il capte la contrepartie souvent monétaire qu'il encaisse en échange de la livraison de la prestation. Exemple : si un entrepreneur individuel est artisan coiffeur, c'est lui qui est « propriétaire de la prestation » car la force de travail utilisée pour couper les cheveux est la sienne. En revanche, le coiffeur salarié va accomplir la même prestation mais la force de travail utilisée est louée par l'entrepreneur (personne physique ou société personnifiée) et par conséquent, le salarié qui délivre la même prestation n'est pas propriétaire de la prestation car il a prêté sa force de travail à un entrepreneur en échange d'un salaire¹⁵⁷³. L'analyse juridique par le prisme de la propriété est indispensable car c'est l'analyse de la propriété du processus de production qui permet d'atteindre la réalité du processus. La prestation en elle-même n'informe pas des circonstances dans lequel un travail est réalisé.

Tentative de définition moderne de l'entreprise privée : l'entreprise privée expliquée par le droit des biens

Bruno OPPETIT et Alain SAYAG dissociaient dans un ouvrage l'entreprise au sens juridique du terme de l'entreprise au sens économique. En réalité, il ne convient pas d'opposer l'entreprise au sens économique à la notion d'entreprise juridique mais de compléter la notion juridique d'entreprise¹⁵⁷⁴. Alain SUPLOT a donné selon nous un critère très intéressant pour définir l'entreprise : elle est « *entendue comme liberté, capacité, de projeter et d'organiser et*

¹⁵⁷¹ La Robotisation de l'économie n'infirme pas cet « axiome ». Même si l'industrie utilise de plus en plus de robots pour les phases d'exécution de la production, le travail ne disparaît pas pour autant...

¹⁵⁷² A. SUPLOT, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, introduction : « Comme le travail des hommes qu'elle emploie, et à la différence du travail des machines, l'entreprise est la mise en œuvre d'une idée, de la représentation d'un produit à réaliser ou d'un service à rendre et la réalisation éventuel d'un profit dépend toujours du succès de cette mise en œuvre. »

¹⁵⁷³ Supra la démonstration faite par Thierry REVET, dans sa thèse de doctorat, Th. REVET, La force de travail, étude juridique, préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992

¹⁵⁷⁴ Br. OPPETIT, A. SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, librairie technique, 2^e edit.1976, p.11-33

*d'inscrire dans la réalité des travaux collectifs*¹⁵⁷⁵. L'entreprise est donc d'abord l'exercice d'une liberté avant de devenir le résultat de cette activité. L'entreprise est toujours liée à des entrepreneurs, dans un régime d'économie de marché, lorsque celle-ci est privée, c'est-à-dire constituée par des capitaux privés. L'entreprise privée est, contrairement à l'entreprise publique, appropriée par des particuliers (personnes privées) qui l'organisent par des actes juridiques de droit privé, essentiellement des contrats. Pour être plus précis, l'entreprise qu'elle soit privée ou publique constitue ce que les économistes appellent des biens de production que l'on oppose aux biens de consommation¹⁵⁷⁶ : un bien de consommation permet de satisfaire un besoin immédiat alors que les moyens de production permettent de produire des biens¹⁵⁷⁷. Le plus souvent, ce n'est pas la nature physique des biens qui est déterminante mais leur affectation au processus de production : le même modèle de voiture peut être un bien de production ou un bien de consommation suivant l'usage réel qui en sera fait. Et en amont de l'usage d'un bien, de son affectation, on trouve la propriété. Car les prérogatives sur les biens qui ne sont pas des biens publics ne relèvent pas d'autres choses que des actes juridiques de droit privé : l'entreprise privée est d'abord issue d'une décision de gestion de certains biens affectés à la création d'autres biens et services en vue de satisfaire une demande jugée solvable. C'est le profit espéré, par le biais de prix fixés par les décisionnaires, qui guide la production¹⁵⁷⁸. Le droit de l'entreprise est un droit des biens spécial qui concerne les offreurs, les producteurs, ceux qui utilisent des biens pour en générer des nouveaux, de nouvelles valeurs, de nouveaux flux. Les juristes marxistes, socialistes avaient peut-être davantage réalisé cette distinction car les ordres juridiques obéissant aux principes d'une économie socialiste opéraient un partage entre les biens de production et les biens de consommation¹⁵⁷⁹.

En droit français, si l'entreprise est souvent une entreprise privée car il existe des libertés fondamentales qui garantissent l'existence de libertés économiques, elle n'en demeure pas

¹⁵⁷⁵ Collège de France, allocution orale d'ouverture in *L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques*, Sous la direction d'A. SUPLOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, introduction.

¹⁵⁷⁶ G. ROUHETTE, *Encyclopædia Universalis*, entrée "propriété"

¹⁵⁷⁷ G. ROUHETTE, *la propriété*, op.cit. ; J. BAECHLER, *Le capitalisme*, Tome 2 : l'économie capitaliste Folio Histoire, Gallimard 1995 p.168 : « La relation économique fondamentale est celle qui s'établit entre les offreurs et les demandeurs de ressources, de biens et de services. Les offreurs se spécialisent spontanément en producteurs et en distributeurs, en producteurs de biens et en producteurs de services, en producteurs de biens primaires et en transformateurs de ces biens, en producteurs de biens intermédiaires et de biens finaux, en producteurs et en financiers, et ainsi de suite. Tout offreur peut se réduire à un individu ou se présenter comme un groupe composé de deux à n individus. L'entreprise est un groupe d'individus, réunis pour offrir à une demande solvable des biens et des services déterminés. »

¹⁵⁷⁸ M. ALLAIS, *Economie pure et rendement social*, Bibliothèque Dalloz, 2006, p.37-40

¹⁵⁷⁹ P. GARNSEY, *Penser la propriété, de l'antiquité à l'ère des révolutions*, Les belles lettres, histoire p.21 : il donne la définition du communisme empruntée à un auteur SARGENT : « Le communisme est la conviction que la société devrait être organisée sans propriété privée, tous les biens de production étant détenus collectivement, sur le mode d'un bien public ou en commun. »

moins limitée par la puissance publique : le droit du travail, le droit des sociétés, voire le droit pénal des affaires, le droit boursier imposent un nombre important de contraintes pour organiser les contrats relatifs à l'entreprise, à l'organisation de l'offre ; si produire relève en amont de la propriété et des contrats, la complexité de certaines entités productrices fait oublier que c'est le contrat et en amont la propriété qui l'organisent. Une entreprise privée est toujours corrélée à des entrepreneurs ? Or qu'est-ce qu'un entrepreneur ? Il semble important ici de préciser la notion d'entrepreneur au sens juridique du terme, qui est différente de celle au sens économique, ici l'entrepreneur est lié à l'idée de propriété, propriété qui est la fille de la liberté individuelle¹⁵⁸⁰.

La notion juridique d'entrepreneur : dissocier l'entrepreneur du dirigeant social

Pour les économistes, l'entrepreneur (terme utilisé a priori pour la première fois par CANTILLON¹⁵⁸¹) est celui qui assume les risques d'une production donnée, qui gère et dirige une entreprise « *en mettant en œuvre les divers facteurs de production*¹⁵⁸² ». Mais malgré l'emploi de ce terme depuis le début de l'apparition de « sciences économiques », la conceptualisation de la notion d'entreprise est finalement récente. Quand COASE s'intéressa à cette notion en 1937¹⁵⁸³, c'est pour mettre en exergue sa singularité à être organisée hiérarchiquement dans une économie libérale, décentralisée¹⁵⁸⁴. Comme on l'a vu précédemment, la personnification de la société puis de l'entreprise a abouti à une dissociation doctrinale entre l'entrepreneur et l'entreprise. Autrement dit, tout un courant de pensée transdisciplinaire a perçu l'entreprise comme étant une réalité organique, sociologique, une entité autonome. La personnification de l'entreprise n'est finalement que l'idée d'une autonomisation poussée à son paroxysme¹⁵⁸⁵. Les partisans de la théorie de l'entreprise autonomisée que l'on retrouve chez DESPAX et consorts défendaient une entreprise autonome, totalement dissociée de l'entrepreneur¹⁵⁸⁶. Mais cette dissociation n'est pas exacte dans un ordre juridique qui reconnaît l'individu comme valeur cardinale, au

¹⁵⁸⁰ W. FRIEDMAN Théorie générale du droit, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 377. « l'aspect le plus crucial du droit de propriété est son emploi dans la poursuite de l'entreprise commerciale. Le droit de développer son initiative et ses capacités dans l'entreprise est un aspect du développement de la personne » cité par V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL p.42, n°41

¹⁵⁸¹ H. VERIN, Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011, p.134 et s. ; J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, pp.344-32

¹⁵⁸² Lexique d'économie, sous la dir. A. SILEM et J.-M. ALBERTINI, Dalloz 11e, entrée entrepreneur

¹⁵⁸³ R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations, 2005 ; J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100 p.93, n°19

¹⁵⁸⁴ P. DIDIER, in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, entrée "entreprise", p.625 et s.

¹⁵⁸⁵ G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN La doctrine de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise, p.599-621

¹⁵⁸⁶ V. E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé, op.cit. p.168 et s., n°259 et s.

dessus d'intérêts collectifs¹⁵⁸⁷. La démocratie libérale étant corrélée à l'individualisme, le collectivisme n'existe pas dans une démocratie libérale et par conséquent, les relations entre individus sont libres et fondées sur le consentement. L'entreprise privée d'une démocratie libérale est forcément organisée par le contrat et la propriété privée. La définition économique de l'entrepreneur évoque l'entrepreneur comme la personne chargée de l'exécution de la prestation, de la personne qui en prend le risque, qui en est responsable globalement. Le salarié est responsable de l'accomplissement de sa prestation et uniquement de celle-ci. Plus le salarié est haut dans la hiérarchie, plus il a de responsabilités mais il n'est pas *in fine* le responsable efficient du processus de production. Dans une économie capitaliste et libérale, ce sont *in fine* les propriétaires de l'entreprise qui sont « impactés » par l'activité économique de l'entreprise. On a vu que ce point est contesté, que M. ROBE conteste le fait que l'entreprise (sociétaire) soit appropriée. Infirmer le fait que l'entrepreneur individuel ou les entrepreneurs réunis (par contrat de société ou autre contrat associatif) ne seraient pas propriétaires des actifs sociaux, renvoie à l'idée qu'il existerait une nouvelle forme de propriété indépendante du sujet humain personne physique ; or il n'en est rien. Dans un ordre juridique fondé sur une démocratie libérale et une économie de marché, seul l'individu est *in fine* propriétaire. Il n'existe pas de « propriété animiste », c'est-à-dire qu'il n'existe pas une forme de propriété dont les titulaires seraient des êtres non humains. Mais ce qui est vrai, c'est que la concentration parfois énorme de capitaux pour produire et le fait que l'entreprise en tant qu'ersatz de propriété collective soit détenue *ut universi* par une masse importante de petits associés, a parfois conduit à voir *de facto* l'émergence d'un pouvoir apparemment autonome et indépendant, affranchi de la multitude de propriétaires. C'est la fameuse technostructure, identifiée par des partisans de l'institution, qu'ils soient économistes ou juristes d'ailleurs. Cette division du travail exacerbée peut donner l'illusion que les mandataires sociaux seraient titulaires d'un pouvoir propre et *in fine* les vrais maîtres de la société, qu'ils seraient les entrepreneurs. Mais il n'y a pas d'entreprise privée sans entrepreneur et le lien entre l'entrepreneur et l'entreprise, c'est la propriété privée. L'entrepreneur, c'est le propriétaire de l'entreprise. Le contrat de société est un contrat entre les entrepreneurs, c'est-à-dire ceux qui risquent le capital¹⁵⁸⁸. L'associé d'un contrat de société est à la fois créancier et débiteur d'obligations envers la masse des autres associés mais également propriétaire en commun de la structure juridique ; la personne morale n'est qu'un sujet de droit relatif, qui donne une capacité spéciale à l'entreprise réifiée par les contrats qui la constituent. L'entrepreneur au sens juridique est celui qui est propriétaire de la prestation

¹⁵⁸⁷ J. RIVERO, Les libertés publiques, T.1, Les droits de l'homme, Puf, p.115

¹⁵⁸⁸ P. LE CANNU, Existe-t-il une société de droit commun ?, Mélanges, Dialogues avec Michel JEANTIN p. 247 et s, not. P.248

à accomplir. Une fois que l'échange espéré est réalisé avec le client, l'éventuel profit après rémunération des différents facteurs de production, vient la rémunération du capital.

De l'entreprise individuelle à l'entreprise sociétaire

Les partisans de l'entreprise entité autonome (personnifiable) n'ont jamais contesté que l'entreprise non sociétaire, l'entreprise d'une seule personne soit la propriété de l'entrepreneur. L'entrepreneur individuel est souvent, qu'il ait ou non des employés, celui qui gère les différents facteurs de production en apportant un capital ainsi que fréquemment son industrie. La gestion de son entreprise est mêlée aux autres facteurs de production qu'il a apportés (son capital, son travail) ainsi qu'à l'éventuelle location de la force de travail d'autrui. L'entreprise à plusieurs a d'abord obéi aux mêmes règles que l'entreprise individuelle avec un contrat de société qui a fait des « associés » des personnes tenues indéfiniment aux dettes sociales. Mais l'innovation juridique et l'émergence de la banque ont généré des formes sociales avec limitation de la responsabilité des associés, négociabilité des titres sociaux (titre social qui représente une quote-part d'une propriété privée collective). L'entrepreneur individuel peut engager qui il veut, voire déléguer la gestion de son entreprise à un chef d'entreprise qu'il aura préalablement choisi. L'entreprise collective obéit aux mêmes règles mais il y a presque toujours un contrat de société qui définit les règles. Dans une société anonyme, la délégation du pouvoir des associés aux dirigeants d'entreprise est fortement encadrée, moins dans une SAS par exemple. L'assemblée générale des associés incarne la figure de l'entrepreneur car elle est « l'exécution » du contrat de société. Le pouvoir dont elle est investie n'est pas un pouvoir propre qui dépendrait du droit des sociétés mais un pouvoir dérivé. Ce pouvoir dérive du droit des biens et des obligations. L'individu peut être entrepreneur seul (en théorie) mais il peut l'être également à plusieurs.

La rémunération des dirigeants, une nature corrélée aux fondamentaux du droit des biens et des obligations

L'émergence de règles spéciales dans une matière suscite souvent la question de l'autonomie. La rémunération des dirigeants n'est pas une « chose » sortie du cerveau des législateurs du droit des sociétés mais résulte d'abord de mécanismes économiques. Il est très important de comprendre que le droit commercial, dont le droit des sociétés fait partie, a une existence presque dissociée de celle des branches du droit plus liées au pouvoir étatique comme le droit pénal ou le droit fiscal. On pourrait faire la même remarque pour le droit des obligations. En consultant des ouvrages d'histoire du droit des obligations ou d'histoire du droit des biens, on constate que ces règles de droit civil ont certes évolué mais sont bien plus anciennes que nos Etats modernes.

Résumé du §2

RIPERT disait à propos de l'entreprise privée qu'elle est « *une communauté hiérarchisée. Elle a un chef qui ne représente pas seulement le capital, mais aussi toutes les forces engagées dans l'entreprise et qui doit la diriger dans l'intérêt commun. Alors même que le chef est désigné par les détenteurs de capitaux, il ne représente pas le capital, il représente l'entreprise*¹⁵⁸⁹ ». Or bien que RIPERT donne des éléments historiques très intéressants dans son ouvrage sur l'aspect juridique du capitalisme moderne, on n'est pas d'accord avec la vision qu'il véhicule de l'entreprise privée. L'entreprise privée n'est pas née dans le cerveau de législateur mais elle est d'abord l'exercice d'une liberté du propriétaire de satisfaire une demande solvable, par le biais d'un appariement entre offre et demande qu'on appelle marché. Lorsque le pouvoir politique protège l'économie de marché, les droits de propriété, l'exécution des contrats et le principe de responsabilité, il existe *ipso facto/ipso jure* des entreprises privées qui sont toujours liées à l'usage de la propriété, c'est-à-dire à la volonté de propriétaires qui affectent certains biens, certaines ressources non pas à la consommation mais à la production. La comptabilité, le droit fiscal, le droit des sociétés ne font qu'enregistrer des faits qui sont d'abord économiques avant d'être juridiques. La division du travail, le commerce international, la subjectivisation du droit où l'individu est devenu une fin en soi ont contribué à l'émergence d'une économie de marché et à la démocratie libérale. La limitation de responsabilité associée à la négociabilité a permis de concentrer les capitaux et donc la direction également. Le dirigeant social en tant que fonction spécifique est finalement quelque chose de récent (milieu du XIX^e siècle). Aujourd'hui dans les petites entreprises, la fonction de direction de l'entreprise procède bien souvent et directement de celui qui détient les capitaux. Ce n'est que dans les grandes structures (pas toujours) que l'on trouve des managers chefs d'entreprise dont les prérogatives découlent d'un contrat entre les « capitalistes » ou leurs représentants et le dirigeant social. La fonction de direction d'une entreprise et la rémunération inhérente à ce travail particulier découlent non pas d'un droit propre mais de la nature de l'entreprise privée. Or cette entreprise privée qui est une possibilité et une faculté du droit de propriété est protégée par les normes fondamentales qui sont inhérentes à la démocratie libérale.

Résumé de la Section II

¹⁵⁸⁹ Cité par J.-P. CHAZAL, Repenser le gouvernement des sociétés commerciales, Cahiers de droit de l'entreprise Mars-Avril 2013 p.21 et s. :V. RIPERT, op.cit.n°130 p.286

Le droit de propriété en tant que faculté d'appropriation a été doublement réduit par la doctrine. Il a été réduit à la corporéité de l'objet : le droit de propriété ne porterait que sur des objets corporels. Ce postulat est inexact car fondé sur une confusion entre la saisissabilité matérielle d'une chose et son existence. La chose incorporelle est certes artificielle car elle n'a pas de corporeité mais néanmoins elle existe, notamment par l'échange économique, qui permet l'expression de sa valeur. La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme a d'ailleurs consacré que les droits et autres biens incorporels (créances, clientèles, prestations sociales, sûreté) sont des choses appropriables, des biens objets de droit¹⁵⁹⁰. Et la cession de créances, de dettes, de contrats, issus de la pratique, et désormais intégrés dans le Code civil avec l'ordonnance du 10 février 2016, confirment l'idée que les biens incorporels sont des biens appropriables.

La seconde réduction du droit de propriété concerne l'absence de conceptualisation de la propriété collective. La propriété privée collective est la conséquence de la liberté d'association¹⁵⁹¹. Les libertés économiques issues des nouvelles libertés individuelles permettent l'association librement consentie. Seulement une telle défiance à l'égard de l'Ancien régime existait juste après la Révolution, toute institution pouvant rappeler la féodalité était suspecte. On se souvient des mots de Le CHAPPELLIER « *Dans l'Etat, il n'y a plus de corporation, 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 intérêt de corporations*¹⁵⁹² ». Or la propriété privée collective était considérée comme une menace, comme une institution qui pourrait camoufler le retour des corporations et de la féodalité. On peut supposer que l'absence de conceptualisation de la propriété privée collective qu'est l'entreprise commune générée par un contrat de société ainsi que l'émergence de la notion de personne morale, ont éludé le débat sur la nature du patrimoine social. Le droit des sociétés fut ensuite, à partir du milieu du XIX^e siècle, construit davantage sur la notion de personne que par les concepts du droit des biens et des obligations. Seulement la nature de l'ordre juridique fondée sur la liberté individuelle, génère une économie de marché où le contrat prime sur de prétendus statuts impératifs. La pratique de l'entreprise privée est restée contractuelle et la nouvelle mondialisation observée depuis quelques décennies a renforcé le contractualisme. La doctrine française récente a d'ailleurs conceptualisé des contrats associatifs qui ne sont pas fondés sur l'échange (*do ut des*) mais sur la coopération, la concentration, la convergence des intérêts.

¹⁵⁹⁰ R. LIBCHABER, La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2013, p.780

¹⁵⁹¹Comp. avec les développements de Fr.-X. OLIVEAU, Micro capitalisme vers un nouveau pacte social, PUF, génération Libre p.98

¹⁵⁹² Cité par A. PLESSIS, naissance des libertés économiques, lui-même cité par J.-P. ROBE, Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique, Dalloz, a droit ouvert 2015 p.143 ; V. aussi P. ROSANVALLON, Les corps intermédiaires et la question du jacobinisme, constructif n°30, novembre 2011

Ce que l'on a cherché à démontrer, c'est que pour des raisons historiques, politiques, idéologiques, le droit des sociétés a été perçu par le biais de métaphores qui ont dissimulé la nature réelle de l'entreprise privée. L'entreprise, c'est une action seule ou collective organisée par contrat qui vise à transformer le réel, la nature afin d'obtenir un résultat, un produit fini qui sera utilisé par un tiers. Lorsque l'entreprise est privée, elle doit générer davantage de valeur qu'elle en consomme pour produire afin de satisfaire une clientèle solvable. La recherche du bénéfice est nécessaire car c'est le profit qui permet à l'entreprise de durer dans le temps. L'entreprise privée opérant dans une économie de marché peut disposer d'une autonomie relative mais non d'une autonomie absolue car le profit ou bénéfice est à la fois la *causa remota* et la *causa proxima* de l'entreprise. L'entreprise privée naît de capitaux privés afin de générer des capitaux privés plus importants, qui appartiennent toujours aux apporteurs de capitaux initiaux ou à leurs ayants cause. Le pouvoir au sein de l'entreprise et exercé par un associé ou un tiers n'est pas un pouvoir légal, organique ou « communautaire » mais un pouvoir consenti, qui résulte d'un accord contractuel. La rémunération du dirigeant social est versée en contrepartie de l'exercice, entre autres, de ce pouvoir.

Résumé du Chapitre I

Si on devait retenir une idée de ce chapitre, ce serait que le pouvoir au sein de l'entreprise privée est issu de la propriété privée. La société naît d'un contrat et engendre une propriété privée collective¹⁵⁹³. Or cette propriété collective est une propriété collective sophistiquée et non une simple copropriété ou indivision. Sophistiquée car certains effets de droit ont été attribués à l'éventuelle personnalité morale alors qu'ils sont en réalité une des conséquences du contrat de société qui génère des engagements personnels et modifie la condition réelle des biens apportés. La personnalité morale comme l'entreprise ne sont pas des entités autonomes mais des concepts du droit. Pour les théories personalistes, construites à travers le prisme anthropomorphique, voire animiste, la société, l'entreprise, la personnalité morale seraient des « êtres en soi ». Cette vision a pour conséquence et pour objectif de rompre le lien entre l'entrepreneur et l'entreprise. Et ce lien, c'est le droit de propriété. Plus exactement, pour les théoriciens personalistes, l'entrepreneur peut être un être non humain. Ce qui est impossible dans une économie de marché d'une démocratie libérale. L'entrepreneur est toujours *in fine* une personne physique ou un groupement de personnes physiques. Et la très récente notion de bénéficiaire effectif issue de l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 et de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 va dans ce sens : comme l'écrivent Alain COURET et Bruno DONDERO, « un bénéficiaire effectif est toujours une personne physique¹⁵⁹⁴ ». Si on ajoute à

¹⁵⁹³ Vrai jusqu'en 1985, l'expression société unipersonnelle est d'ailleurs un oxymore comparé à ses plus de 2000 ans d'existence en tant que contrat associatif].

¹⁵⁹⁴ A. COURET, Br. DONDERO, Le bénéficiaire effectif, Joly éditions, 2018

cela la RGPD et l'article 6 de la loi de ratification du 20 avril 2018 qui a validé et modifié l'ordonnance du 10 février 2016, l'idée que la personne physique est « essentielle » revient dans le débat après une tendance de l'ordre juridique à amalgamer personne physique et personne morale. Dans la famille d'ordres juridiques qui sont les nôtres, c'est l'individu qui en est la pièce cardinale d'organisation et en est la finalité. La société comme l'entreprise n'ont pas de vrais droits subjectifs mais portent des « droits finalisés » qui appartiennent en commun aux associés *ut universi*. Pour conclure, « *L'entreprise n'existe que par les individus qui y participent. Une entreprise ne devient pas riche : ce sont ses associés (actionnaires ou salariés) qui s'enrichissent*¹⁵⁹⁵. » Ce n'est pas la boulangerie qui s'enrichit, mais le boulanger. De même que lorsque le cours de bourse d'une société cotée monte, ce sont les associés qui s'enrichissent.

¹⁵⁹⁵ F.-X. OLIVEAU, Micro capitalisme vers un nouveau pacte social, PUF, génération Libre p.114

Chapitre II La constitutionnalisation des libertés économiques : une reconnaissance implicite de l'entreprise privée

« Il n'y a pas d'économie de marché sans la consécration d'un certain nombre de droits fondamentaux de l'homme, au premier rang desquels se situe la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire la liberté des personnes privées d'exercer l'activité économique de leur choix et de gérer cette activité comme elles l'entendent¹⁵⁹⁶ »

« Puisque c'est la faculté d'échanger qui donne lieu à la division du travail, l'accroissement de cette division doit, par conséquent, toujours être limité par l'étendue de la faculté d'échanger, ou, en d'autres termes, par l'étendue du marché¹⁵⁹⁷ »

Fondamentalisation du droit de propriété et entreprise privée

Nous avons vu précédemment que l'entreprise privée est l'exercice d'une liberté. Et les libertés économiques découlent de la liberté individuelle. La liberté individuelle postule le droit de propriété. Une société holiste où les membres du groupe constituent un tout homogène est une société où l'individu est soumis au groupe. Entreprendre, c'est forcément s'émanciper du groupe car la création d'une entreprise implique de créer des rapports marchands et non des rapports « tribaux ». L'entreprise privée est toujours liée à un individu ou à un groupe d'individus réunis par un accord contractuel. Et ces individus décident de gérer eux-mêmes leur entreprise ou chargent une personne de la gérer à leur place, qui sera le plus souvent rémunérée. Mais affirmer que l'entreprise privée est appropriée, qu'*in fine*, ce sont toujours des personnes physiques qui en sont propriétaires et que l'entreprise sociétaire appartient à ses associés, est souvent considéré comme une position idéologique ; on a vu dans le chapitre précédent que certains auteurs considéraient que cette position était partielle, partielle et favorable aux apporteurs de capitaux. Pourtant il ne s'agit pas de porter une appréciation éthique sur le capitalisme ou l'économie de marché mais d'expliquer qu'il

¹⁵⁹⁶ M.S.MOHAMED MAHMOUD, « L'économie de marché et les droits de l'homme », RIDE, mars 1996, p. 161.

¹⁵⁹⁷ A. SMITH, Adam SMITH, Richesse des nations (« Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, T.1 et T.2, Trad. G. GARNIER, revue par A. BLANQUI, introduction, D. DIATKINE p.85

existe un lien, pour ne pas dire une corrélation, entre les notions de contrats et d'entreprise privée et le fonctionnement contractuel de l'entreprise privée. Plus précisément, la nature de l'entreprise proposée découle en réalité, selon nous, de la structure macro-juridique de l'ordre juridique, de nos ordres juridiques car il existe une tradition constitutionnelle occidentale, exportée à travers le monde qui fait du droit de propriété des sujets, qui est opposable à l'Etat, la matrice d'un droit privé avec sa sphère propre, en paraphrasant Jean-Louis HALPERIN¹⁵⁹⁸. Pour Frédéric ZENATI, « *la propriété n'est que la mise en œuvre de la liberté dans l'ordre des biens et se trouve en conséquence soumise au même régime*¹⁵⁹⁹ ». Propriété et liberté sont donc corrélées. Cette corrélation n'est finalement que la conséquence d'un long processus qui a fait de l'individu initialement soumis au pouvoir des souverains successifs, un sujet de droit devenant autonome et capable de créer des normes auxquelles il a participé. Ce processus a pris plusieurs siècles et n'est peut-être pas encore achevé mais techniquement la propriété privée a permis à l'individu d'exister en tant que sujet de droit pouvant opposer une situation juridique privée aux gouvernants : la propriété est corrélée et intimement liée à la notion de liberté individuelle, il s'agit d'une sphère privée dans laquelle la puissance publique démocratique accepte de se limiter en principe¹⁶⁰⁰. La Cour constitutionnelle allemande de KARLSRUHE dans un arrêt célèbre rappelait que les droits fondamentaux « *sont avant tout destinés à sauvegarder la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique*¹⁶⁰¹ ». Or le droit de propriété véritable ne peut exister que s'il y a cette autolimitation de l'Etat. La notion d'Etat de droit induit l'idée d'un Etat limité, qui s'astreint à des règles et des principes. Et de cette limite naît la confiance des citoyens. La notion de droits fondamentaux est également construite sur l'idée d'une puissance publique limitée. Et la notion de droits fondamentaux, qui n'est pas réellement consacrée dans les textes suprêmes n'en demeure pas moins positive car elle est utilisée expressément par la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁶⁰² ainsi que par les « Cours suprêmes » des deux ordres juridiques Européens (UE et CEDH). Or la reconnaissance du droit de propriété comme un droit fondamental a abouti indirectement et implicitement à « *fondamentaliser* » les libertés économiques qui découlent de ce droit car comme l'écrivait Guillaume DRAGO, « *le droit de*

¹⁵⁹⁸J.L. HALPERIN, Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? conférence faite au Japon aux universités Nanzan (Faculté de droit Nagoya) et Keio (Faculté de d..2010) <Hal-00460386

¹⁵⁹⁹ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s.

¹⁶⁰⁰ J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », FAYARD, p.250 et aussi p.280 : LOCKE réconcilie « propriété privée et liberté individuelle, et montre que la représentation de l'économie par le marché, et celle du politique par un parlement, sont indissociables ».

¹⁶⁰¹ BVerfG, 15 janv. 1958, Lüth, BVerfGE 7, M. LEVINET, Droits et libertés fondamentaux, Puf, « Que-sais-je ? » 1ère édit. 2010, p.13. Pour la Cour constitutionnelle de KARLSRUHE, les droits fondamentaux « sont avant tout destinés à sauvegarder la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique » Lüth, 15 janvier 1958) ; M.-L. DUSSART, Constitution et économie, thèse Dalloz 2015, p.184, n°251

¹⁶⁰² E. PICARD, « Droits fondamentaux », in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, p.544 et s.

*propriété est ainsi la matrice des droits économiques*¹⁶⁰³ ». Les différentes libertés économiques découlent de la propriété privée. L'individu propriétaire, dont la force de travail est la première des propriétés¹⁶⁰⁴, va s'engager contractuellement, le plus souvent afin d'obtenir une contrepartie. Cette capacité à s'approprier une chose, objet d'un échange, c'est-à-dire d'un contrat, fait de l'acte juridique contractuel le véhicule privilégié de l'appropriation dans une économie de marché organisée par une démocratie libérale. Comme on l'a vu précédemment, il n'existe que deux « postures » dans le droit : être propriétaire au sens large du terme et être capable de s'engager, de se lier par un lien obligationnel¹⁶⁰⁵. De ces principes macro-juridiques dont les juridictions suprêmes, tant dans l'ordre interne que dans l'ordre européen, sont les « gardiennes du temple », naissent les fondements de l'économie de marché. Si le marché est une pratique ancienne, antérieure à 1789 et 1804, l'instauration de la démocratie libérale l'a consacrée et l'a validée.

Entreprise privée indirectement constitutionnalisée par l'émergence des droits fondamentaux (annonce du plan)

L'entreprise privée qui n'est que l'exercice du droit de propriété dans un domaine propre, celui de l'activité économique et plus précisément des biens de production (opposés aux biens de consommation), est désormais constitutionnalisée et fondamentalisée par notre ordre juridique d'une manière initialement indirecte et de plus en plus explicitement depuis la protection constitutionnelle des libertés économiques. On verra dans une Section I que l'évolution de la notion d'Etat de droit va faire du droit de propriété et des libertés économiques un terreau favorable pour le développement d'une économie de marché et donc d'entreprises privées (Section I). Nous verrons ensuite que les libertés économiques nécessaires à l'épanouissement de l'entreprise privée, qui découlent elles-mêmes de la liberté individuelle, ont été progressivement « fondamentalisées » tant au niveau national qu'au niveau des deux ordres juridiques européens (Section II).

¹⁶⁰³ G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31

¹⁶⁰⁴ X. LAGARDE, « Juste capitalisme », édit. LexisNexis, carré droit, 2009, p.103 ; K. MARX, le capital, Œuvres Economie I, La pléiade, Chapitre VI Achat et vente de la force de travail, p.714 et s., p.715 : « Dans ces données, la force de travail ne peut se présenter sur le marché comme marchandise que si elle est offerte ou vendue par son propre possesseur. Celui-ci doit par conséquent pouvoir en disposer, c'est-à-dire être libre propriétaire de sa puissance de travail, de sa propre personne. » ; Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.188, n°124

¹⁶⁰⁵ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, 2006, p.16, n°3, p.17, n°4, p.113 et s., n°106 et s.

Section I Les fondements de la constitutionnalisation de l'entreprise privée

En France, la tradition est de dissocier le droit public du droit privé. Pourtant cette dissociation propre au droit continental n'est pas systématique dans le temps et dans l'espace. Pour justifier que l'entreprise privée est une chaîne d'actes juridiques de droit privé qui émanent de contrats et de relations de propriété, il est important de comprendre qu'il ne s'agit pas d'une position idéologique, plus exactement, cette position révèle un choix politique qui se situe au niveau Macro-juridique. Un ordre juridique qui reconnaît certaines libertés économiques sera un système dont une partie plus ou moins importante des échanges sera fixée par les principes de l'économie de marché. Or la reconnaissance de l'économie de marché a une incidence directe sur l'économie et le droit. Un ordre juridique qui structure politiquement une économie de marché est un ordre juridique où les individus peuvent produire leurs propres normes pour échanger des biens et des services. C'est le principe d'auto-nomie individuelle. Les échanges de valeurs se partagent entre redistribution étatique et échange par le biais de contrats. C'est une économie où le contrat est la pierre angulaire de l'organisation sociale. Une économie de marché ne génère pas que des contrats purement d'échanges, mais également des relations juridiques organisées, parfois nommées contrats relationnels, où les parties collaborent dans la durée, des contrats- coopération. Mais toujours des contrats. Pourquoi ce lien entre économie de marché et entreprise privée ? Car la nature de l'entreprise privée en tant que « chaîne de contrats » et de relations de propriété provient de l'existence de marchés et de libertés économiques. Or en amont, le marché, vu parfois comme un fait social indépassable notamment depuis l'échec du collectivisme socialiste, est désormais constitutionnalisé par l'Etat de droit. Le passage de l'Etat légal à l'Etat de droit où l'Etat n'est pas seulement décrit d'une manière institutionnelle. L'idée d'Etat de droit renvoie à l'idée d'un corpus matériel de normes protégeant l'individu. Il existe un lien entre une vision libérale de l'individu et l'Etat de droit. Par déduction, et progressivement, on voit que le contrat et la propriété (qui permettent l'entreprise privée) sont *in fine* désormais gravés dans les principes de l'Etat de droit. Mais il serait illusoire de croire en une totale autonomie de l'individu. Car à côté de l'individu capable de travailler, capable de produire, capable de contracter, il y a l'individu blessé, malade, handicapé, trop jeune, trop âgé. Il y a aussi besoin de régulation de certaines activités économiques. L'hétéronomie est également

fondamentale et aucune économie moderne n'est totalement soumise à des rapports de marché¹⁶⁰⁶. L'entreprise privée s'épanouit sur deux piliers : l'Etat de droit et le marché.

Annnonce du plan

Nous verrons donc dans un paragraphe 1 l'importance de la notion d'Etat pour le développement des entreprises privées et dans un paragraphe 2 que l'économie de marché a été constitutionnalisée, a été fondamentalisée, de facto, grâce à l'action des juridictions suprêmes. Or cette protection du marché protège également au niveau macro-juridique le fonctionnement de l'entreprise privée.

§1 L'Emergence de l'entreprise privée et émergence de l'Etat, une corrélation ?

Opposition de l'Etat de droit formel à un Etat de droit matériel

L'idée de la chose publique est ancienne et remonte à l'antiquité avec la « Cité-Etat », puis l'Etat féodal, avant d'arriver au stade l'Etat-nation. Le lien entre entreprise privée et Etat n'est pas souvent abordé mais il est pourtant fondamental. Phillipe AGHION explique, par exemple, qu'il existe un lien entre la prospérité et l'émergence d'institutions de qualité¹⁶⁰⁷. Le marché, donc l'entreprise privée, a besoin d'institutions, qualifiées parfois d'inclusives, pour atteindre une certaine forme d'efficience qui se traduit par le développement économique, la richesse et l'innovation. Or juridiquement, il semblerait que les institutions dites inclusives, opposées à celles qui sont extractives, sont celles qui respectent les droits de propriété et le respect des contrats¹⁶⁰⁸ : d'autres économistes renommés avancent l'idée de l'importance de la propriété privée individuelle. Et MARX d'ailleurs établissait une corrélation entre l'échange et la propriété privée¹⁶⁰⁹. Comme on l'a écrit précédemment, la force obligatoire des contrats n'est finalement qu'une application du respect de la propriété privée. Etre propriétaire, c'est déterminer privativement l'usage d'un bien et très souvent l'usage d'un bien passe par le

¹⁶⁰⁶ R. GUESNERIE, L'économie de marché, poche édit. Le pommier.2013 p.33-34 : « toutes les économies de marché modernes sont de économies mixtes, c'est-à-dire des économies où l'imbrication de l'Etat et du marché dans l'activité économique » ; A. SUPIOT, La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, Poids et mesure du Monde, p.288 : « une société privée d'hétéronomie est vouée à la guerre civile... »

¹⁶⁰⁷ Préface de Ph. AGHION in D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, Prospérité, puissance et pauvreté, pourquoi certains pays réussissent mieux que d'autres, préface Ph. AGHION, édit. Markus Haller

¹⁶⁰⁸ Ph. AGHION in préface du livre D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, Prospérité, puissance et pauvreté, pourquoi certains pays réussissent mieux que d'autres p.13

¹⁶⁰⁹ J. ELLUL, La pensée marxiste, La table ronde 2003, 2012, p.55 : « En réalité, l'échange n'a rien à voir avec le désir ou la soif de richesses. L'échange est la conséquence rigoureuse de la structure de la propriété : s'il y a propriété privée, il y a échange. » ; Fr. ZENATI, Le droit et l'économie au-delà de MARX, in A.P.D., Droit et Economie, 1992, p.126

truchement d'actes juridiques de droit privé dont le contrat. Or le respect de la propriété privée, des engagements contractuels, voire de la responsabilité, nécessitent l'existence d'un tiers qui sera l'Etat : J. R. STRAYER explique justement que c'est la fiscalité et la justice qui furent les premières compétences des Etats modernes¹⁶¹⁰ (Angleterre et France) à la fin du Moyen Age¹⁶¹¹. Sans refaire l'histoire, les marchés, les routes commerciales, le commerce océanique seront également protégés par les Etats naissants, en générant une double corrélation : protéger les marchés permet de lever des impôts et d'accroître le pouvoir des titulaires de prérogatives de puissance publique¹⁶¹². Donc si l'Etat est alimenté financièrement par l'échange grâce aux impôts, en retour l'Etat protège le marché.

Annonce du plan

Il est important de comprendre que l'économie de marché est consubstantielle à l'Etat de droit. Mais qu'est-ce qu'un Etat de droit ? Dans un A), on partira des travaux de KELSEN mais sa conception paraît trop limitée ; B) l'Etat de droit, dans les occurrences les plus modernes, est fondé sur des soubassements libéraux, au sens strict du terme, c'est-à-dire sur la protection de l'individu, protection qui s'étend à sa capacité économique.

A. L'Etat de droit kelsenien : tentative de conceptualisation de l'Etat de droit

Pour Hans KELSEN, tout Etat serait un Etat de droit, donc la notion d'Etat de droit serait un pléonasme¹⁶¹³. Néanmoins KELSEN était conscient que la notion d'Etat de droit renvoyait aussi

¹⁶¹⁰ C'est à cette époque qu'eut lieu la conceptualisation de la notion de souveraineté, notamment par J. BODIN. La France et l'Angleterre sont les deux premiers ETATS à avoir pris conscience qu'ils existaient en tant qu'Etat (C. SMITT, « le nomos de la terre ». Avec la féodalité, le pouvoir de commander est inhérent à la propriété privée-divisée, avec l'idée de souveraineté, le monarque tire sa légitimité d'une idée supérieure à la propriété : celle d'agir au nom de l'ETAT. Cf O. BEAUD, °souveraineté° : « [La souveraineté] désigne à partir de l'œuvre de Jean Bodin un pouvoir unifié, indivisible et suprême attribué à un être impersonnel, l'Etat. ». in Dictionnaire de philosophie politique, sous dir. de Ph. RAYNAUD, S. RIALS, Puf 2e 1998

¹⁶¹¹ J. R. STRAYER, Les origines médiévales de l'Etat moderne, Payot 1979 p.47 à 50

¹⁶¹² R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations p.25 : « La création des marchés_ et leur histoire est longue_ a toujours été l'affaire des entrepreneurs. Déjà au Moyen Age en Angleterre, les foires étaient organisées par des personnes qui recevaient ce privilège du Roi » ; M. HENOCHSBERG, La place du marché, essai Denoël p.42 : « Le constat clair et tranchant de G. BOIS renforce notre conviction : le marché médiéval, la première véritable organisation qui mérite le terme de marché, est totalement créé, administré, réglé, par le pouvoir local »

¹⁶¹³ O. JOUANJAN, °Etat de droit° in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, p.651

à l'idée de démocratie¹⁶¹⁴. Mais le terme de démocratie n'est pas assez précis, notamment avec l'expérience des démocraties populaires : la démocratie libérale renvoie à l'idée d'une souveraineté issue du peuple considéré comme un ensemble d'individus autonomes. « La démocratie libérale est née en France en 1789¹⁶¹⁵ ». Dans une certaine mesure, l'acception la plus récente de la notion d'Etat de droit est quasiment synonyme de la notion de démocratie libérale¹⁶¹⁶. Mais chez KELSEN, l'idée d'Etat de droit n'est pas liée à la démocratie libérale mais au fait de l'existence d'un ordre juridique soumis au droit. KELSEN décrit formellement la structure d'un ordre juridique soumis au droit, avec au sommet de l'ordre, l'existence d'une constitution au sens matériel du terme mais sans apprécier axiologiquement le contenu des normes.

Annonce du plan

On verra donc en 1 la conception de l'Etat de droit Kelsénien puis ses limites en 2 ; l'Etat de droit, au sens substantiel du terme, garantit la propriété privée individuelle (lato sensu) et donc l'entreprise privée.

1.L'Etat de droit Kelsénien, une conception primitive de l'Etat de droit

Présentation

Aujourd'hui, il n'y a pas de liberté individuelle sans ordre juridique, sans Etat. Mais l'existence d'un ordre juridique étatique ne garantit pas pour autant la liberté individuelle. Pour KELSEN, tout Etat serait un Etat de droit car la force attachée à une norme juridique doit être valide, c'est-à-dire rattachée à l'ordre juridique. KELSEN prend un exemple resté célèbre : celui entre le commandement d'un voleur et de l'administration fiscale qui en résumé disent la même chose : donnez votre argent sinon un mal vous sera fait. Mais le commandement de l'administration fiscale est valide car rattaché à l'ordre juridique. La méthode de KELSEN qui fait de la science du droit une discipline neutre axiologiquement sans a priori idéologique qui se contente de décrire et de révéler l'existence de normes juridiques sans les apprécier d'une manière éthique est nécessaire mais ne semble pas suffisante. La conception de l'Etat post-seconde guerre mondiale ne se limite pas à la hiérarchie des normes d'un point de vue formel mais exige un Etat de droit substantiel où il existe des normes fondamentales qui protègent l'individu de l'éventuelle fureur étatique de l'instant. En se hissant au sommet de l'ordre

¹⁶¹⁴ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, 6^e édit, LGDJ 2017, p.47

¹⁶¹⁵ Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978, p.11

¹⁶¹⁶ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, op.cit. p.89 : « [l'Etat de droit] renvoie désormais très explicitement à la démocratie libérale et aux droits de l'homme ; et il va servir à étayer la critique du système totalitaire ».

juridique, ces normes ou droits fondamentaux ont des conséquences sur le droit économique. On peut déduire des droits fondamentaux que l'entreprise privée a été indirectement constitutionnalisées, fondamentales par la reconnaissance de normes fondamentales protégeant l'individu. Au sens large, on peut même dire que l'Etat de droit au sens substantiel reconnaît la propriété privée de l'individu dans l'acceptation que l'on donne à ce terme.

Autonomie et hétéronomie chez KELSEN

Pour KELSEN, le droit objectif est l'ordre juridique considéré comme un système de normes¹⁶¹⁷. Ensuite KELSEN propose un critère intéressant pour distinguer le droit privé du droit public qui revient à distinguer entre l'autonomie et l'hétéronomie, opposition classique entre la loi et le contrat¹⁶¹⁸. Si la norme juridique relève toujours d'un comportement humain comme l'écrit KELSEN, alors le sujet de droit, celui tenu par le droit, peut avoir participé ou non à la norme qui le contraint. Soit le sujet a participé à l'élaboration de la norme par un acte juridique bilatéral, c'est-à-dire un accord de volontés qui oblige une des parties, voire les deux, soit le sujet subit la norme sans avoir participé à son élaboration : il s'agit d'une forme d'unilatéralité qui peut obliger un sujet « contre sa volonté par un acte unilatéral d'un autre sujet : l'organe d'Etat¹⁶¹⁹ ». KELSEN réduit la création de la norme à deux occurrences distinctes. La volonté privée peut participer ou non à la norme qui l'a contrainte¹⁶²⁰. Or l'antagonisme entre autonomie et hétéronomie sert de fondement à la distinction entre le droit public et le droit privé, c'est-à-dire à distinguer les prérogatives de puissance publique des prérogatives privées. Comme l'écrit KELSEN, le droit privé règle des relations entre sujets égaux alors que le droit public investit un organe étatique considéré comme supérieur à la personne privée car cet organe est habilité à obliger la personne privée par le biais d'un acte juridique unilatéral de droit public¹⁶²¹.

La définition d'Hans KELSEN sur la différence entre droit privé et droit public reprend finalement un critère que posait Max WEBER dans son célèbre ouvrage de sociologie juridique

¹⁶¹⁷ H. KELSEN, La théorie juridique de la convention, Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et ss., p.33-35, n°1

¹⁶¹⁸ H. KELSEN, *ibid.* n°14

¹⁶¹⁹ H. KELSEN, *ibid.* p.49, n°14

¹⁶²⁰ Ce constat revient à l'opposition décrite par Loïc CADIET ou Alain SUPIOT: l'opposition entre la loi et le contrat, entre l'autonomie et l'hétéronomie ; : L. CADIET, Interrogation sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats* », Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU Economica 1987 p.15 : « C'est que, pour l'essentiel, deux techniques se partagent l'organisation des relations sociales : la technique contractuelle et la technique réglementaire » ; A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadriges essais débats 2e, 1994-2011, p.31 : « Le droit des obligations renvoie à une idéologie individualiste et libérale, qui postule la liberté et l'égalité des individus et affirme la primauté de l'individu sur le groupe, et de l'économique sur le social

¹⁶²¹ H. KELSEN, Théorie générale du droit et de l'Etat, *op.cit.* p.258

où il faisait la différence entre le droit privé et le droit public¹⁶²². Le droit privé, c'est le droit de l'égalité où les acteurs ont des droits égaux, délimités par le législatif¹⁶²³. Le droit public, c'est le droit de l'exorbitance où un détenteur d'un pouvoir de commandement peut imposer une norme comportementale à autrui¹⁶²⁴ : l'Etat doté d'une « exorbitance juridique » peut imposer une obligation juridique sans le consentement de celui qui est obligé¹⁶²⁵. On retrouve l'idée de l'unilatéralité de KELSEN. Et le phénomène d'unilatéralité de droit public ne doit pas être confondu avec l'unilatéralisme ou unilatéralité de droit privé qui, initialement, résulte toujours d'un accord de volonté préalable. L'unilatéralité de droit public est justifiée par l'idée d'intérêt général mais en réalité, le droit objectif est droit car il est « posé » [« *Auctoritas, non veritas facit legem* (HOBBS)¹⁶²⁶].

Le droit public pur, c'est en réalité le droit objectif compris comme une obligation imposée par le souverain aux sujets¹⁶²⁷. Même lorsque le système juridique reconnaît la possibilité de passer des contrats, la validité de la convention n'est pas à rechercher dans la volonté de l'accord (contrat) mais dans le fait que le contrat puisse être rattaché à l'ordre juridique¹⁶²⁸. Or l'ordre juridique qui a été personnifié, c'est l'Etat¹⁶²⁹. KELSEN assimile donc l'Etat à l'ordre juridique, l'Etat n'est pas une mystique¹⁶³⁰ [KELSEN combat toute pensée de type animiste, on verra notamment ses arguments contre la dérive anthropomorphique de la personne morale], mais la personnification de l'ordre juridique qui crée un système de normes et d'habilitations destiné à encadrer le pouvoir de ceux qui agissent en son nom. Par le fait de rechercher la validité de toute norme et donc par conséquent de rechercher la norme supérieure qui « habilite », on arrive à une définition de l'ordre juridique comme un ensemble de normes « dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale¹⁶³¹ » qui établit son unité constitutive¹⁶³² ». Progressivement, c'est donc la norme fondamentale qui *in fine* confère la validité à toutes les normes rattachées à l'ordre juridique¹⁶³³.

¹⁶²² M. WEBER, Sociologie du droit, PUF quadrige, grands textes, Droit public et droit privé p. 25 : « On peut définir le « droit public » comme l'ensemble des normes, suivant le sens donné par le système juridique, réglant l'activité qui se rapporte à l'institution étatique »

¹⁶²³ M. WEBER, *ibid.* p.27

¹⁶²⁴ M. WEBER, *ibid.* p.27

¹⁶²⁵ C'est pour cette raison que des auteurs considèrent que l'impôt n'est pas une obligation au sens du droit des obligations.

¹⁶²⁶ E. MILLARD, Théorie générale du droit, Dalloz 2006 connaissance du droit

¹⁶²⁷ M. WEBER, Sociologie du droit, PUF quadrige, grands textes, Droit public et droit privé, p.26

¹⁶²⁸ G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, p.49, n°37

¹⁶²⁹ O. JOUANJAN, *op. cit.*, l'Etat de droit

¹⁶³⁰ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, 6e édit, LGDJ 2017, p.45,

¹⁶³¹ KELSEN cité par J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, *op.cit.* p.45

¹⁶³² J. CHEVALLIER, *ibid.* p.45

¹⁶³³ J. CHEVALLIER, *ibid.* p.45

Donc pour KELSEN un Etat de droit est un ordre juridique doté d'une efficacité au moins minimale¹⁶³⁴. Mais le critère de l'Etat de droit kelsénien n'est pas lié à l'appréciation de certains droits, à des jugements de valeur de la norme mais simplement à des constats qui se veulent scientifiques où le théoricien du droit doit identifier une règle puis voir l'ordre juridique dans lequel peut être rattachée cette norme (contrôle de la validité de la norme). Et comme tout Etat obéit forcément au droit, tout Etat est donc un Etat de droit pour KELSEN. Et KELSEN, bien que concerné personnellement, prend l'exemple de l'Etat nazi qui est bien un Etat de droit selon son acception. Car la science du droit, à l'instar d'une science dite dure, se contente de relever les normes juridiques, sans les apprécier axiologiquement¹⁶³⁵.

Validité de la norme et ordre juridique, l'ordre juridique partiel ?

Les théories normativistes de Kelsen et de Hart partagent cette caractéristique de ne considérer l'existence de la norme qu'à travers l'ordre juridique dans lequel elle s'insère¹⁶³⁶. L'ordre juridique est donc un système de normes hiérarchisées qui « insinue » l'existence d'un pouvoir, d'une certaine verticalité. La théorie du droit de KELSEN permet d'appréhender l'ordre juridique d'une manière statique mais aussi dynamique en s'intéressant au processus de création de la norme juridique¹⁶³⁷. L'idée de validité de la norme est fondamentale. L'exemple rappelé précédemment entre le commandement d'un bandit de grand chemin et celui de l'administration fiscale se différencie par l'idée de validité : chaque norme « officielle » trouve son fondement (et donc sa légitimité) dans une autre norme qui lui est hiérarchiquement supérieure¹⁶³⁸. Et donc jusqu'à la Constitution, chaque norme a son fondement dans une norme supérieure. L'idée de Constitution ne doit pas être prise au sens formel du terme mais au sens matériel. Un Etat peut très bien ne pas avoir une constitution écrite et avoir une « Constitution orale », comme ce fut le cas pendant longtemps en Angleterre.

Le sous-jacent de la théorie du droit de KELSEN, c'est l'idée que l'ordre juridique est corrélé à l'idée d'un pouvoir vertical et unilatéral qui s'impose au sujet. Comme Santi ROMANO

¹⁶³⁴ Car évidemment, si les normes prescrites ne sont pas appliquées dans les faits, l'ordre juridique n'est pas efficace, l'Etat n'est « puissant »

¹⁶³⁵ « C'est précisément grâce à son caractère anti-idéologique que la théorie pure du droit prouve qu'elle est une véritable science du droit ». H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, préface p.48

¹⁶³⁶ Ch. LEBEN, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Revue Droits* 2001, p.19 et s. p.25 §15

¹⁶³⁷ H. KELSEN, *théorie pure du droit*, p.78,

¹⁶³⁸ J. CHEVALLIER, *op.cit.* p.41

l'écrivait, l'Etat, le droit, l'ordre juridique c'est la même chose, c'est l'institution suprême¹⁶³⁹. C'est ce que disait d'ailleurs HAURIU¹⁶⁴⁰.

Quid des pouvoirs privés, c'est-à-dire qui ne sont pas pris par des organes étatiques ? Max WEBER explique que tout pouvoir de commandement n'est pas forcément un pouvoir relevant du droit public et il prend justement l'exemple du pouvoir de l'employeur : son pouvoir ne naît pas d'une unilatéralité de droit public mais de transactions juridiques entre des individus qui sont juridiquement égaux. La subordination d'un côté et le pouvoir de l'autre ne sont pas le fait d'une unilatéralité de droit public mais puisent leurs sources dans une transaction de droit privé. La corporation (entreprise personnifiée) est donc similaire à un ordre juridique partiel mais avec la nuance que l'exorbitance du pouvoir est de facto et non inhérente à l'ordre juridique¹⁶⁴¹.

Propriété, droit subjectif et Etat de droit selon Kelsen

Pour KELSEN, le droit en tant que norme s'adresse au comportement humain, c'est-à-dire que le destinataire de la norme juridique est toujours un être humain, un individu et non une entité abstraite comme l'Etat ¹⁶⁴² ou une personne juridique de droit privé. Ce point est très important car KELSEN, qui veut faire de la science du droit une science dure, combat les « idéologies justificatrices ». Par exemple, pour KELSEN la définition classique du droit de propriété qui le présente comme étant un lien juridique entre une personne et une chose relève de l'idéologie justificatrice¹⁶⁴³. Le droit de propriété n'est pas la domination exclusive d'une personne sur une chose mais une obligation de ne pas entraver le droit de propriété, adressée aux non-proprétaires : « *Le droit de propriété d'un individu sur une chose consiste en ceci que tous les autres individus sont obligés de tolérer la disposition effective exercée sur cette chose par cet individu, son usage, non-usage, voire sa destruction*¹⁶⁴⁴... ». On retrouve ici l'idée centrale de KELSEN sur la notion de droit : la norme juridique est toujours destinée à l'entendement humain, destinée à guider le comportement d'autrui et lorsqu'une personne est titulaire d'un droit subjectif, il y a corrélativement une obligation à l'égard d'autres

¹⁶³⁹ S. ROMANO, L'ordre Juridique. Bibliothèque Dalloz présenté par P. MAYER 1945, 1975, 2002

¹⁶⁴⁰ Etat, l'institution suprême selon Georges RENARD (RENARD G. La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique, SIREY 1930) et l'institution de l'institution selon Maurice HAURIU, M. HAURIU, Précis de droit administratif, 6^e p.IX et Principes de droit public, Préf. O. BEAUD, Bibliothèque DALLOZ reprint, 2005, p.126)

¹⁶⁴¹ Max WEBER, Sociologie du droit, PUF quadrige, grands textes, Droit public et droit privé, p.27 et s.

¹⁶⁴² H. KELSEN, théorie pure du droit, p.286 : « ...dans la réalité, ce n'est jamais l'Etat qui agit, qui fait des actes ou qui remplit des fonctions ; ce sont toujours des individus, et seulement des individus. »

¹⁶⁴³ H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. C/ EISENMANN, édit. Bruylant L.G.D.J. 1999 p.137 : « La doctrine traditionnelle la définit comme la domination exclusive d'une personne sur une chose, et la sépare précisément de cette façon des droits de créance, qui, eux, ne fonderaient que des rapports de droit personnels. Cette distinction, qui joue un rôle important dans la systématique du droit civil, a un caractère très nettement idéologique ».

¹⁶⁴⁴ H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. C/ EISENMANN, réédit. Bruylant L.G.D.J. 1999 p.302

personnes¹⁶⁴⁵. Le non-proprétaire est tenu par une obligation de respecter le droit subjectif d'autrui. La propriété privée est, comme on l'a vu précédemment, non pas une relation entre un individu et une chose, lien métaphysique qui n'existe pas, qui ne signifie rien de précis mais un lien de rattachement d'un sujet à un objet opposable à tous les autres.

Et donc le droit subjectif dont la propriété privée est l'archétype n'existe pour KELSEN qu'inclus dans l'ordre juridique, à travers l'idée de sanction, idée cardinale chez Hans KELSEN pour identifier le droit d'autres choses comme l'éthique, la morale. L'idée de sanction est au cœur de la théorie du droit : « ...la contrainte exercée par un homme contre un autre homme est soit un délit, soit une sanction¹⁶⁴⁶ ». Donc pour KELSEN, il n'y a pas de droit sans sanction. Et la sanction renvoie à l'idée d'ordre juridique. Et donc les obligations auxquelles peuvent être tenus les individus se réduisent à deux occurrences possibles : « *Tantôt en effet, l'obligation de se conduire d'une certaine façon envers un certain individu est une obligation d'un individu déterminé...[exemple du droit de créance]. Tantôt au contraire, l'obligation de se conduire d'une certaine façon envers un individu déterminé existe à la charge de tous les autres individus droit de propriété]*¹⁶⁴⁷ ».

Si on résume la pensée de KELSEN, les distinctions entre droit objectif/droit subjectif, droit privé/droit public sont superfétatoires car le critère de la norme juridique est toujours le même : la validité de la norme s'inscrit dans un ordre juridique et le droit d'une personne est toujours corrélé à une obligation d'une personne ou d'un groupe de personnes. (Cf la distinction que fait KELSEN entre les obligations absolues et relatives). Par exemple le propriétaire dispose des utilités de sa chose car les autres, les non-propriétaires, sont contraints par l'ordre juridique de ne pas troubler le droit de propriété d'autrui¹⁶⁴⁸.

La critique du droit de propriété et du droit subjectif selon KELSEN

La théorie de KELSEN est d'une incontestable cohérence et le débat sur le fait de savoir si le droit subjectif est volonté ou intérêt est également sans véritable intérêt pour lui, il s'agit juste d'une position idéologique. KELSEN critique souvent certaines analyses doctrinales qui ne sont en réalité que des positions « politiques ». C'est le cas par exemple de la théorie des droits de l'homme, c'est-à-dire des théories qui font des droits subjectifs des droits qui

¹⁶⁴⁵ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997, p.126 : « Si on parle d'un droit subjectif, il s'agit nécessairement d'un droit sur la conduite d'autrui, conduite à laquelle l'autre est juridiquement obligé. Un droit subjectif présuppose l'obligation juridique d'autrui. » ; même auteur, « *Théorie pure du droit* », p.141 : « ...l'essence du droit subjectif qui est plus que le simple réflexe d'une obligation juridique consiste en ce qu'une norme juridique confère à un individu le pouvoir juridique valoir par action en justice l'inexécution d'une obligation juridique »

¹⁶⁴⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C/ EISENMANN, réédit. Bruylant L.G.D.J. 1999 p.49

¹⁶⁴⁷ H. KELSEN, *ibid.* p.138

¹⁶⁴⁸ H. KELSEN, *Théorie générale de du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997

auraient une primauté sur l'ordre juridique ; pour KELSEN, la théorie de la primauté des droits subjectifs relève de l'idéologie, de la politique : » « *La doctrine de la primauté des droits subjectifs n'est pas une description scientifique du droit positif, c'est une idéologie politique*¹⁶⁴⁹ ». Le droit subjectif n'existe que parce qu'il est reconnu par l'ordre juridique. Il n'y a pas de droits naturels qui existeraient en eux-mêmes sinon on tombe dans le jus naturalisme.

Conclusion : l'Etat de droit, un pléonasme :

A partir du moment où la validité d'une norme juridique résulte de son appartenance à un ordre juridique donné, KELSEN en déduit que tout Etat est un Etat de droit car l'Etat, c'est le Droit (objectif) personnifié. L'Etat n'est qu'une fiction juridique pour KELSEN car dans la réalité, ce ne sont que des individus qui agissent au nom de l'Etat¹⁶⁵⁰. L'Etat comme la personne juridique (dans le sens de personnalité morale car KELSEN utilise le terme de personnalité juridique dans cette acception-là) sont des fictions car le droit en tant que norme juridique est toujours une norme comportementale destinée à des individus. Certes KELSEN sait que la notion d'Etat de droit renvoie à un ordre juridique qui obéit à certains standards juridiques comme la sécurité juridique, tribunaux indépendants, citoyens qui jouissent de certains droits et libertés dont notamment la liberté de conscience, d'expression, de croyance¹⁶⁵¹ etc. Mais chez KELSEN, il n'y a pas de corrélation entre Etat de droit et socle « libéral » de droits reconnus à l'individu comme la notion d'Etat de droit le renvoie actuellement.

La théorie du droit et donc de l'Etat de droit de KELSEN est d'une extrême cohérence, peut-être trop, car sous prétexte de ne pas vouloir choisir une conception du droit, de rester neutre axiologiquement, elle s'interdit d'apprécier la norme. Or pourtant, le principe de force obligatoire des contrats, pour ne prendre que cet exemple, est fondé sur des principes historiques, philosophiques, économiques, indéniables. Expliquer que le contrat est obligatoire parce qu'une norme supérieure le prescrit n'est pas une réponse satisfaisante.

2.Limite de l'Etat de droit KELSENIEN ?

Présentation

Si KELSEN a indéniablement apporté des éléments pour la théorie du droit et s'il est vrai que sa théorie du droit permet de comprendre l'institutionnalisation du pouvoir¹⁶⁵² liée à

¹⁶⁴⁹ H. KELSEN, *Théorie générale de du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997

¹⁶⁵⁰ H.KELSEN, *Théorie pure du droit*, op.cit. p.286 : « ce n'est jamais l'Etat qui agit, qui fait des actes ou qui remplit des fonctions ; ce sont toujours des individus, et seulement des individus ».

¹⁶⁵¹ H.KELSEN, *Théorie pure du droit*, op.cit. p.304

¹⁶⁵² « Pouvoir public »

l'apparition de l'Etat moderne¹⁶⁵³, que l'Etat en devenant cette entité abstraite usant d'un monopole pour utiliser la force et que l'on définit la règle juridique par rapport à l'idée de sanction¹⁶⁵⁴, alors oui, la conception kelsénienne de l'Etat paraît indépassable. Mais cette identification du droit à la sanction est sûrement une réduction critiquable¹⁶⁵⁵. Guillaume WICKER fait la critique de cette réduction dans sa thèse de doctorat d'un point de vue technique¹⁶⁵⁶ mais on peut apporter des critiques qui relèvent de la macro-juridique : pour KELSEN, un ordre juridique qui protège la propriété privée est contingent, le droit objectif pourrait très bien prévoir l'inverse ; que la propriété privée, et que l'échange (*lato sensu*) qui lui est corrélé seraient des choix arbitraires des gouvernants. Le droit objectif prévoit également la force obligatoire des contrats. Selon KELSEN, l'inverse serait possible. Evidemment, tout est possible et l'expérience totalitaire comme l'hitlérisme ou le stalinisme le prouve mais néanmoins, on peut penser que les « innovations » juridiques concernant l'Echange, la propriété privée, le respect des engagements ne sont pas des mécanismes juridiques imposés par la volonté du prince mais le fruit de l'histoire¹⁶⁵⁷. « Tout est historique »¹⁶⁵⁸ ; les idées sont historiques et même les révolutions, qui prétendent rompre totalement avec le passé, se positionnent par rapport à ce passé¹⁶⁵⁹.

Echange et Etat de droit

D'une manière assez brève, il s'agit ici de rappeler l'importance de l'Echange comme structure de l'économie. Pour Adam SMITH, peut-être l'un des dix économistes les plus importants que la planète ait connus, le marché est le ciment de la société : le marché est le lien économique et donc juridique qui unit les hommes, qui unit la production à la consommation, et qui génère sûrement la société civile en permettant une division accrue du travail. Plus le marché s'étend, plus la division du travail d'une société donnée est importante : « *la société se construit avec le développement de division du travail, devenant de plus en plus interdépendante*¹⁶⁶⁰ ». MM. ZENATI et REVET font d'ailleurs le lien entre marché, propriété et renaissance du droit au Moyen Age¹⁶⁶¹. Et à ce jour, il n'existe que deux grandes familles de

¹⁶⁵³ Les deux corps du Roi de d'E. KANTOROWICZ in E. KANTOROWICZ, œuvres, Quarto Gallimard

¹⁶⁵⁴ G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, p.48 n°37,

¹⁶⁵⁵ G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, p.48 n°37,

¹⁶⁵⁶ G. WICKER, *ibid.* p.49 n°37

¹⁶⁵⁷ Fr. A. HAYEK, « Droit, législation et liberté », Préf. P. NEMO, Puf grands textes p.151 et s. 1973, 1976, 1979, 2007

¹⁶⁵⁸ Voir la démonstration de R. ARON, Dimensions de la conscience historique, 1965 10/18

¹⁶⁵⁹ V. not. R. ARON, dimension de la conscience historique *op.cit.*

¹⁶⁶⁰ P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », essai points p.69

¹⁶⁶¹ Fr.ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens p.271, n°170 : « La propriété est volontiers un lien entre l'économie politique et le droit. Elle joue un rôle cardinal dans la plupart des systèmes sociaux et en particulier dans l'économie de marché. La circulation des biens postule que les coéchangistes se reconnaissent

régulations de l'économie : celles où les décisions sont prises par une autorité centrale ou planifiée, celles où les décisions sont décentralisées car prises par des agents économiques agissant librement par le biais de l'outil marché¹⁶⁶². Dans les faits, aucune économie n'est totalement de marché ou totalement planifiée et il existe un curseur entre le 100% marché et le 100% planifié en raison de nombreux facteurs mais la place du marché dans la société est la question cardinale de l'économique et du juridique¹⁶⁶³. La vision de KELSEN du droit nie la vision historique de l'avènement d'une économie de marché. Le droit des obligations, le droit commercial, le droit des sociétés sont des constructions historiques multiséculaires, voire multimillénaires (le droit des contrats). L'avènement du « capitalisme », de l'entreprise privée comme outil de production n'est pas un choix discrétionnaire des gouvernants mais la conséquence de l'individualisation du monde et le contrat dans le sens moderne du terme postule l'existence d'individus, comme l'écrivait Georges ROUHETTE, le contrat-échange présuppose « *qu'un certain stade de différenciation et d'individualisation des relations sociales ait été atteint*¹⁶⁶⁴ ».

L'Échange précède l'institutionnalisation du pouvoir étatique

La vision Kelsénienne du droit ne semble pas conforme à la réalité historique de l'échange où certains anthropologues et historiens de l'économie ont retrouvé des traces d'échange extrêmement anciens entre des personnes et des groupes qui n'appartenaient pas à des Etats au sens moderne et surtout étaient sûrement d'ordres juridiques, expression employée avec anachronisme, distincts¹⁶⁶⁵.

Car il faut distinguer deux choses : si l'Etat a bien le monopole pour faire exécuter *in fine* une obligation, il n'a pas le monopole pour créer des normes dans un ordre juridique fondé sur l'individu et le marché, dans ce qu'on appelle une démocratie libérale¹⁶⁶⁶. Et même lorsqu'il y a des Révolutions, de nombreuses normes de « l'ancien régime » sont reprises par le nouveau régime¹⁶⁶⁷. « L'individu propriétaire » est capable de générer des normes juridiques qui sont d'abord le plus souvent économiques ; tout travail, tout échange, toute production vendue sur un marché est un fait économique mais aussi susceptible d'être qualifié de juridique.

mutuellement propriétaires (MARX, œuvres complètes), ce qui peut expliquer que le développement des échanges au Moyen Âge se soit accompagné d'une renaissance du droit. »

¹⁶⁶² R. ARON, Dix-huit leçons sur la société industrielle, édit. folio essais, p.106

¹⁶⁶³ L. FONTAINE, Le marché Histoire et usages d'une conquête sociale, NRF essais Gallimard 2014: l'auteure reprend également cette distinction entre les sociétés à statut et les sociétés de marché.

¹⁶⁶⁴ G. ROUHETTE, Encyclopaedia Universalis, entrée "le contrat"

¹⁶⁶⁵ Y. Noah HARARI, Sapiens, une brève histoire de l'humanité, Albin Michel, 2015 ; Sur l'échange au Moyen Age, V. Voir BRAUDEL le Tome 2, Chapitre I « Les outils de l'échange p.13-146 ; NIETZSCHE, Généalogie de la morale, Flammarion 1996, trad. Par E. BLONDEL, O. HANSEN-LOVE et alii, p.81 : « L'achat et la vente, avec leurs accessoires psychologiques, sont plus anciens que les commencements de quelques formes que ce soit... »

¹⁶⁶⁶ Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978

¹⁶⁶⁷ G. RIPERT, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951, p.2

L'échange est fondamentalement lié à la propriété car, comme le remarquait MARX, celui qui échange avec un autre reconnaît la propriété de son contractant et vice-versa¹⁶⁶⁸. Un système juridique qui reconnaît l'échange d'un point de vue juridique, le contrat comme un acte juridique créateur d'obligations permet la modification de l'ordonnement juridique non prévu par l'Etat mais reconnu a posteriori par lui¹⁶⁶⁹.

Autre critique, la prétendue neutralité axiologique

L'objet d'une science du droit, c'est le droit¹⁶⁷⁰. Et qui dit science, dit recherche de la vérité et de l'objectivité afin de produire un savoir non imprégné d'un discours moral. Si on est d'accord sur le fait que la description d'une norme d'un ordre juridique, voire d'un système juridique doit être fondée sur une certaine objectivité, notamment sur les faits rapportés, il paraît difficile pour autant de mettre sur le même plan tous les systèmes juridiques : par exemple un ordre juridique totalitaire de type national-socialisme ou khmers rouges peut-il être viable en tant qu'Etat de droit, non pas en se plaçant sur le terrain de la morale mais sur le terrain de l'efficacité ? Un tel ordre juridique fondé sur une violence d'Etat inouïe peut-il être doté d'une certaine pérennité ? Quand l'individu n'existe plus en tant qu'individu mais seulement parce qu'il appartient à un groupe déterminé unilatéralement par le souverain et que l'exclusion du groupe entraîne la mort, comment faire confiance à de tels ordres juridiques qui sont fondés uniquement sur la force, la violence et la peur, matrices de leur organisation¹⁶⁷¹ ? Et on

¹⁶⁶⁸ K. MARX, *Le Capital*, Volume 1, œuvres économiques, BdLP p.619 ; J. ELLUL, *La pensée marxiste*, La table ronde 2003, 2012, p.55 ;

¹⁶⁶⁹ On peut également citer ici la critique de Kelsen par GHESTIN [J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle* vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100] qui dissocie le droit positif du droit objectif : p.89, n°13 : « À partir des observations de Kelsen on pourrait dire alors que le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner.

Admettre cette proposition reviendrait toutefois à considérer que seul le droit positif, c'est-à-dire le droit délibérément posé par la volonté individuelle ou collective du législateur, serait véritablement du droit. Cela reviendrait également à donner au législateur un pouvoir discrétionnaire à l'égard des contrats lui permettant de décider, par exemple, qu'ils peuvent être exécutés de mauvaise foi.

Or un tel pouvoir ne peut être reconnu au législateur. Le droit objectif (32)¹⁶⁶⁹, recherche concrète de la solution conforme à la justice, dépasse le droit positif, qui doit tendre à en être l'expression la plus parfaite possible. Ce n'est pas le droit posé par le législateur qui donne force obligatoire au contrat. Celui-ci n'a pas attendu l'article 1134 du Code civil pour être sanctionné par les tribunaux.

Le contrat a force obligatoire parce que le droit objectif lui confère un tel effet juridique, et il ne peut le faire que parce que l'intérêt général, d'autres diront le bien commun, impose en matière contractuelle, au premier degré, l'utilité sociale du contrat, et, au second degré, la justice contractuelle, facteur d'harmonie sociale (33). C'est pourquoi, dès 1981, nous avons proposé de retenir l'utile et le juste comme principes directeurs du droit commun des contrats. L'accord des volontés est l'élément subjectif essentiel du contrat, mais il s'intègre dans l'utilité sociale de ce dernier comme instrument des échanges sociaux qui doivent se réaliser selon la justice. »

¹⁶⁷⁰ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Léviathan, puf, p.1 ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit et théorie du droit*, Un essai de conciliation. In APD, T.51, L'égalité, p.281-p.296 p.281

¹⁶⁷¹ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, LGDJ, 2017 p.97 : « L'idée que les individus sont en droit d'évoluer dans un environnement juridique stable et prévisible, dans lequel ils peuvent avoir confiance, apparaît bien comme un corollaire de l'Etat de droit ».

souscrit à ce que Jacques CHEVALLIER écrivait « *En réalité, la logique totalitaire sape les fondations de l'Etat de droit* ¹⁶⁷² ». Dans ce type d'ordre juridique, l'Etat surpuissant écrase tout et l'individu n'existe pas en tant que sujet de droit car il lui est impossible d'opposer le moindre droit subjectif à l'Etat étant donné que la sphère privée n'existe pas non plus et que l'individu ne dispose d'aucune garantie procédurale¹⁶⁷³.

On peut constater que ce type d' « ordre juridique » dispose d'un droit variable qui n'existe en réalité pas dans des textes écrits mais dans des pratiques administratives, dans la volonté d'un maître surpuissant. Dans ce type d'ordre juridique, on peut se poser la question de la réelle validité des normes posées, comme le croient les « ultra-positivistes¹⁶⁷⁴ ». Ce type de systèmes juridiques fondés sur des principes mouvants peuvent-ils secréter un véritable droit ? Comment peut-on qualifier les normes d'un Etat qui n'obéit qu'à la volonté d'un souverain surhumain ?

La notion de personne et la limite de l'Etat de droit KELSENIEN

Il ne s'agit pas ici de critiquer l'apport incontestable de KELSEN à la théorie du droit, et sur certains aspects, le maître de Vienne demeure indépassable dans notamment ce qu'est un ordre juridique et dans la critique de la croyance erronée du mythe de la volonté créatrice d'obligations¹⁶⁷⁵ et dans bien d'autres choses mais la vision de KELSEN nous paraît éluder un postulat fondamental : le postulat de l'individu comme personne juridique. Le positivisme kelsénien permet d'appréhender la norme en tant qu'obligation absolue mais sans comprendre le « pourquoi » de la règle de droit. Il est évident que dans l'espace et dans le temps, la « sanctification » de la notion de personne n'est pas une vérité de l'observation, notamment avec le recours récurrent par le passé à l'esclavage. Néanmoins, le discours des droits de l'homme depuis plus de deux cents ans, les libertés publiques, les grands textes internationaux sur les droits fondamentaux sont construits sur un prisme idéologique qui ne trouve pas son fondement dans l'ordre juridique mais dans des principes philosophiques, politiques, voire religieux : à savoir l'identité entre être humain et personnalité physique. L'ordre juridique français s'inscrit dans des ordres juridiques connectés (UE, CEDH, voire conventions internationales) qui reconnaissent le primat de l'individu sur le groupe et sont construits sur l'idée de personnes : les personnes (physiques) sont égales juridiquement entre

¹⁶⁷² J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, 017, p.88

¹⁶⁷³ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, jan.2017 p.88 : « l'individu ne saurait opposer à l'Etat des droits subjectifs tirés de sa qualité d'homme ; »

¹⁶⁷⁴ Sur la critique de la réduction du droit positif au droit objectif, J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81 et s. not.p.89, n°13 ; R. LIBCHABER, « L'ordre juridique et le discours du droit » p.19 et s., n°17 et s.

¹⁶⁷⁵ G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997p.49, n°38

elles. Or la subjectivisation du droit depuis le Moyen Age d'où découle l'idée de contrats, de propriété privée, transcende souvent de nombreux ordres juridiques¹⁶⁷⁶. Comme le remarquaient HAYEK et d'autres, le droit n'a souvent pas été posé directement par le législateur mais est le fruit d'une lente évolution¹⁶⁷⁷. Si on prend le régime juridique du droit des obligations et de la responsabilité qui est justement réformé par le droit français actuellement¹⁶⁷⁸, si formellement on peut avoir l'impression que ce droit a été créé ex nihilo par le législateur, l'auteur de doctrines spécialistes de ces disciplines sait bien que ce travail de réforme est le fruit d'un long débat, d'une longue dialectique, de la validation de solutions jurisprudentielles, de débats doctrinaux acharnés¹⁶⁷⁹.

Derrière la réforme, il existe un « droit profond » : s'il est très facile de modifier certaines dispositions techniques du Code civil ou d'un autre ensemble législatif, il serait beaucoup plus difficile de prôner par exemple une réforme qui voudrait rétablir la peine de mort pour les mineurs de 15 ans. Et c'est là la limite du Kelsenisme. En se limitant à une appréciation formelle de l'ordre juridique et de l'efficacité d'une norme par le biais du concept de validité, KELSEN omet par exemple l'idée « d'un droit profond » qui est souvent non explicite et sous-jacent à un ordre juridique. Par exemple en droit français, on a vu en première partie que malgré la prégnance d'idées collectivistes et socialistes dans le débat économique de la libération, l'ordre juridique français n'a jamais basculé dans un régime d'économie totalement administrée similaire à ceux qu'a connus l'Europe de l'Est alors que la formulation de certains textes du droit des sociétés pouvait le laisser penser. La rédaction de la loi de 1966 sur les « statuts » des dirigeants sociaux pouvait laisser penser que l'économie a été nationalisée car le vocable utilisé par cette loi sur les sociétés relève davantage du champ lexical de la loi que du contrat mais en pratique, ce ne fut pas le cas. Cet exemple permet peut-être d'entériner la critique que fait Paul AMSELEK du positivisme juridique de KELSEN¹⁶⁸⁰ : c'est la notion d'effectivité. La validité d'une norme suppose qu'elle soit effective or donc suppose une appréciation factuelle et non juridique. Mais contrairement à une loi scientifique (l'eau bout à 100 degrés, énergie cinétique $\frac{1}{2} mv^2$), l'imputation n'est pas une causalité. Comme l'écrivait

¹⁶⁷⁶ Bien que critique du néo-libéralisme, A. SUPIOT fait le constat que la globalisation de l'économie amplifie une logique de marché à l'échelle de la planète et par conséquent, apporte la généralisation de la propriété privée et du contrat : « Les droits sociaux (droit à) » n'acquièrent de consistance en effet que relativement à un débiteur déterminé, c'est-à-dire au niveau local ou national, tandis que les droits économiques [droits de] (de propriété, de contracter, etc.) qui s'exercent sur les marchés acquièrent avec la mondialisation une portée universelle. » in A. SUPIOT, Critique du droit du travail, op.cit. préface p.XXI

¹⁶⁷⁷ F. A. HAYEK, « Droit, législation et liberté », Préf. P. NEMO, Puf grands textes p.151 et s.

¹⁶⁷⁸ Pour les contrats, ordonnance du 10 février 2016 et projet pour la responsabilité

¹⁶⁷⁹ Sur la réforme du droit des contrats, Th. REVET, une philosophie générale in hors-série droit des contrats.

¹⁶⁸⁰ P. AMSELEK, Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général, p.203 « Il y a, en revanche, une contradiction flagrante chez KELSEN : D'un côté, il prétend que les normes et les faits constituent deux mondes radicalement séparés, que du Sollen ne peut découler du Sein ; mais, d'un autre côté, il fait dépendre la validité des normes juridiques de leur effectivité, de leur correspondance aux faits ».

M. VIRALLY, l'imputation est quelque chose d'artificiel et n'est pas compréhensible sans la force d'une valeur qui la fonde¹⁶⁸¹. Un ordre juridique donné est toujours déterminé par l'existence de principes et de valeurs qui en constituent le socle. Tuer un enfant est une chose gravissime aujourd'hui dans nos types d'ordres juridiques alors que cela a pu être une pratique répandue dans un espace-temps donné, différent du nôtre.

Volonté et actes juridiques de droit public

Quand on parle de volonté en droit, on parle de la volonté privée, de celle des particuliers. Pourtant, il existe bien une volonté des organes publics chargés d'appliquer le droit. Le processus de prise de décision est quelque chose de complexe et la théorie de Kelsen, même s'il précise que l'imputation n'est pas la causalité, ne prend en compte que la norme. Paul AMSELEK critique justement cette vision réductrice du droit¹⁶⁸². Depuis longtemps, la doctrine admet que le droit n'est plus la loi uniquement¹⁶⁸³, mais le fait ne peut pas être dissocié du droit.

Il ne convient pas ici de faire le procès du normativisme kelsénien qui a été déjà fait par de nombreux auteurs très renommés mais juste de faire une remarque sur la théorie de l'Etat de droit et sa description formelle. Si KELSEN se limite à une description formelle de l'ordre juridique, c'est qu'un ordre juridique dispose d'invariants. Par invariant, il faut comprendre que malgré la diversité des normes matérielles que peuvent prévoir différents ordres juridiques, il existe des règles communes de fonctionnement et d'exécution des normes par exemple. Le contenu matériel des normes peut être très différent mais la structure d'un ordre juridique obéit toujours à certaines règles formelles d'organisations et de hiérarchies. Il est incontestable que KELSEN a raison sur la possibilité d'essentialiser, en ce qui concerne leur structure, les ordres juridiques car tout système juridique obéit à des canons invariants. Mais ce constat nécessaire n'est pas suffisant. L'Etat de droit, le véritable, ne peut se limiter à une hiérarchie formelle, il doit comporter des normes juridiques inhérentes à la protection de l'individu, de la personne humaine. L'Etat n'est pas une fin en soi mais il doit permettre de protéger la personne humaine qui doit être automatiquement reconnue comme étant un sujet de droit¹⁶⁸⁴. Dans ce type d'ordre juridique, la peine de mort est d'ailleurs souvent abolie

¹⁶⁸¹ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, réédit. Panthéon Assas, coll. Les introuvables, préf. P.-M. DUPUY, C. LEBEN, p.201 : « Lorsqu'on parle de causalité juridique, au contraire, il faut se demander ce qui lui permet de jouer, puisqu'elle est artificielle : elle est incompréhensible si on ne découvre pas, derrière elle, la force d'une valeur »

¹⁶⁸² P. AMSELEK, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, p.201 et s.

¹⁶⁸³ François GENY, connu pour ses travaux sur l'importance de la jurisprudence, évoquait l'importance du fait économique : « « Le droit » a pu écrire François GENY, resterait « comme un mécanisme tournant à vide s'il n'était constamment approvisionné et nourri de la substance économique. » » cité par M. DESPAX, « L'entreprise et le droit » LGDJ, Bibliothèque de droit privé p.263, n°235, 1957

¹⁶⁸⁴ Sur la question de la finalité de l'Etat, V. l'introduction de M. WALINE, « l'individualisme et le droit », Préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Bibliothèque Dalloz reprint

et quand elle demeure, elle obéit à un contrôle juridictionnel très strict. L'Etat de droit moderne, c'est la primauté de l'individu sur le groupe¹⁶⁸⁵. Cette vision de l'Etat de droit critiqué par Carl SCHMITT¹⁶⁸⁶ s'est imposée après la seconde guerre mondiale et même si elle n'est peut-être pas encore majoritaire dans le monde, elle innerve quand même les ordres juridiques des Etats les plus dynamiques et performants. L'ordre juridique français accorde un rôle très important aux libertés individuelles par le prisme de la reconnaissance absolue de la personnalité juridique à tout être humain et de ces libertés individuelles naissent des libertés économiques qui permettent l'entreprise privée.

Maintenant, on va formuler une hypothèse que l'on ne peut pas prouver véritablement mais qui relève d'une forme d'intuition : le développement et la protection de l'échange en tant que relation juridique de droit privé a généré l'idée de marché et la structure étatique de droit public.

Droit d'inventaire sur le positivisme kelsénien et l'Etat de droit

Si KELSEN a proposé des « outils mentaux » intéressants et sûrement indépassables pour décrire tout type d'ordre juridique, on est en revanche plus circonspect sur la « philosophie » du système que propose KELSEN. Comme l'expliquait Phillippe MALAURIE, le droit pour Kelsen est le droit étatique, le droit créé par les individus est rattaché à l'ordre juridique par le biais de la notion de validité, conférée par une norme d'un degré supérieur, on arrive à la conclusion que le Droit supérieur est le droit étatique. La norme contractuelle serait par exemple d'un degré inférieur à la norme étatique¹⁶⁸⁷.

Avec la vision Kelsénienne du droit, il existe un risque de confusion entre le monopole qu'a l'Etat pour faire appliquer la norme et la création de la norme qui demeure libre notamment par le biais de contrats. Comme KELSEN fait de la sanction le critère prépondérant du droit, on arrive à relativiser la distinction droit privé/ droit public, droit subjectif/ droit objectif car *in fine*, toute norme s'inscrit dans un ordre juridique (fameuse notion didactique de la pyramide des normes) par la notion de validité et donne l'impression que la Constitution¹⁶⁸⁸

¹⁶⁸⁵ J. RIVERO, Les libertés publiques, T.1, Les droits de l'homme, Puf p.115,

¹⁶⁸⁶ J. CHEVALLIER, Etat de droit, op.cit. p.51

¹⁶⁸⁷ V. la critique de Laurent AYNES : « La norme contractuelle prend place au dernier échelon de la pyramide des normes. Dans cette vue néo-kelsennienne, ou pseudo-kelsennienne, de l'ordre juridique, le contrat puise sa force dans une autorisation de la loi qui lui est supérieure. Sa force obligatoire n'existe que par et pour la loi, dans l'espace laissé libre par celle-ci, par délégation de celle-ci. Pourquoi le contrat oblige-t-il? Parce que la loi le veut, et dans la mesure où elle le veut. Cette conception paraît dangereuse et inexacte. Dangereuse, car en remettant entre les mains de la loi de l'État le principe de l'obligation contractuelle, on accepte de subordonner sa force aux considérations politiques du moment. On a bien vu ce que le totalitarisme pouvait en faire. Inexacte, parce que, historiquement, le contrat précède la loi, et qu'en de nombreux domaines, dans les relations internationales notamment, le contrat est obligatoire sans loi » in Laurent AYNES, Le contrat, loi des parties - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005

¹⁶⁸⁸ Au sens strict du terme

de l'ordre juridique est au centre de l'ordre juridique. Et comme l'écrit Philippe MALAURIE le grief le plus grave à l'encontre de KELSEN est « la loi, c'est la loi ». Dire que le contrat est obligatoire car la loi le dit ne permet pas de comprendre les véritables problématiques que pose le Droit et écarte totalement l'idée de justice qui anime les êtres humains ; et ne permet pas de comprendre pourquoi il faut obéir à la loi si ce n'est que par l'existence d'une sanction. KELSEN, avec sa démarche qui se veut scientifique, réduit le droit au *Quid juris* et évacue totalement le *quid jus*¹⁶⁸⁹. Avec la conception du droit de KELSEN, on serait tenté d'écrire « *Hier ist kein Warum*¹⁶⁹⁰ ». Le droit n'a pas de pourquoi ni d'histoire, obéit juste au « comment ». KELSEN permet d'expliquer comment le droit est obligatoire mais il n'explique pas pourquoi ; car le « pourquoi » renvoie à des notions historiques, économiques, anthropologiques, voire surtout philosophiques. Or pour KELSEN, ce n'est pas scientifique mais idéologique de s'intéresser au contexte de la norme¹⁶⁹¹. Or en voulant faire de la science du droit une science analogue à une science dure, la démarche de KELSEN est certes nécessaire mais insuffisante. La propriété privée n'est pas uniquement une faveur accordée par le politique mais elle découle de l'apparition de l'agriculture il y a 10.000 ans¹⁶⁹². Certes, elle a évolué et il n'a jamais existé une propriété mais toute société possède des règles relatives à la propriété qu'elle soit privée ou publique. En réduisant la science du droit au fonctionnement, KELSEN limite le droit à une simple mécanique désincarnée. Si on prend un exemple simple : une personne est victime d'un préjudice. L'auteur du dommage n'est pas condamné en première instance à cause d'une erreur de fait/de droit commise par la juridiction du premier degré. La victime le sait par le biais de son conseil mais refuse d'interjeter appel ; une autre victime fait un recours devant la même juridiction, est déboutée en première instance mais fait appel. Comment analyser qu'avec le même dommage, les deux victimes n'aient pas la même solution ? la première a renoncé à son droit processuel, la seconde a interjeté appel et a gagné. Cet exemple fictionnel permet de comprendre que le droit n'est pas figé et déterminé uniquement par les maîtres de l'ordre juridique mais dans

¹⁶⁸⁹ On reprend ici une dichotomie exposée par M. VILLEY : p.14, n°8 « Dans ses principes métaphysiques de la Doctrine du droit », KANT propose une distinction que reprendra plus tard HEGEL. Il y a deux questions à poser concernant le droit. D'abord la question : *quid juris* ? Quel est, tel ou tel procès, ou telle espèce de procès, la solution de droit ? D'autre part la question : *quid jus*, qu'est-ce que le droit même ? Or selon KANT, qui s'en explique dans le « conflit des facultés », l'office de la science juridique est de répondre au premier problème, quelle est la solution de droit ?, (ce qui signifie dans son système : quelle est la solution conforme au texte des lois positives). Tandis que relève de la « faculté de philosophie » le second problème : qu'est le droit ? (C'est-à-dire pour KANT, premièrement que signifie le terme droit, comment le définir-mais aussi bien qu'est la justice, l'idée du droit, la solution qui devrait être idéalement et vers laquelle il conviendra que tende le législateur).

¹⁶⁹⁰ Phrase prononcée par un gardien d'Auschwitz, qui avait confisqué un morceau de glace au jeune Primo LEVI assoiffé. Primo LEVI demanda au gardien : « Pourquoi ? », le gardien lui répondit « Ici, il n'y a pas de pourquoi ». Pr. LEVI, « Si c'est un homme ».

¹⁶⁹¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, édit. Bruylant L.G.D.J. reprint 1999, p.77 et s.

¹⁶⁹² Y. N. HARARI, *Sapiens, une brève histoire de l'humanité*, Albin Michel, 2015

une démocratie libérale, l'individu joue un rôle prépondérant et pas seulement en matière de contrat. Même une action en responsabilité ou se constituer partie civile à un procès pénal nécessite une volonté privée. Or la théorie kelsénienne aboutit paradoxalement à transformer l'individu en rouage qui aurait un droit attribué par l'ordre juridique. L'Echange est-il lié à un ordre juridique ? La justice dans l'échange (commutation) n'est-elle pas propre à celui-ci car un commerçant qui échangeait avec des homologues d'une autre tribu, d'un autre ordre juridique, avait-il bien une sanction contre ceux-ci en cas d'inexécution ? Est-ce que la sanction réelle de celui qui viole son obligation n'était pas fondée sur la crainte de l'ordre juridique mais sur la justice dans l'échange ? Echange et fixation du prix dépendent de la liberté d'une économie de marché. La théorie de KELSEN permet de comprendre le fonctionnement de l'ordre juridique mais ne permet pas de comprendre pourquoi la propriété privée individuelle, pourquoi les contrats sont obligatoires, pourquoi les Etats de droit au sens moderne du terme sont toujours corrélés à des économies de marché, donc pourquoi la démocratie libérale est corrélée à l'économie de marché et donc pourquoi ce type d'ordre juridique est toujours fondé sur le primat de l'individu sur le groupe. En s'intéressant uniquement à la norme et non pas à la volonté humaine qui la produit, KELSEN fait preuve d'un certain fétichisme. La norme est le résultat d'un processus complexe qui est nié par la théorie du droit kelsénienne car considéré comme en dehors du droit. C'est un point de vue qui est lui-même idéologique¹⁶⁹³.

La constitution d'un Etat de droit

Avec la notion d'Etat de droit post-seconde guerre mondiale, l'Etat de droit n'est plus une simple structure formelle de l'ordre juridique mais il acquiert une certaine substance : la loi doit être conforme matériellement à certaines valeurs qui constituent la vraie constitution d'une démocratie libérale : ce sont les droits fondamentaux, les droits de l'homme, libertés publiques¹⁶⁹⁴ etc. Les Cours suprêmes, les juges européens des deux ordres dégagent des principes libéraux au sens strict du terme, c'est-à-dire qui font de l'individu un atome de la société. L'individu déjà par son droit de vote dans la cité existe en tant que tel et depuis 500 ans, la subjectivation du droit qui est corrélée à une contractualisation n'est que la

¹⁶⁹³ On pourrait faire une comparaison avec le travail considérable de MARX qui a prétendu fonder l'économie sur des règles scientifiques notamment sur la théorie de la plus-value « capturée » par le propriétaire des moyens de production au détriment du salarié. Le paradoxe, c'est que les économies dites marxistes étaient beaucoup plus guidées par l'idéologie que les systèmes dits capitalistes où il existait en pratique une plus grande indépendance entre le pouvoir politique et le pouvoir économique.

¹⁶⁹⁴ K. STERN (Das StaatsRecht der Bundesrepublik Deutschland, 2e édit., 1984) : « L'Etat de droit signifie que le pouvoir étatique ne peut être exercé que sur le fondement d'une Constitution et de lois conformes, d'un point de vue formel et matériel à cette dernière, et dans le but de garantir la dignité de l'homme, la liberté, la justice et la sécurité juridique » cité par J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, jan.2017 p.66

positivisation des idées des Lumières qui font de l'individu la matrice de l'organisation sociale¹⁶⁹⁵.

Conclusion

La notion d'Etat de droit présentée par KELSEN est intéressante car il s'agit d'une des premières conceptualisations de l'ordre juridique, il appuie sa démonstration globale sur la validité d'une norme. Une norme n'a pas de juridicité en soi mais seulement du fait qu'elle peut être rattachée à un système de normes, à un ordre juridique donné. Néanmoins la théorie de l'Etat de droit de KELSEN qui se veut scientifique et descriptive n'est peut-être pas aussi neutre axiologiquement que prétendu. Certes KELSEN a bien précisé qu'il faut dissocier le droit de la science du droit et que le droit est par essence politique¹⁶⁹⁶, mais néanmoins la théorie de l'Etat de droit est construite sur l'idée d'une identité entre l'Etat et le droit, le droit objectif¹⁶⁹⁷. Ce grief est très important car sous couvert de la science, la théorie de KELSEN véhicule l'idée que si le droit étatique assure la contrainte, il serait supérieur au droit subjectif. Par une ellipse, on passe du monopole de la violence assurée par l'Etat à la prééminence de la règle étatique. Or cela paraît critiquable et d'ailleurs l'acception moderne d'Etat de droit (que nous allons voir juste après) n'est pas seulement utilisée pour désigner l'organisation formelle d'un ordre juridique mais aussi pour désigner un package de normes indispensables à un ordre juridique pour qu'il soit qualifié d'Etat de droit : c'est la théorie des droits fondamentaux¹⁶⁹⁸. Avec KELSEN, la notion de souveraineté paraît tellement évidente qu'elle n'est pas discutée et la corrélation entre Etat et souveraineté semble être la fin de l'histoire du droit pour le juriste d'origine autrichienne. Or pourtant l'identité et la confusion de l'Etat avec le droit n'est pas évidente¹⁶⁹⁹, voire contestable. D'où justement la volonté de fonder des

¹⁶⁹⁵ J. DABIN, Encyclopædia Universalis, entrée "DROIT Théorie et philosophie"

¹⁶⁹⁶ « « La dépolitisation qu'exige la théorie pure du droit vise la science du droit et non pas son objet, le droit. Le droit ne peut être séparé de la politique, puisqu'il est un instrument essentiel de la politique. Sa création ainsi que son application sont des fonctions politiques, c'est-à-dire conditionnées par des jugements de valeur » ». KELSEN cité M.-L. DUSSART, Constitution et économie, thèse Dalloz 2015 p.38, n°45.

¹⁶⁹⁷ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, 2017 p.44 : « Récusant la présentation dualiste, KELSEN affirme l'absolue identité de l'Etat et du droit, qui constituent un seul et même ordre de contrainte : de même que l'élément spécifiquement politique de l'Etat réside dans la contrainte que certains individus ont la faculté d'exercer en son nom, le signe distinctif du droit est de réagir par la contrainte à l'inexécution de ses prescriptions ; le droit est donc « précisément ce même ordre de contrainte qu'est l'Etat ».

¹⁶⁹⁸ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, jan.2017 p.94 : Conception formelle de l'Etat de droit relayé par une conception matérielle ou substantielle.

« Cet Etat de droit substantiel comporte deux aspects : d'une part, l'idée que la règle de droit est tenue de présenter certaines caractéristiques intrinsèques, répondant à l'impératif de sécurité juridique ; d'autre part, la reconnaissance de « droits fondamentaux » devant faire l'objet de mécanismes de protection appropriés ».

¹⁶⁹⁹ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ 2017, p.44 : p.44 : « Récusant la présentation dualiste, KELSEN affirme l'absolue identité de l'Etat et du droit, qui constituent un seul et même ordre de contrainte : de même que l'élément spécifiquement politique de l'Etat réside dans la contrainte que certains individus ont la faculté d'exercer en son nom, le signe distinctif du droit est de réagir par la contrainte à l'inexécution de ses prescriptions ; le droit est donc « précisément ce même ordre de contrainte qu'est l'Etat ».

droits fondamentaux dans du droit « international » en l'occurrence le droit européen, afin d'avoir un fondement qui ne soit pas uniquement interne. Car une démocratie totalement liquide, de l'instant purement présent pourrait néanmoins devenir totalitaire. D'où la dissociation limitée mais existante entre l'Etat de droit et la démocratie. La notion d'Etat de droit moderne évoque également une protection minimale de l'individu face au pouvoir. L'individu est le fondement et la finalité de l'Etat de droit. Une fois l'individu protégé, l'entreprise privée l'est également par capillarité. Comme l'écrivait M. FRIEDMAN, il n'y a que deux manières de coordonner l'activité de millions d'hommes : la direction centralisée et la coopération volontaire¹⁷⁰⁰. Toute société humaine alterne entre autonomie et hétéronomie mais une démocratie libérale (Etat de droit plus marché) privilégie la coopération volontaire à la coercition qui n'est utilisée que marginalement et en dernier ressort. En conclusion, la théorie de la conception de l'Etat de droit avec sa hiérarchie des normes est nécessaire mais pas suffisante¹⁷⁰¹.

On va maintenant s'intéresser à la relation entre Etat de droit et marché. S'il est possible d'avoir une économie de marché sans démocratie libérale, en revanche, l'inverse n'est absolument pas possible car les principes juridiques d'une démocratie libérale entraînent *ipso facto* un ordre juridique fondé sur le marché, c'est-à-dire un ordre juridique dont le contrat et la propriété privée sont les piliers du droit.

B. La notion actuelle d'Etat de droit, une notion cardinale pour la protection juridique de l'entreprise privée

¹⁷⁰⁰ M. FRIEDMAN, Capitalisme et liberté, édit. Robert Laffont, titre original : capitalism and freedom : p.27-28 : « Il n'y a fondamentalement que deux manières de coordonner les activités économiques de millions de personnes. La première est la direction centralisée, qui implique l'usage de la coercition : c'est la technique de l'armée et l'Etat totalitaire moderne. La seconde est la coopération volontaire des individus : c'est la technique du marché. »

¹⁷⁰¹ E. MILLARD. L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie, Presses universitaires du Mirail, pp.415-443, 2001, Amphi 7. « Il y a chez Kelsen deux conceptions de l'Etat de droit. L'une résulte d'une perception descriptive : elle découle de l'impossibilité de discerner juridiquement l'Etat et le droit (Kelsen parle alors du pléonasme de l'Etat de droit), en tant qu'unité de l'ordre juridique (hiérarchie des normes). Cette conception purement formelle est nécessaire à la démocratie, sans être suffisante : la hiérarchie des normes (conçue comme réalisant l'Etat de droit) est un moyen de réalisation, non une garantie de résultat »

Etat de droit et échange : le fondement libéral de l'Etat de droit, aboutissement d'une évolution séculaire qui consacre la protection de l'échange, du marché, donc l'entreprise privée

La production, en tant qu'offre au sens économique du terme, nécessite du travail. Or la division accrue du travail liée au développement du marché lui-même, marché protégé par le développement du pouvoir politique, a engendré une accumulation de capitaux. Cela se traduit par l'émergence d'une production qui coordonnait de plus en plus le travail d'individus au sein d'une même entreprise. L'entreprise peut être privée ou publique. Le salarié obtient en échange de son travail un salaire qui peut être qualifié comme étant une contrepartie ou la conséquence d'un statut si l'entreprise est publique. En revanche, pour les investissements et les dirigeants de ces entreprises, la structure juridique privée ou publique de l'entreprise a une importance cardinale car selon que l'entreprise est privée ou publique, les rapports entre le titulaire des capitaux pour investir (des particuliers ou l'Etat), la nature des relations juridiques ne sera pas la même. Une fois ce constat réalisé, il existe un autre problème relatif aux entreprises privées : la doctrine économique comme juridique a souvent considéré que les relations juridiques au sein de l'entreprise n'étaient pas toutes des relations contractuelles et le pouvoir privé existant et dû à la concentration des capitaux n'a pas toujours été analysé comme un pouvoir privé mais comme une émanation d'un pouvoir de droit public¹⁷⁰². Pourtant l'entreprise privée (fondée avec des capitaux privés) ne résulte pas de la puissance publique mais de la libre propriété privée et de la liberté contractuelle. Néanmoins, il serait erroné de croire que le pouvoir politique (donc l'Etat) n'a pas eu de rôle dans le développement des entreprises privées. Si l'Etat ne crée pas directement les entreprises, on remarque que dans le temps et dans l'espace, la puissance publique (parfois seulement embryonnaire) protège et cherche à accroître les marchés. Or l'existence de marchés est une des conditions nécessaires du développement des entreprises privées. De surcroît, l'amélioration de la propriété privée et des engagements contractuels contribue également à permettre le développement harmonieux de grandes entreprises privées.

Annonce du plan

On verra donc dans un (1) le rôle historique joué par l'Etat pour protéger le marché, rôle implicite puis la consécration indirecte de la protection de l'entreprise privée par l'avènement de la notion moderne d'Etat de droit (2).

¹⁷⁰² supra partie I, infra Titre II, Partie II)

1. Brefs rappels historiques de l'évolution du marché et de l'Etat : Le rôle de l'Etat dans l'apparition du marché

Les développements traités ici pourraient faire l'objet d'une encyclopédie. Il est impossible d'être objectif et la recherche des liens entre le développement de l'Etat et du marché est un travail transdisciplinaire certainement inépuisable. Il s'agit juste ici de présenter quelques hypothèses exposées par certains auteurs pour tenter de montrer que l'avènement de l'Etat de droit moderne, construit notamment sur des principes matriciels que sont les droits fondamentaux, a une histoire qui est liée au développement du marché. Et le marché, c'est l'éco-système indispensable à l'entreprise privée. Sans marché, il n'y a pas d'entreprise privée. Et si le marché est fondé sur une économie de contrats, on peut en déduire que l'entreprise en tant qu'organisation est également fondée sur le contrat.

Définition de l'économie : un lien inextricable entre le politique et le juridique

Le professeur de droit public Francis-Paul BENOIT, auteur de plusieurs ouvrages dont « la démocratie libérale » donne une définition de l'économie dans un de ses ouvrages : « *L'économie englobe tous les phénomènes de la production, de la distribution et de la consommation des richesses, c'est-à-dire tout ce qui concerne les biens et services utilisés par les hommes dans le cadre de leur vie*¹⁷⁰³ ». Une démocratie libérale considère que l'économie est l'affaire des personnes privées ; certes en France, le rôle de l'Etat est très important mais malgré tout l'initiative privée reste quand même le principe. Or le choix de laisser l'économie aux mains de personnes privées n'est pas purement idéologique, mais résulte de l'histoire : c'est le politique par le biais de l'outil juridique qui décide de l'existence de libertés fondamentales reconnues à l'individu, libertés qui auront forcément des conséquences sur l'activité économique. La puissance publique depuis le Moyen Age aménage et protège des marchés¹⁷⁰⁴.

¹⁷⁰³ Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978 p.169

¹⁷⁰⁴ M. HENOCHSBERG, La place du marché, essai Denoël, p.42 : « Le constat clair et tranchant de G. BOIS renforce notre conviction : le marché médiéval, la première véritable organisation qui mérite le terme de marché, est totalement créé, administré, réglé, par le pouvoir local » ; R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations p.25 : « La création des marchés_ et leur histoire est longue_ a toujours été l'affaire des entrepreneurs. Déjà au Moyen Age en Angleterre, les foires étaient organisées par des personnes qui recevaient ce privilège du Roi » ; K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard, 1944, trad. fr. 1983, p.109 et s. Le marché était contenu par la puissance publique (du Moyen Age) pour le cantonner dans les villes et éviter sa diffusion aux campagnes, qui étaient intégrées dans l'espace économique dominant., p.110 : « Le résultat le plus important des marchés_ la naissance des villes et de la civilisation urbaine_ fut, en fait, la conséquence d'une évolution paradoxale. Car les villes, rejets des marchés, furent non seulement leurs protectrices, mais aussi l'instrument qui les empêchait de s'étendre aux campagnes et d'empiéter ainsi sur l'organisation économique dominante de la société » ; P. VERLEY °Capitalisme Histoire°, Encyclopaedia Universalis ; D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, Prospérité, puissance et pauvreté, pourquoi certains pays réussissent mieux que d'autres, Ph. AGHION, p.114

Débat entre primat du politique sur l'économique ou l'inverse (primat de l'économique sur le politique)

La thèse marxiste, bien que sur le déclin notamment depuis l'effondrement de l'union soviétique et la conversion *de facto* de la Chine à l'économie de marché, a néanmoins imprégné l'histoire des idées avec notamment l'idée répandue de la primauté de l'économique sur le politique et donc le juridique¹⁷⁰⁵, c'est-à-dire la supériorité de l'infrastructure économique¹⁷⁰⁶ sur les superstructures que sont le politique ou le juridique¹⁷⁰⁷. Pour les partisans du matérialisme historique, il y aurait une primauté de l'économique sur le politique¹⁷⁰⁸, le juridique et l'ensemble de la société seraient organisés autour de cette confrontation de classes, l'organisation politique n'est qu'une superstructure qui dissimule la réalité des « rapports de production » ou « rapports sociaux » qui sont issus de l'organisation de la production et de la place qu'a chacun dans celle-ci¹⁷⁰⁹. Avec le matérialisme historique, l'être humain n'est que le « jouet » de forces qui le dépassent¹⁷¹⁰. Ce type de thèse facilite la propagation de théories anthropomorphiques où ce sont le Capital, le Marché, l'Entreprise, la Société, l'Etat qui sont personnifiés comme étant des forces (maléfiques ?), on peut se demander si l'anthropomorphisme de la personnalité morale¹⁷¹¹ n'est pas lié à cette façon de penser, à ces métonymies où l'idée se substitue à la volonté humaine. Ces abstractions peuvent empêcher de conceptualiser la réalité des phénomènes économiques où des entités éthérées (le capital ou le marché) se substitueraient à la volonté des êtres humains réels, des entrepreneurs, des capitalistes, des salariés. L'histoire nous apprend l'inverse¹⁷¹² : « le libéralisme économique constitue un choix politique volontaire » d'après Francis-Paul BENOIT¹⁷¹³. Nous croyons au primat du politique. L'histoire du vingtième siècle semble confirmer que l'économique dépend des choix politiques. Le développement comparé de la Corée du Nord et du Sud, de la RFA par rapport à la RDA semble en être une démonstration. L'histoire tend à nous révéler que c'est au contraire le politique qui gouverne l'économie¹⁷¹⁴. En partant de cet axiome, on va voir les liens entre Etat et développement du marché ; la nature de l'entreprise privée dépend de l'existence du marché car l'économie de marché génère des structures juridiques de production (entreprise privée) organisées par le

¹⁷⁰⁵ F.P. BENOIT, La démocratie libérale, op.cit. p.172

¹⁷⁰⁶ A. PEYREFITTE, La société de confiance, Edition Odile Jacob, 1995 p.13

¹⁷⁰⁷ J. ELLUL, La pensée marxiste, La table ronde 2003, 2012, p.95 et s.

¹⁷⁰⁸ Fr. ZENATI, Le droit et l'économie au-delà de MARX, in A.P.D., Droit et Economie, 1992,

¹⁷⁰⁹ F. ZENATI, Le droit et l'économie au-delà de MARX, in A.P.D., Droit et Economie, 1992, p.121

¹⁷¹⁰ V. ce qu'écrit H. LEFEBVRE, Le marxisme, Que-sais-je ? p.40 : « L'argent [...] commande en maître les hommes », « Le capital [...] impose ses exigences à la société toute entière »

¹⁷¹¹ infra

¹⁷¹² « ...l'histoire nous révèle ainsi comment c'est au contraire la politique qui tend toujours à gouverner l'économie » F.P. BENOIT, La démocratie libérale, p.172, p.173

¹⁷¹³ F.P. BENOIT, La démocratie libérale, op.cit.p.173

¹⁷¹⁴ F.P. BENOIT, La démocratie libérale, p.172, Patrick VERLEY, UNIVERSALIS, entrée °CAPITALISME Histoire°

contrat. La réalité du droit positif concernant le droit des affaires n'est pas à chercher dans la loi mais dans le droit profond, la norme fondamentale, **Grundnorm**, qui est la matrice de l'ordre juridique français et plus généralement de tous les ordres juridiques fondés sur les principes de la démocratie libérale, c'est-à-dire fondés sur la liberté individuelle.

Dans une démocratie libérale, le secteur économique est laissé aux particuliers

Comme on l'a vu précédemment, la théorie marxiste explique que l'économique détermine les structures politiques et juridiques d'une nation, d'un ordre juridique¹⁷¹⁵. Or il semble qu'il n'en est rien. L'ordre juridique français est une démocratie libérale, c'est-à-dire qu'il existe un pluralisme politique, religieux, spirituel et...économique. Les individus peuvent librement en principe exercer tel métier, satisfaire leurs besoins avec des contrats de droit privé et échanger. Ce fait ne résulte pas du hasard mais de choix politiques qui eux-mêmes s'inscrivent et s'expliquent dans l'histoire. Le libéralisme politique, c'est-à-dire l'existence d'un pluralisme et d'un multipartisme avec des élections censées accréditer la thèse de la souveraineté populaire est corrélée à l'existence de libertés économiques. Or le lien entre libertés politiques et libertés économiques n'est pas toujours compris. F.-P. BENOIT, R. ARON et d'autres ont pourtant défendu cette idée. « *Pas de libéralisme économique véritable sans libéralisme politique : la liberté de produire et de consommer ne peut exister sans la liberté de choisir ; or toute décision économique implique la faculté d'opérer librement des choix*¹⁷¹⁶ ». HAYEK a également défendu cette idée dans un petit essai célèbre où il pense que l'on ne peut pas avoir un libéralisme politique sans libéralisme économique¹⁷¹⁷. Il est possible que les libertés économiques parfois précèdent les libertés politiques et peut-être que la Révolution française était un décalage entre une pratique libérale des affaires qui avait fait naître une bourgeoisie urbaine et l'existence d'une vieille aristocratie peu industrielle qui jouissait de privilèges d'Etat. Mais l'échange postule une nécessaire liberté, qui a été souvent autorisée, encouragée par la puissance publique. Certains auteurs ont parfois opposé l'Etat (ou sa forme embryonnaire) au marché alors qu'il y a certainement une complémentarité. BRAUDEL semble justement les associer.

Marché, échange et Etat

Dans sa thèse intitulée « Histoire doctrinale de l'échange », J.-M. PUGHON explique que l'échange est un phénomène économique fort ancien que l'on peut réduire à l'échange au

¹⁷¹⁵ Fr. ZENATI, Le droit et l'économie au-delà de MARX, in A.P.D., Droit et Economie, 1992, p.123 : « Non seulement l'économie détermine la vie sociale, mais elle influence jusqu'à la structure de la société dont elle est le soubassement. Cette perception ramène le droit à des proportions modestes »

¹⁷¹⁶ F.P. BENOIT, La démocratie libérale, op.cit. p.185

¹⁷¹⁷ Fr. Von HAYEK, La route de la servitude, PUF

sens juridique du terme¹⁷¹⁸. Il rappelle le phénomène de don, contre-don de MAUSS où l'échange espère une contrepartie et est intégré dans le groupe. Les sociétés prétendues primitives sont celles où l'individu n'existe pas, donc l'échange s'inscrit dans un processus magique, collectif car il intéresse tout le monde. Le développement de l'économie de marché est corrélé à l'avènement de l'individu au cœur de l'ordre juridique et économique. L'échange va d'ailleurs devenir le critère du contrat à titre onéreux¹⁷¹⁹. Or l'échange n'est pas un jeu à somme nulle contrairement à une doxa, à ce qui est parfois cru¹⁷²⁰.

D'un point de vue économique, ceux qui échangent peuvent accroître leurs richesses car l'échange permet de profiter de la division du travail et de la spécialisation de ceux qui produisent le mieux ou qui ont la ressource convoitée¹⁷²¹. Une économie de marché est une économie où les producteurs d'une valeur quelconque échangent leur surplus sur le marché au lieu de les consommer¹⁷²². Une économie de marché suppose donc des capitaux et des stocks et ce sont avec les foires du Moyen Age que se mettent en place les ancêtres des réseaux commerciaux modernes même si les échanges sont bien plus anciens.

Lien entre Etat et Marché chez BRAUDEL

A partir du XIII^e siècle, les prix fluctuent en Europe occidentale¹⁷²³. Les marchés avant de devenir la notion abstraite sont d'abord un lieu physique où l'offre rencontre la demande. Les marchés se situent en ville car souvent libérés de l'emprise des seigneurs locaux. Les villes

¹⁷¹⁸ J.-M. PUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.2 et s., n°3 et s.

¹⁷¹⁹ J.-M. PUGHON, *ibid.* p.79 et s., n°132 et s.

¹⁷²⁰ H. LEPAGE, Pourquoi la propriété, Pluriel inédit, p.101 ; Du même auteur, L'analyse économique et la théorie du droit de propriété, (Theory of property Rights), Revue Droits de propriété, p.97 : « A travers cet exemple, on retrouve le principe de l'échange productif, base de toute la théorie économique du marché. L'échange n'est pas un jeu à somme nulle, mais un véritable acte créateur. L'échange, lorsqu'il reste purement volontaire, est ce qui, dans une société d'hommes libres, sous la seule impulsion des intérêts individuels, permet aux ressources de glisser de ceux de leurs usages possibles qui ont le moins de valeur vers d'autres emplois ayant une plus grande utilité sociale ».

¹⁷²¹ Adam SMITH, Richesse des nations (« Recherches sur la nature et les causes de la richesses des nations, T.1 et T.2, Trad. G. GARNIER, revue par A. BLANQUI, introduction, D. DIATKINE, p.85 : « Puisque c'est la faculté d'échanger qui donne lieu à la division du travail, l'accroissement de cette division doit, par conséquent, toujours être limité par l'étendue de la faculté d'échanger, ou, en d'autres termes, par l'étendue du marché. Si le marché est très petit, personne ne sera encouragé à s'adonner entièrement à une seule occupation, faute de pouvoir échanger le surplus du produit de son travail qui excédera sa propre consommation, contre un pareil surplus du produit du travail d'autrui qu'il voudrait se procurer ».

¹⁷²² Adam SMITH, Richesse des nations (« Recherches sur la nature et les causes de la richesses des nations, T.1 et T.2, Trad. G. GARNIER, revue par A. BLANQUI, introduction, D. DIATKINE, p.85 ; J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », FAYARD, p.263 et p.278 ; H. De SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010, p.191, Yuval Noah Harari, Sapiens, une brève histoire de l'humanité, Albin Michel, 2015, p.364-365 :

¹⁷²³ F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme/A.COLIN 1979, Livre de poche, Tome 2° : Les jeux de l'échange F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme/A.COLIN 1979, Livre de poche, Tome 2° : Les jeux de l'échange p.15

sont le repère des hommes libres et le marché du travail y attire les **hommes**¹⁷²⁴. L'échange ou marché génère une division du travail et spécialise les individus d'une société. Cela permet également d'accroître la propriété privée respective de ceux qui participent à l'échange. Les prix fixés librement sont des indicateurs économiques pour ceux qui savent les analyser, ils guident la production. « *Le prix est le chef d'orchestre*¹⁷²⁵ ». « *L'échange est toujours un dialogue et, à un moment ou à un autre, le prix est un aléa*¹⁷²⁶ ». Les incidences juridiques du développement du marché sont très importantes tant au niveau de ce qui deviendra le droit public -car les échanges sont l'occasion de lever des taxes, impôts, droits de douane- que pour la théorie du contrat. La théorie du juste prix, croyance qu'il existe un prix juste et absolu pour la valeur des échanges, est abandonnée au profit de la recherche du prix juste par le biais du « *prix concurrentiel* ».

L'origine du principe de commutativité subjective

Comme l'explique J.-M. POUGHON dans sa thèse de doctorat, « *la liberté des échanges suppose, en effet, la liberté des conventions qui se traduit par la liberté de cession et d'achat*¹⁷²⁷ ». Or le libre-échange suggère la liberté de détermination des prix car il s'agit d'un pan de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle, c'est de déterminer aussi le contenu du contrat dont le prix est un élément cardinal¹⁷²⁸. Mais d'un point de vue économique, existe-t-il un prix objectif des prestations ou le prix dépend-il de « l'arbitraire » des parties en fonction de leurs besoins et de leurs désirs ? Selon un droit romain plutôt propice à la liberté individuelle pour fixer les prix¹⁷²⁹, les canonistes et théologiens sont parfois hostiles à la libre détermination des prix¹⁷³⁰. A côté du prix du marché, il existerait un prix légal, établi par le pouvoir qui serait le vrai prix, le juste prix des choses notamment des denrées de première nécessité¹⁷³¹. L'Ecole de SALAMANQUE renoue avec la liberté individuelle, notamment par le biais de la notion de propriété¹⁷³².

Si certains juristes du Moyen Age croient en la théorie du juste prix, c'est également parce qu'ils sont imprégnés d'un fort « moralisme ». Laurence FONTAINE explique dans un ouvrage sur le marché¹⁷³³ une opposition cardinale entre les sociétés à statut et les sociétés fondées

¹⁷²⁴ F.BRAUDEL, *ibid.* p.45

¹⁷²⁵ F.BRAUDEL, *ibid.* p.258

¹⁷²⁶ F.BRAUDEL, *ibid.* p.261

¹⁷²⁷ J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.200, n°307

¹⁷²⁸ On constate d'ailleurs que le principe de liberté contractuelle a été consacré avec la réforme à l'article 1102 ? du code civil

¹⁷²⁹ J.-M. POUGHON, *ibid.* p.200, n°306

¹⁷³⁰ J.-M. POUGHON, *ibid.* p.201, n°310 et n°311

¹⁷³¹ J.-M. POUGHON, *ibid.* p.202, n°311

¹⁷³² J.-M. POUGHON, *ibid.* *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987 p.204, n°315

¹⁷³³ L. FONTAINE, *Le marché Histoire et usages d'une conquête sociale*, NRF essais Gallimard 2014

sur le marché. Dans les sociétés à statuts, la transgression est socialement mal vue. Or le maniement de l'argent et de l'intérêt que l'on appelle à l'époque usure peut bouleverser l'ordre établi et les classes sociales de l'époque.

POUGHON fait ensuite le lien avec la propriété privée

M. POUGHON fait le lien entre la propriété et l'échange. Car l'échange suppose la propriété de l'objet échangé¹⁷³⁴. Jean-Michel POUGHON s'intéresse à « *l'élaboration du libéralisme des échanges dans la doctrine juridique*¹⁷³⁵ ». Par cette expression, il faut comprendre la liberté de déterminer le prix. Ensuite Jean-Michel POUGHON rappelle les « histoires » sur l'origine de la propriété, droit naturel ou droit humain, notamment l'opposition entre les thomistes et les franciscains. Les franciscains dont OCCAM mettent davantage l'accent sur la volonté individuelle. OCCAM définit la propriété « *comme un pouvoir concédé par le législateur à l'individu*¹⁷³⁶ ». On sait que MM. VILLEY et ZENATI considèrent Guillaume d'OCCAM comme le père du droit subjectif moderne¹⁷³⁷. Or ce n'est pas un hasard si la propriété est liée à l'échange donc à la volonté¹⁷³⁸. Si l'individu a le pouvoir sur une chose, cela signifie donc que la perte de la chose ne peut se faire légalement sans le consentement du propriétaire. Le droit de propriété sur une chose confère le consentement et la perte de celui-ci doit être également consentie. Echange et propriété sont corrélés car si le droit de propriété est un pouvoir sur une chose, ce pouvoir doit être protégé de la communauté¹⁷³⁹. On retrouve peut-être l'origine de l'analyse que LOCKE fera du droit de propriété¹⁷⁴⁰. La Terre appartient à Dieu, à la communauté mais pour se nourrir, devoir de vivre, l'individu doit bien s'approprier individuellement la nourriture qu'il va consommer¹⁷⁴¹. Comme POUGHON le constate, il se

¹⁷³⁴ J.-M. POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.203, n°313

¹⁷³⁵ J.-M. POUGHON, ibid. p.203, n°313

¹⁷³⁶ J.-M. POUGHON, ibid. p.204, n°315

¹⁷³⁷ M. VILLEY, La genèse du droit subjectif chez G. d'OCCAM, APD, 1964 ; du même auteur, M. VILLEY, Essor et décadence du volontarisme juridique, p.87 et s. ; « Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais » Préface de Michel BASTIT Bibliothèque DALLOZ, 2009 ; préface de M. VILLEY in KANT, Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit, Intro et traduc : A. PHILONENKO, Vrin, Paris 2011, p.22 ; J.-M. POUGHON, L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre juridique et réalisme économique, http://europedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5 (Pdf valable le 02/01/2016 p.5/8 : ...Du nominalisme au protestantisme« » ; J.-M. POUGHON, « Histoire doctrinale de l'échange », préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987 p.204, n°315 ; J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », FAYARD, p.222

¹⁷³⁸ X. LAGARDE, Juste capitalisme, Litec, LexisNexis, 2009 p.161

¹⁷³⁹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, droit des biens, Puf 2008, p.315, n°193 : « La propriété sort des entrailles de la communauté. »

¹⁷⁴⁰ F. BLUCHE, S. RIALS, J. TULARD, La révolution française, Que-sais-je ?, p.37 ; L.FONBAUSTIER, Locke Le droit avant l'Etat, Michalon le bien commun 2004, p.44

¹⁷⁴¹ R. LIBCHABER, La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2013, p.773-774 ; J.-L. HALPERIN, Histoire du droit des biens, Economica, 2008, p.160 : Mais il complète aussitôt cette allusion à une propriété collective par l'affirmation d'un droit particulier que chacun a sur sa propre personne, droit qualifié de property (incluant le droit de son corps, le droit sur sa force de travail et le droit sur les choses extérieures). « Le

dessine donc l'idée que le droit de propriété de l'individu, défini comme un pouvoir sur les biens, tend à s'opposer à la communauté. Or ce pouvoir de l'individu sur sa chose, peu importe son origine, du groupe ou « naturel », instille l'idée d'une souveraineté de l'individu sur sa chose.

Propriété privée et échange, la propriété limite l'action du pouvoir et protège le droit à prestation contractuelle et possibilité de fixer le prix

Comme Jean-Michel PUGHON le constate, les questions soulevées par la liberté de déterminer le prix ont abouti à se questionner sur le pouvoir de l'individu d'agir, de régler ses propres situations. L'idée que l'échange est lié à la volonté, qu'il n'est pas une fatalité mais résulte de la volonté des parties de décider ou non et à quel prix d'échanger, va innover différentes sphères du droit dont notamment l'organisation sociale : le contractualisme va se répandre également en ce qui concerne le futur droit public¹⁷⁴². La société n'est plus le fruit du hasard, le pouvoir du souverain n'est plus une donnée naturelle qui dépend de Dieu : la société devient une construction volontaire¹⁷⁴³. LOCKE, comme on l'a vu pour la propriété dans le chapitre précédent, est un des plus grands auteurs à conceptualiser l'idée d'une propriété entendue comme une sphère privée opposable aux autres et à l'Etat¹⁷⁴⁴. L'Etat doit se limiter à la conservation des biens innés de l'individu, l'Etat réduit à « un gardien de la tranquillité » publique chez DOMAT ou PUFENDORF. Il y a donc une analogie entre les situations micro-juridiques et macro-juridiques, entre le droit public et le droit privé : la norme juridique est toujours un commandement humain, destiné aux hommes¹⁷⁴⁵. Or la propriété privée est entendue lato-sensu car le pouvoir (public) doit être limité et respecter un principe de non-intervention, s'interdire de contrôler les relations juridiques créées par les particuliers sous réserve qu'elles soient conformes aux grands principes.

En résumé, l'échange est corrélé à la propriété privée. Les études de droit et la Doctrine moderne ont trop souvent dissocié le droit des biens du droit des obligations volontaires mais ces matières sont étroitement corrélées. Si on imaginait une société totalement déterminée

travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous le pouvons dire, sont son bien propre ». Entre la personne et le droit sur les choses, LOCKE efface grâce au travail, prolongement du corps, toute trace de discontinuité. » ; L. FONBAUSTIER, « Locke Le droit avant l'Etat », Michalon le bien commun 2004, p.44 ; F. BLUCHE, S. RIALS, J. TULARD, La révolution française, Que-sais-je ? p.37 ; H. LEPAGE, Pourquoi la propriété, Pluriel inédit p.67-69 ; W. DROSS, Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? RTD Civ. 2015 p.27 et s., p.28 :

¹⁷⁴² S. GOYARD- FABRE in préface de J. LOCKE, Traité du gouvernement civil, préf. S. GOYARD-FABRE, Traduction de D. MAZEL

¹⁷⁴³ J.-M. PUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, n°318

¹⁷⁴⁴ J. LOCKE : « « La fin capitale et principale, en vue de laquelle les hommes s'associent dans les républiques et se soumettent à des gouvernements, c'est la conservation de leur propriété » », LOCKE, DT, Ch. IX, §123, p.146 cité par P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », essai points, p.24 ; F. BLUCHE, S. RIALS, J. TULARD, La révolution française, Que-sais-je ?, p.49 ; J. LOCKE, Traité du gouvernement civil, préf. Simone GOYARD-FABRE, Traduction de David MAZEL

¹⁷⁴⁵ H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. Ch. EISENMANN, édit. Bruylant L.G.D.J. reprint 1999, p.137

par le pouvoir politique, hétéronome à 100% sans la moindre autonomie des individus, le contrat serait réduit à néant. Au contraire, une société organisée autour de la liberté individuelle avec le principe que tous les êtres humains sont des personnes juridiques, génère un ordre juridique où une grande partie des normes sont créées par des contrats de droit privé, c'est-à-dire des relations juridiques entre particuliers. Par exemple, la créance promise par un contrat, qui est une valeur qui est déjà appropriée avant même son exécution, est un droit subjectif créé par l'accord de volontés.

En revanche, la dette, la prestation contractuelle envisagée du côté non plus du créancier mais du débiteur, relève du droit objectif, c'est-à-dire que la dette, contrairement à ce qu'il a été parfois avancé, n'est pas le symétrique de la créance¹⁷⁴⁶. La dette fait naître une norme comportementale qui est sanctionnée par le droit objectif¹⁷⁴⁷. Autrement dit, les individus peuvent faire naître par leur volonté des accords juridiques, des contrats, qui font naître un droit subjectif au profit d'une partie (voire les deux si le contrat est synallagmatique) mais l'obligation en tant que dette relève du monopole de l'Etat en cas de contestation : la dette créée par un acte juridique de droit privé ne relève plus seulement d'une pure relation interindividuelle mais aussi de l'ordre juridique tout entier. D'où la sanction étatique possible en cas d'inexécution : l'exécution des actes juridiques de droit privé ne relève pas, sauf rares exceptions, de la personne privée : c'est l'Etat qui le fera en vertu de son monopole naturel à exercer la force. Grégoire FOREST écrit dans sa thèse de doctorat que l'obligation est « la superposition d'une norme et d'un droit subjectif¹⁷⁴⁸ » : il y a dichotomie de l'obligation entre d'une part un droit subjectif approprié, qui est le véhicule juridique de la propriété privée, la créance, et la dette qui est une « norme individuelle de comportement¹⁷⁴⁹ » et dont l'exécution relève de l'Etat, du droit objectif. Finalement la « microtechnique » juridique constatée au sein de cette dichotomie de l'obligation telle que Grégoire FOREST l'a relevée n'est que l'application de principes macro-juridiques où l'Etat enlève aux individus la possibilité de faire justice eux-mêmes. Mais « l'Etat de droit » n'enlève pas la possibilité à l'individu de créer ses propres actes juridiques.

L'histoire de l'échange montre que la conceptualisation du contrat semble entraîner également celle de la propriété privée. Car à partir du moment où l'exécution relève du droit objectif et est dissociée de la créance en tant que droit subjectif, il y a une imbrication entre l'Etat (ordre juridique) et la « propriété d'un droit subjectif ». Si le titulaire d'un droit subjectif

¹⁷⁴⁶ Gr. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préface F. LEDUC, Dalloz 2012

¹⁷⁴⁷ Gr. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préface F. LEDUC, Dalloz 2012, p.208, n°298 : « La dette et la créance ne peuvent pas être l'envers et l'avvers d'une même médaille car elles ne possèdent pas la même nature. La dette est une norme, elle appartient au droit objectif ; la créance est un droit, elle ressort du domaine des droits subjectifs ».

¹⁷⁴⁸ Gr. FOREST, *ibid.* p.250, n°366

¹⁷⁴⁹ V. Préface de la thèse de Gr. FOREST, *ibid.*

n'a pas le droit d'actionner une procédure étatique pour le protéger, son droit n'est que virtuel.

L'émergence de la propriété privée a aussi des incidences sur l'Etat, le souverain. Le contrat et donc la propriété privée¹⁷⁵⁰ induisent l'idée qu'il existe une sphère d'autonomie pour l'individu, qui va devenir, avec l'émergence des idées des Lumières, opposable à la communauté, incarnée ensuite par l'Etat. Pour pouvoir faire des contrats, l'individu doit être propriétaire au moins de sa personne et par là de sa force de travail qu'il peut louer.

Le principe actuel de commutativité subjective

Le principe de commutativité est « l'appellation savante » pour désigner un principe, identifié notamment par J.-M. PUGHON dans sa thèse de doctorat, où le prix des biens et services est fixé par les parties, c'est-à-dire par la volonté privée et non objectivement par une « autorité publique ». François CHENEDE définit ce principe comme un contrôle de l'équivalence des contreparties mais une équivalence appréciée subjectivement par les parties : « le contractant est incontestablement le meilleur juge de son intérêt¹⁷⁵¹ ». Ce principe de commutativité subjective est très important ; ce n'est pas un petit principe qui pourrait être supprimé facilement par le législateur mais un principe cardinal qui découle de la libre propriété et de la liberté contractuelle. La rescision pour lésion est d'ailleurs marginale dans l'ordre juridique français. Derrière la lésion, il y a l'idée d'un juste prix des choses. La théorie du juste prix, qui n'existait pas en droit romain¹⁷⁵², développée par les canonistes était construite sur l'idée qu'il existe un prix objectif, indépendant de l'appréciation des parties¹⁷⁵³.

Pour F. CHENEDE, le principe de l'équivalence subjective remonterait à ARISTOTE et notamment au chapitre 5 de l'éthique à Nicomaque¹⁷⁵⁴. S'il est avéré que le Code civil de 1804 est bien fondé sur ce principe d'équivalence subjective¹⁷⁵⁵, on aurait tendance plutôt à proposer une analyse historique pour justifier cette position du Code Civil de 1804, de nouveau reprise par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁷⁵⁶. D'une part, il est difficile d'établir

¹⁷⁵⁰ Lien contrat/propriété s'explique par le fait que le contrat est corrélé à la faculté pour l'individu de faire des actes juridiques de droit privé pour justement user de sa propriété privée,

¹⁷⁵¹ J.CARBONNIER, Droit civil, T. IV, Les obligations, n°65, p.131 cité par Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.235, n°255

¹⁷⁵² P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSÉ, *Histoire du Droit privé 1 / Les Obligations*, Puf 2e édit. 1969 p.272, n°245

¹⁷⁵³ C.FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J. n°366. préface C. THIBIERGE ; V G. CHANTEPIE, . *La lésion*, préf. G. VINEY, LGDJ 2006,

¹⁷⁵⁴ « Pour ARISTOTE, le contractant qui s'est engagé librement ne peut se plaindre de l'existence d'une lésion objective. » Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.238, n°258

¹⁷⁵⁵ PORTALIS comme de nombreux auteurs de l'époque était opposé à la notion de juste prix : « « il est déraisonnable de chercher un juste prix » ; car la « justice précède la convention » », cité par P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSÉ, *Histoire du Droit privé 1 / Les Obligations*, Puf 2e édit. 1969 p.139, n°117

¹⁷⁵⁶ Article 1108 du Code civil : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. »

dans chaque échange ce qu'est la juste valeur des choses¹⁷⁵⁷ et d'autre part, plus fondamentalement et philosophiquement, la liberté de fixer les prix est consubstantielle aux libertés économiques induites par une économie de marché. Comme l'écrivait Michel FOUCAULT, le marché est un lieu de vérité, de véridiction¹⁷⁵⁸ : le but du marché est la recherche d'un prix juste et non d'un juste prix, un prix fondé sur le libre consentement de l'acheteur et du vendeur. Le marché obéit à une procédure juridique qui est celle du contrat. François CHENEDE explique que le principe de commutativité subjective est ancré dans la pensée aristotélicienne, néanmoins on pense que le fondement du principe de commutativité subjective du Code civil est moins d'Aristote ou d'autres philosophes que du développement de l'économie de marché qui, par nature, postule des échanges entre propriétaires qui décident librement, mais en réalité contraints par le marché, d'échanger ou non. La notion d'équivalence dans le droit ne résulte pas, selon nous, de l'idée de grands penseurs mais de la pratique de l'économie. Or il semble que Jacques MAURY partageait notre position lorsqu'il écrivait ceci : « *L'opposition entre les deux théories n'est pas fondamentale, l'équivalence, ce n'est pas autre chose que l'égalité des valeurs d'échange de deux prestations corrélatives : par l'idée d'équivalence, nous entrons dans le domaine du commerce économique, nous prenons position sur le terrain du marché* ». Or, si la valeur d'échange apparaît au premier abord comme un phénomène objectif, comme un fait s'imposant aux individus, nous savons que cette valeur d'échange dépend de phénomènes subjectifs, est fondée sur les valeurs d'échange individuelles, qu'à son tour elle précise et modifie¹⁷⁵⁹. » On retrouve également chez Jacques MAURY une idée présente chez François CHENEDE sur la cause de l'obligation ou cause objective qui, malgré sa détermination, est bien liée à une appréciation subjective. Le terme d'objectif dans l'expression « cause objective » renvoie à l'idée de l'objet du contrat mais l'appréciation de la contrepartie, notamment de sa valeur, est bien subjective.

Conclusion

« *Le marché est une procédure universelle, qui a été inventée par personne et par tout le monde. Il est aussi naturel à l'espèce humaine*¹⁷⁶⁰... ». L'Etat n'a finalement été inventé par personne non plus mais s'est mis progressivement en place autour de l'autorité de détenteurs

¹⁷⁵⁷ V. sur ce point J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle vol.92, 2^e et 3^e trim.. 2000 pp.81-100 n°24

¹⁷⁵⁸ M. FOUCAULT, Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France. 1978-1979, p.31-32 et p.33 : « Le marché devient un lieu de vérité » [...] « Le marché, quand on le laisse jouer en lui-même dans sa nature, dans sa vérité naturelle si vous voulez, permet que se forme dans sa nature, dans sa vérité naturelle si vous voulez, permet que se forme un certain prix que l'on appellera métaphoriquement le vrai prix, qu'on appellera encore parfois le juste prix, mais qui ne porte plus du tout en lui ces connotations de justice. Ce sera un certain prix qui va osciller autour de la valeur du produit ».

¹⁷⁵⁹ J. MAURY, essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, th. Toulouse, 1920. P.30

¹⁷⁶⁰ J. BAECHLER, Le capitalisme, Tome 2 : l'économie capitaliste Folio Histoire, Gallimard 1995

du pouvoir souverain. Les premières institutions permanentes, les premiers fonctionnaires en Europe occidentale étaient en France les « prévôts » dont l'objectif était de gérer et récolter les finances pour le Royaume¹⁷⁶¹. La justice est également la seconde fonction permanente qui est apparue au cours du Moyen Age dont l'un des objectifs était « de préserver la paix et de garantir la propriété¹⁷⁶² » car l'atteinte à la propriété sans raison juridique entraînait le désordre¹⁷⁶³. L'apparition de l'Etat moderne a permis d'encourager le marché et le développement du marché a permis de financer l'Etat moderne. Pour reprendre le titre d'un livre ayant obtenu un prix récemment et préfacé par le président MACRON : « Plus de marché pour plus d'Etat¹⁷⁶⁴ ». GROTIUS admettait même que la fonction principale de l'Etat, c'est de protéger la propriété privée¹⁷⁶⁵.

Aujourd'hui encore, il existe cette identité entre le marché et l'Etat de droit, à savoir la démocratie libérale¹⁷⁶⁶. On a vu que la notion d'obligation est fondée sur une dichotomie créance/dette où la créance en tant que droit subjectif qui relève de l'appropriation, du droit de propriété au sens du pouvoir fondamental d'acquérir et de la dette, qui relève du droit objectif et dont la sanction éventuelle relève de l'Etat. L'initiative privée ou droit subjectif pour les juristes est désormais corrélée à la notion d'ordre juridique ou Etat.

On va donc s'intéresser maintenant à la définition actuelle de l'Etat de droit qui indirectement consacre l'économie de marché comme matrice de l'organisation de nombreux rapports sociaux et économiques.

2. Le fondement libéral de l'Etat de droit, fondement qui protège l'entreprise privée

Jean-Marc SAUVE, vice-président du Conseil d'Etat depuis 2006, explique dans le passage ci-après l'importance de la notion d'Etat de droit, au sens moderne du terme, qui est à la fois une forme juridique mais également la matrice d'une substance juridique. Comme le rappelle Jean-Marc SAUVE, la notion d'Etat est la « positivation » de différentes conceptions philosophiques dont la philosophie des Lumières et la « pensée des modernes » qui font de

¹⁷⁶¹ J. R. STRAYER, Les origines médiévales de l'Etat moderne, Payot 1979, p.47

¹⁷⁶² J. R. STRAYER, Les origines médiévales de l'Etat moderne, Payot 1979, p.49

¹⁷⁶³ J. R. STRAYER, Les origines médiévales...op.cit., p.49-51

¹⁷⁶⁴ F. KRAMARZ, Ph. TIBI, « Plus de marché pour plus d'Etat », préf. E. MACRON, RB édition 2016

¹⁷⁶⁵ B. OPPETIT, Droit et économie, A.P.D. T.37, 1992, p.169 ; P. GARNSEY, Penser la propriété, de l'antiquité à l'ère des révolutions, Les belles lettres, histoire p.165 et s. ; J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », FAYARD, p.250

¹⁷⁶⁶ Y. CHAPUT, La constitutionnalité et l'économie de marché in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.58 et s., p.60 « En revanche, il serait contestable de considérer, a priori, qu'existe une opposition entre Etat de droit et économie de marché. Bien au contraire, ils ont un fondement commun : la démocratie. »

l'individu l'atome des sociétés dites individualistes, opposées aux anciennes sociétés holistiques : « *Née dans des circonstances historiques particulières, sous des terminologies diverses, avec des acceptions nationales parfois différentes, la notion d'Etat de droit s'est progressivement imposée comme une notion juridique clé de nos sociétés, à tel point que l'histoire européenne peut être lue comme celle de l'émergence de l'Etat de droit. Nul plus que Kant ne pourrait sans doute revendiquer le titre de « père spirituel » de l'Etat de droit, le Rechtsstaat se situant à la confluence de l'héritage des Lumières et de la tradition des libéraux allemands. Cette idée libérale de l'Etat était également présente chez Locke et Hobbes, comme chez Montesquieu et Rousseau. Et depuis le « Printemps des peuples », qui a embrasé le continent en 1848, jusqu'à l'effondrement en deux étapes, en 1945 puis en 1989, des deux totalitarismes européens du XX^e siècle, les histoires nationales racontent la constitution progressive d'Etats respectueux du droit et procédant de la volonté librement exprimée des peuples*¹⁷⁶⁷. » »

Fausse opposition entre le marché et l'Etat

Il est classique en France d'opposer l'Etat au marché¹⁷⁶⁸. Pourtant l'Etat de droit au sens moderne, la démocratie libérale, a un fondement en commun avec le marché : la liberté. « *D'autant plus que les Etats de droit comme l'économie de marché ont un fondement commun. Leur principe irréductible est la liberté*¹⁷⁶⁹. ». Si la société civile permet à l'individu, grâce à l'échange, de trouver sa subsistance économique, seule la participation à l'Etat permet la liberté réelle. Car l'Etat permet l'institutionnalisation de la liberté par le biais de la propriété : c'est la thèse de HEGEL¹⁷⁷⁰. Tout sujet de l'Etat doit pouvoir être propriétaire car c'est dans la propriété que la volonté de l'individu-singulier peut s'exprimer¹⁷⁷¹. « *L'individu*

¹⁷⁶⁷ J.-M. SAUVE, Justice administrative et Etat de droit, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, à l'Institut d'études judiciaires de l'Université Panthéon-Assas sur le thème "Justice administrative et Etat de droit", le lundi 10 février 2014, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Justice-administrative-et-Etat-de-droit>

¹⁷⁶⁸ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige essais débats 2e, 1994-2011, préface : Pour l'auteur, l'Etat qui représente l'intérêt commun reculerait à cause de la globalisation, qui accentue la logique de marché.

¹⁷⁶⁹ Y. CHAPUT, La constitutionnalité et l'économie de marché p.58 et s. p.61 :

¹⁷⁷⁰ G.W.F. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Puf quadrige grands textes p.155 : « Comme c'est pour moi que, dans la propriété, ma volonté, en tant que personnelle, donc en tant que volonté de l'individu-singulier, devient objective, la propriété reçoit le caractère de propriété privée, et la propriété communautaire qui, selon sa nature, peut-être possédée de manière séparée, reçoit la détermination d'une communauté en soi dissoluble dans laquelle c'est pour soi affaire d'arbitre que de laisser ma quote-part » (Note de bas de page : « Cette claire affirmation du caractère essentiellement privé et individuel de la propriété, qui découle de sa définition comme objectivation de la personne (§45), fait sans doute de la philosophie hégélienne du droit une « philosophie de propriétaire » (V. en ce sens F. ROSENZWEIG, Hegel et l'Etat, PUF, 1991, p.308-311). Mais cette orientation, comme le montrera plus loin la polémique contre les conceptions marquées au sceau des représentations féodales, a le sens « progressiste » qu'elle pouvait avoir chez les réformateurs prussiens : tout sujet de l'Etat doit pouvoir être propriétaire de plein droit, et non simple « détenteur » du bien dont il est l'usager. »

¹⁷⁷¹ G.W.F. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Puf quadrige grands textes p.155 :

*ne trouve sa liberté véritable que dans l'Etat*¹⁷⁷². » car l'Etat est (ou devrait être) une conciliation entre l'individuel et le collectif¹⁷⁷³. L'Etat moderne de HEGEL, contrairement à l'Empire romain, n'est pas une chose extérieure aux individus mais une chose qui émane d'eux. La norme émise au nom de l'Etat n'est pas extérieure à l'individu comme l'était la volonté de l'empereur, l'Etat est un « outil mental » dont l'individu fait partie¹⁷⁷⁴.

Mais l'Etat source de libération peut être aussi source de domination pour l'individu d'où le danger que peut constituer l'Etat¹⁷⁷⁵ (qui s'est vérifié au vingtième siècle). L'Etat légal démocratique n'est pas une garantie nécessaire à la liberté de l'individu. Le passage de l'Etat légal à l'Etat de droit est extrêmement important et est souvent étudié uniquement par les juristes de droit public alors que cette conception de l'Etat a des incidences cardinales sur le marché, l'entreprise privée et le citoyen. Malgré un élargissement de la sphère étatique au vingtième siècle, celle-ci ne s'est pas traduite en Europe occidentale par l'intervention de l'Etat dans la production mais par l'avènement d'un Etat social. L'Etat respecte et fait respecter la propriété privée, a tendance à se désengager de la production mais assure de plus en plus des missions sociales. De surcroît, la conception de l'Etat social permet également à ceux qui n'arrivent pas par le marché et la société civile à trouver leur subsistance de remédier à cela, en partie par l'attribution de différentes allocations sociales. L'aide sociale est aussi certainement une forme de liberté garantie à ceux qui n'ont pas accès au marché ou dont l'accès au marché est insuffisant pour en tirer un revenu suffisant. L'aide sociale permet à l'individu un accès au marché en tant que consommateur à défaut de l'être en tant que producteur de biens et de services. L'Etat de droit moderne n'est pas opposé au marché mais est au contraire un protecteur de l'économie de marché et permet aux citoyens les plus fragiles d'y accéder en tant que consommateurs, par le biais de mécanismes de redistribution. On pourrait citer également de nombreuses occurrences où l'Etat sans se substituer au Marché, intervient pour combler les défaillances de ce dernier. Dans le capital-investissement, on peut citer par exemple le rôle de la Banque Pour l'Investissement¹⁷⁷⁶. La théorie des droits fondamentaux est corrélée à la notion d'Etat de droit moderne et a des implications

¹⁷⁷² Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978, p.306

¹⁷⁷³ Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978, p.306

¹⁷⁷⁴ E. WEIL, Hegel et l'Etat, Cinq conférences, 5e édit. 1980 : p.58 : « L'Etat moderne a donc ceci de particulier que les citoyens n'en sont pas les sujets, les subditi, que la raison et l'organisation ne se présentent pas à eux comme une volonté étrangère et incompréhensible, mais que ce sont eux-mêmes qui, sans abandonner leur individualité ou leurs intérêts concrets reconnaissent dans l'universel objectif l'achèvement de cette individualité et de ces intérêts, de même que l'Etat n'est pas réel dans la seule volonté du maître (ou des maîtres) : en un mot, l'Etat moderne diffère par son essence de l'Empire romain où le citoyen est reconnu par l'Etat en tant qu'individu libre (« personne privée »), mais où l'individu n'a pas part à l'Etat, qui est réel et présent dans la seule personne de l'empereur (sans parler de l'existence des esclaves, êtres humains qui ne sont pas des hommes devant la loi). L'Etat moderne n'est pas une organisation qui enferme les citoyens, il est leur organisation. »

¹⁷⁷⁵ Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978, p.307

¹⁷⁷⁶ F. KRAMARZ, Ph. TIBI, préf. d'E. MACRON, « Plus de marché pour plus d'Etat », RB édit. 2016

économiques très concrètes : la protection du marché. Fort de l'expérience totalitaire communiste et national-socialiste, voire fasciste, où l'Etat était partout, les partisans des droits fondamentaux, droits de l'homme, droits humains ont préféré une conception matérielle des droits fondamentaux à une conception formelle qui ne garantit pas l'effectivité des droits parfois proclamés dans de belles constitutions.

Marché nécessaire mais insuffisant

Si le marché est sûrement insuffisant pour produire du social et des redistributions jugées utiles pour accéder à l'effectivité des droits fondamentaux¹⁷⁷⁷, il n'en demeure pas moins nécessaire comme outil pour déterminer les prix d'après de nombreux économistes¹⁷⁷⁸. Ces considérations peuvent paraître a-juridiques. Il n'en est rien. Aucun ordre juridique n'est neutre car le droit ne l'est jamais. D'après Kelsen, c'est la science du droit-positif- qui se doit d'être neutre axiologiquement¹⁷⁷⁹. Autrement dit, si la science qui a pour objet le droit se veut objective et apolitique, le droit est par essence politique¹⁷⁸⁰. Il y a toujours une philosophie qui anime la règle de droit : par exemple, l'article 1er, § a, du Statut du conseil de l'Europe stipule expressément des motivations idéologiques : : « *Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun, et de favoriser leur progrès économique et social* ». Or en protégeant certaines valeurs, certaines libertés qui relèvent des droits fondamentaux, des droits de l'homme, on protège forcément des libertés économiques. C'est justement ce qu'exprime le philosophe Gaspard KOENIG quand il écrit que: « *...le marché est moins un principe en soi que la conséquence de l'exercice des droits individuels*¹⁷⁸¹ ». Le marché n'est pas une fin en soi selon nous mais est la conséquence de libertés politiques et économiques conférées à l'individu depuis la révolution copernicienne individualiste survenue en Occident depuis la fin du Moyen Age : le droit n'est plus seulement devenu la norme imposée aux sujets du souverain, c'est-à-dire le droit objectif, mais est aussi devenu des situations juridiques opposables à autrui et à l'Etat. La situation juridique

¹⁷⁷⁷ A comparer avec l'opposition entre liberté formelle et liberté réelle. M. FLAMANT, Histoire du libéralisme, PUF, « Que-sais-je » ?, 2e édit. p.15

¹⁷⁷⁸ M. ALLAIS, Economie pure et rendement social, Bibliothèque Dalloz, p.39 : « Pour choisir les meilleurs procédés de production, l'entreprise a besoin en outre d'être guidée par un système de prix »

¹⁷⁷⁹ Sur la notion de science du droit, J.-L. HALPERIN, Histoire du droit et théorie du droit, Un essai de conciliation. In APD, T.51, L'égalité, p.281-p.296 ; M. TROPER, Le droit et la nécessité, Léviathan, puf p.1 ; et du même auteur M. TROPER, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in O. PFERSMANN et G. TIMSIT (dir.), Raisonement juridique et interprétation, Paris, Publication de la sorbonne, 2001, p.36-37 : : « La science du droit est un discours indicatif. Elle est faite de proposition de droit, c'est-à-dire de proposition ayant pour référence des normes juridiques [...]. ; Encyclopédie UNIVERSALIS entrée ° Hans Kelsen : « La science du droit décrit le droit positif, c'est-à-dire le droit en vigueur dans un pays donné à un moment particulier... La théorie du droit de Kelsen est d'ailleurs parfois appelée « normativisme » ».

¹⁷⁸⁰ Kelsen cité par M.-L. DUSSART, Constitution et économie, préf. J.-Y. CHEROT, Dalloz, 2015, p.38, n°45_

¹⁷⁸¹ G. KOENIG, « Le révolutionnaire, l'expert et le geek Combat pour l'autonomie » Plon, 2015, p.31

opposable à autrui, c'est le droit subjectif, c'est-à-dire la propriété au sens large du terme¹⁷⁸². Comme on l'a vu précédemment, la propriété privée aboutit à reconnaître l'échange car être propriétaire, c'est pouvoir aliéner¹⁷⁸³. Or l'aliénation qui nécessite la volonté du propriétaire de la chose aliénée rappelle que le droit de propriété est une volonté potentielle sur une chose corporelle ou incorporelle sur laquelle une personne est souveraine, dans les limites de la loi. HEGEL y faisait allusion¹⁷⁸⁴. Le contrat, et notamment le contrat-échange est justement corrélé à l'aliénation de quelque chose où une personne va se défaire de sa chose -objet de propriété afin que cette chose devienne la propriété d'une autre volonté¹⁷⁸⁵. Or le contrat comme outil et manifestation du droit de propriété aboutit à consacrer la liberté individuelle. Un ordre juridique qui protège le contrat donc la propriété privée, est un ordre juridique qui protège indirectement l'économie de marché. Permettre l'appropriation privée, c'est refouler l'appropriation publique. Il est souvent dit par-ci, écrit par-là, que la concurrence serait une finalité expressément recherchée car elle serait saine et positive pour une économie donnée. C'est le travail des économistes et non des juristes d'apprécier une telle proposition. Néanmoins on peut constater que la concurrence est une préoccupation des gouvernants. Pourquoi ? car elle est aussi la concurrence d'une économie fondée sur le marché.

L'Etat de droit et le marché : la liberté en commun

L'Etat de droit est un concept fondateur du droit public moderne¹⁷⁸⁶. Le concept d'Etat de droit renvoie à un constat mais également à un projet « *d'un modèle prescriptif d'organisation sociale*¹⁷⁸⁷ » fondée sur une conception libérale de l'organisation du pouvoir politique¹⁷⁸⁸. Apparu dans la pensée juridique allemande au cours du XIX^e siècle (Rechtsstaat), le concept d'Etat de droit auquel on se réfère, date essentiellement de la fin de la seconde guerre mondiale ; la barbarie nazie et les différentes formes de totalitarisme ont poussé les démocraties libérales à l'avènement d'un individualisme protégé par le Droit objectif. La conception

¹⁷⁸² Et non la vision restreinte qui l'a limitée aux objets corporels

¹⁷⁸³ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. Manuel 2008, p.280, n°177 :« Le mode normal d'aliéner est le contrat ; un accord de volonté est souscrit par le propriétaire aux termes duquel il s'oblige à donner son bien, c'est-à-dire à renoncer à son droit en faveur de son cocontractant, ce dernier s'obligeant, en retour, à établir un rapport d'exclusivité sur la chose appropriable. C'est ce que l'article 711 du Code civil dénomme l'acquisition par l'effet des obligations ». ; G. de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905 p.443 et s., p.443, n°1

¹⁷⁸⁴ HEGEL cité P. RICOEUR Universalis aliénation« La propriété, dont le côté d'existence et d'extériorité ne se borne plus à une chose, mais contient aussi le facteur d'une volonté (par suite étrangère), est établie par le contrat ».

¹⁷⁸⁵ P. RICOEUR, °aliénation° Encyclopaedia Universalis

¹⁷⁸⁶ J. CHEVALLIER, °Etat de droit, dictionnaire des droits de l'homme p.388

¹⁷⁸⁷ E. MILLARD. L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie, Presses universitaires du Mirail, pp.415-443, 2001, Amphi 7. P.1

¹⁷⁸⁸ J.CHEVALLIER, °Etat de droit, Dictionnaire des Droits de l'homme, Sous la direction J.ADRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE 2008, p.388

libérale de l'Etat de droit se situe à deux niveaux¹⁷⁸⁹. L'Etat de droit est d'abord une limitation du pouvoir où tous les actes pris par les autorités légitimes sont limités et doivent obéir au Droit¹⁷⁹⁰. L'intervention d'un juge dont le contrôle est également prévu en vertu d'une procédure établie préalablement est nécessaire pour garantir formellement l'Etat de droit¹⁷⁹¹. La question prioritaire de constitutionnalité introduite récemment en droit français est finalement un perfectionnement de la notion d'Etat de droit et l'abandon définitif de la conception de l'Etat légal¹⁷⁹². Le concept d'Etat de droit repose donc sur une dichotomie entre la forme et le fond : « *Le système de l'Etat de droit repose ainsi sur l'imbrication d'aspects formels et substantiels, désormais perçus comme indissociables : la hiérarchie des normes n'est plus conçue comme une simple police interne de l'ordre juridique, mais comme un moyen de protection des droits fondamentaux*¹⁷⁹³ ». L'Etat de droit, c'est à la fois la hiérarchie des normes et le contrôle juridictionnel des actes pris par l'administration ; cet aspect formel relève d'une description mais l'Etat de droit (a), c'est également un projet politique et une prescription philosophique, à savoir reconnaître à tout individu des droits fondamentaux (b). L'Etat de droit conforte donc l'économie de marché et l'entreprise privée (c).

a.L'Etat de droit formel (L'accès au juge)

L'Etat de droit est à la fois un modèle d'organisation et un but à atteindre. Dans ce paragraphe, il convient de relever que le concept/notion d'Etat de droit renvoie à différentes idées d'organisation juridique¹⁷⁹⁴. Comme le remarque Ph. JESTAZ, l'Etat de droit suppose

¹⁷⁸⁹ L. HEUSCHLING, "Etat de droit" in Dictionnaire de la justice, CADIET L. (sous la direct.) 1^{ère} édit. Puf 2004 p.459

¹⁷⁹⁰ J. CHEVALLIER, "Etat de droit, Dictionnaire des Droits de l'homme, Sous la direction J. ADRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE 2008.389 : « L'Etat de droit signifie que la liberté de décision des organes de l'Etat est, à tous les niveaux, encadrée par l'existence de normes juridiques, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge ; il présuppose donc que les élus ne disposent plus d'une autorité sans partage, mais que leur pouvoir est par essence limité »

¹⁷⁹¹ B. STIRN, L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit p.55 et s. « Ainsi, le juge contribue à assurer la réalisation de l'Etat de droit, qui implique que les décisions des organes de l'Etat_ tant l'administration que le législateur » sont encadrées et soumises au respect de normes juridiques hiérarchisées. »

¹⁷⁹² On peut définir la période précédant la cinquième république comme étant celle de l'Etat légal. Définition « L'Etat légal est un système tel que le connaît la France de la III^e République, dans lequel l'administration est soumise au principe de légalité. La loi, expression de la volonté générale, est la limite et la condition de l'activité administrative ; mais voulue au nom de la nation par le parlement, lui-même désigné par le peuple, elle ne connaît pas de limites matérielles ni de norme qui lui soit supérieure (primauté de la loi). » E. MILLARD. L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie, Presses universitaires du Mirail, pp.415-443, 2001, Amphi 7. P.7 ; V. aussi B. STIRN¹⁷⁹², L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit p.55 et s. ; J.-L. DEBRE, Le PDT DEBRE rappelle l'ancienne conception [L'Etat légal] : loi est l'expression de la volonté générale [ROUSSEAU] « et il n'était pas question, dans notre tradition, qu'un juge, vienne corriger la Loi ». in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.9

¹⁷⁹³ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, 2017, p.66

¹⁷⁹⁴ B. STIRN, L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit in Conseil d'Etat, Droits et Débats, Où va l'Etat ? un cycle de conférence du C.E. Tome 1, La documentation française 2015 p.55 et s.

l'exclusion de la force aux particuliers pour régler leurs différends¹⁷⁹⁵ et par conséquent un monopole de l'Etat non pas pour créer la norme mais pour la faire appliquer. L'Etat de droit formel, c'est un pouvoir qui obéit au droit avec la faculté d'un juge possible en cas de suspicion des manquements au droit. Cette organisation juridique du pouvoir qui a été façonnée pendant plusieurs siècles en Occident¹⁷⁹⁶ consiste à protéger « *les droits individuels contre toute atteinte non juridiquement autorisée*¹⁷⁹⁷ ». En limitant le pouvoir de l'Etat et en le bornant par le droit¹⁷⁹⁸, l'ordre juridique génère un espace privatif pour l'individu. Cet espace privatif protégé par la loi nous semble être synonyme de la notion de droit subjectif. Or la garantie d'un espace privatif pour l'individu, qui est le but originare de l'Etat de droit¹⁷⁹⁹, permet l'entreprise privée. Si le but de l'Etat de droit n'est pas de protéger l'entreprise privée en tant que telle, il le permet indirectement en limitant le pouvoir de ceux qui exercent les prérogatives de puissance publique. Il y a donc une hiérarchie du pouvoir, qui obéit au droit et qui permet l'accès à un juge car le droit ne s'applique pas de lui-même.

La notion de droit renverrait aussi à l'idée d'une structure matérielle, c'est-à-dire que l'Etat n'est plus seulement une structure formelle d'organisation du pouvoir de l'administration mais aussi la reconnaissance de certains droits et libertés fondamentaux.

b. L'Etat de droit matériel

Le concept actuel d'Etat de droit renvoie bien à un soubassement libéral¹⁸⁰⁰. Le qualificatif libéral doit être entendu dans le sens du primat de l'individu sur le groupe¹⁸⁰¹. D'après cet

¹⁷⁹⁵ P. JESTAZ, Le droit, Dalloz, connaissance du droit 6e edit. p.6 : « L'Etat de droit, si l'on entend par là ce stade idéal dans l'organisation d'un groupe social où nul n'est au-dessus de la loi, ni aucun effet juridique hors du contrôle du juge, implique d'abord que les membres du groupe renoncent à la force pour régler leurs différends ».

¹⁷⁹⁶J.-M. SAUVE, Justice administrative et Etat de droit, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Justice-administrative-et-Etat-de-droit>.

¹⁷⁹⁷ A. LAQUIEZE, ° Libérales (les doctrines -classiques et les droits de l'homme, 1789-1914) in dictionnaire des droits de l'homme, p.617

¹⁷⁹⁸ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit 2017 p.9 : « Le concept d'Etat de droit renvoie à une certaine vision du pouvoir inhérente à la conception libérale de l'organisation politique : donnant un pouvoir limité, parce qu'assujetti à des règles, il implique que les gouvernants ne sont pas placés au-dessus des lois, mais exercent une fonction encadrée et régie par le droit », p.14 : « La théorie de l'Etat de droit implique d'abord la soumission de l'administration au droit... »

¹⁷⁹⁹ O. JOUANJAN, °Etat de droit° Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadrige dico poche 1ère edit. 2003, p.651

¹⁸⁰⁰ J. CHEVALLIER, °Etat de droit° in Dictionnaire des Droits de l'homme, Sous la direction J. ADRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE ; du même auteur, L'Etat de droit, LGDJ, jan.2017 p.89 : p.89 : « [l'Etat de droit] renvoie désormais très explicitement à la démocratie libérale et aux droits de l'homme ; et il va servir à étayer la critique du système totalitaire ».

¹⁸⁰¹ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, 2017 p.51 ; l'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois l'instrumentalisation de l'Etat, dont le but est de servir les libertés, et la subjectivisation du droit

objectif d'affirmation de l'individu qu'il y aurait des droits naturels pour certains, l'Etat de droit n'est donc pas seulement une organisation juridique qui obéit à des règles de droit (d'où l'idée de pléonasme pour Kelsen dans ce sens-là) mais aussi la consécration par un ordre juridique donné de certains droits et libertés¹⁸⁰². La notion d'Etat de droit renvoie à la fois à un concept de la science du droit, descriptif donc positif, avec l'idée d'une soumission de l'Etat au droit qui se traduit, par exemple, en droit français par le principe de légalité et le contrôle de constitutionnalité des normes¹⁸⁰³ mais c'est aussi un projet politique et prescriptif que certaines libertés jugées fondamentales soient garanties par l'ordre juridique¹⁸⁰⁴.

La notion d'Etat purement légal, démocratique, pourrait aboutir à l'application d'une mécanique juridique issue d'un pouvoir démocratique mais néanmoins oppressive¹⁸⁰⁵. La légalité et la démocratie ne sont pas des garanties absolues de protection des droits fondamentaux. Aujourd'hui, on parle parfois de « démocrature » pour désigner des régimes où le souverain est populaire et serait sûrement élu démocratiquement au pouvoir mais dont la notoriété et la puissance ont été construites sur des violations graves des droits humains avec par exemple des suspicions d'assassinats de journalistes. La notion de droit fondamental permet de corriger une application trop mécanique de la règle de droit. Le « droit juste » ne peut se contenter d'avoir une source légitime conforme à la théorie du droit, il doit également remplir des canons objectifs. C'est pour cette raison que la fundamentalité du droit ne peut être clairement circonscrite¹⁸⁰⁶. Une analyse purement positiviste limiterait la notion de droits fondamentaux à ceux inscrits dans la Constitution ou qui découleraient de la Constitution¹⁸⁰⁷: seuls les droits constitutionnels seraient fondamentaux. Mais Etienne PICARD fait remarquer

¹⁸⁰² J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, 2017 p.66 : « Le système de l'Etat de droit repose ainsi sur l'imbrication d'aspects formels et substantiels, désormais perçus comme indissociables : la hiérarchie des normes n'est plus conçue comme une simple police interne de l'ordre juridique, mais comme un moyen de protection des droits fondamentaux . »

¹⁸⁰³ B. STIRN, L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit in Conseil d'Etat, Droits et Débats, Où va l'Etat ? un cycle de conférences du C.E. Tome 1, La documentation française 2015, p.55 et s.

¹⁸⁰⁴ B. STIRN, L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit in Conseil d'Etat, Droits et Débats, Où va l'Etat ? un cycle de conférence du C.E. Tome 1, La documentation française 2015, p.55 et s.

¹⁸⁰⁵ On peut définir la période précédant la cinquième république comme étant celle de l'Etat légal. Définition « L'Etat légal est un système tel que le connaît la France de la III^e République, dans lequel l'administration est soumise au principe de légalité. La loi, expression de la volonté générale, est la limite et la condition de l'activité administrative ; mais voulue au nom de la nation par le parlement, lui-même désigné par le peuple, elle ne connaît pas de limites matérielles ni de norme qui lui soit supérieure (primauté de la loi). » E. MILLARD. L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie, Presses universitaires du Mirail, pp.415-443, 2001, Amphi 7. P.7 ; V. aussi B. STIRN¹⁸⁰⁵, L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit p.55 et s. ; J.-L. DEBRE, Le PDT DEBRE rappelle l'ancienne conception [L'Etat légal] : loi est l'expression de la volonté générale [ROUSSEAU] « et il n'était pas question, dans notre tradition, qu'un juge, vienne corriger la Loi ». in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.9

¹⁸⁰⁶ E. PICARD, °Droits fondamentaux°, in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, p.544 et s. not. P.545

¹⁸⁰⁷ [E. PICARD, °Droits fondamentaux°, in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, p.544 et s. not. P0545

l'aporie de la conception purement positiviste des droits fondamentaux. Il existe une conception objectiviste des droits fondamentaux parfois qualifiée de jusnaturaliste ou de néojusnaturaliste¹⁸⁰⁸. Cette conception est pourtant fondée sur l'observation du droit, elle est donc positive et non relevant du droit naturel. La conception objectiviste remarque que certains droits fondamentaux sont énoncés par les organes jurislatureurs (législateurs, juges, constituants) comme si ces droits avaient été posés formellement¹⁸⁰⁹. Ces droits s'imposent *secundum legem* (voire *contra-legem* dans certaines occurrences)¹⁸¹⁰. C'est le cas du principe général du droit qui est exprimé par le juge au sujet d'une disposition normative sans que cette disposition ne contienne réellement le principe dégagé. On peut également citer l'exemple de la DDHC dont la valeur normative tient initialement à son contenu et non à la place du texte dans l'ordre juridique ; le bloc de constitutionnalité dégagé par le juge constitutionnel ne découle pas d'une norme posée mais d'une interprétation de la norme fondamentale : la Constitution matérielle d'un Etat ne correspond pas forcément à sa constitution formelle. Il peut exister des principes matriciels qui ne sont pas posés explicitement mais auxquels les organes jurislatureurs font référence. La notion de droits fondamentaux permet de faire vivre le projet d'une démocratie libérale grâce à la technique de l'Etat de droit¹⁸¹¹. La démocratie en tant que telle est nécessaire mais pas suffisante pour garantir la liberté¹⁸¹² ; la répression des minorités (politiques, ethniques, religieuses etc.) par la majorité est toujours possible même dans une société qui serait totalement et seulement démocratique. L'Etat de droit est une notion qui vise à sauvegarder des libertés fondamentales identifiées¹⁸¹³ quant à leurs sources mais également quant à leur contenu dans le cas où elles ne seraient pas expressément prévues par un texte. Néanmoins on récuse qu'il s'agisse de droit naturel car les droits fondamentaux même sans texte explicite, découlent de l'observation de la pratique des organes jurislatureurs. L'Etat de droit vise à défendre certaines libertés individuelles et à faire vivre l'idée d'une démocratie libérale. Le terme libéral accolé à démocratie n'est pas un pléonasme car on prend en compte le fait qu'un système juridique purement légal et démocratique pourrait être au demeurant totalitaire avec l'asservissement et la répression des minorités par le groupe majoritaire.

¹⁸⁰⁸ E. PICARD, *ibid.* p.548

¹⁸⁰⁹ E. PICARD, *ibid.* p.548

¹⁸¹⁰ E. PICARD, *ibid.* p.548

¹⁸¹¹ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, LGDJ, 2017, p.98

¹⁸¹² « Pour HABERMAS (1992), un lien indissoluble existerait ainsi entre Etat de droit et démocratie : l'Etat de droit permet en effet de « lier le système administratif régulé par le code de pouvoir », ce qui garantit le respect de la souveraineté populaire ; et la justice constitutionnelle protégerait elle-même le « processus démocratique de la législation ». cité par J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, LGDJ, 2017 p.126

¹⁸¹³ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, LGDJ, 2017, p.51

c. L'imbrication de l'Etat de droit et de l'entreprise privée

Etat de droit formel et matériel

L'Etat de droit comporte des aspects formels avec une hiérarchie des normes mais aussi des objectifs de garantir certaines libertés et droits jugés fondamentaux. Ces droits et libertés sont fondés sur l'individu et remontent à la naissance de l'occident moderne. Et pour faire respecter ces droits et libertés fondamentaux, le recours au juge est nécessaire. C'est pour cette raison que tout acte « faisant grief » imputable à l'Etat doit pouvoir être contesté par le justiciable devant un tribunal¹⁸¹⁴.

Etat de droit, pouvoir fondamental d'appropriation et entreprise privée

Le lien n'est pas souvent fait entre le fait de garantir des droits fondamentaux et la théorie du patrimoine. Les professeurs ZENATI-CASTAING et REVET expliquent que la notion de patrimoine (telle que dégagée par AUBRY et RAU) engendre une corrélation entre la personne et une universalité « représentant » la personne « (le patrimoine) : le patrimoine est donc un avatar, une sorte d'entité abstraite qui fait entrer un individu dans la sphère droit, dans le monde juridique des échanges. Cette notion de patrimoine est la conséquence de la philosophie des Lumières. Car avant, il y avait confusion entre la personne en tant qu'être humain et la sanction de l'inexécution qui pouvait porter sur la personne du débiteur (*nexum*). La théorie du patrimoine est donc la conséquence de l'humanisme d'une part et du perfectionnement des échanges économiques. Le libéralisme économique avait besoin d'un droit moderne renouvelé, la théorie du patrimoine permet de centraliser dans une abstraction (qui est proche de l'animisme selon le doyen CARBONNIER) les deux positions juridiques possibles que peut avoir un individu dans l'ordre juridique : être propriétaire et être débiteur¹⁸¹⁵. L'ambition politique d'accorder à tout être humain la personnalité juridique s'est traduite juridiquement par la notion de patrimoine où l'individu devient l'atome élémentaire de la société¹⁸¹⁶. La théorie du patrimoine de MM. AUBRY et RAU a un sous-jacent libéral, celui de la modernité fondée sur l'individu¹⁸¹⁷, qui par son travail, son aptitude à la propriété,

¹⁸¹⁴ J. CHEVALLIER, °Etat de droit° in Dictionnaire des Droits de l'homme, Sous la direction J. ADRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, p.389 ; J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, LGDJ, 2017 : p.126 : « Le juge apparaît comme la clef de voute et la condition de réalisation de l'Etat de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection. Le culte du droit aboutit en fait à la sacralisation du juge »

¹⁸¹⁵ L'obligé est celui qui est tenu par une obligation, qui doit une prestation.

¹⁸¹⁶ R. SEVE, Détermination philosophique d'une théorie juridique : La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, Arch. Philo. du droit, Sirey 1979,p.247 et s., p.251 : « Sur le plan juridique, il est clair que nous avons avec la théorie d'AUBRY et RAU un parfait exemple d'une conception individualiste de la propriété ».

¹⁸¹⁷ N. CAMPAGNA, « Michel VILLEY, le droit ou les droits ? » Michalon le bien commun 2004, p.31 et s. : Dans le monde des modernes, seul l'individu a une réalité ontologique originaire. « Le monde est donc essentiellement un monde d'individus ».

domine la nature¹⁸¹⁸. MM.AUBRY et RAU, malgré le grief que l'on peut formuler à l'encontre de leur théorie, ont offert une conceptualisation didactique de la corrélation entre humain et personne physique¹⁸¹⁹. L'Etat de droit substantiel est fondé sur un principe d'égalité juridique qui confère à l'être humain une personnalité juridique, même non citoyen de l'ordre juridique. C'est en ce sens qu'il faut comprendre que tout être humain est une personne et a donc un patrimoine même si cette personne n'est titulaire que de dettes¹⁸²⁰. La corrélation entre patrimoine et personnalité¹⁸²¹ n'a pas toujours été saisie : comme l'explique Frédéric ZENATI : « *Le premier élément de la personnalité n'est pas, comme l'enseigne l'opinion commune, l'aptitude à avoir des droits, mais, comme l'ont bien compris certains interprètes d'AUBRY et RAU, l'aptitude à posséder*¹⁸²². » Cette distinction permet de distinguer la propriété du droit de propriété¹⁸²³. La propriété en tant que telle, comme faculté d'appropriation, se rapproche de la notion d'appropriabilité développée par Rémy LIBCHABER¹⁸²⁴ : appropriabilité est un concept qui permet de distinguer le sujet de droit de l'objet de droit. Le sujet véritable d'un ordre juridique, ce n'est pas le propriétaire d'une chose donnée mais c'est la personne qui est capable de l'être. M. ZENATI-CASTAING emploie le terme d'universalité virtuelle appropriante pour désigner cette capacité d'appropriation¹⁸²⁵. Il ne s'agit plus ici de viser un droit de propriété déterminé i.e. d'une personne déterminée sur une chose déterminée mais la

¹⁸¹⁸ Comp. avec Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.29, n°8 : « Le pacte fondateur de la modernité est celui d'une prise de pouvoir général de l'homme sur tout ce qui l'environne, après qu'il s'en soit découvert les moyens, suffisants, au point d'être bientôt désigné source primordiale des richesses. » ; V. aussi Fr. ZENATI, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD Civ. 2003 p.667 et s. not. P.669 et s.

¹⁸¹⁹ R. SEVE, Détermination philosophique d'une théorie juridique : La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, op.cit. p.247 et s., p.250 : « La patrimoine constitue en effet le véritable « être-au-monde » juridique de la personne ... »

¹⁸²⁰ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf 2006 droit, p.118 n°111 : « le sujet peut n'avoir aucun bien, il n'en pas moins, dans son statut, la faculté d'appropriation »

¹⁸²¹ (en réalité personne physique supra, infra)

¹⁸²² Fr. ZENATI, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD Civ. 2003 p.667 et s. p.673

¹⁸²³ Fr. ZENATI, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD Civ. 2003 p.667 et s. p.673 : « AUBRY et RAU définissent de manière explicite le patrimoine par la propriété, non pas le droit de propriété mais un pouvoir constitutif d'un bien inné, c'est-à-dire un attribut personnel indissociable du sujet dont ils disent expressément qu'elle est la personnalité juridique même. »

¹⁸²⁴ R. LIBCHABER, Les biens, Rep.civ. Dalloz 2016 n° 31 et s.. L'appropriabilité d'un bien peut être définie comme son aptitude à être soustrait à un usage collectif, au profit d'une dévolution individuelle, exclusive de toute intervention extérieure : selon la belle expression de F. ZÉNATI qui condense ce double mouvement de soustraction et de réservation privative, « la propriété sort des entrailles de la communauté » (Fr. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, op. cit., no 193, p. 315). En ce sens, l'appropriation doit être considérée autrement que le droit de propriété, dans l'acception traditionnelle du terme

» Dès lors que tous les objets de désirs, qu'ils soient ou non matériels, ou patrimoniaux, sont susceptibles d'une appropriation, la catégorie des biens s'accroît pour recouvrir non seulement le monde réel, mais aussi toutes les maîtrises juridiques partielles forgées par le système juridique »

¹⁸²⁵ Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 et s., p.459 : Selon AUBRY et RAU, « une universalité virtuelle appropriante ; tout sujet est personne en ce qu'il est apte à la propriété, la personne est ce cadre structurel de l'appropriation. »

propriété comme faculté, comme capital¹⁸²⁶. Il nous semble que la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU doit être entendue dans le sens de la faculté d'appropriation. MM. ZENATI et REVET expliquent que la théorie du patrimoine est la conjonction de la vocation à l'avoir en plus de l'aptitude à être sujet d'obligation¹⁸²⁷. La notion d'universalité de droit pour qualifier le patrimoine renvoie à cette idée de faculté d'appropriation et comme MM. AUBRY et RAU le précisait, le patrimoine n'est pas une chose extérieure à la personne mais un élément de sa personne¹⁸²⁸ ; la notion de patrimoine est finalement un outil de la théorie du droit pour conceptualiser un phénomène juridique et ce phénomène juridique, c'est la corrélation entre la personne humaine et la faculté d'appropriation : tout être humain a un patrimoine du seul fait de son existence¹⁸²⁹.

En ce qui concerne la personnalité morale, celle-ci souffre d'une ambivalence « congénitale » car elle est à la fois une « universalité virtuelle appropriante » mais en même temps un objet de propriété d'où l'interminable littérature la concernant et la difficulté à la classer dans le monde des choses ou dans le monde des personnes. Pour notre part, dans un ordre juridique « libéral », c'est-à-dire construit sur la corrélation entre humain et personnalité physique, la personnalité morale de droit privé ne peut être entendue comme une notion autonome de la personnalité humaine. Derrière la notion d'entreprise privée, il y a toujours un entrepreneur.

¹⁸²⁶ L'article 537 al. 1^{er} du Code civil : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois »

¹⁸²⁷ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit 2006, p.115, n°109 : « Selon AUBRY et RAU, [...], c'est à travers le patrimoine que les héritiers succèdent à la personnalité juridique du défunt ; ces successeurs ne sont pas investis des biens successoraux par transmission mais par le fait qu'ils deviennent la personne juridique du défunt. A partir de cette règle contenue dans le Code civil, AUBRY et RAU font du patrimoine la clé de la personnalité : le patrimoine n'est plus un bien composite, un agrégat d'actifs comme le voulait la tradition, il est le sujet lui-même. La personne consiste dans un pouvoir virtuel sur les biens, dont la structure est celle du droit de propriété, peu important que les biens existent ou non encore, ou qu'ils soient ou non encore appropriés, puisqu'il s'agit d'un pouvoir de volonté. Pour permettre au patrimoine de transcender les biens et remplir la fonction de sujet, AUBRY et RAU le qualifient d'universalité, entité purement intellectuelle traduisant pour eux la vocation à l'avoir. Ils généralisent, ce faisant, la personnification des masses de biens qu'avaient conceptualisée avant eux les romanistes médiévaux en construisant ce qui devait devenir la personnalité civile.

La potentialité qu'est le patrimoine est aussi passive. Elle traduit l'aptitude à être sujet d'obligation, c'est-à-dire à subir les poursuites des créanciers en vertu du droit de gage général. Ce droit mérite son épithète de personnel en ce qu'il s'exerce sur la personne du débiteur à travers le patrimoine redéfini. Pour autant, l'expropriation que poursuivent les créanciers ne s'opère pas sur le patrimoine, lequel est indissociable de la personne, puisqu'il est la personnalité juridique, mais sur les biens particuliers que celui-ci contient. Le patrimoine leur imprime des qualités communes, qui sont d'être fongibles et pécuniaires parce que indifféremment transformables en argent pour satisfaire les créanciers ».

¹⁸²⁸ Ch. AUBRY, Ch. RAU, Droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE, T.V, 3ième édit. p.1, n°573 « 2° Le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction. C'est la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits. Il forme donc un tout juridique, une universalité de droit. »

¹⁸²⁹ Ch. AUBRY, Ch. RAU, Droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE, T.V, 3ième édit. : §575, p.5 « L'homme n'acquiert pas son patrimoine. Tout individu possède, ipso jure, et en vertu de sa personnalité, un patrimoine, qu'il peut bien augmenter ou diminuer, mais dont il ne saurait être privé qu'en perdant sa personnalité même. »

Etat de droit et Entreprise privée

Les notions fondamentales du droit privé consacrées par la notion moderne d'Etat de droit protègent indirectement l'entreprise privée. Par exemple, l'idée de capital qui résulte du rattachement d'un bien à un autre¹⁸³⁰, est une construction intellectuelle protégée par le droit. L'entrepreneur, qui met en œuvre différents facteurs de production dont parfois la location de la force de travail d'autrui, est propriétaire de la prestation qu'il va réaliser au profit de son client¹⁸³¹. Même s'il existe une très grande variété de formes juridiques, de structures juridiques de l'entreprise privée, si on élargit, ce sont toujours les notions d'universalité (de droit, de fait), de propriété privée (individuelle ou collective), de contrat (*permutatio*, ou d'intérêt commun) qui expliquent le fonctionnement de l'entreprise privée. Or la notion de capital repose sur des titres de propriété opposables¹⁸³². C'est ce que l'économiste Hernando De SOTO appelle les régimes de propriété formelle. La propriété comme la notion de capital sont trop souvent identifiées à des biens corporels alors qu'il s'agit de « construits » intellectuels. La propriété¹⁸³³ ne relève pas du monde matériel mais du monde de l'esprit¹⁸³⁴. La règle de droit qui dispose que les fruits appartiennent au propriétaire est un construit qui permet la notion de capital¹⁸³⁵. Le salaire est également le fruit de la force de travail : en échange de la location de sa force de travail, le travailleur perçoit un salaire contrairement à l'esclave¹⁸³⁶. L'acquisition des fruits est donc bien une conséquence de la théorie de l'accession¹⁸³⁷. La notion de capital est donc bien un construit qui relève de la comptabilité, de la protection formelle par le droit de propriété comme l'explique DE SOTO.

¹⁸³⁰ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008p.187, n°123 : « La notion de capital a été forgée en contemplation de la terre, dotée d'une aptitude naturelle à produire des biens nouveaux qui ne sont que le développement de ses potentialités ».

¹⁸³¹ supra

¹⁸³² H. De SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010 p.57 : « En se développant, les régimes de propriété des pays occidentaux ont donné naissance, imperceptiblement, à divers mécanismes qui se sont graduellement réunis dans un processus qui a fabriqué du capital comme jamais auparavant. »

¹⁸³³ En tant que faculté d'appropriation, V. la notion d'appropriabilité développée par Rémy LIBCHABER in Rep.civ. Dalloz, les biens 2016, n°31 et s.

¹⁸³⁴ H. De SOTO, op.cit. p.248-249 : . [La propriété] n'appartient pas vraiment au Monde matériel : son habitat naturel relève du droit et de l'économie

¹⁸³⁵ Comp. Avec Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008: p.188, n°123 : « Parce qu'ils ont toujours pour cause décisive le capital, les fruits appartiennent à celui qui était propriétaire de leur source lors de la séparation ; le tiers ayant fourni son industrie n'a droit qu'à une indemnité » ; p.192, n°126 : « Avant de naître, les fruits font partie du bien qui les a produits et, de ce fait, sont liés à travers lui au propriétaire, par le même rapport d'exclusivité. Lorsqu'ils deviennent des biens indépendants, il est logique de considérer qu'ils conservent le même lien d'attribution, et demeurent la propriété de celui auquel appartient le bien dont ils sont issus ».

¹⁸³⁶ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, les biens, p.197, n°129, b

¹⁸³⁷ G. CORNU, « Droit civil, Les biens », DOMAT droit privé, coll. Montchrestien, 2007 p.81, n°34 : L'acquisition des fruits : « C'est une autre application, mi-naturelle, mi-artificielle, de l'accession : une application sur laquelle repose l'exploitation des terres, plus généralement toute mise en valeur d'un capital. Le propriétaire d'un bien

Entreprise privée, capital et fongibilité

Samuel JUBE explique l'importance de la comptabilité dans le développement de l'entreprise privée¹⁸³⁸. Le capitalisme et l'économie de marché nécessitent de compter. La création d'entreprises privées par le mécanisme de propriété privée collective mais plus perfectionnée qu'une simple copropriété où le copropriétaire aurait des droits directs sur la chose en commun, a permis l'émergence du « grand capital ». Les titres de propriété du patrimoine commun, qui est devenu de plus en plus autonome et géré ensuite par des gérants professionnels, ont permis une fongibilité des titres de propriété. Et c'est la technique sociétaire qui a permis d'organiser ces nouvelles formes de propriétés privées collectives, plus sophistiquées qu'une simple indivision¹⁸³⁹. Hernando De SOTO a compris l'importance des innovations juridiques¹⁸⁴⁰ et selon sa thèse, ces innovations ont été déterminantes pour le développement et le succès de l'Occident¹⁸⁴¹. Avec l'apparition d'une plus grande division du travail depuis la fin du Moyen Age, la technique juridique a permis d'organiser également des universalités plus complexes où les biens affectés à l'activité entrepreneuriale ont acquis une certaine autonomie par rapport aux autres biens composant le patrimoine de leur propriétaire. Le fait de pouvoir céder les titres sociaux avant la réalisation de l'objet social de la société, a permis d'allonger l'horizon de l'entreprise sociétaire¹⁸⁴². Samuel JUBE le justifie :

productif devient, par droit d'accession, propriétaire des fruits de toute sorte que rapporte ce bien (Art 546). La propriété d'une chose frugifère s'étend, par accession aux fruits (elle donne droit sur ce qu'elle produit). La terminologie est peut-être contestable, la réalité essentielle : le propriétaire d'un bien devient de plano, ab origine, le maître des fruits issus de ce bien »

¹⁸³⁸ S. JUBE, Chapitre IX, De quelle entreprise cherche-t-on à rendre compte ? in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz p.547 et s.

¹⁸³⁹ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.47 et s., n°40 et s. : « le dernier étage de l'appropriation collective est occupé par l'ensemble des communautés personnifiées » ; V. aussi G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997 p.212 et s., n°224 et s.

¹⁸⁴⁰ H. De SOTO, *Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010 p.71 : « Les représentations permettent aussi de diviser les biens y toucher. Un bien tel qu'une usine, même s'il constitue une unité indivisible dans le monde réel, pourra être subdivisé en un nombre quelconque de portions dans (p.72) l'univers conceptuel de la représentation de propriété formelle. Les citoyens des pays développés ont ainsi la possibilité de partager la plupart de leurs biens entre des valeurs mobilières, qui appartiendront éventuellement à des personnes différentes, ayant des droits différents, en vue d'assumer des fonctions différentes. Grâce à la propriété formelle, une usine peut être détenue par d'innombrables investisseurs, et ceux-ci peuvent se défaire de leur propriété sans que l'intégrité du bien matériel soit affectée ».

¹⁸⁴¹ Idée générale de l'ouvrage : H. De SOTO, *Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010, on retrouve également cette idée de l'importance de la propriété comme aiguillon de l'innovation occidentale depuis le quinzième siècle dans d'autres ouvrages : D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, *Prospérité, puissance et pauvreté, pourquoi certains pays réussissent mieux que d'autres*, préface Ph. AGHION, édit. Markus Haller ; ; Niall FERGUSON, *Civilisations, L'Occident et le reste du monde*. Saint-Simon.

¹⁸⁴² La division en actions de biens possédés à plusieurs, comme un navire par exemple, permet également de répartir le risque : « le gros navire sera divisé per partes, en actions si l'on veut, le plus souvent en 24 carats », V. F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme Tome 2 : Les jeux de l'échange*, 1979 p.427 et s.

la cessibilité des titres sociaux a permis de compenser l'impossible retrait de celui qui avait apporté un capital à une aventure entrepreneuriale : « *la figure de l'actionnaire est ainsi créée non pas pour raccourcir l'horizon de l'entreprise, mais bien pour l'allonger*¹⁸⁴³ ». La « titrisation » du patrimoine social par le biais des actions/parts sociales permet que le lien entre entrepreneurs- copropriétaires des biens de l'entreprise – devienne un bien. Le titre social permet de réifier une position qui était d'abord contractuelle et par l'échange du titre social, on échange à la fois un droit personnel et un droit réel.

Conclusion du paragraphe 1

Le développement de l'Etat à la fin du Moyen Âge et donc de régimes de propriétés formelles qui furent ensuite unifiées à la Révolution, a sûrement permis d'accroître les marchés qui financent en retour l'Etat. L'interaction entre Etat et marché paraît indéniable. Tout ordre juridique des pays les plus développés est fondé sur deux jambes : un Etat important (plus ou moins important dont le poids se calcule en % du PIB et qu'on appelle l'Etat social¹⁸⁴⁴) et un secteur marchand également important. L'Etat conçu initialement comme étant essentiellement producteur de droits objectifs (monarchie absolue) a migré vers la protection de l'individu. Comme pour le marché, l'Etat de droit actuel a un fondement libéral.

§2 les fondements juridiques de l'économie de marché

Jean DABIN explique que la distinction (la *summa divisio*) entre droit du patrimoine et droit des personnes et de la famille est très importante dans les pays à « économie de marché » car le principe de liberté guide les rapports économiques alors que le droit des personnes et de la famille est guidé par la loi¹⁸⁴⁵. On retrouve avec cette distinction de J. DABIN une opposition classique entre la loi (qui renvoie à l'idée d'hétéronomie ou d'unilatéralité) face au marché/ contrat (qui renvoie à l'idée d'autonomie) . Un Ordre juridique dit libéral, fondé sur l'économie de marché, va dans le sens de la subjectivisation du droit. L'individu devient la mesure de l'ordre juridique. La subjectivisation du droit qui est finalement un

¹⁸⁴³ S. JUBE, Chapitre IX, De quelle entreprise cherche-t-on à rendre compte ? L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.152

¹⁸⁴⁴ M.-L. DUSSART, Constitution et économie, préf. J.-Y. CHEROT, Bibliothèque Dalloz, 2015

¹⁸⁴⁵ J. DABIN, Encyclopædia Universalis, entrée °DROIT Théorie et philosophie°, « D'où les deux parties du droit privé : droit du patrimoine et droit des personnes et de la famille. La distinction est importante parce que, dans les pays à économie de marché, la réglementation des rapports économiques est dominée par le principe de la liberté, alors que le droit extra-économique est en principe réglé par la loi, sans faculté de dérogation par disposition de volonté contraire. »

phénomène fort ancien qui remonte au nominalisme, à la querelle des universaux, a abouti à la notion d'individu¹⁸⁴⁶. Il n'y a pas d'individu sans droit subjectif. Il ne paraît pas excessif de dire que la querelle du droit subjectif est en réalité une querelle idéologique au sens premier du terme idéologie¹⁸⁴⁷. Derrière le droit subjectif, il y a toujours la propriété privée. Mais la propriété privée n'existe jamais en soi et est toujours issue des entrailles de la communauté¹⁸⁴⁸, c'est-à-dire que la propriété privée n'existe que par rapport au groupe. Le droit de propriété, comme le contrat, postule l'altérité et une individualisation minimale¹⁸⁴⁹. L'idée défendue, c'est que l'entreprise, qu'elle soit personnifiée ou non, est fondée sur une coordination volontaire, dans un régime de capitalisme de concurrence¹⁸⁵⁰. L'entrepreneur ou les entrepreneurs, les chefs, les salariés participent volontairement, en tant qu'individus, à ce travail de production qu'est l'entreprise. La « production » naît d'une volonté de produire en commun, structurée par le droit de propriété des premiers associés (en cas d'entreprise sociétaire). Les visions personalistes de l'entreprise ou de la société font de l'entité productrice une communauté de personnes qui aurait une espèce d'âme ou tout au moins, qui serait identifiable par elle-même. Cette vision holistique de l'entreprise privée n'a aucun sens dans une société composée d'individus qui ne sont pas seulement soumis au droit objectif mais qui sont également titulaires de droits subjectifs opposables à autrui et à l'Etat lui-même. Le leitmotiv de notre thèse est que nous ne croyons pas à d'autres personnes que l'individu et ce n'est finalement pas une opinion mais ce que nous croyons conclure de l'observation du droit et de l'économie positifs. L'individu est le primat de l'organisation sociale. D'où la propriété privée. D'où le marché. D'où le contrat.

¹⁸⁴⁶ Mi. VILLEY, Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais, Préface de Michel BASTIT Bibliothèque DALLOZ, 2009 p.150 et s., p.188 et s., p.211 et s. ; Dictionnaire de philosophie politique, Ph. RAYNAUD, S. RIALS, puf, Jeannine QUILLET, "Nominalisme", p.438 ; KANT, Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit, préf. M. VILLEY, Intro et traduc : A. PHILONENKO, Vrin, Paris 2011, Préface M.VILLEY , p.22« KANT ne voit le droit qu'en fonction et qu'à partir de l'individu » « [KANT] pousse à l'extrême la tendance générale des doctrines modernes. Le projet aussi bien de HOBBS, de LOCKE ou de HUME que de l'Ecole du Droit Naturel (échauffant ses constructions sur une définition première de la « nature de l'homme ») avait été de rebâtir l'ordre juridique tout entier à partir des individus pris comme unique matière première. On supposait d'abord les hommes « naturellement libres », puis on reconstituait (p.23) l'ordre public par le biais du « contrat social »- comme un géomètre construit les figures à partir des lignes. C'est la conséquence lointaine du nominalisme occamien. » ; M. VILLEY, Philosophie du droit, Dalloz 1975 p.153, n°79 : « Le droit est pour les individus. Cette solution s'imposait dans le nominalisme parce que cette philosophie suppose que seul est réel l'individu ».

¹⁸⁴⁷ D'après la définition 1 du grand Robert : » idéologie [ideCICFi] n. f. ÉTYM. 1796, Destutt de Tracy; de idéo-, et -logie.1 Science qui a pour objet l'étude des idées (au sens général de faits de conscience), de leurs caractères, de leurs lois (→ Psychologie), de leur rapport avec les signes qui les représentent (→ Sémantique), et de leur origine (d'après Lalande) »

¹⁸⁴⁸ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p. 315, n°193

¹⁸⁴⁹ J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », FAYARD, 1988 p.224 et s. : « tout individu apparaît comme titulaire de « droits », dont ceux, indissociables, de propriété et de liberté ».

¹⁸⁵⁰ G. CHARREAUX, ENTREPRISE Théories et représentations Ency. UNIVERSALIS ; M. FRIEDMAN, Capitalisme et liberté, édit. R. Laffont, titre original : capitalism and freedom 1962, traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, 1971 p.27-28

A. La propriété privée individuelle, fondement de toutes les libertés

Le droit de propriété n'est que la traduction juridique de la liberté individuelle. Un individu non doté de la faculté d'appropriation ne peut être libre¹⁸⁵¹ ; l'appropriabilité qui renvoie à la notion de patrimoine comme aptitude à acquérir et aptitude à s'obliger est la notion cardinale de notre ordre juridique et de tous les ordres juridiques qui obéissent à des standards similaires, c'est-à-dire aux standards de la démocratie libérale¹⁸⁵². Les libertés développées par l'ordre juridique (habeas corpus) permettent également, indirectement, de protéger le marché et ont permis également l'apparition de l'entreprise privée, c'est-à-dire d'une production prise en charge par des particuliers avec le plus souvent des capitaux privés. La relation juridique entre l'entreprise privée et ses clients paraît être la plus importante car c'est cette relation juridique qui permet à l'entreprise d'obtenir des ressources par la conclusion de contrats. Pourtant l'accroissement du marché a nécessité de plus en plus d'organisation juridique de « l'offre ». Or l'offre, c'est l'entreprise privée dont l'organisation relève d'actes juridiques de droit privé, des contrats¹⁸⁵³. Dans une démocratie libérale construite sur le postulat que l'individu est/a toujours une personnalité juridique, le regroupement d'individus au sein d'une entreprise est la conséquence de l'émission d'un consentement et non d'un commandement de l'Etat. Le travail, dans ce type d'ordre juridique, relève de la liberté contractuelle. Et une économie dite de marché repose sur des contrats privés.

1. Existence d'une corrélation entre marché et entreprise privée : conséquences du droit de propriété

La réduction du marché au contrat-échange : une probable erreur commise tant par les économistes que les juristes

L'analyse économique du contrat dans son acception positive et non prescriptive, c'est-à-dire entendue comme étant un outil pour décrypter le droit à partir des fondements de l'économie a faussé la perception du contrat, réduit à la bilatéralité. La doctrine avait bien identifié que le parangon du contrat était trop réduit mais elle est s'est égarée selon nous avec les théories de l'acte juridique collectif, l'acte juridique conjonctif.

Droit de propriété, traduction juridique de la liberté individuelle

¹⁸⁵¹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, 2006

¹⁸⁵² Supra § précédent ; F. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit , p.113, n°106, p.190, n°229, p.192, n°231

¹⁸⁵³ Mais qui ne sont pas des contrats échanges -permutatio mais des contrats « concentratio », organisation

ROUBIER semble assimiler les organes de l'Etat à ceux des « grandes organisations économiques du droit commercial¹⁸⁵⁴ ». Pourtant il existe une différence fondamentale entre l'organe qui agit au nom d'une entité liée à la puissance publique et une société commerciale par exemple, c'est le consentement. Et plus exactement la source du consentement. Dans le cas d'un pouvoir d'une entité publique, celui-ci a pour source la souveraineté. Le pouvoir du plus petit titulaire d'une prérogative de fonction publique, si on remonte à la cause efficiente de celui-ci, se situe dans le fondement de l'ordre juridique, dans la notion de souveraineté, c'est-à-dire dans une notion de pure hétéronomie. En réalité, il existe trois types de commandement, de pouvoir et seulement trois dans n'importe quelle société humaine : le commandement du fonctionnaire représentant l'Etat, ce pouvoir n'est pas conventionnel mais découle de l'autorité de l'ordre juridique ; il y a le commandement de celui dont le pouvoir a pour origine la propriété privée et le contrat (le chef d'entreprise, le moniteur de ski, etc.) La source des prérogatives est donc un acte juridique de droit privé et non un acte juridique de droit public comme c'est le cas du policier par exemple, puis il y a le pouvoir de celui qui agit par la pure force, sans être habilité par l'ordre juridique : c'est le bandit de Kelsen et de Hart. Si on exclut les voies de fait, qui ne relèvent pas du droit, il existe donc une unilatéralité de droit privé et une unilatéralité de droit public

Unilatéralité de droit public et unilatéralité de droit privé : propriété privée

La vision institutionnelle de la société et plus généralement ce que l'on a appelé les théories personalistes de l'entreprise ont, au vingtième siècle, analysé le pouvoir d'une manière analogue. Le dirigeant mandataire social serait comme un fonctionnaire, ils agiraient tous deux en vertu d'un pouvoir. Mais il existe pourtant une cardinale nuance comme nous l'avons vu dans notre première partie, c'est l'origine du pouvoir. Le pouvoir d'une entité étatique découle de l'autorité supérieure : ce pouvoir découle de la notion de souveraineté. Il est transmis par une personne habilitée juridiquement à le faire. Certes, dans une démocratie libérale, le souverain suprême puise son pouvoir initial dans l'élection mais finalement cela n'a pas d'incidence sur le fonctionnement d'une structure étatique qu'elle soit démocratique ou non. Dans une entité de droit privé, le pouvoir découle toujours de l'exercice du droit de propriété : deux exemples.

1°) Un entrepreneur individuel exerce une activité et emploie douze salariés. Il décide de déléguer la gestion à l'un d'entre eux. Le pouvoir de gestion transmis au salarié a deux causes : la première la plus évidente, c'est le contrat de gestion. La seconde, c'est la qualité de propriétaire de l'entrepreneur individuel. En tant que propriétaire, titulaire de la gestion de son entreprise, il dispose d'une liberté de gestion. Le droit de propriété sur une chose fait

¹⁸⁵⁴ P. ROUBIER, Droits subjectifs et situation juridiques, préf. D. DEROUSSIN Bibliothèque Dalloz 2005., p.139

naître un pouvoir pour le propriétaire de l'entreprise : ce pouvoir de gestion n'est ni plus ni moins que l'exercice du droit de propriété.

2°) Deux associés constituent une SARL et décident que l'un d'entre eux, le minoritaire qui travaille dans la société, sera le gérant ; le gérant est nommé par les statuts. Là encore, une analyse rapide pourrait faire penser que le commandement des statuts est analogue à un acte de droit public qui prévoit l'unilatéralité. C'est inexact. Les statuts relèvent du phénomène contractuel¹⁸⁵⁵ et ce contrat découle lui-même de la propriété d'un capital (le plus souvent numéraire mais également d'un capital humain avec la possibilité que l'industrie soit un capital). La corrélation entre marché et contrat-échange n'est pas exacte.

Le marché ne se réduit pas au contrat-échange

L'organisation de la production par des particuliers relève du droit privé dans une économie de marché. On a vu que la notion d'économie de marché des économistes se traduit juridiquement par une économie de contrats. Mais les contrats visés ont trop souvent été réduits à des contrats-échange. Il n'en est rien. La liberté contractuelle, et plus généralement l'ensemble des libertés économiques, sont les filles du droit de propriété¹⁸⁵⁶.

Economie de marché et différents types de contrats

L'économie de marché n'est pas uniquement la source de « contrats-échange » (*permutatio*), il y a également d'autres formes de contrats qui n'ont été d'ailleurs qu'assez récemment conceptualisés par la doctrine de droit privé. Ces contrats particuliers, non fondés, sur l'échange ont parfois été qualifiés d'actes juridiques collectifs. Ce fut notamment le cas du contrat de société où l'acte juridique fondateur ne serait pas selon certains auteurs, un contrat mais un acte juridique unilatéral collectif si la société est pluripersonnelle ou acte juridique unilatéral individuel si la société est unipersonnelle¹⁸⁵⁷. L'argument avancé pour justifier cette position est que le contrat serait fondé sur une opposition d'intérêts donc les actes juridiques où les parties qui ont le même intérêt ne seraient pas des contrats mais des actes collectifs. C'était par exemple la position de DUGUIT : pour le juriste bordelais, le contrat était caractérisé par une opposition d'intérêts, un antagonisme nécessaire entre les contractants. « A côté du contrat apparaissent des catégories nouvelles d'actes juridiques, que les civilistes

¹⁸⁵⁵ A la dichotomie proposée par MM.CHENEDE et HAMELIN, Suzanne LEQUETTE propose une distinction tripartite : contrat-permutation ; contrat-concentration et contrat-coopération. Le contrat de société serait l'archétype du « contrat-concentration ». C'est peu ou prou le « contrat-organisation » de P.DIDIER. S. LEQUETTE, Le contrat-coopération, préf. Cl. BRENNER *Economica* 2012, introduction.

¹⁸⁵⁶ G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39, p.33

¹⁸⁵⁷ G. ROUJOU de BOUBÉE, Essai sur l'acte juridique collectif, préf. G. MARTY, LGDJ, 1961 ; G. WICKER, Les fictions juridiques, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 244 et s.

veulent à tort faire rentrer de gré ou de force dans le vieux cadre du contrat, mais qui sont en réalité des actes tout à fait différents, qui sont des actes unilatéraux »¹⁸⁵⁸. Selon DUGUIT, quand il y a une espèce d'unilatéralité dans l'acte juridique, comme dans un contrat d'adhésion, il n'y aurait pas de contrat véritablement mais un acte unilatéral déguisé en contrat. Pour Léon DUGUIT, le véritable contrat est celui qui voit s'opposer des intérêts, celui où les parties poursuivent des buts différents, car pour le juriste bordelais, le contrat « ne naît que lorsque [deux] volontés après négociations, se sont mises d'accord sur l'objet de l'acte. » Lorsqu'il n'y a pas de négociation, la situation n'est pas un contrat mais une « union » des parties qui s'accordent pour établir un statut ou un règlement, c'est-à-dire une sorte d'acte unilatéral. Pourtant, cette opposition d'intérêts prétendue être un critère de qualification n'existe pas dans le droit positif. Lors de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur n'a pas fait de l'antagonisme des intérêts un critère essentiel de qualification de contrat ; l'opposition des intérêts est en réalité un critère pour identifier une permutation ou un contrat-échange, et non un critère pour identifier l'ensemble des contrats¹⁸⁵⁹. Et pour appuyer ce constat, on reprendra les deux arguments avancés par M. HAMELIN¹⁸⁶⁰ : d'une part il n'est pas évident de distinguer dans les faits des volontés parallèles de volontés qui se croisent¹⁸⁶¹ ; il s'agit d'un critère théorique mais en pratique, il n'est pas toujours aisé de distinguer ; un vendeur et un acheteur peuvent avoir le même intérêt alors que deux associés de la même société peuvent avoir une volonté et un intérêt distincts, d'autre part, comme l'explique Jean-François HAMELIN, pour les partisans de la théorie de l'opposition d'intérêts, un glissement s'opère de la formation de l'acte juridique vers les obligations engendrées par l'acte juridique¹⁸⁶². Or l'essence du contrat concerne le processus de formation, c'est la formation de l'acte juridique qui est contractuelle, pas la norme à laquelle la partie est assujettie¹⁸⁶³. Et KELSEN l'explique dans un article célèbre publié aux Archives : la liberté de l'individu n'existe que dans la procédure contractuelle de création de

¹⁸⁵⁸ L. DUGUIT, « Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon », Edit. La mémoire du droit, 1912, 2e tirage 2008, p. 115

¹⁸⁵⁹ J.-M. PUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.9, n°19 : « ...conçue largement, l'opération doit refléter l'idée générale de transaction réciproque et dépasse le cadre des définitions juridiques : la vente n'est que l'espèce du genre doit des ; il en est de même de la permutation : envisagée strictement, elle n'est qu'une cession réciproque d'objets. » ; J. GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100, p.83, n°4 : « L'échange, le contrat à titre onéreux, se caractérise par le déplacement de valeurs, fondement et cause du rapport obligatoire. Le contrat apparaît davantage comme un échange de prestations que comme un échange de consentements ; échange du superflu contre le nécessaire. »

¹⁸⁶⁰ J.-Fr. HAMELIN, Le contrat-alliance, préface de N. MOLFESSIS, *Economica*, thèse n°30, p.65, n°88 et s.

¹⁸⁶¹ J.-Fr. HAMELIN, Le contrat-alliance, préface de N. MOLFESSIS, *Economica*, p.67 n°92 ; Cf H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s.

¹⁸⁶² J.-Fr. HAMELIN, Le contrat-alliance, op.cit. p.67 n°92

¹⁸⁶³ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s, n°3 : « Il faut donc distinguer soigneusement : 1° l'acte ou la procédure de la convention, 2° la norme ou l'ordre conventionnel, créés par la convention en tant qu'acte ou procédure ».

normes, une fois cette procédure achevée, l'individu est tenu par la norme créée. Et la norme conventionnelle est d'une nature similaire à une norme légale pour celui qui y est assujetti : la différence tient à l'élaboration de la norme. La norme conventionnelle est une norme à laquelle celui qui y est assujetti, a participé, c'est-à-dire que le terme de convention a une double signification : c'est à la fois l'acte ou la procédure déterminée ainsi que la conséquence attachée par le droit à cet acte¹⁸⁶⁴. Donc si le contrat de société crée bien un « ordre conventionnel » pour reprendre l'expression de KELSEN, cet ordre conventionnel est bien généré par une procédure contractuelle. Et KELSEN d'ailleurs distingue lui aussi deux familles de contrats : ceux où les individus peuvent être obligés à un comportement égal, les prestations sont dites parallèles. (Il s'agit du contrat associatif par exemple, le contrat de société), et les contrats où les prestations se croisent, c'est-à-dire le « contrat d'échange ». Si ce raisonnement est valable pour une société pluripersonnelle, il ne l'est plus si la société est unipersonnelle. Certes, mais il faut quand même apporter un bémol : si la société unipersonnelle est bien un acte juridique unilatéral individuel, elle n'en demeure pas moins un « contrat potentiel » lorsqu'il y aura une éventuelle cession de titres sociaux. Car la cession de titres sociaux sera également pour le cessionnaire des actions ou parts sociales un assujettissement au contrat de société et donc acquérir des parts ou actions est bien plus qu'un simple contrat-échange, c'est également une soumission à l'ordre conventionnel sociétaire où l'associé renonce à son autonomie pour se soumettre à l'intérêt commun formulé par le pacte social, l'associé est désormais assujetti à l'intérêt commun qui fonde la société, pour parler comme Guillaume WICKER¹⁸⁶⁵.

Nature contractuelle de la société pluripersonnelle

Hormis pour une société unipersonnelle [qui n'est pas une réelle société mais une affectation de patrimoine ad hoc et qui deviendra une société en cas de cession de titres sociaux¹⁸⁶⁶], la société pluripersonnelle est une figure contractuelle qui fusionne « des intérêts identiques en un intérêt collectif dans un but de synergie¹⁸⁶⁷ » mais l'intérêt collectif n'est pas une fin en soi et à terme, la société est un véhicule d'appropriation individuelle : l'associé a pour objectif de s'approprier une quote-part de la valeur commune, soit par les dividendes, soit en réalisant

¹⁸⁶⁴ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s, n°2

¹⁸⁶⁵G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s.P131, n°21 : L'adhésion au contrat de société conduit à un assujettissement des associés. p.133, n°24 : En raison de l'engagement contracté, l'associé renonce à son autonomie dans le cadre de la société pour être assujetti à l'intérêt commun à chacun, qui fonde l'existence de la société.

¹⁸⁶⁶ En disant cela, on estime que ce n'est pas le législateur qui est maître des qualifications juridiques. Une science du droit qui se veut neutre axiologiquement doit être indépendante de l'idéologie et du politique pour décrire le droit même si le droit est forcément politique.

¹⁸⁶⁷ Cl. BRENNER, Acte juridique, Rep.civ. Dalloz 2016 n°177

une plus-value lors de la cession de titres sociaux. Pour résumer, le contrat de société transforme des intérêts privés en un intérêt commun qui redevient « privé » en cas de partage de valeur ou de sortie du pacte social. Georges ROUETTE distinguait par exemple les contrats en trois catégories¹⁸⁶⁸ : l'échange, le don et le contrat associatif. Et le contrat de société est le modèle archétypal du contrat associatif et appartient à une famille de contrats, non fondés sur l'échange. Ces contrats particuliers, non fondés sur l'échange, sont parfois qualifiés d'actes juridiques collectifs mais ces actes prétendus collectifs sont en réalité des contrats d'une autre nature : contrat-alliance ou contrat-concentration selon la terminologie de Suzanne LEQUETTE ou contrat opérant une distribution selon François CHENEDE.

La liberté contractuelle permet aussi ces contrats non échanges stricto sensu (concentration) dont la fonction est la coopération, une distribution de valeurs. On verra ensuite que la propriété privée individuelle est le prolongement de la personne comprise en tant qu'être humain. Cette subjectivisation du droit fondé sur la corrélation individu / personne physique est le fondement de la démocratie libérale / Etat de droit qui n'est pas propre à l'ordre juridique français mais innerve tous les ordres juridiques de cette nature. (2)

2.La propriété privée individuelle, prolongement de la personne en tant qu'être humain

La propriété, de la communauté à l'individu

Karl POPPER constate que la notion d'individu a mauvaise presse car l'individu est souvent associé à l'égoïsme depuis PLATON¹⁸⁶⁹. PLATON avait une vision holistique de la société, l'individu n'est rien et le groupe est tout¹⁸⁷⁰. Pourtant, analyser la société à travers le prisme du groupe peut être dangereuse, par exemple Michel VILLEY dénonçait le collectivisme et écrivait que derrière l'intérêt transcendant du groupe se cachait bien souvent l'intérêt des seules élites. Les pires régimes en matière de droits humains du vingtième siècle furent la plupart du temps ceux qui disaient agir au nom de l'intérêt supérieur d'un groupe déterminé (race, classe, religion, nation). Et la modernité occidentale fut construite sur une individualisation qui sur le temps long paraît continue et progressive¹⁸⁷¹. La régression et la

¹⁸⁶⁸ G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée °contrat°

¹⁸⁶⁹ K. POPPER, La société ouverte et ses ennemis, Tome 1 L'ascendant de PLATON, Edit. du Seuil Paris, 1979 p.90 : : « « Rien ne se fait pour toi, mais toi pour l'ensemble. » ». « PLATON laisse entendre que celui qui n'est pas capable de sacrifier son intérêt personnel au bien de l'ensemble est un égoïste ».

¹⁸⁷⁰ K. POPPER, La société ouverte et ses ennemis, Tome 1 L'ascendant de PLATON, Edit. du Seuil Paris, 1979 p.90 : Pour PLATON et les platoniciens, l'alternative au collectivisme est l'égoïsme. « La confusion de l'individualisme avec l'égoïsme permet de le condamner au nom des sentiments humanistes et d'invoquer ces mêmes sentiments pour défendre le collectivisme ».

¹⁸⁷¹ N. FERGUSON, Civilisations, L'Occident et le reste du monde, Saint-Simon, 2014

barbarie de la seconde guerre mondiale ont finalement exalté les valeurs fondées sur l'individu en Europe Occidentale, notamment en Allemagne de l'Ouest ,avec le triomphe de l'ordolibéralisme¹⁸⁷².

Or la traduction juridique de la philosophie individualiste des Lumières s'est réalisée et se réalise encore aujourd'hui par le prisme de la propriété privée. Néanmoins, il faut entendre la notion de propriété privée dans le sens de faculté d'appropriation¹⁸⁷³, que l'on peut associer à la notion de patrimoine d'AUBRY et RAU, le patrimoine entendu comme une chose inhérente à la personne, qui permet l'appropriation¹⁸⁷⁴. Cette faculté d'appropriation correspond au droit de propriété, non pas en tant que droit portant sur un objet précis, mais en tant que pouvoir fondamental de propriété¹⁸⁷⁵. Et ce pouvoir fondamental de propriété n'est pas le droit de propriété en tant que « rapport juridique actuel¹⁸⁷⁶ », mais constitue une potentialité. Un individu capable juridiquement, même sans le moindre bien, peut toujours louer sa force de travail, qu'il va réifier en l'échangeant contre une valeur, le plus souvent monétaire, « *le sujet peut n'avoir aucun bien, il n'en a pas moins, dans son statut, la faculté d'appropriation¹⁸⁷⁷* ». Donc le pouvoir fondamental de propriété est une volonté (privée)¹⁸⁷⁸. Et cette volonté ne se situe pas dans le droit subjectif, le patrimoine, mais est inhérente à la personnalité juridique d'après les professeurs ZENATI et REVET¹⁸⁷⁹. Autrement dit, c'est la personnalité juridique qui contient cette faculté d'appropriation et non pas le droit de propriété en tant que tel. Il faut donc distinguer l'existence d'une potentialité à la propriété qui est distincte de la propriété elle-même. Les droits subjectifs (obligation, propriété) découlent de cette faculté, de ce pouvoir fondamental de propriété. Le pouvoir fondamental de propriété est-il lié à la notion d'obligation ? Oui, car un rapport d'obligation est toujours un échange de propriété (Soit troc, soit une prestation monétaire contre une prestation extra-monétaire, prestation réelle ou prestation industrielle). Le pouvoir fondamental de propriété est donc l'aptitude à avoir des biens, l'aptitude à s'engager, l'aptitude à s'obliger et cette aptitude à s'obliger « *...s'obliger consiste toujours à disposer de ses biens¹⁸⁸⁰* ». S'obliger, c'est s'engager, s'assujettir directement. Or on voit ici une particularité de la personne physique car le représentant d'une personne morale ne peut s'engager personnellement que s'il est lui-

¹⁸⁷² M.-L. DUSSART, Constitution et économie, thèse Dalloz 2015, p. 58 n°72 ; O. JOUANJAN, La théorie allemande des droits fondamentaux, AJDA 1998 p.44

¹⁸⁷³ Fr. ZENATI, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD Civ. 2003 p.667 et s., p.675 , R. LIBCHABER, Les biens, 2016, n°31 et s.

¹⁸⁷⁴ supra

¹⁸⁷⁵ R. LIBCHABER, Les biens, rep.civ. 2016, n°31 et s.

¹⁸⁷⁶ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, 2006, 118 n°111

¹⁸⁷⁷ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, 2006, 118 n°111

¹⁸⁷⁸ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, op.cit.118 n°111

¹⁸⁷⁹ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, op.cit.

¹⁸⁸⁰ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, 2006, p.191, n°229

même le débiteur de la prestation, mais s'il s'engage au nom d'une société qui est employeur, il s'engage à faire faire une prestation, qui sera exécutée par exemple par ses salariés¹⁸⁸¹.

Par ailleurs, si on se souvient des débats sur le droit subjectif et notamment des écrits de DABIN sur la question¹⁸⁸², on remarquera que la définition du droit subjectif de DABIN incorpore des éléments qui sont ceux de l'appropriation : « *Tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est sien. Le droit subjectif, c'est d'abord le sien : rendre à chacun son droit (suum cuique tribuere), c'est rendre à chacun le sien, ce qui est reconnu appartenir à chacun. Ainsi le droit subjectif se présente d'emblée comme une relation d'appartenance entre le sujet et une chose : d'une part, l'idée de droit ne naît qu'avec cette appartenance ; d'autre part, cette appartenance est au principe de ce qui constitue et caractérise le droit. Appartenance, et non simplement convenance, faite, en ce dernier cas, de l'identification de la chose au sujet, qui fait de la chose la propriété du sujet, créant le droit, le droit du sujet sur la chose*¹⁸⁸³. » On reconnaît dans ce passage l'idée du droit de propriété comprise comme la faculté de s'approprier pour identifier le droit subjectif¹⁸⁸⁴. Le droit subjectif, c'est la propriété privée vue sous un autre angle.

Personne physique, propriété privée et droit subjectif

Il s'agit de développer ici fortement une idée non consensuelle : seule la personne physique est la vraie personne du droit. Certes il existe des personnes juridiques non humaines comme une société dotée de la personnalité morale mais il s'agit d'un construit. Car cette personnalité-là a une finalité, contrairement à l'individu personne physique qui détermine ses propres finalités : la volonté d'une personne humaine capable est « libre » lorsqu'on est en présence d'un ordre juridique appartenant à la famille des « démocraties libérales ». Certes, on peut rétorquer que la personne physique n'est pas naturelle non plus. C'est vrai ; c'est un postulat de la démocratie libérale que d'affirmer que tout être humain est une personne par essence et qu'elle a un patrimoine compris comme étant la faculté de s'approprier des biens et la faculté de s'obliger librement d'une manière non perpétuelle¹⁸⁸⁵. Il est tout à fait possible de rencontrer des systèmes juridiques où la personne humaine n'est pas sacrée et où il est possible d'éliminer sans procès les êtres humains jugés ennemis¹⁸⁸⁶. Or permettre à chacun

¹⁸⁸¹ Mais si ces salariés refusent de travailler, le représentant de la personne morale ne dispose pas de la faculté de contraindre, qui relève d'un pouvoir de souveraineté et d'une personne morale de droit public.

¹⁸⁸² J. DABIN, Le droit subjectif, Bibliothèque DALLOZ, 1952 réédit. 2007

¹⁸⁸³ J. DABIN, Le droit subjectif, Bibliothèque DALLOZ, 1952 réédit. 2007 p.80-81

¹⁸⁸⁴ Constat fait par Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.269, n°168

¹⁸⁸⁵ Sur la faculté d'appropriation et la faculté de s'obliger V. Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, 2006, p.118 n°111 :

¹⁸⁸⁶ H. ARENDT, Le système totalitaire, les origines du totalitarisme, points, essais

d'être titulaire de droits subjectifs indépendamment de qualités personnelles comme la nationalité ou d'autres identités (le touriste peut contracter) est forcément un choix politique. Et ce choix politique est fondé sur une philosophie qui fait de la distinction entre les personnes et les biens une *summa divisio*¹⁸⁸⁷. Et les biens « *sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation*¹⁸⁸⁸ » et la distinction entre les choses et les personnes est fondamentale¹⁸⁸⁹. La personne morale est un patrimoine *ad hoc*, une construction juridique, historique, qui a permis d'éviter une conception trop complexe de la propriété privée collective. Le contrat de société génère entre autres des effets personnels mais aussi réels car il s'agit de la mise en commun de valeurs en vue d'en produire d'autres, si tout se passe bien. Le contrat de société a souvent été analysé par le prisme binaire et alternatif entre contrat faisant naître des obligations personnelles ou des obligations réelles : les titres sociaux seraient des créances pour certains, des objets de propriété pour d'autres. Or la réalité, c'est que le titre social est à la fois un « bien » et un « lien » : c'est une quote-part d'une propriété collective, qui a été réifiée et qui est cessible mais c'est également l'objet d'un engagement contractuel¹⁸⁹⁰. Certes, dans une grande société par actions, le petit associé ne semble pas avoir beaucoup d'obligations mais il n'a pas beaucoup de prérogatives non plus car le pouvoir réel de la société appartient à ceux qui contrôlent la structure. Donc l'aspect « bien » semble l'emporter sur l'aspect « lien ». Mais au demeurant, la part sociale ou action comporte les deux. Ces problèmes complexes de qualification ont été évités par la notion de personne morale. Progressivement une image s'est imposée à savoir que les biens sociaux appartiendraient non plus à la collectivité des associés mais à une personne distincte. Cette image d'une personne fictive ou morale, propriétaire des biens sociaux est un mythe didactique destiné à plusieurs utilités dont celle de permettre initialement de justifier l'appropriation à plusieurs¹⁸⁹¹. L'entreprise privée organisée sous la forme de personne morale a incontestablement permis l'émergence du capitalisme moderne mais croire qu'une personne morale aurait des droits subjectifs en tant que telle est une aporie. On peut renvoyer à de nombreux travaux sur l'irréductibilité de la personne morale et de la personne physique, notamment de H. KELSEN.

¹⁸⁸⁷ R. LIBCHABER, Les biens, 2016, n°5 : « Les biens ne sont pas des personnes, et ils peuvent même être très précisément définis comme ce qui est extérieur aux personnes. Ils n'en sont pas moins rattachés à elles en tant qu'ils sont les objets de leurs désirs ou de leurs besoins » ; H. BATIFFOL, Problèmes contemporains de la notion de biens, Archives Phil. dr., t. 24, 1979, p. 9

¹⁸⁸⁸ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.18, N°2

¹⁸⁸⁹ R. LIBCHABER, Les biens, Rep.civ. Dalloz 2016, n°5 : « Les biens ne sont pas des personnes, et ils peuvent même être très précisément définis comme ce qui est extérieur aux personnes. Ils n'en sont pas moins rattachés à elles en tant qu'ils sont les objets de leurs désirs ou de leurs besoins » ; H. BATIFFOL, Problèmes contemporains de la notion de biens, Archives Phil. dr., t. 24, 1979, p. 9

¹⁸⁹⁰ Sur la notion d'assujettissement opéré par le contrat de société, V G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s.p.689 et s. p.715, n°37

¹⁸⁹¹ infra

Mais l'argument le plus évident pour contester l'idée que la personne morale serait analogue à une personne physique est l'impossibilité de travailler. Une personne morale ne peut jamais être évidemment débitrice d'une prestation de travail, or le travail est l'essence même de l'être humain et c'est certainement le travail qui donne de la valeur à toutes choses : toute production, tout négoce, nécessite du travail au sens large et non l'acceptation réduite du code du travail, qui limite la notion de travail au travail subordonné. Le travail justifie l'appropriation pour LOCKE¹⁸⁹² et c'est pour cette raison qu'une entreprise, une personne morale, une société ne travaillent pas mais sont des structures juridiques de partage du travail et du profit. Or il serait hérétique de considérer que des entreprises travaillent, ce sont des êtres humains et uniquement des êtres humains qui travaillent. Le capital est une abstraction qui permet d'organiser le travail mais, sans travail, la société disparaîtrait. Or seul un être humain est susceptible de s'engager, de travailler. La personne morale ne le fait jamais directement. Quand une société personnifiée s'engage à faire un travail, en réalité, elle s'engage à « faire faire ». La société ou plutôt ceux qui la dirigent doivent inciter des êtres humains à travailler, sans coercition : la rémunération est une des principales motivations de l'engagement de ceux qui agiront au nom de la société personnifiée.

Dire cela, c'est admettre que la réalité fondamentale de nos ordres juridiques, c'est l'individu. Nous le croyons intimement¹⁸⁹³. Le « normativisme humaniste¹⁸⁹⁴ » inhérent à la notion de droits fondamentaux ne relève pas d'une énième théorie naturaliste mais correspond au « positivisme profond », le droit positif qui n'est pas forcément apparent mais qui est la conséquence de l'observation et de l'analyse de la pratique des organes « jurislatoeurs¹⁸⁹⁵ ».

a. Le droit subjectif est corrélé à l'individu personne physique car l'appropriabilité est inhérente aux êtres humains

Présentation de notre thèse

Jean-Louis HALPERIN, qui reprend la thèse de l'économiste De SOTO, évoque l'hypothèse que l'appropriation précède le droit de propriété reconnu formellement¹⁸⁹⁶. Lorsque l'on parle de propriété, on peut viser soit le phénomène d'appropriation non reconnu par l'ordre juridique

¹⁸⁹² supra

¹⁸⁹³ La réalité de l'ordre juridique, de l'Etat de droit au sens moderne, c'est la protection de l'individu. Comp. Avec S. GOYARD-FABRE qui défend le normativisme humaniste : « Le discours du droit, en sa source, en sa forme comme en son sens, ne concerne que l'homme » S. GOYARD-FABRE : Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme p. 7 et s in Cahiers de philosophie politique et juridique, Sujet de droit et objet de droit, Presse universitaire de Caen, 1992, n°22 p.30»

¹⁸⁹⁴ S. GOYARD-FABRE : Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme Op.cit

¹⁸⁹⁵ E. PICARD, °Droits fondamentaux°, in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, p.544 et s.

¹⁸⁹⁶ J.-L. HALPERIN, Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? conférence faite au Japon aux universités Nanzan (Faculté de droit droit, Nagoya) et Keio (Faculté de d..2010) <Hal-00460386

(car celui-ci n'est pas assez sophistiqué) ou la propriété formalisée par nos ordres juridiques dont l'origine remonterait à Rome¹⁸⁹⁷. La propriété formalisée par l'ordre juridique n'est pas un bien mais un rapport juridique qui permet « aux choses d'être des biens¹⁸⁹⁸ ». La notion de personnalité puise ses origines dans la capacité d'appropriation¹⁸⁹⁹. La notion de personnalité est l'outil juridique d'ordres juridiques sophistiqués qui permet de formaliser la propriété, de la rendre officielle. La faculté d'appropriation reconnue à tout être humain par l'Etat de droit/démocratie libérale est construite sur la distinction cardinale des choses et des personnes. Une personne est libre si elle est capable d'acquérir toute sorte d'objets corporels ou incorporels et si elle est capable de s'engager personnellement, c'est-à-dire de faire quelque chose pour autrui. Il s'agit en général d'une prestation de travail au sens large. L'ordre juridique français ainsi que toute réelle démocratie libérale du monde fait une corrélation entre l'individu être humain et la personnalité juridique¹⁹⁰⁰. Il est possible qu'un ordre juridique donné reconnaisse la personnalité juridique à des groupements d'individus voire à une masse de biens affectés solitairement depuis 1985 mais ces figures juridiques ne sont pas de réelles personnes, même du point de vue du droit. Certes d'aucuns objecteront que la personnalité physique n'est pas plus naturelle que la personnalité juridique (des personnes morales). C'est exact. Mais certaines « constructions sont viables » et découlent d'une histoire séculière, d'autres sont modernes et ne résisteront pas à l'épreuve du temps. La personnalité morale en droit privé est un subterfuge qui fut utile pour décrire des effets de droit non conceptualisés ou mal conceptualisés : absence de théorisation de la propriété privée collective bien qu'elle fût identifiée par de nombreux auteurs, notion de contrat réduite au parangon du contrat-échange et notamment la vente selon le Code civil de 1804, alors qu'il existe toute la famille des contrats associatifs pour reprendre la terminologie usitée par ROUHETTE.

Le droit subjectif, un droit inhérent à un être humain doté de la personnalité juridique

« *Le droit subjectif d'un individu s'accompagne toujours de l'obligation juridique d'un autre individu*¹⁹⁰¹. » Sur une île déserte où un seul être humain serait présent, ce dernier aurait-il des droits sur les choses ? Non, car le phénomène juridique est par essence le règlement d'un conflit d'intérêts entre plusieurs individus. Même s'il existe en droit positif des « personnes » qui ne sont pas des êtres humains, la construction juridique d'ensembles pousse à voir dans

¹⁸⁹⁷J.-L. HALPERIN, op.cit. I. La formalisation juridique de la propriété

¹⁸⁹⁸ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e éd. 2008, p.21, n°3

¹⁸⁹⁹ Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 p.459 : « L'acte de naissance de la personnalité juridique montre clairement que cette notion a été conçue sous le sceau de la propriété : il fallait faire échapper des biens à l'emprise de personnes qui, a priori, en étaient les propriétaires ».

¹⁹⁰⁰ supra

¹⁹⁰¹ H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. Ch. EISENMANN, éd. Bruylant L.G.D.J. reprint 1999 p.127

la personne physique l'archétype du sujet de droit, les autres constructions comme la personne morale des sociétés ne sont que des proto-personnes, qui permettent le prolongement de l'individualité des personnes. La personnalité morale de la société dont les causes d'apparition sont multiples a permis également d'éviter la question de la propriété privée ou plus exactement de l'appropriation à plusieurs. Car propriété et personnalité sont deux choses intimement corrélées¹⁹⁰². L'origine de la personnalité, c'est bien l'aptitude à être propriétaire. La théorie du patrimoine est d'ailleurs une tentative de MM.AUBRY et RAU de synthétiser l'aptitude à la propriété et l'aptitude à s'engager et de démontrer l'existence d'une corrélation implicite dans les textes de l'époque entre l'actif et le passif. MM. AUBRY et RAU ont tenté de démontrer que la capacité n'est pas liée à la réalité de l'existence de biens dans un patrimoine mais à une faculté car même celui qui n'a rien peut toujours louer sa force de travail. La force de travail est une quasi-propriété d'après Thierry REVET car elle en a toutes les caractéristiques mais elle n'est pas aliénable car intimement corrélée à l'individu¹⁹⁰³. Or le problème de définir la personne par le prisme de cette faculté d'appropriation et de cette faculté de s'engager réduit la personne à l'être humain qui dispose d'une volonté saine. Toute infirmité grave (temporaire comme la minorité ou ad vitam) condamnerait l'être humain à ne pas être totalement considéré comme une personne. D'où le recours à la notion d'intérêt et notamment à la définition de IHERING. Mais qui détermine l'intérêt du sujet de droit porteur d'un droit subjectif ? Michel VIRALLY répond en partie à cette question quand il définit le droit subjectif de la manière suivante : « *Le droit subjectif peut être défini : celui qui a été conféré à son titulaire pour la réalisation de ses fins personnelles, dans son intérêt propre. Dès lors, c'est à ce dernier qu'il appartient de déterminer librement à quoi lui servira son droit*¹⁹⁰⁴. » On déduit de cette définition partagée que le droit subjectif est un intérêt conféré par l'ordre juridique en tant que système juridique (Etat au sens kelsénien) mais dont l'appréciation est laissée à celui qui en est le porteur, le titulaire. La définition du droit subjectif donnée par MICHOUUD paraît moins claire¹⁹⁰⁵ car elle n'est pas précise sur la liberté de la personne d'apprécier son intérêt. Finalement, ces questions relatives au droit subjectif révèlent une problématique qui relève de la philosophie politique et de la théorie du droit, qui sont des questions séculaires : la part et le rôle qu'a un individu d'une société humaine donnée. Dispose-t-il d'une marge de liberté ou n'est-il qu'un simple organe du groupe humain auquel

¹⁹⁰² Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 p.459 : « L'acte de naissance de la personnalité juridique montre clairement que cette notion a été conçue sous le sceau de la propriété : il fallait faire échapper des biens à l'emprise de personnes qui, a priori, en étaient les propriétaires ».

¹⁹⁰³ Th. REVET, La force de travail (étude juridique), préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise.

¹⁹⁰⁴ M. VIRALLY, La pensée juridique, réédit. Panthéon Assas, coll. Les introuvables, préf. P.-M. DUPUY, C. LEBEN p.63

¹⁹⁰⁵ L.MICHOUUD « « L'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre » ». cité par R. SALEILLES, De la personnalité juridique, 1910, reprint : la mémoire du droit 2003 p.539

il appartient ? On rejoint KELSEN sur un point à propos de la controverse sur le droit subjectif. Là où Hans KELSEN paraît avoir raison, c'est que l'idée même de droit subjectif permet de décrire un ordre juridique du type démocratie libérale où l'individu est investi d'intérêts protégés jugés inaliénables et sacrés. Le terme de droits subjectifs est à la fois une notion qui permet de décrire certains ordres juridiques mais qui est également porteuse d'une idéologie qui confère à l'individu l'initiative d'agir, c'est-à-dire qui permet à la volonté de la personne d'agir sur son intérêt : le droit subjectif, c'est la propriété privée au sens large du terme. Et la notion de droit subjectif est étroitement liée à la notion de personne : « *Le concept de personne juridique (par définition, une personne juridique est le sujet de droits subjectifs et d'obligations juridiques) répond à la nécessité d'imaginer le titulaire de droits et d'obligations*¹⁹⁰⁶ ». Une personne peut donc être propriétaire (lato sensu).

Le problème d'une telle conception est de construire l'intérêt sur la volonté privée et par conséquent d'exclure.

L'objection d'Emmanuel GAILLARD, le risque d'éjecter de la personnalité les individus à la volonté défaillante

La notion de droit subjectif signifie que l'individu dispose d'une sphère de compétences propres dans laquelle il est souverain, c'est-à-dire qu'il est propriétaire au sens large du terme. La propriété (en tant que faculté d'appropriation) est inhérente à la liberté¹⁹⁰⁷. L'idéal de liberté individuelle des lumières fut traduit par la généralisation et l'uniformisation de la propriété¹⁹⁰⁸ et le droit subjectif n'est ni plus ni moins que le droit de propriété. On peut se demander si le droit de propriété, le droit subjectif, n'est pas simplement l'idéal de liberté concrétisé par le droit¹⁹⁰⁹. Avoir un droit subjectif, c'est avoir un espace de liberté opposable erga-omnes où autrui peut être sanctionné s'il viole cet espace. On retrouve l'idée de KELSEN¹⁹¹⁰. Le droit d'une personne oblige les autres à le respecter et cette opposabilité du droit subjectif n'est ni plus ni moins que l'opposabilité du droit de propriété. Or si le titulaire d'un droit subjectif peut user égoïstement de son droit car celui-ci ne serait pas finalisé¹⁹¹¹,

¹⁹⁰⁶ H. KELSEN, *Théorie générale de du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997 p.145

¹⁹⁰⁷ Objectif politique de la doctrine du début du XIXe siècle de « : parvenir à la construction d'un ordre juridique moderne, fondé sur l'institution du principe de la liberté des personnes, qui exige à la fois que cette personne ait un accès inconditionné à la propriété et qu'elle n'en soit pas l'objet. » in M. XIFARAS, *La propriété Etude de philosophie du droit*, 2004 PUF, p.26

¹⁹⁰⁸ M. XIFARAS, *La propriété Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.44-46 : La révolution française a libéré le travail en passant du tout ce qui n'est pas permis est défendu à tout ce qui n'est pas défendu est permis. P.46 : « La liberté du travail mène à la reconnaissance de l'aliénabilité du travail, ou encore de la liberté du travailleur

¹⁹⁰⁹ *Libertés et droits fondamentaux 2013*, 19e édit. sous la dir. R. CABRILLAC F. TERRE, Sur la notion de libertés et droits fondamentaux p.3 et s., n°1 et s., p.4, n°9 : « La notion de droit subjectif se distingue malaisément de celle de liberté publique. »

¹⁹¹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, édit. Bruylant L.G.D.J. reprint 1999, p.127

¹⁹¹¹ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé », préface G. CORNU, *Economica* 1985, p.30, n°33

alors cette fin égoïste suppose que le droit subjectif a toujours pour titulaire une personne physique capable : « *En réalité, le titulaire d'un droit subjectif est libre d'en user à sa guise et aussi bien d'en faire un usage égoïste que d'en faire profiter autrui Ce type de prérogatives n'emporte donc pas, par nature, la justification du contrôle de son usage* ». Puis Emmanuel GAILLARD explique que le *droit subjectif est autonomie alors que le pouvoir est hétéronomie*¹⁹¹². Mais quelle autonomie y a-t-il lorsqu'on souffre de « troubles de la volonté » ? Etymologiquement, l'auto-nomie est la faculté de se donner sa propre loi. Donc il faut admettre que la liberté conférée suppose la capacité de l'infans ou du dément ? Or cette solution n'est pas moralement acceptable et le droit ne peut être, contrairement à ce que certains disent, une pure construction technique. Le droit est d'abord et surtout un construit fondé sur des valeurs¹⁹¹³. Mais admettre que certains individus ne sont pas capables, n'est-ce pas les exclure de la notion technique de personnalité ? Or un des fondements « humanitaires » du droit est de faire de chaque être humain une personne juridique. Emmanuel GAILLARD l'a saisi lorsqu'il écrivait : « *En définitive, si la plupart des auteurs n'ont pu donner une définition cohérente du droit subjectif, c'est qu'ils n'ont pu se résoudre ni à dénier la qualité de sujet de droit aux incapables et aux personnes morales ni à expurger le droit subjectif de toute référence à la volonté du sujet*¹⁹¹⁴ ». Finalement beaucoup de théories sur le droit subjectif arrivent à la conclusion qu'il n'y a pas de différence entre exercer son droit subjectif directement ou par le biais d'un représentant. Or cela nous paraît inexact. Le droit subjectif est inhérent au sujet de droit capable de l'exercer. Quand le sujet n'est pas capable, il y a un phénomène de dissociation de l'intérêt et de la volonté qui fait naître une relation de pouvoir comme Emmanuel GAILLARD l'a expliqué. Le principe, c'est l'autonomie, c'est-à-dire que la théorie du droit subjectif renvoie à l'idée d'un sujet de droit-humain- qui dispose d'une sphère de liberté reconnue par le droit. L'intérêt et la volonté sont assimilés, même si ce n'est pas le cas en réalité, on présume que cela l'est : l'individu est réputé s'engager, acquérir des biens et louer sa force de travail librement. Seul un être humain (pour l'instant ? progrès de l'IA) dispose d'une force de travail qui est la première des propriétés et qui est une des principales sources de revenus avec les revenus du capital et les transferts/redistributions étatiques, voire familiaux.

Emmanuel GAILLARD évoque deux types de représentation, l'une liée à l'incapacité d'une personne physique, l'autre étant la personnalité juridique. Mais il existe une différence cardinale entre les deux, la personnalité juridique (sous-entendue une personne morale) est un pur construit contrairement à l'existence physique d'un être humain, même réputé

¹⁹¹² E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé », préface G. CORNU, *Economica* 1985, p. 138, n°216

¹⁹¹³ A. SUPIOT, « Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit. » Edit. du seuil, points essais 2005, p.221

¹⁹¹⁴ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé », préface G. CORNU, *Economica* 1985, p.216, n°324

incapable juridiquement. Pour résumer, lorsque Jean-Louis HALPERIN évoque « la propriété, matrice du droit subjectif », il constate « *un long processus de subjectivisation du droit de propriété pour aboutir à la traduction juridique de l'individualisme possessif dans les codes de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle*¹⁹¹⁵ ». Or le droit de propriété, telle que conçu depuis Rome jusqu'à la notion moderne positivée par la DDHC et le Code civil de 1804 est un droit de propriété qui est lié à un sujet de droit humain autrement dit une personne physique. La personne morale n'est titulaire que de certains attributs du pouvoir fondamental de propriété, elle dispose de la faculté d'appropriation mais pas de la faculté de s'obliger.

b. En ce qui concerne l'entreprise privée

Derrière l'entreprise privée, il y a toujours un entrepreneur¹⁹¹⁶, c'est-à-dire une personne qui met en œuvre des facteurs de production en vue de réaliser une prestation (au sens large du terme) à destination d'un client. Avec l'accroissement de la division du travail et la nécessité de concentrer des capitaux pour produire certains biens et services, l'entreprise ne fut bien souvent plus l'affaire d'une seule personne mais celle de plusieurs. D'où le contrat de société. Le contrat de société a permis depuis des siècles, voire des millénaires, de faire à plusieurs des opérations commerciales, c'est-à-dire des opérations qui visent à organiser juridiquement les moyens de production comme diraient certains économistes. La pratique puis le Droit ont isolé les biens de l'entreprise pour les protéger des créanciers personnels des apporteurs de capitaux (associés) mais à l'inverse le cloisonnement a permis également de protéger les associés des créanciers professionnels ; de surcroît l'appropriation par une entreprise sociétaire génère un bénéfice qui n'est pas individualisé mais seulement individualisable. Le bénéfice de l'entreprise sociétaire est la propriété en commun des associés. Mais dans les entreprises personnifiées, notamment les sociétés de capitaux, le bénéfice ou profit réalisé demeure en commun tant qu'il n'est pas partagé. Or le partage du profit résulte de l'organisation et du fonctionnement de la société donc du contrat de société : les règles d'attribution de ce profit, entre les différents associés, sont issues du contrat de société donc de l'organisation volontaire. Les biens mis en commun pour générer le profit sont l'objet d'une propriété privée collective qui génère des liens personnels et des liens réels entre les associés. La doctrine s'est souvent focalisée sur les liens créés entre associés plutôt que

¹⁹¹⁵ J-L. HALPERIN, Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? conférence faite au Japon aux universités Nanzan (Faculté de droit droit, Nagoya) et Keio (Faculté de d..2010) <Hal-00460386

¹⁹¹⁶ G. RIPERT : « pas de capitaux sans capitalistes ». » cité par E. RICHARD, « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, *Entreprise et histoire*, 2009/4 n°57

sur « l'union des biens » réalisée par le contrat de société¹⁹¹⁷ ». L'union des biens réalisée par le contrat de société n'est qu'une forme spécifique de propriété plurale.

L'entreprise privée individuelle est issue de la propriété privée, l'entreprise sociétaire est issue de la propriété privée avec en plus les libertés économiques spécifiques (contractuelles, d'entreprendre). La « réalité » de la production, c'est l'entreprise privée et non les structures juridiques de l'entreprise qui sont issues du choix des propriétaires de l'activité économique. Beaucoup de juristes, d'économistes semblent croire que l'entreprise serait d'une nature spéciale. Or dans une démocratie libérale qui « fabrique » naturellement une économie de marché, la distinction entre le capital et les capitalistes est artificielle. L'entreprise privée ne s'explique pas par des notions méta-juridiques comme l'intérêt transcendant de l'entreprise ou par une personnalité morale qui serait un être avec sa propre existence mais par les notions fondamentales du droit que sont la propriété privée et le contrat. Le droit des sociétés est en réalité un droit spécial des biens. La société est une forme de propriété collective sophistiquée où l'opposabilité n'est pas celle d'un patrimoine individuel mais d'un groupement. D'un point de vue technique, il n'y a pas de différence de nature entre une communauté conjugale et une société. TROP LONG d'ailleurs évoquait la société comme étant une forme de communauté.

B. Comparaison du statut des dirigeants entre entreprise privée et entreprise publique

L'économie de marché découle de l'Etat de droit

Déterminer la nature de l'entreprise privée permet d'expliquer l'ensemble des relations en son sein dont la relation liant le dirigeant social à la société qui le rémunère. On a essayé d'approcher cette nature. Or cette nature de l'entreprise privée n'existe pas intrinsèquement mais dépend de la nature de l'ordre juridique. L'entreprise, c'est la production au sens économique du terme. Or l'erreur de l'analyse classique est de rechercher la nature de l'entreprise dans un texte très précis ou dans une jurisprudence précise alors que cette nature relève des principes matriciels qui guident l'ordre juridique : le marché n'est pas protégé en soi mais reconnaître certaines libertés économiques aboutit à le consacrer¹⁹¹⁸.

L'ordre juridique français est un Etat de droit d'une démocratie libérale organisé en partie par le marché, c'est-à-dire que l'histoire a façonné un ordre juridique où l'individu a pris de plus

¹⁹¹⁷ R-Th. TROP LONG, Le droit civil expliqué... Du contrat de société, Paris 1843. T1 , p.11, n°7 T1 : « On ne comprenait pas suffisamment que la société est plutôt constituée par l'union des biens que par l'union des personnes ».

¹⁹¹⁸ G. KOENIG, « Le révolutionnaire, l'expert et le geek Combat pour l'autonomie » Plon.2015 p.31

en plus de place. Les techniques du droit civil comme la propriété privée et le contrat ne sont que la traduction juridique de principes philosophiques et politiques ; à savoir la liberté individuelle. Et cette liberté individuelle permet l'association à plusieurs notamment dans le processus de biens qu'est l'entreprise. Mais l'entreprise privée n'est pas l'archétype de la production, on pourrait très bien concevoir une production de biens par une entreprise publique qui dans ce cas aurait forcément une influence sur la nature de la relation dirigeant-entreprise, plus liée par un contrat, mais découlant d'un acte juridique unilatéral de droit public. L'exemple dont est réglée la question de la rémunération dans les entités publiques permet de voir que l'entreprise privée fonctionne d'une manière radicalement différente de l'entreprise publique.

Annonce du plan

Dans l'entreprise publique, c'est bien un pouvoir unilatéral qui l'organise. Ce pouvoir est un pouvoir de souveraineté d'où la possibilité pour la puissance publique de fixer d'une manière unilatérale la rémunération des dirigeants sociaux (1) ; en revanche, dans l'entreprise privée, le pouvoir en son sein est un pouvoir de propriété issu d'une concentration de prérogatives appartenant initialement à des personnes privées. L'entreprise privée dispose donc d'une certaine autonomie pour s'organiser. (2)

1. Entreprise publique, structurée par le pouvoir de souveraineté : exemple de la rémunération du dirigeant d'une entreprise publique

Après les nationalisations de 1944-1945 et de 1981 puis les privatisations commencées en 1986, le secteur public a eu un périmètre variable¹⁹¹⁹.

Périmètre du secteur public et notion d'entreprise publique

D'aucuns confondent entreprise et entreprise privée. Lorsque l'on vise la notion d'entreprise, il s'agit d'entreprises du secteur privé, à but lucratif¹⁹²⁰. Pourtant le secteur public en France représente encore 5% de l'activité économique¹⁹²¹. Fin 2014, l'Etat comptait 1632 sociétés dont le capital est directement ou indirectement détenu par l'Etat. D'après l'INSEE, l'entreprise publique est « *une entreprise sur laquelle l'Etat peut exercer directement ou*

¹⁹¹⁹ A. CARTIER-BRESSON, « L'Etat actionnaire ». Thèse Préf. D. TRUCHET LGDJ, bibliothèque de droit public tome 264, p.6, n°4

¹⁹²⁰ C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, Economie, Sirey 2016 « _ Dans le secteur privé, il faut distinguer les entreprises à but lucratif et les entreprises à but non lucratif (coopératives, associations, mutuelles) ».

¹⁹²¹ INSEE2014 cité par J.-M. SAUVE, Les entreprises publiques in les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique (www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-entreprises-publiques , lien valable au 01.11.2018)

*indirectement une influence dominante du fait de la propriété ou de la participation financière, en disposant, soit de la majorité du capital, soit de la majorité des voix attachées aux parts émises*¹⁹²². ». La notion d'influence dominante de la définition précitée est cardinale, une définition d'une thèse de doctorat des années 50 donnait la définition suivante : une entreprise publique est une « *entreprise industrielle ou commerciale qui échappe à l'appropriation par le capital privé, et relève, en dernière analyse, de l'autorité de l'Etat*¹⁹²³ ». Cette définition de l'entreprise est proche de celle du droit communautaire d'une directive du 25 juin 1980 : « *Toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou de règles qui la régissent*¹⁹²⁴ ». L'entreprise publique est donc celle dans laquelle l'Etat joue un rôle majeur pouvant fausser les règles du droit commun, le droit privé en l'occurrence, voire y déroger totalement. Car, quand l'Etat intervient, il peut faire jouer l'exorbitance qui lui est propre même si la tendance actuelle est de se soumettre davantage au droit privé, notamment depuis les différentes vagues de privatisations dues à la pression du droit de l'Union Européenne. WALINE écrivait déjà que la notion d'entreprise publique était floue¹⁹²⁵ et elle l'est toujours car il n'y a pas de structure type pour l'intervention de l'Etat dans l'économie : l'intervention peut être directe, en régie, où l'entreprise publique/service public n'a pas de personnalité morale propre à une société d'économie mixte où l'Etat se comporte comme un actionnaire de droit privé¹⁹²⁶. La tendance lourde depuis 1986 et même avant, est la soumission de plus en plus importante de l'entreprise publique aux règles du droit privé. Le droit européen en distinguant les activités concurrentielles de celles qui relèvent de la compétence étatique, a influé profondément sur les entreprises publiques en faveur de la soumission au droit commun qui est celui du droit commercial, droit des sociétés¹⁹²⁷. Néanmoins, dans les entreprises où l'Etat est minoritaire mais avec une participation de 10 à 50%, l'ordonnance du 20 août 2014 donne à l'Etat actionnaire une certaine exorbitance. Dès que le nombre d'administrateurs est supérieur à dix, l'Etat a au minimum deux sièges d'administrateurs même s'il n'a que 10% par exemple des actions¹⁹²⁸.

¹⁹²² Définition INSEE in www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1241 date de publication 13/10/2016 (consultable le 10 juillet 2017)

¹⁹²³ Définition DELION, L'Etat et les entreprises publiques, thèse, Paris, 1957 cité par J. RIVERO, Droit administratif, Dalloz 11^e édit. p.511

¹⁹²⁴ R. CHAPUS, Droit administratif général, LGDJ, T. 1, 12e p.327, n°502

¹⁹²⁵ V. M. BERNARD, « L'entreprise et le droit de la fonction publique », Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, 1997 p.47

¹⁹²⁶ Voir la thèse de CARTIER-BRESSON, sur l'Etat actionnaire op.cit.

¹⁹²⁷ Infra § suivant

¹⁹²⁸ L. JOBERT, « L'intrusion de l'Etat dans les conseils d'administration (ou l'art un peu gauche de la contradiction) », Dr. Sté, 2015, n°3, Alerte 10 ; C. BOITEAU, Les entreprises liées aux personnes publiques, RFDA 2017, p.57 ; On pourrait également citer l'article L.225-123 issu de la loi dite Florange du 29 mars 2014 (n°2014-384) qui permet le droit de vote double ; favorise indirectement l'Etat chez Renault par exemple.

Rémunération des mandataires sociaux de l'entreprise publique, sa spécificité par rapport à l'entreprise privée

Il faut distinguer deux types d'entreprises publiques : celles qui sont des établissements publics (c'est-à-dire qui disposent d'une autonomie relative mais organisées selon les règles du droit public, sans capital social car appartenant en totalité à l'Etat) et celles organisées sous la forme d'une société dont le régime juridique relève du Code de commerce¹⁹²⁹.

Pour les activités économiques exercées par des établissements publics, la nomination comme la rémunération des dirigeants de ces établissements relèvent d'une décision unilatérale de l'administration. Si la gestion d'une activité en régie ne concerne plus que les services publics administratifs, la cause de la rémunération n'est pas un acte juridique de droit privé mais un statut élaboré unilatéralement par les organes étatiques compétents : il ne s'agirait donc pas d'un contrat¹⁹³⁰ : car la rémunération des dirigeants a sa source dans un acte de droit public. En tous les cas, la nature relève d'une décision « politique » dans le sens premier du mot. L'acte obéit à un statut. Le contrôle de la rémunération de ce type d'acte n'a aucun sens car l'Etat est libre de modifier unilatéralement cet acte juridique. La notion de contrôle de la rémunération des agents publics, comme celle des salariés, n'a pas d'intérêt car le traitement ou salaire est fixé en grande partie par celui qui le verse. L'Etat, comme l'employeur relevant du droit du travail, pour des raisons différentes, peut modifier unilatéralement le traitement ou le salaire qu'il verse à ses « commis ». L'Etat, comme l'employeur, dispose de prérogatives particulières que n'a pas le fonctionnaire ou l'employé. Néanmoins, il existe une différence de taille entre la situation du fonctionnaire et la situation de l'employé : l'Etat est investi d'un pouvoir public alors que l'employeur relevant du code du travail dispose d'un pouvoir privé : l'unilatéralité de droit public découle de la loi elle-même unilatérale qui en amont provient de la notion de souveraineté de l'Etat alors que l'unilatéralité de droit privé découle toujours d'un accord bilatéral d'un contrat auquel l'employé a consenti¹⁹³¹. La subordination de l'employé a pour corollaire le pouvoir privé dont

¹⁹²⁹ Exploitation en régie existe aussi ; la régie n'a pas la personnalité morale et est réputée peu efficace économiquement, elle est le plus souvent limitée aujourd'hui au Service Public Administratif désormais. V. D. TRUCHET Droit administratif, 4e édit. P.344

¹⁹³⁰ En tout cas, il ne s'agit pas d'un contrat relevant du droit privé. La question pourrait néanmoins se poser de savoir si le statut des fonctionnaires exclut forcément toute relation contractuelle entre l'agent et la personne morale de droit public qui l'emploie. Jusqu'à l'arrêt Dlle MINEUR de 1937, le Conseil d'Etat considérait que qu'il existait un contrat de fonction publique entre le fonctionnaire et son administration, J. CAILLOSSE, Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, p. 89 et s. p. 95 ; Sur la nature juridique de la situation du fonctionnaire, V F. MELLERAY, « Droit de la fonction publique », 2° édit. Edit. Economica p.118, n°95

¹⁹³¹ E. DOCKES, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur. Etudes offertes à J. PELISSIER, Dalloz, pp.203-211, 2004 p.8

dispose l'employeur, qui a pour cause un contrat contrairement au pouvoir public dont l'origine de l'obligatorité relève de la philosophie politique et de la théorie du droit.

L'unilatéralité de l'Etat est « autonome », inhérente à la notion de souveraineté¹⁹³² alors que celle de l'employeur résulte d'un accord de volonté, d'un contrat, d'une norme négociée¹⁹³³. Pas de prérogative conférée à un contractant sans le consentement du cocontractant. La rémunération d'un dirigeant d'entreprise publique ne pose pas de problème car l'Etat a la faculté de la déterminer unilatéralement. Dans une entreprise privée, la rémunération de celui qui la dirige relève de contrats de droit privé (malgré une formulation maladroite des textes du code de commerce).

En ce qui concerne les entreprises publiques où l'Etat détient une participation majoritaire¹⁹³⁴, un décret a été pris à l'été 2012 afin de respecter la promesse du candidat Hollande devenu président¹⁹³⁵. L'Article 3 décret du 9 août 1953 modifié par décret du 26 juillet 2012 prévoit que les rémunérations des mandataires sociaux des entreprises visées (EPIC ou société commerciale où l'Etat est majoritaire « *sont fixées ou approuvées par décisions conjointes du ministre de l'économie et du ou des ministres intéressés*¹⁹³⁶ » avec l'existence d'un plafonnement à 450.000 € brut par an. Que penser de ce dispositif ? On pourrait penser a priori que ce décret constitue une forme d'exorbitance, que la rémunération des mandataires sociaux est fixée unilatéralement par la puissance publique, qu'il s'agirait d'une atteinte aux règles de droit commun du code de Commerce. En réalité, non, car le décret ne s'applique qu'à des entreprises où l'Etat dispose de la majorité du capital et donc des droits de vote.

¹⁹³² J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », p.179 et s., APD 2000, p.179-194, p.182 : « La souveraineté se caractérise par le pouvoir de commandement unilatéral que l'Etat détient sur ses ressortissants, pouvoir qui s'exprime dans/par la norme juridique : l'Etat a le pouvoir d'imposer certaines obligations de comportement sous peine de sanction...indépendamment de leur consentement et au besoin contre leur gré. Cette unilatéralité qui exprime l'inégalité foncière des rapports entre l'Etat et les individus, domine l'ensemble du droit étatique »

¹⁹³³ E. DOCKES, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur. Etudes offertes à J. PELISSIER, Dalloz, pp.203-211, 2004

¹⁹³⁴ A. CARTIER-BRESSON, « L'Etat actionnaire », Préf. D. TRUCHET LGDJ, bibliothèque de droit public, 2010 p.231, n°139

¹⁹³⁵ M. ALBOUY, Carlos Ghosn, François Hollande et le « say on pay », The conversation, 19 mai 2016

¹⁹³⁶ Article 3 décret du 9 août 1953 modifié par décret du 26 juillet 2012 – « Dans les organismes contrôlés en vertu du présent décret ou en application des régimes spéciaux mentionnés à l'article 1er, sont fixés par décision des ministres chargés de l'économie et du budget ou, dans les organismes ayant la forme de société commerciale, approuvés par décision du ministre chargé de l'économie :

1° Le montant des jetons de présence ou indemnités allouées aux membres des conseils d'administration ou des conseils de surveillance ou de gérance ou des organes délibérants en tenant lieu ;

2° Les éléments de rémunération d'activité des présidents du conseil d'administration, des directeurs généraux, des directeurs généraux délégués, des présidents-directeurs généraux, des présidents et membres de directoire, des présidents du conseil de surveillance, des présidents, des gérants et, d'une manière générale, des personnes qui, quel que soit leur titre, exercent des fonctions équivalentes ;

3° Les avantages de toute nature liés à l'activité ainsi que les éléments de rémunération, indemnités ou avantages dus ou susceptibles d'être dus aux personnes mentionnées au 2° ci-dessus en raison de leur cessation d'activité ou de leur changement de fonctions ou postérieurement à ceux-ci.

Le ou les ministres intéressés sont consultés préalablement à ces décisions ».

Incidence de la concurrence sur l'entreprise publique : la traduction d'une politique juridique

Une économie libérale fondée sur la concurrence doit faire apparaître un prix juste¹⁹³⁷, et non un juste prix, c'est-à-dire un prix contraint par le marché. Selon la conception juridique, le prix est une sorte de décision arbitraire, faculté qui résulte de la liberté du propriétaire de fixer le prix de la prestation qu'il compte échanger sur un marché donné mais le prix est en réalité contraint et déterminé par le marché et la concurrence. La concurrence parfois présentée comme un mantra qui innerve notamment le droit européen est la conséquence là aussi, d'une économie fondée sur le marché. Une démocratie libérale est fondée sur la liberté individuelle or la liberté individuelle permet les libres transactions et donc de proposer une offre concurrente à celles qui existent. L'UE veille à ce que les établissements publics qui pourraient bénéficier de garanties illimitées de la part de l'Etat ne bénéficient pas d'aides publiques qui fausseraient la libre concurrence¹⁹³⁸. La théorie du service public développée depuis la fin du XIX^e siècle par notamment L. DUGUIT peut entrer en conflit avec les doctrines les plus libérales de l'économie : le changement de paradigme observé en droit public est lié entre autres à la pénétration du droit de la concurrence du droit de l'Union Européenne¹⁹³⁹. Pour certains, la *ratio legis* du droit communautaire serait un simple mantra idéologique. Selon nous, la *ratio legis* du droit de l'Union européenne, ce sont les principes de la démocratie libérale. La concurrence n'est pas bonne en soi, elle est la conséquence du principe général de libertés individuelles : liberté de s'associer pour produire, liberté de se créer une clientèle y compris au détriment des entreprises, agents économiques déjà en place. La concurrence est perçue par beaucoup comme une simple idéologie car elle est souvent décrite comme une fin. La concurrence n'est pas une fin en soi, elle est un principe à respecter car la concurrence permet de faire respecter et d'appliquer le principe de liberté de transaction : la libre concurrence, c'est la liberté d'accéder au marché et le marché, c'est le contrat. « *La liberté des marchés ne se conçoit pas sans la liberté des contrats*¹⁹⁴⁰ » et la liberté des contrats a besoin de la concurrence pour prospérer. L'instauration d'un marché commun européen est la traduction juridique d'un idéal politique et économique de créer une zone de démocratie libérale à l'échelle de l'Europe¹⁹⁴¹. Le droit de la concurrence ne protège personne en

¹⁹³⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, Les 100 mots de la régulation, Que-sais-je ? PUF, 2011 entré °Concurrence. « La concurrence est la loi du marché. Elle permet l'émergence du prix exact, que l'on désigne souvent sous l'appellation de « juste prix ».

¹⁹³⁸ C. BOITEAU, Les entreprises liées aux personnes publiques, RFDA 2017, p.57

¹⁹³⁹ J. CAILLOSSE : « le droit de l'action publique se reconstruit autour du modèle de l'économie concurrentielle de marché, érigée au rang de nouveau paradigme »

¹⁹⁴⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, Droit de la concurrence, Dalloz 1^{ère} édit.2006 p.23, n°21

¹⁹⁴¹ L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, édit. FRISON-ROCHE 2003

particulier mais juste un principe, le principe de concurrence qui découle du principe de liberté contractuelle lui-même en aval du principe de liberté individuelle concrétisée par le droit de propriété. La question de la propriété est fondamentale au sein de l'entreprise car la production n'a pas le même sens en fonction de la qualité de propriétaire de l'entreprise. Si l'entreprise appartient à l'Etat (qui est déjà en réalité une propriété collective publique, le profit ou valeur ajoutée n'existe pas réellement car le but est de rendre un service dit public en France), si l'entreprise est privée, c'est-à-dire si elle appartient à des personnes privées, elle doit consommer moins de ressources pour produire que celles qu'elle espère engranger lors de la vente de sa production. L'entreprise privée est organisée entièrement par le principe de liberté. Liberté de produire, de s'organiser comme elle le souhaite, liberté des éventuels clients d'acheter ou non les produits de l'entreprise privée alors que l'entreprise publique est organisée non par le contrat mais par l'acte unilatéral de droit public. Il y a une différence irréductible entre l'entreprise privée et l'entreprise publique. Le droit de l'union européenne ne connaît pas la notion de service public à la française (dont le périmètre exact de la notion est flou) mais la notion de service d'intérêt général¹⁹⁴².

Si l'entreprise publique demeure difficile à conceptualiser, l'entreprise privée ne présente pas cette difficulté.

2. L'entreprise privée structurée par un pouvoir de propriété: la nature de l'entreprise et les concepts fondamentaux du droit

L'entreprise privée peut être expliquée par les notions fondamentales du droit privé¹⁹⁴³, sans besoin de créer de nouveaux concepts et notions. On a défini l'entreprise privée¹⁹⁴⁴ comme étant l'activité économique lucrative exercée par un entrepreneur en vue de réaliser un bénéfice. L'entreprise privée ne dispose pas (sauf exception de subventions publiques) d'autres ressources que celles assurées par ses clients. On ne peut pas dissocier l'entreprise privée de l'entrepreneur car les biens apportés à l'entreprise sont toujours appropriés, notamment par le biais d'un contrat de société. Comme on l'a écrit au chapitre précédent, le cœur de l'affrontement est une vraie question que certains ont réduite à une question politique et idéologique qui concerne la propriété des biens sociaux et plus généralement des biens d'une entreprise privée. Pour certains, une entité non humaine peut être appropriée, similaire à un être humain doté de la personne physique, pour nous, c'est impossible. Seuls

¹⁹⁴² D. TRUCHET, Droit administratif 4ième édit 2011 p.330 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, Les 100 mots de la régulation aux entrées : Etat, Service public et entreprise publique

¹⁹⁴³ Référence à l'ouvrage de R. DEMOGUE, ainsi qu'à l'ouvrage bien plus récent de J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, Puf, 1e édit. 2011

¹⁹⁴⁴ Voir Chapitre précédent

les êtres humains sont les vrais sujets de droit, les vrais propriétaires et l'avènement de l'intelligence artificielle va devoir accroître et clarifier la *summa divisio* entre les personnes et les choses. Notre position n'est pas idéologique mais découle de l'observation du droit positif macro, c'est-à-dire de celui qui vient du sommet de l'ordre juridique et qui est interprété par les organes jurislatureurs : un Etat de droit d'une démocratie libérale génère marché, concurrence et libertés fondamentales qui découlent de « l'individualisation » du monde. Cette individualisation du monde se traduit par la notion de droit subjectif où l'individu n'est pas seulement celui qui obéit au droit objectif, mais de plus en plus, celui qui est titulaire de droits subjectifs opposables à autrui et à l'Etat. Pour Michel VILLEY, ce processus remonte à OCCAM, pour Jean-Louis HALPERIN et d'autres, au droit romain¹⁹⁴⁵.

L'entrepreneur peut être une personne physique seule ou un regroupement de personnes. Ce groupement de personnes peut être personnifié pour les raisons que l'on a évoquées mais cette abstraction juridique ne doit pas être confondue avec une personne physique. L'entrepreneur est chargé, lui-même, mais le plus souvent son/ses fondés de pouvoir, de combiner différents facteurs de production¹⁹⁴⁶ afin de produire des biens ou services qui seront « échangés » sur le marché. L'entreprise en tant qu'être ne peut être dissociée de ceux qui en sont les propriétaires. La question de la propriété de l'entreprise est contestée par ceux qui ont une vision personnaliste de celle-ci, considérant qu'elle serait une entité distincte des entrepreneurs, qu'elle serait une communauté de travail mais cette vision qui dérive de la tendance naturelle de l'homme à hypostasier¹⁹⁴⁷, s'inscrit dans un courant de pensée qui aurait tendance à tout personnifier (l'entreprise, l'animal, le groupe de sociétés). Selon nous, l'essence véritable de la personne, c'est la personne physique et la corrélation entre démocratie libérale et acquisition automatique de la personnalité physique pour l'être humain, constitue un des principes matriciels de notre ordre juridique qui fait partie de la famille des démocraties libérales. La démocratie libérale, en garantissant des droits et des libertés, a consacré les principes d'une économie de marché. Et c'est de cette économie de marché que l'on peut déduire la nature de l'entreprise privée.

Entreprise privée et la notion de personne

L'homme en tant qu'être humain est propriétaire de sa personne d'après LOCKE¹⁹⁴⁸. Et on l'a vu précédemment, la philosophie de LOCKE et d'autres auteurs des Lumières fut « positivée »

¹⁹⁴⁵ J.-L. HALPERIN, Propriétés et droit subjectif ; deux destins liés ? op.cit.; Ph. NEMO, Esthétique de la liberté, Puf 2014, p.48 : La création (découverte) de la propriété privée a abouti « à valoriser plus que jamais auparavant la personne humaine individuelle »

¹⁹⁴⁶ B. OPPETIT, A. SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, librairie technique, 2e edit., p.15 n°19

¹⁹⁴⁷ Sur la notion d'hypostasie, O. JOUANJAN, Remarques critiques sur L'ordre juridique et le discours du droit, Recueil Dalloz 2014 p. 994

¹⁹⁴⁸ L. FONBAUSTIER, Locke Le droit avant l'Etat, Michalon le bien commun 2004 p.44

par la Révolution Française qui a permis ensuite l'avènement du Code civil en 1804¹⁹⁴⁹. La technique de la personnalité civile a permis de faire émerger une conception individualiste dans l'ordre juridique en arrachant l'individu au groupe¹⁹⁵⁰. Certes il ne faut pas confondre la notion de personne humaine avec la personnalité juridique¹⁹⁵¹, qui peuvent être dissociées mais dans un ordre juridique d'une démocratie libérale, il y a corrélation entre l'être humain et la personnalité juridique car « *La personnalité juridique apparaît donc comme l'aptitude à avoir et à disposer. Elle est aussi l'aptitude à s'obliger*¹⁹⁵² ». Or sans personnalité juridique, un être humain serait un esclave, voire une sorte de serf (personnalité juridique réduite). Le principe d'égalité juridique présuppose donc cette corrélation [implicite mais nécessaire] entre être humain et personnalité juridique. Pour ZENATI la personnalité est corrélée à l'idée d'un pouvoir fondamental de disposer¹⁹⁵³. La possibilité de faire des actes juridiques découlerait de cette personnalité selon l'auteur. Et effectivement, l'idée de propriété dans le sens capacité d'appropriation (l'appropriabilité selon LIBCHABER, les biens). Dans une démocratie libérale, l'individu est premier. Et c'est la personnalité qui permet à l'individu d'être titulaire de droits subjectifs. D'ailleurs pour beaucoup d'auteurs, la notion de droit subjectif est inhérente à l'idée de personne¹⁹⁵⁴. Et la notion de personne est une des notions premières du Droit dans un ordre juridique individualiste, qui a permis d'en construire d'autres dont la notion de patrimoine par exemple¹⁹⁵⁵ « *Le patrimoine constitue en effet le*

¹⁹⁴⁹ J.-L. HALPERIN précise bien que la DDHC n'est pas si révolutionnaire qu'elle paraît car les principes et idées contenus avaient été préparés par une doctrine forte défendant la propriété privée, la liberté individuelle. Diffusion des idées de LOCKE était avérée.

¹⁹⁵⁰ Fr. ZENATI- CASTAING, *Le crépuscule de la propriété moderne essai de synthèse des modèles propriétaires* p.225 et s. ; p.228 : « Une autre technique d'esprit individualiste a été mobilisée par la suite pour éradiquer le paradigme communautaire, la personnalité civile » ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* p.9 ; F.TERRE, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil* p.33 et s. p.46 ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p.157 : « La propriété est conçue comme un des droits subjectifs, au sens « qualité morale attachée à la personne ». »

¹⁹⁵¹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, Puf droit, 2006 p.20, n°5 :

¹⁹⁵² Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF 3e édit. 2008, les biens p.462

¹⁹⁵³ Fr. ZENATI-CASTAING, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTD Civ. 2006 p.445 et s., p.460 « La personnalité juridique comporte un pouvoir de disposer parce qu'elle est propriété ; c'est en tant que propriétaire que la personne, sauf restriction de la loi ou de la volonté, dispose, par l'activité juridique, de chacun de ses biens et de l'ensemble qu'ils constituent. »[...] « Le pouvoir de disposer est la source même de l'activité juridique...Disposer n'est pas seulement, en effet, aliéner, ou renoncer ; c'est aussi administrer, c'est-à-dire accomplir toutes les autres formes d'actes juridiques... » « Le pouvoir fondamental de disposer atteste que l'acte juridique fait aussi partie de la personnalité juridique ».

¹⁹⁵⁴ J. DABIN, *Encyclopædia Universalis*, entrée °DROIT Théorie et philosophie° : « le droit dit subjectif, qui est la prérogative conférée à une personne par le droit objectif. »

¹⁹⁵⁵ R. SEVE, *Détermination philosophique d'une théorie juridique : La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau*, Arch. Philo. du droit, Sirey 1979, p.247 et s.p.249 citant AUBRY et RAU : « « le patrimoine n'est, en effet, en dernière analyse, que la personnalité de l'homme mise en rapport avec les objets sur lesquels il peut avoir des droits à exercer ». Le patrimoine est donc une émanation de la personnalité, c'est d'elle qu'il tire son indivisibilité »

véritable « être-au-monde » juridique de la personne et ce sous un double aspect¹⁹⁵⁶. » Mais la notion de personne doit être corrélée à l'individu en tant qu'homme, en tant qu'être humain. C'est ce que Simone GOYARD-FABRE appelle le normativisme humaniste¹⁹⁵⁷, c'est-à-dire la prise de conscience que la normativité n'a de signification réelle que pour les sujets de droit qui sont des êtres humains. Le droit (objectif et subjectif) est un tout et l'individu n'est plus « sujet » d'un droit objectif déterminé par un souverain auquel il serait étranger mais il constitue une partie de ce souverain depuis que le « peuple est souverain¹⁹⁵⁸ ». Avec la notion de souveraineté populaire, l'individu titulaire du droit de vote est associé à l'ordre juridique, c'est-à-dire que l'hétéronomie du droit objectif n'est pas totale étant donné que l'individu titulaire du droit de vote constitue une fraction de ce souverain. Cette conception de l'individu-fractionnaire du souverain découle de l'idée de démocratie libérale où l'individu sujet de droit n'est pas seulement sujet passif d'un droit objectif élaboré par autrui mais il est sujet agissant tant au niveau du droit objectif qu'au niveau du droit subjectif. Avoir un droit subjectif, c'est avoir la possibilité d'acquiescer et de se rendre débiteur, qui découle en réalité du droit de propriété compris comme étant l'appropriation, l'appropriabilité (fonction implicite dans la théorie d'AUBRY et RAU). Seul un être humain personne physique peut être propriétaire et s'engager simultanément. Tout autre sujet de droit non humain peut être certes propriétaire mais il ne peut jamais s'engager seul. L'autonomie n'existe que pour la personne comprise en tant qu'homme. Si la personnalité juridique est un construit, la personnalité juridique des autres sujets de droits non humains sont des « doubles construits¹⁹⁵⁹ ». Comme S. GOYARD-FABRE l'expliquait, tous les discours du droit ne concernent que l'homme même quand l'apparence pourrait faire croire que c'est un être inanimé ou une abstraction comme la Nature qui serait créancière de droits¹⁹⁶⁰. Si le cheval de

¹⁹⁵⁶ R. SEVE, « Détermination philosophique d'une théorie juridique : La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », Arch. Philo. du droit, Sirey 1979, p.247 et s, p.250

¹⁹⁵⁷ S. GOYARD-FABRE, Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme p. 7 et s. ; p.29 et p.30

¹⁹⁵⁸ O. BEAUD, "Souveraineté", in Dictionnaire de philosophie politique, Ph. RAYNAUD, S. RIALS, puf p.625 et s. : [La souveraineté] désigne à partir de l'œuvre de Jean Bodin un pouvoir unifié, indivisible et suprême attribué à un être impersonnel, l'Etat., p.632 :« Puisque la constitution est un acte juridique unilatéral qui s'impose à des destinataires, le peuple qui l'édicte impose sa volonté aux gouvernants, c'est-à-dire détermine les principes fondamentaux du régime politique du pays. Les pouvoirs de gouvernement- les pouvoirs publics- sont soumis à la constitution et donc indirectement au pouvoir constituant ».

¹⁹⁵⁹ G. WICKER Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, p.199, n°206 : « En effet, alors que la construction des personnes physiques se limite à la seule confrontation d'un « donné », l'homme, et d'un « construit », le sujet de droit, il y a concernant les personnes morales une relation à double détente entre le sujet moral, le groupement et les éléments personnels et matériels le composant. A une construction élémentaire s'oppose une construction à deux degrés, ce qui laisse présager des structures plus complexes et plus diversifiées ».

¹⁹⁶⁰ S. GOYARD-FABRE : Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme p. 7 et s in Cahiers de philosophie politique et juridique, Sujet de droit et objet de droit, Presse universitaire de Caen, 1992, p. 7 et s. ; et p.30 :Défense du normativisme humaniste. « Le discours du droit, en sa source, en sa forme comme en son sens, ne concerne que l'homme. » « Tous les droits sont, par leur texture normative, des droits de l'homme : et c'est encore l'homme qui est concerné dans les devoirs qu'il a, et combien impérieux, envers la nature. »

CALIGULA peut être considéré comme propriétaire d'un ordre juridique donné, il ne peut jamais s'engager, être débiteur en propre d'une obligation. La personnalité morale est comme l'ont écrit les professeurs DIDIER un mythe commode qui a en réalité pour origine la personnification de l'intérêt commun des associés qui n'est ni plus ni moins l'assiette des biens mis en commun dans une entreprise privée, devenue parfois un patrimoine au sens juridique du terme.

Entreprise privée et propriété privée

La propriété privée est la relation juridique qui s'intercale entre les personnes et les biens¹⁹⁶¹ ? Elle est le fondement de l'entreprise privée car toute entreprise nécessite une activité économique qui engendre des coûts de production avant que cette production ne soit vendue. L'entreprise publique est susceptible de disposer des ressources de l'Etat car ce dernier en est propriétaire en partie ou en totalité. L'entreprise privée résulte de l'affectation de capitaux et du travail privés. La notion d'entreprise est souvent, par métonymie ou négligence, confondue avec celle de société¹⁹⁶². L'affectation de biens à une entreprise privée existe toujours *de facto* mais choisir une forme sociétaire personnifiée permet de consacrer juridiquement cette affectation en la rendant opposable *erga omnes*. Si la littérature juridique comme économique décrit avec précision la notion de pouvoir au sein d'une société/entreprise, l'origine du pouvoir n'est souvent pas analysée, et plus grave encore, cette origine est parfois comparée à celle d'un régime politique (d'une démocratie libérale exactement). Le pouvoir, au sein d'une entreprise, d'une société ne résulte pas d'un processus similaire à celui d'un Etat démocratique mais résulte toujours de la propriété privée¹⁹⁶³. Le pouvoir d'un entrepreneur individuel sur les biens et les personnes (si salariés il y a) au sein de sa société unipersonnelle n'est pas d'une nature différente de celui d'un groupe d'entrepreneurs réunis en société. Dans les deux cas, le pouvoir est issu de la propriété privée des capitaux. Le propriétaire d'un bien dispose de prérogatives sur ce bien. En créant une entreprise, il garde ses prérogatives. J. PAILLUSSEAU a parfaitement saisi cette conception de l'entreprise¹⁹⁶⁴, sans pour autant y

¹⁹⁶¹ Fr.ZENATI, Th.REVET, les biens, op.cit. p.269, n°168 : « L'idée que la propriété n'est pas un bien, mais une prérogative attachée à la personne n'a été soutenue que récemment. (ZENATI, La nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif Lyon 1981).

¹⁹⁶² G. RIPERT, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951. côte : CIV 225 p.269, §120 :« La société est créée pour exploiter, elle n'existe que pour cela et la propriété n'est que le moyen de réaliser l'exploitation : c'est une propriété affectée. Cette affectation n'est pas arbitrairement décidée par le propriétaire des biens, car les anciens propriétaires, ce sont les actionnaires qui ont renoncé à leur droit au profit de l'entreprise. La société, personne morale, est tenue de réaliser l'objet pour lequel les apports ont été faits. L'entreprise domine la propriété ».

¹⁹⁶³ supra

¹⁹⁶⁴ L'entreprise : nouveaux apports, Etudes coordonnées par J. JUGLAUT, Rennes 1987, Economica ; J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce que l'entreprise ? p.11-88 p.12, n°7 : « La caractéristique essentielle des thèses matérialistes est leur vision purement patrimoniale de l'entreprise. Celle-ci n'est qu'un ensemble de biens

adhérer car pour lui l'entreprise communauté de travail existerait en soi. Or, toute vision de l'entreprise, de la société, de la personnalité morale considérée comme un être autonome, une sorte de surhomme qui existerait indépendamment des êtres qui composent ces groupements relève d'une pensée de type animiste qui a besoin de personnifier les actions humaines comme si elles étaient indépendantes des hommes eux-mêmes.

La propriété privée est le fondement du pouvoir dans l'entreprise et les multitudes de formalités et de formalismes imposées souvent par la nécessité, ont tendance à parfois faire oublier ce principe. L'entreprise sociétaire (sauf société unipersonnelle) est une propriété privée collective tacite car le discours du droit a préféré faire comme si la personne morale était indépendante, par commodité¹⁹⁶⁵.

Néanmoins, il est important de comprendre que le contrat de société a permis une meilleure organisation et une sophistication de la propriété collective. MARX croyait, et maints auteurs après lui, que l'organisation de l'entreprise sous forme de société anonyme et le fractionnement de la propriété privée dû à de nombreux actionnaires (qui sont des « entrepreneurs » en réalité) étaient une atteinte à la propriété privée¹⁹⁶⁶.

L'entreprise privée et le contrat

Au sens historique et méconnu du terme, la civilisation c'est l'empire du droit civil¹⁹⁶⁷. Or le progrès de tout droit civil d'une démocratie libérale, c'est de permettre à tout être humain d'avoir des libertés individuelles, notamment économiques. Ces libertés individuelles se traduisent juridiquement par le prisme de la personnalité juridique, donc de la reconnaissance d'un patrimoine. Et l'idée de patrimoine est corrélée à l'idée d'un pouvoir fondamental de propriété, et donc à la faculté d'appropriation de la personne¹⁹⁶⁸. Or il n'y a pas

affectés à une production. Ces biens appartiennent à une personne privée ou publique, personne physique ou personne morale ; ils font partie de son patrimoine. L'entreprise n'existe donc, activement et passivement, qu'à travers son « propriétaire ». Le pouvoir comme la responsabilité trouvent leur fondement dans le droit de propriété. Les membres du personnel sont liés au propriétaire de l'entreprise (l'entrepreneur) par des contrats ; ils ne sont pas dans l'entreprise, ils demeurent des tiers par rapport à elle. L'entreprise est et ne peut être gérée que dans l'intérêt de son propriétaire ; elle ne pourrait en aucun cas avoir un intérêt propre, distinct du sien. Il est évident que dans cette approche, l'entreprise ne peut avoir de personnalité propre »

¹⁹⁶⁵P. et Ph. DIDIER, les sociétés commerciales, tome 2 Economica p.30, n°31 : « Il semble bien, aujourd'hui, que l'on en soit revenu à l'idée première selon laquelle les sociétés, comme les autres personnes morales, ne sont des personnes que par métaphore. Mais cette métaphore est utile et, sous des formes différentes, elle se retrouve dans tous les systèmes juridiques occidentaux ».

¹⁹⁶⁶ T. PHILIPPON, Le capitalisme d'héritiers, édit. Seuil, la république des idées « Les sociétés par actions, la dispersion du capital des grandes entreprises entre des actionnaires multiples constituent déjà une destruction de la propriété privée ».

¹⁹⁶⁷ P. LEGENDRE cité par A. SUPLOT, Critique du droit du travail, Puf quadrige essais débats 2e, 1994-2011, p.68, Note de bas de page n°1

¹⁹⁶⁸ Fr. ZENATI, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD Civ. 2003 p.667 et s., p.673 : « Peu d'auteurs ont pris conscience des liens unissant les concepts de propriété et personnalité au-delà d'une vague perception de ce que la personne morale constitue un mode d'appropriation. »

d'appropriation licite possible sans passation d'actes juridiques, notamment de contrats. Le contrat est inhérent à l'entreprise, que cela soit dans son fonctionnement interne comme dans son fonctionnement externe¹⁹⁶⁹. La liberté d'entreprendre se situe en amont de toute entreprise privée, car la liberté est une potentialité, l'entreprise privée est une réalisation de la liberté d'entreprendre. Or il n'y a pas de liberté d'entreprendre sans, en amont, l'existence de droits de propriété privée, se réalisant, en aval, par la conclusion d'actes juridiques, de contrats. Pour être plus précis, l'entreprise privée est souvent un ensemble compliqué, voire complexe, de relations contractuelles. La notion de personnalité morale a permis didactiquement d'incarner en un point l'ensemble des contrats qui constitue l'entreprise : une SA cotée a une valeur déterminée par le marché boursier, résultant d'une multitude de transactions particulières.

Pour Kelsen, le sujet de droit est celui qui agit, le créancier peut être une idée : objet de la prestation.

¹⁹⁶⁹ N. MOLFESSIS, Le contrat, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.82 et s. p.82 :« Il n'est pas besoin de souligner que le contrat est, pour l'entreprise, l'instrument privilégié de son activité, l'habit juridique de son organisation et de sa réalisation [...]. Le contrat, c'est l'entreprise qui se réalise ».

Section II L'existence d'une constitution économique protégeant l'entreprise privée

Constitution économique ou constitutionnalisation de l'économie ?

Une auteure pourfend la notion de constitution économique, qui serait un mythe car « *il n'existe pas de droit constitutionnel économique mais un droit constitutionnel appliqué à l'économie*¹⁹⁷⁰ » et cette auteure explique que « *[l]e juge constitutionnel n'est jamais que le gardien de la Constitution, pas le gendarme de l'économie, même par le détour des droits fondamentaux*¹⁹⁷¹ ». Et donc il est exact qu'il existe une certaine neutralité économique de la Constitution car sinon l'élection de représentants ne serait pas utile si une politique économique était figée par la Constitution. Néanmoins, derrière cette pétition de principes qui dissocie l'économique du juridique du politique, il y a une réalité qui est que la protection des fondamentaux aboutit à protéger la force obligatoire des contrats et le droit de propriété ainsi que différentes libertés économiques. Ce qui conduit à « protéger » constitutionnellement une économie de marché, qui elle-même, grâce à une certaine conception de l'Etat de droit, aboutit à protéger l'entreprise privée, telle que définie en amont, c'est-à-dire une structure de production organisée par la propriété privée et le contrat. L'entreprise privée n'est que la réalisation dans la sphère économique de la propriété privée, de la liberté individuelle.

Donc dire que la constitution n'est pas économique, et sous-entendre que la neutralité économique de cette dernière serait absolue est inexact. La neutralité économique n'est que relative et d'ailleurs, si un pouvoir politique voulait une socialisation intégrale des moyens de production comme ce fut le cas en URSS, ni l'ordre constitutionnel interne, ni les ordres européens ne le permettraient aujourd'hui en l'état. Par exemple le droit de la concurrence envisage la protection du marché, son libre accès et finalement veille à ce que le processus de formation du prix des échanges ne soit pas confisqué ou détourné par des puissances privées ou publiques¹⁹⁷². Ce droit est fondamentalement économique et il n'est pas neutre politiquement. Par exemple, la protection juridique de la liberté d'entreprendre initiée par le législateur révolutionnaire avec le célèbre décret d'Allarde conforté par la loi Le Chapelier¹⁹⁷³ a eu pour conséquence de créer un bloc de normes protégeant indirectement l'entreprise

¹⁹⁷⁰ M.-L. DUSSART, Constitution et économie, préf. J.-Y. CHEROT, Bibliothèque Dalloz, 2015, p.15, n°17

¹⁹⁷¹ M.-L. DUSSART, *ibid.* p.141, n°186

¹⁹⁷² D. MAINGUY, M. DEPINCE, Droit de la concurrence, LexisNexis 2ième édit. p.14, n°7 : Le décret d'ALLARDE ainsi que la loi Le CHAPELIER sont considérés comme historiquement les premières mesures de droit de la concurrence.

¹⁹⁷³ G. CARCASSONNE, La liberté d'entreprendre, p.78 et s. in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccp.fr>

privée car permettre la concurrence, c'est combattre les positions de rente et offrir la possibilité à de nouveaux entrants de pénétrer un marché. Le droit de la concurrence est inhérent à un ordre juridique qui protège le marché et la libre entreprise.

Lien avec la nature de la rémunération

La nature de la rémunération des dirigeants d'entreprise dépend de l'acte juridique dont elle est issue. Une absence de conceptualisation suffisante a pu faire croire que l'origine de l'acte prévoyant la rémunération des dirigeants sociaux était un acte juridique unilatéral, non contractuel. Si l'analyse micro-juridique par le prisme du droit des obligations dément cette affirmation, l'analyse macro-juridique la dément également : l'entreprise privée a une nature juridique qui dépend finalement de l'existence du droit de propriété, de la liberté de contracter et de l'existence d'un marché. Or l'économie de marché n'est pas une chose contingente mais découle des principes matriciels qui fondent notre ordre juridique avec la fondamentalisation des libertés économiques due aux jurisprudences des Cours suprêmes dont notamment le Conseil constitutionnel. Le droit Européen et ses deux branches distinctes (et parfois croisées) a accentué la protection des libertés économiques, du droit de propriété et de l'entreprise personnifiée. Le droit de l'Union Européenne a spécifiquement développé une protection du marché par le biais du droit de la concurrence (reprise partiellement dans l'ordre interne), tant à l'égard de l'Etat (notion d'aides d'Etat) que d'entreprises jouant un rôle majeur sur un marché donné (abus de position dominante, entente).

De la protection de la personne à la protection de son activité : le double niveau de protection, la personne et son activité, le marché

On a vu précédemment que l'entreprise privée n'existait pas sans entrepreneurs privés¹⁹⁷⁴. L'entreprise privée est, à l'instar du droit du travail mais dans une moindre mesure, une rencontre entre le droit des biens/droit des obligations et le droit des personnes. En amont de toute entreprise privée, il n'y a que des personnes physiques qui entreprennent, seules ou réunies par un contrat de société. La notion d'entreprise transcende la qualification juridique d'après le droit Européen. Le droit Européen donne une définition matérielle de l'entreprise pour appliquer le droit de la concurrence avec notamment la notion « d'aide d'Etat¹⁹⁷⁵ ». Le droit constitutionnel français comme le droit Européen de l'Union Européenne consacre indirectement une vision des activités économiques assumées par la sphère privée. En bornant le périmètre de l'Etat, ces deux ordres juridiques (qui interagissent entre eux ?)

¹⁹⁷⁴ Op.cit A. PEYREFITTE, La société de confiance

¹⁹⁷⁵ Sur les quatre critères de la notion d'aide d'Etat (1° ressources de l'Etat ou l'implique, 2° procure un avantage à l'entreprise, 3° a un caractère selectif et fausse la concurrence sur le marché de l'UE, R. BLASSELLE, Traité de droit européen de la concurrence, Tome II B., Publisud, 2000 p.19

aboutissent à définir et à protéger l'éco-système de l'entreprise . Si les différentes libertés économiques du droit français peuvent être rattachées à la Révolution, la décision du Conseil Constitutionnel du 16 janvier 1982 a ouvert la porte à une protection explicite de l'économie de marché et donc de l'entreprise privée. L'entreprise privée est donc protégée par la constitution économique de la France (§1) ainsi que par celle de l'ordre juridique européen (§2).

§1 L'existence d'une « constitution économique » nationale protégeant l'entreprise privée

La notion controversée de constitution économique

Les grands principes qui sont en amont des libertés économiques n'ont paradoxalement jamais été exprimés avec précision avant la décision du Conseil Constitutionnel du 16 janvier 1982 qui a reconnu le droit de propriété et la liberté d'entreprendre.

La constitution économique de la France était une sorte d'impensé par rapport à un « Etat légal » où le législateur était tout puissant car considéré comme l'expression de la volonté générale du peuple souverain, or ce n'est pas à un juge de corriger la volonté du peuple souverain d'après cette conception.

Le perfectionnement de l'Etat de droit depuis la fin de la seconde guerre mondiale résulte de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité avec l'avènement de la constitution de la cinquième république, notamment par la mise en place d'une juridiction suprême ad hoc. Cette juridiction a permis l'élaboration d'un droit constitutionnel économique¹⁹⁷⁶. Les organes de l'Etat sont assujettis aux grands principes qui ne sont plus seulement virtuels mais qui deviennent tangibles grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Et si initialement, « *le droit constitutionnel n'était guère un instrument au service du droit de l'entreprise*¹⁹⁷⁷ », la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité a priori a fait émerger un droit constitutionnel économique notamment depuis la décision n° 71-44 du 16 juillet 1971

¹⁹⁷⁶ G. CANIVET, « Réflexions sur la rareté à l'abondance » Introduction au débat sur les multiples facettes de la constitutionnalité in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.68 et s. p.70 : « 70 : « Il s'agit de montrer que le modèle procédural du contrôle de constitutionnalité de la loi avant promulgation a conduit à l'élaboration d'un droit fondamental économique inspiré de présupposés incontestables et intangibles, ensuite de discerner en quoi le changement de mode de production des décisions du Conseil constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité de la loi appliquée introduit une méthode plus « dialectique » qui bouscule ces présupposés et pourrait déplacer le débat vers les réalités économiques. »

¹⁹⁷⁷ B. MATHIEU, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.39

« Liberté d'association » qui a étendu le périmètre des normes constitutionnelles à disposition du Conseil avec le fameux bloc de constitutionnalité¹⁹⁷⁸.

On peut parier, même si on n'a pas encore le recul nécessaire, que le contrôle a posteriori de textes juridiques déjà établis devrait amplifier le phénomène, la QPC va sûrement être une opportunité de consolidation de la constitution économique de la France.

Annnonce du plan

On va donc d'abord étudier l'émergence d'un droit constitutionnel économique qui a pour conséquence de consacrer explicitement l'économie de marché et indirectement l'entreprise privée par la reconnaissance de droits et libertés économiques, puis on fera une appréciation de cette jurisprudence à l'aune de l'organisation de l'entreprise privée et notamment des liens juridiques entre l'entreprise privée et le mandataire social qui la dirige.

A. L'émergence d'un droit constitutionnel économique protégeant l'entreprise privée

Démocratie libérale et droits fondamentaux économiques

Si les fondements de l'ordre juridique français en tant que démocratie libérale datent de la Révolution, on peut néanmoins constater que les « droits fondamentaux économiques » consacrés explicitement sont plutôt récents. Roland DRAGGO définit les droits fondamentaux économiques « *comme les droits, principes et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité et interprétés par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence, concernant le domaine de l'activité économique tant publique que privée*¹⁹⁷⁹ ». Or, la première pierre posée de cette constitutionnalisation de la matière économique semble pouvoir être attribuée à la décision du 16 janvier 1982¹⁹⁸⁰. Cette décision cardinale a posé les jalons d'un droit constitutionnel économique¹⁹⁸¹. Il convient dans un premier temps de l'analyser à l'aune de sa dévolution aujourd'hui encore mais aussi d'analyser les décisions qui ont suivi. Car la mise en place des droits fondamentaux économiques fondés sur la propriété privée, la liberté d'entreprendre, postulent implicitement l'adhésion à une économie de marché. Or cela paraît

¹⁹⁷⁸ J.-F. de MONTGOLFIER -Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations) - mars 2011

¹⁹⁷⁹ G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39, p.31

¹⁹⁸⁰ J.-F. de MONTGOLFIER -Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations) - mars 2011

¹⁹⁸¹ G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39, p.33

logique de notre point de vue car la démocratie libérale est corrélée au marché¹⁹⁸² : le marché est « le lieu de rencontre (éventuellement abstrait) où les offres des vendeurs rencontrent les demandes des acheteurs qui s'ajustent à un certain prix¹⁹⁸³ », le prix est fixé par les opérateurs économiques (ce qu'entérinait le Code civil de 1804) par le biais de contrats. Mais l'étatisation croissante de l'économie au vingtième siècle par à-coups a poussé le juge à fixer une limite à l'intervention de l'Etat dans l'économie. Pour reprendre les mots du doyen VEDEL: « *il existe un seuil de collectivisme au-delà duquel les gouvernants ne pourraient aller sans d'abord provoquer et obtenir une révision constitutionnelle*¹⁹⁸⁴ ». La Constitution en l'état, selon ces auteurs, ne permet pas de transformer l'économie française qui est une économie de marché, malgré les interventions de l'Etat, en une économie socialiste au sens strict du terme comme il en existait à l'Est de l'Europe par exemple. Il faudrait une nouvelle constitution ou des modifications substantielles de celle-ci. Et ce n'est pas un hasard si la fameuse décision du 16 janvier 1982 a été rendue peu après l'arrivée au pouvoir de François MITTERRAND, président du programme commun dont l'objectif était d'accroître le rôle de l'Etat dans l'économie avec notamment des nationalisations de différents secteurs économiques.

On va étudier donc cette décision cardinale dans la mise en place d'un droit constitutionnel économique (1) ainsi que la dévolution de cette jurisprudence jusqu'à aujourd'hui (2) qui conforte indirectement mais sûrement la nature d'économie de marché de l'ordre juridique français.

1. décision du 16 janvier 1982 rendue par le conseil constitutionnel et fondamentalisation du droit de propriété

Présentation de la décision :

« *Le droit de propriété est ainsi la matrice des droits économiques*¹⁹⁸⁵. » mais sa reconnaissance en tant que valeur constitutionnelle fut assez tardive. La décision du Conseil constitutionnel n°8-132DC rendue à l'occasion d'une saisine en vertu de l'article 61, al.2 de la Constitution est d'une importance cardinale. Le considérant numéro 13 rappelle les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). Le considérant numéro

¹⁹⁸² Y. CHAPUT, La constitutionnalité et l'économie de marché p.58 et s.p.60 : « En revanche, il serait contestable de considérer, a priori, qu'existe une opposition entre Etat de droit et économie de marché. Bien au contraire, ils ont un fondement commun : la démocratie. » et p.61

¹⁹⁸³ J. BREMOND, A. GELEDAN, Dictionnaire économique et social, 100 articles thématiques, 1200 définitions Hatier.p.234 et p.235

¹⁹⁸⁴ G. VEDEL et P. DELVOLLE, « Droit administratif », Coll. Thémis. PUF Ed. 1992, tome 2, p. 640) cité B. GENEVOIS, Les nationalisations et privatisations, p.95

¹⁹⁸⁵ G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39, p.33

16 rappelle le caractère fondamental du droit de propriété « dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression ». La décision du 16 janvier 1982 est cardinale à plusieurs égards : les professeurs de droit public y voient la consécration explicite de l'Etat de droit où le principe de constitutionnalité s'applique à « tous les organes de l'Etat » y compris le législateur¹⁹⁸⁶. Le législateur n'est plus souverain en lui-même, comme pouvait le suggérer la notion d'Etat légal mais il doit se conformer à un bloc de constitutionnalité dont la DDHC fait partie¹⁹⁸⁷.

Les apports de la décision du 16 janvier 1982 au droit constitutionnel économique

Les apports de cette décision concernent la constitutionnalisation du droit de propriété. Avant la décision rendue par le Conseil Constitutionnel, il existait un débat sur la place actuelle du droit de propriété comme valeur constitutionnelle du fait de sa place dans la DDHC¹⁹⁸⁸. Mais la décision rendue a consacré le droit de propriété comme valeur constitutionnelle même si le considérant reconnaît l'existence de limitations exigées par l'intérêt général dans les finalités et conditions d'exercice de ce droit : les nationalisations prônées par le nouveau gouvernement de l'époque sont légales et donc une politique peut étendre la sphère de l'Etat dans l'économie mais la valeur d'échange (échange imposé par l'Etat) doit respecter une préalable et juste indemnité¹⁹⁸⁹ : or l'échange forcé de titres sociaux imposé par l'Etat lors d'une nationalisation ne doit pas se faire à des conditions qui seraient une « sous-estimation substantielle de ladite valeur d'échange¹⁹⁹⁰ ». Mais la solution de cette décision demeure essentielle car elle fait du droit de propriété un « véritable droit fondamental constitutionnel¹⁹⁹¹ » et relie le droit de propriété au fondement de la société, au même rang que la liberté, la sûreté. Et comme l'explique Guillaume DRAGO, le Conseil constitutionnel ne dissocie pas les articles 2 et 17 de la DDHC et ne dissocie pas le droit de propriété de l'exercice du droit de propriété¹⁹⁹². Certes, le Conseil ne fait pas le lien directement entre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre mais une certaine lecture de la décision permet de penser que la liberté d'entreprendre découle de l'exercice du droit de propriété.

¹⁹⁸⁶ V. les observations L. FAVOREU, L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz 16e édit. 2011, p.154, n°14

¹⁹⁸⁷ V. les observations L. FAVOREU, L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz 16e édit. 2011, p.154, n°14

¹⁹⁸⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz 16e édit. 2011, p.155, n°14 §18

¹⁹⁸⁹ Considérant n°44 de la Décision n°81-132 C : « Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la DDHC, la privation du droit de propriété pour cause de nécessité publique requiert une juste et préalable indemnité »

¹⁹⁹⁰ Considérant n°58

¹⁹⁹¹ G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39, p.33

¹⁹⁹² G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39

Liberté d'entreprendre constitutionnalisée également

On peut définir la liberté d'entreprendre comme étant le « droit de toute personne de se livrer aux activités commerciales ou industrielles de son choix, soit en créant une entreprise, soit en en faisant l'acquisition ou en en prenant le contrôle¹⁹⁹³ ». Selon A. SUPIOT, la liberté d'entreprendre est corrélée à l'idée d'entreprise : « L'entreprise n'est pas une institution, mais l'expression de la liberté d'entreprendre »¹⁹⁹⁴. L'apport de la décision de janvier 1982 est également de fondamentaler la liberté d'entreprendre en la constitutionnalisant avec le considérant n°16¹⁹⁹⁵. En réalité, la liberté d'entreprendre était déjà protégée par le droit administratif mais sous une autre appellation. Les juridictions administratives, notamment le Conseil d'Etat évoquaient plutôt la « liberté du commerce et de l'industrie¹⁹⁹⁶ ». Mais la reconnaissance explicite de la liberté d'entreprendre en tant que valeur constitutionnelle, en même temps que le droit de propriété, doivent être soulevés : même si la décision du 16 janvier 1982 n'est pas explicite à ce propos, des auteurs considèrent que la liberté d'entreprendre est corrélée à l'exercice du droit de propriété¹⁹⁹⁷. Or nous partageons ce point de vue car l'entreprise privée n'est que, selon notre définition en amont, l'exercice de la propriété privée dans un contexte spécifique, à savoir celui de ce que nomment les économistes les biens de production.

La décision du 16 janvier 1982 qui a projeté la liberté d'entreprendre « *dans l'univers scintillant des libertés constitutionnellement protégées*¹⁹⁹⁸ » en même temps que le droit de propriété est une décision cardinale car c'est le fondement d'un droit constitutionnel économique, amplifié ultérieurement.

¹⁹⁹³ M. PEDAMON, Droit commercial, Précis Dalloz, spéc. N°432, p.369 cité par D. BUREAU, La réglementation de l'économie. Arch. Phil. Droit (1997) p.317-339

¹⁹⁹⁴ A. SUPIOT, Le droit du travail, Puf, Que sais-je ? p.49 : L'auteur évoque la théorie institutionnelle de l'entreprise. « L'entreprise n'est pas une institution, mais l'expression de la liberté d'entreprendre, et c'est pourquoi, malgré tous les efforts des juristes, elle demeure une notion juridique insaisissable

¹⁹⁹⁵ « 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 ».

¹⁹⁹⁶ CE Ass., 22 juin 1951, DAUDIGNAC, Rec., p. 362, D., 1951, p. 589. ; CE Sec., 13 mai 1994, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, Rec., p. 234, AJDA, 1994, p. 499 ; CE, 26 mars 1999, Société EDA, AJDA, mai 1999, note BAZEX (M.)

¹⁹⁹⁷ L. FAVOREU, L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz 2011, p.157, n°14, §23 ; G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39

¹⁹⁹⁸ CC, décision n°81-132 DC, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, considérant 16, Rec., p. 18 ; D., 1983, p. 169, note HAMON ; JCP, 1982.II.19788, note QUOC VINH et FRANCK cité par V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL n°22

2.L'amplification des droits fondamentaux économiques (par le Conseil constitutionnel)

L'extension de la protection du droit de propriété par le Conseil constitutionnel

« La propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ¹⁹⁹⁹. En l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi²⁰⁰⁰ ». Cette formulation issue d'une QPC est régulièrement utilisée par le Conseil. L'atteinte à l'exercice du droit de propriété doit être justifiée par un motif d'intérêt général. Mais encore faut-il identifier le périmètre du droit de propriété. Or comme on l'a vu précédemment, le Conseil a étendu également la notion de propriété à des actifs incorporels : propriété industrielle et commerciale en 1991, puis propriété littéraire et artistique en 2006²⁰⁰¹, 2009), propriété culturelle en 2006. En revanche, contrairement à la Cour Européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel n'a jamais franchi le pas pour reconnaître une créance comme un bien.

Les différentes libertés économiques

Initialement, les libertés économiques forment un triptyque composé du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle²⁰⁰². Pour G. DRAGO, les libertés économiques puisent leur source dans le droit de propriété²⁰⁰³. On peut expliquer ce phénomène par le fait que l'exercice du droit de propriété, c'est la liberté de passer des actes juridiques. Etre propriétaire, c'est avoir un pouvoir « souverain » sur une chose et décider de l'usage de la chose. Or l'usage de la chose nécessite de passer des contrats, des actes juridiques. A partir du moment où le droit de propriété devient un droit fondamental, un droit constitutionnel, les libertés économiques afférentes à ce droit deviennent également protégées.

¹⁹⁹⁹ Formule que l'on trouve dans les considérants du Conseil, cf table analytique des décisions du Conseil

²⁰⁰⁰ « QPC 2010-60, 12 novembre 2010, cons. 3, Journal officiel du 13 novembre 2010, page 20237, texte n° 92, Rec. p. 321)

²⁰⁰¹ « Les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins [...] figurent [...] parmi [...] les domaines nouveaux du droit de propriété » (Cons. const. 27 juill. 2006, décis. no 2006-540 DC, JO 3 août ; RTD civ. 2006. 791, obs. Th. REVET

²⁰⁰²G. CANIVET, « Réflexions sur la rareté à l'abondance » Introduction au débat sur les multiples facettes de la constitutionnalité [LA CONSTITUTIONNALITÉ DU DROIT DE L'ENTREPRISE : CHAMPS D'APPLICATION] in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.73; Grandes décisions du Conseil constitutionnel, p.578, n°42 édition à jour en août 2007, p.596

²⁰⁰³

Certes Le conseil constitutionnel rattache les libertés économiques au principe général de liberté dont il situe la source dans la DDHC²⁰⁰⁴, alors qu'*in fine* elles relèvent du droit de propriété selon nous²⁰⁰⁵. L'extension des droits fondamentaux constitutionnels et par conséquent des droits fondamentaux économiques résulte aussi de la mise en place de la QPC, qui rend les droits fondamentaux constitutionnels pleinement « justiciables²⁰⁰⁶ », ce qui n'était pas le cas avec le seul contrôle de constitutionnalité précédent, a priori et limité.

Liberté d'entreprendre

Si la liberté d'entreprendre est protégée depuis plus de deux siècles, sa « fondamentalisation » remonte à l'arrêt Nationalisations de janvier 1982. Depuis cette décision, le Conseil Constitutionnel qui fonde la protection sur l'article 4 de la DDHC réitère la définition suivante de la liberté d'entreprendre : « *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 de cette activité*²⁰⁰⁷ ». La liberté d'entreprendre, à l'instar de la liberté contractuelle, est duale car elle concerne d'une part l'initiative, c'est-à-dire la possibilité d'agir et d'autre part, la liberté dans l'activité exercée (liberté de s'engager ou non, liberté de fixer le contenu du contrat).

Or si depuis la jurisprudence de 1982, les décisions du conseil concernant la liberté d'entreprendre sont aussi relatives au droit de propriété²⁰⁰⁸, ce n'est pas systématique et la liberté d'entreprendre tend à s'autonomiser du droit de propriété même si cette liberté est finalement inféodée au droit de propriété²⁰⁰⁹ : Au sujet du mot liberté, Benjamin CONSTANT écrivait ce qu'il entendait par ce mot : « *C'est pour chacun [...] de choisir son industrie et l'exercer ; de disposer de sa propriété*²⁰¹⁰. » Benjamin CONSTANT fait donc le lien entre droit de propriété et liberté d'entreprendre, ils sont corrélés. Le doyen VEDEL qui a eu une incidence

²⁰⁰⁴L. FAVOREU, L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz 2007, p.578, n°42

²⁰⁰⁵G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.33 :« Le droit de propriété est ainsi la matrice des droits économiques. Historiquement, le droit de propriété précède les autres droits économiques, tout simplement parce qu'ils en découlent, parce qu'ils sont la déclinaison de ce droit « matrice » qu'est le droit de propriété, tel qu'il a été défini par la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

²⁰⁰⁶G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre, op.cit. p.32

²⁰⁰⁷Cons. const., 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, M. Christian S., AJDA 2012. 2301; D. 2012. 2808

²⁰⁰⁸Exemple de la décision du Cons. Const., du 5 août 2015, n°2015-715 DC, Loi Macron

²⁰⁰⁹Comp. Avec G. CARCASSONNE in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.78 et s.: « Un peu comme dans sa célèbre décision n° 132 du 16 janvier 1982 où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'un papa – le droit de propriété – d'une maman – la liberté – et que de leur accouplement harmonieux est né ce bel enfant qu'est la liberté d'entreprendre.

²⁰¹⁰B. CONSTANT « De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », Cours de Politique Constitutionnelle, Paris, éd. Édouard LABOULAYE, Guillaumin, 1872, vol. 2, pp. 537-560). Cité V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL n°3, p.6

notable sur la rédaction de la décision du Conseil du 16 janvier 1982 rappelait que l'article 17 de la déclaration de 1789 était initialement conçu contre les expropriations abusives²⁰¹¹.

Le professeur J.-P. THERON fait d'ailleurs le lien explicitement : « *la liberté d'entreprendre est une liberté multiforme, elle peut être une manifestation du droit de propriété*²⁰¹² ». La décision Nationalisation du 16 janvier 1982 ne fait qu'entériner et affirmer expressément ce qui relevait du sous-entendu et de l'implicite : la liberté d'entreprendre et le droit de propriété sont d'une part liés et d'autre part ces principes sont « naturels » dans un ordre juridique type démocratie libérale²⁰¹³. Virginie FRAISSINIER rappelle que de nombreux publicistes en plus de ceux déjà cités font de la liberté d'entreprendre la fille du droit de propriété²⁰¹⁴. Et la liberté d'entreprendre est également la source d'autres libertés économiques comme celle de contracter²⁰¹⁵.

La liberté contractuelle

La liberté contractuelle est désormais explicitement visée par le Code civil à la suite de la réforme du droit des contrats initiée par l'ordonnance du dix février deux mille seize. Cette liberté, que l'on considère cardinale car inhérente au droit de propriété («= le contrat, c'est la propriété en mouvement), n'a pas été dans un premier temps considérée comme « ayant une valeur constitutionnelle²⁰¹⁶ » pour ensuite être reconnue comme ayant une valeur constitutionnelle²⁰¹⁷. La liberté contractuelle s'est autonomisée par rapport à la liberté d'entreprendre. (Exemple de la décision Loi Macron²⁰¹⁸).

Limites

²⁰¹¹ J.-F. de MONTGOLFIER, Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées, Cahiers du Conseil constitutionnel n°31 (Dossier : le droit des biens et des obligations mars 2011)

²⁰¹² J.-P. THERON « A propos de la liberté d'entreprendre », L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur du doyen Georges PEQUIGNOT, Montpellier, CERAM, 1984,

²⁰¹³ Voir J.-L. MESTRE Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », D., 1984, pp. 1-8. ; Sur les principes de la démocratie libérale, F.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978 ; D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, Paris, Montchrestien, 6ème éd., 2001, p. 316 cité par V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL consulté en juin 2011

²⁰¹⁴ N. QUOC VINH, C. FRANCK, JCP, 1982.II.19788 ; L. FAVOREU, « La décision du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », RDP, 1982, p. 418 cité par V. FRAISSINIER, La liberté d'entreprendre étude de droit privé, Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL op.cit. p.42, n°41

²⁰¹⁵ G. CARCASSONNE, liberté d'entreprendre in entreprise et droit constitutionnel, p.81 ; N. MOLFESSIS, Le contrat, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.82 et s.

²⁰¹⁶ Grandes décisions du Conseil constitutionnel, p.578, n°42 édition à jour en aout 2007, p.597, Cons. Const. 3 aout 1994, n°94-348 DC

²⁰¹⁷ Sur l'historique de la reconnaissance du lien contractuel par le Conseil Constitutionnel, V. N. MOLFESSIS, La liberté contractuel, in L'entreprise et le droit constitutionnel, p.83-89

²⁰¹⁸ V. aussi Cons. Const. 14 mai 2012, n°2012-242 QPC

La liberté d'entreprendre comme la liberté contractuelle peuvent être limitées par le législateur. Au regard des exigences constitutionnelles et de l'intérêt général, le droit de propriété peut être également limité pour les mêmes raisons.

La protection non constitutionnelle des libertés économiques

Avant la protection constitutionnelle des libertés, le Conseil d'Etat avait déjà reconnu différentes libertés composant les libertés économiques comme la liberté du commerce et de l'industrie mais cette liberté relève davantage du droit de la concurrence. Le Conseil d'Etat avait reconnu la liberté contractuelle (CE 20 janvier 1989, SA G.-B.A. Berry-Loire, Rec.26) et la liberté d'entreprendre (CE, ord. 31 mai 2001, Commune de HYERES-Les-Palmiers)

Bilan

« Le droit constitutionnel, notamment la décision sur les nationalisations du 16 janvier 1982, a constitutionnalisé en quelque sorte l'économie de marché dans laquelle nous vivons²⁰¹⁹. »

Les libertés économiques désormais reconnues au plus haut niveau de l'ordre interne sont fondamentales pour un système économique fondé sur le marché²⁰²⁰. Or une démocratie libérale avec un réel Etat de droit est forcément fondée sur le marché. Autrement dit, il est impossible d'avoir un ordre juridique démocratique et libéral qui ne soit pas fondé sur le marché. (L'inverse n'est pas vrai, on peut avoir une économie de marché sans démocratie, Exemple Pinochet) La France fut un pays de défiance à l'égard du marché qui peut s'expliquer par un fort interventionnisme d'Etat (étatisme), notamment à la fin de la seconde guerre mondiale mais qui fut, on l'a vu en première partie, toujours une économie fondée sur le marché, même après les nationalisations de l'après-guerre.

Si l'économie de marché doit être distinguée de l'entreprise privée, le marché postule une liberté des échanges et donc l'existence d'entités non étatiques ou plus exactement d'entités qui ne disposent pas d'une unilatéralité de droit public (prérogatives de puissance publique) pour fixer les prix. Mais le respect du marché ne s'impose pas uniquement aux personnes publiques : une puissance privée trop importante aurait pour conséquence d'altérer le fonctionnement de marché. Et la protection de l'économie de marché est fondée sur la dichotomie entre la protection de l'activité des personnes par le biais de droits et libertés fondamentaux appliqués à la sphère économique et par le biais de la protection d'abord

²⁰¹⁹ N. LENOIR, Les principes constitutionnels, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr>

²⁰²⁰ Y. CHAPUT, LA CONSTITUTIONNALITÉ ET L'ÉCONOMIE DE MARCHÉ, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr>

implicite puis explicite du marché en lui-même par le biais du droit de la concurrence entendu largement.

B. Le droit de la concurrence interne, une protection du marché et de l'entreprise

Marché et capitalisme de concurrence

L'économiste M. FRIEDMAN explique dans son essai le plus célèbre qu'il n'y a que deux manières de coordonner le travail de millions de personnes : soit par une direction centralisée, c'est le cas de l'armée ou d'un Etat autoritaire et cela se traduit juridiquement par l'émission exclusive d'actes juridiques unilatéraux par les autorités compétentes, soit par une coordination volontaire des individus, c'est-à-dire par le marché²⁰²¹. Et l'instrument juridique du marché, c'est le contrat²⁰²².

Droit de la concurrence et formation du prix

Si la concurrence est un principe essentiel de notre droit ainsi que tous les ordres juridiques fondés sur le marché, la justification de la concurrence n'est pas toujours aisée. Qui dit échange, dit prix mais un prix fixé librement par les parties : J. MAURY parlait d'équivalent voulu. L'équivalence, c'est l'égalité de valeur²⁰²³. Mais une égalité appréciée subjectivement. Cette liberté d'apprécier réciproquement la valeur des prestations est inhérente à une économie de marché²⁰²⁴. Jean-Michel POUGHON l'expliquait dans sa thèse remarquée sur l'échange : la liberté de fixer le prix a pour corollaire la loi de l'offre et de la demande qui découle de la liberté d'aliéner ou pas²⁰²⁵. En réalité, derrière différentes libertés économiques on retrouve la liberté individuelle déclinée aux différents stades du processus d'échange et si

²⁰²¹ M. FRIEDMAN, Capitalisme et liberté, titre original : capitalism and freedom , traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, préf. G. KOENIG,, champs essais p.40-41 : « Il n'y a fondamentalement que deux manières de coordonner les activités économiques de millions de personnes. La première est la direction centralisée, qui implique l'usage de la coercition : c'est la technique de l'armée et l'Etat totalitaire moderne. La seconde est la coopération volontaire des individus : c'est la technique du marché. La possibilité d'une coordination assurée grâce à la coopération volontaire repose sur cette proposition élémentaire – quoique fréquemment niée- que, dans une transaction économique, les deux parties sont bénéficiaires, pourvu que cette transaction soit bilatéralement volontaire et informée.

Une coordination sans coercition peut par conséquent être le produit de l'échange. Le modèle d'une société organisée grâce à l'échange volontaire est l'économie libre de l'échange et de l'entreprise privée, c'est-à-dire ce que nous avons appelé le capitalisme de concurrence ».

²⁰²² J.-M. POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, , p.83 et s. n°138 et s.

²⁰²³ J. MAURY, essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, th. Toulouse, 1920. p.157,

²⁰²⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, Droit de la concurrence, Dalloz 1ère édit.2006 p.22-23 n°21 :

²⁰²⁵ J.-M. POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.200, n°307 : « La liberté des échanges suppose, en effet, la liberté des conventions qui se traduit par la liberté de cession et d'achat. Le respect du libre choix du vendeur et l'acheteur possède pour corollaire la liberté du prix, ce dernier dépendant en outre de la loi de l'offre et de la demande ».

cette liberté d'échanger n'existe plus, le marché disparaît aussi²⁰²⁶. Mais on a vu précédemment que pour échanger, il faut être propriétaire au sens large du terme²⁰²⁷, c'est-à-dire être titulaire d'un patrimoine ainsi que du pouvoir fondamental de propriété. La fondamentalisation des libertés économiques a confirmé ce point de vue mais il faut également protéger l'accès au marché. Si l'individu ou un groupe d'individus veut entreprendre et qu'une puissance privée exerce de facto une emprise trop importante sur un marché donné, les libertés économiques permises par le système ne seront que théoriques. C'est pour cette raison que, malgré son jeune âge, le droit de la concurrence s'est imposé en droit interne et en droit européen il permet de rendre concrètes les libertés économiques reconnues. C'est également pour cette raison que le droit de la concurrence transcende la distinction droit privé/droit public et relève de l'intérêt général/

1.Ordre public économique et concurrence : le droit public de la concurrence

Le droit « public » de la concurrence : un droit qui a pour objet d'assurer le bon fonctionnement des marchés

Le droit de la concurrence stricto sensu relève du droit public alors que pourtant réglementé dans le Code de commerce²⁰²⁸. C'est une branche du droit plutôt récente, bien qu'on puisse trouver l'embryon de cette réglementation dans la Révolution²⁰²⁹, les textes fondateurs sont plutôt récents²⁰³⁰. L'ordonnance du premier février 1986 entérine ce qui se faisait en pratique : la liberté des prix. On passe donc officiellement à un droit libéral de la concurrence²⁰³¹.

La *ratio legis* de la législation sur la concurrence est de permettre de protéger le marché de l'emprise de puissances privées qui pourrait le fausser significativement²⁰³². Le fondement du

²⁰²⁶ Th. PHILIPPON, *Le capitalisme d'héritiers*, édit. Seuil, la république des idées, 2007, p.141 : « ... lorsqu'il n'y a plus de marché, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus de prix libres. »

²⁰²⁷ J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.203, n°313 : « L'idée même de propriété intéresse directement notre propos, et est étroitement liée à toute opération d'échange, en raison de la nécessité pour tout échangiste d'être propriétaire des objets qu'il cède ; d'autre part, le principe de la liberté d'échange découle directement de la liberté d'acquisition ou d'aliénation : selon que cette dernière sera plus ou moins étendue, la liberté d'échange sera plus ou moins reconnue. »

²⁰²⁸ L.420-1 et s. du Code de commerce.

²⁰²⁹ M. PICARD °Concurrence°, Rep. contentieux Administratif Dalloz, avril 2017 n°1 et n°2

²⁰³⁰ Prohibition des ententes (décrets no 53-704 du 9 août 1953 [D. 1953.272] et no 54-97 du 27 janvier 1954 [D. 1954.86]), puis des abus de position dominante (loi no 63-628 du 2 juillet 1963 [D.1963.195]), ainsi qu'avec la loi no 77-806 du 19 juillet 1977 (D. 1977.327) qui instaure le contrôle des concentrations puis l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence], V. M. PICARD, °Concurrence°, in Répertoire de contentieux administratif, DALLOZ

²⁰³¹ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, « Les grandes questions du droit économique Introduction et documents » PUF, coll. Quadriges manuels 2005, p.357

²⁰³² M. PICARD Concurrence, Rep. DALLOZ contentieux, op.cit. n°4 et s.

droit de la concurrence, c'est l'analyse économique et plus précisément la croyance dans l'économie de marché²⁰³³.

En formulant les choses de cette façon, on peut embrouiller les esprits et penser qu'une autre forme d'organisation économique que l'économie de marché est possible. Nous savons qu'écrire une telle phrase peut provoquer l'ire de certains mais les connaissances théoriques comme empiriques ne permettent pas d'envisager pour l'instant un autre modèle d'organisation économique si on tient simultanément aux droits de l'homme et aux droits fondamentaux. Cette loi d'airain, sorte d'axiome, est également confirmée par la pratique. L'économie de marché est un choix politique mais aussi un « impératif moral » dans le sens où elle est corrélée à la démocratie libérale. Si l'économie de marché peut exister dans une dictature, en revanche un régime authentiquement démocratique (non un régime qui s'autoproclame démocratique) ne peut avoir d'autre système que l'économie de marché avec évidemment une palette très importante d'interventions de l'Etat, qui se mesurent par rapport au PIB total d'un pays²⁰³⁴.

Le paradoxe du droit de la concurrence, c'est qu'il faut limiter parfois le marché dans certaines occurrences pour justement le préserver.

Si la liberté du commerce et de l'industrie ou libre concurrence est une liberté « appliquée » issue du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, une entreprise peut acquérir une situation de monopole ou de monopsonne qui va limiter de facto la liberté sur un marché donné. Le droit interne de la concurrence, à la différence du droit de l'Union Européenne, vise la réglementation d'origine privée et non la réglementation étatique²⁰³⁵. L'autorité de la concurrence dispose de prérogatives étendues pour assurer sa mission de « régulation de la

²⁰³³ M.-A. FRISON-ROCHE, Les 100 mots de la régulation notamment entrée « autorité administrative indépendante »

²⁰³⁴ Les références données ici ne sont pas juridiques mais économiques, politiques, anthropologiques. D'aucuns considèrent que parmi les facteurs qui expliquent le succès insolent de l'Occident depuis cinq cents ans, on trouve « l'individualisation » de la société et cette individualisation s'est réalisée concrètement par le droit de propriété privée au sens large du terme propriété i.e. toute sphère privative opposable et reconnue par la puissance publique. Sur le phénomène d'individualisation où l'être humain devient progressivement sujet de droit et non plus un objet ou une simple particule d'une société holiste, on peut lire J. DABIN, Encyclopædia Universalis, entrée « DROIT Théorie et philosophie » et M. WALINE, « l'individualisme et le droit », Préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Bibliothèque Dalloz ; Sur l'hypothèse de l'importance du droit de propriété dans le succès de l'Occident, Hernando De SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010 ; A. PEYREFITTE, La société de confiance, Edition Odile Jacob ; D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, Prospérité, puissance et pauvreté, pourquoi certains pays réussissent mieux que d'autres, Ph. AGHION ; Niall FERGUSON, Civilisations, L'Occident et le reste du monde. Saint-Simon ; H. LEPAGE, Pourquoi la propriété, Pluriel inédit ; J. BAECHLER, Le capitalisme, Tome 2 : l'économie capitaliste Folio Histoire, Gallimard 1995 et J. BAECHLER, Le capitalisme, 1. Les origines, Edit. Gallimard, folio Histoire inédit

²⁰³⁵ P. HUBERT et A. CASTAN - Droit constitutionnel et liberté de la concurrence, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 49 (dossier : l'entreprise) - octobre 2015 - p. 15 à 27

concurrence sur l'ensemble des marchés²⁰³⁶ », c'est-à-dire que l'autorité de la concurrence dispose de pouvoirs d'instruction et de sanction pour veiller au respect de la concurrence²⁰³⁷.

Ce que révèle le droit de la concurrence sur la notion de marché et d'entreprise

Le droit de la concurrence utilise les concepts de marché et d'entreprise car c'est son fondement. Roger GUESNERIE explique que les économies de marché actuelles sont en réalité mixtes car il y a une imbrication profonde entre Etat et entreprise privée, entre argent privé et argent public²⁰³⁸. Dans certaines occurrences, il est parfois d'ailleurs difficile de distinguer. Ce qui est important, c'est que le droit de la concurrence européen assigne une fonction à l'Etat et sépare le privé du public²⁰³⁹. Et parmi les entreprises privées, le droit de la concurrence investit la puissance publique de prérogatives de surveillance et de contrôle du marché et de ses acteurs mais sans devenir un producteur en règle générale. Le droit de la concurrence doit établir la frontière entre le marché et l'activité hors marché²⁰⁴⁰. Et parmi les activités faisant partie du Marché, il faut ensuite établir le périmètre d'un marché précis à l'intérieur du Marché avec un grand M. C'est ce qu'on appelle le marché pertinent²⁰⁴¹ : comme celui des vélos électriques ou des briquets jetables.

Définir le périmètre de ce qui appartient à la sphère du marché, c'est également définir l'offreur sur le marché. Or le droit de la concurrence, comme le droit du travail, définit l'entreprise d'une manière fonctionnelle. L'entreprise est le sujet principal du droit de la

²⁰³⁶ Site internet de l'autorité de la concurrence (dernière vérification le 26.12.2017)

²⁰³⁷ Site internet de l'autorité de la concurrence (dernière vérification le 26.12.2017), Mission principale de l'autorité de la Concurrence : « Dans un système économique fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie, les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence doivent veiller à instaurer une discipline de concurrence crédible pour les entreprises. En effet, les marchés ne peuvent concourir à l'efficacité économique que si des règles de droit garantissent aux opérateurs la liberté de fixer leurs prix, le libre accès au marché, mais aussi l'absence d'abus de puissance économique par ceux qui la détiennent. L'Autorité de la concurrence, créée par la loi de modernisation de l'économie pour succéder au Conseil de la concurrence, est chargée de faire respecter cet équilibre »

²⁰³⁸ R. GUESNERIE, L'économie de marché, poche édit. Le Pommier, Poche 2013p.34 : ce qui est important de relever, c'est que l'Etat préfère redistribuer parfois d'une manière importante plutôt que de devenir un acteur économique qui offre des biens et des services. L'Etat social actuel est un Etat qui préfère distribuer que nationaliser i.e. devenir un producteur de biens et services. Cette vision entérine finalement l'échec du socialisme au sens strict du terme, c'est-à-dire avec socialisation des moyens de production- parfois sous l'égide de l'Etat. L'Etat ne veut plus être socialiste mais social et d'ailleurs il est assez symptomatique que l'ancien chef de l'Etat-F. HOLLANDE- lors d'une interview au Quotidien du soir disait : « Je suis socialiste, mais je ne suis pas pour la socialisation des moyens de production ».F.HOLLANDE in Le Monde du 15.06.2016.F.HOLLANDE : « La gauche de gouvernement est toujours accusée de trahison ». D'où le changement du terme socialiste par rapport à l'acception qu'en donnait par exemple L. VON MISES, Le socialisme, études économiques et sociologiques, en 1923...

²⁰³⁹ Notamment la notion d'aides d'Etat, infra

²⁰⁴⁰ L'activité hors-marché est celle dont la production de biens et services ne dépend pas d'une éventuelle solvabilité de ceux qui consomment la production mais de droits sociaux reconnus par le Politique. En France, c'est le cas de la santé et de l'éducation jusqu'à un certain âge...

²⁰⁴¹ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, « Les grandes questions... », op.cit. p.378 à 380 : « Le marché pertinent peut se définir comme le lieu sur lequel s'échangent des biens- ou des services- substituables entre eux ».

concurrence, elle n'a pourtant pas été définie par la législation codifiée aux articles L.420-1 et suivants du Code de commerce. L'entreprise est considérée comme composée d'éléments matériels et humains, qui jouit « d'une indépendance commerciale, financière et technique suffisante²⁰⁴² ». L'autonomie de l'entreprise est un critère important pour appliquer le droit de la concurrence car si l'entité concernée n'est jugée autonome, c'est la « société-mère » qui sera considérée comme responsable²⁰⁴³. Comme en droit du travail, on observe que la notion d'entreprise est définie d'une manière pragmatique et fonctionnelle mais sans conceptualiser le rôle joué par la propriété privée. Or on a vu précédemment que c'est la propriété privée (collective le plus souvent) qui explique l'entreprise et c'est la liberté contractuelle/d'entreprendre/de concurrence/de commerce et d'industrie/de travailler qui permet l'existence de l'entreprise privée. Si l'essence de l'entreprise se situe dans l'analyse de la propriété [la propriété est un capital, une potentialité], son existence se situe dans la faculté de passer des actes juridiques qui découlent des libertés économiques aujourd'hui consacrées au plus haut niveau de l'ordre juridique. Le droit public de la concurrence ne protège pas directement l'entreprise mais il contribue à protéger son « écosystème » qui est le marché. Une entreprise privée doit créer davantage de ressources qu'elle en consomme pour produire afin de satisfaire une clientèle solvable. Or si la clientèle est verrouillée, et par des normes de droit objectif ou par des règles issues de pouvoirs privés, l'entreprise en tant que liberté théorique de chaque individu d'en créer ou d'y travailler ou d'y investir ne serait que chimère sans protection effective du marché.

Mais à côté d'un droit public de la concurrence, il existe un droit civil de la concurrence.

2. Le « droit civil de la concurrence »

L'expression droit civil de la concurrence n'a pas de réalité dans la loi. Cette expression employée par M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS dans un ouvrage de droit économique sert à viser des « institutions » du droit civil qui sont liées au phénomène de concurrence. Mais à la différence du droit public de la concurrence, il n'y a pas de volonté consciente de réglementer la concurrence : c'est la conséquence de la propriété privée protégée dans le cadre du négoce. C'est le cas, par exemple, du droit prétorien concernant la validité des clauses de non-concurrence. Il existe une jurisprudence sur la licéité de ces clauses, sur les conditions de nullité de celles-ci. La clause doit être rédigée par écrit, avoir un intérêt légitime, elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace, être proportionnée au sacrifice exigé de la part du débiteur de la clause de non-concurrence, la contrepartie de la clause de non-concurrence qui

²⁰⁴² M. PICARD °Concurrence°, Rep. contentieux Administratif Dalloz, avril 2017 n°15

²⁰⁴³ Décis. Conseil de la concurrence n° 00-D-67 du 13 fév. 2001, BOCCRF 2001, no 3, p. 166.

pèse sur un salarié ou un dirigeant ou un vendeur doit être suffisante et le contrôle est apprécié par la Cour de cassation²⁰⁴⁴.

Sans développer davantage dans une matière qui connaît une jurisprudence fournie, on remarque qu'en protégeant des intérêts individuels, les tribunaux protègent également dans cette occurrence le marché du travail dans son ensemble et vérifient que certaines clauses ne soient abusives. Une absence de contrôle des clauses de non-concurrence pourrait avoir pour conséquence, en ce qui concerne des prestations de travail spécifiques, et sur un marché tendu, d'entraver le bon fonctionnement d'un marché particulier. Car l'engagement de non-concurrence méconnaît la liberté d'entreprendre, la liberté de travail²⁰⁴⁵ d'où le contrôle qui va vérifier que le renoncement à cette liberté (qui découle de la liberté individuelle donc du droit de propriété) soit nécessaire et proportionné. On a donc ici un exemple intéressant d'application du principe de proportionnalité.

Résumé du §1

Le droit de la concurrence, au sens large du terme, qu'il soit public ou privé est étroitement lié aux notions de marché et d'entreprise qui sont des notions indissociables de la sphère économique. Encore une fois, derrière des règles techniques sur le contrôle des concentrations, abus de positions dominantes, voire le droit de la consommation, il y a une philosophie politique en œuvre. Depuis l'ordonnance du premier décembre 1986 et de par l'influence du droit communautaire, la protection du marché et la sanction des comportements anticoncurrentiels vont dans le sens d'une protection de l'entreprise. Avec les droits fondamentaux d'où découlent toutes les libertés économiques et le droit de la concurrence au sens large, on a une protection de l'entreprise dans son essence et dans son existence qui est le libre accès au marché. L'organisation comme la vie sur le marché est constituée uniquement de contrats, d'actes juridiques de droit privé. La libre organisation de l'entreprise découle de ce contexte macro-juridique. Or la conception institutionnelle de la rémunération qui est fondée sur une conception statutaire (unilatérale) de la relation dirigeant-associé ne paraît pas cohérente lorsque l'on analyse le sous-jacent de l'ordre juridique français et on va voir maintenant que l'ordre juridique interne est confirmé par les deux ordres juridiques européens.

La principale richesse d'une entreprise, c'est sa clientèle et s'il est légitime que l'entreprise mette en œuvre ses libertés économiques pour capter ou conserver ses clients, tout n'est pas

²⁰⁴⁴ Arrêt n° 14-29865 rendu par la chambre sociale de la Cour de Cassation le 31 mars 2016

²⁰⁴⁵ Cl. CHAMPAUD, Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler), R.J. com., 1986, p.161-174

permis. Les tribunaux ont autorisé des actions en responsabilité en cas de faute de concurrence déloyale. A la différence de l'action en contrefaçon qui suppose la propriété d'un droit privatif sur une marque²⁰⁴⁶, un signe, un brevet, l'action en concurrence déloyale nécessite une faute établie selon l'ancien article 1382 du Code civil. Le fondement d'une telle action est bien la concurrence et la protection du marché : l'entreprise qui désorganise le marché doit être punie. Le droit prétorien qui sanctionne la faute de concurrence déloyale est donc fondé sur l'idée d'un bon fonctionnement du marché²⁰⁴⁷. Le droit civil de la concurrence rejoint donc l'objectif du droit du marché concurrentiel (le droit public de la concurrence). Or le marché et son bon fonctionnement ne sont pas seulement protégés par l'ordre interne mais également par le droit européen et ses deux ordres de juridiction ; directement par le droit communautaire et indirectement par l'ordre juridique de la Convention EDH.

§2 L'entreprise privée consolidée par les ordres juridiques européens

Le marché protégé par deux ordres juridiques européens

On a vu précédemment que la nature de l'entreprise privée résultait en vérité de la nature de l'ordre juridique et notamment de l'existence d'une économie de marché. Or l'économie de marché n'est pas aussi naturelle que certains veulent le croire²⁰⁴⁸ : elle découle de principes juridiques matriciels qui fondent l'ordre juridique et ces principes juridiques sont en dehors du marché²⁰⁴⁹, avec notamment l'idée d'une protection de la personne²⁰⁵⁰. De la protection de la personne découle la protection de son activité, notamment son activité économique dont le premier but est de conclure des contrats pour assurer ses besoins, en travaillant

²⁰⁴⁶ « La contrefaçon consiste pour un tiers à utiliser sans autorisation un objet qui a fait l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. La première caractéristique de la propriété réside dans le pouvoir d'exclure les tiers, c'est-à-dire de leur interdire l'usage de l'objet. Cette opposabilité absolue du droit de propriété permet à son titulaire d'agir en justice contre un tiers du seul fait que celui-ci s'est autorisé à faire usage du bien » M.-A. FRISON-ROCHE, Les Echos, 20 juin 2003 in M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, Les grandes questions du droit économique Introduction et documents, PUF, coll. Quadriges manuels 2005, p.344-345

²⁰⁴⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, Les grandes questions du droit économique Introduction et documents, PUF, coll. Quadriges manuels 2005, p.337

²⁰⁴⁸ Comp. avec Fr.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978 p.172 : « Bien loin de nous montrer l'économie dominant la politique, l'histoire nous révèle ainsi comment c'est au contraire la politique qui tend toujours à gouverner l'économie »

²⁰⁴⁹ Comp. avec l'introduction de l'ouvrage de G. FARJAT, « Pour un droit économique »

²⁰⁵⁰ A. SUPIOT, Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit. Points, essai 2005 p.10-11 : « La personnalité juridique n'est certes pas un fait de la nature ; c'est une certaine représentation de l'homme, qui postule l'unité de sa chair et de son esprit et qui interdit de le réduire à son être biologique ou à son être mental. C'est pourquoi on a éprouvé le besoin, au sortir de l'horreur nazie, de garantir la personnalité juridique à tout homme et en tout lieu. »

librement, en consommant librement²⁰⁵¹. Ces libertés de la personne se traduisent juridiquement par un essaim de droits et libertés reconnus tant par l'ordre interne que par les deux ordres juridiques européens. On pourrait classer ces libertés en deux grandes familles : celles qui découlent de la propriété au sens élargi du terme et celles relatives à la concurrence. La protection de la propriété, c'est la protection de l'individu et la protection de la concurrence, donc du marché, c'est la protection de son activité. Le droit de la régulation²⁰⁵², peut être contrairement à la réglementation, un droit fondé sur le postulat du marché, c'est-à-dire le postulat où l'Etat ne veut plus être un agent économique actif mais un arbitre : « l'ordre public économique est au cœur de la régulation. Assurer l'ordre public économique, c'est assurer le bon fonctionnement du marché²⁰⁵³ ». A priori, on pourrait penser que l'ordre juridique de la CEDH se contente de protéger les droits humains alors que l'ordre juridique de l'Union Européenne les droits économiques mais ce n'est pas exact. Le contentieux des droits de l'homme s'applique de plus en plus au droit des affaires et le droit de l'Union Européenne a très tôt reconnu les droits fondamentaux comme faisant partie de ses objectifs : l'arrêt *Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 rendu par la CJCE assoit définitivement dans ce qu'on appelait le droit communautaire : « *le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect*²⁰⁵⁴ » puis avec l'élaboration le 7 décembre 2001 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E²⁰⁵⁵. La constitutionnalisation des droits fondamentaux par l'ordre interne fut entérinée par les jurisprudences de la CJUE et de la CrEDH²⁰⁵⁶. Les libertés économiques sont un des pans des droits fondamentaux²⁰⁵⁷ et nous pensons qu'elles sont indissociables de la liberté individuelle car la liberté forme un tout²⁰⁵⁸. La liberté

²⁰⁵¹ La monnaie permet de réifier des relations contractuelles et d'évaluer les échanges. Mais qui évalue la valeur des échanges, les particuliers ou une autorité centrale ? « L'ouest » a préféré construire des ordres juridiques fondés sur la liberté des agents. Sur la réification de l'argent, N. FERGUSON, « L'irrésistible ascension de l'argent », temps

²⁰⁵² J. CHEVALLIER, L'Etat régulateur, RFAP 2004, n°3, p.473-482

²⁰⁵³ Th. PEZ, L'ordre public économique - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 49 (dossier : l'entreprise) - octobre 2015 - p. 44 à 57, n°1

²⁰⁵⁴ H. GAUDAIN, Droits fondamentaux communautaires (Hors Charte), in Dictionnaire des droits de l'homme, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, J. Paris, PUF, 2008, p.336 et s.

²⁰⁵⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in Dictionnaire des droits de l'homme, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, J. Paris, PUF, 2008, pp.127-134.

²⁰⁵⁶ J.-M. SAUVE, La protection européenne des droits fondamentaux, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-europeenne-des-droits-fondamentaux> p.8

²⁰⁵⁷ F. MARTUCCI, Constitution économique et fragments de doctrine française, in La constitution économique, En hommage au Professeur Guy CARCASSONNE, sous la coord. De F. MARTUCCI et C. MONGOUACHON, Edit. La mémoire du droit, p.27 et s., p.40 : « Les droits fondamentaux sont au cœur du contentieux économique »,

²⁰⁵⁸ N. MOLFESSIS, Le contrat, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.82 et s. p.90

d'entreprendre et la libre concurrence permettent la formation de marchés libres. Et le marché libre est une métonymie qui désigne l'ensemble des offreurs et des demandeurs par l'usage de contrats librement conclus. Or dans une économie de marché, l'offre est constituée en grande partie par des personnes privées, c'est-à-dire des personnes qui ne sont pas l'Etat, ni indirectement financées par l'Etat. L'entreprise privée a une structure qui découle de la propriété privée, de la concentration des capitaux privés et cette concentration de capitaux est le fruit d'actes juridiques contractuels dont le contrat originaire est souvent un contrat de société. Le droit des sociétés est finalement le droit qui organise et régule « l'offre privée » qui s'organise par les techniques juridiques fondamentales du droit. Si on a vu que l'ordre juridique français protège implicitement le marché depuis une quarantaine d'années à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est important de préciser que la protection se situe également à un niveau supranational grâce à la prééminence des deux ordres juridiques européens. Si le lien entre le droit de l'Union Européenne et la protection du marché, donc de l'entreprise privée, paraît assez évident, ce lien paraît plus ténu avec l'ordre juridique de la Cour des droits de l'homme de Strasbourg. Mais la protection des droits fondamentaux est un préalable nécessaire pour l'apparition d'entreprises privées opérant sur un marché libre avec notamment la reconnaissance du droit de propriété que la Cour européenne promeut avec une conception large de la notion de biens.

Nous verrons dans un A. l'importance de l'ordre juridique de la convention Européenne des droits de l'homme par rapport à la notion d'entreprise privée et que la protection de la personne et donc de ses biens entérine à un niveau supranational la « constitution économique » du droit français, puis nous verrons dans un B. que le droit communautaire confirme l'ordre juridique européen tout en protégeant également l'idée de marché qui semble indispensable à la libre activité de l'être humain, donc de l'entreprise privée.

A. L'ordre de la convention européenne des droits de l'homme, prémices à la protection du marché

CEDH et les personnes protégées : de la personne physique à la personne morale

« À la fin des années 1940, il me semble indéniable que la volonté originelle de René Cassin visait à protéger, avant tout, l'individu. La Convention EDH répond à cette préoccupation. Il s'agit donc d'un texte qui s'applique avant tout à défendre les droits de la personne humaine, de la personne physique²⁰⁵⁹. » Il paraît difficilement contestable que le texte de la Convention

²⁰⁵⁹ J.-L. DEWOST, B. LASSERRE, R. SAINT-ESTEBEN, L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 35 - avril 2012

Européenne des droits de l'homme vise autre chose que des personnes physiques. René CASSIN s'étant inspiré fortement de la DDHC française de 1789²⁰⁶⁰. D'ailleurs l'article 34 de la Convention qui permet la saisine de la CrEDH, limite celle-ci aux personnes physiques²⁰⁶¹. Une interprétation large donnée par la Cour a permis la saisine également de personnes morales privées considérées comme des « groupes de particuliers²⁰⁶² » mais la saisine est exclue pour les personnes morales titulaires de prérogatives de puissance publique.

La CrEDH et la protection du droit de propriété

La Convention ne comporte pas directement de dispositions protégeant les libertés économiques. Il faut attendre le protocole additionnel numéro 1 de 1952 et son article pour avoir une protection des biens et du droit de la propriété²⁰⁶³. Plus **précisément, la Cour EDH** va avoir une jurisprudence qui va étendre le droit au respect des biens en protection explicite du droit de propriété²⁰⁶⁴. Pour la Cour, le droit de propriété est vu comme assurant une « fonction essentielle » dans l'ordre juridique et social d'où le caractère fondamental du droit de propriété relevé par la Cour²⁰⁶⁵. Avec l'arrêt *Sporrong* de 1982, la Cour entend la notion de droit au respect des biens de l'article premier alinéa 1 du protocole par « droit au respect de sa propriété²⁰⁶⁶ ». Ensuite la Cour adoptera une vision large de la propriété (celle défendue par le professeur ZENATI par exemple²⁰⁶⁷), où la notion de biens ne se limite pas aux biens corporels. Les propriétés immatérielles (propriétés littéraire, industrielle), les droits incorporels, les créances²⁰⁶⁸ sont des biens pour la Cour, susceptibles d'être appropriés.

²⁰⁶⁰ N. LENOIR, Les principes constitutionnels, in L'entreprise et le droit constitutionnel Colloque du CREDA du 26 mai 2010 p.24

²⁰⁶¹ Th. BOMBOIS, La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, préf. D. WAELBROECK, édit. Larcier p.21

²⁰⁶² Th. BOMBOIS, La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, préf. D. WAELBROECK, édit. Larcier p.21

²⁰⁶³ ARTICLE 1 Protection de la propriété

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

²⁰⁶⁴ A.-Fr. ZATTARA-GROS, Rep. Droit EURO, CEDH, n°8

²⁰⁶⁵ CrEDH, 9 juillet 1986, JCP 1987 ed. E. II. 14894, JENTET ; Anne-Françoise ZATTARA-GROS, Rep. Droit EURO, n°2 ; V. aussi Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s.

²⁰⁶⁶ A.-Fr. ZATTARA-GROS, Rep. Droit EURO, CEDH, n°8

²⁰⁶⁷ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s. : « ...la propriété a conquis des formes inédites d'assiette avec le développement des biens immatériels ».

²⁰⁶⁸ Pour que la créance soit considérée comme un bien par la Cour, elle ne doit pas être seulement éventuelle mais certaine, actuelle et exigible, constituée d'une valeur patrimoniale qu'on peut légitimement espérer. CEDH 20 nov. 1995, Pressos Compania, Naviera SA c/ Belgique, req. no 17849/91, série A, no 332, § 52), le droit du pays contractant à la convention doit avoir une base juridique suffisante pour permettre cette reconnaissance [- CEDH gr. ch., 6 oct. 2005, Draon et Maurice c/ France, req. no 1513/03, JCP 2006. II, note Zollinger. - CEDH 23 juill. 2009, Joubert c/ France, req. no 30345/05, Procédures 2009. Comm. 315, obs. Fricero.], V. Anne-Françoise ZATTARA-GROS op.cit. n°29

La CEDH et la protection de l'entreprise privée par le prisme de la société personnifiée

La Cour EDH, notamment grâce au protocole additionnel, a étendu la protection des droits de l'homme aux sociétés commerciales. Certains auteurs expliquent que la nature juridique complexe de la société qui serait à la fois un contrat, une personne et une institution fait qu'elle bénéficie en tant que sujet de droit d'une protection. En réalité, présenter les choses de la sorte revient à appréhender la société sous le prisme de l'anthropomorphisme. D'une part il existe un débat pour savoir si une personne morale de droit public peut bénéficier de droits fondamentaux. Si certains ordres juridiques accordent à des personnes morales de droit public la possibilité d'être bénéficiaires de droits fondamentaux²⁰⁶⁹, en revanche jamais l'Etat en tant que tel ne peut s'en prévaloir car il ne peut être débiteur et bénéficiaire de tels droits. La reconnaissance de droits fondamentaux à des entités privées comme une société commerciale peut s'expliquer par le fait qu'une société privée est une métonymie que l'on peut expliquer par une conceptualisation de la propriété privée collective : l'entreprise sociétaire est une forme complexe d'organisation de biens en commun, par le biais d'un contrat fondateur de type associatif (Contrat de société). L'explication anthropomorphique n'est pas incontournable : en droit interne, la Cour de cassation a écarté dans un arrêt de 2003²⁰⁷⁰, une loi ancienne de 1853 qui subordonnait l'exercice des droits et de l'action en justice des sociétés étrangères à un décret de l'Etat de la nationalité de la société étrangère. Une telle solution peut être justifiée par l'existence de droits propres aux personnes morales mais on peut aussi l'expliquer par le fait que les personnes physiques apporteurs de capitaux qui se cachent derrière une entreprise personnifiée voyaient leur liberté d'entreprendre limitée par cette loi du 30 mai 1853. La restriction des prérogatives de l'associé, qui découle de la qualité de propriétaire, serait également une atteinte au droit de propriété tel que prévu par le protocole premier de la Convention EDH²⁰⁷¹. Néanmoins, il faudrait quand même une atteinte d'une certaine gravité, la Cour de cassation a par exemple refusé de sanctionner, au titre de son contrôle de conventionnalité, l'incessibilité des actions d'un dirigeant social durant un plan de continuation (ancien article L.621-59 devenu L.626-4)²⁰⁷². L'utilité publique de la convention ou l'intérêt général en droit français peut justifier certaines atteintes si elles sont proportionnées.

²⁰⁶⁹ L. FAVOREU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 7e, Dalloz, p.96 et s., n°112 et s.

²⁰⁷⁰ Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-21.591 : *JurisData* n° 2003-019940 ; D. 2004, p. 692, note G. Khairallah ; JCP G 2004, II, 10111, note H. Kenfack et B. de Lamy

²⁰⁷¹ G. ROYER, « La Convention EDH et le droit des sociétés – Éléments pour une lecture humaniste du droit économique », JCP G., 2008, n° 38, p. 17-2, n°6

²⁰⁷² Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045 et 03-15.855 ; *JurisData* n° 2005-029479 ; D. 2005, p. 2071, obs. A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2006, p. 162, spéc. n° 7. ; G. ROYER, « La Convention EDH et le droit des sociétés – Éléments pour une lecture humaniste du droit économique », JCP G., 2008, n° 38, p. 17-2, n°6

Conclusion sur la CEDH

Le professeur SUDRE critiquait la tendance de l'application de plus en plus fréquente de la CEDH au droit de l'entreprise par l'expression de « Convention européenne des droits de l'entreprise²⁰⁷³ ». En réalité, la liberté est un tout indivisible et l'ordre juridique qui confère des libertés individuelles aux personnes accepte également les libertés économiques qui en découlent. La propriété privée elle-même est la conséquence de la reconnaissance par l'ordre juridique de libertés individuelles²⁰⁷⁴. Finalement les droits de l'homme sont une défense contre les ingérences possibles de la puissance publique sur la sphère privée de la personne, la lecture de la convention EDH entérine l'idée d'un individu qui possède une sphère personnelle et privative de libertés dans laquelle il est souverain, l'individu dispose également de droits processuels pour protéger ces droits substantiels qui lui accordent une sphère de liberté privative. L'entreprise privée, personnifiée ou non personnifiée, doit être également protégée, les libertés économiques sont une branche de la liberté en général. La défense de la liberté s'accompagne toujours de la liberté d'entreprise. Mais ces libertés fondées sur l'individu risquent d'être théoriques (ou formelles).

B. L'ordre juridique de l'Union Européenne, un ordre pro-économie de marché

Droits de l'homme, droits fondamentaux et Union Européenne

Il serait inexact de cantonner l'ordre juridique de l'UE aux relations économiques. L'essence de l'UE est d'abord la paix et la défense de la démocratie libérale comme régime politique²⁰⁷⁵. Or une démocratie libérale accorde la personnalité juridique pleine et entière à chaque être humain ainsi que tous les droits et libertés qui en découlent, c'est-à-dire des droits fondamentaux²⁰⁷⁶. Cette volonté de protection des droits fondamentaux issue des expériences catastrophiques que furent le fascisme, le nazisme et le communisme soviétique

²⁰⁷³ F. SUDRE, L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 1992 : à propos des droits de l'entreprise : Cah. dr.

²⁰⁷⁴ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s. : « La propriété n'est que la mise en œuvre de la liberté dans l'ordre des biens et se trouve en conséquence soumise au même régime ».

²⁰⁷⁵ Article 2 du traité sur l'UE : « L'union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs communes aux Etats membres caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

²⁰⁷⁶ J.-M. SAUVE, La protection européenne des droits fondamentaux ; CJECE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH, aff. 11/70 : arrêt fondateur sur la consécration des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire.

aboutit à consacrer différentes libertés individuelles dont les libertés économiques. L'ordre juridique de l'UE dispose d'ailleurs de différentes sources pour protéger les droits fondamentaux. D'une part si l'UE n'est pas encore partie à la Convention Européenne des droits de l'homme, la convention Européenne des droits de l'homme a été intégrée en partie à l'ordre juridique communautaire depuis des décisions jurisprudentielles de la CJCE qui ont consacré la Convention Européenne comme une source possible de droits fondamentaux : « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré »²⁰⁷⁷, l'arrêt *Hoechst c. Commission* 21 septembre 1989 précise que la CEDH revêt une signification particulière²⁰⁷⁸. De surcroît, l'intégration de la Charte des droits fondamentaux, après la modification par le traité de LISBONNE, fait partie des sources primaires du droit de l'Union²⁰⁷⁹.

Le fait que l'ordre juridique français accepte la prévalence de ces deux ordres juridiques européens a pour conséquence de consacrer également les concepts de marché et donc d'entreprises privées, en donnant une protection supplémentaire à la protection de l'activité économique et c'est justement dans le cadre du droit de la concurrence que va naître l'idée d'accorder aux entreprises (en réalité les entrepreneurs) des protections fondamentales face au pouvoir de la Commission, qui dispose de prérogatives qui lui permettent de mettre en œuvre un droit répressif de la concurrence à l'égard des Etats membres et des entreprises de ces Etats.

Droit de la concurrence (présentation)

Le droit de l'Union européenne de la concurrence, contrairement au Droit américain de la concurrence, concerne également les Etats avec notamment la notion des « aides accordées par l'Etat » prévue à l'article 107 (ex Article 87 TCE). Sauf dérogation, la puissance publique n'a pas le droit d'intervenir dans l'économie en accordant des subventions à certaines entreprises ou « certaines productions ». Le but est d'éviter de fausser la compétition économique, donc de favoriser le marché, un marché commun aux Etats membres de l'U.E.. Si cette protection du marché est souvent critiquée par certains, notamment les idéologues

²⁰⁷⁷ C.J.C.E., arrêt *Panasonic c. Commission* 26 juin 1980

²⁰⁷⁸ Th. BOMBOIS, La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, préf. D. WAELBROECK, édit. Larcier p.57

²⁰⁷⁹ Il faut préciser qu'il peut y avoir des divergences d'appréciation de concepts juridiques entre le Juge de Strasbourg et le juge de Luxembourg donc les droits fondamentaux reconnus par la CEDH sont applicables sous réserve d'être compatibles avec les objectifs du droit de l'Union. Sur cette question de la compatibilité entre les deux ordres juridiques européens, Th. BOMBOIS, La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, préf. D. WAELBROECK, édit. Larcier p.59 à p.62

adversaires de l'économie de marché ou par les nationalistes, il faut bien voir que la règle de la limitation des aides d'Etat évite les distorsions de concurrence ainsi que les discriminations²⁰⁸⁰. La défaillance du marché est parfois un prétexte utile pour justifier en réalité des pratiques qui ne sont pas conformes à l'intérêt général mais à l'intérêt des gouvernants qui, sous prétexte de soutenir un secteur d'activité, peuvent avantager une position économique pour des raisons politiques, idéologiques ou par intérêts privés. Derrière la technique législative des aides d'Etat²⁰⁸¹, il y a un sous-jacent de philosophie politique très important qui est la préférence pour le marché autant que faire se peut : le marché, c'est la liberté de produire et d'acheter à des prix fixés « librement », c'est-à-dire en fonction de contraintes économiques qui sont extérieures aux offreurs. Mais une situation économique de monopole par exemple ainsi que des aides d'Etat sont les deux menaces qui peuvent fausser le marché donc la liberté de fixer les prix. Comme l'écrit Chahira BOUTAYEB, l'UE est un « espace de liberté » et le passage du marché commun au marché intérieur n'est pas uniquement une question de sémantique. L'ambition affirmée avec l'acte unique européen de 1986 n'est pas seulement de supprimer les barrières aux échanges mais de créer un véritable marché intégré comme pourrait l'être un marché national²⁰⁸².

Conséquences sur la qualification de la rémunération : l'entreprise privée consolidée par le droit de l'Union Européenne

La protection des droits fondamentaux aboutit à une protection des libertés économiques qui elle-même conduit à de libres transactions entre personnes privées et donc à la constitution d'une économie de marché. Il y a donc une corrélation entre liberté des marchés, liberté des contrats et la libre concurrence²⁰⁸³. « *L'essentiel du marché, il est dans la concurrence*²⁰⁸⁴ » : Quand Michel FOUCAULT écrit cela, il ne fait que confirmer une analyse faite par les observateurs du marché²⁰⁸⁵. Le marché postule la liberté de l'individu et cette liberté de choisir dont dispose l'individu, consommateur ou professionnel, a une incidence sur la production. Si les consommateurs font plus le choix d'un produit A plutôt que celui d'un produit B, le système économique s'orientera davantage vers la production du produit A que

²⁰⁸⁰ R. BLASSELLE, Traité de droit européen de la concurrence, Tome II B., Publisud, p.17 et s.

²⁰⁸¹ R. BLASSELLE, op.cit.

²⁰⁸² Ch. BOUTAYEB, Droit matériel de l'Union Européenne, 3^e édit. LGDJ Lextenso

²⁰⁸³ « La liberté des marchés ne se conçoit pas sans la liberté des contrats. La liberté des contrats, pour prospérer, a elle-même besoin du mécanisme de la concurrence. De cette corrélation résulte le droit de la concurrence ». M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, Droit de la concurrence, Dalloz 1^{ère} édit.2006 ; : H. BOUTHINON-DUMAS, Préface Ph. DIDIER, directeur de thèse M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, L.G.D.J. Droit et économie p.21, n°27 : « La concurrence est une caractéristique essentielle du marché ».

²⁰⁸⁴ M. FOUCAULT, Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France. 1978-1979 p.121 :

²⁰⁸⁵ J.A. SCHUMPETER, Théorie de l'évolution économique, recherches sur le profit l'intérêt et le cycle de la conjoncture, traduction J.-J. ANSTETT, Dalloz p.4 : une économie d'échange est une « économie où règnent la propriété privée, la division du travail et la libre concurrence ».

vers celle du produit B. Le marché libre, c'est donc un marché où les prix sont décidés en fonction de l'offre et de la demande et non pas en fonction de la volonté du gouvernant. Autrement dit, la production est le fait de la somme de volontés individuelles sans pour autant qu'il y ait une volonté individuelle explicite de produire un bien. C'est un peu comme le prix des actions à la Bourse, on sait que c'est la somme de décisions individuelles de transactions qui produit in fine le prix sans pour autant que cela soit une décision explicite d'une personne ou d'un groupe de personnes donné. On pourrait comparer cela aux classifications réalisées par l'Algorithme de Google en fonction des recherches effectuées. Ce n'est pas une volonté humaine qui classe, et pourtant, c'est la volonté humaine qui est au fondement même du classement des occurrences en fonction de la popularité des recherches. La formation des prix sur un marché fonctionne de la même sorte, le prix de marché est un prix de vérité²⁰⁸⁶. Le prix n'est fixé par personne et dépend pourtant d'une somme de volontés humaines. Mais ce « prix de vérité » fondé sur la liberté de formation d'un contrat a besoin de la concurrence car, sinon, la contrainte économique d'une situation de monopole ou monopsonne fausserait la liberté de formation des prix. Et dans une économie de marché telle que défendue par le droit communautaire, c'est à l'Etat d'assurer la protection de la formation de contrats libres et d'assurer donc un droit de la concurrence effectif.

Or la consécration d'un ordre juridique supranational fondé sur l'idée de marché aboutit à une protection de la libre appropriabilité de biens et services censés apporter des progrès économiques sociaux. Le droit communautaire a donc pour but de favoriser l'essor d'un « ordre juridique libéral²⁰⁸⁷ » et dans ce type d'ordre que nous avons parfois nommé démocratie libérale, la propriété privée en est le fondement²⁰⁸⁸. La propriété privée individuelle alliée à la liberté contractuelle aboutit à générer des propriétés privées collectives sophistiquées dont les sociétés cotées. Mais il ne faut pas amalgamer l'entreprise à la société-technique juridique. L'entreprise est structurée par la propriété privée et celui qui la dirige est investi d'un pouvoir de propriété car des propriétaires individuels de valeurs le lui ont remis en échange d'une rémunération. Dire que l'entreprise est constituée de contrats n'est pas une position idéologique, ou plus exactement, cela en est une mais c'est la matrice idéologique de l'ordre juridique : les principes matriciels qui guident nos ordres juridiques sont fondés sur la

²⁰⁸⁶M. FOUCAULT, Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France. 1978-1979 p.33 : « Le marché devient un lieu de vérité » L'idée est que « Le marché, quand on le laisse jouer en lui-même dans sa nature, dans sa vérité naturelle si vous voulez, permet que se forme dans sa nature, un certain prix que l'on appellera métaphoriquement le vrai prix, qu'on appellera encore parfois le juste prix, mais qui ne porte plus du tout en lui ces connotations de justice. Ce sera un certain prix qui va osciller autour de la valeur du produit » ; H. VERIN, Entrepreneurs, entreprise, histoire d'une idée p.102 : L'intervention des entrepreneurs sur le marché aboutit à l'établissement de ce que CANTILLON appellera un prix de vérité, c'est-à-dire le prix de concurrence

²⁰⁸⁷ P. WACHSMANN, « La jurisprudence administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), Traité de droit administratif T. 1, Dalloz, 2011, p.580

²⁰⁸⁸ Supra chapitre précédent

liberté individuelle, c'est-à-dire un ordre juridique où l'individu est devenu la valeur suprême, une fin en soi²⁰⁸⁹. Le droit de l'Union Européenne fondé sur une logique de marché ne fait que confirmer et amplifier le phénomène du marché de l'ordre juridique français. Le droit de l'U.E. entérine la régulation, c'est-à-dire assigne à l'Etat la position de ne pas/plus être un agent économique comme le fut l'Etat français à la fin la dernière guerre mais d'être un arbitre du jeu économique²⁰⁹⁰. Indirectement, cette structure souhaitée de l'économie conforte la nature de l'entreprise privée comme étant une chaîne de contrats avec un pouvoir de direction qui émane de la propriété privée réunie par un contrat originaire, le contrat de société.

La conception de l'entreprise personnifiée et le droit répressif de la concurrence : ce que cela révèle de la nature de l'entreprise privée

Le droit de la concurrence communautaire concerne les Etats (avec la prohibition des aides d'Etat sauf exception) et les entreprises avec la sanction de deux comportements incriminés : l'entente et l'abus de fonction dominante²⁰⁹¹. Le pouvoir de sanction de la commission à l'égard des entreprises afin de préserver la concurrence implique deux questions très importantes d'un point de vue de la théorie du droit économique : qu'est-ce qu'une entreprise privée selon le droit communautaire et l'entreprise privée attaquée bénéficie-t-elle de droits fondamentaux ?

Sur la notion d'entreprise, celle-ci n'est pas définie par les traités et un arrêt connu de la CJCE propose une définition large et indépendante de la structure juridique de l'entreprise : « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »²⁰⁹². Alain SUPIOT analyse cet arrêt comme étant la démonstration que le droit européen « *n'est pas fondé sur la distinction du public et du privé, mais bien plutôt sur celle de l'économie (objet exclusif du droit communautaire) et du social (compétence réservée des Etats)* »²⁰⁹³ » et donc que la notion d'activité économique prime sur la distinction française entre privé et public. Il semble que l'on puisse apporter un bémol à cette analyse : le droit européen est bien fondé sur la distinction du privé et du public non pas

²⁰⁸⁹ De la liberté individuelle est née la libre appropriabilité de l'article 537 du Code civil par exemple qui est plus large que le droit de propriété ainsi que la liberté contractuelle.

²⁰⁹⁰ La loi N.R.E. de 2001 ou Nouvelles Régulations économiques s'inscrit par exemple dans cette logique. J.-J. Daigre, Le projet de "nouvelles régulations économiques" en matière financière : RD bancaire et fin. 2000, p. 67 ; C. VINCENT Fasc. 3-12 : RÉFORMES RÉCENTES DU DROIT DES SOCIÉTÉS . Évolution de 2000 à 2011

²⁰⁹¹ Ch. BOUTAYEB, Droit matériel de l'Union Européenne, 3^e édit. LGDJ Lextenso p.21 , Articles 101 et 102 TFUE

²⁰⁹² CJCE, 23 avril 1991, Höfner c. Macroton, aff. C-41/90, Rec., 1991, p.I-1979, point 21. ; J.-F. BELLIS, Competition Law Droit européen de la concurrence, 2^{ième} édit. Bruylant p.88 ; A. SUPIOT, La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, Poids et mesure du Monde p.281 :

²⁰⁹³ A. SUPIOT, La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, Poids et mesure du Monde p.281

en raison de l'histoire ou des particularités de tel ou tel pays mais en raison d'une distinction objective : pour le droit communautaire, la réelle distinction entre une entreprise privée et une entreprise publique n'est pas l'origine des capitaux qui l'ont constituée ou le fait que l'entreprise relève du droit public interne mais le secteur d'activité : s'agit-il d'une activité de production qui peut être soumise à concurrence et être assurée théoriquement par une entité privée ou s'agit-il d'une compétence réservée de l'Etat ?

Le droit de l'Union Européenne, sous son apparente technicité, véhicule un partage de compétence de l'Etat et une compétence pour le marché. Même l'entreprise publique y est soumise²⁰⁹⁴, car l'application du marché ne dépend pas de la structure juridique du producteur mais de la nature de la production. A l'instar du droit du travail, le droit de la concurrence se fonde sur la matérialité des faits et non sur une pure logique juridique.

Les pouvoirs de sanctions dont bénéficie la Commission ont également une incidence sur la vie des entreprises privées, qui doivent se défendre. Des auteurs ont pu poser la question de savoir si l'entreprise privée était titulaire de droits fondamentaux : pour Thomas BOMBOIS²⁰⁹⁵, les entreprises auraient des droits fondamentaux par le biais de l'existence de personnes qu'elles soient physiques ou morales. En réalité, l'ordre juridique européen comme celui de la CEDH est fondé sur un « humanisme libéral » et la personne morale n'est protégée que subsidiairement car la lettre du texte de la Charte fondamentale vise les personnes mais il s'agit uniquement des personnes physiques. Par extension, il paraît évident que la personne morale est également protégée mais, en précisant qu'elle est un sujet de droit qui permet à des personnes physiques de réaliser dans la sphère économique les différentes libertés reconnues par ces ordres juridiques. Les deux premiers articles de la Charte des droits fondamentaux relatifs à la dignité humaine et le droit à la vie concernent évidemment la personne humaine et non la personne morale²⁰⁹⁶. L'entreprise, personnifiée ou non-personnifiée, est protégée indirectement par la consécration de libertés primaires que sont la liberté d'entreprise et le droit de propriété. De ces libertés peut découler la protection de la liberté contractuelle et de l'entreprise personnifiée.

Conclusion du §2

²⁰⁹⁴ « Les institutions de l'Union européenne, attentives à ce que ni la propriété des entreprises, ni les droits qui leur sont accordés, ne faussent la concurrence, ont soumis les entreprises publiques au droit des pratiques anticoncurrentielles, au contrôle des concentrations et au droit des aides d'Etat » in J.-M. SAUVE Les entreprises publiques Les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique

²⁰⁹⁵ Th. BOMBOIS, La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, préf. D. WAELBROECK, édit. Larcier p.18 et s.

²⁰⁹⁶ « Article premier « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. » « Article 2 : 1. Toute personne a droit à la vie. 2. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté. »

« *Tant les fondements de son droit constitutionnel que son adhésion à l'Union européenne traduisent le fait que la France est une démocratie ayant choisi l'économie de marché*²⁰⁹⁷ ». Or une économie de marché associée à une démocratie libérale permet la libre constitution d'entreprises privées. Et cette liberté de constitution de l'entreprise se traduit juridiquement par un nœud de contrats, comme il est dit habituellement, mais ces contrats sont hiérarchisés avec un contrat fondateur, le contrat de société. Et cette hiérarchie découle de la liberté de réunir des capitaux qui se traduit juridiquement par le passage d'une propriété privée individuelle à une propriété privée collective plus ou moins sophistiquée (de la société en participation non dotée de la personnalité morale à la société anonyme cotée)

Conclusion de la Section II

Certains auteurs nient l'existence d'une « constitution économique » au motif de la nécessaire neutralité économique de la Constitution. Il faut néanmoins relativiser ce point de vue car une Constitution d'un Etat de droit est fondée nécessairement sur le respect de l'individu, et comporte donc certaines limites. La fin de la conception de l'Etat légal signifie que la souveraineté de la loi ne peut être totale et il vaudrait mieux parler de « neutralité économique relative » comme le faisait le professeur CHEROT²⁰⁹⁸. Car la reconnaissance de certaines libertés fondamentales inhérentes à l'être humain personnifié aboutit ipso jure à reconnaître des libertés économiques. Et ces libertés économiques engendrent, et le marché, et l'entreprise privée. Même si les interventions de l'Etat sont très nombreuses et n'ont cessé d'augmenter avec le développement de l'Etat social, les activités économiques n'ont jamais été assurées par l'Etat comme ce fut le cas dans les pays socialistes et/ou démocraties populaires. Or la Constitution actuelle limite la possibilité d'un Etat totalisant pour ne pas dire totalitaire. La Constitution doit être comprise comme étant un tout, il faut avoir une vision holistique de celle-ci. Notre constitution ainsi que celles régissant les ordres juridiques de même nature, sont fondées sur le normativisme humaniste qui établit une corrélation irréfragable entre individu et personne juridique. La Cour constitutionnelle fédérale allemande dans un arrêt de 1951 expliquait ce principe d'une compréhension holistique de la Constitution : « *Une disposition particulière de la Constitution ne peut pas être considérée de manière isolée, ni même n'être interprétée qu'à partir d'elle-même. Avec les autres dispositions de la Constitution, elle forme un contexte de sens [Sinnzusammenhang] qui présente une unité interne. Il résulte du contenu d'ensemble de la Constitution certains*

²⁰⁹⁷ P. HUBERT et Adrien CASTAN, Droit constitutionnel et liberté de la concurrence, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 49 (dossier : l'entreprise) - octobre 2015 - p. 15 à 27

²⁰⁹⁸ J.-Y. CHEROT, « Constitution et économie », in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), Traité international de droit constitutionnel, Dalloz, collection : « traités Dalloz », Tome 3, 2012, pp.530 et s. cité par Cl. MONGOUACHON, avant-propos

*principes et certaines décisions fondamentales auxquels chacune des dispositions constitutionnelles est subordonnée*²⁰⁹⁹ ». Cette explication est valable dans tout ordre juridique qui obéit aux principes de la démocratie libérale.

Conclusion du Chapitre II

« *Dans tous les pays libéraux, le socle de l'Etat de droit est désormais constitué d'un ensemble de droits fondamentaux inscrits dans des textes de valeur juridique supérieure*²¹⁰⁰ ». Lorsque Jacques CHEVALLIER écrit « les pays libéraux », il vise explicitement la notion de démocratie libérale, c'est-à-dire un Etat de droit qui fait de la liberté individuelle la finalité de l'action de l'Etat avec la reconnaissance de droits fondamentaux. Ce type d'ordres juridiques aboutit *ipso jure/ ipso facto* à la mise en place d'une économie de marché. Et l'économie de marché permet à l'entreprise privée de s'y développer. Or l'entreprise privée, c'est d'abord une initiative (privée) possible grâce à des capitaux privés, une liberté d'agir appelée liberté d'entreprendre par les juristes. Et comme l'écrivait Guy CARCASSONNE, « *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*²¹⁰¹. » Or la liberté d'entreprendre, comme d'autres libertés économiques a été constitutionnalisée et cette constitutionnalisation du droit des affaires²¹⁰² date des années 80 (avec la décision Nationalisation du 16 janvier 1982). Il y aura aussi la constitutionnalisation du droit des contrats²¹⁰³, la protection de la concurrence tant par l'ordre interne que l'ordre de l'UE, la protection du droit de propriété par l'ordre CEDH etc. En bref, une constitutionalisation de tous les éléments juridiques nécessaires à l'existence de l'entreprise privée. Le Pouvoir ne peut pas tout et il doit respecter l'entreprise en tant qu'unité de production et si les nationalisations sont toujours possibles, elles ne peuvent pas se faire au détriment du droit des associés des sociétés convoitées par la puissance publique. L'entreprise privée organisée par le droit de propriété et le contrat est donc protégée par les normes les plus élevées de notre ordre juridique.

²⁰⁹⁹ M.-L. DUSSART, Constitution et économie, préf. J.-Y. CHEROT, Bibli. Dalloz, 2015 Constitution et Economie, p.159, n°209

²¹⁰⁰ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, 6^e édit. LGDJ 2017, p.98

²¹⁰¹ G. CARCASSONNE, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.78 et s. p.80

²¹⁰² N. LENOIR, Les principes constitutionnels in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.30

²¹⁰³ N. MOLFESSIS, Le contrat, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.82 et s. p.83

Titre II Analyse micro-juridique de la rémunération des dirigeants : la situation du dirigeant social analysée par le prisme du droit des biens et du droit des contrats

« Chacun de nous a en effet conscience d'avoir une volonté, chacun de nous a l'impression vraie ou fausse, qu'il se détermine librement, mais chacun de nous se rend bien compte qu'il n'y a que la personne humaine qui ait une volonté, et d'autre part qu'il n'y a que la personne humaine qui, selon le dogme chrétien, soit promise à des fins dernières ; et, en tout cas selon l'avis général, du moins dans la conception dominante dans les démocraties libérales, il n'y a que l'individu, que la personne humaine qui soit une fin en soi²¹⁰⁴. »

Le mystère d'une nature conflictuelle de la rémunération

Pourquoi la rémunération du dirigeant social n'a pas été perçue comme étant la contrepartie d'une prestation fournie à la société, prestation qui est, entre autres, de gérer la société ? La notion de personne morale a été souvent entendue comme étant un être moral autonome et indépendant des membres qui la composent et non pas comme une technique du droit offerte aux particuliers pour réaliser un but collectif en vertu de la liberté d'association qui leur est reconnue. Une telle vision de la personne morale de droit privé, confondue avec la personne morale de droit public disposant de prérogatives de puissance publique n'est pas exacte. Hormis le cas d'une fondation alimentée par des dons irrévocables, la société dotée d'une personne morale est une chose utile à ceux qui l'ont conçue et reste toujours sous leur contrôle. La personne morale de droit privé permet d'exprimer une capacité juridique collective. Certes il est indéniable que la personnalité morale de droit privé est reconnue comme un sujet de droit par le droit positif, qui peut être titulaire de droits fondamentaux, droits confirmés par le droit interne ou par l'ordre de la convention européenne des droits de l'homme²¹⁰⁵ mais ces droits fondamentaux sont exercés par rapport à la personnalité juridique

²¹⁰⁴ M. WALINE, Précis de droit administratif, Montchrestien 1969, p.200, n°381

²¹⁰⁵ G V. G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale, sept. 2016 n°60 ; N. MATHEY, Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé, RTD civ. 2008. P. 205 et s.

des membres. Un auteur expliquait que la personnalité juridique est une technique qui permet à une entité personnifiée représentant collectivement ses membres d'exercer « par transmutation les libertés collectives des membres²¹⁰⁶ ». Et on est d'accord avec cette vision qui correspond aux principes macro-juridiques vus dans le titre précédent. Nos ordres juridiques de type démocratie libérale fondés sur le « normativisme humaniste » font de l'individu l'atome de l'organisation sociale²¹⁰⁷. Or la liberté d'association au sens large du terme permet à l'individu de se regrouper avec d'autres afin de réaliser une activité lucrative ou bénévole. Or l'association de personnes pour réaliser un profit se fait le plus souvent dans le cadre d'une société personnifiée et malgré une réglementation que l'on a vue parfois exigeante, l'entité personnifiée n'existe que par la volonté privée, l'initiative privée. Tout pouvoir exercé en son sein est un « pouvoir de propriété » et non un « pouvoir de souveraineté ». Le mandataire social, malgré parfois un enchevêtrement de contrats et d'entités juridiques, est au service d'une collectivité d'êtres humains. On verra que la personne morale a permis, par une sorte de synecdoque juridique, de dissimuler la fonction de propriété collective qu'accomplit le contrat de société²¹⁰⁸. Comme l'avait relevé Mikhaïl XIFARAS, la personne morale est une technique et une pratique de la propriété collective²¹⁰⁹. Mais le droit de propriété en tant que prérogative privée accordée par le Droit à son titulaire n'existe réellement que par la réalisation d'actes juridiques. Un propriétaire qui n'aurait pas la capacité de passer des actes juridiques serait titulaire d'un droit de propriété fictif. Le contrat, c'est la propriété en mouvement. Et ce mouvement juridique est à l'initiative du titulaire du droit de propriété. Ceux qui créent et organisent une entreprise en commun le font par le biais de contrats. Mais la rémunération des dirigeants sociaux n'a pas été perçue souvent comme étant l'objet d'une obligation contractuelle car la grille de lecture du droit des obligations ne lui fut pas appliquée. C'est une conséquence d'une vision anthropomorphe de la personne morale et des relations de pouvoirs qu'elle fait naître en son sein. Le pouvoir du dirigeant, confondu avec une prérogative de puissance publique du fait de l'existence d'un encadrement légal, n'a pas été toujours compris comme étant un pouvoir délégué par les associés mais comme un pouvoir de souveraineté qui découlerait de la loi. Il existe en droit deux types de pouvoir et seulement deux : le pouvoir privé ou pouvoir de propriété et le

²¹⁰⁶ X. DUPRE De BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales », RDLF, 2011 chron. N°15 cité par G. KITERI, Les droits fondamentaux des personnes morales. Institut Universitaire Varenne. Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques, LGDJ 2013, hal.archives-ouvertes.fr 2018

²¹⁰⁷ M. WALINE, Précis de droit administratif, Montchrestien 1969, p.200, n°381 : « et, en tout cas selon l'avis général, du moins dans la conception dominante dans les démocraties libérales, il n'y a que l'individu, que la personne humaine qui soit une fin en soi »

²¹⁰⁸ Lorsque la société est pluripersonnelle. Ce qui était toujours le cas en droit français jusqu'en 1985.

²¹⁰⁹ M. XIFARAS, Fictions juridiques Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 3 – 2011, p.451 et s.

pouvoir public ou prérogative de puissance publique²¹¹⁰. Le pouvoir privé découle toujours d'un acte juridique de droit privé, essentiellement d'un contrat. Et nous verrons que le mandat social a tout d'un contrat synallagmatique. Il correspond à un contrat de la famille du mandat et du contrat d'entreprise, une sorte de contrat de service. Or avec la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 du droit des obligations, on va peut-être vers un contrat de prestation de service au régime unifié²¹¹¹ dont le mandat social aura naturellement vocation à faire partie. Une fois le diagnostic de contrat établi, il sera plus aisé de contrôler la rémunération des dirigeants car ce contrôle se fera par le prisme du droit commun et du droit spécial des contrats.

Annonce du plan

On verra dans un chapitre I que la notion de personne morale qui a obscurci le droit des sociétés doit être entendue à travers le prisme du normativisme humaniste : dans une démocratie libérale, la personne morale de droit privé n'existe que par et pour l'individu. Dans un chapitre II, on verra que la nature de la prestation du dirigeant ne peut être que contractuelle. Et cette assertion résulte d'une analyse de la prestation réalisée par le droit des contrats ; de cette nature contractuelle découle une nouvelle façon d'appréhender le contrôle de la rémunération.

²¹¹⁰ Sur la notion de souveraineté, J. CHEVALLIER, L'obligation en droit public, in APD 2000, L'obligation p.181 et s., p.182

²¹¹¹ Article 1165 du Code civil

Chapitre I La rémunération perturbée par la notion de personne morale

« La séparation entre la société personnalisée et la société simple contrat « se fera d'après la manière dont elle se comportera au regard des tiers » »²¹¹²

Problème du changement de paradigme

On a vu dans la première partie que le droit des sociétés à l'issue de la seconde guerre mondiale ainsi que l'économie en général étaient perçus par le prisme de l'intervention de l'Etat. L'ouvrage important de l'économiste Karl POLANYI illustre les critiques envers le marché libre²¹¹³. Les débats économiques ont souvent une incidence sur le juridique, et le droit des sociétés fut également concerné par cette hostilité à l'égard du marché et de l'intérêt privé ; une tentative de synthèse fut proposée entre capitalisme et économie socialiste, souvent implicitement défendue par certains auteurs. Mais finalement, la personnalité morale de l'entreprise, de la société comprise comme étant un intérêt distinct des associés a surtout éloigné le droit des sociétés de ses parents naturels (le droit des biens et le droit des obligations) pour un parent adoptif négligeant que serait le droit public. Mais une société personnifiée n'est pas assimilable au fonctionnement d'un Etat car on a vu dans le titre précédent que l'entreprise est constituée et se réalise par des contrats, et s'il en est ainsi, c'est à cause de ou grâce à la propriété privée. L'individu propriétaire peut s'associer à d'autres afin d'exploiter ensemble une entreprise privée, le plus souvent cet accord se fera sous l'égide d'un contrat de société. Car comme l'expliquait le professeur DEBOISSY, « ...la société n'est pas tant une technique d'organisation de l'entreprise qu'une technique d'organisation de l'entrepreneur²¹¹⁴. » La société est un pacte entre des entrepreneurs qui produit des effets personnels et réels entre eux et qui modifie la propriété privée individuelle initiale en une propriété privée collective. Cette propriété privée collective n'est souvent pas qualifiée comme telle pour des raisons historiques²¹¹⁵. Le droit des sociétés a permis une capacité juridique à cette propriété collective. C'est la notion de personnalité morale forgée aussi par l'histoire qui a permis à cette fiction d'imputer les effets inhérents à un groupement à une seule personne. Seulement l'image fut tellement forte qu'elle s'est parfois substituée à la

²¹¹² E. THALLER, J. PERCEROU, Traité élémentaire de Droit commercial, 6^e edit., Paris 1922, p.217, n°298 :A partir d'une citation de M. LABBE

²¹¹³ K. POLANYI, La grande transformation, tel Gallimard,1944, trad. fr. 1983

²¹¹⁴ Fl. DEBOISSY, Le contrat de société in Rapport français. p.128, n°15

²¹¹⁵ Supra Partie II, Titre I, Chapitre I, Section II, §1

réalité juridique. Le droit des obligations volontaires et le droit de propriété ont reculé et le droit des sociétés fut appréhendé par le prisme de la notion de personne morale, d'intérêt social transcendant et de prétendus actes unilatéraux créateurs d'obligations pour expliquer notamment le « statut » des organes sociaux. Seulement l'ordre n'a pas changé de nature : c'est toujours une démocratie libérale et c'est toujours une économie de marché. Donc le pouvoir au sein d'une entreprise privée découle toujours de la propriété privée. On comprend que la notion de personnalité morale mal comprise a perturbé considérablement le droit des sociétés en tentant de substituer techniquement l'acte juridique unilatéral créateur d'obligation au contrat. Mais l'organisation d'une entreprise privée, dès que les apporteurs de capitaux sont égaux ou supérieurs à deux, est un accord contractuel avec des effets réels. Ces effets réels résultent d'une modification de la propriété.

La personnalité morale, un proto-sujet de droit

Si on ne récuse pas la notion de personnalité morale de par déjà sa commodité, il est inexact que la personne morale de droit privé soit un sujet de droit similaire à une personne physique. L'Etat de droit au sens strict du terme, celui inhérent à la démocratie libérale fait de l'individu la matrice de l'organisation sociale. Jean RIVERO affirmait d'ailleurs le primat de l'individu sur le groupe²¹¹⁶. La personne morale en tant que sujet de droit est un mythe anthropomorphique didactique et qui, comme on l'a vu en première partie, fut politisé en raison de l'affrontement idéologique sur la question de la propriété des moyens de production. En revanche, si la notion de personnalité morale a eu un succès, c'est qu'elle a comblé un vide de la « science du droit » qui n'a pas été capable d'expliquer par la technique juridique du droit des biens et du droit des contrats le fonctionnement d'une société -propriété privée collective. Le manuel THALLER PERCEROU de 1922 explique que lorsqu'on dit des sociétés de commerce qu'elles sont des organismes, il s'agit de traduire d'une manière abrégée l'aptitude des biens sociaux à être relativement autonomes des biens de chaque associé²¹¹⁷. Puis les auteurs tentent de comprendre ce que la personnification dissimule et envisagent différentes hypothèses de propriétés privées collectives, propriété en main commune, propriété commune, propriété collective²¹¹⁸etc. pour conclure que « *les choses sociales sont frappées d'une servitude générale et féconde d'obéir au statut social*²¹¹⁹ ». Le lien entre contrat de société et effet réel est réalisé. D'un contrat non-échange naît une forme originale de propriété privée collective ou propriété plurale mais cet aspect n'a pas été saisi par de nombreux auteurs jusqu'à une époque récente. Car la doctrine du droit des contrats avait pour parangon la figure du contrat

²¹¹⁶ J. RIVERO, Les libertés publiques, T.1, Les droits de l'homme, Puf, p.115

²¹¹⁷ E.THALLER, J. PERCEROU, Traité élémentaire de Droit commercial, 6^e edit., Paris 1922, p.203, n°274

²¹¹⁸ E.THALLER, J. PERCEROU, Traité élémentaire de Droit commercial, op.cit, p.203-231

²¹¹⁹ E.THALLER, J. PERCEROU, Traité élémentaire de Droit commercial, op.cit. p.213, n°291

de vente jusqu'à récemment . Or l'économie de marché est une économie de contrats et l'occultation du droit des sociétés par la notion de personnalité morale a fait oublier qu'une entreprise privée n'était qu'un tissu de contrats. Le mandat social est également un contrat et, par conséquent, la rémunération est la contrepartie d'une prestation accomplie par le dirigeant pour l'entité dirigée. La personnalité morale en droit des sociétés a surtout été un moyen de protéger, de pérenniser les entreprises communes créées par des fondateurs : au lieu de lui attribuer des vertus magiques et sacrées, il faut comprendre que l'idée de personne morale fut une « allégorie » pour protéger l'entreprise en tant que tissu relationnel qui a vocation à durer, parfois davantage que la durée de la vie humaine.

On va donc dans une première section tenter de comprendre pourquoi la notion de personnalité morale s'est imposée et quel vide elle a comblé puis s'attaquer à l'idée qu'elle serait un sujet de droit comme un autre.

Section I L'incidence de la personnalité morale sur la rémunération des dirigeants

Marie-Anne FRISON-ROCHE et Sébastien BONFILS écrivaient que le « *droit des sociétés s'est déstructuré, en ce sens qu'il est devenu de moins en moins construit sur la personnalité morale et de plus en plus contractualisé. L'essentiel devient alors la relation entre les associés et les dirigeants*²¹²⁰ ». La qualité d'associé obéit également à une logique de marché ; les visions personalistes de l'entreprise, de la société fondées sur l'idée d'institution, d'organes etc. ont été invalidées par la financiarisation de l'économie à partir des années soixante-dix. Paul DIDIER soulignait l'importance du marché et de la contrainte que celui-ci impose aux sociétés cotées²¹²¹. La personnalité morale comprise comme l'émanation d'une communauté et comme un groupement personnifié qui incarnerait l'intérêt de tous ses membres n'a plus beaucoup de sens lorsque la qualité d'associé peut s'échanger rapidement sur le marché. En vérité la notion de personnalité morale a été hypertrophiée depuis deux siècles et des effets juridiques qui auraient pu s'expliquer par la technique juridique, l'ont été par le prisme de la personnalité morale. La notion de personnalité morale a été une « machine » à occulter les rapports juridiques contractuels au sein de la société. Certes, ce ne fut pas volontaire mais le résultat aboutit à une certaine confusion entérinée par une rédaction malheureuse des textes. Il convient donc dans un premier temps de comprendre pourquoi la personnalité morale a pu prendre tant de place en droit des sociétés puis constater qu'elle a perturbé une analyse scientifique du droit des sociétés en occultant l'importance du contrat dans l'organisation d'une société civile ou commerciale. Or la qualification de rémunération fut directement perturbée. A tel point qu'une partie de la doctrine a pu soutenir qu'il n'y avait pas de lien contractuel entre le dirigeant et la société qu'il dirige alors que factuellement, le mandataire social en devenir négocie réellement son contrat contrairement à la plupart des salariés payés au salaire minimum. L'idéologie d'une communauté organique s'est parfois substituée à une analyse factuelle.

Il faut donc constater un phénomène d'hypertrophie de la personnalité morale (§1) et expliquer les raisons de cette substitution du prisme personaliste pour expliquer et justifier

²¹²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, Les grandes questions du droit économique. PUF 2005, p.29

²¹²¹ P. DIDIER, Le consentement sans l'échange : contrat de société. RJC 1995, n°11

des pratiques sociétaires qui pourraient s'expliquer par les notions fondamentales du droit privé(§2)

§1 Causes historiques de l'hypertrophie de la notion de personnalité morale en droit des sociétés

Anachronisme de la notion de personne morale

La notion de personnalité morale a été forgée par et pour des « institutions » qui relevaient initialement du droit public. Pierre LEGENDRE écrivait que « *toute société a besoin d'un cadre de référence sur laquelle elle puisse ainsi fonder son indestructibilité symbolique*²¹²² ». Or la notion de personnalité morale permet d'assurer cette continuité, comme si l'Etat était un sujet humain immortel. Si l'idée de personnalité morale existait à Rome, elle fut redécouverte par les juristes au milieu du Moyen Âge, à partir de la fin du XI^e siècle, dans les cités italiennes²¹²³. Mais l'idée de personnalité morale était corrélée à l'idée d'utilité publique (*publica utilitas*) ou d'intérêt général (*interest civitati*)²¹²⁴, concernant des domaines qui aujourd'hui relèveraient du droit public. En bref, l'idée de personne morale est ancienne, mais son recouplement avec le droit des sociétés est assez récent et remonte au XIX^e siècle. Il semble que la doctrine ait ensuite analysé le passé par le prisme de l'existence de la personnalité morale mais celle-ci n'existait pas en tant que telle dans le droit commercial de l'époque. Il est important de remarquer que la théorie de la personnalité morale a eu une « existence » dissociée de celle du droit des sociétés.

A.L'apparition de l'idée de personnalité morale en dehors du droit commercial

A Rome

Jean GAUDEMET n'évoque pas dans son ouvrage de référence la question de la personnalité du contrat de société qui était à Rome fondé sur *l'intuitu personae* et dissout à la mort de l'un

²¹²² P. LEGENDRE, « Ce que nous appelons le droit », *Le débat*, 74, 1993, p.109-113 cité par J. PICQ, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, Sciences Po., Les Presses 2015 p.25

²¹²³ J. PICQ, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, Sciences Po. Les Presses 2015, p.68

²¹²⁴ J. PICQ, *ibid.* p.68

des associés, hormis la société de publicains²¹²⁵. Les embryons de la théorie de la personnalité juridique sont à Rome dissociés du droit des affaires. Si l'individu en tant que personne apparaît à Rome, il serait anachronique de parler de droit de l'homme²¹²⁶, de même la personnalité juridique du droit romain est rudimentaire. La cité en tant que « *collectivité publique* », (*Collegia*), avait été reconnue comme une sorte de groupement personnifié²¹²⁷. Mais c'est important de préciser que les *collegia* (ou *corpus* ou *sodalitas*²¹²⁸) sont des embryons de personnes juridiques de droit public²¹²⁹, « *c'est une matière qui appartient essentiellement au « jus publicum* ». L'idée de personne morale était donc liée à la chose publique²¹³⁰. Le contrat de société simple n'avait pas la personnalité morale, c'étaient des propriétés en commun issues d'indivisions familiales²¹³¹. Mais il nous semble un point important : les auteurs modernes estiment que les groupements avaient la personnalité morale mais ce ne sont pas les textes de l'époque et il n'y avait d'ailleurs pas de mots en latin pour définir exactement le concept de personnalité morale. Quand Raymond MONIER écrit que parmi les sociétés commerciales, seules les sociétés de publicains « paraissent avoir été douées de la personnalité morale²¹³² », il s'agit d'une déduction en fonction de la notion de personnalité morale selon l'auteur²¹³³. Avec l'avènement et la diffusion du Christianisme, s'est posée la question du statut des institutions de l'église²¹³⁴. La langue juridique du Bas-empire connaissait le terme de *Corpus*, distinct du *collegium* ainsi que l'*universitas* qui évoque le groupement d'éléments multiples mais il faut prendre cependant garde à ne pas commettre d'anachronisme. « *Mais, même dans le droit justinien, la notion de personnalité juridique, avec son patrimoine et son administration propre n'est pas nettement dégagée*²¹³⁵ ». Les sociétés n'étaient donc pas sauf exception ce qu'on appellerait aujourd'hui une personne morale²¹³⁶.

²¹²⁵ Mais même pour cette forme sociale, J. GAUDEMET n'évoque la question de la personnalité juridique de cette forme sociale malgré une caisse commune, une continuité après la mort de certains associés et une organisation « sophistiquée ». J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e édit., Montchrestien lextenso éditions, p.272-273

²¹²⁶ J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e édit., Montchrétien lextenso éditions p.138

²¹²⁷ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 1910, reprint : la mémoire du droit 2003 p.47 et s.

²¹²⁸ R. SALEILLES, *ibid.* p.47

²¹²⁹ R. SALEILLES, *ibid.* p.48

²¹³⁰ R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 6^e édit Tome premier, 1947, p.337, n°242 et s. : R. Monier prend différents exemples de ce qu'il considère comme être des personnes morales, il s'agit principalement de groupement de droit public : l'Etat (*Res Publica*, les *civitates*, les *coloniae*, les *municipia*, les *collegia*, *sodalitates*)

²¹³¹ P. VIOLET, *Histoire du droit civil*, 3^e edit., p.725

²¹³² R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 6^e édit T.1, 1947, p.338, n°242

²¹³³ Cette précision nous paraît importante car ultérieurement on va expliquer pourquoi la personnalité morale n'existe pas en tant que telle en droit privé.

²¹³⁴ J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e édit., Montchrestien lextenso éditions, p.139

²¹³⁵ J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, op.cit., p.140

²¹³⁶ « En principe, les sociétés ne sont pas des personnes morales ; il n'y a d'exception que pour celles auxquelles la personnalité morale a été concédée ; telles les grandes associations financières de publicains, *societates publicanorum* ou les grandes entreprises de mines ou de salines » _ G. MAY, *Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, SIREY, 1927, 17^eme édit. P.366

La personne morale au Moyen Âge,

Finally the theory of moral personality was rediscovered by the canonists and the romanists²¹³⁷. The debates on the existence of a moral personality by the canonists were correlated to the idea of a property of a group²¹³⁸ which would be independent of the members of the group²¹³⁹. The romanists and the canonists went to develop the idea that there are *universitas*²¹⁴⁰, that is to say that the society would be distinct from the members who compose it. For the glossators, there would be a corpus which would have an existence distinct from that of its members. The canonists went further and evoked a person, a fictitious person who has no soul contrary to physical persons: BALDE evokes the idea of a mystical body²¹⁴¹ (*corpus mysticum*). This theory of *universitas*, of the *persona representata*, *persona ficta*, *corpus mysticum*, instills the idea that the group would have a distinct patrimony from its members and that this fictitious person would even be a third party in relation to the members of the group²¹⁴². But for the jurist of Bologna, the idea of moral personhood concerns what will become public law: BALDE transposed the concept of the Roman corporation -the *universitas*- to the cities of Northern Italy²¹⁴³. The idea of *universitas* applied to the City, to the Kingdom allows to emphasize territorial unity to its members but with an abstract and perpetual dimension²¹⁴⁴. The immortal corporation is a legal person, whose exercise is entrusted to the mortal body of the sovereign²¹⁴⁵. It is the cities and the universities that will apply in the first place this conception of a person without body, of a person

²¹³⁷ Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 et s., p.458 ; J. HILAIRE, « manuel histoire », p.185 à 188, n°105 à 108 : Importance de la doctrine ecclésiastique et redécouverte du droit savant. La doctrine romano canoniste se penche sur la question de la personnalité juridique des collegia pour les besoins de l'Église. L'*universitas* se voit reconnaître une personnalité juridique. INNOCENT IV distinguera entre la corporation (*societas collegiata*) et la simple société (*societas proprie sumpta*). Seule la première a une personnalité juridique, la seconde ne concerne que des liens interindividuels. Bien après, certains auteurs (Joseph RICOL, par exemple) soutiendront dans une thèse que les sociétés commerciales n'ont pas toutes une véritable personnalité morale : La SNC n'est pas une vraie personnalité morale contrairement à la société anonyme : la personne morale n'a eu un rôle que pour les sociétés anonymes, les autres sociétés comme la commandite, la SNC seraient directement issues de la théorie germanique de la propriété en main commune. J. RICOL, La copropriété en main commune, Toulouse 1907.

²¹³⁸ Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445, p.459 : « L'acte de naissance de la personnalité juridique montre clairement que cette notion a été conçue sous le sceau de la propriété : il fallait faire échapper des biens à l'emprise de personnes qui, a priori, en étaient les propriétaires ».

²¹³⁹ P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, Histoire du Droit privé 1 / Les Obligations, 2e édition 1969, p.281, n°307

²¹⁴⁰ P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas* : expressions du mouvement communautaire dans le Moyen âge latin, Paris, Vrin, 1970 cité par M. XIFARAS, Fictions juridiques Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, p.451 et

²¹⁴¹ P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, Histoire du Droit privé 1 / Les Obligations, 2e édition 1969, p.281, n°307

²¹⁴² J. HILAIRE introduction historique au droit commercial. PUF p.185 à 187, n°106 et s.

²¹⁴³ J. PICQ, Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours, Sciences Po., Les Presses 2015, p.69

²¹⁴⁴ J. PICQ, Une histoire de l'Etat en Europe op.cit. p.69

²¹⁴⁵ J. PICQ, *ibid.* p.69

fictive mais légale pour revendiquer la propriété de leurs biens et la liberté de les administrer²¹⁴⁶.

A la fin du Moyen Âge, l'idée de personnalité morale n'est qu'émergente et n'a pas encore franchi le droit des sociétés. Elle concerne ce qui deviendra le droit public, avec les notions de bien commun et d'intérêt général : l'idée de personne morale permet d'autonomiser une masse de biens publics qui appartient aux membres d'une communauté donnée.

C'est avec la fin du Moyen Âge puis le développement du commerce international et donc de grandes entreprises privées que la notion de personnalité morale va migrer vers le droit des sociétés.

B. L'émergence de l'idée de personnalité morale dans les sociétés de capitaux

Développement des sociétés commerciales : la commenda

Si la plupart des sociétés commerciales ne comportent que quelques associés²¹⁴⁷, les sociétés de capitaux vont émerger avec le développement du commerce, interne et international²¹⁴⁸. La société de capitaux à objet indéfini dont on dira ensuite qu'elle a la personnalité morale puise ses racines dans la société en commandite de l'époque (la *commenda*) dans l'Italie du Nord (Venise, Gênes, Florence) dès la fin du dixième siècle²¹⁴⁹. La *commenda* du latin *commendare*, confier) est une association entre un détenteur de capitaux (le *commendator*) et un chargé d'affaires, c'est-à-dire un marchand (le *tractator*)²¹⁵⁰. Mais en réalité, il n'y avait pas de *commenda* type. Cette association purement contractuelle s'organisait sur mesure en fonction des stipulations contractuelles : le *tractator* pouvait apporter des capitaux propres

²¹⁴⁶ J. PICQ, Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours, Sciences Po., Les Presses 2015 p.170

²¹⁴⁷ J. HILAIRE introduction historique au droit commercial, PUF,1986 p.167 et s.

²¹⁴⁸ R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, Histoire du droit des affaires, p.97-98, n°152-153

²¹⁴⁹ R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, ibid. p.97-98 n°152 ; P. NOREL, L'histoire économique globale, Seuil économie humaine p.73 : La *commanda* courante à Venise au XIII^e siècle trouverait son origine en Egypte trois siècles auparavant. Un partenaire prête des capitaux à un marchand jeune et désargenté afin de réaliser une expédition maritime. Des auteurs (économistes) évoquent que la *commanda* dériverait de la *mudaraba* où l'apporteur de capital ne supporte le risque qu'à la hauteur de son investissement en capital. « En Egypte, ce type de contrat, sous les deux formes très voisines de *qirad* et *mudaraba*, était très courant dans la mesure où il se substituait à deux relations mal acceptées en terre d'islam, l'emploi rémunéré (assimilé à l'esclavage) d'une part, le prêt à intérêt d'autre part » CIZAKCA pense donc que la *commenda* est un hybride dérivant des techniques arabes, juives et byzantines. ; J. HILAIRE, introduction historique au droit commercial. PUF p.170 et s.

²¹⁵⁰ J. HILAIRE, introduction historique au droit commercial. PUF, 1986 p.170 n°93 et s.

en plus de son industrie et le *commendator* pouvait travailler en plus de l'apport de capitaux²¹⁵¹.

Cette association purement contractuelle a pu susciter la question de sa nature juridique : à quel contrat nommé la rattacher, s'agit-il d'un contrat de société, d'un prêt ou d'un mandat ? La pratique notariale du milieu du douzième siècle a identifié *commenda* et *societas*. La qualification de *societas* permettait d'éviter de tomber sous la prohibition de l'usure²¹⁵², qui n'avait pas la même signification qu'aujourd'hui : le moindre intérêt même infime était considéré par l'Eglise comme étant de l'usure²¹⁵³. Cette prohibition de l'usure est peut-être à l'origine de l'application de la notion de personnalité morale au droit des sociétés. En dotant l'association en commun d'une personnalité fictive, on contourne l'usure car c'est la société en tant que personne qui commet l'usure et non les membres associés²¹⁵⁴. De surcroît, l'Eglise avait conscience que le contrat de société (comme le prêt à la grosse aventure) comportait un risque réel (les naufrages étaient courants) et par conséquent le capital pouvait être perdu entièrement sans recours contre un créancier²¹⁵⁵.

D'un point de vue économique, cet embryon de société de capitaux est la structure juridique d'une entreprise qui permet de produire des biens plus sophistiqués, qui nécessitent une plus grande coopération entre les individus et donc permet d'accroître la division du travail relevé par Adam SMITH dans la richesse des nations. Il ne s'agit pas ici de faire l'histoire des sociétés de capitaux et de souligner le rôle cardinal qu'elles ont joué dans le capitalisme moderne²¹⁵⁶, mais de montrer que si la notion de personnalité morale n'était pas vraiment encore conceptualisée, l'idée d'une autonomie patrimoniale d'un groupement a émergé progressivement.

L'émergence de la personnalité morale dans l'exemple des moulins de Toulouse et des premières sociétés de capitaux

En droit médiéval, BEAUMANOIR étudie côte à côte, en les groupant sous la même étiquette de « compagnie » des situations aussi différentes que les communautés taisibles, les communautés entre époux, les sociétés de marchands, l'exploitation indivise des droits de

²¹⁵¹ J. HILAIRE, introduction historique...op.cit. p.170 n°93 et s.

²¹⁵² J. HILAIRE, ibid. p.173, n°96

²¹⁵³ R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, Histoire du droit des affaires, p.82 et s., n°117 et s.

²¹⁵⁴ D. GUEVEL, « Droit du commerce et des affaires », 3ème éd., LGDJ, 2007 : « Le concept servira, lui aussi, à tourner l'interdit du prêt à intérêt : seule la personne morale faisait de l'usure, non ses membres et seul l'être ectoplasmique risquait la damnation éternelle »

²¹⁵⁵ L. BRUNORI, Societas quid sit, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique, Pref. J. HILAIRE, édit. Mare et Martin, collections des Presses Universitaires de Sceaux, 2015, p.14, p.31 ; R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, Histoire du droit des affaires, p.85, n°125

²¹⁵⁶ Sur ce, J. HILAIRE, introduction historique au droit commercial. PUF, p.183 et s. ; G. RIPERT, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951 n°5 et s. ; F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme/A.COLIN 1979, Livre de poche, Tome 2° : Les jeux de l'échange

justice et le fait d'appartenir à une commune jurée, la société entre marchands peut se former tacitement et immédiatement par l'achat commun de marchandises²¹⁵⁷. Une confusion demeure dans l'esprit de ce juriste entre des formes sociétaires et d'autres notions juridiques qui sont proches mais qui ne sont pas juridiquement des sociétés. Néanmoins, on peut constater que le lien entre ces différentes « institutions » est l'existence d'une propriété privée collective, c'est-à-dire de la mise en commun de biens. La fameuse thèse de Germain SICARD sur les moulins de Toulouse explique ce passage d'une propriété privée sur un moulin au passage d'une propriété plurale sur l'ensemble des Moulins²¹⁵⁸. Les associés sont appelés pariers²¹⁵⁹, dès le XIII^e siècle, les Moulins ne sont plus appropriés privativement mais constituent un ensemble qui est divisé en parts appelés « uchaux »²¹⁶⁰ et Germain SICARD explique le passage progressif de décisions prises à l'unanimité au passage à la majorité. Mais le point, peut-être le plus important dégagé par Germain SICARD, est l'idée que pour assurer la continuité de la mise en commun, les hommes de l'époque prennent l'image de l'existence d'une personne appelée « l'honneur des moulins ». Cet honneur des moulins permet d'entériner l'idée d'un patrimoine social autonome et consolidera le pouvoir de ceux qui sont censés représenter les pariers, qui vont devenir progressivement affranchis du contrôle contractuel. Les administrateurs des Moulins appelés « les bailes » sont initialement des représentants par mandats des associés (« les pariers »)²¹⁶¹. Mais Germain SICARD explique justement qu'il va y avoir une tendance à l'institutionnalisation des fonctions et lorsque les bailes seront assez puissants, les prérogatives seront même héréditaires. Cet exemple ancien des moulins de Toulouse considérés par certains comme la première société de capital²¹⁶², illustre des problématiques très contemporaines des groupements de sociétés. C'est à la fin du Moyen Âge que certains secteurs de l'économie s'industrialisent et passent de l'artisanat à « l'exploitation capitaliste²¹⁶³ ». Et la société de capitaux va être l'instrument juridique de cette transformation profonde de l'économie²¹⁶⁴.

²¹⁵⁷ G. SICARD. Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse, préf. G. BOYER, Toulouse 1952, p.146 ; P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE, Histoire du Droit privé 1 / Les Obligations, 2e édition 1969, p.281, n°307

²¹⁵⁸ G. SICARD. Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse, préf. G. BOYER, Toulouse 1952

²¹⁵⁹ G. SICARD. Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse, préf. G. BOYER, Toulouse 1952 p.146 : Les « Pariers » sont en quelque sorte les associés, acception large du terme, désignant celui qui possède une part d'un fief ou d'un immeuble. L'exploitation en commun des moulins s'appuie sur la technique contractuelle du mandat et peut- être de la loi de la majorité mais les « documents ne donnent qu'un seul renseignement à ce sujet, ils signalent la possibilité de la représentation d'un pariers par l'un d'eux.> représentation contractuelle

²¹⁶⁰ G. SICARD, *ibid.* p.145 et s. Chapitre VI : La structure primitive des parriages de moulins.

²¹⁶¹ G. SICARD, *ibid.* p.200-206

²¹⁶² M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 1re Partie, 3ème édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrétiens 1980 p.29 et s., n°337-8

²¹⁶³ J. HILAIRE, « Introduction historique au droit commercial » PUF 1986, p.184, n°105

²¹⁶⁴ J. HILAIRE, *ibid.* p.184, n°105

Emergence de la société de capitaux / compagnie

La « doctrine commercialiste », si on peut dire, de l'époque ne s'intéresse pas véritablement à l'émergence des sociétés de capitaux. L'histoire de la société de capitaux, sortie des entrailles du Moyen Âge, semble être liée à la mer²¹⁶⁵. L'importance du développement économique en Italie du Nord est due aux échanges commerciaux, notamment grâce à l'émergence de sociétés de capitaux²¹⁶⁶. Ces sociétés sont initialement des pratiques contractuelles qui visent à rassembler des capitaux car les expéditions coûtent cher et un seul commerçant prendrait trop de risques ou n'aurait pas les moyens si l'expédition n'était pas commune²¹⁶⁷. D'où l'émergence d'une propriété privée collective organisée contractuellement par un contrat de société²¹⁶⁸. Seulement, cette propriété privée n'est pas conceptualisée comme telle. Yves RENOUARD explique que ces opérations commerciales sont diverses et variées, le « contrat de compagnie » permet de mettre en commun du travail et du capital²¹⁶⁹ mais parfois un associé ne contribue que par son capital, il reste à Venise²¹⁷⁰. A partir de la seconde moitié du XII^e siècle à Gênes, les constructions navales obéissent également à l'association : « le navire en construction est considéré comme divisé en parts idéales, toutes semblables entre elles que l'on appelle des loca²¹⁷¹ ». BRAUDEL explique ensuite que le système va devenir plus sophistiqué : « *Au lieu d'être divisé per loca, le gros navire sera divisé per partes, en **actions** si l'on veut, le plus souvent en 24 carats²¹⁷²* ». La compagnie trouve donc son origine dans les « société de mer » (*societas maris*, « société de mer²¹⁷³ » ou société de commande maritime²¹⁷⁴), ainsi que dans certaines associations

²¹⁶⁵ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés », Tome 1. Editions Montchrestien.

²¹⁶⁶ Y. RENOUARD, les hommes d'affaires italiens du Moyen Age, Texto, édit. TALLANDIER 2009

²¹⁶⁷ J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », FAYARD, p.203

²¹⁶⁸ F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme Tome 2° : Les jeux de l'échange p.427 : Exemple de bateaux appropriés en commun. : « Si l'on en juge par les lois de BERGEN (1274), les rôles d'Oléron (1152) ou la coutume ancienne d'Olone, le navire marchand voyage à l'origine communiter (traduisons « à compte commun »). Il est la propriété d'un petit groupe d'usagers ; comme disent les rôles d'Oléron : « la nef est à plusieurs compagnons ». Ceux-ci possèdent à bord des emplacements déterminés où ils chargent, le moment venu, leurs marchandises ; c'est la gestion dite per loca » ; J. ATTALI, « Au propre et au figuré, une histoire de la propriété », Fayard, p.203 ; Y. RENOUARD, les hommes d'affaires italiens du Moyen Age, Texto, édit. TALLANDIER 2009 p.36, p.83, p.172-173 ; Manuel, J. HILAIRE , « Introduction historique au droit commercial » PUF p.183, n°104

²¹⁶⁹ Y. RENOUARD, les hommes d'affaires italiens du Moyen Age, Texto, édit. TALLANDIER 2009 p.35

²¹⁷⁰ Y. RENOUARD, ibid. p.35

²¹⁷¹ Y. RENOUARD, ibid. p.83 ; F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme Tome 2° : Les jeux de l'échange p.427-428

²¹⁷² F. BRAUDEL, Civilisation matérielle, économie et capitalisme Tome 2° : Les jeux de l'échange p.428

²¹⁷³ M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, Tome 1. Editions Montchrestien. P.27, n°337-3

²¹⁷⁴ Sociétés d'abord constituées pour un seul voyage, celle-ci vont finir par devenir permanentes, R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, p.97-97 n°152-153

terrestres qui s'occupaient des foires au Moyen Age²¹⁷⁵. L'exemple des Moulins de Toulouse paraît être assez exceptionnel finalement.

Emergence de la personnalité morale au sein des grandes compagnies/ le rôle accru de la puissance publique

Il est fondamental de remarquer que l'émergence du droit des sociétés n'est pas due à l'autorité publique, autorité qui s'est affaiblie depuis la chute de l'Empire Romain. Mais la puissance publique va renaître en Europe occidentale progressivement, notamment à partir du XIII^e siècle, et le pouvoir royal va être présent lors de l'émergence des grandes compagnies²¹⁷⁶. La création de ces sociétés est d'abord une initiative privée, encadrée par la pratique notariale qui s'adapte aux besoins du négoce suscités par la première véritable mondialisation de l'économie depuis la chute de l'Empire romain d'Occident²¹⁷⁷. Le législateur prend conscience de contrôler l'opportunité de la création des sociétés. L'ordonnance de BLOIS de 1579, inspirée de l'exemple italien, exigeait « *des étrangers la déclaration de toute constitution de sociétés faites en France*²¹⁷⁸ ».

Il est donc intéressant de constater que la notion de personnalité morale (appelée aussi personne juridique) n'aurait été reconnue qu'à l'égard des sociétés de capitaux de type compagnies, sociétés en commandite qui faisaient du négoce international : l'ancien droit ne reconnaissait donc la « personnalité morale » qu'aux sociétés relevant directement ou indirectement du droit public, c'est-à-dire qui nécessitaient un acte de puissance publique pour leur création, les « sociétés de droit privé », c'est-à-dire celles uniquement créées par des personnes privées n'avaient pas la personnalité morale²¹⁷⁹.

La personnalité morale était donc considérée comme attribuée uniquement aux groupements liés à la puissance publique et, c'est surtout au XVII^e siècle que les grandes compagnies émergent, avec la titularité de monopole concédé par l'Etat²¹⁸⁰. Il existe une vraie rupture entre les sociétés purement privées, créées par des personnes privées, et les compagnies

²¹⁷⁵ Y. RENOARD, les hommes d'affaires italiens du Moyen Age, Texto, édit. TALLANDIER 2009 p.100

²¹⁷⁶ J. HILAIRE, « Introduction historique au droit commercial » PUF, 1986 p.198 et s., n°115 et s.

²¹⁷⁷ R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, Histoire du droit des affaires, LGDJ, 2e édit. 2013, p.97 et s., n°152 et s.

²¹⁷⁸ E. RICHARD, « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, Entreprise et histoire, 2009/4 n°57 p.22

²¹⁷⁹ V. J. HAMEL, Quelques réflexions sur le contrat de société, Mélanges DABIN, T.2 p.645-659, p.657, mais d'autres auteurs tempèrent ce point et affirment que les sociétés commerciales avaient déjà une personnalité morale implicite. Sur ce point, J. VALERY, Comment s'est formée la théorie de la personnalité des sociétés commerciales. In in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Tome I « Aspects historiques et philosophiques » Paris, Sirey, p.102

²¹⁸⁰ F. BRAUDEL, op.cit. p.527, apparition des compagnies anglaises vers la fin du XVI^e siècle et vers 1688, les actions se vendent à la bourse de Londres.

« internationales » qui disposent de prérogatives de puissance publique²¹⁸¹. D'ailleurs la fameuse ordonnance de COLBERT de 1673 ne traite absolument pas des compagnies « coloniales²¹⁸² ». Ces sociétés de capitaux étaient créées par un acte du pouvoir royal et restaient ensuite dans le giron de la puissance publique²¹⁸³ : ces compagnies bénéficiaient d'un monopole commercial et de prérogatives de puissance publique sur les territoires qu'elles devaient exploiter²¹⁸⁴.

Apparition de l'idée implicite de personnalité morale en droit des sociétés

Si l'idée de personnalité morale existait indépendamment (*universitas, corpus mysticum*²¹⁸⁵) du droit des sociétés, celle-ci a pu être transposée en droit des sociétés grâce à l'utilisation de la métonymie Société, avec une majuscule, distincte du contrat de société, acte fondateur de la société i.e. la notion de société renvoie à deux choses : la société en tant que contrat ainsi que l'exécution de contrat qui forme une communauté entre les membres.

Les écrits de SAVARY, DOMAT, POTHIER sont révélateurs selon nous de l'existence d'une personnalité morale tacite. Certes ces auteurs n'avaient sûrement pas le terme pour désigner l'idée d'un patrimoine social relativement autonome, mais cette idée existait dans leurs écrits respectifs. Sans faire une analyse exhaustive, il nous semble que l'on puisse identifier l'idée de personnalité morale dans les textes de ces grands juristes de l'ancien régime.

Dans les écrits de SAVARY

SAVARY, dans son traité du « parfait négocians » de 1675 commentant l'ordonnance 1673 a parfois l'habitude, peut être inconsciemment de distinguer, l'acte de création de la société qu'il appelle l'acte de société et la société, la compagnie qui serait le contrat de société en exécution. Par cette figure de style, une métonymie, l'auteur, sûrement d'une manière inconsciente, fait la distinction entre l'acte créateur de la société et la société vivante, c'est-à-

²¹⁸¹ Voir l'exemple de l'écrivain S. ZWEIG, *Le Monde d'hier*, Livre de poche trad. S. NIEMETZ, p.107 : Stefan ZWEIG, qui écrit sur Magellan, évoque le contrat qui liait ce dernier à la couronne d'Espagne (un peu comme le contrat qui liait Christophe Colomb à cette même couronne). Le contrat comporte diverses clauses (dont une sorte de clause de non-concurrence et surtout, il attribue à celui-ci à Magellan un vingtième de tous les revenus qui seront tirés des territoires qu'ils découvriront, ainsi qu'un droit spécial sur deux îles, au cas où ils réussiraient à en découvrir plus de six ». Les grandes découvertes qui ont transformé l'Europe et le Monde semblent bien avoir pour assise la technique juridique de la société. Pour Magellan, il semble clair qu'en échange de son expédition où il risque sa vie, il reçoit une partie des bénéfices futurs de l'éventuelle entreprise commune. En échange, la couronne d'Espagne s'engage à fréter cinq navires d'un tonnage déterminé et à les munir de l'équipage, de provisions et d'artillerie nécessaires pour deux années. En plus de cela, Magellan deviendra le gouverneur de territoires découverts.

²¹⁸² J. HILAIRE, « Introduction historique au droit commercial » PUF 1986, p.196, n°114 ; B. OPPETIT, « les rapports des personnes morales et de leurs membres ». Nancy, 1963 p.302

²¹⁸³ J. HILAIRE, « Introduction historique au droit commercial » PUF, p.200-201, n°116

²¹⁸⁴ J. HILAIRE, *ibid.* p.200-201, n°116

²¹⁸⁵ J. HILAIRE, *ibid.* p.185 et ., n°106 et s.

dire la société exécutée en tant que telle, qui serait le contrat de société lors de sa phase d'exécution²¹⁸⁶. La Société, la Compagnie deviennent des sortes de sujets de droit : « dettes payées par la Compagnie²¹⁸⁷, « celles de la Société »²¹⁸⁸ . Cette distinction entre l'acte de société, qui apparaît souvent et la société en tant que communauté induit l'existence d'une sorte d'être moral. On remarque, c'est peut-être un détail, que SAVARY met une majuscule en évoquant la société qui semble incarner une communauté. Si SAVARY ne parle jamais de personnalité, l'idée est évoquée et sous-entendue de nombreuses fois²¹⁸⁹. Cette façon de réduire les effets du contrat de société à la Société est la conséquence d'une explication fournie par DOMAT : le contrat de société diffère des autres contrats car les engagements des associés ne sont pas limités et DOMAT compare d'ailleurs ces engagements aux pouvoirs d'un tuteur dont l'étendue des prérogatives réelles ne peut être bornée *ab initio*²¹⁹⁰.

Chez POTHIER

Chez POTHIER, la distinction est plus nette, entre le contrat de société, acte fondateur et la société en tant que communauté générée par ce contrat : « *La société et la communauté ne sont pas la même chose. La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étoient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi société, parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société*²¹⁹¹. » Si on analyse ces phrases citées, le jurisconsulte de l'ancien Régime explique donc qu'il faut distinguer la société en tant que contrat de la société, en tant que communauté créée par le contrat. Cette citation est importante car elle révèle l'existence d'une dualité entre d'une part la société en tant qu'acte juridique de droit privé et les conséquences de cet acte juridique de droit privé. Cet acte va

²¹⁸⁶ J.SAVARY, Le Parfait négociant, ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce de toute sorte de marchandises, tant de France que des pays étrangers.... 1675, disponible Gallica, p.350 et s., Chapitre XL intitulé, « Des sociétés sous les noms collectifs de plusieurs personnes, anonymes, et des formalitez qu'il faut observer pour qu'elles soient bonnes et valables ».

²¹⁸⁷ J. SAVARY, op.cit. p.355

²¹⁸⁸ J. SAVARY, op.cit. p.362

²¹⁸⁹ « [...] deux personnes qui sont en société ne peuvent se diviser, ne faisant toutes deux qu'une seule et même personne dans toutes les affaires qui regardent la société et c'est la raison pour laquelle quand un associé parle de son associé, il dit : Le nôtre tel, faisant parler ainsi la société ». J. SAVARY, le parfait négociants, cité par, E. RICHARD, Mon nom est personne : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, *Entreprise et histoire*, 2009/4 n°57, p.22, n°21

²¹⁹⁰ J. DOMAT, Œuvres complètes, par J. REMY, tome premier, Paris 1828, p.264 : « Le contrat de société diffère des autres contrats, en ce que chacun des autres contrats a ses engagements bornés et réglés par sa nature particulière, et que la société a une étendue générale aux engagements de différents commerces et de diverses conventions où entrent les associés. Ainsi, leurs engagements sont généraux et indéfinis, comme ceux d'un tuteur, ou de celui qui entreprend les affaires d'un autre en son absence et à son insu. [...] »

²¹⁹¹ Œuvres de POTHIER, « Traité des contrats de bail à rente, de société, des ; cheptels, de bienfaisance, du prêt à usage et du prêt de consommation. » Tome 5 publié par M.SIFFREIN, 1821 p.125

générer une propriété privée collective mais les auteurs de l'époque n'utilisent pas le prisme du droit des biens pour analyser les effets du contrat de société.

Résumé du §1

Très longtemps, les phénomènes de propriétés privées collectives/plurales qui relèvent du droit privé ne sont pas conceptualisés. C'est le cas des communautés du droit des régimes matrimoniaux. Le contrat de société génère une communauté où les associés sont copropriétaires indivis du fond social. Il sera donc très facile, ultérieurement, de personnifier cette communauté et d'en faire une personne juridique *ad hoc* dissociée de la personnalité de ses membres. La personnification est due à l'apparition de la protection de l'entreprise commune où la société considérée comme l'exécution du contrat de société devient une communauté différenciée de celle de ses membres.

La comptabilité a également joué un rôle dans l'émergence de l'idée d'une personne fictive distincte des membres. Samuel JUBE explique que si la société au XIV^e siècle est encore un contrat, l'idée qu'il existe une personne fictive ayant un crédit propre fait son chemin. Les écritures comptables font comme si la compagnie était une personne fictive²¹⁹². « *Le compte Capital n'intervient pas sur le même plan que les autres*²¹⁹³ ». Il commence à se substituer au travail ou aux obligations personnelles que pourrait fournir un associé. C'est le capital qui compte et comme le fait remarquer M. JUBE, la possibilité de céder une partie du capital avant le dénouement de l'affaire (qui était déjà possible antérieurement notamment en Italie du Nord) va créer la figure de l'actionnaire. Finalement cette possibilité de cession d'une quote-part du capital permet de prolonger la vie de l'entreprise en la dissociant de la vie de ses fondateurs/entrepreneurs/associés. Avec l'apparition de la pratique contractuelle de l'obligation définie aux dettes sociales, les principaux traits de la société de capitaux sont posés. Et avec eux l'idée que le patrimoine social, qui est pourtant une propriété privée collective appartenant *ut universi* à l'ensemble des membres, va être autonomisé.

Cette personnification prétendue des sociétés de capitaux va conduire à renforcer les prérogatives de ceux qui dirigeront ces groupements, c'est-à-dire les dirigeants sociaux. Au départ, ces dirigeants sociaux, administrateurs du patrimoine seront uniquement des associés ayant une certaine importance, puis très récemment (par rapport à l'histoire de la société, mais en réalité, depuis plus d'un siècle) ces dirigeants pourront être choisis parmi des tiers, c'est-à-dire des personnes qui ne sont pas initialement des membres du contrat de société²¹⁹⁴.

²¹⁹² S. JUBE, Chapitre IX, De quelle entreprise cherche-t-on à rendre compte ? L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015, p.151

²¹⁹³ S. JUBE, *ibid.* p.151

²¹⁹⁴ G. SICARD avait relevé cette évolution dans sa thèse « Les moulins de Toulouse », *op.cit.*

La société de capitaux en tant que structure juridique d'une entreprise privée (mais toute entreprise privée n'est pas une société et *a fortiori* une société de capitaux) a une histoire corrélée à celle de l'économie. La division du travail, l'extension du marché, l'apparition de la réglementation étatique sont des phénomènes en interaction entre elles. Mais c'est la pratique contractuelle qui a forgé les sociétés pendant des siècles, voire des millénaires²¹⁹⁵. On va désormais s'intéresser au processus de substitution opéré par la personnalité morale sur le droit privé.

§2 Substitution de la personnalité morale aux relations juridiques contractuelles

Selon notre démonstration, il est possible d'expliquer totalement une entreprise privée en société par le prisme du droit des biens et du droit des obligations. Une entreprise privée à but lucratif est fondée sur un principe de liberté ; liberté d'apporter des capitaux ou non à une entreprise, liberté contractuelle dans la constitution de l'entreprise et enfin liberté pour les éventuels clients d'acheter ou non la production de l'entreprise. Juridiquement la liberté se réalise par la libre propriété privée et la liberté contractuelle. Pour Luisa BRUNORI, il faut chercher les fondements du renouveau de la société commerciale dans la seconde Scolastique imprégnée de thomisme et nominalisme²¹⁹⁶ qui découlent de la pensée économique aristotélicienne : « *les échanges économiques sont vus dans la tradition aristotélicienne-thomiste comme le résultat de relations contractuelles entre personnes libres et non comme le fruit de forces économiques aveugles*²¹⁹⁷. » Cette vision de l'économie va accentuer la pensée nominaliste où l'individu est le fondement de l'ordre juridique. La théorie des droits fondamentaux, droits de l'homme est déjà là, implicitement²¹⁹⁸. Or, en faisant d'un groupement une personnalité morale similaire à celle d'un individu doté de la personne physique, on fausse cette réalité fondée sur l'individu. Techniquement, la personnalité morale

²¹⁹⁵ FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005

²¹⁹⁶ L. BRUNORI, *Societas quid sit*, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique, préf. J. HILAIRE, p.37 et s.

²¹⁹⁷ L. BRUNORI, *ibid.* p.46

²¹⁹⁸ Sur le lien entre l'émergence de l'individu et pensée moderne, V. J. DABIN, *Encyclopædia Universalis*, entrée "DROIT Théorie et philosophie"

vient se substituer comme explication à des innovations juridiques qui sont fondées sur le contrat et la propriété privée.

Aujourd'hui encore, si la qualification de la rémunération des dirigeants est sujet à controverses, c'est à cause, il nous semble, de cette perturbation entraînée par la généralisation explicite aux sociétés commerciales de la personne morale au XIX^e siècle. Il faut comprendre pourquoi la notion floue de personnalité morale a pu se substituer à, d'une part, l'existence d'une propriété collective privée et d'autre part, également aux nœuds de contrats entre les différents associés entre eux (B).

A. La personnalité morale, mécanisme de substitution à la propriété privée collective

L'autonomie patrimoniale de la société est relative dans un système où l'individu est plus important que les groupements. L'idée générale de notre démonstration est que la personnalité juridique parfaite est celle d'une personne physique capable. Pourquoi ? Car seule une personne physique peut travailler et c'est le travail qui crée la valeur de toute chose. Le capital comme l'argent n'ont de valeur que par rapport à l'accomplissement d'un travail ou d'un travail à effectuer. Une machine, c'est du travail accumulé qui nécessitera du travail pour la réparer. S'engager à travailler, c'est la relation fondamentale dont seule est réellement capable la personne physique. Une personne morale de droit privé ne dispose de la possibilité d'imposer à autrui de travailler. Le travailleur consent toujours à le faire. Seul l'Etat peut réquisitionner le travail de ses citoyens par la conscription par exemple. Si la personne morale de droit privé ne peut travailler ni obliger à travailler, elle peut seulement inciter une personne à travailler en échange d'une contrepartie, ou par le don de travail d'un travailleur (activité bénévole). Donc le patrimoine social n'est pas autonome. L'autonomie est d'autant plus relative que, contrairement à une fondation où les biens apportés sont irrévocablement « perdus » pour ceux qui ont doté la fondation, les biens affectés à une société civile ou commerciale sont toujours indirectement sous le contrôle des associés *ut universi* par le biais des mandataires sociaux nommés par eux, dont la rémunération est désormais votée par les associés dans toutes les formes sociales.

Et dans l'histoire, ce sont des capitaux privés qui ont fondé les sociétés commerciales/ compagnies même si celles-ci étaient contrôlées par la puissance publique car les Etats de l'époque, balbutiants n'avaient pas la surface financière d'un Etat moderne. La technique contractuelle sociétaire, plus ou moins sur mesure, a permis de rassembler des capitaux et de

constituer des propriétés privées collectives mais qui n'ont pas été conceptualisées comme telles. D'où la possibilité ensuite de saisir certains effets juridiques comme l'autonomie relative du patrimoine social comme étant un effet d'une hypothétique personne fictive.

Annonce du plan

Nous verrons d'abord l'apparition historique d'un patrimoine économique, le patrimoine social, dissocié du patrimoine des entrepreneurs mais ce patrimoine est en réalité un petit patrimoine dans le sens où le patrimoine d'une personne physique demeure le fondement de nos ordres juridiques et c'est sûrement ce que la théorie d'AUBRY et RAU signifiait : la conception subjective du patrimoine est une conception inhérente à une personne physique. Le patrimoine social est un sous-patrimoine, un petit patrimoine car sa valeur économique est toujours incluse dans le patrimoine d'une ou plusieurs personnes physiques.

1.Apparition du patrimoine social

Société commerciale : *societas ad lucrum*

La société commerciale, hier comme aujourd'hui, est constituée dans un but lucratif²¹⁹⁹. A partir du XVI^e siècle, avec le perfectionnement de la technique sociétaire, et le développement du « commerce international », on assiste à une « organisation horizontale de capitaux²²⁰⁰ ». Les marchands recherchent, sans en avoir peut-être réellement conscience, une rentabilité des capitaux investis ; mais il faut préciser que le risque de perdre sa mise est très important²²⁰¹. La société est donc décrite à travers sa finalité, qui est de réaliser un éventuel profit (ou une économie) mais le moyen de le réaliser est parfois passé au second plan. La société nécessite donc une mise en commun, elle constitue une propriété privée collective, mais la technique de la propriété privée collective n'est souvent pas perçue comme telle. De surcroît, dans de nombreuses sociétés, la mise en commun est d'abord un savoir-faire, un travail qui découle des obligations du contrat de société.

L'occultation du capital social

Aujourd'hui encore, le capital social a une « importance quasi-sacramentelle²²⁰² » car il est la clef de répartition des différents droits des associés (droits de vote, droits patrimoniaux etc.) et il permet aussi de connaître la valeur des titres sociaux d'un associé car la valeur globale de

²¹⁹⁹ L. BRUNORI, *Societas quid sit*, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique p.83

²²⁰⁰ L. BRUNORI, *Societas quid sit*, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique p.75

²²⁰¹ L. BRUNORI, *Societas quid sit*, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique op.cit

²²⁰² M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29e edit. LexisNexis 2016 p.137, n°286

la société est divisée par le nombre d'actions ou parts sociales²²⁰³. Mais à l'époque de SAVARY, le capital social était souvent occulté, même devant notaire, et l'ordonnance de 1673 de COLBERT n'imposait pas la mention du capital social sur les documents officiels de la société²²⁰⁴. Economiquement, de nombreux associés apportaient davantage un savoir-faire que des numéraires et, à l'époque, il n'était sûrement pas évident d'évaluer monétairement la valeur d'un travail long.

On peut aussi préciser que l'autonomisation du patrimoine n'était pas encore réalisée, les sociétés commerciales sont pour beaucoup encore fondées sur la renommée des associés²²⁰⁵. Le capital compte encore assez peu par rapport à l'industrie apportée par les associés.

Emergence de la raison sociale

La raison sociale est considérée par les experts comme une avancée cardinale vers la société commerciale moderne car elle identifie le patrimoine commun des associés²²⁰⁶. Cette autonomisation de la masse de biens affectés mise en commun aura certainement contribué à l'apparition de l'idée d'une société en tant qu'être moral, en tant que personne morale.

La personnalité morale devient explicite au XIX^e siècle

L'idée de l'existence d'une personnalité morale de la société ne sera pas codifiée pour autant après la Révolution que ce soit dans le Code de commerce ou dans le Code civil mais cependant, la notion de personne morale entre dans le droit positif en 1834 avec un arrêt de la Cour de cassation²²⁰⁷.

Le problème de la nature des liens juridiques entre la société et les associés.

Si la société est un corps moral ou un être moral²²⁰⁸ comme le prétendent certains auteurs pour expliquer certains effets juridiques dont notamment l'existence d'un cloisonnement entre créanciers, quid de la nature des prérogatives des associés sur les biens sociaux ? Sont-ils copropriétaires des biens sociaux ou sont-ils devenus de simples créanciers de la société ? Ce débat est encore animé par certains. Et, les partisans de la théorie de la personnalité morale pensent que le patrimoine social est complètement distinct de celui des associés. En général

²²⁰³ H. BOUTHINON-DUMAS, Préface Ph. DIDIER, directeur de thèse M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, L.G.D.J. Droit et économie p.42, n°57 : « Il apparaît que le capital social joue un rôle central dans la projection de la valeur de la société dans le patrimoine des actionnaires. »

²²⁰⁴ J. HILAIRE, Le droit, les affaires et l'histoire, Paris, Economica, 1995, p.195 cité par: E. RICHARD, « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, Entreprise et histoire, 2009/4 n°57 p.23

²²⁰⁵ L. BRUNORI, Societas quid sit, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique, Pref. J. HILAIRE, édit. Mare et Martin, collections des Presses Universitaires de Sceaux, 2015, p.103

²²⁰⁶ L. BRUNORI, Societas quid sit, op.cit. p.98

²²⁰⁷ J. HILAIRE, « Introduction historique au droit commercial » PUF 1986, p.214-215, n°128

²²⁰⁸ V. TROP LONG, le droit civil expliqué...du contrat de société civile et commerciale, T.1, p.77 et s., n°59 et s.

ceux qui croient en l'autonomie totale entre le patrimoine social et le patrimoine des associés ont une conception élargie de l'intérêt social.

Pourtant la doctrine au milieu du XIX^e siècle qui admettait, l'existence d'une personnalité morale, d'un être moral, d'un corps moral du groupement, était lucide sur la limite de cette personnalité. M. TROPLONG la considère comme une fiction, comme une abstraction qui dissimule l'existence d'une propriété collective des associés²²⁰⁹. Presque au même moment, les frères DALLOZ dans un célèbre commentaire, semblent partager l'idée de l'existence de la personnalité morale avec néanmoins le fait qu'elle déguiserait une propriété collective, les associés ne sont pas créanciers de la société personne morale mais propriétaires en commun des biens sociaux. : « *La société, lorsqu'elle a été légalement formée, donne-t-elle naissance à un être collectif, distinct des individus qui la composent, à un corps moral, ayant sa personnalité propre, ses droits, ses obligations, ses actions*²²¹⁰ ? ». La société est perçue comme une entité indépendante ayant une propre personnalité juridique bien que le corpus législatif de l'époque n'ait pas prévu explicitement une telle personnification. Néanmoins, les frères DALLOZ tempèrent cette indépendance absolue de cette entité par rapport à ses membres associés : *Cette existence distincte attribuée à la société par l'effet d'une abstraction est une pure fiction, est de rendre plus sensible les relations que le contrat de société crée, soit entre les associés eux-mêmes, soit entre les associés et les tiers ; au fond, les associés sont copropriétaires par indivis de tout ce qui compose le fonds social. C'est là une vérité qu'il ne faut pas perdre de vue afin de pas attribuer à la fiction un caractère trop absolu et de n'en point exagérer les effets. De plus, la fiction cesse avec les causes qui l'ont rendue nécessaire et les individualités qui s'étaient momentanément effacées réapparaissent alors avec toute leur énergie*²²¹¹ ».

Cette analyse qui a pu paraître ambiguë nous semble au contraire extrêmement pertinente et en avance sur son temps. Si la personnalité morale semble « exister » en tant que notion du droit, elle est en réalité selon nous un artefact qui déguise une *propriété collective sui generis*, non visée par un Code civil très individualiste et donc méfiant à l'égard des propriétés privées

²²⁰⁹ R-Th. TROPLONG, Le droit civil expliqué... Du contrat de société, Paris 1843. T1 p.90-91 spé. P.91, n°70 : « Ainsi, bien que, eu égard à certaines relations, il soit juridique de dire que la société est propriétaire des mises, toutefois il n'en est pas moins vrai que, sous d'autres rapports, on ne peut détacher l'actif social de l'idée d'une copropriété commune reposant sur la tête de tous les associés »

²²¹⁰ M.D.DALLOZ et A. DALLOZ, Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence, Tome 40, Paris 1859 entrée°Sté° p.412, n°182. Contra TOULLIER cité par DALLOZ : « TOULLIER refuse de voir un être moral, une personne civile dans quelque société que ce soit ». Pour les frères DALLOZ, « la société prise génériquement constitue en quelque sorte un corps vivant, organisé pour l'action et tendant par une communauté d'efforts vers un but unique » à la différence d'une simple communauté, « qui est un état purement passif »

²²¹¹ M.D.DALLOZ et A. DALLOZ, Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence, Tome 40,1859, p.413, n°184

collectives²²¹², des corporations et de toutes institutions pouvant rappeler la féodalité et ses valeurs « idéalistes » où l'idée abstraite commande aux hommes réels. La personnalité morale permet de viser en un mot un ensemble d'effets juridiques issus du contrat de société qui sont à la fois réels et personnels.

2. Le patrimoine social à l'aune de la théorie subjective du patrimoine : autonomie relative du patrimoine social

Notre conception du patrimoine : le choix assumé d'une conception subjective

Il est souvent écrit que la conception du patrimoine d'AUBRY et RAU ne serait plus actuelle et l'exemple des réformes plutôt récentes qui introduisirent la fiducie et l'EIRL dans le droit positif pourrait confirmer cette analyse²²¹³. Des auteurs expliquent que l'on peut céder un patrimoine, et qu'une personne peut avoir plusieurs patrimoines. Nous ne sommes pas d'accord car cette analyse, qui paraît juridiquement cohérente, repose sur une conception qui nous semble fautive à la fois économiquement et juridiquement. S'il nous paraît exact qu'une personne peut avoir plusieurs patrimoines, il y a toujours un patrimoine principal, celui qui se transmet pour cause de mort et qui *in fine* englobe en valeur tous les autres : c'est le patrimoine principal. Le patrimoine principal d'une personne physique est lié par le *vinculum substantiale*²²¹⁴. ZACHARIAE écrivait que « [l]e patrimoine n'est pas en soi un objet extérieur, il est seulement l'idée abstraite d'une unité juridique qui relie tous les biens qui appartiennent à une personne déterminée, ou même l'idée de la personne elle-même considérée dans ses rapports avec ses biens²²¹⁵. » Cette unité juridique entre personne physique et patrimoine concerne le patrimoine principal. La théorie allemande des patrimoines séparés ou la théorie française des « petits patrimoines » peuvent conduire à penser qu'une personne pourrait avoir une juxtaposition de patrimoines, qui seraient égaux. Une telle vision conduit inexorablement à douter de la théorie de l'unicité du patrimoine dégagée par AUBRY et RAU²²¹⁶. Mais lorsque ces auteurs écrivent que « [l]e patrimoine d'une personne comprend

²²¹² R.LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec, 2004 p.315, n°15 « l'accès à la personnalité morale deviendra un moyen d'étouffer le scandale de la propriété collective, surtout quand la société n'aura été créée que dans le but de mobiliser un patrimoine d'un montant tel qu'il excède les possibilités individuelles. » ; V. aussi M. XIFARAS, Fictions juridiques Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes, p.451 et s.

²²¹³ Patrimoine professionnel séparé d'un entrepreneur mais qui non doté de la personnalité morale par le législateur ; F. TERRE, La personne et ses patrimoines ou l'EIRL, JCP E 2011, p.43 et s p.44-45

²²¹⁴ V. sur cette notion, M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.261 et s.

²²¹⁵ ZACHARIAE (von Lingenthal), Karl Salomon, Handbuch des französischen Civilrechts, 4e éd cité M. M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.271

²²¹⁶ Fr. ZENATI, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD Civ. 2003 p.667 et s.

tous ses biens sans distinction²²¹⁷ », on peut penser qu'un « petit patrimoine », qui est une universalité, a une valeur qui est comprise dans un patrimoine plus important, qui est le patrimoine principal de la personne physique. Une personne peut avoir plusieurs patrimoines mais il y a toujours un patrimoine principal : c'est le patrimoine qui constitue le lien entre la personne et l'ensemble de tous ses biens, y compris les biens qui constituent une universalité ou une quote-part d'une universalité. Lorsque que Mikhaïl XIFARAS tente de qualifier le *vinculum substantiale*, il explique que le patrimoine oscille perpétuellement entre l'être et l'avoir d'une personne : « *la personne est en même temps qu'elle a un patrimoine*²²¹⁸ ». Le patrimoine est à la distinction suprême entre les choses et les personnes, ce que les eaux saumâtres sont à la distinction entre les eaux douces et salées : le patrimoine est une zone tampon entre l'être et l'avoir. Et c'est pour cette raisons qu'une démocratie libérale ne peut pas retirer à une personne physique son patrimoine car ce serait priver la personne de son être-au-monde mais également priver la personne d'une partie de sa substance.

Si on prend l'exemple d'une EIRL, qui est une sorte de patrimoine d'affectation où un entrepreneur va effectuer une déclaration d'affectation²²¹⁹, la valeur du « patrimoine de l'EIRL » n'est pas en dehors du patrimoine du propriétaire personne physique. Si les biens professionnels sont hors de portée des créanciers personnels, la valeur du patrimoine professionnel est incluse dans le patrimoine global de l'entrepreneur personne physique. Le patrimoine professionnel de l'EIRL n'est pas isolé totalement du patrimoine personnel et *in fine*, le but est bien de transférer la valeur créée d'un patrimoine à un autre en évitant des dettes professionnelles qui peuvent potentiellement être bien supérieures à l'actif affecté de l'EIRL. On peut tenir le même raisonnement pour le patrimoine social d'une société commerciale : la valeur du patrimoine social est toujours incluse finalement dans le patrimoine de l'associé personne physique par le biais de la valeur de titres sociaux²²²⁰. La société n'existe pas en elle-même sans la volonté de personnes physiques qui la dirigent et sans le travail de tous ceux qui y participent. Le travail apporté à la société appartient toujours

²²¹⁷ Ch. AUBRY, Ch. RAU, Droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE, troisième édition, tome 3, 1856, p. 2., n°573

²²¹⁸M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.267 : « Le *vinculum substantiale* semble condamner à osciller perpétuellement entre deux modes, l'être et l'avoir, entre deux mondes : celui du droit personnel et celui du droit réel. On peut présenter ce qui précède sous la forme d'un paradoxe grammatical : la personne est en même temps qu'elle a un patrimoine. Elle est un patrimoine puisque ce dernier est la forme juridique de son être au monde dans le droit des biens, elle a un patrimoine puisque le rapport qu'elle entretient à la totalité de ses biens constituée en être juridique distinct est nécessairement un rapport d'appropriation grâce auquel cette totalité se transforme en capital, c'est-à-dire en gage pour les créanciers. »

²²¹⁹ L.526-6 du Code de commerce : « Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». V. aussi M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés 31e édit., LexisNexis, 2018 p.19, n°47 ; J.ROCHFELD Les grandes notions du droit privé, Puf, 1e édit. 2011 p.105

²²²⁰ Même s'il est possible qu'il y ait différents « écrans » de différentes personnalité morale, ce sont toujours des associés personnes physiques qui sont in fine les bénéficiaires effectifs d'une société.

à une personne physique qui loue sa force de travail en échange d'une rémunération et le fait, non par contrainte, mais par contrat. La personne morale de droit privé, contrairement à l'Etat dans certaines circonstances, fait faire un travail dont la valeur enrichira théoriquement le patrimoine social, qui est un patrimoine commun aux associés (sauf exception des sociétés unipersonnelles). Ce patrimoine commun a toujours une valeur comprise *in fine* dans le patrimoine de personnes physiques, malgré parfois une chaîne non négligeable entre une société donnée et le propriétaire effectif ou bénéficiaire effectif de l'entité sociale. Pour résumer, même si une personne physique est titulaire de plusieurs « petits patrimoines », il existe toujours un patrimoine principal de la personne physique qui est indissociable de sa personnalité.

Création d'un patrimoine *ad hoc* qui appartient collectivement aux associés

L'idée de personnalité permet d'entériner ce que la pratique puis la législation ont façonné : la séparation entre les biens propres des associés des biens communs. On a vu précédemment que cette séparation fut justifiée par la nécessité économique : le cloisonnement des patrimoines personnels et professionnels, l'obligation limitée aux dettes sociales ont permis de lever des capitaux très importants auprès de particuliers qui n'étaient plus seulement des professionnels du négoce. Puis d'une universalité de fait, la masse des biens sociaux est devenue une universalité de droit, pour la presque totalité des sociétés. Hormis pour la société en participation, la personnalité morale est corrélée à l'existence d'une société. Or une universalité de droit est un patrimoine ou plus exactement un sous-patrimoine. Bien que la théorie subjective du patrimoine d'AUBRY et RAU soit de plus en plus contestée²²²¹, on maintient l'idée que cette théorie du patrimoine est encore vraie, à condition de comprendre que l'identité entre personne et patrimoine concerne uniquement la personne physique, c'est-à-dire que seul le sujet de droit humain dispose *in fine* d'un patrimoine et d'un seul. Certes il est tout à fait possible qu'un être humain soit titulaire de « petits patrimoines » comme une fortune de mer ou une EIRL ou d'une fiducie mais ces biens qui sont logés dans une universalité de droit ont une valeur et cette valeur sera toujours, finalement, comprise dans la valeur d'un patrimoine d'une personne physique. De surcroît, le patrimoine d'un être humain n'est jamais cessible. On peut céder un patrimoine fiduciaire ou un patrimoine d'une EIRL ou d'une SARL unipersonnelle (EURL), voire d'une société si tous les associés vendent simultanément leurs titres sociaux mais il n'est jamais possible de céder entre vifs le patrimoine d'une personne physique. La raison est humanitaire et non une raison technique. Priver un être humain de son patrimoine, c'est le priver de sa capacité juridique. Et la capacité juridique d'un être humain est sans commune mesure avec celle d'une personne morale. Paul

²²²¹ N. JULLIAN, La cession de patrimoine, préf. de R. MORTIER, Nouvelle Bibliothèque de thèses 2018

DURAND expliquait que « *pour les êtres physiques, la capacité est la traduction du principe politique, selon lequel toutes les personnes humaines sont égales et libres. Les règles qui organisent la capacité intéressent l'ordre public*²²²² ». Et la réforme du droit des contrats à jour de la loi de ratification du 20 avril 2018 confirme et clarifie une différence essentielle entre la capacité des personnes physiques et celle des personnes morales. L'article 1145 al.1 dispose que « *Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* ». L'article 1145 al.2 modifié par la loi de ratification d'avril 2018 entérine la limitation de la capacité des personnes morales. Ce texte ne fait que « découvrir » une règle de droit conforme aux principes matriciels de notre ordre juridique : à savoir une différence irréductible et substantielle entre la personne physique et la personne morale de droit privé. Et cette différence irréductible se traduit aussi dans la notion de patrimoine. Le patrimoine d'une personne physique est incessible de son vivant. Il est transmissible pour cause de mort. Drôle de bien que l'on ne puisse pas céder. Il est possible qu'en réalité le patrimoine de la personne physique soit l'existence d'un pouvoir fondamental de propriété inhérent à la personnalité juridique d'un être humain. En revanche, le patrimoine d'une personne morale de droit privé peut être vendu, échangé, car il est subordonné à une personnalité morale qui dépend de la volonté privée de personnes physiques et qui n'est pas « statutaire », contrairement à la personnalité physique.

La notion de patrimoine permet d'unifier le sujet propriétaire avec le sujet débiteur d'une obligation²²²³. Mais seule une personne physique peut être un véritable débiteur d'obligations, une personne morale n'exécute jamais un service par elle-même. Si le Droit reconnaît la personnalité et donc l'autonomie patrimoniale à des êtres qui ne sont pas des êtres humains, cette autonomie patrimoniale est relative. Si la personne morale de droit privé peut être un propriétaire comme un autre, elle ne peut pas s'engager comme un autre, ne peut pas être débiteur de la même façon qu'une personne physique capable. Les êtres humains dans une démocratie libérale sont propriétaires de leur personne, de leur travail et il n'y a pas d'obligation juridique de travailler. Si louer sa force de travail est souvent une « nécessité économique », l'être humain dispose d'une liberté de choisir son activité, sa profession. La personne morale de droit privé ne s'engage jamais à faire quelque chose mais s'engage à le « faire faire ». Et pour accomplir un travail, elle doit obtenir forcément le consentement d'un être humain. De surcroît, la valeur du patrimoine d'une personne physique n'est pas comprise dans un autre patrimoine. La valeur d'un patrimoine fiduciaire, d'une SARL, est toujours comprise *in fine* dans la valeur d'un patrimoine d'une personne

²²²² P. DURAND, L'Evolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé [p.138-159] in Le droit privé au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges RIPERT, Paris 1950, L.G.D.J. tome 1 p.147

²²²³ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.226 ,p.238 : « Tout être humain est un capital »

physique. Ces patrimoines d'affectation sont en réalité des « petits patrimoines²²²⁴ » et lorsque Madame JULLIAN évoque la technique de la cession de patrimoine²²²⁵, il vaudrait mieux en réalité évoquer la cession de petits patrimoines²²²⁶. L'universalité de droit d'un être humain est placée sous une unité d'administration intangible et inaliénable, contrairement à la personnalité morale dont l'administration est soumise à son organisation contractuelle etc. La volonté et l'intérêt de l'universalité sont identiques lorsque la personne est capable et agit par elle-même. La dissociation de l'intérêt et de la volonté est possible mais n'enlève rien au fait que le patrimoine d'une personne physique demeure indissociable et incessible. ZACHARIAE expliquait que « *le patrimoine n'est pas en soi un objet extérieur ; il est seulement l'idée abstraite d'une unité juridique qui relie tous les biens qui appartiennent à une personne déterminée, ou même l'idée de la personne elle-même considérée dans ses rapports avec ses biens. Le patrimoine constitue donc juridiquement une totalité, une universalité (universitas juris).*²²²⁷ ». Selon nous, il existe une différence fondamentale entre le patrimoine d'une personne physique et les autres patrimoines créés pour les besoins de certaines causes. Si la fiducie comme l'EIRL sont bien des patrimoines (des « petits-patrimoines »), leur valeur économique est toujours comprise finalement dans le patrimoine d'une personne physique. Idem pour les biens sociaux. Si le patrimoine social est juridiquement autonome, la valeur des biens sociaux est toujours détenue *in fine* dans le patrimoine de personnes physiques. L'hyperformalisme d'une certaine doctrine tend à oublier que l'être humain est irréductible des constructions juridiques. Dans une démocratie libérale construite autour de la notion d'Etat de droit et qui aboutit à une économie de marché, l'être humain est obligatoirement doté d'un patrimoine incessible²²²⁸. La puissance patrimoniale de l'être humain est une condition nécessaire à la liberté.

²²²⁴ M. XIFARAS, La propriété, op.cit. p.263 : « Ce n'est pas tout. À côté de l'hypothèse des personnes multiples, on trouve encore celle des patrimoines séparés (selon la doctrine allemande), ou encore celle de petits patrimoines (selon la doctrine française). Ce cas correspond à la situation où une masse de biens appartenant à une personne est mise à l'écart de son patrimoine principal, de sorte que cette dernière se retrouve, au moins pour un temps, à la tête d'au moins deux patrimoines ».

²²²⁵ N. JULLIAN, La cession de patrimoine, préf. de R. MORTIER, Nouvelle Bibliothèque de thèses 2018p.14, n°10 « L'introduction de patrimoine détachable de la personne...

²²²⁶ M.XIFARAS, op.cit.

²²²⁷ ZACHARIAE (von Lingenthal), Karl SALOMON, Handbuch des französischen Civilrechts, 4e éd., 4 t. en 2 vol., Heidelberg, J. C. B. Mohr, 18 cité par M. XIFARAS, la propriété op.cit., p.208-209

²²²⁸ J. CHEVALLIER, L'Etat de droit, 6^e édition, LGDJ 2017, p.51 : « Le premier aspect de la limitation du pouvoir réside dans la référence aux droits de l'homme. L'Etat de droit implique en effet une certaine conception des rapports entre l'individu et l'Etat, qui sous-tend tout l'édifice juridique : non seulement la puissance de l'Etat trouve ses limites dans les droits fondamentaux reconnus aux individus, ce qui crée ainsi la possibilité d'une « opposition au pouvoir fondée sur le droit » (C. LEFORT), mais encore elle a pour finalité même, pour justification ultime, la garantie de ces droits ; l'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois l'instrumentalisation de l'Etat, dont le but est de servir les libertés, et la subjectivisation du droit (L. FERRY, A. RENAULT, philosophie politique, III, Des droits de l'homme à l'idée républicaine, pUF, 1985), qui dote chacun d'un statut, lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère capacité d'action. »

Patrimoine, la conception subjective toujours exacte

On maintient que la célèbre trilogie d'AUBRY et RAU est toujours exacte²²²⁹, mais uniquement à l'égard des personnes physiques. Certes il existe des « petits patrimoines » où le patrimoine cesse d'être l'enveloppe juridique d'une personne (*Vermögen*) mais il est lié à une idée, un but, une affectation, comme l'EIRL ou la fiducie. Le patrimoine d'une personne physique est à la fois un objet et une partie du sujet ; il est difficile de savoir si le patrimoine fait partie de l'être ou de l'avoir de la personne²²³⁰. L'objectivation de patrimoines comme ceux d'une EIRL, d'une société fiducie peut les rendre cessibles, car il y a eu un processus de dissociation par rapport à la personne physique ou les personnes physiques qui en sont les propriétaires réels. Donc que le patrimoine d'affectation soit doté ou non d'une personnalité morale, sa valeur économique est toujours incluse dans celle d'un patrimoine d'une personne physique. Quand ZACHARIAE écrivait, puis AUBRY et RAU, la notion de personne morale ne s'était pas encore répandue. Il faut attendre la fin du XIX^e siècle pour que celle-ci soit généralisée et acceptée en doctrine²²³¹. Les biens sociaux, les biens d'une fiducie, les biens d'une EIRL sont toujours compris en valeur dans le patrimoine d'une ou plusieurs personnes physiques. Et la question de la personnalité morale est finalement accessoire. Qu'une EIRL ait ou non une personnalité morale ne change pas réellement la nature économique par rapport à une société unipersonnelle (EURL). Qu'un fonds commun de créance n'ait pas la personnalité morale n'empêche pas que celui-ci soit doté d'une réelle autonomie. On pourrait multiplier les exemples pour montrer qu'il existe de nombreux patrimoines d'affectation ou sous-patrimoines mais dont l'existence n'est pas autonome de personnes physiques. Si l'autonomie juridique de ces patrimoines est effective, l'autonomie économique n'existe pas car il y a porosité voulue qui permet de faire circuler la valeur créée dans le patrimoine professionnel vers le patrimoine personnel. Le patrimoine social ou le patrimoine d'une EIRL n'existe pas en

²²²⁹ Tout patrimoine suppose nécessairement, à sa tête, une personne ; toute personne a nécessairement un patrimoine, G. CORNU, *les Biens*, 13^e édition, p.10, n°5

²²³⁰ M. XIFARAS, *La propriété Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p.268 : « Le patrimoine est en effet toujours à la fois la forme juridique que revêt la subjectivation de l'objectivité du monde extérieur (l'avoir de la personne) et, à l'inverse, celle de l'objectivation de la personne dans une autodifférenciation qui peut mener à la fraction et à la séparation de soi, le bastion avancé de l'être personnel dans le monde extérieur. Plus exactement encore, le patrimoine est une dimension de l'être même de la personne, mais qui s'en différencie jusqu'à devenir son avoir, et même, très exceptionnellement il est vrai, jusqu'à ne plus être qu'un avoir impersonnel dans l'hypothèse des patrimoines séparés ou petits patrimoines. »

²²³¹ Plusieurs événements en droit positif ont permis d'alimenter la défiance à l'égard de la conception contractuelle de la société dont la réforme de 1863 qui avait reconnu les concepts d'assemblée générale, de quorum, de majorité, d'administrateurs. ; un arrêt de la Cour de cassation en 1892 (171 Civ. 30 mai 1892, D. 1893. 1. 105, note THALLER ; S. 1892. 1. 561, note LYON-CAEN), a reconnu la possibilité pour les assemblées générales extraordinaires de prendre des décisions à la majorité et non plus à l'unanimité ; V. E. RICHARD, « Mon nom est personne » : la construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, *Entreprise et histoire*, 2009/4 n°57, n°68 et s.

soi mais est destiné à aller vers le patrimoine personnel. La théorie du patrimoine est une entreprise sans précédent de définition de la personnalité juridique comme l'écrivait Frédéric ZENATI²²³² mais la personnalité en question est la personne physique. Dans une démocratie libérale, il y a identité entre personne humaine et reconnaissance d'un sujet de droit. C'est la matrice.

Le patrimoine social, un petit patrimoine davantage objectivé que le patrimoine d'une personne physique

Le patrimoine d'une société qui dispose de la personnalité morale est issu d'une évolution du droit positif. L'affectation de biens à une activité est née de la formation de propriétés privées collectives au Moyen Âge dont le but était de créer de la valeur. Mais pour créer une valeur, en exploitant les nouvelles possibilités commerciales issues de la découverte de nouvelles ressources et routes commerciales, il fallait rassembler des capitaux et organiser le travail d'une communauté d'hommes. Le contrat de société permettait d'organiser cette propriété privée collective mais il est important de relever que la notion de propriété privée collective n'avait pas été réellement conceptualisée d'où le recours des visions anthropomorphiques pour expliquer ces phénomènes. Pour nous, la propriété individuelle n'est celle que de personnes physiques car seul un être humain dispose d'une personnalité juridique intangible liée à son existence biologique²²³³. Et la technique de la personnification des entreprises a permis « *d'opérer la réduction du pluriel à l'individuel*²²³⁴ », qui fut un puissant outil de conjuration des formes communes de propriété²²³⁵. La personnification de la société a permis de consacrer théoriquement la séparation entre créanciers professionnels et créanciers personnels d'une masse de biens affectée à l'entreprise. Cette séparation et cette autonomisation des « patrimoines » sociaux existaient dans les faits mais elles étaient l'œuvre d'un construit contractuel et non de la loi comme aujourd'hui. Que le patrimoine soit celui d'une personne morale ou d'une personne physique, ce sont les techniques de la subrogation réelle et de la fongibilité qui expliquent le fonctionnement des universalités de droit. La fongibilité garantit l'indifférenciation des éléments qui composent le patrimoine alors que la subrogation garantit « *l'identité du patrimoine à travers le changement de ses éléments*²²³⁶ ». Ces techniques produisent la continuité et l'identité au patrimoine, qui fait de lui une chose permanente malgré les changements perpétuels de ses éléments qui le constituent²²³⁷. Et si

²²³² Fr. ZENATI, Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine, RTD civ. Oct. Déc. 2003 p.667, not. p.672

²²³³ Supra paragraphes précédents

²²³⁴ M. XIFARAS, La propriété. Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.146

²²³⁵ M. XIFARAS, La propriété, op.cit. p.146

²²³⁶ M. XIFARAS, La propriété. Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.244

²²³⁷ M. XIFARAS, La propriété... p.244

la technique de la subrogation et de la fongibilité sont communes à tous les patrimoines, il faut préciser qu'il faudrait distinguer, comme BRINZ le faisait, entre propriétaire d'un patrimoine et titulaire d'un patrimoine. Le mandataire social d'une SARL par exemple n'est pas propriétaire du patrimoine dont il a la gestion, il est seulement titulaire de certaines prérogatives. Par conséquent, le droit subjectif d'une personne morale n'est pas aussi complet que celui d'une personne physique ; MICHOUUD faisait ce constat²²³⁸. Et pour parler un langage juridique exact, une personne morale n'a pas réellement de droits subjectifs, ses organes exercent seulement des pouvoirs alors que « *chez les personnes physiques, le droit subjectif sert indistinctement à atteindre tous les buts auxquels tend la volonté du sujet*²²³⁹ ». La personne morale de droit privé est limitée par essence à l'intérêt qui la fonde alors qu'une personne physique (d'une démocratie libérale), la volonté du sujet, sous respect de la loi, n'est pas limitée. La personne physique capable, celle qui est à la fois propriétaire de son patrimoine et titulaire de celui-ci, dispose du vrai bien inné qu'est la liberté selon KANT²²⁴⁰. Le patrimoine d'une personne morale est toujours limité et celui qui le gère ne dispose pas de la même liberté que celle dont dispose une personne physique capable²²⁴¹. Cette liberté de la personne physique est un bien inné,²²⁴² inhérent au patrimoine d'une personne physique. La liberté comme bien inné est un postulat de la démocratie libérale : tout être humain a fondamentalement, inexorablement un patrimoine qui lui donne la faculté d'être propriétaire et de s'engager même s'il ne détient aucun droit, aucun bien. Ce pouvoir fondamental de propriété²²⁴³ est une règle matricielle de tous les ordres juridiques qui ont la nature d'une démocratie libérale. Les personnes morales de droit privé « *constituent une technique permettant une appropriation séparée des biens*²²⁴⁴ ».

En résumé, la notion de personne morale s'est imposée dans la science du droit car elle a eu une vertu didactique, pédagogique et aussi pratique. L'ordre juridique, a repris à son compte les propriétés privées collectives complexes créées par la pratique contractuelle que furent notamment les sociétés de capitaux.

²²³⁸ L. MICHOUUD, La théorie de la personnalité juridique, son application en droit français, Tome II reprint. LGDJ 1998, p.144 et s., n°243 et s.

²²³⁹ L. MICHOUUD, La théorie de la personnalité juridique, son application en droit français, Tome II reprint. LGDJ 1998 p.145, n°243

²²⁴⁰ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004, p.217 : « Selon KANT, il n'existe en soi qu'un seul bien inné, la liberté. C'est pourquoi, en toute rigueur, il n'y a qu'un seul droit subjectif naturel (au sens rationnel) comme condition transcendante de possibilité de la personne juridique, qui est la faculté de posséder des droits. »

²²⁴¹ L. MICHOUUD, La théorie de la personnalité juridique, son application en droit français, Tome II reprint. LGDJ 1998 p.145, n°243 : « Chez les personnes morales, le droit subjectif ne peut être mis à la disposition des organes de la personne morale d'une manière aussi complète »

²²⁴² Sur la notion de bien inné, lire XIFARAS, La propriété... p.211 et s.

²²⁴³ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit 2006, p.118 n°111

²²⁴⁴ Fr. ZENATI-CASTAING- T. REVET, Manuel de droit des personnes, op.cit. p.117, n°111

B. La personnalité morale, technique de substitution des relations contractuelles

Problématique

Aujourd'hui encore, la question de la nature du titre social interroge. D'après certains courants doctrinaux, les associés sont des créanciers de l'entreprise sociétaire mais qui sont remboursés en dernier²²⁴⁵. D'après les auteurs qui partagent ces analyses, les « *droits des associés et actionnaires sont de simples droits de créance contre la société envisagée comme personne morale*²²⁴⁶ ». Sur ce point, on partage l'avis de PAUL DIDIER qui a fait une sorte de réquisitoire contre la conception de l'associé créancier de la société personne morale²²⁴⁷. Le titre social est un titre de propriété : « *la propriété des associés est collective et la gestion de l'entreprise doit être déléguée à un ou plusieurs dirigeants*²²⁴⁸ ». On ajoutera une précision à

²²⁴⁵ Sur la présentation de courants doctrinaux qui véhiculent l'idée de l'associé créancier, voir P. Didier, « Une définition de l'entreprise », in Études offertes à P. Catala, Paris, Litec, 2001, p.849 et s.

²²⁴⁶ P. DIDIER, une définition de l'entreprise, op.cit. p.856 :

²²⁴⁷ P. DIDIER, une définition de l'entreprise, op.cit. p.849 et s. p.856, n°13 :« Les apporteurs du capital à supposer qu'ils soient des créanciers, sont des créanciers de dernier rang, tout le monde en convient. En cas de liquidation de l'entreprise, ils ne viennent à la distribution des actifs qu'après tous les autres créanciers. Ils assument donc en première ligne les risques de l'entreprise. En contrepartie de ce droit de priorité qui leur est accordé, les autres créanciers consentent à ne rien réclamer au-delà de leur remboursement et de leur rémunération. Ils abandonnent aux apporteurs le solde de l'actif, serait-il très supérieur à la mise de ceux-ci, qui s'attribuent ainsi les profits de l'entreprise. Protégés par leur droit de priorité, les créanciers peuvent aussi se décharger de la gestion de l'entreprise, que les apporteurs, au contraire, revendiquent, car leurs risques et leurs chances dépendent directement de la manière dont l'entreprise est gérée. Les apporteurs sont donc les propriétaires de leur entreprise car la situation qui leur est faite est exactement celle qui caractérise tout propriétaire. Celui-ci ne vient jamais qu'en dernier rang dans la distribution de ses biens [Art.2092] et corrélativement il a le droit d'en disposer comme il l'entend (art 544). Dans une économie libérale c'est-à-dire décentralisée, chacun prend, à la place qui est la sienne et sur les biens qui lui appartiennent, les décisions économiques qu'il juge opportunes et il en assume les conséquences heureuses ou malheureuses, ce qui est tout à la fois l'encouragement, mais aussi le rend prudent dans ses initiatives.

Réciproquement, celui qui assume les chances et les risques d'une opération doit en avoir la maîtrise, soit qu'il a décidé lui-même soit qu'il choisisse ou remplace celui qui la réalisera. C'est la situation de tout apporteur de capital, non seulement dans l'entreprise individuelle, ce qui est l'évidence, mais encore dans toutes les entreprises en société. Certes, dans ces entreprises, la propriété des associés est collective et la gestion de l'entreprise doit être déléguée à un ou plusieurs dirigeants. Le mandat de ces dirigeants est très large et donc très largement incomplet. Or c'est à ceux-ci de définir, au jour le jour, les initiatives qu'il implique et dont les effets seront assumés par les associés. On peut donc avoir le sentiment que les associés sont les subordonnés de leurs dirigeants. Mais les associés ont le pouvoir de révoquer à tout moment leurs mandataires, qui doivent être s'ils veulent conserver leur poste, sinon aux ordres, du moins, à l'écoute de leurs mandants. Le droit de désigner et de remplacer leurs dirigeants, en bref d'en disposer, est la forme que prend l'abus des associés propriétaires ». ; J.-F. QUIEVY, Anthropologie juridique de la personne morale. Préface de Didier R. MARTIN LGDJ, bibliothèque de droit privé tome 510 p.46 et s. n°35 et s. : l'auteur avance de nombreux arguments pour prouver que la thèse de l'associé créancier ne tient pas la route non plus dont notamment le fait qu'il n'existe pas un droit aux dividendes ou au remboursement de la créance.

²²⁴⁸ P. DIDIER ibid.

l'analyse de Paul DIDIER, c'est que les associés sont également créanciers ; certes ils ne sont pas créanciers d'une personne morale fictive, mais ils sont créanciers entre eux : le contrat de société génère aussi des obligations entre alliés pour reprendre la terminologie de M. HAMELIN²²⁴⁹. Le contrat-alliance ou contrat associatif de ROUHETTE²²⁵⁰ (qui est une des trois grandes familles de contrats d'après la classification de cet auteur) tend vers un but identique. Il ne s'agit pas de nier l'existence de ce progrès de la science juridique de pouvoir imputer en un centre d'intérêts personnifiés une multitude d'intérêts individuels réunis par contrat mais de faire remarquer une fois de plus que de nombreux effets juridiques imputés à la notion de personnalité morale résultent en réalité d'une situation complexe où sont enchevêtrés droits réels et droits personnels : deux personnes (A et B) font un contrat de société et mettent la moitié de leurs biens en commun, prenons l'hypothèse que nous sommes en début d'activité (pas de perte ni de gain) et que A et B ont un patrimoine identique de 100 donc A dispose d'une valeur de 50 en biens propres, plus une valeur de 50 en biens communs, B est dans la même situation et donc la société A+B dispose d'un «patrimoine» d'une valeur de 100 qui est la somme de biens communs appartenant à A et B. La propriété privée collective décrite est en réalité une masse de biens affectés à un but mais qui par l'effet de la subrogation et de la fongibilité n'appartient en propre, ni à A, ni à B mais à A et B propriétaires *ut universi* des biens communs. La pratique a autonomisé cette masse de biens pour éviter que les créanciers personnels et propres de chacun des associés puissent anéantir le projet commun dans lequel une ou d'autres personnes ont des droits. L'émergence de l'idée de personnalité morale est née justement de cette volonté, de la pratique, puis du législateur de protéger les entreprises communes des créanciers propres des associés fondateurs de l'entreprise commune²²⁵¹. Mais également de protéger le patrimoine propre de chaque associé du patrimoine professionnel, qui pourrait générer davantage de pertes que de profits. Si l'aléa des affaires est inhérent à l'économie de marché, l'être humain peut limiter ce risque grâce à la pratique contractuelle, bien avant que cette technique ne fût reprise par le législateur.

L'émergence de la personnalité morale vue par le prisme du sort des créanciers

Si l'idée de personne morale en tant que fonction est très ancienne, sa première utilisation explicite par la doctrine privatiste est « récente » et date vraisemblablement de 1815 où l'idée

²²⁴⁹ J.-Fr. HAMELIN, Le contrat-alliance, préface de N. MOLFESSIS, *Economica*, 2010

²²⁵⁰ G. ROUHETTE, *Encyclopædia Universalis*, entrée °contrat° « La caractéristique essentielle du contrat associatif – en un sens technique, en prenant pour paradigme le contrat d'association stricto sensu, ou le contrat de société – serait que les parties y poursuivent non plus des fins personnelles, mais un but identique : la réalisation d'une même œuvre ».

²²⁵¹ E. RICHARD, *Mon nom est personne : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience*, *Entreprise et histoire*, 2009/4 n°57, p.27 et s., n°36 et s. et p.34 et s. et n°54 et s.

d'être moral est utilisée explicitement par un auteur²²⁵². Nous avons expliqué qu'en réalité les biens sociaux, qui sont ceux d'une propriété privée collective, ne sont plus utilisables librement car la propriété privée collective crée des contraintes et modifie l'aspect réel des biens affectés et générés par l'affectation. Si j'achète un vélo avec mon voisin, je n'ai plus le droit de vendre ce vélo unilatéralement sans lui demander son avis. Être propriétaire en commun, ce sont des contraintes juridiques car on génère une nouvelle forme de propriété où un rapport personnel (issu du contrat de société) va se superposer à un rapport réel multiple entre les apporteurs de capitaux pour l'entreprise commune²²⁵³. Cela se traduit juridiquement par l'existence de plusieurs masses de biens dans le patrimoine d'un individu, personne physique. Nous avons vu précédemment que chaque être humain, personne physique, dispose d'un patrimoine général qui comprend l'ensemble de ses valeurs. Mais « l'entrepreneur », celui qui investit dans des affaires sociales, dispose également d'une ou plusieurs masses de biens professionnels qui vont être « autonomisées » par rapport à ses créanciers personnels. Déjà dans les cités Italiennes, les Statuts de Sienne de 1292 prévoyaient que les créanciers sociaux ne pouvaient saisir que les biens sociaux²²⁵⁴, tandis que ceux de Florence interdisaient aux créanciers personnels de saisir les biens professionnels²²⁵⁵.

L'apparition de la limitation de l'obligation limitée aux dettes sociales ainsi qu'une sélection entre les créanciers de l'activité des créanciers personnels des associés, sont l'indice d'une « personnification » de l'entreprise commune. Par exemple, le Parlement de PARIS du 25 janvier 1677 rendit une décision²²⁵⁶ où les créanciers professionnels d'une société étaient préférés aux créanciers personnels (femmes des associés pour le paiement d'une dot). Or la distinction entre les différents créanciers et la préférence pour les créanciers professionnels aux créanciers personnels d'un groupement seront un indice technique qui fera germer l'idée d'une personnalité juridique propre du groupement social²²⁵⁷. On voit que c'est la pratique des tribunaux qui a installé la séparation entre créanciers professionnels de l'activité économique exercée en société et les créanciers personnels des associés.

Une jurisprudence de la Cour de cassation vient confirmer une *summa divisio* entre les créanciers des biens sociaux dont la créance est liée à l'activité de la société et les autres

²²⁵² J.-M. PARDESSUS, Cours de droit commercial, Tome III, Paris 1815, p.14, n°975 : « une société est une personne morale... »

²²⁵³ Supra développements précédents

²²⁵⁴ E. RICHARD, Mon nom est personne : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, Entreprise et histoire, 2009/4, p.20

²²⁵⁵ E. RICHARD, ibid. p.20 ; En revanche, à Florence les « compagnies » du XIIIe ressemblent à des SNC et les associés sont tenus indéfiniment aux dettes sociales. V. Y. RENOUEAU, les hommes d'affaires italiens du Moyen-Age, Texto, édit. TALLANDIER 2009, p.172

²²⁵⁶ Recueil de plusieurs arrêts notables du parlement de Paris, 1712, G. LOUET, J. BRODEAU, §630, google livre 1er juillet 2018 ; SAVARY, op.cit.

²²⁵⁷ E. RICHARD, ibid. n°36

créanciers (créanciers personnels des associés). Pour expliquer cet effet, une partie de la doctrine explique qu'il existe un être moral, un corps moral qui fait écran. Cette idée de « corps moral » distinct renvoyant à l'idée d'une propriété corporative, est explicitement émise par SYREY lors d'un commentaire d'un arrêt²²⁵⁸. TOULLIER justifie l'existence d'une personne morale distincte par le fait : « *Une société est une personne morale différente de la personne naturelle de chaque associé individuellement. Les créances de la société ne peuvent donc être compensées avec les dettes de chaque associé individuellement. Les créances de la société ne peuvent donc être compensées avec les dettes de chaque associé lorsque ces dettes n'ont point été contractées pour le compte de la société, et vice-versa*²²⁵⁹. »

C'est donc bien la question de la différenciation entre les créanciers qui fut un des moteurs du développement de la théorie de la personnalité morale en droit des sociétés. Un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1821 est très intéressant de ce point de vue là²²⁶⁰. Une société commerciale non rendue publique faisait le commerce du cuivre (acte sous-seing privé non rendu public et non enregistré). Des dettes impayées et un conflit vont naître entre les créanciers de la société et les créanciers personnels d'un des associés. Les créanciers professionnels soutiennent que « *les marchandises trouvées en la possession des associés, sont la propriété de la société*²²⁶¹ » alors que les créanciers personnels de l'un des associés soutiennent que la convention de société ne leur est pas opposable en raison de son absence de publicité et de l'absence d'enregistrement du pacte sociétaire²²⁶². La Cour royale de Montpellier infirme le jugement de première instance et donne raison aux créanciers personnels de l'associé, le pourvoi de l'arrêt est ensuite rejeté par la Cour de cassation. Cet arrêt est vraiment intéressant car il montre que l'enjeu de la personnalité juridique des sociétés est né, entre autres, des litiges entre différents types de créanciers. Et *a contrario*, cet arrêt confirme la distinction déjà visée par le droit positif entre les créanciers personnels et les créanciers de la société²²⁶³, que si les créanciers personnels avaient connu l'existence de la société, ils n'auraient pu atteindre les biens des associés à cause d'une sorte de « corps moral » s'interposant entre les associés et les créanciers personnels. L'expression « *créancier de la société* » déjà admise largement par la doctrine commercialiste de l'époque va être le

²²⁵⁸ « Lorsque les membres d'une société commerciale ont été dénommés individuellement au procès sans indication du corps moral dont ils sont membres... » SYREY 1815, I, p.188 à propos de l'arrêt du 27 février 1815.

²²⁵⁹ C.B.M. TOULLIER, Le droit civil français suivant l'ordre du code, t. VII PARIS, Warée, 1829, p.378 cité par E. RICHARD, « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, *Entreprise et histoire*, 2009/4 p.35

²²⁶⁰ SYREY 1822, I, p.330

²²⁶¹ SYREY 1822, I, p.330

²²⁶² Ils appuient leurs prétentions sur l'article 42 du code de commerce. SYREY 1822, I, p.330

²²⁶³ J.B. SYREY, code de commerce annoté, 1820 : « les biens composant l'actif d'une société sont affectés par privilège au paiement des créanciers de la société à l'exclusion des créanciers particuliers de l'associé » Code civil 1804, art. 1862 ; CA Paris 10 déc.1814 ; dans le même sens CA Paris 16 décembre 1809

support de l'apparition de la personnalité morale. Néanmoins la question de l'existence de la personnalité juridique pour les sociétés commerciales sera discutée jusqu'à la fin du XIX^e siècle²²⁶⁴.

Conclusion de la section I

La notion de personnalité morale s'est imposée au cours du XIX^e siècle après un long cheminement doctrinal depuis les romanistes du Moyen Âge. La rencontre de la théorie de la personnalité morale et du droit des sociétés est finalement un phénomène récent, entériné dans le droit par un arrêt de 1834 de la Cour de cassation²²⁶⁵. Pour Jean HILAIRE, la codification sous-entendait la notion de personnalité morale sans en poser formellement le principe²²⁶⁶ : L'article 529 du Code civil²²⁶⁷ qui n'a pas bougé depuis 1804 serait l'aveu implicite d'une personnalité morale pour certains²²⁶⁸, ainsi que de l'ancien article 69-9 de l'ancien Code de procédure civile²²⁶⁹. La notion de personnalité morale a donc franchi la frontière entre le droit public et le droit privé mais cette transposition est due à l'œuvre de la doctrine et de la pratique exclusivement²²⁷⁰. En 1901, Charles LYON-CAEN et Louis RENAULT écrivent que toutes les sociétés de commerce ont la personnalité morale à l'exception des « participations » et même si à l'époque, la personnalité des sociétés commerciales n'était pas expressément reconnue par la loi. Or ces auteurs, comme d'autres, reconnaissent l'existence d'une personnalité morale par le biais de certains effets juridiques²²⁷¹, dont le fait que les associés ne sont pas copropriétaires par indivis du fonds social car celui-ci appartient à la société, que le droit des associés est mobilier même si l'actif social est composé d'immeubles

²²⁶⁴ L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, 1891, articles 1832 à 1873 se pose la question : « La nature du contrat de société, que nous examinons, soulève une dernière question, très importante et très controversée : la société constitue-t-elle un être moral, ayant une personnalité indépendante, distincte de celle des associés ? » Et l'auteur reconnaît que la question semble tranchée pour la société commerciale mais reste en suspens pour la société civile ; il faut dire que le traité a été publié juste avant le fameux arrêt de la Cour de cassation reconnaissant la personnalité juridique.

²²⁶⁵ J. HILAIRE, introduction historique au droit commercial. PUF pp.214-215, n°128 ; E. RICHARD, « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, *Entreprise et histoire*, 2009/4 n°57 p. 14 et s.

²²⁶⁶ J. HILAIRE, introduction historique au droit commercial. PUF p.215, n°128

²²⁶⁷ Article 529 du Code civil

Al1 : Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Al 2 : Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers.

²²⁶⁸ E. RICHARD, « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, *Entreprise et histoire*, 2009/4 n°57 p.32, n°47 ; G. LAGARDE, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? » in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, Aix-en-Provence 1974, p.431

²²⁶⁹ J RICOL, *La copropriété en main commune*, Toulouse 1907. P.188

²²⁷⁰ J. RICOL, *La copropriété en main commune*, op.cit.

²²⁷¹ Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 6e edit., Paris 1901, p.84-89 n°124 et s.

(argument construit sur l'article 529 du Code civil), que lorsque la société a un procès, il suffit d'un seul exploit d'ajournement soit signifié au siège social (argument fondé sur l'art.69, al.6 du Code de procédure civile de l'époque), que les créanciers personnels des associés n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens de la société qui n'appartiennent pas à leur débiteur, l'actif social servant de gage aux créanciers sociaux. Et MM. LYON-CAEN et RENAULT de préciser que ce dernier effet est « *une des conséquences les plus importantes de la personnalité morale des sociétés de commerce*²²⁷² ». HOUPIN évoque quasiment les mêmes arguments²²⁷³. Le développement de l'idée de personnalité morale au cours du XIX^e a permis de mettre un mot quelque peu anthropomorphique sur des effets de droit qui ont été façonnés par la pratique et les tribunaux. Avec le développement de grandes sociétés commerciales, deux phénomènes économiques corrélés puis pris en compte par le droit se sont produits : la gestion progressivement dissociée de la qualité d'associés dans certaines sociétés et l'apparition d'un cloisonnement entre les biens sociaux et les biens propres de l'associé. L'idée de personnalité morale, qui relève davantage de la métaphore que de la théorie du droit, a permis par métonymie de viser un ensemble de phénomènes dû à l'émergence d'une propriété privée collective/plurale qui s'est sophistiquée avec le développement des échanges et la division accrue du travail.

L'article 1145 après réforme du 10 février 2016 distingue bien la notion de personne physique de la notion de personne morale. Dans les grandes entreprises personnifiées, le dirigeant social n'est pas l'organe d'une personne morale, il n'est pas réellement payé par elle ou la société-mère du groupe de sociétés. Le dirigeant social est lié à ses mandataires sociaux réels qui sont les associés *ut universi*, voire à d'autres apporteurs de capitaux en cas de structure complexe de l'entreprise privée à but lucratif.

On va voir que cette critique de la personne morale comprise comme un être identique à une personne physique a été formulée depuis le début de l'apparition de la notion par les plus grands auteurs.

²²⁷² Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, Manuel de droit commercial, 6e edit., Paris 1901, p.87, n°125

²²⁷³ C. HOUPIN, Traité général, théorique et pratique, des sociétés civiles et commerciales, 4e édit., Tome I, Paris 1909, p.12, n°12

Section II Définition restreinte de la personnalité morale

Dès la généralisation de la personnalité morale en droit des sociétés, cette notion fut critiquée car le périmètre de celle-ci paraissait flou. Selon nous, le droit privé est construit sur le primat de l'individu²²⁷⁴. Et pas seulement le droit français mais tous les ordres juridiques susceptibles d'être qualifiés de démocratie libérale. De tels ordres juridiques, qui reconnaissent la propriété privée individuelle, finissent par protéger également la propriété privée collective. Seulement pour des raisons complexes liées à l'histoire, la propriété privée collective n'a pas été conceptualisée de la sorte et la doctrine a préféré expliquer le phénomène par une sorte d'image, par l'idée d'un mythe anthropomorphique où il existerait une personne surhumaine, la personne morale qui serait similaire à la personne physique. La personne physique est une construction juridique qui n'est pas plus naturelle pour ces auteurs que la personne morale. C'est exact et en même temps inexact car l'être humain existe indépendamment d'une volonté qui le constitue contrairement à un groupement personnifié qui n'existe pas sans un ordre juridique donné. La démocratie libérale, ou Etat de droit, pose un postulat consacré d'ailleurs par la théorie de droits fondamentaux : un être humain a toujours une personnalité juridique, il est toujours une personne physique. Et même si la peine capitale existe, l'anéantissement d'une vie humaine (et donc *ipso facto* de sa personnalité physique corrélative) doit obéir à des règles de procédure très strictes, alors que la personnalité morale peut disparaître de moult façons dont le non-paiement de ses dettes. La critique de la notion de personnalité morale a existé depuis que cette notion fut adoptée dans le droit privé positif et des auteurs parmi les plus prestigieux comme PLANIOL, KELSEN, DABIN, CARBONNIER, OPPETIT, et d'autres, n'ont pas manqué de critiquer l'anthropomorphisme de cette notion parfois encore trop présent dans le droit, notamment le droit pénal par exemple, où la personne morale devient un auteur comme un autre.

Comme l'expliquent les professeurs DIDIER, le dirigeant social est bien un mandataire et sa rémunération est bien l'objet d'un contrat. C'est la notion de personne morale « mal dégrossie » qui a perturbé considérablement la doctrine du droit des sociétés sur cette question.

²²⁷⁴ Supra Partie II, Titre I, Chapitre I

§1 Critiques de la personnalité morale perçue comme un sujet de droit similaire à une personne physique

A. Exposé du problème de la personnalité morale

Quand on ouvre le dictionnaire de droit canonique dirigé par R. NAZ, on trouve à l'entrée « personne morale » la définition suivante « *Quant à l'excommunication, elle ne peut pas être infligée à une personne morale car elle est privée de biens strictement personnels*²²⁷⁵ ». On a précédemment écrit que la propriété privée était en réalité bien plus étendue en droit français qu'on ne pourrait le croire. Une doctrine classique a pris pour argent comptant le mythe anthropomorphique de la personne morale considérée comme un propriétaire d'une nature similaire à celle d'une personne physique. Pourtant des auteurs ont identifié une réduction du droit de propriété qui véhicule la théorie de la personnalité morale. En plus d'être cantonné à l'appropriation d'objets corporels²²⁷⁶, le droit de propriété fut également « limité » ou plutôt non conceptualisé sur le terrain de l'appropriation collective. Si un ordre juridique reconnaît automatiquement à l'individu la personnalité donc un patrimoine et donc la faculté de contracter librement, il peut donc s'associer à un autre et affecter des biens communs ensemble. Certes, la masse de biens affectés par un contrat d'association nécessite l'intervention du législateur pour transformer l'universalité de fait en une universalité de droit mais cet effet juridique de transformer cette affectation de biens en un patrimoine a priori autonome n'est pas la cause efficiente de l'association : la cause efficiente de la mise en commun, c'est un accord de volontés. Et quand Ronan RAFFRAY explique que l'associé dispose d'un droit de propriété et qu'après l'affectation, ce même associé dispose d'un pouvoir²²⁷⁷, nous sommes d'accord mais il est important de comprendre que ce pouvoir de propriété est en réalité issu d'une propriété privée collective. En mettant en commun un bien quel qu'il soit, on modifie l'aspect réel du bien. Le bien n'est plus soumis à un pouvoir issu de la propriété privée individuelle mais nécessite un accord pour son usage. La mise en commun d'un bien concentre également en une main les prérogatives qu'avaient individuellement tous les apporteurs de capitaux avant de faire leurs apports. D'un droit sur un bien particulier et identifié, l'associé va avoir un droit sur une universalité qu'il espère sera génératrice de

²²⁷⁵ Dictionnaire de Droit canonique, dir. R. NAZ

²²⁷⁶ La propriété privée de la DDHC de 1789²²⁷⁶ est en réalité dérivée d'une conception lockéenne (property) et concerne toutes les prérogatives dont dispose un individu sur une situation privée personnelle. La limitation de la propriété privée aux objets corporels est en contresens historique.

²²⁷⁷ R. RAFFRAY, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, D. Nouvelle Bibliothèque de thèses vol. 108, p.38, n°40.

valeurs. L'associé ne dispose plus d'un droit réel sur le bien qu'il a apporté mais il dispose désormais de deux « droits » : d'une quote-part de l'universalité matérialisée par le titre social et également d'une fraction du pouvoir total dont dispose un propriétaire théorique sur sa chose appropriée. Le propriétaire théorique est l'ensemble des associés *ut universi*²²⁷⁸. D'où le recours à l'idée de personne, avec l'idée d'universalité de biens qui va avec. Une entreprise privée est une universalité de biens le plus souvent productifs dont le but est de réaliser d'autres biens qui seront vendus sur le marché avec l'espérance d'un profit. Le coût de l'usage du travail loué aux travailleurs²²⁷⁹ plus l'usage des capitaux affectés doit être inférieur à la valeur réalisée par la cession des biens et services produits. L'entreprise privée à plusieurs-même la plus rudimentaire- nécessite un accord entre les propriétaires collectifs (les associés en l'occurrence). Or le XIX^e siècle a été un siècle de concentration des capitaux qui se traduit par une valorisation accrue des patrimoines sociaux²²⁸⁰. Or économiquement, qui dit concentration des capitaux, dit division du travail accru et cette division du travail a fait émerger des dirigeants professionnels. On a assisté à un détachement de la gestion de la fonction de propriétaire des capitaux. Ces managers professionnels ont pu être considérés dans les faits comme étant l'organe d'une nouvelle personne (morale) que serait devenue la grande entreprise. Finalement, théorie institutionnelle, doctrine de l'entreprise et personne morale de la société sont des théories construites sur l'idée d'une personnification possible d'un être non humain.

Pollution de l'analyse personnaliste sur la rémunération : la personne morale, un outil mental

Le cœur du problème de la qualification de la rémunération, c'est la question de la personnalité morale, dont la nature a été mal comprise. Mal comprise dans le sens où une personne morale de droit privé [et on insiste sur droit privé (Max WEBER considère que le droit privé, c'est le domaine de l'égalité juridique²²⁸¹)] n'est pas absolument autonome des membres qui l'animent. Car contrairement à un être humain, la personne morale est une

²²⁷⁸ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011 p.37, n°43 : « Si l'on admet que le patrimoine social est un patrimoine distinct du patrimoine personnel de chaque associé, on ne saurait soutenir, toutefois, qu'il n'appartient à personne. On avancera l'idée que le patrimoine social est la propriété des associés considérés *ut universi* » ; V. aussi G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s, p.724, n°48 : « Il s'ensuit que ce que l'on appelle la propriété du groupement n'est en définitive que la propriété de ses membres, mais une propriété particulière en raison de la modification de la condition juridique du bien résultant de son affectation au groupement »

²²⁷⁹ Dans le cas où l'entreprise mobilise le travail des tiers.

²²⁸⁰Cl. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions. Préf. LOUSSOUARN SIREY Y., Sirey, 1962, p.10 et s. ; J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.341-353, spé. pp.349-350 ; O.WEINSTEIN, Pouvoir, finance et connaissance, les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXe siècle. Editions la découverte textes à l'appui/ économie, 2010 p.39 et s.

²²⁸¹ M. WEBER, Sociologie du droit, PUF quadriges, grands textes Droit public et droit privé p.27 et s.

construction fondée sur la volonté humaine et non sur une réalité biologique, c'est la volonté qui la génère, contrairement à un être vivant. Et les organes prétendus conservent leur individualité de personne physique par exemple. M. HAURIOU écrit dans son ouvrage, « Principes de droit public » qu'« *il est vrai que la personne morale sans l'ensemble de ses organes, c'est-à-dire sans son double individuel serait un néant juridique. Il est vrai aussi qu'il n'y a pas de rapport juridique entre la personne morale et les organes. D'une part, les organes sont parties intégrantes de l'individualité objective et, d'autre part, entre la personne morale et l'individualité objective, il y a parallélisme tellement intime que des relations juridiques ne peuvent pas s'insérer*²²⁸² ». Ce qui est écrit relève de l'aporie par rapport aux fondements du droit privé. Le « *que des relations juridiques ne peuvent pas s'insérer*²²⁸³ » est inexact : dans une personne morale de droit privé, il y a toujours un lien juridique entre ceux qui travaillent pour la personne morale et la personne morale. Et toutes les relations juridiques en son sein sont des contrats. Aucune personne morale de droit privé ne peut imposer une obligation de travail (contrairement à l'Etat avec la conscription par exemple) à un salarié, un mandataire social ou un associé²²⁸⁴. Tout travail, toute activité humaine au service d'une personne morale suscite une volonté de la part de celui qui travaille. La vision de HAURIOU est imprégnée de droit public et oublie une notion cardinale du droit privé : l'égalité juridique. Chaque prestation, chaque travail effectué nécessite un accord de volonté et la vision de HAURIOU qui a tant influencé le droit privé fait de la personnalité morale une vraie personne : avec cette vision, on introduit une décorrélation entre la personnalité juridique et l'être humain. La foule pourrait être une personne. Finalement, il s'agit d'une vision collectiviste du monde qui sera d'ailleurs politiquement reprise par le fascisme, le nazisme, le communisme : le groupe est personnifiable et son intérêt est supérieur à celui de l'individu. Et Michel VILLEY (ainsi que Georges ORWELL) nous avait avertis du danger à raisonner au niveau du groupe²²⁸⁵ : le service

²²⁸² M. HAURIOU, Principes de droit public, Bibliothèque DALLOZ, 2005 préf. O. BEAUD, p.656 :

²²⁸³ HAURIOU, ibid.

²²⁸⁴ M. WEBER, Sociologie du droit, PUF quadrige, grands textes, Droit public et droit privé p.27 : Max WEBER pose un critère de distinction entre le droit privé et le droit public. Il y a droit public chaque fois qu'une personne dispose sur une autre d'une supériorité, d'un pouvoir mais il précise qu'il faut ne pas considérer « tout pouvoir autoritaire de commandement et les relations entre lui et les subordonnés comme relevant du droit public. Ainsi du pouvoir de l'employeur pour la bonne et simple raison que son pouvoir naît de « transactions juridiques » entre individus sur le plan formel juridiquement égaux (gleichgeordnet). » Max WEBER exclut donc explicitement toute relation juridique du droit public qui inclut un pouvoir consenti. Le salarié exécute les ordres du patron car il le veut bien, il a accepté par le contrat de le faire et peut renoncer à cette position de subordination pour se mettre au service d'un autre employeur, arrêter de travailler ou créer lui-même son entreprise.

²²⁸⁵ M. VILLEY, Philosophie du droit, Dalloz 1975, p.188, n°105 : « Voici maintenant qu'on subordonne le droit à l'intérêt du tout. Mais le tout social n'étant pas aussi réel que ne sont les individus, il est à craindre que l'opération ne déguise encore le service d'une oligarchie : des nobles ou des grands fonctionnaires en qui sera censé s'incarner l'intérêt de l'Etat, de la classe militaire qui défend l'honneur de la Nation, des membres du Parti qui prétend représenter le peuple, ou des technocrates sur qui repose « le développement » économique...ce n'est pas l'ensemble du corps social dont ces politiques servent les intérêts, mais la tête aux dépens des

du groupe peut cacher les agissements d'une oligarchie dont les actes ne sont plus susceptibles d'être remis en cause car prétendument accomplis dans l'intérêt général. Il semble que cette problématique soit identique dans les grandes entreprises personnifiées : une conception trop large de la personnalité morale, comprise comme étant une personne similaire à une personne physique, a fait perdre de vue la réelle mission des organes et le fait que ces « organes » soient liés juridiquement par des relations contractuelles de droit privé dont la rémunération est une contrepartie d'un pouvoir de gestion. Une fois le diagnostic posé, pourquoi la personnalité morale a-t-elle pris tant de place en droit privé ?

Absence de conceptualisation des contrats qui ne relèvent pas de l'échange

Georges ROUHETTE proposait un triptyque pour classer les contrats : le don, l'échange et l'association²²⁸⁶. Le droit des contrats fut organisé autour de l'échange et plus précisément de la vente²²⁸⁷. L'association, ou contrat-organisation, fut conceptualisée récemment en doctrine et ce n'est peut-être pas fini. Les thèses de professeurs CHENEDE, HAMELIN et LEQUETTE abordent cette question de la conceptualisation de relations contractuelles non fondées sur l'échange commutatif²²⁸⁸. Pour ce qui est de F. CHENEDE, il distingue les contrats qui réalisent des commutations de ceux qui réalisent des distributions dont le contrat de société fait partie : le contrat de société a pour but un partage de valeurs et non un transfert de valeurs²²⁸⁹. F. CHENEDE fait d'ailleurs le lien entre le partage opéré par une distribution et la propriété collective (privée)²²⁹⁰, le stade suprême de l'appropriation collective « *est occupé par l'ensemble des communautés personnifiées*²²⁹¹ ». Et François CHENEDE précise bien que la personne morale propriétaire, en citant Paul DIDIER, n'est qu'un « trompe l'œil », un « subterfuge, une fiction, un mensonge du droit »²²⁹². La personne morale dissimule une

membres ». ; Fr.- P. BENOIT, *la démocratie libérale*, Puf 1978 ; G. ORWELL, trad. A. AUDIBERTI, 1984, Folio, p.143 et p.274

²²⁸⁶ G. ROUHETTE, *Le contrat, universalis* » Il apparaît alors que cette fonction sociale du contrat s'accomplit sous trois formes, qui coexistent généralement, mais que l'on peut aussi voir se succéder dans une histoire universelle du contrat : le don, l'échange, l'association.

²²⁸⁷ J.-Fr. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préface de N. MOLFESSIS, *Economica*, 2010 p.11, n°17 : « il faut prendre conscience de ce que le droit des contrats, tel qu'il est aujourd'hui conçu, n'a été bâti que sur le modèle de l'échange ».

²²⁸⁸ Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*. Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.6, n°5

²²⁸⁹ Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*. Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.25, n°17

²²⁹⁰ Fr. CHENEDE, *ibid.*, p.47 et s., n°39 et s.

²²⁹¹ F. CHENEDE, *ibid.* p.47, n°40

²²⁹² P. DIDIER, « *Le droit commercial au tournant du siècle* » cité par F. CHENEDE, *ibid.* p.48, n°40

communauté de biens et de personnes²²⁹³. Il existe des relations contractuelles qui ne sont pas des *permutatio*²²⁹⁴ et qui organisent des relations juridiques sur des biens en commun.

Suzanne LEQUETTE écrit que le contrat de société est un contrat-concentration qui forme un « *rapport d'obligations conjonctif de manière à opérer l'union juridique des intérêts identiques*²²⁹⁵ », Mme LEQUETTE adhère à la vision du professeur WICKER où « *la personnalité morale est, dans l'ordre interne, la formulation d'un ordre normatif collectif auquel les associés ont accepté de se soumettre en s'engageant dans le pacte social* »²²⁹⁶. Encore une fois la notion d'ordre normatif collectif renvoie à l'idée de la propriété privée collective mais d'un point de vue personnel et non uniquement réel.

M. HAMELIN qui utilise un autre vocable pour qualifier ce qui s'apparente au contrat-organisation de Paul DIDIER fait même une corrélation entre sa notion de contrat-alliance et la personnalité morale. Le contrat- alliance serait le seul qui puisse engendrer une personnalité morale²²⁹⁷. Et Jean-François HAMELIN de préciser que l'intérêt de la personne morale n'est autre que l'intérêt commun des alliés : il y a eu une exagération des effets de la personnalité morale²²⁹⁸. Cette critique d'une extension trop large de la notion de personnalité morale a émergé en même temps que la personnalité morale se diffusait en droit privé et notamment en droit des sociétés.

Il paraît que la jeunesse sait d'abord ce qu'elle ne veut pas avant de savoir ce qu'elle veut, la doctrine juridique-jeune, par rapport à l'émergence de la personnalité morale, a d'abord vu les limites de la notion de personnalité morale. La personnalité morale est devenue réellement une notion de droit positif au cours du vingtième siècle, bien qu'apparue au XIX^e siècle. La loi de 1966 (et de 1978 sur l'attribution de la personnalité morale à la société civile) a validé législativement ce qui existait déjà en jurisprudence²²⁹⁹

²²⁹³ Fr. CHENEDE, *ibid.* p.48, n°40 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, préf. Cl. BRENNER *Economica* 2012 , p.84, n°107

²²⁹⁴ J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.9, n°19 : « ...conçue largement, l'opération do ut des reflète l'idée générale de transaction réciproque et dépasse le cadre des définitions juridiques : la vente n'est que l'espèce du genre do ut des ; il en est de même de la *permutatio* : envisagée strictement, elle n'est qu'une cession réciproque d'objets. »

²²⁹⁵ S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, préf. Cl. BRENNER *Economica* 2012 , p.88, n°112

²²⁹⁶ S. LEQUETTE, *ibid.* p.73, n°90 citant G. WICKER ,G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In *Mélanges OPPETIT*, LexisNexis 2009 p.689 et s et G. WICKER *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, n°203 et s.

²²⁹⁷J.-Fr. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préface de N. MOLFESSIS, *Economica*, 2010 p.447, n°635

²²⁹⁸ J.-Fr. HAMELIN, *ibid.*, p.447, n°635

²²⁹⁹ V. WESTER-OUISSSE, *Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences*, JCP G 2009, I 137 N°3 : « La passion des débats ne doit pas faire illusion, la notion de personne morale est peu présente dans la pratique et n'est devenue d'usage courant que dans les années 1960...

B. Les critiques de l'assimilation entre personne morale et personne physique

De nombreux juristes, parmi les plus importants depuis cent cinquante ans, ont émis des critiques importantes à l'encontre de la notion de personnalité morale. Ces critiques ont commencé avec l'émergence d'une conception de la réalité de la personnalité morale dont le paroxysme fut atteint avec l'arrêt Commune de St-Chamond de 1954²³⁰⁰. Pour certains, la notion de personne morale fait partie du droit positif et donc sa critique serait vaine. Mais la notion n'a jamais été vraiment délimitée et l'acceptation de la personne morale comme étant un tiers par rapport à ses « membres » n'est plus justifiable depuis longtemps car cela revient à défendre l'idée que le droit pourrait avoir une autre unité de mesure que l'individu. Or nos ordres juridiques ont pour principe le normativisme humaniste qui fait de l'individu et de sa liberté individuelle la valeur suprême. L'appartenance à un groupement de droit privé a toujours pour fondement le consentement de l'individu et il ne peut y avoir donc de primat du groupement sur l'individu.

Les critiques de Gabriel de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES

Pour l'auteur, la notion de personne morale est un mirage²³⁰¹. L'auteur ne croit ni en la théorie de « la personne fictive légale » qui correspond à la théorie de la fiction mais avec le vocabulaire de 1900, ni en la théorie de la réalité en formation chez une partie de la doctrine (dénommée « personne composée et réelle »). Derrière l'idée de la personne fictive légale, l'auteur rappelle les trois principaux arguments dont la part d'associé qui serait un meuble même si l'actif de la société est composé à 100% de biens immeubles, la raison collective et troisièmement, la séparation entre les créanciers professionnels et personnels, avec la mise en place d'un cloisonnement progressif, notamment dans les sociétés de capitaux. Mais pour Gabriel de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES la notion de personnalité morale n'est pas nécessaire car les trois fameux effets de la personnalité morale, qui sont donc la preuve de son existence, peuvent être expliqués par la technique juridique²³⁰² : les obligations des associés, les droits de préférence de certains créanciers, etc. Pour Gabriel de LABROUE de

²³⁰⁰ « La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle 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 protégés » Cour de cass. 2ⁱème 28 janvier 1954 relatif aux comités d'établissement (D. 1954.217, note G. Levasseur, JCP 1954. II. 7978, concl. Lemoine). Cité par G. WICKER, Rep. Dalloz droit civil, entrée « Personne morale », n°14

²³⁰¹ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, édit. BNF, extrait de la Revue de LILLE, 1900, n°1

²³⁰² G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, édit. BNF, extrait de la Revue de LILLE, 1900, n°8 à n°17

VAREILLES-SOMMIERES tout peut s'expliquer par le « contrat d'association²³⁰³ », termes qui doivent être compris dans le sens générique, comme lorsque Georges ROUHETTE vise l'association dans son triptyque de contrats. Gabriel de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES explique que les deux analyses doctrinales de l'époque, la théorie de la fiction (« théorie de la personne fictive ») ainsi que la théorie de la réalité (« Théorie de la personne composée réelle et naturelle ») ont pour origine la théorie philosophique des universaux, qui faisait d'un être une idée²³⁰⁴. Gabriel de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES qualifie ces personnes de fantastiques²³⁰⁵; pour l'auteur, d'après sa conception philosophique, seuls les êtres humains en tant que personnes physiques sont des personnes²³⁰⁶. D'autre part, de nombreux effets techniques imputés à la personne morale peuvent s'expliquer techniquement²³⁰⁷: la personne morale est pratique pour désigner une capacité d'un groupement de personnes qui forment une propriété collective²³⁰⁸ mais il n'y a pas d'être surhumain ou fantastique, ce sont les associés qui sont propriétaires des biens sociaux²³⁰⁹. La personne morale est donc surtout un concept « pédagogique » et « doctrinal » : la personne, c'est l'homme²³¹⁰.

Bien que cette analyse date de 1900, on la trouve d'une étonnante modernité et toujours valable. Nous partageons l'idée que seul l'être humain est une personne, c'est-à-dire la personne physique. A la différence du marquis de VAREILLES, on justifie cette position non plus (seulement) par une conception philosophique mais par le fait que la démocratie libérale et surtout ses fondements (théorie des droits de l'homme, droits fondamentaux, économie de marché) sont construits sur l'idée que l'atome de la société, c'est l'individu²³¹¹. Avant d'appartenir à un genre, une catégorie professionnelle, une communauté ethnique et

²³⁰³ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, édit. BNF, extrait de la Revue de LILLE, 1900 N°18 : « L'association non pas l'association transfigurée ou plutôt défigurée en une sorte de divinité fabuleuse, mais l'association à l'état de nature, l'association réelle, c'est-à-dire les associés, peut donc posséder tous les biens nécessaires à l'obtention du résultat cherché et cela en vertu des droits élémentaires de l'individu et des principes les plus certains des contrats ».

²³⁰⁴ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, édit. BNF, extrait de la Revue de LILLE, 1900 n°60

²³⁰⁵ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, op.cit. n°51

²³⁰⁶ G. VAREILLES-SOMMIERES N°93 : « Il n'y a point sur terre d'autres personnes que les personnes physiques, que des hommes ». [...]. « La personne, c'est l'homme, et toute autre définition de la personne est inutile et erronée. »

²³⁰⁷ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, op.cit. n°70 : « Troisièmement, d'après notre définition, la personne morale n'a aucune conséquence pratique, n'est cause de rien, n'ajoute et ne retranche rien aux droits des associés ; et ceux-ci sont toujours les seuls et vrais propriétaires des biens qu'ils appliquent à la satisfaction de leurs communs besoins ou plaisirs ».

²³⁰⁸ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, op.cit. n°73 : « La personne morale n'existe que dans l'esprit de l'homme. Elle n'a aucune réalité, aucune objectivité, elle n'est rien, rien d'extérieur au sujet pensant ; elle n'est qu'un procédé de la pensée ».

²³⁰⁹ G. de LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES, La personnalité morale, n°83, p.31

²³¹⁰ G. de VAREILLES-SOMMIERES, ibid.. n°93

²³¹¹ Supra, Partie II, Titre I, Chapitre II

religieuse, l'individu est d'abord préalablement une personne dotée des attributs de la personnalité dont la liberté. Cette liberté (kantienne) en droit civil se traduit par la libre appropriation, l'usage a priori libre de la propriété et la liberté contractuelle.

Un autre juriste, d'une renommée mondiale et qui a écrit avant VAREILLES- SOMMIERES pensait également que le destinataire du droit, c'est l'être humain personne physique : JHERING.

La critique de la personnalité morale par R. Von IHERING

La chronologie nous aurait imposé d'évoquer JHERING avant VAREILLES-SOMMIERES mais la pensée de cet auteur ne porte pas directement sur la notion de personnalité morale, mais évoque une vérité inhérente à nos ordres juridiques : le destinataire de la règle de droit, c'est toujours en définitive l'être humain.

Préalablement, la définition du droit de IHERING est tellement connue que l'on ne pourrait citer toutes les occurrences où elle est énoncée. Cette définition du droit défini comme un intérêt juridiquement protégé est issue du quatrième volume de l'Esprit du droit romain. En revanche, ce qui est moins connu, ce sont les « critiques individualistes » que formule IHERING à l'encontre des conceptions personnificatrices qui s'appliquent à l'être humain. IHERING défend bien dans l'Esprit du droit romain une conception individualiste du droit, c'est-à-dire une conception où c'est l'individu qui est l'atome de l'organisation sociale. JHERING explique que derrière la personne juridique (entendue comme synonyme de la personnalité morale), il y a des individus, que ce sont eux les vrais destinataires des droits²³¹² : « *Non ! Les véritables sujets du droit, ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés*²³¹³; » Par membre isolé, il faut comprendre individu. Et JHERING de préciser dans le même paragraphe : « *le sujet apparent du droit cache le véritable. Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit, que l'homme seul est le destinataire des droits (note 499), l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personnification*²³¹⁴. » Mais plus généralement, tout le paragraphe est fort intéressant²³¹⁵ : Tout d'abord, JHERING récuse l'autonomie absolue de la

²³¹² R. Von JHERING, L'esprit du droit romain, Tome IV, deuxième édition, trad. O. De MEULENAERE, 1880, Google Books t. 4, p.324

²³¹³ JHERING, ibid. p.310-312

²³¹⁴ JHERING, ibid. p.310-312

²³¹⁵ JHERING, ibid., p.310-312 « Parlons d'abord de la corporation. Le rapport naturel des choses y est relativement moins que partout ailleurs couvert par la forme juridique. Il est incontestable que les droits, qui sont le patrimoine de la personne juridique, profitent aux membres isolés (présents ou futurs) de la corporation. Ce n'est point là un effet accidentel (action réflexe), c'est le but même du rapport. Les membres isolés sont les véritables destinataires de la personne juridique. Des considérations pratiques (I, 51) veulent, il est vrai, que les intérêts communs soient poursuivis, non point par les membres isolés, mais par l'ensemble de ces membres, représenté par une unité personnelle artificielle. Certainement c'est s'écarter de la forme ordinaire du droit privé qui proclame qu'à tout droit portionnaire correspond une action portionnaire, mais il faut toute l'exagération

personnalité juridique et justifie l'existence de celle-ci par « *Des considérations pratiques*²³¹⁶ ». En disant que « *Les membres isolés sont les véritables destinataires de la personne juridique* », JHERING, implicitement, pose le principe que la « vraie personne » du droit, c'est l'être humain. Dire que seul l'être humain est réellement titulaire de droit comme le dit JHERING, cela revient à affirmer que seul un être humain doté de la personnalité physique peut être titulaire de droits subjectifs. Et nous le pensons également. Si on considère le droit subjectif comme un droit égoïste alors seul un être humain personne physique peut en être titulaire car toute personnalité morale, qu'elle soit de droit privé ou de droit public, est construite sur un mécanisme de pouvoir/représentation. Or la conceptualisation de la notion de pouvoir par Emmanuel GAILLARD dans sa thèse (et par d'autres) aboutit à constater que le pouvoir est toujours finalisé, c'est-à-dire que le titulaire de la prérogative juridique, dénommée pouvoir, agit toujours dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien et par conséquent, le titulaire d'un pouvoir ne dispose pas d'une liberté identique à celle d'un titulaire d'un pur droit subjectif. Or un droit subjectif/ égoïste est un droit qui nécessite une volonté, donc la liberté de celui qui en est le titulaire. Mais réduire le droit à la volonté et à la liberté, c'est exclure de la personnalité juridique les êtres humains non capables d'avoir, pour une raison ou une autre, une volonté juridique viable. D'où le recours à la notion d'intérêt appréciée à différents niveaux. Intérêt et volonté sont confondus pour la personne physique « normale », c'est-à-dire capable juridiquement, dissociés en cas d'incapacité : tout être humain est propriétaire d'un patrimoine dans une démocratie libérale et dispose d'un intérêt juridique inaliénable. En revanche, tout propriétaire d'un patrimoine humain n'est pas

que nous avons tant reprochée à la théorie de la volonté (note 494), pour se méprendre sur le sens réel et sur le but du rapport qui se cache sous cette forme juridique et pour refuser tout droit quelconque aux membres isolés de la corporation de jouir; elle n'a ni intérêts ni buts. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant-droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant-droit, est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence : le sujet apparent du droit cache le véritable. Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit, que l'homme seul est le destinataire des droits (note 499), l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personnification. On commence, dans les servitudes prédiales par élever des fonds au rang de personnes et l'on finit par décerner les mêmes honneurs aux titres au porteur.

Non! Les véritables sujets du droit, ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés; celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur. Cette forme est sans importance aucune pour les relations juridiques des membres entre eux. Les droits de chacun d'eux contre les autres restent entiers, même quant à la forme. Chacun peut poursuivre par voie d'action les droits qui lui sont acquis en vertu des statuts et qu'on tenterait de lui contester ou de lui enlever à la suite d'une délibération irrégulière de la majorité (^-^). Si la nature même du rapport qui lie entre eux les membres d'une corporation, leur interdit de disposer individuellement du fonds commun, si les délibérations de la majorité, prises conformément aux statuts, engagent la volonté de tous, les droits individuels des associés s'écartent bien, même au fond, du type des droits ordinaires, mais ils n'en restent pas moins des droits. Pour le contester, il faudrait apporter la preuve que nous avons fait erreur en définissant les droits : des intérêts juridiquement protégés, ou (les intérêts se protégeant eux-mêmes) ».

²³¹⁶ JHERING, *ibid.*

forcément titulaire de ce dernier. En substituant l'intérêt à la volonté pour expliquer le droit positif, la doctrine a en réalité pris en compte des raisons humanitaires, afin d'inclure la personne physique incapable.

Par essence, le droit postule une volonté libre et il a bien souvent pour fondement la défense de cette liberté²³¹⁷. Cependant la liberté n'est jamais absolue pour la personne rattachée à l'ordre juridique mais la finalité du droit n'est-elle pas de lui conférer une irréductible liberté ? La théorie du droit subjectif, celle du droit de propriété ne sont-elles pas là pour reconnaître une irréductible liberté vis-à-vis des autres et vis-à-vis de l'Etat, opposable, sauf abus, dans presque toutes les circonstances ? La personnalité accordée désormais à tout être humain n'est-elle pas une irréductible liberté conférée par l'ordre juridique (Etat) ? « *Sois une personne et respecte les autres en tant que personnes* » n'est-il pas le soubassement de tout ordre juridique moderne et cohérent²³¹⁸ ? Les droits subjectifs ont pour fondement la liberté. Ils « *sont abandonnés par le droit objectif au libre arbitre des individus qui en disposent à leur gré, les autres (les pouvoirs) n'étant accordés à leur titulaire que pour servir un intérêt déterminé*²³¹⁹ ».

Suivant cette définition d'Emmanuel GAILLARD, l'action au nom d'une personne morale de droit public et/ou de droit privé n'est jamais libre donc elle n'est pas un droit subjectif au sens strict du terme. Il s'agit d'une prérogative qui peut être de droit public (prérogative de puissance publique) ou de droit privé (pouvoir privé issu d'un consentement préalable). Il nous semble que JHERING sans l'exprimer d'une manière aussi précise, veut signifier cela : [La personne juridique] « *ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant-droit*²³²⁰ ». Plus précisément, JHERING, par cette phrase a l'intuition que celui qui exerce une prérogative au nom d'une personne juridique ou morale n'est pas dans la même situation que celui qui exerce une prérogative pour lui-même. Or Emmanuel GAILLARD explique très précisément la différence. Le titulaire d'un pouvoir dispose d'une prérogative finalisée alors que « *le titulaire d'un droit subjectif est libre d'en user à sa guise et aussi bien d'en faire un usage égoïste que d'en faire profiter autrui. Ce type de prérogative n'emporte donc pas, par nature, la*

²³¹⁷ G.W.F. HEGEL, Principe de philosophie du droit : « Le domaine du droit est spirituel en général ; sur ce terrain, sa base propre, son point de départ sont la volonté qui est libre ; si bien que la liberté constitue sa substance et sa destination et que le système du droit est l'empire de la liberté réalisée, le monde de l'esprit produit comme seconde nature à partir de lui-même » cité par P. RICOEUR, Encyclopædia Universalis France, entrée LIBERTE

²³¹⁸ G.W.F. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Puf quadrige grands textes, p.147, §36 : « la personnalité contient de manière générale la capacité juridique et constitue le concept et l'assise, elle-même abstraite, du droit abstrait et par conséquent formel. La prescription du droit est par conséquent : sois une personne et respecte les autres en tant que personnes ».

²³¹⁹ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » Economica, préface G. CORNU 1985, p.44

²³²⁰ JHERING, ibid. t.4, p.310-312

*justification du contrôle de son usage*²³²¹ ». La différence donc entre une prérogative finalisée (un pouvoir) et une prérogative non finalisée (pur droit subjectif) est donc un degré de liberté supplémentaire. La prérogative issue d'un droit subjectif n'a pas de finalité propre. « *Aussi la finalité de droits tels que les droits de propriété ou de créance serait de ne pas en avoir*²³²² ». Emmanuel GAILLARD confirme techniquement les profondes intuitions de JHERING. La prérogative exercée par le représentant d'une personne morale quelle qu'elle soit est toujours, dans un ordre juridique, finalisée et est toujours susceptible d'être contrôlée alors que la prérogative non finalisée est libre (sous réserve d'abus de droit par exemple). Par exemple, une société anonyme dispose d'une très importante créance à l'encontre d'une personne. Un individu physique possède la même créance contre la même personne. Le particulier peut très bien renoncer à cette créance par altruisme ou pour un autre intérêt alors que le dirigeant social d'une SA n'aurait pas le droit de renoncer à cette créance sauf si ce renoncement est conforme à l'intérêt social. Tous les actes passés au nom d'une société- personne morale sont susceptibles d'être remis en cause au nom de l'intérêt social (notamment en droit des sociétés, en droit pénal, en droit fiscal). En droit fiscal, un acte sans contrepartie est même présumé être non conforme à l'intérêt de la société. Rien de tel pour une personne physique²³²³. La personne physique dispose d'une liberté, dans les ordres juridiques de type démocratie libérale, d'utiliser ses droits et ses biens dans un intérêt fixé par elle-même. A condition qu'elle soit capable juridiquement. Le droit français reconnaît une liberté à chaque être humain et le dote d'une personnalité physique et donc d'un patrimoine. La liberté juridique conférée par l'ordre juridique français ne peut être définie que négativement.

Critique de la personnalité morale chez les auteurs francophones du vingtième siècle

DEMOGUE, PLANIOL, puis des auteurs plus récents comme René DAVID, Bruno OPPETIT ont également critiqué l'analogie faite entre personne morale et personne physique.

Chez DEMOGUE, on retrouve l'idée que la personnalité morale ne fait que « *dissimuler les droits des diverses personnes physiques destinataires des biens personnifiés, droits qui sont possédés collectivement*²³²⁴ ». DEMOGUE évoque un « être imaginaire » pour désigner la personnalité morale et se réfère à l'idée que ce sont les associés les véritables propriétaires

²³²¹ E. GAILLARD, le pouvoir, op.cit. p.30, n°33

²³²² E. GAILLARD, le pouvoir, op.cit p.30, n°33

²³²³ Sur le terrain du droit fiscal, l'abandon d'une forte créance pourrait donner lieu à une imposition pour donation indirecte mais ce n'est pas l'opportunité de l'acte qui est jugée mais le fait d'avoir éludé l'impôt.

²³²⁴ R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, 1911 p.352 et s.

des biens sociaux²³²⁵. Ni le droit des contrats, ni le droit des biens de la fin du XIX^e siècle, début XX^e siècle, n'ont été capables de digérer le phénomène de propriété collective induit par la création d'une société civile ou commerciale. Mais de nombreux auteurs de l'époque n'ont pas été dupes pour autant de la notion de personnalité morale. « *La personnalité morale que personne ne nie, n'est qu'un but moyen, elle n'existe pas pour elle, mais pour des hommes. Il est cependant commode d'en admettre l'existence*²³²⁶ ». Et DEMOGUE de faire une distinction dans le même ouvrage entre le sujet de jouissance et le sujet de disposition : le Droit objectif peut reconnaître la personnalité juridique à toute entité (être humain, idées, choses) mais le sujet de droit agissant, le « *sujet de jouissance-disposition* » ne peut être recruté que parmi « *l'humanité raisonnable*²³²⁷ ». DEMOGUE reprend sans vraiment l'expliquer le critère que fera ensuite KELSEN. S'obliger personnellement nécessite la liberté de pouvoir le faire notamment quand on met sa force de travail au profit d'autrui. Or aujourd'hui, seul un être humain peut s'obliger directement, librement. Le droit subjectif est inhérent à l'être humain doué de discernement. Justement Jean DABIN a proposé la distinction de la maîtrise de la jouissance pour les cas de dissociation entre volonté et intérêt (personnes incapables). En réalité, l'attribution automatique de la personnalité à un être humain se justifie par un postulat « humanitaire » qu'il faut assumer et qui dérive sûrement du principe d'égalité juridique issu du christianisme.

On retrouve également chez PLANIOL une critique de la personnalité morale avec une attaque plus frontale de cette notion. La personnalité morale est définie comme : « *l'attribution de droits et d'obligations à des sujets autres que les êtres humains. Ces sujets de droit sont appelés personnes morales, personnes civiles, personnes juridiques, ou encore personnes fictives*²³²⁸... ». Mais à cette définition consensuelle du traité pratique, Planiol propose une explication de ce qu'est la personnalité morale : un simple mythe qui déguise une propriété collective²³²⁹. Or la propriété collective est un « *état particulier de la propriété, qui a en lui-même sa fin et sa raison d'être...* ». PLANIOL conteste donc les usages de personne fictive car

²³²⁵ R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, 1911, p.240 : « c'est ainsi que certains biens étant mis en commun pour former une société, au lieu de dire qu'ils appartiennent aux associés, on les déclare la propriété d'un être imaginaire appelé personne morale »

²³²⁶ R. DEMOGUE, les notions fondamentales du droit...

²³²⁷R. DEMOGUE, les notions fondamentales, p.331 : mais si le sujet de jouissance est susceptible d'une conception si large, le sujet de disposition, d'exercice est infiniment plus limité, puisqu'il ne peut comprendre que les personnes aptes à faire raisonnablement des actes juridiques... Il se renferme dans le cercle des personnes appartenant à l'humanité raisonnable.

²³²⁸ M.PLANIOL, G. RIPERT, R. SAVATIER Traité pratique de droit civil français, T. 1 les personnes, p.71 et s. n°67 et s.

²³²⁹ M. PLANIOL, G. RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil », t.1, LGDJ, 12^e Paris 1932, p.1046 et s., n°3005 et s.

trop simplificatrice de la réalité²³³⁰ et par le terme de personnalité civile²³³¹, inspirée des allemands, « *il faut entendre l'existence de biens collectifs à l'état de masses distinctes possédées par des groupes d'hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle*²³³² ». Pour PLANIOL, il s'agit d'une seconde forme de propriété entre la propriété purement individuelle et la propriété collective publique (c'est-à-dire la propriété étatique), et selon lui, il existerait une propriété collective de type privé. Il est donc nécessaire « *de remplacer le mythe de la personnalité par une notion positive, et celle-ci ne peut être que la propriété collective.* » Puis PLANIOL reprend la critique de JHERING vue précédemment et l'amplifie : le seul véritable sujet de droit ne peut être que l'homme seul, l'être humain²³³³, une personne morale n'est jamais l'ayant droit des droits qu'elle détient, ceux-ci ont une finalité²³³⁴. PLANIOL écrit en note de bas-page « *IHERING veut dire que la personne fictive n'est pas le véritable titulaire des droits : elle n'est qu'un procédé de gestion, et les biens qu'on lui attribue dans la théorie traditionnelle, en vivifiant cette fiction, appartiennent en réalité aux individus dont elle est la formule abrégée, la représentation condensée* »²³³⁵. Par l'expression procédé de gestion, PLANIOL vise juste, il vise le cœur du problème. La personne morale est une affaire de gestion de biens qui sont appropriés séparément des patrimoines de personnes physiques car les biens sont communs, c'est-à-dire qu'ils sont objectivement appropriés par plusieurs personnes mais pour des raisons pratiques²³³⁶, on fait comme s'il y avait un propriétaire unique, la personne morale²³³⁷. BERTHELEMY fait d'ailleurs une analogie avec l'Etat, l'Etat n'existerait pas non plus, c'est également une propriété collective spéciale et sophistiquée entre des millions de français²³³⁸. L'ordre juridique peut faire du cheval de

²³³⁰ M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, 3^e édit. Tome 1, 1904, p.982, n°3017

²³³¹ Attention aujourd'hui, certains auteurs entendent les termes de personnalité civile et juridique comme étant synonymes de personnalité tout court. Il se peut que notre écriture fasse de même mais il ne faut pas perdre de vue que pour les auteurs anciens et même pour Kelsen, personnalité juridique et personnalité civile sont uniquement synonymes de personnalité morale et ne peuvent être employés pour une personne physique.

²³³² M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, 3^e édit. Tome 1, 1904, 1904, p.982, n°3017

²³³³ PLANIOL, RIPERT, Traité pratique p.1046 et s. n°3005 et s.

²³³⁴ JHERING, esprit du droit romain T.IV op.cit., cité par PLANIOL, RIPERT, Traité pratique p.1052 et s. n°3018 : La personne juridique comme telle est incapable de jouir ; elle n'a ni intérêts ni but. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe de droit. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence : le sujet apparent du droit cache le véritable. Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit que l'homme seul est le destinataire des droits, l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personnification

²³³⁵ M. PLANIOL, G. RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil », t.1, LGDJ, 12e Paris 1932, p.1052, n°3018

²³³⁶ H. BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1910, p.26 « la fiction ainsi comprise, n'apparaît plus que comme un procédé permettant d'expliquer plus simplement le fonctionnement des règles de droit dans cette situation particulière »

²³³⁷ H. BERTHELEMY, ibid. p.26 « les choses se passeront...comme si nous formions une seule personne, la personne morale »

²³³⁸ Ibid. « Les français sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits, ils ont, à eux tous, un patrimoine collectif qui n'est pas plus à la disposition de chacun d'eux que les biens d'une société de commerce n'appartiennent à chaque associé pris individuellement »

CALIGULA une personne juridique, cela ne signifie pas pour autant que ce dernier soit une personne véritable²³³⁹.

La critique de KELSEN de la personnalité morale

Pour Hans KELSEN, la norme juridique s'adresse toujours à l'entendement humain²³⁴⁰, une dette ne peut être exécutée *in fine* que par une activité humaine ; seul l'être humain est le véritable débiteur d'une obligation. C'est pour cette raison, par exemple, que KELSEN explique que la condamnation des animaux révèle une pensée animiste car on impute à l'animal une « âme »²³⁴¹. Si pour KELSEN la notion même de sujet de droit ne lui semble pas indispensable en raison de son prisme à voir l'ordre juridique (droit objectif/Etat) comme étant antérieur à l'individu, la notion de personne morale lui paraît encore plus fictive et semble être un travestissement de la réalité : la personne morale est une « hypostase²³⁴². ». Pour KELSEN, la personnalité morale est l'habilitation d'un organe à agir au nom d'une collectivité donnée. Cette habilitation découle des statuts de la personne morale (l'acte fondateur), c'est-à-dire qu'une personne désignée organe va agir pour le compte de la personnalité morale : l'acte réalisé par l'organe de la personnalité juridique va être imputé à celle-ci. Les obligations pécuniaires prises par un organe seront exécutées, non sur le patrimoine de l'organe « *mais sur un patrimoine que l'on qualifie généralement de patrimoine de la corporation, comme nous le verrons, et que, si l'on ne recourt pas à cette attribution, on peut du moins considérer comme un patrimoine commun (collectif) des membres de la corporation*²³⁴³ ». Dans un ouvrage un peu moins connu que la théorie pure du droit, KELSEN va plus loin : pour le maître de Vienne, la corporation (ou personnalité juridique ou personne morale) n'est pas un être suprahumain comme les théories de la réalité ou de la fiction le laissent entendre²³⁴⁴. Ces différentes théories sont en gestation au moment où KELSEN écrit (celles de MICHOUUD par exemple sont balayées par KELSEN comme étant une forme d'animisme²³⁴⁵). Il explique

²³³⁹ H. BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1910p.24 « Quand CALIGULA élevait son cheval à la dignité de Sénateur romain, il feignait que ce cheval fût un homme. Dira-t-on qu'il n'y avait pas de fiction avant que CALIGULA en eût fait un sénateur ? » ; S. GOYARD-FABRE : Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme p. 7 et s. p.8 :

²³⁴⁰ H. KELSEN, Théorie générale de du droit et de l'Etat, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997 p.148 : « Les obligations et les droits ne peuvent être attribués qu'aux seuls êtres humains, puisque seule la conduite des êtres humains forme le contenu des normes juridiques.

²³⁴¹ H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. C/ EISENMANN, édit. Bruylant L.G.D.J. reprint 1999 p.40

²³⁴² H. KELSEN, *ibid.* p.178

²³⁴³ H. KELSEN, *ibid.* p.184

²³⁴⁴ H. KELSEN, Théorie générale de du droit et de l'Etat, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997 p.160

²³⁴⁵ H. KELSEN, Théorie générale du droit et de l'Etat, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997p.160 : « L'idée que les corporations sont des êtres réels doués d'une volonté réelle rejoint les croyances animistes, qui incitèrent l'homme primitif à attribuer une « âme » aux choses de la nature. A l'instar de l'animisme, cette théorie juridique dédouble son objet. L'ordre qui régit la conduite humaine est personnifié, cette personnification étant ensuite considérée comme une entité distincte des individus quoique

ailleurs dans cet ouvrage que l'organe de la personne morale, l'individu qui la représente, agit en réalité pour le compte de l'ensemble des membres²³⁴⁶ : « *Lorsque nous disons que la corporation, en sa qualité de personne juridique, est partie à des actes juridiques, passe des contrats, intente des procès etc., qu'en sa qualité de personne juridique lui impose des obligations et l'investit de droits, nous formulons des énoncés qui ne sont manifestement que des images. On ne saurait sérieusement contester que toute action ou abstention est uniquement le fait d'un être humain*²³⁴⁷ ». L'imputation de l'acte d'un individu ou d'un groupe d'individus désignés comme étant les « organes » de la corporation, est une technique qui permet d'imputer cet acte à l'ensemble des membres du groupe²³⁴⁸. La personnification de la collectivité est donc une image pour reprendre les mots de KELSEN mais n'est en aucun cas une sorte de réalité qui existerait indépendamment de ses membres. Une SAS à 10 associés avec un président pris parmi les associés n'est pas composée de onze personnes. Seulement, cette collectivité est réunie par contrat, qui est l'acte fondateur du groupement²³⁴⁹.

En revanche, on peut reprocher à KELSEN de ne pas être assez disert sur l'aspect organisation de la corporation et sur le fait que cette corporation personnifiée conduit néanmoins à un effet réel des contrats. Même à l'époque où KELSEN écrivait (en droit français, ou allemand, ou anglais etc.) le simple associé d'une société commerciale, de capitaux n'avait plus un droit direct sur les biens mais un droit sur l'enveloppe, c'est-à-dire l'universalité. La corporation (personne morale) n'est que la personnification de l'intérêt collectif généré par la mise en commun par un contrat associatif/ organisation/ alliance/ concentration.

La critique de la personnalité morale dans la doctrine française à partir des années cinquante

La personnalité morale serait titulaire de droits subjectifs²³⁵⁰. Pour nous, cette assertion est fautive car le droit subjectif véritable, au sens strict du terme, est une prérogative à finalité

mystérieusement « constituée » de ces individus. Les droits et obligations prévus par l'ordre sont alors attribués à un être supra-humain ; un être supra-humain composé d'êtres humains. L'ordre est donc hypostasié : il devient substance, cette substance étant considérée comme une chose à part entière, un être distinct de l'ordre et des êtres humains dont la conduite est régie par l'ordre ».

²³⁴⁶ H. KELSEN, *Théorie générale de du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997 p.151 : « La corporation en tant que communauté ne manifeste son existence qu'au travers des actions accomplies par des êtres humains, par des individus qui sont ses organes. »

²³⁴⁷ H. KELSEN, *Théorie générale de du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997 p.149 :

²³⁴⁸ H. KELSEN, *Théorie générale de du droit et de l'Etat*, trad. B. LAROCHE et V. FAURE édit. Bruylant L.G.D.J. 1997p.151 : « Cette forme d'imputation à l'ordre nous permet de décrire la communauté comme une personne agissante. L'imputation à la communauté suppose une personnification de l'ordre pris comme une unité »

²³⁴⁹ G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, In, *Mélanges OPPETIT*, LexisNexis 2009 p.689 et s.

²³⁵⁰ M. STORCK, « *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques* », préf. D. HUET-WEILLER, LGDJ 1982. p.211

égoïste, qui n'a pas de fin prédéterminée. Or cet usage libre d'une prérogative nécessite que l'auteur d'un droit subjectif soit juridiquement libre, ce qui n'est jamais le cas d'un représentant d'une personne morale car la prérogative qu'il détient est toujours finalisée, c'est un pouvoir. Or le titulaire du pouvoir peut être libre quant aux moyens de l'exercer mais pas en ce qui concerne la finalité du pouvoir. Si on admet ce qui vient d'être écrit, alors il faut en déduire que la personnalité morale n'est pas un véritable sujet de droit, identique à la capacité d'une personne physique, mais une commodité de l'ordre juridique.

Paul DURAND dans une note célèbre conteste l'assimilation entre personne physique et personne morale. La théorie qui voit la personne morale comme un être totalement distinct des personnes physiques qui l'avaient constituée est fautive selon lui²³⁵¹. La personne morale n'est pas un sujet de droit analogue à une personne physique ni titulaire des mêmes droits et obligations. Il avance de multiples arguments dont l'inexistence de liens familiaux (tout le droit de la famille²³⁵²), ou sur la capacité²³⁵³ : « *Pour les êtres physiques, la capacité est la traduction du principe politique, selon lequel toutes les personnes humaines sont égales et libres* ». L'incapacité est exceptionnelle pour une personne physique. Et Paul DURAND a totalement raison de le souligner : la capacité par principe de l'être humain est peut-être le cœur d'un ordre juridique démocratique et libéral. L'égalité juridique des personnes physiques est certainement le principe matriciel de l'ordre juridique français mais aussi de tout ordre juridique fondé sur la primauté de l'individu qu'on appelle démocratie libérale. La philosophe Hanna ARENDT fait d'ailleurs de la personnalité juridique de l'être humain une notion cardinale, ce sont les dictatures et *a fortiori* les régimes totalitaires qui nient la personnalité juridique de l'être humain. De surcroît, les liens familiaux, qui fondent l'héritage, entérinent cette idée que l'universalité de droit qui appartient à des êtres humains n'est pas seulement une chose. La transmission du patrimoine *causa mortem* à titre gratuit crée des liens statutaires spécifiques où la personne morale de droit privé ne connaît que des liens de propriété et des liens contractuels. La personnalité de l'être humain est hors de portée du contrat, elle est établie statutairement à la différence de la personnalité morale de droit privé qui résulte d'un acte juridique de droit privé.

Pour la personnalité morale, la capacité est limitée à la capacité statutaire. L'article 1145 nouveau du Code civil semble confirmer une différence d'essence entre la personne physique et la personne morale. Paul DURAND reprend ensuite les arguments de l'incapacité d'une personne morale à être débitrice d'une prestation de travail car celle-ci « *exige une force*

²³⁵¹ P. DURAND, L'Évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé in Etudes offertes à G. RIPERT, T.II LGDJ 1950, p.139 et s.

²³⁵² P. DURAND, op.cit. p.142, n°4

²³⁵³ P. DURAND, op.cit. p.145 et s., n°6 et s.

*physique*²³⁵⁴ ». Si on résume, la personne morale ne peut jamais faire, mais seulement « faire faire », et comme la personne morale de droit privé n'a pas de compétence au sens du droit public, elle n'est titulaire d'aucune souveraineté comme peut l'être l'Etat²³⁵⁵, elle ne peut « faire faire » que par le prisme d'un contrat et non par le prisme d'un acte juridique unilatéral contraignant, qui permet d'imposer un lien d'obligation à autrui (l'administré) sans son consentement²³⁵⁶. Marcel WALINE faisait allusion au critère de l'unilatéralité du droit public pour distinguer la personne morale de droit privé de la personne morale de droit public avec le caractère volonté ou contraint de sa création²³⁵⁷, mais sans le nommer de cette façon. Marcel WALINE ne croyait pas non plus à l'existence des personnes morales en tant que telles, c'est-à-dire ayant une réalité distincte des individus qui la composent²³⁵⁸ : il évoque également la fonction de propriété collective de la personnalité morale de droit privé mais qualifie expressément cette fonction²³⁵⁹. Jean FOYER partageait également cet avis, à savoir que la personne morale était une notion excessive car anthropomorphique. Et son usage en droit des sociétés avait évolué. La notion de personnalité morale était commode pour désigner certains effets de droit²³⁶⁰ ». Jean FOYER prenait l'exemple de l'obligation limitée aux dettes sociales dans certaines formes sociales : cette limitation de « responsabilité » de l'associé fut parfois soulevée pour justifier l'existence d'une personnalité morale mais comme l'expliquait cet auteur, l'obligation limitée aux dettes sociales peut s'expliquer par le fait que celui qui ne gère pas le patrimoine social n'a pas à être engagé indéfiniment²³⁶¹.

²³⁵⁴ P. DURAND, op.cit. p.149, n°7

²³⁵⁵ J. CHEVALLIER, l'obligation en droit public, APD 2000, p.181 et s.

²³⁵⁶ J. CHEVALLIER, l'obligation en droit public, APD 2000, p.181 et s.

²³⁵⁷ M. WALINE, Précis de droit administratif, Montchrestien 1969p.209, n°392 « Le critère qui permet de distinguer les personnes morales de droit public des personnes morales de droit privé, paraît être en réalité le caractère volontaire ou au contraire forcé de la participation du groupe représenté par cette personne. » ; R. DAVID, rapport général, p.8

²³⁵⁸ M. WALINE, Droit Administratif, 9e édit. Sirey 1963 p.280, n°452 : « Toutefois, il est difficilement soutenable qu'un groupe ait une existence métaphysique comparable à celle des individus. »

²³⁵⁹ M. WALINE, ibid. p.280-281, n°453 : « Mais qu'est-ce en réalité, qu'octroyer la personnalité morale à un groupement d'hommes ? C'est d'abord constater qu'un certain nombre de personnes physiques se sont reconnu des intérêts communs, que ces intérêts d'autre part leur sont propres, les distinguent du reste des hommes. Et c'est constater qu'en ce qui concerne leurs relations juridiques avec les tiers, il est commode de considérer tous les membres de ce groupe comme formant un groupe indivisible ».

²³⁶⁰ J. FOYER, rapport français in La personnalité morale et ses limites, Etudes de droit comparé et de droit international public, Ouvrage collectif, S. BASTID, R. DAVID, F. LUCHAIRE, J. FOYER, et alii, L.G.D.J. Paris 1960, travaux et recherches [p.113-131] p.118

²³⁶¹ J. FOYER, rapport français in La personnalité morale et ses limites, Etudes de droit comparé et de droit international public, Ouvrage collectif, S. BASTID, R. DAVID, F. LUCHAIRE, J. FOYER, et alii, L.G.D.J. Paris 1960, travaux et recherches [p.113-131] p.126 : la non -obligation des associés aux dettes sociales était regardée autrefois comme la manifestation de la personnalité de la société [...]. L'absence d'obligation s'explique aujourd'hui beaucoup plus logiquement par l'absence de participation à la gestion. »

René DAVID écrira lui aussi que les personnes morales ne sont pas vraiment des personnes mais plus précisément des personnes différentes des individus personnes physiques²³⁶². René DAVID reprend la critique que COULOMBEL avait développée dans sa thèse de 1949 sur le sujet. Le principe d'égalité n'a aucun sens pour les personnes morales car leur capacité est limitée par le principe de spécialité. René DAVID justifie également l'existence d'une différence irréductible entre personne physique et morale par le fait que les personnes morales « ont pour fin dernière le bien de l'être humain²³⁶³ » : la personne morale ne doit pas devenir une finalité en soi mais rester un moyen au service des êtres humains²³⁶⁴. Et René DAVID de reprendre un argument avancé déjà par KELSEN : « *le véritable réalisme, comme l'a reconnu la doctrine des pays socialistes, consiste à se rendre compte que le droit régleme exclusivement des rapports entre les hommes, et que seules les personnes réelles sont par conséquent des personnes physiques*²³⁶⁵. » Monsieur DAVID abonde donc dans le sens de ceux qui pensent que la personnalité morale est un mythe. Ce point de vue est conforme à l'idée kantienne d'impératif pratique, qui consiste à traiter l'homme comme une fin en soi et non comme un moyen²³⁶⁶. La personne morale de droit privé est toujours un moyen, jamais une fin en soi. D'où l'existence d'une différence irréductible perçue par Bruno OPPETIT par exemple.

La thèse de Bruno OPPETIT

Il est important de citer ici la thèse de Bruno OPPETIT. Dans son travail, OPPETIT reprend en première partie titre I les idées de ceux qui croient que la personnalité morale serait un être indépendant et totalement indépendant vis-à-vis de ses membres puis à partir de son Titre II de sa première partie, l'auteur tente de démontrer (avec succès selon nous) que l'indépendance de la personnalité morale par rapport à ses membres est une fable méta-juridique²³⁶⁷. La personnalité morale pour B. OPPETIT relève d'un mythe qui n'a pas été

²³⁶² R. DAVID, rapport général, in Etudes de droit comparé et de droit international public, Ouvrage collectif, S. BASTID, R. DAVID, F. LUCHAIRE, J. FOYER, et alii, L.G.D.J. Paris 1960, travaux et recherches p.5

²³⁶³ R. DAVID, ibid.. p.8

²³⁶⁴ R. DAVID, ibid p.8

²³⁶⁵ R. DAVID, ibid. p.14

²³⁶⁶ V. sur ce point, S. GOYARD-FABRE : Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme p. 7 et s. in Cahiers de philosophie politique et juridique, Sujet de droit et objet de droit, Presse universitaire de Caen, 1992, n°22 p.13

²³⁶⁷ Br. OPPETIT, les rapports des personnes morales et leurs membres p. 266 : « La notion de personnalité morale a été bâtie sur des principes dogmatiques, a prioristes, et faussée par des considérations métajuridiques, qui nous paraissent donc, à ce titre, insusceptibles de permettre une analyse juridique rigoureuse »

V. aussi p.262 (conclusion PARTIE I : « Comment des sujets de droit distincts peuvent-ils être à la fois indépendant et dépendant l'un à l'égard de l'autre dans leurs activités juridiques respectives ? La théorie de la réalité implique l'indépendance totale de la personne morale à l'égard de ses membres », p.262 aussi : « Le principe de la séparation personne morale membres est encore une fois battu en brèche, car les membres s'immiscent dans l'activité de la personne morale »

façonné par le droit, mais par la science du droit, c'est-à-dire par ceux qui « expliquent le droit²³⁶⁸ ». La notion de personnalité morale satisfait un anthropomorphisme originel en nous²³⁶⁹. Il s'agit d'une image, d'un résidu de pensée animiste qui permet d'appréhender une situation inconnue ou complexe par le prisme d'une représentation mentale connue : la personnalité juridique dans notre exemple. Gaston BACHELARD avait déjà constaté ce phénomène dans les sciences dites dures où l'esprit scientifique est souvent précédé par un esprit préscientifique qui a besoin d'images pour se représenter le monde²³⁷⁰. Bruno OPPETIT évoque dans sa thèse l'idée d'une pensée animiste : « *Cette attitude intellectuelle, qui tente d'expliquer l'inconnu par le connu en recourant à des images du monde sensible, permet de comprendre pourquoi de nombreux mythes se caractérisent par leur animisme*²³⁷¹ »

Alors qu'est-ce que la personnalité morale selon Bruno OPPETIT ? L'auteur donne des éléments en fin de thèse sur l'essence de la personnalité morale, il s'agit d'une sorte de propriété collective²³⁷² : la personnalité morale est une technique juridique qui permet d'imputer à un centre d'intérêts collectifs des créances et des obligations²³⁷³ mais avec la réserve que nous avons faite précédemment, la personne morale ne peut pas faire elle-même mais elle doit « faire faire ». Reprenant la critique que faisait HAMEL dans un article célèbre²³⁷⁴, la notion de personnalité morale est en réalité une notion qui relève du droit des biens et des obligations et non du droit des personnes²³⁷⁵.

La critique de Jean CARBONNIER dans « Flexible Droit »

« *Il y a un intérêt supérieur de l'entreprise, une morale d'entreprise, une culture d'entreprise, des entreprises citoyennes : autant de signes d'anthropomorphisme*²³⁷⁶ » et il ajoutait ensuite « *que l'anthropomorphisme appelle irrésistiblement à la personnalité morale*²³⁷⁷ » et « *que la personnalité morale est un anthropomorphisme si bien apprivoisé que nous n'y prenons plus*

²³⁶⁸ Br. OPPETIT, les rapports des personnes morales et leurs membres, p.274 à p.276 ; p.280 : « Le concept de personne morale n'est en lui-même rien d'autres qu'un mode de représentation de la réalité juridique constituée par une forme de vie collective, un moyen d'exposer une réglementation et non une réalité analogue à celle du monde sensible »

²³⁶⁹ Br. OPPETIT, *ibid.* , p.275 qui cite l'article déjà cité de P. DURAND

²³⁷⁰ G. BACHELARD, La formation de l'esprit scientifique, Vrin

²³⁷¹ Br. OPPETIT, les rapports des personnes morales et leurs membres, *op.cit.* p.324

²³⁷² B.OPPETIT, les rapports des personnes morales et leurs membres *op.cit.* p. 454 : « Quant à la situation patrimoniale d'une personne morale, il semble qu'elle doive s'analyser en une propriété collective. Ce n'est pas le groupement, considéré comme une entité distincte, qui est propriétaire du patrimoine social, mais les membres du groupement collectivement. »

²³⁷³ B. OPPETIT, *ibid.* p. 439 : « la personne morale ne représente rien d'autre que le point d'imputation auquel on rattache la propriété, les créances et les obligations d'un groupement »

²³⁷⁴ J. HAMEL, La personnalité morale et ses limites. D. 1949, Chr. P. 141

²³⁷⁵ B. OPPETIT, les rapports des personnes morales et leurs membres, *op.cit.* p.439 et s.

²³⁷⁶ J. CARBONNIER, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, Dalloz, 10^eédit p.368 :

²³⁷⁷ J. CARBONNIER, *ibid.*

*garde. Et c'est dommage, car nous verrions mieux qu'il nous a ensorcelés*²³⁷⁸ ». Cette analyse est assez classique et reprend celle des auteurs précédents. Les principes philosophiques sur lesquels est construit notre ordre juridique font que l'atome d'une démocratie libérale, c'est l'individu. Les droits fondamentaux reconnus dans la DDHC de 1789 puis confirmés ensuite au niveau d'ordres juridiques supra-nationaux font que la matrice de l'ordre juridique, c'est l'individu. Un individu relativement autonome, libre. Et le principe de liberté en droit privé se réalise par la libre propriété privée visée à l'article 537 du code civil et par le principe de liberté contractuelle devenue explicite avec la réforme. En réalité, en amont de ces deux principes, on trouve la faculté d'appropriation liée à la notion de patrimoine ou ce que MM. ZENATI/REVEZ dénomment le pouvoir fondamental de propriété. Et ce pouvoir fondamental de propriété n'est que la traduction d'un principe kantien où l'être humain ne peut être réduit à un moyen mais est toujours une fin. C'est pour cette raison que même l'homme sans le moindre bien, criblé de dettes demeure titulaire d'un patrimoine à vie, à l'inverse d'une personne morale de droit privé qui sera liquidée si celle-ci n'est pas secourue par des apporteurs de capitaux, elle sera éliminée du commerce juridique et perdra sa personnalité par le biais du droit des entreprises en difficulté.

Différence irréductible entre personnalité physique et morale : la disparition de la personnalité

Un système juridique ne peut refuser la personnalité juridique à l'être humain²³⁷⁹. Et cette personnalité s'acquiert dès la naissance. Pour la société, c'est l'immatriculation de celle-ci qui détermine l'acquisition de la personnalité²³⁸⁰. En revanche, la fin de la personnalité physique est corrélée à l'existence biologique de l'être humain. Avec l'abolition de l'esclavage dans les colonies en 1848, la disparition de la mort civile en 1854 et de surcroît l'abolition de la peine de mort par la loi Badinter en 1981, l'ordre juridique français ne peut supprimer directement ou indirectement la personnalité juridique de l'être humain. La théorie des droits fondamentaux qui existe dans différentes normes supranationales confirme le caractère sacré de la personnalité physique et même si la Convention EDH reconnaît la possibilité à un Etat de recourir à la peine capitale, celle-ci est étroitement encadrée et bornée par l'exigence d'une procédure stricte et préalable.

Pour la personnalité morale de droit privé, rien de tout cela. Il existe énormément de causes qui peuvent aboutir à sa « destruction ». Les nombreuses causes de dissolution de la société

²³⁷⁸ J. CARBONNIER, Flexible droit, Dalloz, op.cit. 10^e édition p.368

²³⁷⁹ J. DABIN, Le droit subjectif, Bibliothèque DALLOZ, 1952 réédit. 2007, p.115 : « refuser à l'homme le titre de sujet de droit, ce serait le nier dans la nature de personne humaine, la personne humaine ne pouvant vivre, dans la vie sociale, n'étant même pas concevable sans droit ».

²³⁸⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29^e édition. LexisNexis 2016, 29^e édition., p.103, n°216

ont pour effet in fine d'aboutir à la destruction de la personnalité morale²³⁸¹. Car si la personnalité morale de la société est sauvegardée pour les besoins de la liquidation, elle est ensuite perdue avec l'avis de clôture de la liquidation publié dans un journal d'annonces légales (C.com, R.237-8).

Parmi les causes de la dissolution de la société, il y a l'arrivée du terme, l'annulation du contrat de société sur l'article 1844-7 al.2, la dissolution judiciaire pour justes motifs pour différentes raisons (inexécution des obligations de l'associé, mésentente par une transmission universelle de patrimoine (qui résulterait d'une fusion ou de la réunion en une seule main de tous les titres sociaux) etc. Il existe donc de nombreuses causes de dissolution de la société aboutissant in fine à la fin de la personnalité morale.

En résumé, la personnalité morale est extrêmement fragile car sa «vie» dépend de nombreuses volontés dont principalement celles des associés mais aussi de l'Etat : la volonté publique exprimée à travers le juge étatique peut dans de nombreuses occurrences prendre des décisions qui aboutissent directement ou indirectement à supprimer la personnalité juridique de la société. Cette personnalité n'est pas du tout sacrée et peut être perdue dans de nombreuses occurrences contrairement à celle d'une personnalité physique où l'ordre juridique français actuel s'interdit toute atteinte à celle-ci. On est loin de l'époque romaine où le débiteur pouvait perdre sa liberté/sa vie pour une dette... on peut ajouter également qu'il n'existe pas de droit à la vie d'une personne morale, ni de droit de succession²³⁸². La personne morale n'a pas de famille, les métaphores société mère- société filles sont justes des métaphores pour mettre en exergue les liens capitalistiques entre différentes sociétés.

Résumé du §1

Si on est effectivement d'accord avec les griefs rapportés et émis à l'encontre des personnalités morales, et que ces dernières n'ont évidemment pas la nature d'une personne physique, on aimerait néanmoins apporter une précision : OPPETIT inspiré par KELSEN écrit que « *la personne juridique n'est pas plus un surhomme que la personne physique n'est un homme*²³⁸³ », c'est-à-dire que la personnalité juridique (la personnalité morale) ne serait pas plus artificielle que n'est la personnalité physique, elles seraient toutes les deux des « construits » de la science du droit pour décrire le droit en tant qu'objet d'un savoir qui se veut scientifique. Pour nous, c'est à la fois exact et faux. La personnalité physique n'est pas

²³⁸¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e edit. LexisNexis 2016, p.28, n°611

²³⁸² Henri, Léon et Jean MAZEAUD, T.1, Leçons de droit civil, 2e édit. p.622, n°619 : « La personne morale n'a ni famille, ni héritiers ; la dévolution de ses biens, quand elle disparaît, est donc sans rapport avec celle des êtres physiques »

²³⁸³B. OPPETIT, thèse, op.cit. p. 444

naturelle mais elle est nécessaire dans une démocratie libérale. C'est la condition *sine qua non* d'un ordre juridique fondé sur la liberté, la démocratie et le principe kantien de dignité. Dans le temps et dans l'espace, il y a bien eu des ordres juridiques où des êtres humains furent réduits en esclavage ou avec une personnalité juridique amoindrie comme le serf mais de tels ordres juridiques ne respectent pas la nécessaire corrélation entre être humain et personne physique qui est inhérente à toute démocratie libérale et au-delà. Cette corrélation entre personne humaine et personne physique qui dépasse l'ordre juridique français et qui est inscrite en filigrane dans différents traités de droits internationaux, véhiculée avec la théorie des droits de l'homme et des droits fondamentaux, constitue un principe matriciel fondamental : c'est un postulat qui remonte à l'individualisation du droit en Occident depuis la fin du Moyen Âge. Or la notion de droit subjectif est corrélée à l'individu personne physique²³⁸⁴. Seuls les individus en tant qu'êtres humains sont des vraies personnes et les droits subjectifs sont par essence rattachés à des personnes physiques. Il s'agit d'un postulat, postulat nécessaire à une démocratie libérale. A partir du moment où l'ordre juridique reconnaît explicitement des libertés fondamentales, il reconnaît l'individu comme fondement de la société et surtout, l'ordre juridique reconnaît que l'individu est prioritaire sur le groupe²³⁸⁵. La notion de droit subjectif est simplement la traduction juridique de ces principes philosophiques et politiques. Il n'y a pas de liberté pour l'être humain s'il ne peut pas être propriétaire (*lato sensu*) a minima de son activité personnelle (notion plus large que la force de travail). La théorie d'AUBRY et RAU malgré ses imperfections doit être comprise avec le prisme que la capacité patrimoniale est corrélée à l'individu personne physique. La personne morale de droit privé dispose effectivement d'une autonomie patrimoniale qui n'est que déléguée²³⁸⁶. Le pouvoir en son sein est un pouvoir issu d'un contrat, d'un consentement alors que la personnalité d'un être humain est hors de portée de la volonté car elle est une attribution statutaire de l'Etat de droit. Et aucun gouvernant ne pourrait modifier cette corrélation sans modifier substantiellement la nature de l'ordre juridique, nature garantie par les normes constitutionnelles et supra-européennes.

²³⁸⁴ Comp. Avec OPPETIT thèse citée par G. WICKER, la théorie de la pers...op.cit. p.693, n°8 : « « Dans un système fondé sur la prééminence de l'individu ,dont l'expression réside dans la notion de droit subjectif, la doctrine a dû placer la personne morale sur le même plan que la personne physique, pour lui permettre de jouir de la même autonomie... »

²³⁸⁵ J. RIVERO, Les libertés publiques, T.1, Les droits de l'homme, Puf p.115 : Emergence du droit des groupes. « La finalité individualiste de la société n'est donc pas remise en cause par les droits du groupe. En cas de conflit entre droits du groupe et droits de l'individu, ceux-ci l'emportent. La règle est essentielle : le groupe, en effet, est le plus souvent animé d'une volonté de puissance qui peut menacer la liberté de ses adhérents, et même de ceux qui lui refusent leur adhésion. De ce point de vue, la défiance des libéraux de 1789 à son égard n'était pas entièrement erronée. D'où la nécessité de le maintenir à sa place dans la hiérarchie des valeurs. »

²³⁸⁶ J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, Puf, 1e édit. 2011 p.87

Et Bruno OPPETIT d'expliquer qu'il faut distinguer la notion de personne de celle de sujet de droit. Le sujet de droit est celui qui est titulaire de droits subjectifs²³⁸⁷. Et la personnalité morale serait capable d'être titulaire de droits subjectifs. Et là, nous avons un désaccord car une personnalité morale n'est jamais titulaire en soi d'un droit subjectif. Ce problème qui relève de la théorie du droit est peut-être le nœud gordien de la question de la personne morale. Un droit subjectif n'existe pas en soi ; il est toujours un lien entre une personne-sujet de droit et l'objet d'un droit. Or le sujet d'un droit subjectif est selon nous et pour les raisons déjà évoquées uniquement un être humain. La propriété privée est le véhicule juridique qui permet de traduire le principe de liberté individuelle. L'acte juridique de droit privé, dont principalement le contrat, permet de mettre en œuvre le droit de propriété : le contrat, c'est la « propriété en mouvement », qui permet de faire vivre la propriété privée latente, de la mettre en marche. Or chaque acte juridique de droit privé permet de l'accomplir. Or l'organe qui agit pour le compte d'une personne morale, le salarié qui encaisse un paiement dans un magasin, n'agissent que parce qu'ils sont investis d'un pouvoir et non d'un droit subjectif. Oui mais la personne morale, elle, aurait un droit subjectif ? Notre réponse est non. Une personne morale ne peut pas, par essence, être le véritable titulaire d'un droit subjectif. Certes, on fait comme si c'était le cas mais seul un être humain personne physique capable juridiquement peut être titulaire d'un droit subjectif car la titularité d'un droit subjectif nécessite la volonté d'agir pour son propre intérêt : seul un être humain capable est à la fois propriétaire de son patrimoine et titulaire de la gestion de ce dernier. Certes il existe des occurrences où une personne physique qui est propriétaire d'un patrimoine ne le gère pas car le droit estime qu'elle ne peut pas le faire. Mais elle n'en demeure pas moins propriétaire de son patrimoine. Alors que la propriété d'une personne morale de droit privé est en réalité une allégorie d'une propriété privée collective ou désormais d'un éventuel patrimoine affecté depuis 1985, le représentant d'une personne morale de droit privé n'agit jamais totalement pour son propre intérêt, qui serait l'intérêt de son patrimoine propre, mais pour un intérêt collectif quand la société est pluripersonnelle : le représentant dispose d'une prérogative finalisée qui est stricto-sensu incompatible avec la notion de droit subjectif.

Par exemple, dans une société personnifiée pluripersonnelle, quand on dit que la société est propriétaire, c'est en réalité la communauté organisée des associés qui est propriétaire et qui s'est trouvé un représentant. Mais ni les associés *ut universi*, ni le dirigeant n'ont un droit subjectif, ils n'ont que des pouvoirs de différentes natures. Et ces pouvoirs sont issus du pacte social, qui est un contrat qui organise une propriété privée collective.

²³⁸⁷ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et, p.695, n°11

La personnalité morale n'est donc qu'une personne par métaphore pour reprendre l'expression des professeurs DIDIER²³⁸⁸, métaphore utile, qui se retrouve dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux. Mais en réalité cette notion didactique dissimule son essence. Et c'est à cause de cette dissimulation, de ce problème de conceptualisation de ce qu'est une société personnifiée que les notions connexes sont également mal saisies : la relation du dirigeant social avec son entreprise et par conséquent, la qualification de rémunération est aussi altérée.

§2 Proposition de ce qu'est réellement une personnalité morale de droit privé

Le problème de qualification de la rémunération du dirigeant et la réticence d'une partie de la doctrine à considérer le mandat social comme un contrat provient en amont d'un problème de conceptualisation de la personnalité morale. L'anthropomorphisme demeure extrêmement présent que cela soit en doctrine ou en droit positif. Le droit pénal fait par exemple de la personne morale un auteur potentiel d'une infraction presque similaire à celle d'une personne physique, l'article premier du protocole additionnel de la convention européenne des droits de l'homme dispose que « *toute personne physique ou morale a le droit au respect de ses biens* ». Dans de nombreuses occurrences, la personnalité morale semble être d'une nature identique à celle d'une personne physique. Nous avons émis des critiques à l'encontre de cette conception et en réalité, la personnalité morale fait partie, selon nous, du domaine des choses et non du domaine des personnes. La véritable personne en droit privé est celle de l'être humain²³⁸⁹. La personne morale de droit privé est juste une chose utile, un sujet de droit *ad hoc* avec une faculté d'appropriation inhérente aux sujets de droit. Mais la faculté d'appropriation dont dispose la personne morale ainsi que la possibilité de s'engager par médiation d'une personne physique ne sont jamais autonomes mais sont toujours finalisées, pour le compte en dernier ressort de personnes physiques²³⁹⁰. Autrement dit, dans

²³⁸⁸ P. et Ph. DIDIER, les sociétés commerciales, tome 2 Economica op.cit. p.30, n°31

²³⁸⁹ Pour l'Etat, cela est un peu différent car la personnalité juridique de l'Etat est nécessaire pour incarner la continuité d'un groupement d'individus. Pierre LEGENDRE qualifie d'ailleurs la fonction anthropologique de l'Etat comme un cadre de référence dont toute société a besoin pour pouvoir fonder son « indestructibilité symbolique ». in P. LEGENDRE, « Ce que nous appelons le droit » Entretien avec Pierre Legendre « Le Débat », Gallimard, 1993/2 n° 74 | pages 98 à 111

²³⁹⁰ La nouvelle obligation en droit positif de déclarer le « bénéficiaire effectif » va dans ce sens. Car le bénéficiaire effectif (celui qui détient directement ou indirectement 25% ou plus des droits de vote de la société ou qui exerce par tout moyen un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion) est toujours une personne physique. V. A.

un ordre juridique où l'individu personne physique est l'atome de l'organisation sociale, la liberté contractuelle et la liberté d'affectation du propriétaire sur son bien permettent de constituer des groupements de droit privé dont des entreprises privées. Une entreprise est une propriété privée collective organisée par contrat, c'est un patrimoine, une universalité de fait ou de droit. La personnalité morale permet de protéger les effets juridiques générés par un contrat d'association. Cette protection qui est l'opposabilité aux tiers des effets du contrat/propriété privée collective est finalement reprise par la puissance publique après avoir été initialement une création de la pratique. De surcroît, la personnalité morale permet de créer automatiquement une corrélation actif/passif et donc d'avoir une universalité de droit. Si tout contrat de société pluripersonnelle est toujours, soit partiellement, soit totalement, une universalité de fait, la personnification permet la création d'un patrimoine dont les effets sont prévus par la loi. Techniquement la notion de patrimoine s'explique par la fongibilité des biens qui entrent dans le patrimoine et par la subrogation réelle de ceux-ci. La personne morale de droit privé est une simple technique juridique qui relève du droit des biens, du droit des obligations et du droit des sûretés : c'est un sujet de droit relatif, limité par le principe de spécialité, qui est en réalité une structure juridique d'appropriation séparée. La personne morale d'une société permet une opposabilité au tiers d'une propriété privée collective (B) ainsi que la mise en place d'une universalité de droit par le législateur (A).

A. La personnalité morale, opposabilité légale d'une universalité

Il a existé une littérature abondante sur la nature de la personnalité morale considérée comme un sujet de droit autonome et distinct des membres fondateurs et de leurs ayants droit. Or toute théorie, même erronée, est construite le plus souvent sur des éléments factuels ; en l'occurrence, ce qui est vrai en matière de groupement personnifié du droit des sociétés, c'est l'existence d'effets juridiques imposés par la loi. Et ces effets juridiques légaux ont parfois servi à justifier les outrances de l'anthropomorphisme de la personnalité morale. On pense à deux effets précis que sont la création d'une universalité de droit avec sa corrélation actif-passif et la notion de représentation légale. Dans les deux cas, il s'agit d'un encadrement par la loi de pratiques qui existaient déjà mais dont la généralisation a permis de clarifier et de rendre plus intelligible le fonctionnement de groupements.

COURET, Br. DONDERO, Le bénéficiaire effectif, Joly éditions, 2018 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e éd. LexisNexis, p.112-113, n°294

1. Universalité de droit imposée par la loi

La société personnifiée, universalité de droit

En amont d'une société personnifiée, il y a souvent une entreprise privée (propriété privée collective) qui peut être bien antérieure à la structure juridique choisie. En devenant une SA ou une SARL ou une société civile, l'éventuelle entreprise ne change pas de nature réelle si elle poursuit son activité économique. Seulement, l'existence d'un patrimoine ad hoc pour l'activité génère une universalité de droit. Or une universalité de droit « *est un complexe de biens et d'obligations. Une masse de biens se trouve affectée à un ensemble d'obligations, l'actif ainsi constitué étant la garantie de l'apurement du passif*²³⁹¹ ».

La cause efficiente de l'universalité de droit

Une société pluripersonnelle, c'est-à-dire la forme sociale millénaire contrairement à la très récente société unipersonnelle, qu'elle soit personnifiée ou non, génère toujours une propriété collective issue de l'affectation de valeurs à l'entreprise commune. Tout contrat de société génère une propriété collective totale²³⁹² ou limitée : aujourd'hui, les personnes physiques à l'origine d'une société directement ou par le biais d'autres personnes morales, génèrent forcément a minima une universalité de fait : affecter des biens par contrat à un but précis, c'est déjà être en présence d'une universalité. Mais il est vrai que pour passer d'une universalité de fait à une universalité de droit, la loi est nécessaire. La volonté privée ne suffit pas. Comme l'explique Rémi LIBCHABER, « *Les universalités de droit sont rares [et] ne peuvent pas se constituer sans le soutien de textes législatifs qui organisent la très caractéristique corrélation entre le passif et l'actif*²³⁹³ ». La création d'un patrimoine *ad hoc*, d'abord issu d'une universalité de fait dans tous les cas avant de devenir une universalité de droit résulte finalement de la volonté du législateur. Et nous prenons pour hypothèse que l'hypostase de la personnalité morale, que l'idée de l'institution s'appuient sur notamment ce bloc d'impérativité au sein d'une convention privée. Mais comme le disait Henri MAZEAUD, cette intervention de la loi et des pouvoirs publics dans la société n'est pas une publicisation du droit privé mais juste une plus forte « régulation » des relations juridiques de droit privé par la puissance publique. La cause efficiente de l'universalité de droit ne se situe pas dans la loi mais se situe dans l'acte juridique qui a généré une universalité, d'abord de fait avant de

²³⁹¹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008p.205-206, n°134 ; V.aussi G. WICKER, Rep. Droit civil Dalloz, entrée °personne morale°, 1998 n°39 et n°40

²³⁹² La société universelle a été supprimée par la loi du 4 janvier 1978 et dans cette occurrence où les associés mettent en commun tous leurs biens, la communauté semblait se substituer à l'individualité des personnes qui la constituaient. Sur ce point, Fl. DEBOISSY, G. WICKER, « La société universelle ou le possible avenir d'un passé révolu », p.365 et s.

²³⁹³ R. LIBCHABER, Les biens, Rep.civ. Dalloz mai 2016, n°87

devenir une universalité de droit. C'est le contrat d'association au sens générique du terme qui explique la création d'une propriété privée collective et d'une universalité. La loi aujourd'hui fait de cette universalité une universalité de droit pour des raisons de sécurité juridique.

Une société en participation peut fonctionner exactement comme une SARL – avec la possibilité par contrat d'avoir une corrélation actif-passif mais le fonctionnement de la société en participation ne résulte pas de la loi et est purement contractuel.

La corrélation entre l'actif et le passif qui illustre la théorie du patrimoine est fondée sur la subrogation réelle et la fongibilité.

Conséquences

Depuis AUBRY et RAU, il est couramment admis qu'il ne peut pas y avoir de patrimoine sans personnalité²³⁹⁴. « *La théorie du patrimoine construite au XIX^e siècle par AUBRY et RAU a d'abord élevé le patrimoine du domaine des biens à celui de personnalité juridique*²³⁹⁵ ». La théorie du patrimoine a permis de passer d'un patrimoine universalité de fait à un patrimoine universalité de droit et par ailleurs peut-être eu pour conséquence d'entériner la personnalité

²³⁹⁴ Fr. TERRE, La personne et ses patrimoines ou l'EIRL, JCP E 2011, p.43 et s., p.44-45 ; C. AUBRY, C. RAU, Droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE, T.V, 31^{ème} édit. p.1, n°573 « Le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses droits réels et de ses droits personnels proprement dits (jura obligationum), en tant qu'on envisage les objets sur lesquels ils portent sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire comme des biens. Cette définition renferme implicitement les propositions suivantes :

1° Le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens sans (p.2) distinction, et même ses biens innés. Il résulte de là que, lorsqu'une personne est appelée à succéder au patrimoine d'une autre personne, tous les biens qui se trouvent dans le patrimoine de la première passent, en principe général, à la seconde 3.

2° Le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction. C'est la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits. Il forme donc un tout juridique, une universalité de droit.

3° La même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine. Cette règle n'est cependant pas sans exception. C'est ainsi que, sous plusieurs rapports, les biens composant un majorat ou une substitution constituent, entre les mains du titulaire ou du grevé, une universalité juridique distincte de son propre patrimoine 4. C'est ainsi encore que, par l'effet du bénéfice d'inventaire ou de la séparation des patrimoines, les biens qui composent une hérédité restent séparés du patrimoine de l'héritier 5. C'est ainsi enfin que, dans les cas prévus par les art. 351, 352, 747 et 766, les biens auxquels certaines personnes sont appelées à succéder en vertu d'un droit de retour légal, forment une universalité juridique distincte du surplus de l'hérédité du défunt 6.

4° Les objets extérieurs sur lesquels portent les droits d'une personne, ne forment point des éléments de son patrimoine, en eux-mêmes, et sous le rapport de leur nature constitutive, mais seulement en qualité de biens, et sous le rapport de leur valeur pécuniaire. De là, la règle in judiciis universalibus, res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei 7. Cette règle, que le Code Napoléon n'a pas reproduite en termes généraux, sert cependant de base à plusieurs de ses dispositions 8. La règle contraire doit, sauf les exceptions résultant de la loi ou d'un titre émané de la volonté de l'homme 9, être suivie, lorsqu'il ne s'agit plus d'une universalité juridique, mais d'objets extérieurs individuellement envisagés : In (p.3) judiciis singularibus, res non succedit in locum pretii, nec pretium in locum rei 10.

5° Le patrimoine n'étant qu'un ensemble de biens, c'est-à-dire de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur. Pour en déterminer la consistance, il faut, de toute nécessité, déduire le passif de l'actif 11. La circonstance toutefois que le passif surpasserait l'actif, n'exclurait pas l'existence du patrimoine, qui comprend les dettes, tout comme il comprend les biens 12. »

²³⁹⁵ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3^e édit. 2008 p.22, n°4 :

morale car la corrélation entre le patrimoine/personnalité juridique a encouragé à fonder juridiquement l'existence d'une personnalité juridique.

L'autonomie patrimoniale de certaines sociétés commerciales/de capitaux était un fait de la pratique. Il faut comprendre que la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU tente de conceptualiser la « propriété en mouvement²³⁹⁶ », la propriété n'est plus analysée seulement par le prisme du droit des biens immobile mais par l'existence d'un pouvoir fondamental de propriété inhérent à la volonté. Avoir un patrimoine, c'est avoir la possibilité d'acquérir et de s'engager, c'est -à- dire d'être propriétaire (LOCKE) dans le sens large vu précédemment²³⁹⁷ : Etre titulaire d'un patrimoine, c'est être propriétaire et aussi avoir la faculté d'être sujet d'obligation²³⁹⁸.

Patrimoine d'affectation, universalité de droit et personne morale

L'idée de personne morale renvoie à celle d'un patrimoine autonome mais un patrimoine relativement autonome si on en croit les conclusions de B. OPPETIT. La mise en place progressive d'un « patrimoine d'affectation » qui s'est construit en droit des affaires depuis le Moyen Age pour les grandes sociétés de capitaux aurait entériné l'existence d'une personnalité juridique. En réalité, des effets juridiques que l'on peut retrouver dans d'autres entités juridiques sont ce qu'on appelle la personnalité juridique²³⁹⁹.

Les fonds communs de placement, fonds communs de créance n'ont pas la personnalité juridique²⁴⁰⁰ et pourtant ces fonds sont construits sur des mécanismes juridiques qui peuvent faire penser qu'on est en présence d'un patrimoine d'affectation²⁴⁰¹. Autre exemple, un OPCVM peut être géré soit par un FCP ou soit par une SICAV²⁴⁰². Le FCP est une copropriété

²³⁹⁶ Comp. Avec « La personne est propriété virtuelle alors que le droit subjectif est propriété actuelle. C'est grâce à sa personnalité juridique que le sujet peut avoir des droits subjectifs, lesquels, en retour, permettent à la personne juridique de mettre en œuvre ses attributs. » Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 et s. p.460

²³⁹⁷Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTD Civ. 2006 p.445 et s. p.462 : Le patrimoine est perçu comme étant « une universalité virtuelle appropriante ; tout sujet est personne en ce qu'il est apte à la propriété, la personne est ce cadre structurel de l'appropriation. »

²³⁹⁸Fr. ZENATI, Th. REVET, Les biens p.34,n°8, g) « La potentialité qu'est le patrimoine est aussi passive. Elle traduit l'aptitude à être sujet d'obligation, c'est-à-dire à subir les poursuites des créanciers en vertu du droit de gage général. »

²³⁹⁹ L. ROLLAND, Précis de droit administratif, 9e ; 1947. D. N°41, p.31 : « La vérité, c'est que la personne morale n'est ni un être fictif ni un être réel. Elle correspond seulement à un procédé de pure technique juridique derrière lequel il y a des réalités très simples : des individus et un patrimoine. »

²⁴⁰⁰ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008 p.110, n°63 « Selon la loi, un FCP est une copropriété d'instruments financiers et de dépôts appartenant à des souscripteurs qui reçoivent des parts en contrepartie de leur investissement ». (CMF L.214-2). »

²⁴⁰¹ Th. BONNEAU Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil, RTD Civ. 1991 p. 1 et s., n°40

²⁴⁰² M. STORCK, La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée, in Mélanges en l'honneur du professeur P. Le CANNU p.398 et s.

d'instruments financiers et de dépôts, sans personnalité morale²⁴⁰³, contrairement à la SICAV dotée d'une personnalité juridique. Le FCP est donc organisé par contrat (*contractual fund*²⁴⁰⁴) mais Michel STORCK explique que même la SICAV qui exploite un OPCVM, dotée de la personnalité juridique aurait une personnalité morale limitée à cause de l'effacement du rôle joué par les actionnaires de la SICAV. L'auteur insinue donc que c'est la notion de personnalité morale qui fonde les droits des actionnaires mais que dans cette occurrence, ces droits seraient limités pour des raisons d'égalité juridique avec les porteurs de parts d'un FCP non doté de la personnalité morale²⁴⁰⁵. On peut également faire le raisonnement inverse. En réalité l'existence d'une personnalité morale ne permet pas de déduire un régime juridique étant donné que même sans l'existence d'une personnalité juridique, on peut avoir des effets juridiques similaires concernant une masse de biens affectés à un but. Pour poursuivre l'exemple du fonds commun de placement (FCP), dispositif visé aux articles L.214-1 et s. du CMF, les créanciers personnels des copropriétaires des instruments financiers (porteurs de parts) ne peuvent atteindre le patrimoine professionnel. Et on peut constater là aussi un cloisonnement entre créanciers – selon l'origine de la créance : les créanciers du fonds sont ceux dont le titre résulte de la conservation de la gestion des actifs²⁴⁰⁶. Les autres créanciers sont des créanciers personnels.

Finalement, un critère que l'on impute parfois à la personnalité morale peut exister sans une personnalité morale explicitement reconnue par le législateur. L'autonomie patrimoniale d'un groupement²⁴⁰⁷, d'une entité juridique induite par la personnalité morale laisse entendre que la dissociation entre les créanciers professionnels (ceux du groupement) et les créanciers personnels (ceux du membre isolé- l'associé en l'espèce) serait la conséquence de la personnification²⁴⁰⁸ ?. Pas si sûr. Sauf à considérer qu'il y aurait une personnalité morale tacite. MM. ZENATI et REVET considèrent d'ailleurs que l'indivision, depuis la réforme de 2006, serait implicitement une personne morale²⁴⁰⁹. Et MM. ZENATI et REVET d'expliquer que si les membres d'un fonds commun de placement sont propriétaires de parts qu'ils peuvent

²⁴⁰³ M. STORCK, De la nature juridique des fonds communs de placement, Mélanges G. GOUBEUX, LGDJ, 2009 p.509 et .s

²⁴⁰⁴ M. STORCK, La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée, op.cit. p.398 et s, p.400

²⁴⁰⁵ M. STORCK, La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée, op.cit. p.398 et s, p.403

²⁴⁰⁶ CMF L.214-6 al.1 : « les créanciers dont la créance est née de l'exploitation d'un actif du fonds n'ont d'action que sur le fonds »

²⁴⁰⁷ G. LAGARDE, Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? in Mélanges JAUFFRET 1974, p.429

²⁴⁰⁸ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et, n°40

²⁴⁰⁹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008, p.521, n°351 : « La transformation en personne morale de l'indivision que vient d'opérer inconsciemment le législateur était annoncée de longue date par un mouvement lent, profond et continu. L'indivision constituait, dès avant la loi de 2006 un patrimoine d'affectation, avec un actif engendrant globalement des fruits et des plus-values de l'indivision et un passif propre composé des dettes à l'égard des créanciers de l'indivision. »

négocier, cela signifie qu'ils ne seraient pas propriétaires des actifs du fonds car la propriété du fonds serait incompatible avec celle des biens indivis²⁴¹⁰. On ne partage pas cette analyse car une universalité est un bien étrange. Prenons l'exemple d'un propriétaire d'une universalité de vieux livres de droit français. Le propriétaire de cette universalité de livres est propriétaire de chaque livre pris isolément mais également de la somme des livres considérée comme une entité, l'enveloppe incorporelle qu'est l'universalité. Il serait tout à fait possible que le propriétaire de cette universalité confie la gestion de celle-ci à un tiers chargé d'administrer et de gérer son stock en lui conférant par mandat le droit de céder des livres afin de faire l'acquisition d'ouvrages jugés plus importants. Le mandataire n'aura donc pas besoin de demander systématiquement la permission au mandat pour vendre un livre et le produit de la vente peut être « affecté » à l'universalité de fait. Comme Rémy LIBCHABER l'explique à propos d'un propriétaire de biens rassemblés dans une universalité : *«le propriétaire des biens [est] aussi propriétaire de leur regroupement, il y a dédoublement de l'appropriation qui porte tantôt sur le contenant, tantôt sur le contenu.»* Une entreprise privée est initialement une mise en commun de biens afin de produire de la valeur grâce à des *permutatio*. C'est une propriété privée collective qui s'est progressivement sophistiquée où on observe que le propriétaire initial et privatif d'un bien apporté à l'entreprise sociétaire devient propriétaire d'une quote-part. Et là il faut distinguer selon la forme sociale étudiée ou les modalités du contrat de société. Dans une SNC où les trois associés sont gérants, les associés sont finalement propriétaires en commun des biens sociaux et l'obligation indéfinie aux dettes sociales assure un prolongement entre le patrimoine professionnel et les patrimoines personnels. En revanche, dans une SA, propriété collective sophistiquée, l'actionnaire non dirigeant n'est plus propriétaire des biens sociaux mais copropriétaire de l'enveloppe que constitue l'universalité de droit. Et c'est le titre social (l'action) qui représente son droit.

Autres exemples de patrimoines affectés/personne morale ?

Notre idée générale, c'est que le mythe de l'autonomie absolue de la personnalité morale nuit à la compréhension de la réalité économique : en s'intéressant davantage à l'instrument plutôt qu'à la volonté qui l'anime, on passe à côté de la réalité du phénomène économique ; derrière l'abstraction du marché ou du capital, il y a toujours une volonté humaine comme il

²⁴¹⁰Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Les biens », PUF 3e édit. 2008 p.111, n°63 : « Si les membres du fonds possèdent des parts qu'ils peuvent négocier, c'est qu'ils ne sont pas propriétaires des actifs du fonds. La propriété de la part est incompatible avec celle des biens indivis, dont les quotes-parts ne sont pas des biens mais des fractions arithmétiques de l'indivision. Sa reconnaissance implique que les biens indivis n'appartiennent plus aux copropriétaires et qu'ils deviennent la propriété d'une personne morale ».

y a toujours une volonté humaine derrière un acte juridique de droit public²⁴¹¹. La personne morale de droit privé n'est qu'un instrument de technique juridique mais en amont, c'est la substance de l'entreprise privée qui explique le phénomène économique et juridique. Et la substance d'une entreprise privée, c'est le contrat qui lui-même est la « propriété en mouvement » i.e. le contrat, et plus généralement l'acte juridique de droit privé, est le moyen pour l'entreprise commune de se réaliser²⁴¹².

La figure de l'entrepreneur (au sens large de celui qui entreprend quelque chose) est fondée sur le pouvoir fondamental d'entreprendre. Mais pour des raisons évidentes de protéger son patrimoine ou celui de ceux qui font partie de l'aventure avec lui, la personnalité morale ou la technique du patrimoine affecté, a été utilisée pour cloisonner les créanciers professionnels de créanciers personnels ou d'autres créanciers professionnels : en droit maritime, il est fréquent de constituer des sociétés dont le seul élément de patrimoine est un navire²⁴¹³ : la personnalité morale n'est qu'un patrimoine affecté et permet d'éviter que des dettes afférentes à un navire soient imputées à l'ensemble du groupe : c'est ce qu'on appelle une « *single ship company* » mais il existe également une autre forme de *single ship company* selon Philippe DELEBECQUE qui est la copropriété de navire²⁴¹⁴ : cette copropriété aurait la personnalité morale en vertu d'une décision de Cour d'appel²⁴¹⁵. Il est donc possible de constituer une copropriété de navire par un contrat qui n'est ni enregistré, ni immatriculé. Et M. DELEBECQUE de préciser que les quirkaires (« associés ») ont un « droit réel de propriété » car le navire n'a fait l'objet d'aucun apport²⁴¹⁶. Selon nous, la notion de personnalité morale est une notion pédagogique et didactique pour le juriste. En réalité toute société pluripersonnelle est une propriété privée collective plus ou moins sophistiquée. Un arrêt de la Cour royale de Rouen du 19 juillet 1839 relatif à la qualification d'une copropriété de navire refusa cette qualification à cause d'éléments trop fugitifs²⁴¹⁷ et la Cour retint la qualification de simple communauté et non celle de société. Pour TROPLONG, société et communauté sont des propriétés privées collectives mais la société est davantage organisée pour durer dans le temps²⁴¹⁸. A l'époque de TROPLONG, la notion de personnalité morale est balbutiante et les effets que la doctrine impute parfois à la personnalité morale sont en réalité bien souvent des

²⁴¹¹ O. DUBOS, La volonté dans l'acte législatif de l'union européenne : Mélanges en l'honneur du Professeur J. HAUSER, Lexisnexis, Dalloz p.811

²⁴¹² Supra N. MOLFESSIS, l'entreprise et le Conseil constitutionnel op.cit.

²⁴¹³ Ph. DELEBECQUE, Les « *single ship companies* » Mélanges Le Cannu p.119 et s.

²⁴¹⁴ Ph. DELEBECQUE, Les « *single ship companies* » Mélanges Le Cannu p.126 et s.

²⁴¹⁵ CA Basse-Terre, 6 nov. 1995, DMF 1996.1121, note A. VIALARD, Petites affiches 1997, no 79, p. 16, note B. SOINNE

²⁴¹⁶ Ph. DELEBECQUE, ibid.p.121, n°5, p.126 et s., n°15 et s.

²⁴¹⁷ R.-Th.TROPLONG., Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Du contrat de société, Paris, 1843, T1 et T2p.38, n°28

²⁴¹⁸ R.Th.TROPLONG, T. 1,op.cit. p.38, n°28

effets du contrat organisant la propriété privée collective. D'ailleurs, CARBONNIER dans sa thèse de doctorat avait proposé de doter la communauté conjugale de la personnalité morale, ce qui aurait permis à l'époque d'atteindre une égalité entre époux qui n'existait pas encore.

Personnalité morale en l'absence d'une propriété privée collective

L'attribution de la personnalité morale dépend donc de la loi et des conditions posées²⁴¹⁹. Si la personnalité morale en droit des sociétés fut d'abord la protection d'un intérêt collectif, le législateur a permis la création de sociétés unipersonnelles dotées de la personnalité morale²⁴²⁰. La technique de la personnalité morale en droit des sociétés, qui est un effet légal second, a pour source une volonté privée qui peut être collective ou individuelle. Un peu à l'instar d'un contrat dont le contenu serait réglementé par le législateur, la personnification d'un intérêt individuel ou collectif est l'effet du droit objectif et non de la volonté privée. Mais cet effet est secondaire. Car ce sont des personnes privées (voire une seule) qui délimitent l'intérêt du groupement dans l'acte constitutif du groupement²⁴²¹. Il faut préciser une chose: si l'universalité de droit est un effet de la loi, l'initiative d'affecter des biens à une entreprise commune est la conséquence de l'initiative privée, de la propriété privée individuelle de personnes qui décident de réunir par contrat des biens afin de réaliser un profit.

Conclusion

La personne morale de droit privé est une enveloppe juridique destinée à encadrer initialement une propriété privée collective : une universalité de fait va devenir une universalité de droit grâce à l'octroi de la personnalité morale par l'ordre juridique. Si la personnalité morale est une conséquence du droit objectif, l'initiative de créer une société privée est toujours la conséquence de volontés privées qui s'accordent par contrat, voire désormais d'une volonté individuelle, depuis la création de sociétés unipersonnelles.

L'universalité serait donc un bien distinct des biens qui la composent mais cette universalité n'en demeure pas moins gérée. Or là aussi, la puissance publique intervient dans cette relation et impose que la personne qui a la signature sociale soit connue, avec des pouvoirs parfois fixés précisément par le législateur.

²⁴¹⁹ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale, septembre 2016 n°16 et s.

²⁴²⁰ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale, septembre 2016, n°26

²⁴²¹ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, ibid. n°26, « En réalité, la personne morale tirant son existence de l'acte constitutif du groupement, c'est à cet acte qu'il appartient de déterminer l'intérêt dont est en charge le groupement personnifié. La nécessité d'un intérêt distinct se ramène donc à l'exigence que l'acte constitutif fasse apparaître un intérêt juridique et qu'il soit opposable aux tiers. »

2. Le représentant légal, autre cas d'intervention de la Loi et source de confusion pour la rémunération

La société personnifiée est une universalité de droit. Un patrimoine distinct des fondateurs a été « créé » par la pratique puis généralisé par la loi. L'entreprise privée moderne qui s'est surtout développée à partir du XIX^e siècle repose sur une division parfois exacerbée de la division du travail. L'entreprise privée individuelle ou la société de personnes avec peu d'associés a pour particularité économique, le plus souvent, que ceux qui apportent les capitaux sont également ceux qui dirigent et qui travaillent dans l'entreprise. René SAVATIER avait déjà observé en son temps cette délégation de la direction à des personnes physiques en charge de diriger la société²⁴²². Mais il existe une confusion entre deux pouvoirs qui sont souvent exercés par la même personne dirigeant la société : le pouvoir de gestion de la société et le pouvoir de représentation. En schématisant, le dirigeant social dispose d'un pouvoir de manager l'entreprise sociétaire ainsi que d'un pouvoir de représentation légale²⁴²³. Le pouvoir de gestion, de manager l'entreprise est un pouvoir « politique » qui concerne les associés et leur mandataire social. Ce pouvoir s'applique à la gestion interne de l'entreprise sociétaire, c'est l'intérêt social qui constitue la boussole de ce pouvoir²⁴²⁴. Le pouvoir de représentation est un pouvoir légal dont l'étendue des prérogatives est fixée par la loi²⁴²⁵. Pour les partisans d'analyses anthropomorphiques ou personnalistes de l'entreprise/société personne morale, la direction de la société personnifiée nécessite des organes, une incarnation, c'est-à-dire que l'organe serait émetteur de la volonté de l'être moral. Et l'existence de ces pouvoirs légaux serait une preuve que le lien entre le dirigeant social et les associés ne serait plus d'une nature contractuelle mais statutaire.

Pour les partisans d'une analyse normativiste individualiste du droit, c'est-à-dire construite sur le primat de l'individu sur le groupe²⁴²⁶, les notions d'être moral, de personne morale ne sont que des images : seuls les contrats, la propriété privée, affectée, plurale etc. existent et les dirigeants d'une société personnifiée sont les mandataires des associés *ut universi*²⁴²⁷. La représentation légale est une exigence légale d'imposer à ceux qui ont créé une société de

²⁴²² R. SAVATIER, La théorie des obligations en droit privé économique, quatrième édit. DALLOZ 1979, p.96, n°78

²⁴²³ P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.230 et s., n°269 et s.

²⁴²⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés 31e édit. LexisNexis 2018, p.161, n°377 et s.

²⁴²⁵ Ph. DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, p.273 et s. in Mélanges Germain

²⁴²⁶ Les principes qui guident le droit positif depuis les Lumières sont ceux de l'individualisme libéral. L'individu est l'atome de la société, il est titulaire de droits sans contrepartie, l'individu est reconnu par le droit indépendamment de tout rapport naturel. V. N. CAMPAGNA, Michel VILLEY, le droit ou les droits ? Michalon le bien commun 2004, p61

²⁴²⁷ Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005, op.cit. supra

choisir un organe ou des organes dont les pouvoirs de représentation à l'égard des tiers au contrat de société sont également définis par la loi²⁴²⁸. L'intervention de la loi concerne l'ordre externe, le rapport avec les tiers où les prérogatives des dirigeants sont extraites de la compétence contractuelle (statutaire) pour être encadrées par la loi. Cet encadrement du régime juridique ne modifie pas la source du pouvoir/des pouvoirs : le représentant légal ainsi que les personnes titulaires d'une délégation de pouvoir peuvent engager la société personnifiée même si le pacte sociétaire contenait une clause limitative du pouvoir des dirigeants²⁴²⁹. Avant la loi de 1966, cette règle du pouvoir légal ne concernait que le gérant de SARL (car SARL d'origine allemande et dérivée de la *prokura*²⁴³⁰). Philippe DIDIER explique que cette *prokura* qui paraît étrangère au droit français et fut introduite en 1925 avec la SARL avant d'être généralisée aux autres formes sociales en 1966, n'est en réalité pas inconnue de l'histoire du droit. Le facteur qui était un employé comme le commis et non un commerçant autonome comme le commissionnaire, disposait cependant de véritables initiatives²⁴³¹. Ses pouvoirs découlaient des circonstances et des usages du lieu. Il existait donc une sorte « d'étendue présumée des pouvoirs du facteur » et même si cette délimitation n'était pas d'ordre public, la preuve de la restriction de la délimitation de pouvoir pesait sur le maître. La *Prokura* s'est perdue en droit français avec le Code de commerce de 1807²⁴³² mais s'est maintenue dans d'autres ordres juridiques européens dont l'ordre juridique allemand²⁴³³. La délimitation légale du pouvoir par la loi n'infirmes pas le fait que la source du pouvoir puise son origine dans une convention.

La loi encadre également les pouvoirs des dirigeants sociaux en fonction de l'objet social : pour les sociétés de personnes type SNC où l'obligation aux dettes sociales est illimitée, les dirigeants n'engagent la société que pour les actes qui sont compris dans l'objet social²⁴³⁴. En revanche, pour les sociétés par actions ou SARL, la société est engagée par les actes même si ceux-ci dépassent l'objet social.

²⁴²⁸ Ph. DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, p.273 et s. in : Mélanges en l'honneur du professeur Michel GERMAIN, LexisNexis, LGDJ, 2015 p.273, n°3 : « La théorie de la représentation légale de la société désigne l'association de deux propositions. La première est que la désignation de l'organe de la société en charge de la représenter est fixée par la loi (et de fait échappe aux associés). La seconde proposition est que l'étendue du pouvoir de représentation de cet organe est elle aussi fixée par la loi, sans que, là encore, les associés ne puissent la moduler ».

²⁴²⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit. LexisNexis 2018, p.162-163, n°380 et s.

²⁴³⁰ F. LEDUC, L'acte d'administration en droit privé, nature et fonctions, Thèse Bordeaux I 1991, l'espace juridique., p.79 ; FI. DEBOISSY, Le contrat de société, op.cit. n°43 ; M. de JUGLART, B. IPPOLITO, E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT « Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 1re Partie, 3ème édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestiens 1980, p.507, n°455 et s.

²⁴³¹ Ph. DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, in Mélanges GERMAIN, p.273 et s. p.285-286 n°27 et s.

²⁴³² Ph. DIDIER, *ibid.*, p.273 et s., p.286, n°29

²⁴³³ Ph. DIDIER, *ibid.* p.273 et s. p.287, n°31

²⁴³⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit. LexisNexis 2018, p.162-163, n°381

La sécurité à l'égard des tiers prime donc sur le contrat de société²⁴³⁵ et il est logique que la régulation de l'Etat, qui est censé incarner l'intérêt général, prime dans cette occurrence précise sur le pacte statutaire. C'était d'ailleurs un but du droit communautaire des sociétés en 1969 que d'introduire et d'harmoniser la représentation légale des sociétés adaptée sur le modèle allemand de la *prokura*²⁴³⁶.

Pour établir une universalité de droit, définir ceux qui sont habilités à représenter la société ainsi que la fixation du périmètre extérieur (à l'égard des tiers) des dirigeants, le droit objectif (la Loi) s'impose à la volonté privée. Et il s'agit d'une tendance européenne. L'entreprise privée devenue société personnifiée, par sa puissance économique, est encadrée. Ce régime légal n'infirme pas le fait qu'une entreprise privée d'un ordre juridique de type individualiste et qui navigue dans une économie de marché soit forcément constituée d'actes juridiques de droit privé ; le plus souvent des contrats. Mais tout contrat est aussi « objet d'un droit de propriété » selon notre acception large du droit de propriété. Et la notion d'opposabilité est inhérente au droit de propriété. L'opposabilité de la personnalité morale est peut-être simplement l'opposabilité d'une propriété privée collective reconnue.

B. La personnalité morale, opposabilité de la propriété privée collective générée par un contrat de société

Présentation

Pour nous, le patrimoine d'une personne physique est d'une nature différente de celui d'une personne morale de droit privé. La personne physique n'est pas un simple instrument juridique, elle est ce qui permet à l'être humain d'être une personne libre dans le monde du droit. Supprimer ou limiter d'une manière générale la capacité de la personnalité juridique de l'être humain, c'est rompre avec l'égalité juridique et avec des principes matriciels qui constituent notre ordre juridique. La personne physique n'a pas de fin particulière ; reconnaître à l'individu, à tous les individus la personnalité juridique est la garantie d'ordres juridiques qui sont fondés sur un projet politique « humaniste ». La démocratie libérale en tant que régime juridique est garantie par des normes supra-nationales dont la Constitution donne une valeur supérieure aux normes nationales. La personnalité morale de droit privé ne bénéficie pas d'une protection similaire car il s'agit d'une chose, principalement. Elle est créée par la volonté privée. Et c'est là la différence fondamentale entre la personne physique et la personne morale. La personne physique relève de la loi et uniquement de la loi. Alors que la

²⁴³⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit. LexisNexis 2018, p.162, n°380

²⁴³⁶ M.JEANTIN, Droit des sociétés, Domat, Montchrestien 3^e edit.1994, p.138, n°264

personne morale de droit privé relève à la fois de la loi et de la volonté privée. La création d'une entreprise privée, d'une société dotée de la personnalité morale dépend d'une initiative privée, de volontés réunies par contrat, voire d'un acte juridique unilatéral individuel, lorsqu'une seule personne en est à l'initiative.

Guillaume WICKER à propos d'une idée développée furtivement dans la thèse de Bruno OPPETIT, explique que la notion de personnalité morale est davantage une notion didactique de la science du droit qui permet de décrire et de réunir des phénomènes en un point d'imputation particulier, un groupement de personnes, qu'une création législative²⁴³⁷. Cette idée que la personnalité morale est finalement une commodité pratique pour désigner un ensemble de techniques juridiques innove aussi notre travail actuel : l'entreprise privée organisée par un « contrat associatif²⁴³⁸ », personnifié, qui opère dans une économie de marché obéit aux techniques du droit civil, du droit commercial. En son temps, Maurice COZIAN avait critiqué cette « tarte à la crème » qu'était la prétendue autonomie du droit fiscal²⁴³⁹.

En faisant de la société personnifiée un être moral indépendant, on finit par nier le lien juridique contractuel entre le dirigeant et la société qu'il dirige.

Opposabilité des biens sociaux

Les biens de la personne morale sont pour Guillaume WICKER « l'objet d'une propriété collective », la propriété du groupement est une propriété finalisée²⁴⁴⁰ de type fiduciaire où les propriétaires réels sont les membres du groupement²⁴⁴¹. Si la personne morale peut être propriétaire, il s'agit d'un propriétaire média qui dissimule une propriété privée collective. De surcroît, la propriété de la personne morale sociétaire est temporaire car la personne morale a une durée de vie limitée par la loi. Là encore, les associés doivent exprimer une volonté pour proroger l'existence de la personne morale.

Le droit de propriété d'un individu est opposable. De même que le contrat l'est également. Guillaume WICKER a démontré que « *la personnalité morale est la traduction de l'opposabilité de la société au tiers, ce qui justifie que son existence soit subordonnée à une mesure de publicité*²⁴⁴². » Le professeur WICKER explique que la distinction classique faite en droit des sociétés entre les effets internes (relatifs aux associés) et les effets externes (relatifs aux tiers)

²⁴³⁷ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s.p.696, n°13

²⁴³⁸ Terminologie usitée par G. ROUHETTE, in Encyclopaedia UNIVERSALIS France, entrée °Le contrat°

²⁴³⁹ M. COZIAN, Les grands principes de la fiscalité des entreprises

²⁴⁴⁰ Comp. avec J. ROCHFELD Les grandes notions du droit privé, Puf, 1^e édit. 2011 p.87

²⁴⁴¹G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT, In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s., p.724, n°48

²⁴⁴² Fl. DEBOISSY, le contrat de société, op.cit. p.126, n°12

correspond à celle qui est faite entre l'effet relatif et l'opposabilité du groupement²⁴⁴³ (propriété privée collective). Il est important de préciser qu'avant la reconnaissance par la Loi (1966, 1978), une certaine jurisprudence avait reconnu l'existence de la personnalité morale lors de la signature des statuts. Mais le changement de paradigme tend à faire d'une mesure de publicité l'opposabilité du groupement aux tiers²⁴⁴⁴.

Fondement de l'opposabilité de la personnalité morale : la propriété privée collective (parfois individuelle) d'un bien incorporel qu'est l'universalité

PLANIOL, qui était hostile à la notion de personne morale²⁴⁴⁵, pensait à juste titre, selon nous, que le droit ne pouvait lier réellement que des personnes humaines²⁴⁴⁶. Il est souvent expliqué que le droit de propriété serait une relation entre une personne et une chose. Mais en réalité, cette explication est également du registre de la métaphore. Être propriétaire, c'est pouvoir opposer à tous les autres son droit de propriété²⁴⁴⁷. La propriété d'une chose est en réalité une faculté offerte à une personne d'être souveraine sur cette chose et l'interdiction à tous les autres de troubler cette relation juridique. D'où la proposition de PLANIOL de définir le droit réel à travers le prisme d'une obligation passive universelle²⁴⁴⁸ : le droit aurait un sujet actif, celui qui a un pouvoir sur la chose, et une infinité de sujets passifs qui seraient tenus d'une obligation de respecter le droit du sujet actif. Malgré les critiques, la théorie de l'obligation passive universelle semble être la prémisse de la théorisation de la notion d'opposabilité réalisée bien des années plus tard par José DUCLOS²⁴⁴⁹. Et plus généralement, « *tous les droits, quel que soit leur objet – choses ou personnes – sont opposables aux tiers*²⁴⁵⁰ ». L'opposabilité est inhérente au droit de propriété²⁴⁵¹. Mais l'opposabilité n'est pas propre aux droits réels mais à tout droit subjectif. Car le droit subjectif est toujours une

²⁴⁴³ G. WICKER, Rep. Civ. Dalloz, Personne morale, 1997 n°20

²⁴⁴⁴ G. WICKER, Personne morale, Rep.dr.civil, Dalloz, 1997 op.cit. n°20 : « La conclusion s'impose en conséquence que la publicité, qui détermine l'attribution de la personnalité morale, détermine seulement l'efficacité du groupement vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire son opposabilité »

²⁴⁴⁵ V. J.ROCHFELD Les grandes notions du droit privé, Puf, 1e édit. 2011 p.88

²⁴⁴⁶ M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 6e éd., 1911, LGDJ, n° 2158 et s ; P. COULOMBEL, Le Particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, préf. M. P. DURAND, Nancy 1950 p.30 ; R. LIBCHABER, Les biens 2016 Rep.civ. Dalloz, n°69

²⁴⁴⁷J.-Ph. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , 1^e edit. 1999, p.50 : [Le droit de propriété] est souvent pensé comme un droit sur une chose. Il est beaucoup plus exact de le penser comme un droit existant à l'encontre de tous les autres individus composant la société, par rapport à une chose. »

²⁴⁴⁸ C. ATIAS, Destins du droit de propriété, ouverture, p.5-15, p.10 in Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques ; R. CAPITANT, Sur la nature des droits réels, Mélanges SUGIYAMA p.29 et S.

²⁴⁴⁹ R. LIBCHABER, Les bien, op.cit. mai 2016, n°69 ; J. DABIN, Encyclopædia Universalis, entrée °DROIT Théorie et philosophie° « En réalité, cette obligation de tout le monde n'est rien d'autre que l'obligation générale négative de ne pas porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui, »

²⁴⁵⁰J. DABIN, Encyclopædia Universalis, entrée °DROIT Théorie et philosophie°, op. cit.

²⁴⁵¹ Fr. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s.

relation de propriété au sens large du terme. Un droit personnel, un droit de créance, est l'objet d'une propriété d'après une doctrine que nous partageons, initiée par S. GINOSSAR²⁴⁵². La propriété ne doit pas être réduite aux seuls objets corporels mais être étendue également aux biens incorporels²⁴⁵³. L'opposabilité du contrat prévu par le nouvel article 1200 du Code Civil est liée à la notion de droit subjectif donc à la notion de propriété. Quand des auteurs d'un manuel de référence de droit civil expliquent que l'opposabilité du contrat est le prolongement nécessaire de la notion de droit subjectif et que « *l'affirmation d'une prérogative individuelle n'a de sens que par son opposabilité aux tiers*²⁴⁵⁴ », on reconnaît ici les attributs d'un droit de propriété. L'opposabilité *erga omnes* est inhérente à tout droit et c'est la propriété en tant que lien rattachant un droit à une personne qui explique cette opposabilité car il y a corrélation entre propriété et opposabilité.

Si l'apporteur de capital d'une société (fondateur de la société) était propriétaire du bien apporté, le regroupement des biens effectué par le contrat de société (patrimoine social) bénéficie également de l'opposabilité. On peut se demander si la source de l'opposabilité conférée prétendument par la personnalité morale n'est pas en réalité la constitution par contrat du groupement ? La personne morale n'est-elle pas d'abord une mesure de publicité ? En réalité, l'absence de conceptualisation de la propriété privée collective a poussé à imputer à la personnalité morale des effets juridiques qui auraient pu exister sans elle. La personnalité morale a permis de donner un cadre à une masse de biens affectés à une entreprise. Les biens sociaux appartiennent *in fine* à la communauté des associés car la source et la cause du regroupement des biens dans un patrimoine social est une ou plusieurs volontés privées et non un acte juridique de droit public. L'opposabilité qu'avait l'apporteur du capital sur le bien qu'il a apporté à la société devient une sorte de co-opposabilité qu'il va partager avec les autres associés. La personnalité morale permet d'identifier cette masse de biens, de la rendre opposable à tous ceux qui ne sont pas partie au contrat de société (effet externe). La personne morale sociétaire est également la représentation d'un patrimoine affecté, une chose appropriée, une chose incorporelle qui appartient à ceux qui l'ont créée. Ce n'est pas une vraie personne. Certes elle dispose d'une capacité qui peut être identique en certains points à celle d'une personne physique mais c'est une capacité par essence limitée et la nouvelle rédaction

²⁴⁵² S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, LGDJ, 1960

²⁴⁵³ R. SAVATIER, La théorie des obligations en droit privé économique, 4^e édit. DALLOZ 1979 p.61, n°53 : « La propriété est toujours un droit, donc un bien incorporel. En un sens large, il constitue la synthèse de tous les droits pouvant s'exercer sur son objet, c'est-à-dire, soit sur la chose concrète constituant un bien corporel, soit sur l'abstraction dont on a fait un bien incorporel. Mais au cours de l'évolution et de l'affinement de la technique juridique, l'objet de la propriété a d'abord été conçu comme une chose concrète, avant de s'élargir aux biens incorporels. Et cette première conception de la propriété est restée vivante. C'est la propriété des biens corporels ».

²⁴⁵⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, 16^e édit., SIREY 2014, n°435 cité par G. CHANTEPIE, M. LATINA, Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2^e édit., Dalloz

de l'article 1145 du Code civil à jour de la loi de ratification du 20 avril 2018 l'insinue. La personne physique est par essence capable, la personne morale de droit privé est par essence limitée car est finalisée. La personnalité morale est la représentation d'un groupe de personnes, voire d'une seule personne, pour accomplir une mission particulière. Elle n'a pas d'autonomie absolue par rapport à ses membres car son existence n'est pas indépendante de celle de ses membres qui peuvent l'arrêter discrétionnairement à tout moment. C'est une notion de la science du droit qui permet de conceptualiser des effets de droit qui sont la conséquence d'une entreprise menée à plusieurs, voire par un seul. L'action d'entreprendre est une modalité de la propriété privée individuelle. Il y a un lien étroit entre l'entreprise, menée à un ou à plusieurs et la propriété privée, individuelle ou collective.

Dans un régime communiste par exemple, la liberté d'entreprendre est extrêmement restreinte ; les moyens de production étant socialisés par le biais d'une propriété étatique, cela limite l'initiative privée à des activités fort limitées. Cette corrélation entre la propriété privée et l'entreprise privée, donc forcément le droit des sociétés, n'est pas vraiment mise en exergue par la doctrine majoritaire en droit des sociétés. Le pouvoir exercé au sein de la société, fût-il encadré par la notion de représentation légale, est un pouvoir qui découle toujours du droit de propriété et non un pouvoir de souveraineté. La souveraineté, c'est de l'ordre de l'Etat.

On a vu précédemment qu'une partie de la doctrine avait réduit le droit de propriété aux objets corporels appropriés individuellement. Mais le patrimoine social est un être juridique, une universalité de droit et cette universalité de droit est d'une part un bien incorporel et d'autre part, un bien incorporel qui était initialement approprié à plusieurs. Il fut donc plus simple par une sorte de vision anthropomorphique d'en faire une personne mais, comme l'avait dit HAMMEL, la personne morale relève d'avantage du droit des biens et des personnes que du droit des personnes. L'opposabilité du groupement identifiée par Guillaume WICKER est en réalité l'opposabilité inhérente à la propriété privée d'une universalité, notamment quand celle-ci est appropriée par plusieurs.

Et, il n'est pas évident que l'on puisse comparer une fondation, alimentée par des dons irrévocables, à une société personnifiée dont l'existence est de créer de la valeur pour les parties prenantes.

Conclusion du §2

La notion de personnalité morale de droit privé n'est pas autonome et ne peut être analysée sans étudier le support de la personnalité. Le support de la personnalité morale, ce n'est même pas une société mais une entreprise privée dont on a donné la définition au chapitre précédent. L'entreprise privée est un processus de production qui crée différentes valeurs

(biens, services) et est soumise à un objectif de rentabilité car elle doit générer, par la vente, davantage de ressources qu'elle en a consommées pour produire.

Les relations au sein d'une entreprise privée sont donc constituées de contrats et plus généralement d'actes juridiques de droit privé. Si la nature de la rémunération du dirigeant social a été à ce point perturbé, c'est à cause d'une absence de conceptualisation suffisante du fonctionnement d'une entreprise privée organisée par contrat de société, dotée de la personnalité morale. La notion de personnalité morale a perturbé durablement le droit des sociétés. Certains y ont vu une personne qui aurait besoin d'organes et ces organes seraient dotés de pouvoirs propres.

Conclusion de la Section II

Rémi LIBCHABER écrivait que pour la société, « *l'accès à la personnalité morale deviendra un moyen d'étouffer le scandale de la propriété collective, surtout quand la société n'aura été créée que dans le but de mobiliser un patrimoine d'un montant tel qu'il excède les possibilités individuelles*²⁴⁵⁵. » Selon notre thèse, la personnalité morale a été un ersatz de la théorie du droit pour justifier certains effets juridiques qui étaient en réalité la conséquence d'autres phénomènes juridiques. Mais ces phénomènes juridiques, dont notamment la propriété privée collective, n'avaient pas été conceptualisés avec suffisamment de précision. L'entreprise privée collective, qui a un intérêt forcément distinct de ceux qui ont apporté en commun mais sans pour autant que cet intérêt soit étranger aux apporteurs de capitaux, a généré une prétendue fiction, la personne morale, pour justifier certains effets juridiques dont notamment la séparation du patrimoine commun du patrimoine individuel. Cette notion de personne morale alliée au phénomène de bureaucratisation de la grande entreprise a alimenté la thèse d'une entreprise, d'une société personnifiée autonome, affranchie de ses créateurs. Mais à l'instar de l'anthropomorphisme de science-fiction qui craint le Robot ou l'intelligence artificielle, il n'y a derrière ces technologies que des êtres humains. Le droit est une norme déontique qui s'adresse uniquement aux êtres humains²⁴⁵⁶. Les ordres juridiques qui se conforment à des grands principes que l'on retrouve dans la DDHC, la CEDH, déclarations universelles de l'ONU, (droits de l'homme, droits fondamentaux etc.) sont construits sur un principe normatif qui fait de l'être humain un individu sujet de droit, sans exception. Des auteurs, un peu trop positivistes, semblent assimiler la reconnaissance d'une personnalité juridique à un être humain et à une personne morale : dans les deux cas, ce serait

²⁴⁵⁵ R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec, p.315 et 316, n°16

²⁴⁵⁶ P. AMSELEK, Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général, Armand Colin, le temps des idées, 2012, p.174

la loi qui reconnaîtrait les conditions de la personnalité juridique. Mais cet excès de positivisme kelsénien oublie l'existence d'une hiérarchie des valeurs qui n'est pas forcément explicite. Si demain la France supprime la personnalité morale de la SARL, cela serait une simple mesure technique sans conséquences. Si demain l'ordre juridique Français supprimait la personnalité juridique d'individus d'une minorité quelle qu'elle soit, on aurait un effondrement de l'ordre juridique a minima. La reconnaissance de la personnalité morale à un groupement de droit privé est une question de technique juridique, la reconnaissance de la personnalité juridique à l'être humain est une question qui dépasse largement la technique juridique ; c'est le fondement de nos ordres juridiques appelés démocratie libérale dont la Révolution Française a permis l'éclosion.

Ce travail de déconstruction de la personnalité morale est nécessaire pour faire réapparaître la nature d'une entreprise privée : l'entreprise privée n'est pas une chose mystique, elle est simplement constituée d'actes juridiques de droit privé, elle doit se soumettre au marché et la logique du marché ne concerne pas seulement ce qu'elle produit mais également l'ensemble de ceux qui louent leur force de travail à l'entreprise : le dirigeant social et donc sa rémunération ne sont pas des organes [au sens de la théorie de l'organe] mais des contractants. La rémunération suit donc le régime du contrat.

Conclusion du Chapitre I

La question de la nature de la rémunération des dirigeants est au cœur de la théorie du droit et des analyses politiques. Il ne s'agit pas d'une simple question technique, qui pourrait être tranchée facilement mais cette nature révèle une ambivalence sur la nature de l'entreprise, de la société, de la personne morale de droit privé. Pour des raisons qui tiennent à l'histoire, l'intelligentsia française a été rétive au cours du vingtième siècle à l'idée que l'entreprise privée soit appropriée. Et la notion de personnalité morale construite comme étant un pur sujet similaire à celui d'une personne physique, a permis de maintenir une ambiguïté conceptuelle rassurante mais inexacte. Seulement, notre ordre juridique fondé sur la liberté individuelle permet l'appropriation des moyens de production [selon la terminologie utilisée par les marxistes]. Que l'on soit pour ou contre, l'économie est fondée, malgré la prégnance d'un Etat omniprésent sur la propriété privée et le contrat. La propriété privée collective n'a pas été réellement conceptualisée, pour des raisons qui tiennent à la technique mais également à l'histoire. Le législateur révolutionnaire et ceux qui l'ont suivi juste après n'aimaient pas les individus qui se réunissaient librement, que ce soit dans les sociétés ou dans des associations. La « science du droit des sociétés » s'appuie sur des images et métaphores dont la plus fameuse est la notion de personnalité morale. Déconstruire cette notion pour la

ramener à sa juste place n'est pas faire preuve de négationnisme à son égard mais souligne que la personnalité morale n'est qu'une enveloppe.

Chapitre II La rémunération du dirigeant, prestation contractuelle

« Tous les droits civils se réduisent aux droits de liberté, de propriété et de contracter²⁴⁵⁷. »

En réalité la substance de la société-personnifiée, c'est pour nous l'entreprise considérée comme un nœud de contrats organisés par ceux qui ont apporté les capitaux. Et c'est donc la propriété privée qui explique l'entreprise. La concentration de capitaux suscite une division du travail parfois poussée à l'extrême où la direction de la société, de l'entreprise est un travail qui paraît abstrait, peu tangible mais pourtant nécessaire.

D'où le risque d'avoir une rémunération qui ne correspond pas à la valeur ajoutée réelle de la prestation fournie²⁴⁵⁸. Une fois que la notion de personnalité morale a été réduite à ce qu'elle est ou devrait être²⁴⁵⁹, on peut se concentrer sur l'analyse juridique de la prestation de service fournie par le dirigeant social à la société dirigée. La notion de personnalité morale a obscurci la perception du lien juridique entre un mandataire social et la société qu'il dirige. Une société-personnifiée est substantiellement identique à une société en participation non dotée de la personnalité morale. A partir du moment où la personne morale de droit privé, à la différence éventuellement de l'Etat, personne morale suprême, ne peut imposer d'obligations sans consentement, on comprend en réalité que ceux qui travaillent en son nom le font toujours de leur plein gré, qu'ils soient rémunérés ou non. Mais l'absence de rémunération laisse souvent deviner un intérêt capitalistique. La substance d'une société est en réalité la coordination par contrats d'un complexe qui a été fondé initialement par un ou plusieurs capitaux. S'ils sont plusieurs, cas d'une société pluripersonnelle, la matrice de « l'ordre juridique normatif » instituée par le contrat de société découle initialement de la libre propriété privée et de la liberté contractuelle. Dans un ordre juridique de type

²⁴⁵⁷ CAMBACERES cité par P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 827, t.I, pp.103 et 106 cité par R. BADINTER, « Le plus grand bien... », Fayard 2004, p.39

²⁴⁵⁸ Phrase de Warren BUFFETT : Trop souvent, les PDG et les financiers ont des revenus qui n'ont rien à voir avec la performance ». in La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI.

²⁴⁵⁹ A savoir un sujet de droit qui offre une capacité juridique à un groupement de personnes ou de biens mais contrairement à son nom, la personne morale de droit privé n'est pas une vraie personne mais une notion qui relève du droit des biens, des contrats et du droit des suretés.

démocratie libérale, l'entreprise privée est forcément une entreprise fondée sur le contrat²⁴⁶⁰. Et la rémunération des dirigeants n'échappe pas à cette règle. Elle est issue d'un contrat. Pourtant cette analyse contractuelle de la rémunération a souvent échoué en doctrine à cause d'une mauvaise représentation dans les discours du droit de la personnalité morale, comme on l'a vu précédemment. Si le dirigeant social est considéré comme un organe d'une société dite institutionnelle, il ne peut y avoir de relation juridique contractuelle mais uniquement statutaire. Seulement en droit privé, l'idée de statut renvoie à celle d'unilatéralité et l'acte juridique unilatéral, créateur d'obligations. Or une telle faculté n'existe pas dans les relations de droit privé. Aucune personne de droit privé ne peut contraindre autrui sans son consentement.

Une analyse juridique sur le droit des contrats permet de constater ce que le bon sens empirique avait déjà relevé, c'est que la rémunération est la contrepartie d'une prestation de direction d'une société (Section I), peu importe la forme sociale étudiée. Ensuite, on verra que la reconnaissance de la nature contractuelle a des incidences comme permettre un meilleur contrôle de la rémunération des dirigeants (Section II).

²⁴⁶⁰ N. MOLFEISSIS, « Le contrat, La liberté d'entreprendre », in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr>

Section I. Le fait générateur de la rémunération

Débiteur de la rémunération

Les problèmes de conceptualisation de la société, de l'entreprise, de l'idée d'une personne morale totalement autonome ont perturbé la qualification de la rémunération des dirigeants et on l'a vu précédemment, la croyance que celle-ci serait un « statut » légal. Pourtant, malgré sa disparition du Code civil²⁴⁶¹, on peut dire que la rémunération a une cause et que cette cause, c'est la contrepartie d'un travail. Mais l'identification du travail du dirigeant n'est pas toujours aisée car il existe dans les faits une *summa divisio* dans la gestion de l'entreprise : soit le dirigeant ou le collège de dirigeants sont des associés importants de la société et dans ce cas, la direction est aussi dans leur intérêt ; d'un point de vue juridique, la rémunération peut être comparée à une récompense que la communauté devrait à des époux qui ont une activité au profit de celle-ci. Soit le dirigeant est un pur manager qui n'a pas d'intérêt dans la société qu'il dirige.

La réalité des sociétés fait que le débiteur de la rémunération peut être une autre entité que la société dirigée. Il est tout à fait possible qu'une autre société que celle où le dirigeant travaille verse la rémunération. Comme pour les salariés, la notion de groupe de sociétés ou d'entreprises, qui est une notion factuelle, est parfois dissociée de l'autonomie de la personne morale

§1. L'existence d'une relation synallagmatique entre la rémunération et une prestation à fournir

Aujourd'hui encore, comme on l'a vu en première partie, la rémunération des dirigeants est considérée comme étant institutionnelle par une doctrine abondante, même si parfois elle reconnaît l'existence d'un accord contractuel entre le dirigeant et l'entité juridique débitrice de la rémunération²⁴⁶². On a expliqué que cette confusion était due à plusieurs facteurs parmi lesquels l'emprise de grilles d'analyse issues du droit public appliquées à l'entreprise privée, à

²⁴⁶¹ G. WICKER, la suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? D. 2015 p.1557

²⁴⁶² J. de CALBIAC, « Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise », thèse Paris 2010 p.69, n°124 : « Bien que procédant dans les faits le plus généralement d'un accord de volonté, la rémunération du dirigeant revêt un caractère institutionnel. Dans les sociétés anonymes, les organes exécutifs tirent de dispositions législatives une compétence exclusive pour déterminer la rémunération des dirigeants ».

la société personnifiée. La propriété privée collective n'a pas également été conceptualisée dans le Code civil de 1804 ni dans le code de commerce de 1807 et le recours aux fictions et autres anthropomorphismes a souvent été préféré à l'analyse rigoureuse technique. Une certaine doctrine a préféré inventer des concepts alors qu'ils ne sont souvent pas viables, et a préféré le détour du *sui generis* pour analyser certains phénomènes. De surcroît, la question de l'entreprise, qui est éminemment politique, a parfois déformé encore plus la représentation et le discours du droit des sociétés. Nos longs développements sur la nature de l'entreprise privée dans un système fondé sur l'Etat de droit, la démocratie libérale et l'économie de marché ne sont pas destinés à les justifier mais à les expliquer. La science positive cherche à expliquer les phénomènes et à déduire dans la sphère micro-juridique des règles qui découlent de principes matriciels macro-juridiques. Par exemple, une entreprise privée opérant dans un ordre juridique fondé sur une économie de marché est forcément organisée par le contrat. Et la rémunération versée à ceux qui la dirigent est la contrepartie d'une activité²⁴⁶³. Les réformes récentes du droit des sociétés sont fondées sur ce postulat contractuel. Plusieurs difficultés expliquent l'absence de qualification de contrat parmi lesquelles le fait que la fonction de dirigeant soit apparue relativement récemment. Il existe depuis longtemps des personnes chargées d'administrer des sociétés mais c'était quasi-exclusivement des associés qui s'occupaient de la gestion. L'ancien article 1859 du Code civil indiquait que gestion sociale, sauf stipulations contraires, était la règle pour les associés²⁴⁶⁴ et le Code de commerce d'avant 1867 ne comportait pratiquement aucune disposition concernant la gestion sociale²⁴⁶⁵. Pourtant on peut préciser que le mandat social ou contrat de gestion est un contrat synallagmatique, à titre onéreux et commutatif car il existe une corrélation entre la prestation fournie ou espérée par le dirigeant et la rémunération qu'il reçoit ou recevra. Avant la réforme, on aurait dit que la rémunération est causée dans le sens de la cause objective, qui est la contrepartie espérée en échange de la contrepartie à fournir. Il faut donc s'intéresser d'une part à la rémunération en tant que telle et d'autre part à la fixation de celle-ci non d'un point de vue procédural mais d'un point de vue substantiel, c'est-à-dire à la fixation du prix, on verra ensuite que la contrepartie à fournir paraît confuse car la gestion est souvent assimilée (et parfois par nous-mêmes quand on veut faire vite) au pouvoir légal de représentation alors que ce pouvoir encadré est strictement juridique, ce qui est

²⁴⁶³ P. LE CANNU, Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales. Melanges AEDBF-France 1997 p.247 et s.: « On peut en effet énoncer en principe que toute contrepartie perçue en raison des fonctions de direction peut en effet s'analyser en une rémunération. On peut ajouter toutes sortes d'autres éléments notamment les avantages en nature...dès lors que la société les expose dans l'intérêt exclusif du dirigeant. »

²⁴⁶⁴ M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, 3^e édit. ; T. 3, 1905 p.57, n°901 ; V. aussi J.-M. PARDESSUS, Cours de droit commercial, Tome III, Paris 1815, p.24, n°979 et s.

²⁴⁶⁵ Code de commerce in Les cinq codes, 1826, imprimeur Chez MAME, Tours, articles de 1 à 50 qui traitent d'une manière confuse les trois sociétés commerciales de l'époque : SNC, commandite et SA.

rémunéré, ce n'est pas la gestion au sens juridique du terme (la représentation légale) mais la gestion au sens économique c'est-à-dire la gestion « politique » de l'entreprise qui est la création de valeur.

A. La rémunération, objet d'une obligation contractuelle

Pour lever les derniers doutes qui pourraient subsister, on va tenter de démontrer que la source de l'obligation de rémunération est forcément une source contractuelle. La création d'obligation de droit privé selon l'avis de François CHENEDE, que nous partageons, ne peut être que de deux sources possibles : soit l'obligation est volontaire, soit elle est imposée (par la loi lato sensu), une fois démontré que l'obligation n'est pas imposée mais résulte bien d'un accord contractuel, on verra que la fixation de la rémunération dépend du principe de commutativité subjective.

1. La question de la source de l'obligation de rémunération.

Avec la loi de 1867, l'activité de gestion d'une SA, par exemple, était une sorte de convention *sui generis*, un contrat innommé ? entre la société et son dirigeant²⁴⁶⁶. Avec la progression de l'institutionnalisation de la société, l'idée est apparue que les dirigeants sociaux bénéficieraient d'une sorte de statut (à l'instar de ce qui s'est passé en 1937 avec les fonctionnaires où le statut s'est substitué au contrat) et donc la rémunération serait le fruit d'un acte juridique unilatéral, créateur d'une obligation dont l'objet est la rémunération allouée au dirigeant. Pourtant un arrêt de la Chambre commerciale qualifiait d'obligation contractuelle²⁴⁶⁷ l'engagement accordé par le conseil d'administration d'accorder une rente viagère comme complément de retraite. Et cela nous paraît être la bonne qualification. Si on reprend la distinction de François CHENEDE²⁴⁶⁸ : il y a les obligations qui naissent volontairement et celles qui sont issues de la loi. Certes, le nouvel article 1100 évoque trois sources distinctes d'obligations, actes juridiques, faits juridiques ou autorité seule de loi mais en réalité, on peut réduire ces trois sources en deux : les obligations qui naissent volontairement et celles dont la « cause » se situe non pas dans la volonté privée mais dans la loi.

²⁴⁶⁶ LOI du 24 juillet 1867 sur les Sociétés, Art. 22. – Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, salariés ou gratuits, pris parmi les associés.

²⁴⁶⁷ Cass. Com 10 fevr 1998; Joly 1998, p. 521, note LE CANNU. ; RJF 1998 n°611

Dr. des Sté Avril 1998 p.15

²⁴⁶⁸ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.411, n°442 et s.

On va passer en revue ces deux sources.

a. La rémunération, une obligation légale ?

« Une obligation n'est juridique que si elle découle d'une source ; dans un sens plus technique, on parle de la cause juridique²⁴⁶⁹ ». Certes cette phrase issue d'un manuel suisse ne concerne pas le droit français mais elle demeure exacte en théorie du droit même si la cause n'était plus une notion juridique depuis son exclusion avec la réforme du 10 février 2016. Toute obligation a une source et cette source est juridique. Et si on réduit, il n'y a que deux sources de l'obligation en droit privé : la source légale et la source volontaire²⁴⁷⁰ : aux obligations légales issues de situations juridiques de droit privé, on peut ajouter l'obligation légale issue d'une « situation de droit public », ou plus exactement, l'obligation légale dont l'Etat est créancier et dont les redevables sont débiteurs, à savoir l'impôt par exemple²⁴⁷¹. La rémunération des dirigeants n'est-elle pas un type d'obligation légale comme peuvent l'être la créance fiscale et la créance de réparation de responsabilité civile ? Non. Car quand le législateur évoque une rémunération et les procédures légales afférentes aux pouvoirs légaux, il n'impose aucune rémunération. L'administrateur ainsi que le membre du conseil de surveillance d'une société anonyme voient leur rémunération fortement encadrée par le législateur²⁴⁷². Pour autant, le principe de verser une rémunération n'est jamais obligatoire, ni dans son principe, ni dans son montant²⁴⁷³. La rémunération est facultative, et lorsque celle-ci est versée, le montant est déterminé librement par ceux qui sont habilités à représenter la société ou par l'assemblée générale. En revanche, la contrainte légale dépend du choix de la forme sociale. Le législateur impose, par exemple : un organe spécifique, une procédure spécifique, de nommer un gérant si l'on choisit de faire une SARL mais l'objet de l'obligation, la rémunération éventuelle n'est pas fixée par la loi. La loi intervient bien dans le rapport juridique créé entre le dirigeant et la société dirigée (ou une autre personne) mais elle n'est pas la cause de l'obligation éventuelle, de même que la représentation en justice nécessite souvent l'office d'un avocat, les

²⁴⁶⁹ Ph. TERCIER, Le droit des obligations, 4e édit. Schulthess, p.47

²⁴⁷⁰ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé op.cit..411, n°442 et s.

²⁴⁷¹ Mais cette qualification est discutée et des auteurs considèrent que la dette fiscale n'est pas une obligation. V. Gr. FOREST, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, préface F. LEDUC, Dalloz, p.185, n°267 : n°267 : Existence de dettes sans créances, (pour l'auteur, c'est le cas de l'impôt)

²⁴⁷² L'article L. 225-44 interdit expressément toute autre rémunération que celle prévue par le code de commerce, à savoir les jetons de présence, rémunération exceptionnelle en cas de mission particulière, salaire versé en échange d'un contrat de travail et remboursement des frais de déplacement et toutes dépenses engagées dans l'intérêt de l'entreprise. (R. 225-33). V. M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, 25^e édit. « Droit des sociétés », p.283, n°519

²⁴⁷³ Br. DONDERO, La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants ! Gazette du Palais, 06 octobre 2012

honoraires sont déterminés librement par les parties²⁴⁷⁴. La cause d'une obligation légale n'est pas la volonté mais la loi (ou volonté publique). Par exemple, en matière de responsabilité civile, la causalité n'est pas seulement une condition technique de la responsabilité fondée sur l'article 1382 mais également la cause de l'obligation de réparation dont le responsable est débiteur²⁴⁷⁵.

La qualification d'obligation légale n'est donc pas viable. Parmi les obligations qui réalisent un transfert voulu par les parties, il faut distinguer l'obligation issue d'un contrat de celle issue d'un acte juridique unilatéral créateur d'obligations appelé aussi engagement unilatéral de volonté. Ce dernier est controversé quant à son existence même.

b. L'obligation voulue par les parties.

La question de l'acte juridique créateur d'obligation

L'acte juridique est un ensemble dont le contrat fait partie (Article 1100 du Code civil) et lorsque l'acte émane d'une seule personne, il s'agit d'un acte juridique unilatéral. La question se pose véritablement en ce qui concerne la théorie de l'engagement unilatéral i.e. l'acte juridique unilatéral créateur d'obligation : s'il est évident qu'il est impossible de créer une dette à l'égard d'autrui (seul l'Etat peut le faire), en revanche, est-ce qu'une personne privée pourrait se rendre débitrice à l'égard d'autrui ? Et si c'est le cas, est-ce que la décision de « l'organe » qui alloue une rémunération au mandataire social ne pourrait pas être qualifiée d'engagement unilatéral ?

La question de l'acte juridique unilatéral créateur d'obligation analysé par le prisme de la contrepartie

La notion d'obligation légale est inapte pour expliquer la nature de la rémunération du dirigeant d'un point de vue de la technique juridique. Cependant, les partisans de la conception institutionnelle de la rémunération peuvent arguer du fait que la rémunération serait donc issue d'un acte juridique unilatéral, c'est-à-dire une obligation résultant d'un engagement unilatéral de volonté créateur d'obligation. Cette théorie de l'engagement unilatéral est-elle transposable en droit des sociétés ?

Dans un arrêt important de 1985, la Chambre commerciale avait énoncé que le conseil de surveillance d'une société à directoire a une compétence exclusive pour fixer le mode et le

²⁴⁷⁴ Nous pourrions également citer l'exemple de l'obligation d'assurance pour le propriétaire d'un VTM

²⁴⁷⁵ Ch. QUEZEL- AMBRUNAZ, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile. Préface Ph. BRUN. Dalloz p.10, 12, p.342 et s. Et cette cause n'est pas déterminée par les parties (l'équivalent économique voulu du professeur MAURY) mais par l'ordre juridique aux articles 1382 et s. Nous employons le terme ordre juridique pour ne pas distinguer entre le droit écrit et le droit des juges, car pour nous, il s'agit d'une différence de degrés et non de nature. (Sur ce point, inspiration claire de H. KELSEN

montant de la rémunération de chacun des membres du directoire par un pouvoir propre de décision, ce même conseil peut donc modifier, supprimer la rémunération qu'il a accordée antérieurement²⁴⁷⁶. Dans un autre arrêt, le commentateur de la décision jurisprudentielle précise que la décision du conseil d'administration est un acte unilatéral collectif émanant d'un organe de la société²⁴⁷⁷. Dans un arrêt plus récent, le commentateur évoque toujours un engagement unilatéral pour désigner la nature de l'acte octroyant la rémunération et justifie la nouvelle solution jurisprudentielle en matière de modification de la rémunération par la nature de l'engagement unilatéral²⁴⁷⁸. Lorsque l'engagement est pris, la société est engagée de manière irrévocable sur la période considérée. On remarque que la nature de l'engagement justifie d'abord un régime juridique puis sa modification avec toujours la même qualification d'acte juridique unilatéral. Si initialement la jurisprudence semblait admettre la possibilité à l'organe compétent d'une société anonyme de modifier ou supprimer une rémunération même rétroactivement, l'arrêt du 10 février 2009 a limité cette possibilité. La conception institutionnelle de la rémunération dans certaines formes sociales repose sur l'idée d'une sorte de souveraineté de l'organe compétent qui peut modifier unilatéralement une décision prise. Dans les faits, le « dirigeant capitalistique » (qui possède une part significative des titres sociaux) sera à l'abri d'une telle décision. Seul le dirigeant non propriétaire de l'entreprise est menacé par cette solution. Néanmoins, on peut quand même se poser la question de savoir si un acte juridique unilatéral peut-être créateur d'obligations²⁴⁷⁹ ? Evidemment, la volonté ne peut rendre une autre personne débitrice mais est-ce que la volonté peut rendre une personne créancière sans son consentement ? La question abordée est donc celle de savoir si un acte juridique unilatéral peut être créateur d'obligation²⁴⁸⁰. Cette question revient donc à se demander si la dette peut exister en dehors d'un rapport juridique conventionnel²⁴⁸¹. La dette de la société à l'égard du dirigeant puiserait sa source dans un engagement unilatéral²⁴⁸² ?

L'obligation est par essence une relation juridique à deux personnes²⁴⁸³, la volonté d'une seule peut-elle faire naître un rapport obligatoire sans le consentement du créancier ? La

²⁴⁷⁶ Cass. Com. 16. Juillet 1985, RS 1985

²⁴⁷⁷ C.A. Paris, 19 mai 1998, M. STORCK, Joly Sté 1998 p.1164 ; v. aussi CA Paris 19 mai 1998, A.COURET, JCP E 1998 n°45 p.1787

²⁴⁷⁸ Cass.com., 27 janv.2009, Joly Sté 2009 p.664 §132

²⁴⁷⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 9e édit. 2017, P.213, n°431 et s.

²⁴⁸⁰ Cette question est abordée par J. MARTIN DE LA MOUTTE, thèse p.249, n°267 et s.

²⁴⁸¹ J. MARTIN DE LA MOUTTE, L'acte juridique unilatéral essai sur sa notion et sa technique en droit civil Préface de P. RAYNAUD, Sirey 1951, p. 249, n°267

²⁴⁸² Sur la notion de dette, Grégoire FOREST, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, préface F. LEDUC, Dalloz 2012 p.174 : « La dette est une norme issue du droit objectif. Elle est un ordre qui, adressé sous la menace d'une sanction, vise à contraindre le débiteur à adopter tel comportement. Juridiquement, la dette prend la nature d'un devoir. Mais elle est un devoir d'un genre particulier, en ce qu'elle contraint un destinataire en particulier au lieu de s'appliquer à une masse indéterminée d'individus. »

²⁴⁸³ Gr. FOREST, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op.cit.

théorie d'origine allemande de l'engagement unilatéral permettrait d'expliquer des phénomènes où un acte juridique unilatéral crée une obligation ²⁴⁸⁴. Il s'agit d'une variété d'actes juridiques unilatéraux²⁴⁸⁵. Car si la question de l'acte juridique unilatéral ne pose pas de difficultés lorsque l'acte a pour effet d'être abdicatif et extinctif, déclaratif ou translatif de droit, en revanche, la question de la création d'obligation est âprement discutée²⁴⁸⁶. Le testament est parfois donné à titre d'exemple d'acte juridique unilatéral créateur d'obligation alors qu'il faut néanmoins le consentement du légataire. En réalité le droit civil pur ne connaît que très peu d'hypothèses d'actes juridiques unilatéraux créateurs d'obligation²⁴⁸⁷. Certains actes juridiques rangés dans la catégorie des actes juridiques unilatéraux créateurs d'obligation ne créent en réalité aucune obligation. C'est l'exemple de la promesse de contracter. La promesse en tant que telle ne crée pas d'obligation. C'est la vente subséquente qui créera l'obligation. « *En réalité, l'offre de contrat, comme la promesse de contrat, ne fait naître aucune obligation : elle ne réalise aucune commutation*²⁴⁸⁸ ». Le promettant est-il vraiment tenu d'une obligation de faire, qui serait de maintenir sa promesse pendant la durée d'option conférée au bénéficiaire de la promesse ou d'une obligation de ne pas faire qui serait de ne pas révoquer son offre pendant le délai d'option ? Comme l'explique le professeur CHENEDE, l'engagement du promettant n'est peut-être pas dû à une obligation qui n'existe pas mais se justifie par la force obligatoire de l'engagement. La promesse unilatérale de contrat est un contrat unilatéral et comme tout contrat, l'engagement pris par une des parties doit être respecté. Il n'est peut-être pas nécessaire de justifier cet engagement par l'existence d'un engagement unilatéral créateur d'obligation mais plus par le fait que le contrat est doté d'une force obligatoire²⁴⁸⁹. Le contrat fait naître une norme qui ne se limite pas à la seule création d'obligation. Guillaume WICKER explique que l'assujettissement des parties au contrat induit des obligations implicites aux parties « *de ne pas faire obstacle à la réalisation du but contractuel*²⁴⁹⁰ ». Pascal ANCEL a également proposé cette idée qu'il puisse exister une

²⁴⁸⁴ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008p.99 et s. n°105 et s.

²⁴⁸⁵ J.-L. AUBERT, *Rep. civ. DALLOZ*, 2016, n°4: "L'engagement par volonté unilatérale peut-être défini comme un acte juridique unilatéral générateur d'obligations ».

²⁴⁸⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*. 14e SIREY université.p.468 et s. n°499 et s. ; V. Fr. CHENEDE, *Les commutations*, op.cit. p.99 n°105 et s. ; J.-L. AUBERT, *rep. Civ. DALLOZ engagement unilatéral de volonté*.

²⁴⁸⁷ V. Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.99 et s., n°105 et s.

²⁴⁸⁸ Fr. CHENEDE, *les commutations*, op.cit. p. 101 n°109

²⁴⁸⁹ Dans la même idée, le professeur ANCEL dénonce l'assimilation par la doctrine classique de la norme contractuelle à la création d'obligation. Pour beaucoup d'auteurs, le contrat est limité à la création d'obligation

²⁴⁹⁰ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat » in : *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, *Dalloz* 2003, p.165, n°21 et s.

force obligatoire en l'absence de contenu obligationnel²⁴⁹¹, notamment dans les contrats-cadres et cet auteur met en exergue également le fait que la découverte récurrente de nouvelles obligations par la jurisprudence est souvent artificielle, que « *l'obligation que l'on prétend découvrir à chaque fois, n'est rien d'autre que « l'obligation de respecter le contrat », laquelle est bien différente d'une véritable obligation comme celle que le contrat peut par ailleurs créer²⁴⁹² »*. Le contrat ne fait pas seulement naître des obligations mais également une norme comportementale que se doivent de respecter les parties²⁴⁹³. On peut se demander si derrière de prétendus engagements unilatéraux, il n'y a pas en réalité des contrats déjà formés ? Lorsqu'une personne attaque en justice une personne qui a retiré son offre trop rapidement alors qu'elle voulait lever l'option par exemple, ne demande-t-elle pas à être engagée par le contrat qui aurait dû se former si elle avait pu lever l'offre à temps ? Ou n'est-ce pas une faute délictuelle que de retirer son offre ?

Par exemple, on prend souvent comme archétype d'engagement unilatéral l'article 657 du BGB. Cet article dispose que « *Celui qui, par avis public promet une récompense pour l'accomplissement d'une action, notamment pour atteindre un résultat, est tenu de la payer à celui qui a accompli l'action, même s'il a agi en méconnaissance de la récompense²⁴⁹⁴ »*. Prenons l'exemple trop banal du chat perdu, où le propriétaire chagriné promet une récompense à celui qui lui ramènerait le chat. Et le propriétaire du chat doit verser la récompense même si une personne le ramène et ne savait pas qu'il y avait une récompense : en réalité, soit la personne qui a ramené l'animal domestique refuse la récompense, soit elle la demande après l'avoir ramené. Si c'est le cas, il s'agit en fait d'une question de formation de contrat car la personne bénéficiaire de la promesse de la récompense dispose en réalité d'une option tacite qu'elle peut lever ou non. En ramenant le chat, cette personne, peut-être sans le savoir, accomplit un acte matériel qui devient juridique car le propriétaire du chat a émis une offre. Par cet acte matériel de rendre le chat, la personne bénéficie juridiquement d'une option de choisir ou non la récompense prévue. Si elle lève l'option, elle devient créancière du propriétaire du chat. Mais d'un point de vue économique et juridique, la créance de verser une somme d'argent est corrélée à l'exécution d'un acte matériel (ramener le chat). On a affaire un contrat tacite qui se formerait a posteriori mais uniquement si le bénéficiaire lève l'option. [Celui qui a ramené le chat peut très bien refuser la récompense]. Même cet exemple prouve que l'obligation nécessite toujours le consentement, même du créancier.

²⁴⁹¹ P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999 p.771, n°25 et s.

²⁴⁹² P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999 p.771, n°25 et s.

²⁴⁹³ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat » in : Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la dir. Ph. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz n°15 et s.

²⁴⁹⁴ Cl. WITZ, M. PEDAMON, Code civil Allemand (BGB), Dalloz 2010

La question de l'engagement unilatéral est donc controversée en droit français et les cas où il est avéré sont très limités²⁴⁹⁵. Lorsque l'on promet une récompense à une personne qui a retrouvé un objet, n'est-ce pas une sorte d'invitation à contracter implicite²⁴⁹⁶ ? L'offre de contracter serait un engagement unilatéral créateur d'obligation ? Mais n'est-ce pas en réalité une question de responsabilité ? Finalement, on peut contester le fait que l'acte juridique unilatéral « *soit, de manière générale, une source d'obligations*²⁴⁹⁷ ». Les éventuels cas (soumis à discussion) ne permettent pas d'en déduire l'existence d'un principe²⁴⁹⁸.

En ce qui concerne la rémunération des mandataires sociaux, on ne croit pas réellement à l'existence d'un acte juridique créateur d'obligation car l'obligation est un rapport juridique entre un créancier et un débiteur. Or ce lien de droit, en droit privé, suppose qu'il s'établisse librement, sans contrainte. Donc derrière l'analyse d'un engagement unilatéral, il y a en réalité un problème de formation du contrat. En matière de société personnifiée qui est une forme de propriété privée collective sophistiquée, la question peut susciter un problème de pouvoir, de compétence et c'est en cela qu'il existe une forme d'unilatéralité car les « organes » prétendus qui agissent au nom de l'entité personnifiée le font en vertu d'un pouvoir et on sait depuis la thèse d'Emmanuel GAILLARD qu'une relation de pouvoir a toujours un aspect unilatéral même quand le pouvoir est utilisé pour contracter avec un tiers.

La rémunération, objet d'une prestation contractuelle : source contractuelle de l'obligation de rémunération

Mais si la rémunération ne prend sa source ni dans la loi (obligation légale), ni dans un acte juridique unilatéral, celle-ci ne peut donc avoir qu'une cause conventionnelle car il n'y a pas d'autres sources de créations d'obligation en droit privé²⁴⁹⁹. Dans sa thèse, François CHENEDE

²⁴⁹⁵ J.-A. AUBERT, Engagement unilatéral par volonté unilatérale. Rep. Civ. DALLOZ ,n°33 et s.; Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale Quasi contrats, PUF 2014, p.20, n°1 : « ...l'engagement unilatéral n'est pas concevable car il faut au moins deux volontés pour créer des obligations puisque l'obligation est un lien de droit entre au moins deux personnes »

²⁴⁹⁶ J.-L. AUBERT, Rep. civ. DALLOZ op.cit. ,n°24

²⁴⁹⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 9e édit. 2017, p.231, n°435

²⁴⁹⁸ Contra. MM. FLOUR, AUBERT et SAVAUX que l'engagement unilatéral de volonté existe en droit positif, FLOUR, AUBERT, SAVAUX, Les obligations, 14e p.469, n°500-501 ; V. aussi . Pourtant, un auteur a consacré sa thèse de doctorat à « l'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain ». L'auteur estime que le débat controversé sur l'aspect créateur de l'obligation d'un acte juridique unilatéral fut clos du fait de la position de M. MARTIN DE LA MOUTTE, thèse dans laquelle l'auteur a écarté la possibilité qu'un acte juridique unilatéral puisse être créateur d'obligation et qui fit autorité Pour M.-L. IZORCHE, l'existence de l'engagement unilatéral ne fait aucun doute et elle affirme qu' « une obligation peut exister sans être rattachée à son créancier ». , M.-L. IZORCHE, « L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain », Préf. J. MESTRE PUAM p.18 n°6

²⁴⁹⁹ François CHENEDE comme Philippe TERCIER (professeur en droit suisse) ne voit que deux grandes sources de créations de l'obligation : la source légale (avec des ramifications) et la source volontaire (avec des ramifications également). Fr. CHENEDE, Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations .

fait l'analyse selon laquelle en réalité, une obligation n'a que deux sources possibles : soit elle est voulue, soit elle est imposée par la loi²⁵⁰⁰. Or certains pourraient objecter que c'est la loi, dans les cas des sociétés anonymes par exemple, qui est la source de cet engagement de verser une rémunération. Et là encore, le professeur CHENEDE répond à ceux qui commettent cette confusion : « *Lorsque la loi se contente d'octroyer aux parties la faculté de créer une obligation, c'est dans la volonté de celles-ci que doit être trouvée la source de leur engagement*²⁵⁰¹ ». Et de rajouter « *ils confondent la création et la sanction de l'obligation. La question de la source de l'engagement contractuel n'est pas celle du fondement de sa force obligatoire*²⁵⁰². » Si la procéduralisation de la rémunération de certains dirigeants de certaines formes sociales est bien réelle (SA, SARL, voire SAS), il n'est pas exact de dire pour autant que c'est la loi qui est la source de cet engagement²⁵⁰³. La loi vient encadrer la procédure de détermination pour de nombreuses raisons mais la décision de verser telle ou telle rémunération, est la conséquence *in fine* de la décision des associés, le plus souvent à la majorité qualifiée. Il faut préciser que dans une société anonyme, la loi impose une construction à deux niveaux de représentation car les associés n'ont pas de relation directe avec les mandataires sociaux exécutifs (directeurs, président du SA), les conseils (d'administration ou de surveillance) par délégation de pouvoir de l'assemblée, sont habilités à déterminer la rémunération des dirigeants sociaux.

Une rémunération causée

Paul LE CANNU définissait la rémunération comme « la contrepartie, versée au dirigeant par la société dirigée, de l'activité qu'il déploie dans l'exercice de ses fonctions de direction²⁵⁰⁴ ». La jurisprudence du 3 mars 1987 et les récentes lois BRETON et notamment TEPA sont également fondées sur l'idée de contrepartie, de performance. L'idée que la rémunération est issue d'un contrat existait déjà depuis longtemps en doctrine, en pratique et jurisprudence. Néanmoins il existe un flottement car le prisme du droit des obligations n'est pas utilisé dans la démonstration. Même si un arrêt de la Cour de cassation évoque l'idée d'une source contractuelle, d'autres se contredisent en disant que la rémunération n'est pas issue d'une convention (arrêt du 4 mai 2010, 4 novembre 2011). De surcroît, toute obligation devant avoir

Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.377 et s., n°397 et s., Ph. TERCIER, « Le droit des obligations », 4e édit. Schulthess, p.47-52, n°140-168

²⁵⁰⁰ Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*. Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008 Chapitre II de Titre I de Partie II p.396, n°425 : « L'obligation est soit voulue par les parties, soit imposée par le législateur »

²⁵⁰¹ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé.. op.cit.p.398, n°428,

²⁵⁰² Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé, p.401, n°432

²⁵⁰³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, 3^e édit. p.11-12 sur les échanges volontaires et involontaires en droit des obligations

²⁵⁰⁴ P. LE CANNU, *Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales*, *Melanges AEDBF-France* 1997 p.247 et s.

un fondement juridique, une cause²⁵⁰⁵, on en déduit que l'obligation ne peut être issue que d'un acte juridique contractuel. Tout transfert de numéraire d'un patrimoine à un autre a une cause au sens privatiste du terme²⁵⁰⁶. « *L'obligation est la forme juridique que prend l'échange*²⁵⁰⁷ » Techniquement, la rémunération est une somme d'argent ou un avantage en nature dont la société est débitrice envers son mandataire social, c'est-à-dire un créancier. Il s'agit donc d'un rapport d'obligation : de l'objet d'une obligation, à savoir une prestation²⁵⁰⁸.

Synallagmatisme : obligations réciproques et interdépendantes

Toute obligation est causée. C'est en tout cas le système du droit français qui exige une cause à l'engagement. La littérature quasi-intarissable sur la notion de cause a peut-être fait perdre de vue le questionnement essentiel : un acte juridique n'est qu'un moyen pour passer d'une situation A à une situation B. Un acte juridique pour être valide, (pas forcément effectif) doit être reconnu par l'ordre juridique comme étant valable²⁵⁰⁹. Une norme n'est norme que si celle-ci s'insère dans un ordre juridique donné²⁵¹⁰. La cause a donc pour fonction essentielle de vérifier que l'acte fait bien partie des actes juridiques dans un système consensuel. Il est parfois dit que le consensualisme s'oppose au formalisme. Là encore, la dichotomie terminologique peut induire en erreur. Plus exactement, dans un système consensualiste, le choix de la forme est laissé aux parties mais la volonté doit bien trouver un moyen d'être exprimée. Il y a donc une forme nécessaire mais cette forme est libre²⁵¹¹. Même dans un

²⁵⁰⁵ Certes, la notion de cause a été retirée du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 mais la fonction comme certaines solutions du droit prétorien resteront sûrement dans le droit positif. V. G. WICKER, La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? D. 2015, p.1557

²⁵⁰⁶ J. MAURY, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Troisième journée de droit Franco-Latino-Américaines (Toulouse, octobre 1950) p.5 : Distinction entre la cause efficiente, la cause source et la cause finale. « Les actes juridiques sont des actes volontaires, que la volonté ne peut être séparée de sa fin ou de ses fins qui, seules, la rendent compréhensible... ». « C'est reconnaître que le contrat, conçu comme un simple accord des volontés, ne suffit pas à justifier l'obligation, car ce contrat n'est licite et n'a d'effet qu'en fonction des buts poursuivis par les contractants, de leur intention ». V. aussi J. MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français cité par G. WICKER, La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique p.57 « la cause, c'est la force qui justifie, d'un patrimoine à un autre, un déplacement de valeur. Elle introduit dans le monde juridique le mouvement. »

²⁵⁰⁷ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale Quasi contrats, PUF 2014p.17 n°1

²⁵⁰⁸ « La prestation qu'une personne s'oblige à effectuer au profit d'une autre peut être la remise d'un bien ou l'accomplissement d'un service ». in Fr. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Cours de droit civil, Contrats, obligations, régime PUF p.17, n°1

²⁵⁰⁹ G. WICKER, « La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », in G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, « Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe ». Edit sellier 2009 p.53 et s.

²⁵¹⁰ H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. Ch. EISENMANN, édit. Bruylant L.G.D.J. reprint 1999

²⁵¹¹ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s.,p.33 et s.: n°4 : Observations sur le formalisme. « L'ordre juridique peut prescrire à la manifestation de la volonté une certaine forme : la volonté devant s'exprimer par certains gestes, ou par écrit, etc. Ce formalisme est un trait caractéristique du droit primitif. Mais étant donné que la technique du droit rend indispensable une expression quelconque de la volonté, un minimum de formalisme est inévitable »

système consensualiste comme l'est le Code civil français qui accorde la faculté aux parties de créer leurs obligations par acte juridique, il est néanmoins nécessaire de mettre en place un contrôle minimum avec des conditions de validité des actes. Ces conditions de validité de l'engagement sont nécessaires car sinon la moindre plaisanterie pourrait entraîner la création d'une obligation. L'acte abstrait est donc un acte qui engendre une obligation abstraite à l'encontre duquel l'absence de cause n'est pas opposable²⁵¹². La rémunération des dirigeants sociaux serait-elle la conséquence d'un acte abstrait ? La seule décision de l'organe compétent entraînerait la création d'une obligation indiscutable au profit du mandataire social ? Absolument pas. La rémunération est causée et l'exigence de performance imposée de plus en plus par la *soft law* comme par le législateur avec la loi TEPA infirme cette éventuelle qualification d'acte abstrait. Le code de gouvernance de juin 2013 AFEP-MEDEF exige que « *la rémunération d'un dirigeant mandataire social est fonction du travail effectué, des résultats obtenus, mais aussi de la responsabilité assumée*²⁵¹³. » ou encore « *les critères de performance utilisés pour établir la partie variable annuelle de la rémunération, les rémunérations pluriannuelles ou le cas échéant pour l'attribution d'options d'actions ou d'actions de performance, doivent correspondre aux objectifs de l'entreprise, être exigeants, explicables, et autant que possible pérennes* » ou bien aussi « *Cette rémunération doit être appréciée dans le contexte d'un métier et du marché de référence européen ou mondial ;* ». Le Code de gouvernance s'inscrit dans la lignée de la rédaction de l'article L.225-42-1 al.2 (et L.225-90-1) : « *Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéficiaire n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale de la société ou la direction générale déléguée* ».

Même si ces textes législatifs et para-législatifs n'ont pas conceptualisé l'idée en tant que telle, l'idée que la rémunération du dirigeant est la contrepartie d'un travail de gestion apparaît clairement dans l'esprit de ces textes. La rémunération est la contrepartie d'une prestation que doit fournir le dirigeant à la société. La cause de la rémunération trouve sa cause dans la gestion de l'universalité qui lui a été confiée. C'est donc un contrat à titre onéreux qui est la source de la rémunération du dirigeant. L'erreur de la doctrine qui défend la vision institutionnelle a été de confondre l'*instrumentum* de la rémunération avec le *negotium*²⁵¹⁴.

²⁵¹² En revanche, dans les systèmes basés sur les actes abstraits, l'obligation existe du simple fait que le débiteur veuille l'obligation, c'est « la promesse qui fonde par elle-même l'obligation » (Exemple du BGB §780). Il est dit que les actes abstraits n'ont pas de cause, il est peut-être plus exact de considérer que les actes abstraits ont une cause : la cause efficiente de ces actes se limite à l'émission d'une volonté donnée à un moment donné qui a respecté un certain formalisme imposé par l'ordre juridique. Ces actes confèrent donc une sécurité juridique très importante à l'obligation créée. Celle-ci n'est pas contestable. Le droit des affaires notamment international connaît cette faculté (la garantie à première demande).

²⁵¹³ Code de gouvernance AFEP MEDEF, n°23-2

²⁵¹⁴ CI BRENNER, ACTE, Rép. Civ. Dalloz janvier 2013 actualisation : juin 2016, N°2

Car finalement le mot convention est ambivalent et Hans Kelsen relève ce risque de confusion²⁵¹⁵. La convention est à la fois une procédure et la norme issue de cette procédure contractuelle. Pour une multitude de raisons, le législateur a choisi d'encadrer la procédure de détermination de la rémunération des dirigeants sociaux de certaines formes sociales, voire de certains éléments de rémunération comme les stock-options ou les attributions gratuites d'action mais en réalité, le *negotium*, relève toujours d'un accord de volonté entre le dirigeant bénéficiaire de la rémunération et ceux qui représentent le groupement.

Les nombreux éléments de rémunération que peut appréhender un dirigeant social dans une grande entreprise a fait perdre de vue que la rémunération était unique et avait toujours la même cause²⁵¹⁶ : la prestation que doit fournir le dirigeant à la société. « La cause est identifiée, dans les contrats synallagmatiques, la contrepartie attendue²⁵¹⁷ ». La rémunération des dirigeants sociaux a pour cause le travail de direction exercé. On est donc en présence d'un véritable contrat à titre onéreux car comme l'écrivait G. ROUHETTE, « *La cause est ainsi immanente à la notion même de contrat à titre onéreux, d'où vient qu'on peut méconnaître son véritable rôle*²⁵¹⁸ ».

Problème pour identifier la partie débitrice de la rémunération.

Le dirigeant social qu'il soit mandataire social exécutif ou non, est le plus souvent une personne physique. Dans certaines formes sociales²⁵¹⁹, le mandataire social peut être une personne morale. En réalité il s'agit juste d'un échelon supplémentaire car *in fine* le travail de direction sera fait par une personne physique qui sera le représentant permanent de la personne morale²⁵²⁰.

En revanche, la question de la personne débitrice de la rémunération a pu parfois complexifier l'analyse contractuelle avec l'existence d'une société dirigée, d'une personne dirigeante et d'une troisième qui va verser la rémunération. Le cas le plus typique se situe dans un groupe de sociétés où le dirigeant va être rémunéré par une société-tierce juridiquement mais qui est

²⁵¹⁵ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s.§2 : « La compréhension de la fonction créatrice de la convention, en tant qu'acte créateur de normes juridiques, est également troublée par le fait que le mot « convention », renferme une équivoque très dangereuse. » La convention est à la fois l'acte ou procédure déterminée ainsi que la conséquence attachée par le droit à cet acte. « En disant : « conclure une convention, on pense à l'acte, à la procédure, en disant exécuter une convention ou remplir un contrat, on pense à la norme se dégageant de la convention »

« La convention devient un fait « créateur de normes juridiques »

²⁵¹⁶ Code de gouvernance AFEP MEDEF

²⁵¹⁷ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat » in : Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz 2003, n°4

²⁵¹⁸ G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat. 1965, p.481

²⁵¹⁹ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011p.273, n°336

²⁵²⁰ B. OPPETIT, « Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une SA. », JCP G 1969 I 2227

liée. Parfois ce sont les actionnaires majoritaires qui vont contracter directement avec le dirigeant social et le rémunérer pour le travail effectué. Dans cette occurrence, on a l'impression qu'il y a un rapport juridique à trois personnes mais en réalité, quelle est la différence réelle, d'un point de vue économique, entre un accord entre un mandataire social et la société qu'il dirige, composée des associés (A,B,C) et un accord entre le même mandataire social et la société-mère de la société qu'il dirige composée des actionnaires A et B. La personnalité morale d'une société remplit sa fonction de « simplifier » les rapports personnels et patrimoniaux et est l'effet légal d'une organisation contractuelle d'une propriété privée collective. On va voir succinctement trois façons d'organiser la relation contractuelle entre un mandataire social et un pseudo-tiers juridique.

Rémunération et pactes d'actionnaires

De nombreuses opérations juridiques, des montages sont réalisés par le biais de pactes d'actionnaires où la rémunération des dirigeants peut être négociée²⁵²¹. Lors de reprises d'entreprises par le biais d'un effet de levier (LBO²⁵²²), ou d'autres moyens de croissance externes (fusion, acquisition), il est possible que certains dirigeants ou hauts salariés se voient conférer un partage de la future plus-value espérée par le biais d'une convention de management package. Indépendamment de la question fiscale et sur la qualification de ces revenus²⁵²³, il est intéressant de remarquer qu'un investisseur actionnaire majoritaire ou qui contrôle une société, peut négocier directement avec les dirigeants en place et certains « hauts salariés » des éléments de rémunération²⁵²⁴. Certes ces accords doivent être conformes à l'intérêt de la société mais il est intéressant de relever cette contractualisation qui d'une part n'est plus abstraite (on fait fi de la personnalité morale) et qui d'autre part est la conséquence directement de la propriété privée : plus un actionnaire ou un groupe d'actionnaires (investisseur institutionnel, gérant de fonds) réunis par convention prennent pied dans une société, plus l'intérêt social devient le leur. Précédemment, on a pris l'exemple d'un acquéreur qui obtenait la totalité des titres d'une société, qui pouvait la sortir de la cote et même, s'il le souhaitait, supprimer la personnalité morale et devenir propriétaire en nom propre de l'entreprise.

Le pacte d'actionnaires peut également s'enquérir du départ du dirigeant social et dans ce cas prévoir une retraite complémentaire, les conditions de rachat des titres sociaux si le dirigeant

²⁵²¹ S. SCHILLER, Pactes d'actionnaires, Répertoire de droit des sociétés D. janvier 2017, n°137-n°138

²⁵²² M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit., LexisNexis 2018, p.805 et s., n°1970 et s.

²⁵²³ Nombreux redressements de l'administration fiscale dans ce type de situation pour requalifier. J.-L. MEDUS, Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des managements packages BJS,01/05/2012 - n° 05 – p. 45

²⁵²⁴ J.-P. DOM, Le statut des dirigeants, Ouvrage collectif, Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire, collec. Actualité de droit de l'entreprise, n°30 LexisNexis, Introduction, B. SAINTOURENS,

social en possède ainsi que les conditions pour toucher un parachute doré²⁵²⁵. Il ne s'agit pas de retraiter, ce qui le fut en première partie, mais de montrer que le travail de direction accompli au nom de la société personne morale est en réalité une couverture et qu'un associé ou groupe d'associés qui pèsent suffisamment dans l'entreprise peuvent diriger cette dernière par le biais de clauses statutaires ou extrastatutaires. Le capital investissement et plus généralement les investisseurs professionnels ont compris que la maîtrise du contrôle d'une société permettait de reprendre la main sur les dirigeants sociaux²⁵²⁶. Et cette reprise se fait par le contrat, l'éclatement du capital donne le champ libre aux dirigeants sociaux mais le regroupement du capital par le biais de fonds d'investissement ou d'entités juridiques qui sont sous le contrôle d'entrepreneurs multimillionnaires ou milliardaires a permis de vérifier que c'étaient toujours la propriété privée et le contrat qui étaient la loi en droit des sociétés.

2.Principe de commutativité subjective : la fixation du prix, cœur du problème de la rémunération

Exposé du principe

Un contrat-échange de type *permutatio* se définit comme « une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif des valeurs échangées ²⁵²⁷ ». On pourrait concevoir l'idée d'un équilibre objectif des contreparties, avec la généralisation de la possibilité d'une rescision pour lésion²⁵²⁸. Mais ce n'est pas le choix du droit français. J. MAURY a peut-être été le premier à conceptualiser cette équivalence subjective dans sa thèse²⁵²⁹ ainsi que dans un article : « Dans les contrats à titre onéreux, la cause est l'équivalent voulu par l'obligé²⁵³⁰».

²⁵²⁵ S. SCHILLER, Pactes d'actionnaires, Répertoire de droit des sociétés D. janvier 2017, n°150 à 155

²⁵²⁶ A. COURET, La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises, Gazette du Palais, 28 août 2014 « Les actionnaires, à un certain moment, ont pris conscience de leur place pour prendre l'ascendant sur les dirigeants. Aux États-Unis, les dirigeants de fonds d'investissement ont essayé de trouver un compromis avec les dirigeants de sociétés » (supra première partie sur les théories managériales).

²⁵²⁷ J.-M. POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, n°238 et n°239 ; G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, préf. R. RODIERE, 1965, . P.591 à 594 « une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif des valeurs échangées »

²⁵²⁸ J. GHESTIN, Introduction in l'Echange des consentements, R.J.Com, novembre 1995 pp.69 et s. p.21 n°25 : Hypertrophie de la volonté, « La lésion, déséquilibre objectif des prestations, est alors comprise comme faisant présumer un vice du consentement

²⁵²⁹J. MAURY, essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, th. Toulouse, 1920. Conclusion partielle de la p.57 : « Il n'y a d'équivalent juridiquement efficace que l'équivalent économique, c'est-à-dire pécuniairement appréciable. La cause, c'est l'équivalent économique ». ,p.243, G. ROUHETTE, Universalis, le contrat,« En un sens large, constitue un échange tout contrat par lequel une des parties consent un sacrifice en vue de se procurer un avantage correspondant, c'est-à-dire – en règle générale – un avantage qu'elle estime, subjectivement, être équivalent à son sacrifice. » ; G. WICKER, la réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique, op.cit. p. 53 et s .p. 62

²⁵³⁰J. MAURY, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Troisième journée de droit Franco-Latino-Américaines (Toulouse, octobre 1950) p.10

Et l'article 1108 du Code civil dispose que le contrat « *est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* ». Le nouvel article 1108 modernise le verbe de l'ancien article 1104 mais n'apporte pas de différence réelle. De surcroît, l'article 1168 du Code civil écarte expressément sans le nommer un principe général de révision des contrats par le biais de la lésion²⁵³¹. Conformément à ce qu'était le droit positif antérieur, la réforme du 10 février 2016 n'a pas modifié ce point car il est absolument cardinal. Le « principe de commutativité subjective » est inhérent à une économie libérale²⁵³², c'est-à-dire à un système économique où ce sont les parties, et non le Prince, qui fixent la valeur des échanges²⁵³³. Jacques GHESTIN précisait que le contrat est plus un échange de valeurs qu'un échange d'objets²⁵³⁴. C'est aux parties d'apprécier la valeur des prestations échangées²⁵³⁵, mais ce volontarisme contractuel a parfois été combattu et la notion de cause (entendue comme la cause objective, cause de l'obligation) a été utilisée dans les cas où la contrepartie était inexistante ou insignifiante²⁵³⁶. Certains auteurs prônaient même d'aller plus loin dans le contrôle de l'équivalence des prestations avec l'instauration d'un contrôle objectif des contreparties. Mais d'une part ce ne serait pas conforme à la tradition²⁵³⁷ mais surtout ce serait l'exigence d'une équivalence objective des prestations qui suppose d'investir l'Etat (à travers un juge ou une autorité ad hoc) d'une prérogative exorbitante de contrôle de la valeur des transactions. Cela serait l'idée d'un juste prix, c'est-à-dire la mise en place d'une économie collectivisée. L'économie ne serait plus « libérale » car la liberté contractuelle disparaîtrait²⁵³⁸. On remarque d'ailleurs que l'ordonnance du 10 février 2016 (puis loi de ratification du 20 avril 2018) a confirmé l'équivalence subjective des prestations échangées avec la réserve que la contrepartie de celui qui s'engage ne soit pas illusoire ou dérisoire (article 1169 du Code civil). On retrouve la fonction de l'absence de cause

²⁵³¹ Article 1168 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

²⁵³² P. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 9e édit. 2017, p.348, n°605 et s.

²⁵³³ E. PUTMAN, L'introuvable contrat complet, Volume REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE, 2008-5 – N° spécial. 2008-5 L'analyse économique du droit. Autour d'E. MACKAAY, p.2478, n°7

²⁵³⁴ °J. GHESTIN, Le contrat°, Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF

²⁵³⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 9e édit. 2017, p.348, n°605 et s. ; CARBONNIER, Les obligations, Tome 2, p.2048, n°993 et s., F. CHENEDE, thèse, p.236 et s., n°256 et s.

²⁵³⁶ G. WICKER, la réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique, p. 53 et s p.67 : « Le recul de la théorie de l'autonomie de la volonté, et donc la considération que le rapport de force contractuel est souvent déséquilibré, ont conduit à rechercher un contrôle de l'équivalence et, plus largement de l'équilibre contractuel ».

²⁵³⁷ Fr. CHENEDE, Les commutations. Op.cit. p.238-239, n°258 : « La référence aux écrits d'Aristote pour justifier la prohibition de la lésion est une erreur manifeste. Affirmer que la justice commutative commande une équivalence objective des prestations contractuelles n'est rien moins que la trahison de la pensée aristotélicienne ».

²⁵³⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, 9e édit. 2017, p.349, n°605 et s. ; J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, les obligations. PUF quadrige manuels tome 2, 1^{ère} édit. Quadrige 2004

sans que cette notion ne soit expressément nommée désormais dans le Code civil. Sauf dispositions légales contraires, le principe est donc que ce sont toujours les parties qui fixent la valeur des contreparties réciproques dans un contrat synallagmatique. L'inverse serait une atteinte à la propriété privée, plus précisément une atteinte à la liberté d'entreprendre qui est une des formes d'exercice de la propriété privée. D'où le contrôle du constitutionnel dans ce domaine²⁵³⁹. L'idée d'un éventuel juste prix est donc une atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, ce type d'atteinte n'est possible que s'il n'y a pas de disproportionnalité entre l'objectif et le moyen mis en œuvre.

L'homme libre, propriétaire patrimonial peut fixer librement le contenu du contrat dont le prix est un élément majeur... J. MAURY avait également perçu le lien entre la théorie des obligations et la notion de marché²⁵⁴⁰. Le droit des obligations volontaires est à la philosophie politique ce que la police est à la force, il est le bras armé de la démocratie libérale qui génère une économie de marché, fondée elle-même sur la propriété privée des moyens de production. Car le contrat et le marché, l'initiative privée et le droit subjectif, sont synonymes. Et un droit qui défend la propriété privée est un droit qui défend la force obligatoire des contrats. Et l'ensemble propriété privée plus force obligatoire des contrats génère le capital comme l'explique l'économiste De SOTO²⁵⁴¹ : « *Le droit est l'instrument qui fixe et matérialise le capital*²⁵⁴² » et l'économiste d'expliquer que « *le capital n'est pas créée par l'argent*²⁵⁴³ » mais « *par des gens que les régimes de propriété poussent à coopérer*²⁵⁴⁴ ». La technique sociétaire est ce qui permet la continuité de la propriété privée dans le monde des affaires mais une propriété privée collective, car derrière la société-personnifiée, il y a des êtres humains en chair et en os²⁵⁴⁵.

²⁵³⁹ Con.Const. 22-05-2015 n° 2015-468/469/472-QPC Le Conseil constitutionnel préserve le monopole légal des taxis » AJDA 2015 p.1020, considérant n°20. « Considérant qu'en interdisant certains modes de tarification pour la détermination du prix des prestations que les entreprises qui mettent à la disposition de leur clientèle une ou plusieurs voitures avec chauffeur proposent aux consommateurs lors de la réservation préalable, les dispositions contestées ont porté à la liberté d'entreprendre une atteinte qui n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi »

²⁵⁴⁰ J. MAURY, essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, th. Toulouse, 1920. p.158 et s.

²⁵⁴¹ « Ce sont les entrepreneurs et les gens ordinaires qui bâtissent le capital et le capitalisme, mais ce sont les juristes qui fixent les concepts de propriété sous forme de représentations tangibles. La protection des propriétés, la responsabilité des propriétaires et le caractère exécutoire des transactions doivent en dernière analyse être concrétisés sous forme de procédure et de règles établies par des juristes ». H. De SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010, p.242

²⁵⁴² H. de SOTO, Le mystère du capital, pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010, p.192

²⁵⁴³ H. de SOTO, Le mystère du capital, op.cit. p.81

²⁵⁴⁴ H. de SOTO, Le mystère du capital, op.cit. p.81

²⁵⁴⁵ H. De SOTO, Le mystère du capital, op.cit. p.60 : « Même si des biens appartiennent à une société anonyme, ce sont tout de même des personnes en chair et en os qui en sont les propriétaires indirectes grâce à des titres certifiant leur qualité d'actionnaires ».

Finalement, les principes du droit des obligations (l'erreur sur la valeur, le défaut d'équivalence des prestations qui ne sont pas des causes de nullité) entérinent une économie de marché où ce sont les agents économiques qui doivent fixer la valeur des prestations qu'ils s'échangent. Ce point est cardinal car modifier ces principes aurait pour conséquence d'intenter à la nature d'économie de marché de l'ordre juridique. La micro-technique juridique du droit des contrats rejoint les principes macro-juridiques vus dans le Titre I de cette seconde partie.

Application du principe en droit des sociétés concernant la rémunération des dirigeants sociaux

Si la fixation de la rémunération perçue par un dirigeant peut être encadrée légalement en ce qui concerne *l'instrumentum*, la substance du contrat (*negotium*) demeure libre²⁵⁴⁶. La question des rémunérations excessives concerne en réalité un problème de pouvoir et d'intérêt social : ceux qui sont en charge de l'intérêt social peuvent commettre un abus de pouvoir en accordant une rémunération trop importante au dirigeant social. Mais il n'y a pas de rémunération excessive de plein droit, même en cas de rémunération très importante. Vouloir limiter objectivement la rémunération des dirigeants serait attentatoire à différentes libertés économiques dont le principe de liberté contractuelle²⁵⁴⁷. Ce serait également une atteinte au principe d'égalité. Pourquoi limiter la rémunération de certaines catégories socio-professionnelles et non de toutes ? Certains ont proposé l'idée d'un plafond objectif de la rémunération. De surcroît, le droit positif peut laisser penser qu'il existerait un seuil objectif de rémunération excessive notamment par la sanction en droit des sociétés de l'abus de majorité, de l'acte anormal de gestion en droit fiscal, voire de l'abus de confiance/abus de biens sociaux en droit pénal. En réalité, la société personnifiée a mal été conceptualisée et souvent le problème que l'on peut constater, c'est que des associés qui disposent d'une certaine emprise dans une société pourraient éventuellement détourner leur pouvoir de maîtrise sur une entité et trop rémunérer les dirigeants mais cet excès de la rémunération est en réalité une forme d'excès de pouvoir car les autres associés non décisionnaires n'ont pas intérêt à surpayer le dirigeant parce que c'est une perte de valeur pour eux. On évoquera plus en détail la question de la rémunération excessive.

La communauté des associés, souveraine pour décider de la rémunération des dirigeants

²⁵⁴⁶ Br. DONDERO, La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants!, Gazette du Palais, 06 octobre 2012 n° 280, P. 7

²⁵⁴⁷ Le professeur de droit public Dominique ROUSSEAU reconnaît qu'il y aurait atteinte à ces libertés économiques mais pense néanmoins que le Conseil constitutionnel pourrait les valider. D. ROUSSEAU, Salaire des patrons : « La Constitution n'est pas un obstacle a priori d'une limitation raisonnable », Libération, 20 mai 2016.

Si la loi ne prévoit rien en période de sauvegarde, en revanche en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, la rémunération allouée aux dirigeants est fixée unilatéralement par le juge commissaire²⁵⁴⁸. C'est intéressant de constater que l'insolvabilité de la société entraîne une sorte de mise sous tutelle étatique. La société qui n'est plus solvable et dont l'absence de solvabilité est constatée, n'est plus « souveraine » : plus exactement, les apporteurs de capitaux et leurs mandataires sociaux n'ont plus certaines libertés, notamment celle de fixer librement la rémunération des dirigeants. Cette « mise sous tutelle étatique » est également un argument que l'on aurait pu avancer à l'encontre de la personnalité morale. Economiquement et juridiquement, la « souveraineté » de la société personnifiée dépend de sa capacité à honorer ses contrats. Si le patrimoine affecté (universalité de droit) n'est plus capable de remplir sa fonction, celle-ci est encadrée par un organe (juge commissaire) qui agit en vertu d'une habilitation étatique, c'est-à-dire en vertu de prérogatives de puissance publique. On sort donc du domaine du marché, de la liberté contractuelle et de la libre propriété. L'intangibilité du contrat entre le dirigeant et la société qu'il dirige (ou une autre entité) est liée à sa capacité financière, l'écran de la personnalité morale ne donne aucun droit au dirigeant. C'est logique car le dirigeant ne tire pas sa rémunération d'une hypothétique habilitation de la personne morale mais d'un pacte social entre associés, le contrat de société²⁵⁴⁹. Cet exemple, certes ténu, est extrêmement révélateur du fait que le contrat de direction d'une société est un contrat qui est fondamentalement lié au contrat de société.

B. Le pouvoir de gestion, contrepartie de la rémunération

« De nombreuses expressions sont employées pour désigner le pouvoir dans l'entreprise : gestion, direction, administration, gouvernement, contrôle, management, gouvernance²⁵⁵⁰ ». La rémunération du dirigeant est l'objet d'une obligation contractuelle qui est, elle-même, la contrepartie d'une prestation mais quelle est exactement la nature de cette prestation étant donné qu'il existe une grande multitude de vocables pour désigner ce travail de direction ? Ces termes, mêmes s'ils ont une acception proche ne sont pas totalement synonymes pour autant. La contrepartie de la rémunération est l'accomplissement d'un travail de direction qui a parfois été réduit à un simple pouvoir de représentation d'une personne morale. Nous pensons que cette réduction est une erreur et qu'elle a également pour cause

²⁵⁴⁸ T. MONTERAN, L'impact des procédures collectives sur la rémunération des dirigeants, p.46 et s. in Dossier les instruments de la rémunération des dirigeants, JSS sept. 2012 p.10 et s.

²⁵⁴⁹ V. G.WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT. In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s. , p.727, n°52

²⁵⁵⁰ J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce que l'entreprise ? p.11-88 p.44, n°98 in L'entreprise : nouveaux apports, Etudes coordonnées par J. JUGLAUT, Rennes 1987, Economica ;

une conceptualisation défailante. Le problème du travail du mandataire social, c'est que le travail, l'activité qu'il doit accomplir n'est pas subordonné(e)²⁵⁵¹ (sauf cas d'un cumul avec un contrat de travail) et qu'économiquement et socialement, il est souvent dans une position intermédiaire entre ceux qui apportent le capital (les associés) et ceux qui fournissent un travail, propriétaires de la force de travail. Dans les faits, on peut également distinguer le dirigeant social qui est propriétaire directement ou indirectement d'une grande partie de l'entreprise, c'est-à-dire de titres sociaux de celui qui n'en a pas ou peu. La réalité contractuelle n'est pas la même, dans la première occurrence, le dirigeant tient son pouvoir de direction et sa rémunération du contrat de société, voire de lui-même si la société est unipersonnelle. Comme le rappellent les professeurs DIDIER, les associés propriétaires en commun des biens sociaux étaient initialement les administrateurs des biens sociaux, l'ancien article 1859 posait la règle précisément que chaque associé pût être aussi gérant. Mais la loi de 1978 a également introduit l'idée d'un gérant. Hormis la SNC qui dispose encore de cette faculté d'avoir des associés-gérants, on peut dire que le sens de l'histoire en droit des sociétés est d'aller vers une gérance clairement spécifiée (1849 CC, L.221-5, L.223-18 SARL, L.225-17 et L.225-57 SA, SAS ?). Le mandataire social dispose de deux pouvoirs distincts mais qui sont en pratique confondus : le pouvoir légal de représentation et le travail de gestion ou pouvoir de gestion qui consiste à gérer le patrimoine commun dans l'intérêt des associés. La propriété privée collective qu'est l'entreprise personnifiée n'est plus gérée par les propriétaires en commun mais par des professionnels quand l'entreprise est d'une certaine taille, c'est une conséquence de la division du travail. Il est important de dissocier ces prérogatives, ces deux pouvoirs car la cause de la rémunération des mandataires sociaux consiste essentiellement dans ce travail de gestion.

1. Dissociation du pouvoir légal d'un pouvoir de gestion d'une entreprise

La distinction entre l'entreprise et la société demeure sûrement intéressante pour mettre en exergue le pouvoir issu de la représentation légale du pouvoir de gestion issu de l'entreprise. L'entreprise « *est une unité économique qui produit des biens et des services afin de les vendre sur un marché, en combinant des facteurs de production apportés par différents agents*²⁵⁵² ». Au sujet de cette définition de l'entreprise, on a précisé précédemment que le périmètre de l'entreprise privée était déterminé par la propriété privée des apports et que le capital initial était la clé du rapport de force dans l'entreprise. Le pouvoir dans l'entreprise naît de la

²⁵⁵¹ G. AUZERO, N. FERRIER, Rep. Sté Dalloz, cumul mandat social et contrat de travail n°1 et s.

²⁵⁵² C. DOLLO, L. BRAQUET et alii, Economie, Sirey 2016, p.80

propriété privée réunie par contrat, le contrat de société. La société est en réalité l'exécution du contrat de société et la personnalité morale est l'opposabilité de contrat. La représentation légale de la société s'est construite à partir de la loi 1867 mais surtout avec la loi de 1925 instituant la SARL. Aujourd'hui, toute société doit avoir des mandataires sociaux qui disposent de pouvoirs légaux. Ces pouvoirs légaux sont corrélés à l'existence d'une forme sociale et seule la personne titulaire de ce pouvoir légal peut engager la société : l'exemple le plus caricatural serait celui d'une société unipersonnelle (EURL, SASU) où il y aurait dissociation entre l'associé unique et le dirigeant investi du pouvoir légal : c'est le mandataire social qui dispose de la faculté d'engager la société personnifiée. Les professeurs DIDIER expliquent que ces pouvoirs légaux donnent le droit aux dirigeants sociaux « *d'user et de disposer des biens sociaux comme s'ils en étaient propriétaires*²⁵⁵³ ». Mais les mandataires sociaux ne sont pas propriétaires car ils ne sont pas titulaires d'un droit subjectif égoïste mais d'un pouvoir et comme pour tout pouvoir, les mandataires sociaux doivent respecter la finalité de leur pouvoir. L'intérêt social est justement une limite du pouvoir²⁵⁵⁴. Le pouvoir légal d'engager la société a fait dire que la société n'était pas vraiment contractuelle, d'une nature mixte, institutionnelle etc. En réalité il s'agit d'une mesure de protection, et pour les tiers qui contractent avec la société, et pour les associés eux-mêmes, notamment dans des structures importantes. Mais le pouvoir légal, pouvoir de représentation de la société existe dans toute société que celle-ci n'ait aucun salarié ou cent cinquante mille. Ce pouvoir de représentation légale est corrélé à une forme sociale mais une société dormante avec un dirigeant en bonne et due forme.

Le pouvoir issu de la représentation légale

Ce pouvoir est fondamental car c'est le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers²⁵⁵⁵. On a vu précédemment que l'entreprise privée dans une économie de marché doit générer davantage de valeur qu'elle en a consommée pour produire si elle veut survivre. Cette valeur ajoutée (richesse produite) provient donc des clients, donc de contrats. Il ne faudrait pas croire que le représentant légal est le seul à pouvoir engager la société, il est celui qui se situe au sommet de la chaîne (exemple le président d'une SAS) mais un simple caissier d'une grande entreprise de distribution peut également former le contrat avec un client. Car il tient son pouvoir de représentation de son supérieur qui lui-même le tient de son supérieur jusqu'au

²⁵⁵³ P.DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.42

²⁵⁵⁴ L'intérêt social est l'intérêt commun des associés. Le débat idéologique sur l'intérêt social résulte là aussi d'une mauvaise ou absence de conceptualisation de la propriété privée collective : un propriétaire privé individuel a un intérêt sur la chose dont il est propriétaire. En réunissant sa propriété à un autre individu, le propriétaire perd son intérêt propre sur sa chose mais dispose d'une fraction de l'intérêt commun avec son nouvel associé.

²⁵⁵⁵ Ph. DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, p.273 et s. in : Mélanges en l'honneur du professeur Michel GERMAIN, LexisNexis, 2015 LGDJ, p.273

sommet de la chaîne (gérant, PDG, DG, président...). Il y a un phénomène de délégations successives de pouvoir²⁵⁵⁶. Ce pouvoir de représentation légale est un pouvoir qui est inhérent à la forme sociale et qui est fixé par la loi. L'erreur de beaucoup est de confondre le régime de la représentation légale encadrée avec la source de celui-ci. Si le choix de la personne désignée pour être l'organe est libre, l'étendue du pouvoir de représentation est fixée par la loi²⁵⁵⁷. Cette organisation légale (on l'a vu en première partie) de la société anonyme date de 1925 avec l'introduction de la SARL en droit français²⁵⁵⁸, puis avec Vichy pour la société anonyme²⁵⁵⁹. L'institutionnalisation étudiée en première partie a permis de légitimer cette innovation prétorienne validée par la loi. Mais en réalité il n'était pas utile de recourir à ces « allégories » pour expliquer la société personnifiée car le pouvoir ainsi que la rémunération des dirigeants ne prennent pas leur source dans la loi mais découlent du contrat de société. En réalité, dans une entreprise d'une taille assez conséquente, ce qui est rémunéré, ce n'est pas la représentation légale qui est obligatoire mais le travail de gestion de l'entreprise.

Le pouvoir de gestion

Si la représentation légale est encadrée par la loi, le travail de gestion de l'entreprise, de l'universalité, que la société soit personnifiée ou non, découle toujours de la collectivité des associés. C'est ce que les économistes appellent une relation d'agence²⁵⁶⁰. Les associés, par contrat et en réalisant leur apport, ont créé une universalité de droit (voire de fait en l'absence de personnalité morale) qui est une propriété privée collective. Mais la propriété privée collective à la différence de la propriété privée individuelle crée des rapports réels et personnels entre propriétaires communs. De surcroît, dès que la masse de biens est mise en commun et qu'elle est affectée dans le but de réaliser un profit, il faut bien alors confier à une personne ou à un groupe de personnes la stratégie politique pour arriver à cette fin. Or si les personnes titulaires de la représentation légale et du pouvoir de gérer et d'administrer l'entreprise sont les mêmes, ce n'est pas toujours le cas : comme par exemple le dirigeant de fait, le membre du conseil de surveillance d'une société anonyme.

²⁵⁵⁶ N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, préf. Ph. PETEL, Litec 2003

²⁵⁵⁷ Ph. DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, op.cit. p.273

²⁵⁵⁸ Ph. DIDIER, in Mélanges GERMAIN p.281-283, n°21-23 : « à l'occasion de l'introduction de la SARL, le législateur introduisit en droit français des sociétés un principe tout à fait nouveau : le principe de la délimitation légale du pouvoir de représentation de la société ».

²⁵⁵⁹ Ph. DIDIER, Les origines de la représentation légale de la société, p.279 : « Le pouvoir de Vichy intervient pour mettre le droit de la direction des sociétés anonymes en harmonie avec les nouvelles conceptions d'ordre et d'autorité qui dominent l'époque. »

²⁵⁶⁰ A. SUPIOT, La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, Poids et mesure du Monde, p.193 : Définition de la relation d'agence relevée par A.S. : « « contrat par lequel une personne (le principal) engage une autre personne (l'agent) pour exécuter en son nom une tâche quelconque qui implique une délégation d'un certain pouvoir de décision à l'agent » ». JENSEN et MECKLING, theory of the firm

Le travail de gestion

La gestion d'une entreprise est un travail qui est normalement non subordonné. (D'où la problématique que peut poser le cumul avec un contrat de travail). Plus l'entreprise dirigée est importante, plus ce travail est la cause de la rémunération. Ce n'est pas la représentation légale qui est en réalité rémunérée parfois en millions d'euros mais bien la gestion d'une entité (société, groupe de société) qui est d'une certaine importance. Dans une économie libérale, de marché (inhérente à la démocratie libérale), les apporteurs de capitaux sont propriétaires en commun des biens et ils transfèrent ces prérogatives inhérentes au droit de propriété à un ou plusieurs dirigeants devenus professionnels de la gestion. La gestion devient une discipline en tant que telle, une science²⁵⁶¹. Or celui qui est responsable de la gestion, c'est le dirigeant. Un peu comme le justiciable ou le patient qui fait appel à un avocat ou médecin, ces professionnels libéraux agissent pour autrui mais ils bénéficient souvent d'une autonomie pour faire ce travail de gestion. Les associés (qui sont les vrais propriétaires de l'entreprise) disposent du contrôle au sens strict du terme d'où la révocation *ad nutum* présente dans différentes formes sociales. Cette révocation *ad nutum* décrite à une époque²⁵⁶² et protégée par le droit avec le principe d'atteinte à la libre révocabilité des dirigeants, est la qualité de propriétaire des associés *ut universi*. A défaut d'avoir un contrôle issu d'une subordination juridique, le contrôle de l'associé sur la direction de l'entreprise relève plutôt du contrôle économique. D'où la théorie de l'agence²⁵⁶³. Il faut comprendre que la gestion est issue de la propriété privée collective des associés. Ce principe découle en réalité en amont de la nature de notre ordre juridique²⁵⁶⁴ (Etat de droit, démocratie libérale et économie de marché) Il n'y a pas de définition juridique de ce travail, un arrêt de la chambre commerciale évoque néanmoins quelques éléments qui se rattacherait aux fonctions de gestion d'un mandataire social²⁵⁶⁵. Le dirigeant d'entreprise a pour mission principale de maintenir et d'accroître la

²⁵⁶¹ E. COHEN, ENTREPRISE Gestion d'entreprise, in Encyclopaedia UNIVERSALIS France : « La notion de gestion se réfère à la fois à un ensemble de pratiques spontanées ou structurées (les techniques de gestion), à un ensemble de préceptes opératoires (les principes ou les règles de gestion ou de management) et à un corps de théories (les sciences de gestion)». <https://www.universalis.fr/encyclopedie/entreprise-gestion-d-entreprise/> (valable 01.01.2018)

²⁵⁶² Voir thèse Emile GAILLARD 1933 op.cit.

²⁵⁶³ Supra Partie Titre I, Chapitre II

²⁵⁶⁴ René SAVATIER rappelle qu'à la libération, imprégnés par une conception socialisante, des auteurs et responsables politiques de l'époque souhaitaient une forme de socialisation importante des grandes entreprises. D'où les nationalisations. R. SAVATIER, La théorie des obligations en droit privé économique, quatrième édit. DALLOZ 1979 p.99, n°79 :

²⁵⁶⁵ Cour de cassation Chambre commerciale 23 octobre 2012 N° 11-23.37, « Mais attendu qu'après avoir relevé qu'aux termes de la convention litigieuse, la société Mécasonic avait confié à la société PGCD les prestations de création et développement de filiales à l'étranger, d'organisation et (ou) de participation à des salons professionnels, de définition des stratégies de vente dans les différents pays visés et de recherche de nouveaux clients à l'étranger, l'arrêt retient qu'une telle convention constitue une délégation à la société unipersonnelle dont M. X... est le gérant d'une partie des fonctions de décision, de stratégie et de représentation incombant normalement à ce dernier en sa qualité de directeur général de la société Mécasonic et qu'elle fait double emploi,

clientèle qui est la principale ressource d'une entreprise privée. Le dirigeant social est en charge de la politique de l'entreprise et cet arrêt de la chambre commerciale du 23 octobre 2012 rappelle que le mandataire social est celui qui dirige, fixe une stratégie et représente la société et qu'il n'est pas possible pour ce dernier de déléguer ces prérogatives à une société unipersonnelle dont le dirigeant social de l'entreprise dirigée est l'unique associé²⁵⁶⁶.

Si la rémunération globale du dirigeant dans les plus grandes entreprises a pour cause le pouvoir de gestion et non la représentation légale stricto-sensu qui est finalement un accessoire juridique indispensable à la capacité du groupement, il est bon de préciser un point : l'importance de la qualité éventuelle de propriétaire du dirigeant de l'entreprise qu'il dirige.

2. Pouvoir modulé selon la qualité de propriétaire du dirigeant

Présentation du problème

Le juriste s'en tient souvent à une conception formelle de la réalité juridique mais le droit seul ne permet pas de comprendre la réalité des rapports sociaux et économiques au sein d'une entreprise, d'un groupe d'entreprises. Il peut arriver qu'un simple administrateur soit bien plus puissant que le PDG de la société car il représente l'associé majoritaire ou contrôlaire de la société. La réalité des rapports sociaux au sein d'une entreprise privée est celle de la propriété privée et si l'œuvre de MARX est largement critiquée sur de nombreux points, il nous semble que sur ce point précis, c'est bien l'analyse de la propriété privée qui explique le fonctionnement réel d'une société et non les rapports juridiques formels.

Si on prend l'exemple de la société Yves SAINT LAURENT SAS, on voit, dans son « organigramme » accessible sur internet, que la présidente de la SAS est Mme Francesca B. Et on constate que le « tycoon » F. PINAULT y est administrateur (il s'agit d'une création de la pratique, non reconnue officiellement car la SAS exige obligatoirement seulement un président). Or la société Yves SAINT LAURENT fait partie d'un groupe de luxe fondé par M. PINAULT, groupe qui appartient à lui et à sa famille. Mme F. B. est un mandataire social qui est subordonné économiquement à cet administrateur. Le réel pouvoir appartient à Monsieur PINAULT, milliardaire, et derrière tout groupe de sociétés, toute personne morale, toute

à titre onéreux pour cette société, avec lesdites fonctions sociales ; qu'ayant ainsi fait ressortir que les obligations stipulées à la charge de la société Mécasonic étaient dépourvues de contrepartie réelle, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire la recherche dès lors inopérante visée à la seconde branche, que la convention litigieuse était dépourvue de cause et devait en conséquence être annulée ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; »

²⁵⁶⁶ Op. cit.

entité juridique personnifiée, il y a en réalité des personnes physiques en chair et os qui décident.

On va prendre l'exemple de cette société Yves SAINT LAURENT SAS immatriculée en France pour confirmer que c'est l'analyse de la propriété et non la seule analyse juridique qui donne les clefs du véritable pouvoir dans l'entreprise.

L'exemple du groupe Saint Laurent : d'une simple filiale à la famille PINAULT, différents échelons

La société Yves Saint Laurent SAS fait partie d'un ensemble de sociétés éponymes formant le groupe SAINT LAURENT. Cet ensemble de sociétés est détenu à 100% par KERING (ancien PPR), qui dispose de nombreuses participations dans le luxe et le Textile²⁵⁶⁷. Cette Holding KERING, qui est une société anonyme, est détenue à 40% par Artémis et d'autres investisseurs institutionnels ainsi que des particuliers (la société est cotée en bourse). Artémis dispose également de la majorité des droits de vote (59%) dans KERING²⁵⁶⁸. Artémis est, elle-même, la propriété à 100% de la Financière PINAULT, société en commandite par actions détenue à 100% par la famille PINAULT. Ce groupe parmi les plus puissants du Monde (avec LVMH) est détenu *in fine* par une famille. Certes KERING n'appartient pas à une seule famille mais dernière toute cette structure juridique, il y a François PINAULT le fondateur du groupe à succès et ses héritiers. Les différents montages juridiques, les enchevêtrements de participation, l'existence de société « grand-mère », voire « arrière- grand-mère » avec une descendance multiple, ne doivent pas faire oublier que le pouvoir effectif appartient finalement à une personne physique, Monsieur PINAULT. Et c'est parce qu'il est le propriétaire final qu'il a le pouvoir dans la structure juridique qu'il a créée. C'est donc la propriété qui explique le pouvoir au sein d'une entreprise et comme l'écrivait Guillaume WICKER, les mandataires sociaux exercent un pouvoir qui est toujours délégué, ce n'est pas un pouvoir propre²⁵⁶⁹. Et ce pouvoir délégué puise sa source dans des actes juridiques de droit privé, qui sont eux-mêmes l'exercice du droit de propriété.

Conclusion

S'il est admis que la rémunération des dirigeants est la contrepartie d'un travail de direction et de représentation, ce travail ne peut être apprécié sans tenir compte de la structure du capital d'une entreprise, c'est-à-dire que la répartition de la propriété entre les différents

²⁵⁶⁷ Gucci à 100%, Puma, Balenciaga, etc.

²⁵⁶⁸ Affirmation vraie à l'été 2018.

²⁵⁶⁹ G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT, In Mélanges OPPETIT, p.689 et s., p.727, n°52

associés est une question fondamentale car le pouvoir dans une entreprise privée découle toujours de la propriété privée. La répartition du capital d'une société, le fait que la société appartienne à un groupe de sociétés sont des éléments à prendre en compte. Dans l'exemple traité d'Yves Saint Laurent SAS les rémunérations des dirigeants sont élaborées de la même façon que pour un cadre salarié : en fonction du marché mais le mandataire social demeure contraint par l'existence d'un véritable pouvoir décisionnaire, qui émane des propriétaires réels du groupe. En revanche dans une société où l'actionnariat est très éclaté, la technocratie prendra *de facto* le pouvoir avec le risque d'être en présence d'un phénomène d'auto-rémunération. D'où l'importance et la mise en place de procédures. La procéduralisation de la fixation de la rémunération vise à pallier l'absence d'un pouvoir actionnarial fort. Néanmoins la fiction de la personnalité morale, qui n'est qu'une allégorie du pouvoir, ne permet pas d'avoir une grille satisfaisante pour analyser la rémunération.

Deuxièmement : l'exemple pris de la société KERING elle-même détenue en partie par Artémis elle-même détenue en totalité par la financière PINAUT (SCA) dont tous les associés sont des personnes physiques (car *in fine*, dans une économie de marché, c'est l'individu qui est propriétaire même s'il y a une cascade de sociétés) montre que la problématique de la rémunération est plus ou moins importante en fonction de la qualité de propriétaire ou non de l'entreprise. Les « *fat cats* » comme François PINAULT et Bernard ARNAULT sont à la fois des grands propriétaires donc ils sont entrepreneurs au sens juridique mais également au sens économique du terme car ils animent ou ont animé leurs affaires. Pour ces individus, la rémunération est un détail car ce sont les dividendes en centaines de millions annuels qui est l'important. En revanche, pour un dirigeant mandataire social, qui n'est pas associé (ou pas associé d'une manière significative) la rémunération versée en contrepartie d'un travail de gestion est bien plus importante car elle constitue l'essentiel de ses revenus.

Si on devait résumer en qualifiant juridiquement, il y a deux occurrences distinctes parmi les mandataires sociaux :

La première est celle où le dirigeant est également un grand propriétaire. Dans ce cas, la rémunération attribuée a un aspect potestatif car le dirigeant social va conclure un contrat avec une partie qui lui est fortement liée, voire qu'il maîtrise partiellement ou en totalité. Mais contre-intuitivement, c'est aussi dans cette occurrence que la rémunération ne risque pas d'être excessive car une rémunération importante, désormais connue par le marché depuis la transparence imposée par la loi, est préjudiciable en termes d'image. Or la principale valeur économique possédée par ces dirigeants n'est pas leur créance de rémunération mais la valeur de titres sociaux. La gestion découle de la propriété d'actions et de parts sociales très conséquentes en valeur. Dans cette situation, c'est la propriété des titres sociaux qui fonde le pouvoir et la rémunération de ces dirigeants. Le contrat de mandat social a un aspect artificiel

étant donné que le dirigeant associé majoritaire, par exemple, dispose déjà d'un pouvoir dans la société qu'il dirige.

Dans la seconde occurrence, celle du dirigeant non propriétaire, la principale valeur du dirigeant est sa force de travail et non pas la propriété d'un capital productif contrairement à la première occurrence. C'est le contrat, le mandat social qui est à la fois la vraie source de rémunération mais également une vraie relation d'agence, contrairement à la première occurrence, le patron gère aussi (et surtout) ses biens. Là, on a un mandataire social qui gère principalement les biens d'autrui Et ce manager, parfois qualifié de mercenaire, vend ses services au plus offrant. Le mandataire social-non propriétaire est comme un animateur de télévision ou un joueur de football, vendeur d'une image de marque. Et la rémunération qu'il perçoit, le pouvoir qu'on lui remet se trouvent dans le mandat social.

Que conclure juridiquement de ces constats ? Le dirigeant propriétaire tient son pouvoir et sa rémunération davantage d'un droit subjectif de propriété que du mandat social qui est un accessoire. Certes, on l'a vu avec l'exemple de la société KERING où il existe d'autres associés que ceux contrôlés par la famille PINAULT, mais la société demeure sous l'emprise d'une famille. Alors que dans une société dont l'actionnariat est éclaté, le mandat social qui confère pouvoir et rémunération au dirigeant est un contrat plus important. On retrouve la distinction que faisait Emmanuel GAILLARD sur la notion de pouvoir entre les prérogatives qui découlent d'un droit subjectif de la propriété et celles qui découlent d'un pouvoir²⁵⁷⁰ : le titulaire d'un droit subjectif peut accomplir aussi bien des actes matériels que des actes juridiques alors que celui qui est investi d'un pouvoir accomplit forcément un acte juridique : ce que Emmanuel GAILLARD explique, c'est que le titulaire d'un pouvoir est plus contraint et a moins de liberté que celui qui agit selon son propre droit subjectif²⁵⁷¹. On retrouve indirectement cette distinction en droit des sociétés entre le dirigeant propriétaire et le dirigeant uniquement mandataire même si dans les faits la distinction n'est pas aussi nette. (Associé-dirigeant peut avoir 90%, 75%, 55%, 40%, 25%)

C'est pour cette raison que la nature du mandat social est si importante, alors qu'elle a été négligée, car ce contrat forcément incomplet n'est pas seulement une cause de rémunération, il est aussi la cause du transfert de la gestion des biens d'autrui. Et ce contrat s'insère dans un ensemble contractuel. Le problème de la rémunération des dirigeants sociaux est que la question est vue uniquement sous un aspect pathologique et non sous un aspect positiviste, c'est-à-dire par le prisme de la recherche d'une meilleure compréhension de la société personnifiée.

²⁵⁷⁰ E. GAILLARD, Le pouvoir en Droit privé , préface G. CORNU, Economica 1985, p.143, n°224

²⁵⁷¹ E. GAILLARD Pouvoir, op.cit. p.143, n°224

§2 La qualification du contrat octroyant la rémunération

Le mandat social est bien un contrat car la rémunération est la contrepartie d'un travail de direction. Certes, l'aspect pouvoir de représentation a été surestimé par la doctrine. Ce qui est la cause principale de la rémunération appréciée globalement, c'est bien le service rendu plus que la représentation légale, inhérente à l'existence d'une personnalité morale. Le service rendu est-il celui d'un mandataire, d'un contrat d'entreprise ou s'agit-il d'un contrat ad hoc, sui generis ? Cette question est importante car on aurait tendance à penser qu'il serait plus sain pour la pratique de prévoir explicitement un statut comme l'avait proposé l'institut Montaigne²⁵⁷². Le mot statut doit être entendu au sens large, comme d'autres contrats spéciaux, il serait sûrement bienvenu que le législateur règle la relation dirigeant /associés en exprimant des grands principes à l'instar de ce que proposaient les professeurs BADINTER et LYON-CAEN dans un fascicule présentant la loi travail²⁵⁷³.

Dans un A, on va comparer le mandat social à deux figures contractuelles qui lui sont très proches, à savoir le mandat et le contrat d'entreprise et dans un B, on verra que le mandat social est un contrat spécial de droit commercial qui est sous la dépendance du contrat de société (B).

A. Mandat social face aux contrats spéciaux usuels de droit civil

Il s'agit principalement ici de traiter du contrat de mandat et du contrat d'entreprise (contrat de prestation de service). Le mandat social est-il un mandat ? (1) Le mandat social est-il un contrat d'entreprise ?

1 Le mandat social et le contrat de mandat

Présentation du Mandat

Le mandat est corrélé à l'idée de représentation, c'est « *le contrat par lequel une personne, le mandant, charge une autre personne, le mandataire, qui accepte, d'accomplir un acte juridique en l'y représentant*²⁵⁷⁴ ». A Rome, le mandat n'était pas lié à l'idée de représentation,

²⁵⁷² Institut MONTAIGNE : Comment "bien" payer les dirigeants d'entreprise? Amis Curiae, www.Institutmontaigne.org

²⁵⁷³ R. BADINTER, A. LYON-CAEN, *Le travail et la Loi*, fayard, 2015

²⁵⁷⁴ H.et L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, M. de JUGLART, Tome 3^{ième} 3^e édit. , deuxième volume, 1968, principaux contrats, p.581

le mandat pouvait avoir pour objet aussi bien l'accomplissement d'actes matériels que juridiques²⁵⁷⁵. Philippe DIDIER explique que le procurator du droit romain, précurseur du mandataire, était chargé de gérer et d'administrer en général et non de faire un acte particulier²⁵⁷⁶. C'était souvent un esclave, parfois affranchi, qui agissait pour son maître. Raymond MONIER explique que la conception du mandat a changé à ROME entre le deuxième et troisième siècle de notre ère. A la fin de l'époque classique, il faut distinguer entre un mandat général et un mandat spécial qui porte sur une opération déterminée²⁵⁷⁷. Le mandat étant considéré comme un service d'ami gratuit, il n'était pas « salarié » ; néanmoins des honoraires étaient possibles²⁵⁷⁸. Aujourd'hui la gratuité n'est plus un critère déterminant du mandat²⁵⁷⁹ et dans certaines occurrences, la Cour de cassation a posé un critère de présomption d'onérosité du mandat dans un contexte professionnel²⁵⁸⁰.

Le problème de la conception majoritaire et actuelle du mandat, c'est de corrélérer l'idée de mandat à celle de représentation²⁵⁸¹. Et la représentation²⁵⁸² se situe au cœur de la notion de pouvoir car la représentation est toujours liée à l'idée de la transmission d'un pouvoir²⁵⁸³.

Analogies entre contrat de mandat et mandat social

L'analogie entre le mandat social et le contrat de mandat suppose déjà d'écarter les théories personnalistes fondées sur l'allégorie de la personnalité morale comme sujet de droit autonome. Dans la conception institutionnelle et dans les théories qui en découlent (théories organicistes), la société personne morale a besoin d'organes pour être incarnée. L'organe de

²⁵⁷⁵ H.et L., J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, M. de JUGLART, Tome 3^{ième} 3^e édit. , deuxième volume, 1968, principaux contrats, p.583, n°1382 et s. ;

²⁵⁷⁶ Ph. DIDIER, De la représentation en droit privé. Préface d'Yves LEQUETTE. LGDJ droit privé n°339, p.29 : « Le patron ne lui demande pas de faire un acte particulier mais d'administrer un domaine agricole ou une entreprise commerciale. C'est un administrateur ».

²⁵⁷⁷ R. MONIER, manuel de droit romain, Les obligations, 5^{ième} édit. P.181 : « Dans le droit Justinien, le procurator est devenu un mandataire chargé d'administrer les biens d'autrui »

²⁵⁷⁸ R. MONIER, manuel de droit romain, Les obligations, op.cit.

²⁵⁷⁹ Ph. DIDIER, De la représentation en droit privé. Préface d'Yves LEQUETTE. LGDJ droit privé n°339, p.32 et s.

²⁵⁸⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 16 octobre 1963, D. 1964. 325, ; H.et L. ; J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, M. de JUGLART, Tome 3^{ième} 3^e édit. , deuxième volume, 1968, principaux contrats, p.586, n°1388 ; Philippe PETEL, Le contrat de mandat. Dalloz, connaissance du droit. p.22

²⁵⁸¹ D. HUET-WEILLER in préface de M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques ; JF OVERSTAKE « Essai de qualification des contrats spéciaux, préf. J. BRETHER DE LA GRESSAYE, LGDJ 1969 » p.92 : « Le mandat tel que le comprend et l'organise le Code civil est toujours représentatif...Ce caractère représentatif n'est pas d'ordre public, et les contractants peuvent l'écarter, mais alors il n'y aurait pas de mandats au sens propre ».

²⁵⁸² Ph. PETEL, Le contrat de mandat. Dalloz, connaissance du droit : La représentation est le mécanisme en vertu duquel un acte juridique accompli par une personne (le représentant), produit directement ses effets sur la tête d'une autre personne (le représenté). ; Michel STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques. Voir Préface de D. HUET-WEILLER

²⁵⁸³ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé », préface G. CORNU, Economica 1985, p.9

la société aurait des pouvoirs propres²⁵⁸⁴. Ces analyses inspirées du droit public sont insanes en droit privé. Tout pouvoir de droit privé, même encadré par la loi en droit des sociétés, découle forcément d'un acte juridique de droit privé. La théorie de l'organe permet de donner corps à la personne morale. Elle est construite sur une vision anthropomorphique de la personne morale ; pour nous, la personne morale est un sujet de droit relatif et non absolu car il s'agit d'une chose et non d'une personne, sa personnalité est adaptée à la cause car il y a des personnes physiques *in fine* qui y ont un intérêt.

Le mandat social comme le contrat de mandat sont des contrats. Et ces contrats donnent un pouvoir de gestion, de représentation d'un intérêt d'autrui. Le mandataire représente son mandat, le mandataire social représente la société personnifiée qui n'est autre qu'une communauté de personnes.

Différences entre contrat de mandat et mandat social

Le contrat de mandat semble toujours défini par rapport à la représentation. C'est d'ailleurs un enjeu majeur de qualification pour distinguer un mandat d'un contrat d'entreprise²⁵⁸⁵. Des auteurs pensent qu'il faudrait élargir la notion de mandat aux actes matériels, c'est-à-dire avoir une acception large du « faire quelque chose » de l'article 1984²⁵⁸⁶. Mais pour Françoise LABARTHE et Cyril NOBLOT, la représentation demeure l'essence du mandat²⁵⁸⁷. Mais tous les mandataires sociaux n'ont pas forcément un pouvoir de représentation légale. Ils sont parfois simplement les représentants des associés dans l'ordre interne sans pour autant avoir de prérogatives dans l'ordre externe. On pense aux mandataires sociaux non exécutifs comme les membres d'un conseil de surveillance d'une S.A. à directoire qui n'ont pas ce pouvoir de représenter la société. Néanmoins, à l'égard des tiers, le membre du conseil de surveillance, comme chaque mandataire social, représente les autres associés au conseil.

De toute façon et notamment dans les sociétés les plus importantes, la cause véritable de la rémunération n'est pas le pouvoir légal de représentation mais un travail de gestion, de politique économique : un grand patron du SBF 120 n'est pas payé pour exercer la signature sociale mais pour défendre et accroître la valeur de la société. Donc l'analyse qui consisterait à voir dans la rémunération du dirigeant social la contrepartie du pouvoir de représentation légale semble tronquée. Un aspect économique fondamental est occulté, si on se focalise sur

²⁵⁸⁴ M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques p.215 : évolution des pouvoirs à propos du CA : « les pouvoirs de l'organe se dédoublent en un pouvoir propre de décision relatif à l'élaboration de la volonté sociale et un pouvoir de représentation qui concerne l'exécution de l'opération dans les rapports avec les tiers » « Les organes de contrôle de la société agissent pour le compte de celle-ci en faisant usage de pouvoirs dont ils sont personnellement attributaire : ils ne représentent pas la personne morale, ils n'exercent pas les droits de celle-ci ».

²⁵⁸⁵ Fr. LABARTHE, C. NOBLOT, Le contrat d'entreprise L.G.D.J. 2008 p.108 et s., n°194 et s.

²⁵⁸⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, Les effets du contrat, LGDJ, 3e éd. 2001, n°929 et s.

²⁵⁸⁷ Fr. LABARTHE, C. NOBLOT, Le contrat d'entreprise L.G.D.J. 2008, op.cit.

le pouvoir de représentation : le dirigeant social doit administrer, manager, représenter, contrôler la société, le dirigeant social contrôle à la fois les personnes et les biens, c'est-à-dire les facteurs de production affectés à l'entreprise. La coordination du travail et du capital notamment dans les entreprises les plus importantes, celles où la division du travail est poussée à son paroxysme, est beaucoup plus qu'un pouvoir de représentation. C'est pour cette raison que la définition actuelle du mandat ne permet pas d'épouser totalement le mandat social bien qu'il y ait des liens entre ces deux occurrences contractuelles, par exemple, Bruno OPPETIT prenait l'exemple d'une Société en Nom Collectif où l'obligation aux dettes sociales était infinie et solidaire. Comment expliquer que les actes du gérant engagent les associés s'il n'y a pas un mandat entre eux²⁵⁸⁸ ? Seul le titulaire d'une prérogative de puissance publique peut disposer d'une telle exorbitance de pouvoir contraindre, engager juridiquement une personne sans son consentement²⁵⁸⁹.

Mais en droit privé, il est impossible d'engager sans son accord. Le mandat social est bien un mandat mais il est plus qu'un mandat. De surcroît, les rémanences d'une conception institutionnelle sur le droit des sociétés conduisent de nombreux auteurs à douter du fait que le dirigeant social soit un réel mandataire. L'argument de l'existence de pouvoirs légaux qui seraient propres²⁵⁹⁰ continue d'être avancé par de nombreux auteurs. Néanmoins le mandant n'est engagé que dans la limite du mandat alors que les pouvoirs légaux de représentation du mandataire social sont liés à la forme sociale : le gérant de SARL peut engager la société même si les statuts lui interdisaient de faire un acte. Comme on l'a vu précédemment, la représentation légale est une modalité imposée par l'ordre juridique français, même européen, pour assurer la sécurité juridique des transactions. Mais ce n'est pas ce pouvoir de représentation légale qui est la cause économique de la rémunération d'un dirigeant social dans une société. De même qu'un serveur de restaurant qui encaisse de l'argent pour son patron est rémunéré surtout pour le service qu'il fait plutôt que pour le « mandat spécial » dont il dispose pour recueillir l'argent des clients.

²⁵⁸⁸ Br. OPPETIT, « les rapports des personnes morales et de leurs membres ». Nancy, 1963, p.220-221 « comment des individus [peuvent] être engagés contre leur gré par un contrat auquel ils n' [ont] pas participé ? » (p.221) un « mandat tacite » ?

²⁵⁸⁹ E. GAILLARD, La représentation et ses idéologies en droit privé français in , « Droits », Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, p.94« Dans cette conception, qui n'a pas perdu toute sa force, le droit privé serait celui de la liberté, de l'obligation volontairement consentie et le droit public celui de la puissance et de la contrainte. C'est au nom de cette vision du droit que l'on constate, non sans amertume, depuis plus de quarante ans, que le droit privé « se publicise », que tout « devient droit public », (G. RIPERT, le déclin du droit, LGDJ, 1949), chaque fois que l'on peut déceler un rapport de contrainte dans des relations entre particuliers »

²⁵⁹⁰ M. STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », préf. D. HUET-WEILLER, LGDJ 1982, l'organe d'une société est doté de pouvoirs de représentation mais aussi de pouvoirs propres.

Pour résumer, la notion de mandat a évolué, d'un service d'ami effectué gratuitement à Rome²⁵⁹¹, le mandat est devenu avec l'évolution de la notion un contrat corrélié à l'idée de représentation. Or s'il est possible que des actes matériels accessoires soient commis lors de l'exercice d'un mandat, ces actes matériels ne peuvent pas être prépondérants sur les actes de représentation. L'essence du mandat social n'est pas d'être un représentant mais d'accomplir un travail de gestion. Et c'est ce travail de gestion, un service, qui est la prestation principale que fournit le dirigeant en échange de sa rémunération. Et peut-être que la notion de contrat de service entrée dans le Code civil avec l'ordonnance du 10 février 2016 permettra d'unifier mandat et contrat d'entreprise sous une appellation générique, car finalement le contrat d'entreprise et le mandat ont plus de points en commun que de différences.

2 Mandat social et contrat d'entreprise

Présentation du contrat d'entreprise

En droit romain, le louage est un des quatre contrats consensuels ; et le louage c'est « *le contrat par lequel une personne promet à une autre de lui fournir la jouissance d'une chose ou de ses services*²⁵⁹² ». Parmi le louage (locatio conductio), il faut distinguer entre la locatio rei²⁵⁹³ (location de chose), locatio operarum²⁵⁹⁴ (louage de services qu'est devenu le contrat de travail) et la locatio operis faciendi. C'est ce dernier louage qui nous intéresse le plus car le plus proche du mandat social. Défini à l'article 1710 du code civil, le locatio operis faciendi peut avoir une définition plus précise²⁵⁹⁵.

Il y a toujours eu une ambiguïté depuis la codification entre le mandat et le louage d'ouvrage devenu le contrat d'entreprise. Dans la pensée des codificateurs de 1804 inspirés par la définition du droit romain, le louage d'ouvrage s'applique aux activités matérielles, c'est-à-dire aux arts mécaniques qui transforment la matière physique. Les arts libéraux et prestations intellectuelles relevaient du mandat²⁵⁹⁶. Car d'après le raisonnement de l'époque, le service

²⁵⁹¹ Ph. PETEL, Le contrat de mandat. Dalloz, connaissance du droit. p.3 :

²⁵⁹² R. MONIER, manuel de droit romain, Les obligations, 5^e édit. P.168, n°127 et s.

²⁵⁹³ R. MONIER, manuel de droit romain, Les obligations, 5^e édit. P.170, n°129 : « Le louage des choses est le contrat par lequel le bailleur s'engage à procurer au locataire la jouissance d'une chose pendant un certain temps, moyennant une redevance, appelée merces, que le preneur promet de lui payer ».

²⁵⁹⁴ R. MONIER, manuel de droit romain, Les obligations, 5^e édit. P.173, n°130 : « Le louage de services est le contrat par lequel les ouvriers louent leurs services à un patron moyennant le paiement d'un salaire »

²⁵⁹⁵ « Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une personne, l'entrepreneur ou locateur, s'engage envers une autre, le maître ou le client, à exécuter contre rémunération un travail indépendant et sans le représenter » par H.et L., J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, M. de JUGLART, Tome III 3^e édit., 2^e vol., 1968, principaux contrats p.540, n°1331

²⁵⁹⁶ Fr. LABARTHE, Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 489 et s.

intellectuel du médecin, de l'enseignant, n'a pas de prix et donc la prestation qui a pour objet un service de l'esprit ne peut être rémunérée²⁵⁹⁷. En revanche, la prestation d'un service intellectuel peut (puis doit) recevoir une sorte d'indemnité, l'honoraire²⁵⁹⁸. L'honoraire était une sorte de libéralité et non une contrepartie au début du dix-neuvième siècle puis c'est l'honoraire qui est devenu une vraie contrepartie²⁵⁹⁹. La gratuité du mandat est un mythe en réalité²⁶⁰⁰. Aujourd'hui, la distinction entre les prestations manuelles, mécaniques et intellectuelles n'a plus lieu d'être et le contrat d'entreprise peut accueillir toutes prestations de service²⁶⁰¹ : le glissement sémantique du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise a permis d'incorporer les prestations intellectuelles dans le contrat d'entreprise²⁶⁰². Et si le contrat d'entreprise s'est considérablement développé en pratique avec la tertiarisation de l'économie française depuis quarante ans²⁶⁰³, il dispose d'un avenir encore plus important avec l'avènement du micro-capitalisme²⁶⁰⁴. Le contrat d'entreprise pose le principe d'un *facere* réalisé en échange d'un prix.

Le contrat d'entreprise est donc un contrat dans lequel le débiteur de la prestation est libre et indépendant dans l'exécution de son travail contrairement au salarié d'un contrat de travail dont la subordination est juridique et « l'entrepreneur (dans le sens *locator*) » ne représente

²⁵⁹⁷ L. GUILLOUARD, Traité du contrat de louage, tome second, Paris 1885, p.211, n°692 : « En droit romain, on s'accordait à reconnaître qu'il n'y avait pas de louage de services, mais contrat de mandat, et on appelait honoraire et non prix la somme d'argent ou la chose donnée en reconnaissance du service rendu : « Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio »

²⁵⁹⁸ L. GUILLOUARD, Traité du contrat de louage, tome second, Paris 1885 p.211 :

²⁵⁹⁹ Trib. de Périgueux, 23 juin 1928, Syrey 1928, II, 155 : « Il faut d'un côté, que le médecin suffisamment occupé puisse vivre largement de sa profession » cité par C.FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, L.G.D.J. préface C. THIBIERGE. ; V. aussi C.A. Montpellier, 27 octobre 1932, Gaz. Pal. 1932, II, 891 : « Il serait vain de nier l'évolution des mœurs sous les difficultés croissantes de l'existence ; que personne ne comprendrait plus aujourd'hui que l'avocat, dont le désintéressement se manifeste dans de si nombreuses affaires d'assistances juridiques, ne puisse, d'un client solvable, qu'accepter et non exiger des honoraires ; qu'à l'égal de n'importe quelle profession honnêtement exercée, son ministère doit lui permettre de vivre et, par conséquent, comporter le droit à récompense que mérite tout effort humain loyalement accompli ».

²⁶⁰⁰ Ph. DIDIER, De la représentation en droit privé. Préface d'Yves LEQUETTE. LGDJ droit privé n°339 p.32 et s. : « A proprement parler la gratuité du mandat est un mythe car elle défigurée par la présence de l'honoraire. »

²⁶⁰¹ Voir F. LABARTHE, Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion In Mel : étude offerte à J. GHESTIN, LGDJ 2001, p.489 : évolution sémantique du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise. « Mais à ce changement de vocabulaire correspond en effet un élargissement du contenu du contrat. Si le louage d'ouvrage concernait originellement les travaux matériels, le contrat d'entreprise englobe désormais les prestations intellectuelles, immatérielles ».

²⁶⁰² F. LABARTHE, Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 489 et s. ; Gw. LARDEUX, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, Recueil Dalloz 2016 p.1659 et s.

²⁶⁰³ Ph. REMI, « Quarante ans de chronique à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », l'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER, 1985, PUF, p.105

²⁶⁰⁴ F.-X. OLIVEAU, Micro capitalisme, Vers un nouveau pacte social, préf. G. KOENIG, PUF, génération libre ; sur la consolidation du contrat d'entreprise, G. DURAND-PASQUIER, Le maître de l'ouvrage, contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise, th. PARIS I, 2005, n°81 cité F. LABARTHE, C. NOBLOT, Le contrat d'entreprise L.G.D.J. 2008 p.13, n°18

pas le maître (*conductor*) bien qu'il soit à son service²⁶⁰⁵. Mais avec la notion de contrat de service, certains auteurs expliquent qu'une nouvelle catégorie générique de contrat est née et que le mandat pourrait faire partie du contrat de prestation de service. Car finalement la représentation est un service comme un autre. Pourquoi opposer un service matériel ou service intellectuel à un service de représentation ? L'action de représenter est aussi un service. Le mandat social aurait donc naturellement sa place dans cette catégorie de contrat de prestation de service s'il devient exact dans le futur que ce terme désigne une appellation générique.

Mandat social et contrat d'entreprise

Avec l'admission des prestations intellectuelles dans la catégorie du contrat d'entreprise²⁶⁰⁶, on peut se demander si effectivement, le mandat social n'est pas une sorte de contrat d'entreprise. Le mandataire social de la société, en réalité de la collectivité des associés, est « choisi », soit directement par les associés, soit par des mandataires sociaux intermédiaires, comme dans la société anonyme, pour manager et représenter l'entreprise. Si l'aspect représentation renvoie à l'idée de mandat, l'aspect management ou gestion d'actifs affectés est d'autant plus important avec la taille croissante de l'entreprise. Si le dirigeant mandataire social est aussi un gestionnaire d'actifs au sens large, cette terminologie peut être réductrice car le dirigeant « manage » aussi les hommes qui sont sous sa houlette. Une entreprise d'une certaine taille, c'est également du travail affecté, donc de la gestion humaine. L'aspect représentation paraît accessoire dans une entreprise conséquente et il existe d'ailleurs parfois des mandataires sociaux non exécutifs qui ne disposent pas du pouvoir de représentation.

Sur la fonction de manager, le dirigeant d'entreprise relève du contrat d'entreprise et sur l'aspect représentation, il relève du contrat de mandat. Mais il y a un autre aspect à prendre en compte, c'est le fait que le mandat social soit corrélé au contrat de société. Contrairement à un contrat d'entreprise simple, à un mandat social simple, on a vu que le mandat social ne peut être dissocié du contrat de société car le mandataire social est titulaire d'un pouvoir qui provient d'une concentration et d'une affectation de biens qui résultent d'un contrat associatif (contrat de société). Si le pouvoir de représentation est encadré par la loi, le pouvoir au sens large d'un dirigeant social trouve toujours sa source dans l'accord qui a constitué le groupement. Ce point cardinal fait peut-être du mandat social un contrat de la famille du contrat d'entreprise et du mandat. Le mandat social est à la fois un contrat d'entreprise et un contrat de mandat mais qui est subordonné à l'acte juridique fondateur de la société (contrat ou acte juridique unilatéral si sociétés unipersonnelles).

²⁶⁰⁵ Fr. LABARTHE, C. NOBLOT, Le contrat d'entreprise L.G.D.J. 2008, p.25, n°36 et s.

²⁶⁰⁶ Fr. LABARTHE, Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 489 et s

Pertinence actuelle de qualifier le mandat social de contrat d'entreprise ou de mandat : vers la création d'un régime général du contrat de prestation de service ?

On peut se poser la question de savoir si la nouvelle terminologie de contrat de prestation de service usitée désormais par le Code civil pour désigner le contrat d'entreprise opéré par l'ordonnance de février 2016 a également modifié le périmètre du contrat, en aboutissant à une seconde extension de son objet²⁶⁰⁷ ? La jurisprudence, qui sera co-auteure du projet de réforme, selon Denis MAZEAUD, tranchera cette question²⁶⁰⁸. Sans précision et en cohérence avec les articles 1164 et 1165, la prestation doit s'entendre de la chose et du prix. Une autre ambiguïté aurait pu être levée. Le contrat de prestations de service est-il synonyme de contrat d'entreprise ou renvoie-t-il à la catégorie de droit européen, qui oppose contrats translatifs et contrats de prestations de service²⁶⁰⁹ ? Les débats devant les parlementaires n'aident pas car la commission des lois du Sénat semble réduire cette disposition au contrat d'entreprise, alors que la commission des lois de l'Assemblée nationale laisse entendre qu'elle ne se réduit pas à ce seul contrat²⁶¹⁰. On peut penser avec certains auteurs que le contrat de prestation de service a vocation à accueillir le contrat d'entreprise mais également le contrat de mandat ainsi que d'autres contrats de service. Car la représentation est un service comme un autre. Lorsqu'une personne accomplit d'une manière indépendante un service de gestion ou plus exactement une « gerbe de services », elle accomplit très souvent des actes intellectuels, matériels, de représentation. Pourquoi distinguer alors que le régime juridique de ces différents contrats était déjà très proche ? Par exemple, la célèbre jurisprudence concernant la révision des honoraires des mandataires ne concernait pas uniquement le contrat de mandat mais également des contrats faisant partie de la catégorie du contrat d'entreprise²⁶¹¹. Comme l'explique Gwendoline LARDEUX, il est possible que se mette en place une catégorie générique de contrats fondés sur l'obligation de faire, dont le vocable a été supprimé mais avec paradoxalement une extension de son régime juridique²⁶¹². Or le contrat de mandat

²⁶⁰⁷ Gw. LARDEUX, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, Recueil Dalloz 2016 p.1659 et s.

²⁶⁰⁸ D. MAZEAUD, Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats, Recueil Dalloz 2018 p.912

²⁶⁰⁹ Gw. LARDEUX, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, Recueil Dalloz 2016 p.1659

²⁶¹⁰ M. MEKKI, La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? Dalloz 2018 p.900 et s.

²⁶¹¹ J. MAURY, essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, th. Toulouse, 1920 p.194 ; Ph. PETEL, Le contrat de mandat. Dalloz, connaissance du droit, p.69 ; L. AYNES, Le contrat, loi des parties, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005

²⁶¹² Gw. LARDEUX, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, Recueil Dalloz 2016 p.1659, Car la réponse la plus probable à ces interrogations conceptuelles sera sans doute que l'ensemble des contrats de prestation de service seront réunis sous la bannière unique de l'obligation de faire, rejoignant l'article 1710 actuel qui définit « le louage d'ouvrage » comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre (...) ». Ce n'est, au demeurant, pas le moindre des paradoxes que de constater,

social aurait naturellement vocation à faire partie de cette catégorie générique du contrat de prestation de service.

B. Le mandat social, un contrat spécifique (indissociable du contrat de société)

On ne peut analyser le contrat de mandat social sans s'intéresser au contrat de société. Parfois formellement, les clauses du mandat social, lorsqu'il y a un écrit, sont incorporées dans les statuts du contrat de société, où il est possible par exemple d'y prévoir la rémunération du mandataire social, ce qui n'est pas pratique.

En lisant avec attention l'œuvre de Pothier, nous avons remarqué un passage concernant l'origine du mandat social. Pothier compare le contrat de société au mandat que l'on pourrait attribuer à une personne pour gérer une fortune. Et l'auteur de l'ancien régime fait une distinction intéressante entre les contrats :

« Quoique le pouvoir d'un associé, qui, par la loi apposée au contrat de société, est l'administrateur des biens de la société, puisse être comparé à celui d'un homme à qui quelqu'un aurait donné une procuration générale pour gérer ses affaires, il faut néanmoins observer entre eux une différence. Le pouvoir de celui-ci étant révocable, selon la nature du contrat de mandat, il peut bien faire à l'insu de celui qui lui a donné la procuration, tous les actes dépendans de l'administration qui lui a été confiée, celui qui lui a donné la procuration étant censé y consentir : mais il ne peut rien faire contre son gré, et contre la défense lui aurait notifié. Au contraire, le pouvoir d'administrer, qui est accordé à l'un des associés par le contrat de société, étant une des conditions de ce contrat, cet associé n'ayant consenti à la société qu'à la charge qu'il en aurait l'administration, ce pouvoir n'est pas révocable tant que la société dure. C'est pourquoi cet associé peut faire, même contre le gré et malgré l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude, et pour le bien de la société²⁶¹³ »

Ce passage nous semble être essentiel car il est annonciateur de plusieurs choses importantes. Le mandat social issu du contrat de société est plus qu'un simple mandat bien qu'il comporte des analogies avec celui-ci. Deuxièmement, le dirigeant dispose d'un pouvoir autonome, c'est-à-dire qu'à partir du moment où il agit sans fraude et dans l'intérêt de la société, sa gestion peut être « imposée » aux autres associés. Il s'agit uniquement du dirigeant associé dont les fonctions sont une condition de l'engagement de cet associé dans le pacte social. Autrement

qu'alors que l'ordonnance a fait disparaître toute référence expresse à cette obligation, celle-ci reste en réalité très présente puisque c'est elle qui, très vraisemblablement, sous-tend la catégorie des contrats de prestation de service. Elle bénéficie même d'un embryon de régime juridique avec les articles 1165 et 1352-8 nouveaux . »

²⁶¹³ Œuvres de POTHIER, Traité du contrat de société, disponible Google play 01.11.18 p.471, n°71

dit, Pothier exprime clairement qu'une relation contractuelle peut conférer un pouvoir à l'associé administrateur et que ce dernier dispose d'une pleine autonomie à condition qu'il agisse sans fraude et dans l'intérêt de la société, en bref, qu'il ne détourne pas les pouvoirs conférés par les autres associés dans le contrat social. Avec cette analyse de Pothier, nous trouvons une trace fondamentale de l'éventuelle dissociation de la fonction de direction de la pure qualité d'associé (bien que l'administrateur soit associé aussi), les décisions sociales ne sont pas contrôlées *a priori* mais *a posteriori* par les associés. L'administrateur est donc un organe qui dispose d'un pouvoir qui peut s'imposer aux autres associés. La pratique du droit connaissait donc l'existence d'un pouvoir qui s'imposait aux associés, car ils avaient accepté le pacte social, à une époque où la théorie institutionnelle n'existait pas. Nous voyons donc que ni la loi de la majorité, ni la théorie intentionnelle ne sont nécessaires pour expliquer les prérogatives dont dispose le dirigeant pour administrer la société et imposer des décisions sociales aux autres associés. Malgré la majorité des associés s'opposant à une décision sociale, le dirigeant pourra prendre la décision sociale qu'il désire à condition qu'il agisse dans l'intérêt social : autrement dit, l'unanimité lors du pacte social initial est plus forte qu'une éventuelle majorité opposée qui se formerait après coup. L'unanimité initiale des associés de faire la société en nommant un associé administrateur ne peut plus être contestée une fois l'acte réalisé. Le contrat de société est donc un acte dont les effets sont réels (affectation de biens) mais également personnels (les personnes sont engagées et tenues de respecter la manifestation de volontés qu'elles ont exprimées lors de la formation du pacte contractuel). La loi de la majorité, figure de proue de la théorie institutionnelle, n'est donc pas nécessaire pour justifier le pouvoir et l'autonomie des dirigeants sociaux et la capacité de certains organes à imposer leurs décisions. Dans cet exemple, un minoritaire administrateur peut imposer ses vues sur la façon de gérer la société à une assemblée de majoritaires car initialement il détient son pouvoir d'un contrat qui par définition fut adopté à l'unanimité, tant que l'on n'est pas obligé d'être associé et que la qualité d'associé s'acquiert soit par un contrat social, soit par l'achat de titres sociaux à un autre associé, soit par l'héritage.

La société demeure une Institution contractuelle dont l'acte fondateur crée ses effets jusqu'à modification de celui-ci (mais parfois cette modification est impossible car l'actionnariat est réparti d'une telle façon que les minoritaires ne pourront jamais modifier les statuts sans le consentement du bloc majoritaire, dans ce cas le contrôle de la décision sociale ne peut être qu'à posteriori.

Le pouvoir est issu d'une relation contractuelle qui s'apparente au mandat mais qui n'est pas un mandat.

Ce qu'il faut retenir de cette critique de Pothier, c'est qu'elle nous paraît bonne sur plusieurs points dont notamment le fait qu'il faille avoir une conception holiste du contrat de société.

Une société personnifiée ne peut être comprise isolément sans la compréhension du groupe. Le contrat qui lie le dirigeant aux associés *ut universi* doit être aussi appréhendé globalement et surtout, ce que POTHIER explique, c'est que le mandat social n'est pas un mandat car c'est un mandat corrélié à un autre contrat, le contrat de société.

Contrat mixte et proposition

Il existe désormais dans le Code civil un contrat dénommé contrat de prestation de service. Le mandat social est contrat de prestation de service. La rémunération allouée est la contrepartie de la prestation fournie par le dirigeant. La prestation fournie est complexe et a différentes facettes : manager l'entreprise tant au niveau des personnes que des biens, représenter et souvent déléguer cette représentation à l'égard des tiers, administrer l'entreprise et parfois éventuellement surveiller. Mais l'ensemble de ces prérogatives découle de personnes physiques en amont, qui ont décidé de s'associer et d'affecter du travail et/ou du capital en vue de réaliser un profit. Cette concentration de capitaux crée une masse de biens qui est un patrimoine s'ils décident de choisir une forme sociale personnifiée.

Une entreprise privée d'un ordre juridique économique fondé sur le marché et la démocratie libérale aboutit à générer des unités de production (entreprise) qui ne dépendent pas de l'Etat mais d'initiatives privées. L'initiative privée (ou droit subjectif), c'est juridiquement la réunion de différentes propriétés privées assemblées grâce à des accords contractuels. La propriété privée collective générée par le contrat d'association (société) s'est affinée et a été réglementée par l'ordre juridique notamment à partir de 1867. La professionnalisation de la fonction de dirigeant date du milieu du dix-neuvième siècle. Donc l'analyse juridique et économique confirme que la rémunération objet d'une obligation, est une contrepartie issue d'un contrat synallagmatique. On a d'un côté le mandataire qui fournit un travail et qui l'échange contre des avantages économiques le plus souvent versés en argent. Le commerce n'est qu'un échange de propriétés et le dirigeant social, comme n'importe quel travailleur au sens large du terme loue sa force de travail contre rémunération. Le mandataire social « vend » ses services et parmi ses services, on trouve différents types d'actes, qui peuvent être des actes matériels de gestion, des actes de représentation, des prestations intellectuelles comme des actes de conseils etc. Si le contrat de prestation de service devient, dans le sillage du droit européen, un contrat de droit commun antagoniste du contrat translatif de propriété, il n'est plus utile, dans ce cas, de distinguer le mandat du contrat d'entreprise car ces deux figures peuvent être intégrées dans le contrat de prestation de service.

Une fois la certitude de l'analyse contractuelle établie, les questions de rémunérations excessives supposées ou avérées, de limitation ou d'abus de pouvoir sont inhérentes aux relations de pouvoir. Celui qui est titulaire d'un pouvoir et pas seulement privé, peut toujours

le détourner de ses fins. La notion d'intérêt social, même dans une perspective totalement contractualiste, n'empêche pas d'avoir un rôle cardinal. Il ne faut pas opposer le pouvoir au contrat dans l'entreprise, comme si c'étaient deux branches d'une alternative, elles sont complémentaires.

Section II. Conséquences juridiques de la qualification contractuelle

La question de la qualification contractuelle n'est pas encore acceptée par la majorité de la doctrine, c'est pourtant une réalité indéniable dans un ordre juridique fondé sur l'économie de marché. En revanche, dans une économie socialiste où l'Etat est propriétaire des grandes unités de production²⁶¹⁴, les rémunérations sont fixées unilatéralement par la puissance publique, par des statuts imposés par la loi. Il n'y a donc pas de contrat entre le dirigeant et l'entité dirigée car la rémunération du dirigeant de l'entreprise prend sa source dans un acte juridique unilatéral de droit public. Mais force est de constater que l'ordre économique européen n'évolue pas vers une économie socialiste, contrairement à il y a un siècle²⁶¹⁵, car la mondialisation renforce une économie de contrats²⁶¹⁶ et l'effondrement du communisme à l'Est a abîmé l'idéal socialiste²⁶¹⁷. C'est le marché qui guide les prix des différents facteurs de production. Et la gestion d'une entreprise est un facteur de production parmi d'autres. Pourtant, les doctrines juridique et économique françaises sont parfois hostiles à reconnaître la figure du contrat dans la relation dirigeant-associés et cette hostilité peut conduire finalement à neutraliser des moyens de contrôle de la rémunération. L'impression de rémunération excessive des dirigeants qui n'existe pas chez d'autres corps de métiers, comme les footballeurs, par exemple vient aussi peut-être de l'ambiguïté du droit et du fait que dans certains cas, la rémunération semble être un « droit à », non fixée par le marché. On peut dénoncer également le « capitalisme de connivence » où des réseaux souvent parisiens animés par des *alumni* d'écoles prestigieuses campent les conseils d'administration des grandes entreprises.

Mais l'excès éventuel d'une rémunération ne doit pas être apprécié par rapport à un juste prix qui n'existe pas dans une économie de marché mais par rapport à un prix juste. Et le prix juste en droit des sociétés est par exemple un prix qui est conforme aux différents intérêts

²⁶¹⁴ J. BAECHLER, *Le capitalisme*, Tome 2 : l'économie capitaliste Folio Histoire, Gallimard 1995, p.338 : « La thèse centrale du socialisme est que la suppression de la propriété, du marché et de l'entrepreneur produit spontanément l'abondance pour tous ».

²⁶¹⁵ En 1912, Léon DUGUIT constatait que le droit évoluait dans le sens socialiste du fait des notions fonction sociale, de but social. L. DUGUIT, « Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon », Edit. La mémoire du droit, 1912, 2e tirage 2008, p.113

²⁶¹⁶ G. FARJAT, *Pour un droit économique*. Puf 2004 ; les voies du droit, p.23-24 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Puf quadriges essais débats 2e, 1994-2011, préface, p.XXI-XXV

²⁶¹⁷ P. ROSANVALLON, « Le capitalisme utopique, histoire de l'idée de marché », *essai points*, 1979, 3e 1999, p.1 : « Le sens même de l'idée socialiste s'en est du même coup trouvé ébranlé, surtout après que le crépuscule du communisme eut définitivement donné congé aux principes de planification et d'appropriation collective des moyens de production »

respectifs des associés c'est-à-dire conforme à l'intérêt social. La représentation d'un groupe devrait conduire au respect de l'intérêt de tous ceux qui en font partie. Une rémunération excessive peut être issue d'une connivence entre un actionnaire important et le dirigeant mais contraire à l'intérêt de la société.

La rémunération, notamment dans les plus grandes entreprises, vise à rémunérer l'attribution de prérogatives de représentation et de gestion, voire de surveillance d'un patrimoine et la gestion des personnes qui y travaillent. Le mandataire social « incarne » une volonté collective. Mais ceux qui négocient leur rémunération sont aussi la plupart du temps des représentants, c'est-à-dire des gens qui agissent en vertu d'un pouvoir.

Or tous ceux qui agissent en représentation d'un intérêt d'autrui sont susceptibles d'un détournement de pouvoir²⁶¹⁸. Et ce n'est pas en niant le phénomène contractuel qu'on pourra obtenir un meilleur contrôle de la rémunération mais, au contraire, en l'actant²⁶¹⁹. La qualification contractuelle a des effets tant juridiques qu'économiques. Juridiquement, la prestation du dirigeant est un travail et ce travail a une contrepartie. Le dirigeant social d'une entreprise privée n'est pas dans une relation statutaire où il aurait un « droit à » à obtenir une rémunération indépendamment de la prestation qu'il fournirait. Le problème, c'est que la rémunération est fixée en amont, comme c'est souvent le cas avec les contrats de prestation de service de type mandat et contrat d'entreprise. La pratique a donc tendance à augmenter la part variable de la rémunération en fonction d'objectifs fixés préalablement. D'un point de vue économique, si la rémunération est contractuelle, cela signifie que le travail fourni est un bien incorporel, qui relève d'un marché potentiel. Le fonctionnement de ce marché ne paraît pas toujours efficient²⁶²⁰. Et comme le constatait Jean TIROLE, on a parfois tendance à assimiler un marché qui fonctionne mal au principe même du marché²⁶²¹ : un marché, s'il est suffisamment concurrentiel, a des effets bénéfiques pour tous. Mais dans certains domaines, l'erreur est de croire que le « laissez-faire » suffit²⁶²². Et c'est là que le droit rentre en jeu. Le

²⁶¹⁸ Avec la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, une procédure concernant les conflits d'intérêts avait été mise en place. Elle avait vocation à s'appliquer aux personnes physiques mais également aux sociétés personnes morales. Mais le texte de l'article 1161 du Code civil a été amendé avec la loi de ratification du 20 avril 2018.

²⁶¹⁹ On se réjouit d'ailleurs qu'une disposition de la loi SAPIN II permette à l'assemblée générale d'une société anonyme de voter la rémunération des dirigeants mais normalement une telle disposition n'avait pas besoin d'une loi

²⁶²⁰ J. GATTY, Le vieux problème de la rémunération des dirigeants, in « L'entreprise multinationale dans tous ses Etats », APD 2014, p.126

²⁶²¹ J. TIROLE, Economie du bien commun, PUF, 2016 p.56

²⁶²² J. TIROLE, Economie du bien commun, op.cit. p.56 : « Mais, comme entend le montrer ce livre, bénéficier des vertus du marché requiert souvent de s'écarter du laissez-faire. De fait, les économistes ont consacré une grande partie de leurs recherches à l'identification des défaillances du marché et à leur correction par la politique publique : droit de la concurrence, régulation par les autorités sectorielles et prudentielles, taxation des externalités environnementales ou de cogestion, politique monétaire et stabilisation financière, mécanismes de fourniture des biens tutélaires comme l'éducation et la santé, redistribution, etc. »

droit de la concurrence et, plus généralement, le droit de la régulation ont pour mission de lutter contre les défaillances du marché²⁶²³. On peut même dire que le droit des contrats est un droit de la régulation du marché en général car la théorie des vices du consentement, théorie de l'imprévision et autres concepts de cette branche du droit sont des mécanismes juridiques destinés à protéger l'intégrité du consentement et à tenter d'expurger la fraude du contrat, du marché. Si le droit commun des contrats doit s'appliquer à la question des rémunérations, il n'est pas pour autant suffisant et la législation spéciale s'est substituée au droit commun au lieu de s'y superposer.

On verra donc dans un paragraphe 1 que la qualification de contrat de la rémunération, préalable nécessaire à son contrôle, permet de renouveler la question des rémunérations excessives puis dans un paragraphe 2, il sera intéressant de voir que la qualification amène à l'idée de marché et pose la question de l'efficacité du marché des dirigeants en France.

§1. Le contrôle de la rémunération excessive

Le contrôle de la rémunération excessive ne devrait pas porter sur la rémunération en elle-même en vertu du principe de commutativité subjective, qui est aussi un autre versant du principe de liberté contractuelle désormais expressément consacré dans le Code civil²⁶²⁴. La liberté de fixer le prix relève de la volonté privée. C'est un élément cardinal d'une économie de marché, décentralisée où ce sont les parties qui fixent la valeur des échanges. La force obligatoire est une conséquence logique du principe de liberté contractuelle²⁶²⁵ et de la propriété privée. Si l'échange est fragile et n'est pas protégé par le droit, il n'aura pas de pérennité.

L'ordre juridique ne devrait pas contrôler l'équilibre objectif de la rémunération par rapport à la prestation fournie car cela serait finalement le retour de la lésion dans certains contrats et donc cet équilibre objectif des prix induirait l'idée d'un « juste prix » déterminé par le juge donc par l'Etat. D'ailleurs, les éventuelles rescissions pour lésion sont en droit français

²⁶²³ G. FARJAT, Pour un droit économique. Puf 2004 ; les voies du droit, p.113 ; M.-A. FRISON-ROCHE, Les 100 mots de la régulation, Que-sais-je ? PUF ; M.-A. FRISON-ROCHE, Définition de la régulation économique, D.2004, p.126

²⁶²⁴ Article 1108 al.1 du Code civil ; Br. DONDERO, La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants ! Gazette du Palais, 06 octobre 2012 n° 280, P. 7 et s, n° 8 : « La société et son dirigeant peuvent librement convenir du montant qui va être attribué à ce dernier au titre de sa rémunération. »

²⁶²⁵ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat » in : Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la dir. Ph. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz 2003, p.151 : Selon la conception française la plus classique...liberté contractuelle constitue à la fois l'expression la plus forte et l'aboutissement du pouvoir de la volonté. « Libre de former le contrat, la volonté s'y enferme, et ce qui a été voulu s'impose définitivement sans que le juge puisse exercer aucun pouvoir de révision ».

exceptionnelles²⁶²⁶. Néanmoins il faut quand même préciser que les actes et contrats pris au nom de la société personnifiée sont le fait de représentants, ce sont donc des relations de pouvoirs en plus d'être parfois la réalisation de contrats. Lorsqu'un conseil d'administration choisit un Directeur général en lui offrant telle rémunération, en plus d'un contrat, il y a également une relation de pouvoir. Emmanuel GAILLARD avait relevé cette superposition d'actes juridiques²⁶²⁷ : quand on investit un mandataire pour signer un contrat, le pouvoir du mandataire est aussi un acte juridique unilatéral qui fusionne dans la formation du contrat réputé être signé au nom du représentant. Dans une société, il y a donc aussi des actes juridiques unilatéraux car il y a des relations de pouvoirs inhérentes au fait que certains agissent en vertu d'un intérêt, au moins partiellement, distinct du leur. Mais ces pouvoirs sont toujours issus de la propriété privée, soit collective, soit individuelle. Et c'est d'ailleurs grâce à l'existence de ces actes unilatéraux, de ces pouvoirs, que les théories alternatives à l'analyse contractualiste de la société se sont construites.

Le contrat de direction d'une société dans lequel la rémunération est prévue est un contrat souvent « négocié » par des gens investis d'un pouvoir. Or tout pouvoir est finalisé et en l'espèce, en droit des sociétés, les actes commis au nom de la société (collectivité des associés) doivent être conformes à l'intérêt social. L'introduction d'une procédure sur les conflits d'intérêts dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 aurait pu s'appliquer aux sociétés mais la nouvelle rédaction du texte issue de la loi ratification du 20 avril 2018 a restreint le texte aux personnes physiques²⁶²⁸.

Etat des lieux : l'impossible contrôle objectif de la rémunération

Le droit positif a parfois sanctionné des rémunérations jugées excessives mais le problème est que les solutions rendues l'ont été sans que l'on ait véritablement conceptualisé ce qu'était une entreprise privée, c'est-à-dire que la norme inférieure ne respecte pas les principes matriciels de notre ordre juridique dont la liberté contractuelle qui comporte la liberté de déterminer le contenu du contrat et évidemment la force obligatoire du contrat. La force obligatoire du contrat est un principe cardinal, trop souvent justifié pour des raisons morales,

²⁶²⁶ D. MAZEAUD, La Lésion, Rep. Civ. DALLOZ 2007, n°7

²⁶²⁷ E. GAILLARD, « Le pouvoir en Droit privé » *Economica*, préface G. CORNU 1985, p.142, n°223 : « La décision du titulaire du pouvoir est bien une manifestation unilatérale de volonté destinée à produire un effet de droit, en l'occurrence contraignant pour autrui-le représenté- et correspond donc à l'une des variétés d'actes unilatéraux. Le fait que cette volonté se fonde aussi tôt dans un accord de volonté pour constituer un contrat ne doit pas masquer cet aspect qui constitue l'essence de tout pouvoir. [...]. La conjonction des deux phénomènes juridiques laisse intacte la nature propre de chacun ».

²⁶²⁸ H. LE NABASQUE, « Conventions libres et réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil ? » *Joly* 2016, p.681, Fl. DEBOISSY, G. WICKER, « La modification de l'article 1161 du Code civil par le Sénat : la réglementation des conflits d'intérêts victime du lobbying », *JCP E* 2017, 1664 ; A. COURET, « L'article 1161 du code civil victime du lobbying : un mauvais procès », *Dalloz* 2018 p.20

alors que c'est plus fondamentalement un principe corrélé au droit de propriété : le contrat est la propriété en mouvement car s'engager est une activité qui a toujours une conséquence patrimoniale, toujours une conséquence sur la propriété du patrimoine de l'individu. Un engagement n'est possible que si on est propriétaire d'une valeur au sens large du terme : un objet, un droit, une force de travail. Et quand on écrit que c'est la propriété privée qui fonde l'entreprise, cela signifie qu'en amont du contrat de société, il y a toujours une propriété privée des capitaux apportés, qu'ils soient corporels ou incorporels. Et en aval, on a le contrat de société, qui est un engagement qui assujettit les associés. C'est de la force obligatoire de l'acte juridique de droit privé qui fonde le contrat de société que naît le pouvoir au sein de la société²⁶²⁹.

Néanmoins la problématique de la rémunération du dirigeant social porte en réalité sur deux problèmes juridiques distincts. D'une part la valeur de la prestation que fournit le dirigeant est difficile à évaluer car c'est une prestation future, qui n'a pas de corporéité et si on sait que la gestion est une fonction fondamentale de l'entreprise, donner un prix à cette gestion n'est pas une chose aisée. C'est pour cette raison que la détermination du prix n'a jamais été aussi essentielle dans la « famille des contrats de prestation de service²⁶³⁰ » que pour la famille des contrats de vente.

D'autre part, le second problème est que ceux qui négocient le salaire des dirigeants sociaux, sont, dans les grandes entreprises du moins, également des fondés de pouvoir, des représentants. Il est possible que certains n'agissent pas conformément à la finalité de leur pouvoir, c'est-à-dire conformément à l'intérêt social.

On a vu que l'entreprise privée dans une économie de marché est constituée de contrats et que la relation entre le mandataire social et la société personnifiée²⁶³¹ est une relation contractuelle dont le contrat appartient à la famille des contrats de prestation de service dont le mandat et le contrat d'entreprise feraient partie.

La partie qui fixe ou négocie la rémunération du dirigeant social a une contrainte qui pèse sur elle, celle de respecter l'intérêt social. D'autre part, si les parties disposent d'une liberté pour fixer le prix de leur prestations réciproques, il faut quand même que chaque partie ait un intérêt au contrat. En droit des contrats, la notion de cause permettait un contrôle minimal

²⁶²⁹ Fl. DEBOISSY, Le contrat de société in Rapport français, op.cit. p.133, n°24 : « En raison de l'engagement contracté, l'associé renonce à son autonomie dans le cadre de la société pour être assujetti à l'intérêt commun à chacun, qui fonde l'existence de la société. »

²⁶³⁰ Ph. MALAURIE, Recueil DALLOZ 1991 p. 501 « Il est définitivement acquis, me semble-t-il, que la détermination du prix ne s'applique pas aux contrats qui ont sans conteste pour objet une obligation de faire parce qu'ils sont relatifs à une activité humaine, dont on ne peut savoir à l'avance le prix : tels les contrats d'entreprise, de mandat et de commission. »

²⁶³¹ Supra, qui est en réalité la collectivité des associés car la personnalité morale est un sujet de droit relatif.

de l'utilité du contrat pour les deux parties²⁶³². En ce qui concerne la rémunération, il existe des possibilités de contrôle à la fois dans le droit commun mais aussi dans le droit spécial.

A. Annulation et modification d'un acte octroyant une rémunération excessive

Un point cardinal est souvent négligé en matière de rémunération des dirigeants : la rémunération versée au dirigeant mandataire social en échange de son activité repose sur un contrat de prestation de service, un contrat-échange mais la partie contractante débitrice de la rémunération est un groupement de droit privé, souvent personnifié, organisé par des contrats qui ne sont pas des contrats-échange mais des « contrats-organisation » pour reprendre le vocable de Paul DIDIER. Le patrimoine du groupement organisé et personnifié est représenté par des gens qui sont également mandataires de la collectivité des associés. Dans une société où les décisions ne sont pas prises à l'unanimité des associés, ceux qui négocient avec le dirigeant social sa rémunération le font non pas selon leur libre-arbitre, mais selon des pouvoirs qui découlent de l'ordre juridique statutaire comme l'explique Guillaume WICKER²⁶³³. La rémunération d'un dirigeant s'inscrit dans un phénomène d'un double contrat²⁶³⁴ : le contrat entre le dirigeant social et la société personnifiée représentée par des personnes titulaires de pouvoirs. Et ces pouvoirs exercés au nom de la société sont également le fruit de contrats, contrats qui sont dans l'orbite du pacte statutaire originel. C'est pour cette raison que la rémunération d'un mandataire social doit être conforme aux règles du droit commun des contrats (1) mais également conforme au droit spécial qu'est le droit des sociétés (2)

1. L'annulation de l'acte octroyant une rémunération excessive selon le droit des sociétés

Les « intérêts sociaux »

Comme on l'a vu précédemment avec la question de nature de l'entreprise, du questionnement de la personnalité morale, on retrouve à la fois la dichotomie entre une conception contractualiste de l'intérêt social où l'intérêt social est l'intérêt commun des

²⁶³² Si la cause a été supprimée du droit des contrats, certaines de ses fonctions forgées par la jurisprudence existent toujours et ont été codifiées par l'ordonnance du 10 février 2016. G. WICKER, La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? D. 2015, p.1557

²⁶³³ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s. p.703-704- n°23-24 et p.723, n°47

²⁶³⁴ Hormis le cas d'un associé d'une société unipersonnelle qui engagerait un dirigeant social pour gérer sa société. Très peu probable en pratique.

associés²⁶³⁵ et un intérêt social compris comme l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire un intérêt qui serait une synthèse entre différents intérêts : l'intérêt des apporteurs de capitaux mais également des dirigeants, des salariés.

Finalement il s'agit toujours de la même *summa divisio* entre deux conceptions de l'entreprise : une conception où l'entreprise est un objet qui appartient à ses propriétaires car ce sont eux qui l'ont fondée et une conception défendue, par exemple, par Alain SUPIOT où l'entreprise n'est pas une chose, un bien mais devient une communauté qui a des droits²⁶³⁶. L'entreprise personnifiée n'est plus un objet de droit mais un sujet de droit à part entière. Si on était en philosophie politique : on dirait que c'est un affrontement entre d'une part une conception individualiste, libérale face à une conception holistique, socialisante. Il est normal que l'intérêt social non défini légalement²⁶³⁷ soit également sujet à cet affrontement politico-juridique²⁶³⁸. Dans le manuel de droit des sociétés, les auteurs distinguent entre l'intérêt social contractuel, l'intérêt social institutionnel (construit sur l'idée d'un intérêt distinct de la personne morale distincte²⁶³⁹) et l'intérêt social inspiré de la doctrine de l'entreprise²⁶⁴⁰. En réalité, l'intérêt social vu comme étant l'intérêt de la personne morale qui transcende l'intérêt des associés et l'intérêt de l'entreprise comme étant l'intérêt de tous les membres et pas seulement l'intérêt des seuls apporteurs de capitaux, sont construits sur l'idée d'une transcendance que l'on a abordée lors de la question de la nature de l'entreprise.

La doctrine de l'entreprise est comme la doctrine institutionnelle, une doctrine personnificatrice qui est fondée sur l'idée que la société personne morale ou que l'entreprise a un intérêt propre, i.e. sur l'idée qu'il existerait des sujets de droit virtuels d'une valeur égale à celle d'un sujet de droit humain.

Le choix de l'intérêt social contractuel

²⁶³⁵ Article 1833 du Code civil

²⁶³⁶ L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz, les sens du droit débat, 2015 introduction,

²⁶³⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit., LexisNexis 2018, n°565

²⁶³⁸ Didier PORACCHIA évoque d'ailleurs l'intérêt social issu de la doctrine de l'entreprise comme une troisième voie : « Ainsi, la vision élargie de l'intérêt social portée par l'arrêt Fruehauf de la cour d'appel de Paris du 22 mai 1965 s'inscrit dans un contexte politique et social dominé par la recherche d'une troisième voie entre libéralisme et communisme » in D. PORACCHIA, Regard sur l'intérêt social, Revue des sociétés 2012 p. 475

²⁶³⁹ J.-Ph. ROBE, L'entreprise et le droit, P.U.F. Que sais-je ? , p.44 : « La conception institutionnelle de la société assure, en effet, à la fois une grande autonomie aux dirigeants, qui n'ont plus la charge de défendre les intérêts de la majorité des actionnaires mais de la société en tant que telle, conçue comme une institution autonome ayant ses intérêts propres. Dans le même temps, elle fixe une finalité à l'exercice de ce pouvoir autonome, qui leur échappe et échappe même (dans une certaine mesure) aux actionnaires : l'intérêt social. » ; Sur la critique de cet intérêt de la personnalité morale prétendument distinct ; v. G. WICKER, Personne morale, op.cit. n°25 et s.

²⁶⁴⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit., LexisNexis 2018, p.253-255, n°565 et s.

Pourquoi défendre la conception contractualiste de l'intérêt social ? Car c'est cet intérêt social qui est conforme à la nature de l'entreprise développée. La nature de l'entreprise privée ne dépend pas de la forme sociale choisie par les associés mais de l'apport de capitaux privés. Un entrepreneur individuel dirige son entreprise car l'entreprise en tant qu'activité est une modalité de sa propriété. Être propriétaire, c'est avoir la liberté d'agir ainsi que d'avoir le droit subjectif reconnu par l'ordre juridique que les fruits de l'activité appartiennent à l'entrepreneur. L'entrepreneur individuel est donc « propriétaire » de son entreprise car l'action d'entreprendre réifiée par l'existence de certains biens fait partie de son patrimoine. Pendant longtemps le contrat de société n'était qu'une propriété privée collective, qui permettait contractuellement d'entreprendre à plusieurs. Le contrat de société permet de réunir des propriétaires de capitaux qui délègueront la gestion de leur capitaux réunis en contrat (contrat de société) à l'un d'entre eux ou à un tiers. Ce sont les apporteurs de capitaux qui choisissent toujours directement ou indirectement les mandataires sociaux. Cette règle que l'on trouve dans toutes les formes sociales découle de la propriété privée collective. L'article 1833 ne fait qu'énoncer une conséquence de la propriété privée collective : la mise en commun crée un intérêt commun²⁶⁴¹ et Guillaume WICKER le rappelle justement : l'intérêt de la personne morale n'est que l'intérêt spécial des membres²⁶⁴², et non un intérêt propre transcendant²⁶⁴³. Ceux qui véhiculent la notion d'un intérêt social large, souvent avec des arguments prétendus altruistes, consolident en réalité le pouvoir du management au détriment des associés et risquent d'entraîner la conséquence suivante : des dirigeants hors de contrôle, car ces dirigeants d'entreprise ne sont ni soumis à l'autorité d'un pouvoir hiérarchique (comme le sont les fonctionnaires) ni à celle du contrat qui leur a donné le pouvoir et la rémunération. Et si « *toute société est fondamentalement une structure de partage du pouvoir et du profit*²⁶⁴⁴ », le pouvoir exercé par les dirigeants est borné par l'intérêt social compris comme l'intérêt commun.

²⁶⁴¹ FI. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005n°24 : « En raison de l'engagement contracté, l'associé renonce à son autonomie dans le cadre de la société pour être assujéti à l'intérêt, commun à chacun, qui fonde l'existence de la société. Il en résulte que, en dépit de la terminologie employée, les prérogatives sociales conférées à l'associé en raison de sa qualité constituent moins des droits subjectifs que des pouvoirs puisque leur exercice est subordonné au respect de cet intérêt commun ».

²⁶⁴²G. WICKER, *Personne morale*, op.cit. n°26 : « La déduction s'impose alors que la personnification repose, non sur une distinction de l'intérêt du groupement et des intérêts individuels de ses membres, mais sur une sélection opérée au sein de l'ensemble de ces intérêts individuels par l'acte constitutif du groupement [...] Cela signifie par conséquent que l'intérêt du groupement n'est autre que l'intérêt de ses membres ou fondateurs tel qu'il ressort de son acte constitutif »

²⁶⁴³ Contra J.-Ph. ROBE, *L'entreprise et le droit*, P.U.F. Que sais-je ? p.109 : « Le pouvoir conféré par le contrôle des assemblées générales d'exercice des compétences ainsi obtenues dans l'intérêt social- dans l'intérêt de la société- et non pas celui des actionnaires, fussent-ils majoritaires. »

²⁶⁴⁴ D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la S.A.*, éd. Joly, coll. Prat. Des affaires, version nouvelle 2004p.27, n°17

Dans les faits, la distinction n'est peut-être pas aussi importante²⁶⁴⁵ que cela, car la plupart des actes non conformes à l'intérêt social élargi ne seront pas conformes non plus à l'intérêt social restreint.

Intérêt social, limite du pouvoir des différents mandataires de la société

L'abus de majorité, l'abus des biens sociaux, l'abus de pouvoirs sont autant de concepts souvent forgés d'une manière prétorienne qui peuvent fonder une remise en cause d'actes contraires à l'intérêt social²⁶⁴⁶. Certains auteurs présentent ces concepts comme des possibilités d'obtenir la nullité d'actes commis au nom de la société lorsque la rémunération est jugée excessive. Mais il faut tempérer ce principe par un principe supérieur du droit. Normalement, un contrat est valable en soi. Mais l'acte contraire à l'intérêt social est une question qui touche finalement à l'intégrité du consentement et donc, la nullité absolue est une solution possible en ce qui concerne la rémunération des dirigeants. Car le mandat de gestion ou contrat de prestation de service entre le dirigeant social et l'entreprise dirigée est un contrat qui est inféodé, comme tous les actes passés au nom de la société, au pacte social originaire. Il serait totalement possible de prévoir dans les statuts des clauses d'encadrement de la rémunération des dirigeants, voire des indices pour la déterminer selon des critères votés par les associés. Pour l'instant, ces clauses sont possibles mais souvent virtuelles car la conceptualisation de ce qu'est réellement une entreprise personnifiée d'une part et l'attente par de nombreux acteurs économiques de « solutions hétéronomes » d'autre part, c'est-à-dire de solutions imposées par la loi et non par le contrat (l'autonomie), empêchent un « contrôle décentralisé » de la rémunération, un contrôle par les agents économiques eux-mêmes.

Guillaume WICKER précise que la décision fixant la rémunération du dirigeant avec la société (les membres du groupement) pourrait être annulée si celle-ci n'était pas conforme à l'intérêt social mais force est de constater que ce critère en tant que tel n'est pas encore utilisé dans la pratique des tribunaux pour contrôler la rémunération. Pour annuler un acte, il va falloir prouver un abus de majorité (a) ou une atteinte à la libre révocabilité des dirigeants, qui est un mauvais critère selon nous (b).

a. Abus de majorité et rémunération des dirigeants

²⁶⁴⁵ J. MESTRE, La société est bien encore un contrat, Mélanges MOULY, 1998, II, p. 131 et s. p139 : « Les conceptions Contractuelles Et Institutionnelles de l'intérêt social ne sont « pas aussi éloignés et peuvent même parfois converger vers une même solution ».

²⁶⁴⁶ Br. DONDERO, La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants !, Gazette du Palais, 06 octobre 2012 n° 280, P. 7 et s., n°17

Le droit de vote de l'associé n'est pas issu de la loi mais de la concentration du capital générée par un contrat de société. La loi encadre le contrat de société mais ne se substitue pas à l'initiative privée. Néanmoins, l'associé majoritaire (ou un groupe d'associés) peut abuser de son droit ou plus exactement de son pouvoir : car un associé majoritaire peut imposer des décisions sans le consentement des minoritaires, il dispose d'un pouvoir de représentation car il dispose des prérogatives d'un propriétaire entier sans être le propriétaire de l'ensemble des titres : une propriété privée collective d'un bien ou d'un ensemble de biens aboutit toujours à ce phénomène de dissociation entre pouvoir et propriété²⁶⁴⁷.

La Cour de cassation reconnaît depuis un certain temps la possibilité de faire annuler une décision prise au détriment de l'intérêt social mais avec la condition supplémentaire que cette décision ait été prise dans l'unique dessein de léser ou de favoriser la majorité au détriment des autres associés²⁶⁴⁸.

b.L'atteinte à la libre révocabilité des dirigeants : un faux critère

Le principe de libre révocabilité de certains dirigeants sociaux – la révocabilité ad nutum- est solidement ancré dans le droit français des sociétés. Par exemple, l'article 22 § 1 de la loi du 24 juillet 1867 reconnaissait déjà cette faculté²⁶⁴⁹. Et les auteurs de la seconde moitié du dix-neuvième siècle justifiaient cette règle par le contrat de mandat²⁶⁵⁰ liant le dirigeant à la société dirigée. Pour eux, c'était déjà une règle d'ordre public²⁶⁵¹.

Là encore la vraie justification de cette règle doit être recherchée dans la propriété privée, collective, qu'est un patrimoine affecté géré sous la forme d'un contrat de société. Les associés sont propriétaires en commun, si pour des raisons pratiques, puis juridiques il a été indispensable de confier ce patrimoine à une ou des personnes, l'aspect irrévocable du mandat social serait une atteinte à la gestion de sa propriété privée. Et comme le remarquaient HEMARD, TERRE et MABILAT dans leur ouvrage « sociétés commerciales »,

²⁶⁴⁷ Y. GUYON, Droit des affaires tome 1, Droit commercial général et société 12^e, n°289 : le pouvoir que donne la majorité doit respecter l'objet social et l'intérêt commun des associés. (référence peut-être incorrecte car j'ai utilisé deux versions distinctes de cet ouvrage).

²⁶⁴⁸ Cass. Com. 18 avril 1961

²⁶⁴⁹ (L. 24 juillet 1867, art. 22, § 1 : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés »

²⁶⁵⁰ A. BOISTEL, Manuel de droit commercial, 3^e édit., 1899, p.190-191, n°308 . « Cette révocabilité n'est pas seulement naturelle à ce mandat; il faut la considérer comme essentielle, et même d'ordre public, puisque l'a. 41 annule la société pour toute inobservation de: l'a. 22. D'où il suit certainement que les statuts ne pourraient pas déclarer les gérants absolument irrévocables pour toute la durée de leurs fonctions... » ;

²⁶⁵¹ Ch. HOUPIN, H. BOSVIEUX, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, avec formules, T.2, 3^e édit. 1925 P.170, n°838 : « La révocabilité des administrateurs est une règle d'ordre public à laquelle il ne pourrait être dérogé par une clause des statuts tendant à supprimer ou restreindre le droit absolu de l'assemblée, soit que cette clause détermine limitativement les causes de révocation, soit qu'elle subordonne la validité de la révocation à l'appréciation des tribunaux. »

l'analyse par le contrat mandat de la révocation *ad nutum* de l'administrateur d'une SA constitue une aporie avec la vision institutionnelle²⁶⁵².

Mais le principe d'ordre public de la libre révocabilité de certains mandataires sociaux a permis d'aboutir à un contrôle de l'excès de la rémunération. Mais selon nous, cette jurisprudence est critiquable car elle viole la force obligatoire des transactions. Seulement il est vrai que la relation mandataire social- société n'a pas été perçue pendant longtemps comme étant une relation contractuelle.

Rémunération des dirigeants et atteinte au principe de libre révocabilité

La précarité du mandat social a poussé parfois les parties à négocier des clauses indemnitaires en cas de rupture de la relation²⁶⁵³. Si la Jurisprudence en accepte le principe ; il ne faut pas qu'elle soit excessive car *de facto*, elle remettrait en cause le principe de libre révocabilité.

Le dernier arrêt de la Cour de cassation important sur cette question concerne une personne qui est nommée Directeur général d'une société anonyme et par acte séparé, le Président du conseil d'administration lui confirme qu'une indemnité de départ lui sera versée en fin de mandat « pour quelque raison que ce fût ». Le conseil d'administration mit fin au mandat et aucun élément de rémunération ne fut versé ; l'ex- directeur général assigna en justice pour non- paiement de son indemnité de départ mais la Cour d'appel donna raison à la société (rejet du pourvoi de cassation) car « *l'indemnité aurait eu des conséquences financières importantes pour la société en raison de son montant élevé qui aurait eu pour effet de dissuader les actionnaires de la société d'exercer leur libre droit de révocation des mandataires sociaux*²⁶⁵⁴ ». Il nous semble qu'il n'y ait pas eu d'arrêts plus récents sur la question explicite du fondement de l'atteinte à la libre révocabilité²⁶⁵⁵. Et Alain VIANDIER explique justement que la jurisprudence s'est infléchie sur la question. Selon le commentaire d'un auteur, écrit en 2004, la jurisprudence est passée d'un refus absolu à un refus relatif. Il était rédigé que « : *la loi du 24 juillet 1966 "répute non écrite toute disposition contraire au principe de révocabilité*

²⁶⁵² J. HEMARD, F. TERRE, P. MABILAT, Société commerciales, Tome 1. Introduction, Généralités, Sociétés de personne, SARL, SA DALLOZ 1972, p.749 et s., n°876 et s.

²⁶⁵³ Supra première partie, clause de parachutes dorées. V. aussi, M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit., LexisNexis 2018, p.345 et s., n°811 et s.

²⁶⁵⁴ Cass. Com, 26 Mai 2004, Brodu/ SA les transports Brodu, A.VIANDIER, Atteinte au principe de libre révocabilité d'un directeur général résultant du montant et des conditions de versement d'une indemnité de départ, JCPE 16 Septembre 2004, 1344,

²⁶⁵⁵ Il y a bien évidemment d'autres arrêts plus récents concernant les parachutes dorés mais ils sont relatifs à la procédure des conventions réglementées. C'est l'aspect procédural qui est désormais contesté. Supra première partie sur la question.

à tout moment²⁶⁵⁶ » dans certains arrêts du début des années quatre-vingt-dix. Ensuite la Jurisprudence a apprécié le montant de la rémunération²⁶⁵⁷.

Aujourd'hui, cette jurisprudence nous semble caduque car il paraît indéniable que la relation dirigeant-société soit contractuelle et de surcroît, les récentes réformes législatives ont entériné le fait que les clauses de golden parachuts relèvent du contrat car soumises explicitement à la procédure des conventions réglementées.

Appréciations critiques du principe de libre révocabilité utilisé pour contrôler la rémunération

Une telle jurisprudence est dérangeante car elle crée une cause d'annulation supplémentaire de contrats légalement formés qui n'est prévue par aucun texte. Si la procédure d'attribution n'était pas respectée, dans ce cas l'annulation de la clause aurait été légitime. Mais le critère que l'élément de rémunération promis serait finalement trop onéreux pour une société donnée est d'une part imprécis et d'autre part permet à une partie contractante de ne pas respecter la parole donnée. C'est totalement contraire au principe cardinal de force obligatoire des contrats. Mais à l'époque, comme on l'a vu en première partie, seule une doctrine minoritaire considérait que la relation entre le dirigeant et la société personnifiée était une relation contractuelle. L'idée d'unilatéralité imprégnait la doctrine de l'époque mais aujourd'hui la relation contractuelle n'est plus contestable²⁶⁵⁸. Il y a une confusion entre une procédure imposée dans certaines sociétés qui concerne l'instrumentum et le negotium de l'acte qui relève de la liberté contractuelle²⁶⁵⁹, (surtout la société anonyme²⁶⁶⁰).

De surcroît, une telle jurisprudence, qui déresponsabilise la partie débitrice de l'élément de rémunération, introduit l'idée d'un contrôle objectif de la rémunération mais appliqué non pas en fonction du travail fourni mais de la capacité financière du débiteur de l'obligation de paiement : un peu comme si le prix d'une voiture ou d'une maison était modulé en fonction de la capacité financière d'un client. Cette jurisprudence n'est pas conforme aux principes matriciels sur lesquels est fondé notre ordre juridique (force obligatoire des contrats). Une convention devrait pouvoir être annulée seulement s'il est avéré qu'elle résulte d'un

²⁶⁵⁶ CA Paris, 26 sept. 1991 : Dr. sociétés 1992, n° 34 ; CA Paris, 5 juill. 1996 : BRDA n° 18, 1996, p. 5

²⁶⁵⁷ A. VIANDIER, Atteinte au principe de libre révocabilité d'un directeur général résultant du montant et des conditions de versement d'une indemnité de départ, JCPÉ 16 Septembre 2004, 1344, n°11 : « 11 - L'appréciation du caractère dissuasif relève du pouvoir souverain des juges du fond, et le contrôle de la Cour de cassation n'est qu'un contrôle de motivation. Néanmoins, en choisissant de mettre en valeur deux éléments retenus par l'arrêt déféré, la chambre commerciale contribue à cerner la notion d'indemnité dissuasive : montant élevé de l'indemnité, circonstance que l'indemnité était due "pour toute révocation" »

²⁶⁵⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, 31e édit., LexisNexis 2018, p.348, n°816 : « Quel que soit l'instrumentum, l'aspect conventionnel est indéniable, ce qui oblige à le soumettre à la procédure des conventions réglementées »

²⁶⁵⁹ Cf Nos développements précédents

²⁶⁶⁰ Supra Partie I, Titre II

détournement de pouvoir ou d'une cause d'annulation prévue par le droit commun des contrats.

Le principe d'un contrat, c'est la prévisibilité de ses clauses ; la force obligatoire est un principe cardinal du droit car le contrat est, selon nous, l'exercice indispensable de la propriété privée. Il est inconcevable d'imaginer un régime de propriété privée sans l'existence de contrats contraignants car le contrat est la relation juridique qui permet à la propriété privée de se réaliser... L'atteinte à la force obligatoire d'une convention peut être justifiée en cas de détournement de pouvoir. Or la jurisprudence sur l'atteinte au principe de libre révocabilité est plus objective et ne cherche pas à vérifier s'il existe ou non un détournement de pouvoir. Ceux qui agissent en représentation des intérêts d'autrui et qui octroient des rémunérations jugées excessives devraient être plus responsables que le bénéficiaire de la rémunération. L'annulation d'une clause, d'un contrat octroyant une rémunération anormale car excessive devrait être fondée sur l'abus de pouvoir, le détournement de pouvoir. Or la boussole du pouvoir en droit des sociétés, c'est l'intérêt social. Cette faculté d'annuler un élément de rémunération négociée par un contrat contribue à obscurcir la question de la rémunération des dirigeants et à en faire une relation contractuelle exorbitante du droit commun qui rend le droit peu prévisible. De plus, il est important de relever que le nouvel article 1157 du Code civil pourrait s'appliquer au droit des sociétés. Et que ce texte prévoit la nullité d'un acte accompli en cas de détournement de pouvoir.

On va maintenant s'intéresser aux contrôles de la rémunération par le droit des contrats.

2. La question de la réfaction du contrat de mandat social par le droit des contrats

Si le contrat de direction d'une société est bien un contrat d'où naît une rémunération en échange d'une prestation de travail²⁶⁶¹, on peut donc appliquer les règles du droit des obligations volontaires qui se situent en amont des règles du droit commercial et donc du droit des sociétés. Le principe, c'est l'intangibilité du contrat. Et cette intangibilité contractuelle a été renforcée par l'ordonnance du 10 février 2016 où l'exécution en nature est préférée à l'exécution par équivalence. En réalité, actuellement il y a deux problèmes : la première difficulté vient de ce que la relation dirigeant-associé n'est pas toujours perçue comme étant une relation juridique contractuelle et la seconde difficulté vient de la réforme

²⁶⁶¹G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat » in : Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz 2003 : « La prestation, en ce qu'elle représente l'engagement de fournir une valeur, qui peut être relative à un service ou un bien, constitue ainsi l'objet premier de tout contrat »

par ordonnance et à l'heure où nous écrivons, il n'est pas sûr que la jurisprudence très ancienne sur la révision par le juge des contrats de prestation de service (contrat de mandat, contrat de prestation de service) soit maintenue par la jurisprudence avec la nouvelle rédaction du droit des contrats.

Si la notion de cause a disparu explicitement de la lettre du Code civil, on pense néanmoins que le juge pourra toujours appliquer les fonctions de celle-ci, forgées par la jurisprudence²⁶⁶². Plus généralement, si le droit spécial déroge à la règle générale, le fait que les textes de droit commercial ne soient pas rédigés conformément à la nature véritable de l'entreprise, la question de l'articulation avec le droit commun se pose. Certes, le droit positif pose des « contraintes » juridiques comme l'existence de procédures spécifiques pour encadrer la rémunération des dirigeants : on peut donner l'exemple du nouvel article L.225-42-1 al2 qui interdit certains éléments de rémunérations non corrélés à certains résultats : n'est-ce pas finalement une application pratique de l'absence (partielle ?) de cause car pour ce qui est du dirigeant social qui perçoit déjà une rémunération fixe qui peut être importante, voire des stocks options ou autre rémunération en capital, quel est l'intérêt de lui attribuer une rémunération supplémentaire si cette rémunération n'a pas de contrepartie ? L'idée que la rémunération doit avoir une contrepartie existe en droit de contrats, de surcroît, il existait une ancienne jurisprudence qui attribuait, d'une manière dérogatoire au droit commun, au juge, la faculté de réviser les honoraires des mandataires et le prix de la prestation dans le contrat d'entreprise. Quid de cette jurisprudence avec la réforme du droit des obligations ? Ici, on parle d'un contrôle substantiel et non formel de la rémunération.

a. L'annulation d'une rémunération pour défaut de contrepartie

Présentation de la notion

Supprimées par l'ordonnance du 10 février 2016 (puis éventuellement réintégrées), on peut parier néanmoins que les solutions prétorienne fondées sur la notion de cause ne disparaîtront pas de notre ordre juridique²⁶⁶³ car dans l'article 1169 du Code civil qui dispose qu'un « contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire », on retrouve l'idée dégagée par la jurisprudence du contrôle par le juge de la cause de l'obligation.

La notion de cause ne disparaîtra pas pour ce qui est des solutions forgées par la jurisprudence depuis maintenant des décennies. Ici, la cause qui nous intéresse est la cause objective, la

²⁶⁶² G. WICKER, La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? D. 2015, p.1557

²⁶⁶³ G. WICKER, *ibid.*

cause de l'obligation, la cause abstraite et non la cause du contrat²⁶⁶⁴. Cette cause, c'est la cause qui justifie l'engagement²⁶⁶⁵. La rémunération est la contrepartie d'une prestation, c'est-à-dire que ces deux objets d'obligations interdépendantes et réciproques sont issus d'une relation juridique contractuelle. Dans un ordre juridique fondé sur le consensualisme, les échanges de valeurs (plus que d'objets²⁶⁶⁶) n'obéissent à aucune forme particulière²⁶⁶⁷ : c'est l'intérêt apprécié subjectivement par le contractant qui guide le transfert d'une valeur d'un patrimoine à un autre²⁶⁶⁸. La cause de l'obligation est « *l'intérêt du débiteur au contrat, c'est-à-dire la considération objective et abstraite qui l'a amené à s'obliger*²⁶⁶⁹ ». Comme le précisait le doyen MAURY, la cause est bien un équivalent économique mais un équivalent économique voulu²⁶⁷⁰. Les juristes n'insistent pas toujours sur la portée d'une telle règle qui révèle une vision libérale de l'économie où ce sont les parties qui fixent la valeur des prestations et non l'Etat par le biais de ses organes²⁶⁷¹. D'ailleurs la révision pour lésion est

²⁶⁶⁴ Sur la distinction entre les deux causes, V S. LEQUETTE, Le contrat-coopération, préf. Cl. BRENNER *Economica* 2012, p.49, n°57 et s.

²⁶⁶⁵ G. WICKER, La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? D. 2015, p.1557, n°19 et s.

²⁶⁶⁶ J. GHESTIN in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, entrée "Le contrat", p.277

²⁶⁶⁷ R. DAVID, Cause et considération. Mélanges MAURY p. p.130 : « Dans les systèmes formalistes, l'emploi d'une certaine forme suffit à justifier et à fonder en droit l'obligation. Dans les systèmes non formalistes, il faut autre chose pour décider si un engagement sera ou non reconnu comme juridiquement obligatoire, et cette autre chose ne peut être, aux yeux des juristes français, que la cause ».

²⁶⁶⁸ J. GHESTIN in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, entrée "Le contrat", p.278 : « Les volontés sont le moteur, l'élément subjectif dynamique sans lequel le contrat ne peut naître. C'est, en effet, l'intérêt, l'utilité particulière du contrat pour chacune des parties qui les détermine à s'engager. »

²⁶⁶⁹ Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008, p.170, n°189 et s.

²⁶⁷⁰ Principe de commutativité subjective comme l'appelle François CHENEDE (F. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, *Economica* 2008 p.18 : « La « justice commutative »-le juste dans les commutations- ne doit pas s'entendre en effet d'une commutativité objective (stricte équivalence des prestations), mais d'une commutativité subjective : si chaque contractant doit recevoir une « contrepartie » en échange de sa prestation (C. civ. art 1131), il n'est pas nécessaire que la valeur de cette contrepartie soit égale à la valeur de la prestation consentie. Il suffit que la chose reçue ait été regardée comme l'équivalent de la chose donnée (C. civ. art. 1104). Ce constat n'est pas neutre, car il permet de comprendre que le droit des commutations ne commande pas la prise en compte de la lésion, mais le contrôle de l'existence d'une cause pour chaque obligation.). Désormais, avec l'ordonnance, ce sont les articles 1105, 1106 et 1167 qui sont le siège du principe de commutativité subjective avec l'exigence d'une contrepartie, V. G. WICKER, La suppression de la cause...n°12 et s.

²⁶⁷¹ Pour le prix Nobel d'économie M. ALLAIS, un système économique fondé sur un système de prix est indispensable pour guider la production des entreprises. Mais qui fixe le prix ? La concurrence car les entreprises comme les consommateurs doivent être libres de contracter ; sans concurrence, avec l'existence de monopole et monopsonne, le prix est discrétionnaire et peut aboutir à une inefficience.. : M. ALLAIS, *Economie pure et rendement social*, Bibliothèque Dalloz, p.54 : L'auteur réécrit en conclusion que « tout système à planification (p.55) centrale ne peut aboutir qu'à une perte vaine de satisfactions possibles », p.55 : « La grande erreur des planistes, partisans d'un dirigisme centralisé, c'est de ne pas voir qu'en supprimant le mécanisme des prix de marché, on détruit, par là même, toute possibilité de calcul économique rigoureux ; ils ne voient pas que l'économie d'échanges concurrentiels est indispensable, si on ne veut pas ruiner toute l'économie et laisser

une exception du droit des contrats et non un principe général²⁶⁷², limité à certaines personnes et à certains biens. En revanche, si la cause est l'équivalent économique voulu, avec une appréciation subjective de la valeur des contreparties, le contrôle par la cause nécessite que la partie ait un intérêt à contracter lors de la formation du contrat et que cet intérêt demeure lors de l'exécution.

Application de la théorie de la rémunération des dirigeants

Le contrôle de la contrepartie par le droit des contrats est un contrôle objectif, - c'est-à-dire un contrôle qui « *s'accommode parfaitement du défaut d'équivalence objective des prestations contractuelles*²⁶⁷³ », le principe de commutativité subjective inhérent en réalité à un ordre juridique fondé sur une économie de marché, laisse les parties libres de décider de la valeur des prestations échangées mais néanmoins, il doit quand même exister un intérêt minimal à contracter. Imaginons un dirigeant social qui est rétribué par une rémunération conforme au Benchmark des entreprises de même taille et de même secteur d'activité et qui aurait le droit à un bonus exceptionnel alors que l'entreprise dirigée n'est pas considérée comme performante : quelle est la contrepartie de cette rémunération supplémentaire alors que les objectifs ne sont pas atteints ? Si la rémunération du dirigeant doit être appréciée globalement et doit comprendre l'ensemble des éléments de rémunérations décidés par les associés ou leurs représentants, il est normal que les éléments spéciaux de rémunération soient appréciés à l'aune de la raison qui a justifié le versement de ces éléments de rémunération en sus.

Par une métonymie, on dit (et nous-mêmes l'avons fait dans ce travail) que la rémunération a pour contrepartie une prestation de travail de direction. En réalité, le dirigeant en charge d'un mandat social, notamment quand l'entreprise est importante, accomplit de nombreuses prestations d'une nature différente : le travail de gestion à proprement dit, la représentation à l'égard des tiers et en interne, le management des équipes et des salariés qu'il dirige. Parmi le travail de gestion, le dirigeant peut avoir différents objectifs « politiques managériaux » dont la réussite d'un lancement d'un nouveau produit, la croissance externe de la société ou du groupe de sociétés, la réalisation d'une fusion, l'implantation dans un nouveau pays, etc. En bref, le dirigeant social peut avoir différents objectifs qui peuvent être rémunérés par

s'instaurer un chaos complet ». ; V. également les développements de Fr. CHENEDE sur l'importance économique de la notion de cause, Les commutations en droit privé, op.cit. p.199, n°214 et s.

²⁶⁷² G. CHANTEPIE, La lésion, L.G.D.J. 2006, p.39 et s. ; D. MAZEAUD, Rep. Civ. Dalloz 2007, n°2N°2« Classiquement, la lésion est définie comme le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles ».

²⁶⁷³

différents éléments de rémunérations (fixe, variable, attribution gratuite d'actions ou d'options à un prix préférentiel etc.).

Solutions de *lege feranda*

Le problème de la rémunération du dirigeant est que celle-ci est issue d'un contrat-échange alors que l'ensemble contractuel dans lequel s'insère ce contrat relève d'un contrat de société, qui fait partie de la famille des contrats-association ou contrats-concentration ou de distribution selon la terminologie des auteurs. Or cette *permutatio* pose un problème de valeur d'une prestation dont l'objet est d'accroître la valeur de l'entreprise. On pense que le Juge pourrait s'octroyer un pouvoir d'annulation d'une rémunération ou d'un élément de rémunération lorsque celui-ci n'a aucun intérêt pour le débiteur. Le juge pourrait le faire en se fondant sur le droit commun des contrats et également sur le droit spécial (l'article L.225-42-1 al.2).

Certes, il ne s'agit pas de permettre de réviser la rémunération dans sa totalité mais ne serait-il pas possible d'annuler les éléments de « rémunérations non causées » ? Dans un arrêt rendu récemment, un dirigeant continue à percevoir sa rémunération alors qu'il ne travaille plus dans la société²⁶⁷⁴, à la suite d'une cession de titres sociaux. Avec cette solution de la Cour de cassation, le droit à rémunération ne dépend pas de la substance contractuelle mais du respect du formalisme du droit des sociétés ; si une décision licite des associés a accordé une rémunération à un dirigeant social, celui-ci a droit à une rémunération indépendamment du travail effectué. Bruno DONDERO qui a écrit en commentaire : « *En indiquant que la rémunération est due, peu importait la maladie du dirigeant, la Cour de cassation éloigne le mandat social du contrat à titre onéreux classique* ». La Cour de cassation avait déjà précisé que la rémunération d'un gérant de SARL ne relevait pas d'une convention²⁶⁷⁵. Mais cette décision doit être comprise dans le contexte des conventions réglementées qui excluent la personne concernée du droit de vote alors même qu'elle serait ultra-majoritaire en titres sociaux et donc un gérant associé à 99% par exemple devrait avoir l'assentiment d'un associé qui n'aurait que 1% des titres sociaux. C'est pour cette raison que soumettre la rémunération du gérant de SARL à la procédure des conventions réglementées serait tout simplement une grave atteinte au droit de propriété²⁶⁷⁶.

²⁶⁷⁴ Br.DONDERO, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 30-34, 27 Juillet 2017, 1435 Le dirigeant, payé à ne rien faire ?

²⁶⁷⁵ Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205 : JurisData n° 2010-005325 ; Bull. civ. IV, n° 84 ; JCP E 2010, 729, note D. GALLOIS-COCHET ; Dr. sociétés 2010, comm. 139, note M. ROUSILLE ; Rev. sociétés 2010, p. 222, note A. Couret ; RTD com. 2010, p. 563, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; BJS 2010, p. 647, note B. DONDERO

²⁶⁷⁶ En l'état actuel de la rédaction de l'article de L.223-19, une QPC serait envisageable si la Cour de cassation jugeait autrement et soumettait la rémunération du gérant de SARL à la procédure des conventions réglementées.

Cette décision doit être, comme celle du 4 mai 2010, replacée dans son contexte et ce sont aux associés et d'abord à eux de mettre fin à une rémunération des dirigeants. Le recours au juge doit être subsidiaire, ce sont d'abord les parties qui doivent fixer et s'entendre sur la rémunération et c'est cette lecture que l'on peut avoir de cet arrêt de 2017. L'analyse institutionnelle avait introduit des rapports de pouvoir au sein de l'entreprise sociétaire peu compatibles avec le fonctionnement d'une entreprise privée dans une économie de marché. Avec de telles analyses (analyse institutionnelle, doctrine de l'entreprise), la verticalité du pouvoir dans l'entreprise ne résulterait pas du contrat et de la propriété privée mais d'une loi extérieure au groupement, avec l'idée de l'existence de prérogatives propres aux dirigeants. Or la réalité est que le pouvoir du dirigeant, même fortement encadré par loi, découle du contrat de société ou de l'acte juridique unilatéral fondateur.

On est d'accord avec l'analyse de B. DONDERO qui pense que dans une telle occurrence, la société débitrice d'une rémunération pourrait invoquer l'exception d'inexécution. Le contrat de mandat social, malgré ses spécificités, relève du droit commun des contrats²⁶⁷⁷.

Application à la rémunération des dirigeants

Le principe de l'article L.225-42-1 al.2 n'est qu'une fonction en réalité de la cause. Dans les plus grandes entreprises, la rémunération des dirigeants peut être composée de nombreuses strates. Tous ces éléments de rémunération sont-ils causés ?

b. La question de la révision du prix du mandat social

Principe de la révision

Par principe, un contrat même déséquilibré en valeur lors de sa formation n'ouvre pas droit à la rescision pour lésion qui est cantonnée limitativement à certains contrats spécifiques. L'intangibilité contractuelle où seul un vice du consentement permet de se défaire d'un contrat car celui-ci est mal formé est une règle logique et naturelle dans une économie de marché. Le contrat légalement formé ne peut pas donner lieu à une révision des prestations car cela serait une atteinte à la force obligatoire du contrat²⁶⁷⁸. L'article 1168 du Code civil précise que « le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du

²⁶⁷⁷ Autre application de l'exigence d'une contrepartie par le droit français, Cass. Soc. 10 avril 2013, D.2013.1009 et D.2014.630, « clause dite de golden parachute », absence partielle de cause

²⁶⁷⁸ Article 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent de loi à ceux qui les ont faits. » ; G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat » in : Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz 2003, p.151 : « Libre de former le contrat, la volonté s'y enferme, et ce qui a été voulu s'impose définitivement sans que le juge puisse exercer aucun pouvoir de révision ».

contrat... ». La reconnaissance de la lésion en droit français est exceptionnelle²⁶⁷⁹, le principe est l'intangibilité contractuelle. Seulement une jurisprudence établie depuis longtemps a reconnu la faculté au juge de pouvoir réviser le contrat. Cette solution prétorienne, presque contra-*legem*, s'appliquera-t-elle aux contrats de prestation de service comme le Code civil actuel les appelle désormais depuis la réforme initiée par l'ordonnance du 10 février 2016, c'est-à-dire principalement le contrat d'entreprise et le contrat de mandat ? Ce sont des contrats où il a toujours été admis que le prix pouvait être indéterminé lors de la formation²⁶⁸⁰.

Fondement du pouvoir de révision du juge

Il s'agit d'une jurisprudence constante dans les contrats de mandat et louage d'ouvrage²⁶⁸¹, qui est le corollaire de la relative indétermination du prix qui peut exister dans ce type de convention²⁶⁸². Si initialement ce pouvoir de révision judiciaire concernait d'abord les honoraires et contrats de mandat, il fut étendu au contrat d'entreprise²⁶⁸³.

Le pouvoir de révision des juges date du premier tiers du XIX^e siècle²⁶⁸⁴ et fut constamment réitéré²⁶⁸⁵ et appliqué à différentes professions (généalogistes²⁶⁸⁶, professions libérales²⁶⁸⁷, agents immobiliers²⁶⁸⁸, avocats²⁶⁸⁹, médecins²⁶⁹⁰, architectes²⁶⁹¹, notaires²⁶⁹²). Le fondement de cette révision, de cette sorte de lésion serait la cause objective²⁶⁹³. Autrement dit, contrairement à la cession d'un objet corporel, la location d'une force de travail spécifique est souvent difficile à évaluer de la part du locataire, voire du locateur. Celui qui loue son activité avant même que celle-ci ne soit réalisée s'engage dans un contrat synallagmatique à titre onéreux dont l'une des prestations a une valeur hypothétique car d'une part elle n'a pas corporéité et d'autre part, la valeur d'un travail est toujours en soi une chose complexe car

²⁶⁷⁹ L. AYNES, Le contrat, loi des parties, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005

²⁶⁸⁰ Fr. LABARTHE, C. NOBLOT, Le contrat d'entreprise L.G.D.J. 2008, n°325 et s.

²⁶⁸¹ Ph. PETEL, Le contrat de mandat. Dalloz, connaissance du droit. p.69

²⁶⁸² Fr. LABARTHE, C. NOBLOT, Le contrat d'entreprise L.G.D.J. 2008, p.230, n°423

²⁶⁸³ LABARTHE, NOBLOT, *op.cit.* p.237, n°430 et s.

²⁶⁸⁴ V. Req., 11 mars 1824, cité par TROPLONG, Le droit civil expliqué selon l'ordre du code, t. XVI, 1846, n° 246 cité ROCHFELD, Rep. Civ. Dalloz, CAUSE, 2013

²⁶⁸⁵ Cass. req. 12 déc. 1911, DP 1913. 1. 129 ; Cass. req. 11 mars 1913, DP 1913. 1. 408 ; Cass. 1re civ. 14 janv. 1976, JCP 1976. II. 18388 ; Cass. com. 23 mai 1978, Bull. civ. IV, no 146

²⁶⁸⁶ V. Civ. 1 re, 5 mai 1998, no 96-14.328 , Bull. civ. I, no 168 ; D. 1998. IR 145 ; Defrénois 1998, art. 36860. 1042, obs. DELEBECQUE. ; (Cass. 1re civ. 21 févr. 2006, no 02-14.326, Defrénois 2006. 1223, obs. R.LIBCHABER

²⁶⁸⁷ par ex., Civ. 1re, 2 juin 1993, no 91-10.578 , Bull. civ. I, no 198 ; RTD civ. 1994. 346, obs. MESTRE

²⁶⁸⁸ Rouen, 15 sept. 1992, RTD civ. 1993. 354, obs. MESTRE

²⁶⁸⁹ Civ. 1re, 3 juin 1986, Bull. civ. I, no 150 ; JCP 1987. II. 20791, note VIANDIER ; Cass. 1re civ. 3 mars 1998, no 95-15.799, Defrénois 1998. art. 36815, no 65, obs. J.-L. AUBERT

²⁶⁹⁰ Cass. civ. 24 avr. 1914, S. 1914. 1. 349

²⁶⁹¹ Cass. 1re civ. 4juin1962, Bull. civ. I, no 285)

²⁶⁹² (Cass. 1re civ. 14 mai 1969, Bull. civ. I, no 181

²⁶⁹³ J. ROCHFELD, Rep. Civ Dalloz, La cause 2013

elle ne concerne pas uniquement le droit des biens mais également le droit des personnes²⁶⁹⁴. C'est donc bien la théorie de la cause entendue comme contrepartie (existence de la cause de l'obligation) qui semble justifier ce pouvoir de révision du juge judiciaire.

Application du pouvoir de révision à la question de la rémunération ?

La première question est de savoir si le pouvoir de révision du juge à l'égard des contrats de prestation de service va être maintenu. Thierry REVET a exprimé un doute à cet égard. Car le nouvel article 1165 qui vise expressément les contrats de prestation de service énonce qu'« en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande de dommages intérêts ». MM. CHANTEPIE et LATINA estiment également que l'article 1165 du Code civil issu de la réforme de 2016 aurait brisé la jurisprudence de la Cour de cassation qui permettait de modifier le montant des « honoraires » excessifs dans certains contrats faisant partie de la famille des contrats de prestation de service²⁶⁹⁵. Ce point de vue est partagé par de nombreux auteurs²⁶⁹⁶. C'est la Cour de cassation qui tranchera in fine cette question mais d'autres auteurs, comme Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, considèrent que cette jurisprudence est une coutume jurisprudentielle qui se maintiendra²⁶⁹⁷. Et nous partageons cet avis.

Pourquoi la Jurisprudence sur la révision devrait être maintenue en droit commun des contrats

Mustapha MEKKI explique dans une note que « *la commission des lois de l'Assemblée nationale voit dans cet article 1165 une remise en cause de la jurisprudence sur la réduction des honoraires excessifs*²⁶⁹⁸ ». Mais comme cet auteur le précise, l'article 1165 évoque la question d'une fixation unilatérale en cours d'exécution ou après exécution alors que la jurisprudence sur la révision des « honoraires » antérieure à la réforme de 2016 visait le cas d'une rémunération fixée lors de la formation du contrat alors que la prestation de service n'a pas été encore exécutée²⁶⁹⁹. La Cour de cassation devrait donc maintenir sa jurisprudence sur la révision de la valeur des prestations dans les contrats de prestation de service (mandat,

²⁶⁹⁴ A. SUPLOT, critiques de droit du travail, p.8-20 op.cit.

²⁶⁹⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2e édit., Dalloz, 2018 p.364-364, n°420

²⁶⁹⁶ Th. REVET, op.cit. ; O. DESHAYES, La formation des contrats, in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, RDC 2016, hors-série ; Gw. LARDEUX, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, Recueil Dalloz 2016 p.1659 et s. ;

²⁶⁹⁷ O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p.267 cité G. CHANTEPIE, M. LATINA, Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2e édit., Dalloz, p.365, n°420

²⁶⁹⁸ M. MEKKI, La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? Dalloz 2018 p.900 et s.

²⁶⁹⁹ M. MEKKI, La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? Dalloz 2018 p.900 et s.

contrat d'entreprise) car la jurisprudence antérieure n'est pas contraire à la nouvelle rédaction du Code civil. L'article 1165 et la jurisprudence antérieure ne portent pas sur la même chose. La Cour de cassation, à propos d'honoraires d'avocat, disait que le pouvoir de révision du juge d'honoraires n'a pas lieu d'être lorsque le principe et le montant des honoraires dus à l'avocat ont été acceptés par le client après l'accomplissement de la prestation de l'avocat²⁷⁰⁰. Le fait d'avoir réglé les honoraires après l'accomplissement des services de l'avocat (et la Cour précise librement et sans existence de vices du consentement) prouve que le client a accepté le prix et qu'il ne peut être ensuite révisé sans porter atteinte au principe cardinal de force obligatoire.

Si on prend l'hypothèse que le pouvoir de révision prétorien dans les contrats de prestation de service existera encore après la réforme, il devrait pouvoir s'appliquer au contrat de mandat social car ce contrat entre dans la catégorie des contrats de prestation de service.

Application de la révision des honoraires au mandat social

Dans une société, la révision de la rémunération n'est possible selon nous, hormis les cas de détournement de pouvoir qui relèvent d'autres mécanismes juridiques, que lorsque la rémunération du dirigeant a été établie préalablement, avant l'accomplissement de ses services. En revanche, une rémunération *a posteriori* ne paraît pas être révisable lorsqu'elle a été approuvée par les associés. Notamment dans une société cotée où il existe la nouvelle procédure *a priori* et *a posteriori* de contrôle des rémunérations par l'assemblée générale.

Dans une certaine occurrence, le pouvoir de révision pourrait être utile bien longtemps après le versement de la rémunération : prenons l'exemple du Diesel Gate où des constructeurs automobiles ont truqué des tests qui mesuraient la pollution de certains de leurs modèles de voitures. Le scandale généré ensuite a fait perdre une partie non négligeable de la valeur des sociétés cotées comme Volkswagen. En l'espèce, indépendamment de l'existence d'actions en responsabilité, ne serait-il pas judicieux que les associés puissent demander la révision de la rémunération des principaux mandataires sociaux ? Car si les associés étaient d'accord pour être « généreux » avec leurs dirigeants, c'est que la relation était gagnant-gagnant *a priori* mais il ne faut pas oublier que le mandataire social dispose d'informations que les associés n'ont pas. Ce phénomène d'asymétrie d'informations a d'ailleurs été conceptualisé par les économistes à travers la notion de la théorie de l'agence.

²⁷⁰⁰Cass. Civ. 2ième No 13-14.922 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il avait constaté que les honoraires avaient été payés à réception de la facture sans contestation et qu'aucun vice du consentement n'était établi, ce dont il résultait que le paiement des honoraires avait été effectué librement, après service rendu, le premier président a violé les textes susvisés », V. aussi Cass. Civ. 2ième 18 septembre 2003, pourvoi no 01-16.013, Bull. 2003, II, no 279 (cassation).

B. La responsabilité des auteurs de l'acte octroyant une rémunération excessive

Il n'y a pas de liberté sans responsabilité et la responsabilité est la contrepartie de l'autonomie laissée aux citoyens par l'ordre juridique. Une rémunération excessive est d'abord un préjudice pour ceux qui sont « propriétaires » de l'entreprise. On a vu précédemment que l'acte pouvait être contesté dans certains cas mais le droit positif reconnaît également une autre façon de se prémunir contre un excès éventuel dans l'attribution de rémunérations : c'est en engageant la responsabilité des auteurs de l'acte, voire de la personne bénéficiaire de ces rémunérations anormales. Il est important de préciser que dans une économie globalement libérale les agents économiques sont libres de contracter au prix qu'ils veulent, avec qui ils veulent²⁷⁰¹. Ce principe de liberté est lié à la titularité d'un pur droit subjectif, c'est-à-dire d'un droit égoïste comme dirait Emmanuel GAILLARD. Dans ce cas, il est normal que la liberté soit entière, à partir du moment où le consentement n'est pas vicié, c'est-à-dire réellement libre. Mais il ne faut pas perdre de vue que hormis le cas d'une société unipersonnelle où l'associé unique choisirait un gérant pour sa société, dans la quasi-totalité des occurrences, ceux qui choisissent un dirigeant, lui octroient telle rémunération, qu'elle soit fixée ou négociée avec le futur mandataire social, et le font en vertu d'un pouvoir, c'est-à-dire qu'ils agissent dans un intérêt qui n'est pas uniquement le leur²⁷⁰² : ce peut être des associés qui ont le contrôle d'une société, des membres du conseil d'administration, etc.. On doit distinguer la responsabilité directe de responsabilités indirectes des personnes qui contractent, au nom de la société, la rémunération du mandataire social. Quand on est en charge des intérêts d'autrui, il est normal qu'on puisse rechercher la responsabilité éventuelle des auteurs de l'acte. Le droit spécial des sociétés a prévu des mécanismes spécifiques.

²⁷⁰¹ La liberté contractuelle découle d'un principe général de liberté individuelle qui lui-même puise sa source dans la reconnaissance d'une faculté à chaque être humain d'être propriétaire. Juridiquement cela se traduit par la théorie du patrimoine. Tout être humain est un propriétaire potentiel car il dispose d'un pouvoir fondamental de propriété, la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU est un essai pour conceptualiser ce pouvoir fondamental de propriété.

²⁷⁰² Supra, la définition d'Emmanuel GAILLARD « Le pouvoir en Droit privé », préface G. CORNU, Economica 1985, p.137, n°214 : « C'est essentiellement par opposition au droit subjectif que l'on s'est contenté jusqu'à présent d'identifier le pouvoir comme une prérogative conférée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien ».

1. Responsabilités directes des auteurs

A la différence d'une personne physique, l'insolvabilité d'une société dotée d'une personne morale peut conduire à sa « mort ». Une société qui n'honore pas ses engagements et finit par se retrouver en cessation de paiement et donc soumise au droit des procédures collectives perd aussi le droit de s'administrer. Autrement dit, ce ne sont plus les associés et leurs représentants qui sont « souverains » dans la société. Il faut donc distinguer les sociétés dans une situation normale dite *in bonis* de celles qui sont soumises au droit des procédures collectives.

a. Dans les sociétés in bonis

La rémunération excessive peut générer une action en responsabilité civile mais aussi en responsabilité pénale. Parmi les responsabilités civiles envisagées, on doit distinguer celles qui relèvent du « droit civil des sociétés » de celles qui relèvent du droit pénal des sociétés.

i) Les actions du droit civil (lato sensu)

Responsabilité pour faute de gestion Présentation

Les dirigeants sont responsables envers les associés et envers les tiers d'une triple responsabilité (infraction aux lois et règlements applicables, violation des statuts et toute faute de gestion²⁷⁰³). La responsabilité des dirigeants n'est pas prévue par un texte commun pour les différents types de société²⁷⁰⁴, mais néanmoins des solutions communes se dégagent, notamment sur la nature de la responsabilité considérée comme une responsabilité contractuelle²⁷⁰⁵. La faute de gestion n'est pas définie par les textes mais c'est une faute contraire à l'intérêt social, appréciée par les tribunaux. Une rémunération trop importante a pu être considérée comme une faute de gestion selon certains arrêts. Les personnes qui peuvent agir sont les associés et on distingue l'action sociale de l'action individuelle²⁷⁰⁶. L'action individuelle doit être écartée en ce qui concerne un éventuel contentieux sur une rémunération des dirigeants car le préjudice subi par l'associé doit lui être propre alors qu'une rémunération trop importante est un préjudice pour la société dans son ensemble, c'est-à-dire l'ensemble des associés... Ensuite parmi l'action sociale, il faut distinguer l'action sociale

²⁷⁰³ M. JEANTIN, Droit des sociétés, Domat, Montchrestien 3e edit. 1994, p.140 et s., n°266 et s.

²⁷⁰⁴ Pour la S.A., L.225-29 et s. ; L.223-22 et s. pour la SARL, Art. 1850 du Code de commerce pour le gérant de la société civile etc.

²⁷⁰⁵ LAMY, Sociétés commerciales, 2016, n°714

²⁷⁰⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis 2016, 29° édit. P.177, n°364 et s.

ut universi de l'action sociale *ut singuli*²⁷⁰⁷. L'action sociale *ut universi* n'est envisageable qu'en cas de changement de direction car intentée par les représentants légaux de la personne morale²⁷⁰⁸, il est fort peu probable que la direction ayant commis les actes litigieux agisse contre elle-même. En revanche, cette action peut être envisagée à l'encontre de la direction précédente. Par exemple lors d'un engagement de retraite très important consenti par la société au profit des dirigeants précédents.

Il reste donc l'action sociale *ut singuli* pour les associés qui estiment qu'une rémunération excessive constitue une faute de gestion. En cas de succès, c'est la caisse sociale qui sera bénéficiaire de l'action et non les associés eux-mêmes. Le professeur PAGNUCCO explique dans sa thèse de doctorat que l'action sociale est finalement une action en responsabilité contractuelle issue de la nature du contrat de mandat du mandat social²⁷⁰⁹. On peut préciser le fait que les dommages-intérêts versés aillent dans les caisses sociales s'explique par la nature de propriété privée collective sophistiquée qu'est la société.

On a vu que la notion de personne morale disposant d'un prétendu intérêt supérieur était en réalité un mythe anthropomorphique pratique qui a permis de combler les lacunes d'une doctrine qui n'avait peut-être pas les moyens de conceptualiser l'entreprise privée.

Exemples prétoriens

Si on retire les affaires où il n'y a pas de droit pénal et celles où la société n'est pas une procédure collective, sans parler du contentieux fiscal sur la rémunération excessive, il y a très peu d'arrêts rendus sur la seule faute de gestion dans une société *in bonis*. On peut citer quand même un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 23 avril 2007²⁷¹⁰. Un gérant de SARL percevait une rémunération de 9.300 € en 1997 (12.150 € en euros de 2017), un cogérant fut nommé. La Cour n'a pas été en mesure de déterminer la volonté exacte de l'assemblée du fait de la disparition des procès-verbaux d'assemblée pour les dates en question. Est-ce que la somme perçue par le gérant était une rémunération globale de la gérance (les deux cogérants) ou s'agissait-il d'une rémunération versée expressément au premier gérant ? La Cour d'appel a estimé qu'en raison des difficultés financières traversées par l'entreprise²⁷¹¹, il fallait entendre que la somme versée au premier géant devait s'entendre pour la totalité de la gérance. De surcroît, la Cour (et c'est ce point qui est particulièrement intéressant) a estimé que la rémunération allouée ne correspondait « *à la charge effective de travail réalisée au profit de l'entreprise*²⁷¹² ». Cette rémunération excessive constitue une faute de gestion, qui

²⁷⁰⁷ J.-Ch. PAGNUCCO, L'action sociale *ut singuli* et *universi*, préf. Fl. DEBOISSY, LGDJ 2007.449, n°817

²⁷⁰⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29e édit., LexisNexis 2016, p.175, n°359

²⁷⁰⁹ J.-Ch. PAGNUCCO, L'action sociale *ut singuli* et *universi*, op.cit. p.450, n°817

²⁷¹⁰ CA Bordeaux 23 avril 2007 n° 05-4032, 2^e ch., Lalanne c/ SARL ECF CESRFP

²⁷¹¹ CA Bordeaux 23 avril 2007 *ibid.*

²⁷¹² CA Bordeaux 23 avril 2007 *ibid.*

ouvre le droit à une action sociale de la société ou à une action sociale ut singuli d'un associé²⁷¹³. Un commentateur de l'arrêt a déclaré que cet arrêt pouvait être gênant car « *il n'appartient sans doute pas aux juges d'apprécier la valeur des prestations fournies à une société* ». Si on est d'accord avec ce point de vue qui est finalement moins un point de vue idéologique qu'une conséquence du fait que c'est le contrat qui organise l'entreprise, que « *tout est contrat dans l'entreprise*²⁷¹⁴ » et que ce principe découle lui-même de la nature de l'ordre juridique lui-même, on ajoutera une précision dont le commentateur de l'arrêt a lui-même convenu, c'est qu'en réalité il s'agit davantage d'une interprétation d'un procès-verbal de l'assemblée générale plus que d'un pouvoir de révision. En l'absence d'une volonté claire de l'assemblée générale due à l'absence de procès-verbaux, la Cour d'appel n'a fait qu'interpréter un contrat, qui certes n'existe pas formellement mais dont le *negotium* est bien réel. Le raisonnement de la Cour d'appel est le suivant : la situation financière se détériorant, l'assemblée générale n'aurait pas engagé de nouvelles dépenses importantes par rapport au chiffre d'affaires de la société en question, il faut donc en déduire que la rémunération du premier gérant, était une rémunération globale de la gérance et que celui-ci aurait dû comprendre la décision de l'assemblée dans ce sens.

Cet arrêt est intéressant car il prouve les lacunes du droit des sociétés où les notions d'entreprise, de société, de personne morale, ne sont pas bien conceptualisées mais en revanche, l'analyse juridique et économique de l'arrêt faite de l'arrêt de cette Cour d'appel permet de restituer la « réalité ».

Mais les recherches de responsabilité et l'établissement de faute de gestion pour rémunérations excessives sont rares lorsque le contentieux est purement civil.

Résultats de l'action en responsabilité

Une fois condamné pour faute de gestion, le dirigeant à la rémunération excessive doit réparer l'entier préjudice qui en est résulté pour la société. En matière de rémunération excessive, seule la partie jugée excessive doit être remboursée à la société suivant les règles du droit commun de la responsabilité, avec de possibles compensations²⁷¹⁵.

Par le droit commun des contrats

²⁷¹³ J. MONNET, CA Bordeaux 23 avril 2007 n° 05-4032, 2e ch., Lalanne c/ SARL ECF CESRFP , Droit des sociétés n° 10, Octobre 2007, comm. 18

²⁷¹⁴ N. MOLFESSIS, Le contrat, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.82 et s

²⁷¹⁵ Y. GUYON, M. BUCHBERGER, Fascicule LexisNexis, répertoire sociétés 132-10 : ADMINISTRATION, n°115

La rémunération d'un mandataire social est l'objet d'une obligation qui a pour contrepartie un travail de direction, c'est-à-dire que le mandat social appartient à la famille des contrats de prestation de service. L'article 1165 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 du Code civil codifie la solution jurisprudentielle où l'établissement d'un prix n'est pas indispensable à la formation du contrat, contrairement à la vente par exemple. En cas de fixation abusive du prix, la réforme du droit des contrats n'a pas codifié le pouvoir de révision, et on a vu que pour T. REVET, la révision judiciaire du prix initialement convenu n'est plus possible car le silence du législateur sur cette question est éloquent selon lui²⁷¹⁶. Mais malgré tout le nouveau droit commun des contrats permet de nouveaux contrôles sur le prix des prestations²⁷¹⁷. Dans l'hypothèse où le pouvoir de révision ne serait pas maintenu par le nouvel article 1165, l'octroi possible de dommages-intérêts peut permettre d'arriver à un résultat similaire mais avec l'obligation de démontrer une faute dans la fixation du prix. En passant par la démonstration d'une faute pour accorder des dommages-intérêts lors d'une fixation abusive du prix dans un contrat de prestation de service, le législateur exige finalement un certain cadre qui permettra à la Cour de cassation de contrôler cette qualification contrairement à la simple révision du prix qui serait disproportionnée par rapport à la valeur réelle de la prestation fournie. Si la jurisprudence sur la révision du prix n'est pas maintenue, l'octroi possible de dommages-intérêts en cas de rémunération excessive pourrait être une piste pour aboutir à un contrôle de la rémunération excessive du dirigeant par le droit commun et non par le droit spécial, à condition que le Juge valide l'analyse du mandat social comme faisant partie des contrats de prestation de service. Il faudrait en plus démontrer une faute de la part du dirigeant. En pratique, la condamnation à des dommages-intérêts conduira à imputer la partie excessive sur la totalité de la rémunération versée.

ii) Par le droit pénal : Abus de biens sociaux et abus de pouvoir

Présentation de l'abus de biens sociaux

Une rémunération excessive peut-elle constituer les éléments d'une infraction pénale ? La jurisprudence a répondu par l'affirmative en utilisant le délit d'abus de biens sociaux. En réalité le langage courant tend à assimiler deux incriminations distinctes : d'un côté « l'abus

²⁷¹⁶Th. REVET in <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/> site vérifié et existant au 25 novembre 2017

²⁷¹⁷Fr. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service - . - Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil » La Semaine Juridique Edition Générale n° 23, 6 Juin 2016, 642

des biens sociaux ou du crédit social et de l'autre l'abus des pouvoirs et des voix²⁷¹⁸ ». Il faut préciser que ce délit qui date de 1935 ne s'applique pas à toutes les sociétés mais seulement à certaines sociétés commerciales²⁷¹⁹. (Pour les autres formes sociales, il y a l'abus de confiance). Comme toute infraction pénale, le délit nécessite l'élément matériel de l'infraction (matérialité des abus) et l'élément moral (intellectualité des abus). Pour l'élément matériel, il faut un usage, contraire à l'intérêt social, de biens sociaux et l'élément moral nécessite un dol général et un dol spécial²⁷²⁰. Le dol général est visé deux fois par les textes avec l'usage de l'expression mauvaise foi et de « qu'il sait contraire à l'intérêt de la société ». Le dol spécial consiste pour le mandataire social concerné à agir à des fins personnelles ou pour favoriser un tiers avec lequel il a des relations ou un intérêt. L'utilité du dol spécial permet de mieux distinguer la faute de gestion qui relève du civil que ce comportement qui relève du pénal.

Abus de biens sociaux et rémunérations des dirigeants

Lorsque qu'une partie soulève un éventuel abus de biens sociaux pour une rémunération excessive, le débat va porter davantage sur l'intellectualité de l'infraction que sur l'élément matériel. On va voir des exemples où le juge a reconnu le délit constitué dans le cas de rémunérations excessives. Il faut en réalité distinguer deux occurrences. La première est celle d'un phénomène d'une auto-rémunération où le mandataire social obtient une rémunération sans autorisation explicite²⁷²¹, et dans ce cas il ne s'agit pas souvent d'une véritable rémunération mais d'une sorte de voie de fait un peu analogue à un vol commis par le dirigeant sur les biens sociaux. Néanmoins il peut s'avérer que ce phénomène d'auto-rémunération soit corrélé à l'existence d'une vraie contrepartie fournie par le dirigeant. Dans ce cas, le fait de ne pas avoir respecté la procédure devrait entraîner une présomption d'irrégularité et donc l'annulation de la rémunération car présumée contraire à l'intérêt social sauf au dirigeant de démontrer que l'auto rémunération a été proportionnée au service rendu et est conforme à l'intérêt social²⁷²². Un peu comme le contentieux de l'enrichissement sans cause. Avec la réserve que si cette démonstration de l'utilité de la rémunération pour la société permet d'éviter la sanction pénale, il y aurait sûrement la possibilité d'établir une faute

²⁷¹⁸ W. JEANDIDIER, L'abus de biens sociaux, un monstre juridique ?, cahiers de droit de l'entreprise^o1, LexisNexis, jan-févr. 2006 p. et s.

²⁷¹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis 2016, 29^eédit., p.374, n°842 et s. , Code Com. : SA L.242-6 3^o et 4^o, SARL L.241-3 ; SAS et SCA par renvoi des articles L.243-1 et L.244-1,

²⁷²⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis 2016, 29^eédit., p.374, n°846 à 856

²⁷²¹ Cass. Crim. 19 oct. 1971, D. 1972. 8 BOULOC ; Cass. Crim. 26 juin 1978, Bull. crim. no 212., CA Paris, 27 févr. 1990, Dr. pénal 1990. Comm. 341, obs. ROBERT

²⁷²² B. BOULOC, °Abus de biens sociaux, Répertoire dr. Sté, Dalloz, avril 2017 n°134 cas d'une rémunération non autorisée, mais opérée de manière transparente par un dirigeant ayant toujours agi dans l'intérêt de la société, le délit d'abus de biens sociaux n'est pas constitué dans cet arrêt de Cour d'appel de Chambéry, 10 oct. 2013, RG no 13/00306, Rev. sociétés 2014. 399, obs. B. BOULOC).

de gestion car sinon on court-circuite la procéduralisation des rémunérations mise en place par le législateur dans certaines formes sociales.

La seconde, le cas le plus intéressant par rapport à notre point de vue, est celle où la rémunération est régulière d'un point de vue de la procédure d'attribution mais néanmoins contraire à l'intérêt social. Car si le curseur de la répression pénale était placé trop bas, on arriverait à une sorte de reconnaissance de la lésion par le droit positif sanctionnée pénalement, ce qui arriverait finalement à faire voler en éclat le principe de force obligatoire des contrats, de liberté contractuelle et donc de sécurité juridique des transactions. Mais le double dol exigé par les textes semble limiter ce risque, le curseur de la répression pénale nous semble placé pour les situations où un dirigeant arriverait à obtenir une rémunération très importante alors que la société est en grande difficulté. Après tout, il ne faut pas oublier que le dirigeant est d'une part normalement mieux informé que ses mandants et d'autre part, est contractuellement tenu à un devoir de loyauté à l'égard de la société personnifiée, c'est-à-dire des associés *ut universi*²⁷²³. Contrairement à un mandataire simple, le mandataire social (d'où les discussions sur la réelle nature du contrat de mandat social) dispose de prérogatives qu'aucun associé n'a *ut singuli*, du fait notamment de la représentation légale. La propriété privée collective fragmente les prérogatives des différents propriétaires en commun que sont les associés. A l'instar des propriétés simultanées de la féodalité, les usages de la chose sont dissociés et c'est souvent le ou les dirigeants qui dispose(nt) par contrat de ces prérogatives. Lorsque les dirigeants sont également associés majoritaires, il peut être tentant pour eux de distribuer tout le profit en salaire et donc ne pas « rémunérer le capital » pour ne pas distribuer de dividendes aux minoritaires²⁷²⁴.

Abus de biens sociaux, et rémunérations autorisées : solutions jurisprudentielles

L'arrêt « fondateur » qui qualifierait une rémunération excessive d'abus de biens sociaux serait un arrêt du 9 mai 1973 de la chambre criminelle²⁷²⁵. Quand on lit l'arrêt, une certaine ambiguïté demeure car on semble être en présence d'un phénomène d'auto-rémunération mais la Cour de cassation donne également des éléments qui vont dans le sens d'un contrôle

²⁷²³ Cass. Com arrêt Vilgrain du 27 février 1996, Cass. com., 27 févr. 1996, D. 1996, Jur. p. 518, note Ph. MALAURIE, et 591, note J. GHESTIN, Somm. p. 342, obs. J.-C. HALLOUIN ; JCP éd. E 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. Dion ; Bull. Joly 1996, p. 485, note A. COURET ; H.Le NABASQUE, "Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés", RTD Com. 1999 p. 273 ; A. REYGROBELLET, A. COURET, rapport français, in La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI. p.189 :

²⁷²⁴ Cass. Crim. 19 oct. 1971, Bull. crim. no 272 ; D. 1972. IR 8. ; Cass. Crim. 6 oct. 1980, Bull. crim. no 248 ; Rev. sociétés 1981. 133, note BOULOC

²⁷²⁵ Chambre criminelle du 9 mai 1973 N° de pourvoi: 72-93501, Bull. crim. no 216 ; Rev. sociétés 1973. 696, note B. BOULOC)

de proportionnalité²⁷²⁶ : « des rémunérations qu'il savait excessives eu égard aux ressources et à la situation de la société dont les pertes excédaient de trois fois le montant du capital social à la fin du premier exercice ». On retrouve un critère de la rémunération excessive par le contrôle du droit fiscal, la rémunération, même régulière, semble pouvoir être qualifiée pénalement d'abus de biens sociaux si celle-ci est hors de proportion avec les facultés de la société.

D'autres arrêts sont appliqués à la question des rémunérations de dirigeants mais souvent dans des contextes spécifiques comme la société qui n'a plus d'activité ou qui est en sommeil²⁷²⁷. Finalement de nombreux arrêts concernent des rémunérations sans contrepartie réelle²⁷²⁸ ou avec une « fausse contrepartie²⁷²⁹ ». Un arrêt inédit de la Chambre criminelle du 21 juillet 1981 confirme le pouvoir d'appréciation d'une CA sur la rémunération des dirigeants qui même prise régulièrement peut être excessive²⁷³⁰, car les services rendus étaient manifestement insuffisants. Néanmoins, on ne trouve pas beaucoup de situations où le juge répressif réalise un véritable contrôle objectif de la rémunération ; dans cette affaire compliquée où il y a également une liquidation, la rémunération semble importante en échange d'une contrepartie quasiment inexistante.

Dans la plupart des occurrences observées, la rémunération litigieuse vient en réalité de l'absence de contrepartie réelle. La Cour de cassation précise bien que la régularité formelle (acceptée par une décision régulière du conseil d'administration ou de surveillance) n'empêche pas la qualification pénale d'abus de biens sociaux. Un arrêt plutôt récent a également qualifié d'abus de biens sociaux une prime de bienvenue conséquente perçue par

²⁷²⁶ Crim. 9 mai 1973 op.cit. : « Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué et de celles du jugement dont il a adopté les motifs non contraires que x..., président-directeur général de la société Ilijac, s'est attribué de son propre chef et sans qu'il puisse justifier d'aucune approbation de l'assemblée générale des actionnaires depuis le mois de janvier 1961 et jusqu'au dépôt de bilan survenu le 30 octobre 1963, des rémunérations qu'il savait excessives eu égard aux ressources et à la situation de la société dont les pertes excédaient de trois fois le montant du capital social à la fin du premier exercice; »

²⁷²⁷ Crim. 30 janv. 2013, no 12-80.170

²⁷²⁸ Voir les exemples donnés par B. BOULOC, °Abus de biens sociaux, Répertoire dr. Sté, Dalloz, avril 2017 n°84 et s. ; V. aussi Cass. Crim. 21 juillet 1981, n°80-93.356 ; Cass. crim. 14 mai 2003, 01-88.262.

²⁷²⁹ Cass. Crim. 28 mars 1996, no 95-80.395 , Bull. crim. no 142 ; Rev. sociétés 1997. 141 , note BOULOC ; il s'agissait de la rémunération versée à un ancien dirigeant dont on redoutait le pouvoir de nuisance.

²⁷³⁰ Chambre criminelle du 21 juillet 1981 « qu'en l'espèce, le paiement litigieux a été effectué contrairement aux intérêts de la société puisque ne rétribuant pas une activité régulière et permanente de direction générale, la société étant en liquidation de biens du 25 juin 1975 au 3 juillet 1978, et le prévenu dessaisi en conséquence de la gestion effective de la société pendant cette dernière période ;

le paiement ayant été fait au profit personnel évident de de y... b..., et de mauvaise foi, l'intéressé sachant pertinemment qu'il n'avait pas rempli les fonctions qu'il se faisait rétribuer, des lors, au surplus, que la décision d'attribution de la rémunération a été prise par le conseil d'administration le 15 décembre 1975 dans des conditions de composition (le prévenu, sa belle-mère et un troisième administrateur) et d'opportunité (dessaisissement de la gestion, engagement sur le futur) anormales ;

Que les services alléguent avoir été rendus à la société pendant cette période et qui, effectivement auraient pu, par décisions postérieures, être rémunérés ou remboursés, ne sont pas établis par les pièces produites au dossier »

le président d'une SAS ayant pour activité le transport aérien²⁷³¹. L'arrêt plutôt laconique de la Cour de cassation qui s'appuie sur la décision de la Cour d'appel (arrêt de rejet) laisse à penser que les juges ont estimé que ce « golden Hello » n'avait pas de réelle contrepartie étant donné que le dirigeant l'encaisse du simple fait de prendre ses nouvelles fonctions dans la société : le dirigeant en question a perçu 785 112,44 €²⁷³² (presque 870 000 € de 2016 en tenant compte de l'inflation²⁷³³). On peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas davantage motivé sa décision et pas vérifié si la Cour d'appel avait apprécié la rémunération de manière globale. Mais d'un autre point de vue, cette décision confirme le prisme contractuel car elle est fondée sur l'idée que la rémunération doit avoir une contrepartie tangible. Or si le simple fait de prendre ses fonctions ne peut justifier une rémunération aussi importante, nous ne pensons pas que cette décision condamne pour autant le principe d'une prime de bienvenue, elle condamne plutôt l'existence d'une disproportion.

Rémunération et abus des pouvoirs et des voix de la société

Si on écarte les rémunérations irrégulières ou sans réelle contrepartie, il y a peu de solutions jurisprudentielles qui finalement effectuent un contrôle réel de la rémunération par le biais de l'abus de biens sociaux. Et jusqu'en 2012, il n'y avait aucune solution jurisprudentielle concernant la rémunération des dirigeants rendue sous la qualification de l'infraction jumelle d'abus des pouvoirs et des voix de la société²⁷³⁴. Et en 2012, un arrêt de la cour de cassation fut rendu à propos d'une affaire qui a défrayé la chronique²⁷³⁵, celle d'Antoine ZACHARIAS, PDG de VINCI de 1997 à 2006. Un actionnaire de cette société a porté plainte pour abus de biens sociaux en 2006⁶⁰⁷. Finalement, l'ancien président de VINCI est condamné pour abus de pouvoir après requalification opérée par la Cour d'appel⁶⁰⁷ Il est reproché à M. ZACHARIAS d'avoir notamment usé de son pouvoir en remplaçant les membres du comité des rémunérations de l'entreprise par des membres plus favorables qui avaliseraient le déplaçonnement de sa rémunération, intégralement constituée d'éléments variables et qui accorderaient aussi des droits plus favorables à M. ZACHARIAS pour son départ prochain à la retraite⁶⁰⁷. Certes le bilan de la société Vinci a plus que doublé durant la période où M. ZACHARIAS en était le mandataire social mais il est vrai que les avantages accordés étaient à

²⁷³¹ Cass. Crim. 30 juin 2010, pourvoi n° 09-82.062, arrêt n° 3821 F-D)

²⁷³² Cass. Crim 30 juin 2010, Le CANNU, DONDERO, « La prime d'arrivée n'est pas la bienvenue en droit des sociétés » RTD Com. 2010 p.748, « La prime d'arrivée n'est pas la bienvenue en droit des sociétés » ,(Crim. 30 juin 2010, pourvoi n° 09-82.062, arrêt n° 3821 F-D)

²⁷³³ INSEE.fr/fr/information/24177 (site existant au 20 novembre 2017)

²⁷³⁴ Cour de cassation (crim.) 16 mai 2012, FS-P+B, n° 11-85.150, Paul Le CANNU, Revue des sociétés 2012 p. 697 « Abus des pouvoirs : la Cour de cassation approuve la condamnation de l'ancien président-directeur général de Vinci »

²⁷³⁵ Le Monde 16.05.2012, « L'ex-PDG de Vinci Antoine Zacharias condamné » ; La Tribune.fr du 16.05.2012 « L'ex-PDG de Vinci Antoine Zacharias condamné »

l'époque bien au-dessus de ceux du « marché » car on arrive à une indemnité de départ de plus de 12,8 millions d'€, et surtout une retraite chapeau de 2,1 millions d'€ qui risque de peser longtemps sur les comptes de l'entreprise.

Néanmoins, cette solution saluée par certains est quand même curieuse car elle masque la réalité du pouvoir dans la société anonyme : le comité des rémunérations est un organe consultatif prévu par le Code Medef sur la gouvernance, il ne s'agit pas d'un organe décisionnaire, d'autre part, l'arrêt part du principe que les administrateurs sont inféodés au PDG or, si c'était peut-être le cas dans la société VINCI de l'époque, cela ne devrait pas l'être. Les administrateurs sont des mandataires sociaux qui sont contractuellement liés à la société personnifiée, c'est-à-dire les associés (à l'exception de la société individuelle) réunis par contrat, propriétaires en commun d'un patrimoine. Or comme le remarque Paul Le CANNU, on devrait s'interroger sur « *l'implication de ceux qui ont pris les trois décisions ayant permis la commission de l'infraction*²⁷³⁶ ». Plus généralement, si les rémunérations accordées sont bien excessives, la sanction pénale devrait être écartée dans une telle situation car d'une part, la privation de liberté ne devrait pas être envisagée dans une affaire d'argent commise sans violence et par des actes juridiques valides. D'autre part, la sanction pénale, lorsqu'elle n'est pas privative de liberté, et cela semble être le cas d'après le professeur Le CANNU dans ce type de contentieux, est paradoxalement moins sévère que peuvent l'être d'éventuelles sanctions civiles. Dans l'affaire, M. ZACHARIAS est condamné à 375.000 € d'amende à l'Etat mais n'est pas tenu de rembourser à la société les rémunérations jugées excessives.

Appréciations sur l'abus de biens sociaux et l'abus des pouvoirs ou des voix

Le droit pénal a une vraie utilité pour sanctionner le cas de « rémunérations sauvages », c'est-à-dire irrégulières sur la procédure, qui ont été attribuées en violation des conditions légales ou statutaires et qui sont souvent dénuées de contreparties. Certes il est important de préciser que l'irrégularité ne devrait pas être une présomption irréfragable d'abus de biens sociaux, même si certaines décisions de première instance disent l'inverse²⁷³⁷.

²⁷³⁶ Cour de cassation (crim.) 16 mai 2012, FS-P+B, n° 11-85.150, Paul LE CANNU, Revue des sociétés 2012 p. 697 « Abus des pouvoirs : la Cour de cassation approuve la condamnation de l'ancien président-directeur général de Vinci » n°4

²⁷³⁷ Sur ce point, D. REBUT, « Abus de biens sociaux », Rep. Dalloz, février 2017, n° 50. C'est pourquoi l'absence d'autorisation ne doit pas suffire à qualifier la rémunération d'usage contraire à l'intérêt social car il n'en ressort pas nécessairement que la rémunération en cause ait été contraire à l'intérêt au sens de l'abus de biens sociaux. Ce n'est pas toujours la position des juges répressifs.

On peut également envisager la matière répressive pour une rémunération régulière formellement mais dénuée de contreparties, c'est-à-dire les hypothèses où la contrepartie est inexistante (fictivité du travail ou contrepartie quasiment fictive²⁷³⁸).

En revanche, l'application du droit pénal à des situations où les rémunérations sont régulières sur la forme et lorsqu'il existe un réel travail, pose problème selon nous car d'une part le risque de privation de liberté existe pour le dirigeant indélicat même si la pratique des juridictions répressives n'est pas de condamner à de la prison ferme²⁷³⁹ et d'autre part, les questions de déséquilibre contractuel non frauduleux ne devraient pas relever de la matière pénale mais du contentieux civil.

L'affaire Vinci de 2012 ci-dessus évoquée est révélatrice d'une conception où l'on punit pénalement le dirigeant trop gourmand comme s'il s'était attribué lui-même la rémunération alors que ce sont les administrateurs en Conseil d'administration qui ont accepté cette rémunération. Le droit pénal, bien qu'en apparence plus effrayant, risque en réalité d'aboutir à un contrôle moins efficace de la rémunération des dirigeants. En rendant graves des affaires qui relèvent de la vie normale des sociétés, on aboutit à une moindre grande effectivité car on sait depuis BECCARIA que l'effectivité d'une norme dépend plus de sa systématisation que de la sévérité de la sanction²⁷⁴⁰. Autrement dit, le contentieux de la rémunération potentiellement excessive, régulière et attribuée en vertu d'un réel travail, ne devrait relever que du droit civil et non du droit pénal car le droit pénal qui implique une procédure bien plus stricte aboutira finalement à juger moins d'affaires. De surcroît, un contrat régulier devrait exclure le droit pénal mais ouvrir la voie au contrôle par le droit des contrats, moins spectaculaire mais certainement plus efficace. A partir du moment où le juge répressif n'envoie pas en prison, les sanctions possibles de l'abus de pouvoir, abus de biens sociaux sont finalement moindres que celles envisagées par le droit civil au sens large (droit des contrats, droit des sociétés, responsabilité, annulation de l'acte, possible réfaction...)

D'après la nature réelle de l'entreprise que nous avons proposée qui est fondée sur des relations contractuelles, c'est-à-dire des transactions librement consenties structurées par la propriété privée, l'administrateur d'une société anonyme n'est pas l'obligé ou l'homme lige du PDG mais le représentant du patrimoine commun des associés. L'obligation de loyauté à l'égard des associés *ut universi* découle de sa relation contractuelle. Beaucoup d'auteurs évoquent l'idée de l'administrateur indépendant mais il s'agit en réalité d'un pléonisme car l'administrateur devrait toujours servir l'ensemble des associés, des propriétaires de

²⁷³⁸ Sur ce point, D. REBUT, « Abus de biens sociaux », Rep. Dalloz, février 2017 n° 51 ; Crim. 28 mars 1996, n° 95-80.395 , Bull. crim. n° 142, Rev. sociétés 1997. 141, obs. B. BOULOC

²⁷³⁹ Cour d'appel de Versailles, 9e ch. corr., 19 mai 2011, n° 10/01523, Z., Paul LE CANNU, Revue des sociétés 2012 p.99, « Les pouvoirs du PDG sur sa propre rémunération, et l'abus qu'il peut en faire » n°15

²⁷⁴⁰ Aphorisme célèbre BECCARIA, Des délits et des peines », 1764 : « En effet, c'est sur la certitude de la peine et non sur sa sévérité que repose l'efficacité et l'effectivité de la justice »

l'entreprise, car c'est son obligation de loyauté qui découle de sa relation contractuelle. L'indépendance de l'administrateur est finalement l'obligation d'exécuter de bonne foi son contrat. De surcroît, présumer la qualité d'une personne, son indépendance en l'espèce, en fonction de critères inhérents liés à la qualité de la personne paraît être douteux. Le mantra de l'indépendance véhiculé ici et là s'appuie en réalité sur une conception du pouvoir fondé sur l'unilatéralité et non sur un pouvoir issu d'un contrat.

En revanche, le droit pénal de la rémunération a toute sa place lorsque la société est dans une situation de cessation de paiement, que le droit des procédures collectives se profile comme avec le délit de banqueroute par détournement de l'actif.

b. Dans les sociétés sous l'emprise du droit des procédures collectives

Un dirigeant social dont la société est soumise à une procédure collective peut faire l'objet de trois types différents de sanctions : des sanctions patrimoniales issues d'une action en responsabilité civile²⁷⁴¹, des sanctions professionnelles, c'est-à-dire personnelles, ainsi que des sanctions pénales. Si une rémunération excessive d'un mandataire social est toujours un préjudice pour les propriétaires de l'entreprise, lorsque l'entreprise est en difficulté, d'autres parties autres que les associés peuvent être concernées et peuvent subir une dépréciation de la valeur d'actif confiée à l'entreprise liquidée pour insuffisance d'actifs. Autrement dit, les difficultés financières d'une entreprise lorsqu'elles sont trop importantes peuvent conduire à ce que des créanciers de l'entreprise perdent tout ou partie de leur créance, voire de leurs biens, et la rémunération excessive aggrave la situation du débiteur qu'est la société. Finalement, les actions en responsabilités qu'elles soient civiles (au sens large) ou pénales ne sont pas différentes de celles d'une société in bonis sur les concepts juridiques utilisés : on retrouve la notion de faute de gestion pour les actions en responsabilité, l'usage abusif des fonds pour la banqueroute fait que ce délit est très proche de l'abus de biens sociaux et c'est souvent une simple question de date, la date de la cessation de paiement, qui permet de distinguer l'abus de biens sociaux de la Banqueroute par détournement ou dissimulation de l'actif du débiteur (C. com. art. L. 654-2, 2°).

On va dans un premier temps s'intéresser aux actions en responsabilité civile puis au délit de banqueroute par détournement d'actifs

²⁷⁴¹ au sens large du terme, dans le sens du droit européen opposé à droit pénal.

i) Les actions en responsabilité à l'issue d'une liquidation judiciaire

Présentation de l'action en responsabilité

Avant la réforme de 2005, le dirigeant de société personne physique pouvait être condamné à combler personnellement le passif (Art. L.624-3 ancien du Code de commerce) et pouvait subir une procédure personnelle de redressement judiciaire²⁷⁴². L'ordonnance n°2005-845 créa également une obligation aux dettes sociales mais cette sanction patrimoniale fut de courte durée car supprimée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008. Désormais, le dirigeant n'encourt plus qu'une seule sanction patrimoniale (hormis les hypothèses de droit transitoire) qui est l'action en comblement de passif visée à l'article L.651-2²⁷⁴³. Le texte s'applique à toute société en situation de liquidation judiciaire en cas de faute de gestion qui a causé (lien de causalité) l'insuffisance d'actif. Une rémunération excessive a pu être qualifiée de fautive et aboutir à une condamnation du dirigeant concerné.

Exemples prétoriens de condamnation

A la différence des sociétés *in bonis*, les condamnations pour fautes de gestion à l'encontre de dirigeants semblent bien plus importantes quand la société est en procédure collective : on peut expliquer ce phénomène par une double raison : d'une part, la déconfiture d'une société pousse à analyser plus précisément les comptes sociaux, le fait que le dirigeant s'en sorte bien alors qu'il était en charge de l'intérêt social paraît davantage injuste, d'autre part, une liquidation pour insuffisance d'actifs entraîne un préjudice qui ne se limite pas aux seuls associés, aux seuls propriétaires de l'entreprise mais affecte également les créanciers. Finalement dans cette occurrence, une rémunération excessive concerne également les tiers car elle réduit leur droit de gage.

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a modifié l'action en « comblement de passif » qui est devenue l'action en « responsabilité pour insuffisance d'actif²⁷⁴⁴ » mais malgré des changements dans les textes, la responsabilité est toujours construite sur la notion de faute de gestion, ce qui rend les solutions ayant condamné des dirigeants sociaux pour rémunérations excessives exploitables : comme on l'a vu précédemment, l'appréciation du

²⁷⁴² Fr. LEFEBVRE Société commerciales, 2016, n°91500 et s.

²⁷⁴³ Selon l'article L. 651-2 du Code de commerce "Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion". "En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables"

²⁷⁴⁴ E. MOUIAL BASSILANA, Entreprises en difficulté (Responsabilités et sanctions), Répertoire de droit commercial n°22

caractère excessif de la rémunération dépend aussi de la situation financière de la société²⁷⁴⁵. Le juge du fond doit rechercher si la rémunération n'est pas excessive par rapport à la situation financière de la société s'il ne l'a pas fait. Un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2016 censure une Cour d'appel qui estime que la rémunération d'un dirigeant, dont la société a bénéficié d'un plan de redressement, est normale par rapport aux salaires des cadres de l'entreprise, la Cour d'appel a également relevé que la rémunération avait été fixée sous le contrôle des organes de la procédure mais la Cour de cassation censure l'arrêt pour manque de base légale car cette première n'a pas recherché si la rémunération n'était pas excessive par rapport à la situation de la société²⁷⁴⁶, un autre arrêt retient la faute de gestion à l'encontre d'une rémunération trop importante par rapport au chiffre d'affaires de l'entreprise²⁷⁴⁷.

Appréciations de ces solutions :

Ces solutions font ressortir une certaine vérité économique : le dirigeant social n'est pas un salarié car il dispose d'un pouvoir, délégué par les associés²⁷⁴⁸. C'est pour cette raison que contrairement à un salarié, même très bien payé, il est titulaire d'une obligation de loyauté renforcée car il n'est pas un subordonné et dispose d'informations (agent) que le principal (les associés *ut universi*) n'a peut-être pas. Dans les exemples précédents, la rémunération d'un dirigeant est appréciée en fonction du sort de l'entreprise et c'est une différence également avec le salaire d'un contrat de travail qui est normalement fixé en fonction de la valeur du travail, valeur générée par le marché du travail. La rémunération d'un dirigeant doit dépendre de la taille de l'entité dirigée et de la situation financière de l'entreprise, c'est la grande différence avec le travail subordonné qui dépend d'un coût horaire et qui ne dépend pas de la situation de l'employeur.

Dans certaines occurrences, la rémunération excessive versée après la cessation de paiement peut constituer aussi un délit pénal.

ii) Par le droit pénal : la banqueroute

²⁷⁴⁵ Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-16.431 ; Cass. com., 9 janv. 1996, n° 94-10.225 : JurisData n° 1996-000184 ; CA Rouen, 2e ch. civ., 29 juin 1989 : JurisData n° 1989-048148

²⁷⁴⁶ Cass.com. 31 mai 2016 – n° 14-24.779 « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la rémunération que M. X... s'était octroyée n'était pas manifestement excessive au regard de la situation financière de la société M & C, la cour d'appel, qui s'est prononcée par un motif inopérant, a privé sa décision de base légale ; »

²⁷⁴⁷ J.-P. LEGROS, Cass. com., 28 juin 2017, n° 14-29.936, F-D, Dhucq c/ Selarl Mandon, arrêt n° 969 : JurisData n° 2017-017458, Droit des sociétés n° 11, Novembre 2017, comm. 194

²⁷⁴⁸ G. WICKER, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT. In Mélanges OPPETIT, p.689 et s p.726, §51

Présentation du délit

Parmi les plusieurs cas de banqueroute, c'est la banqueroute par détournement d'actif qui pourrait s'appliquer à la situation d'une rémunération excessive. L'article L 654-2 2° du Code de Commerce fait référence au fait d'avoir « *détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur* ». La banqueroute par détournement d'actif est une sorte d'abus de biens sociaux élargi car ce délit permet d'appréhender davantage de situations étant donné une rédaction plus souple²⁷⁴⁹ (pas d'exigence d'un double dol). Si en théorie il était possible d'avoir un éventuel cumul, la Cour de cassation a précisé que les qualifications d'abus de biens sociaux et de banqueroute étaient exclusives l'une de l'autre²⁷⁵⁰. Après la date de cessation de paiement, c'est le délit de banqueroute qu'il faut appliquer²⁷⁵¹. Contrairement à une jurisprudence ancienne, la qualification pénale entre la banqueroute et l'abus de biens sociaux est alternative²⁷⁵². Si la date de la cessation de paiement est la date cardinale pour distinguer l'abus de biens sociaux de la banqueroute par détournement d'actif²⁷⁵³, le juge pénal n'est pas tenu par la date fixée par le juge commercial²⁷⁵⁴. La Cour de cassation a même admis la possibilité de qualifier de banqueroute un fait commis antérieurement à la cessation de paiement lorsque ce fait a un lien de causalité avec la cessation de paiement, c'est-à-dire qu'il a contribué à sa survenance²⁷⁵⁵. Le délit de banqueroute par détournement d'actif peut-il être utilisé comme police de la rémunération, en respectant la nature contractuelle de celle-ci ?

Application et appréciation du délit de banqueroute à la rémunération des dirigeants

²⁷⁴⁹ M.-Ch. SORDINO, Banqueroute par détournement d'actif et abus de biens sociaux : un conflit de qualifications... des solutions en « clair-obscur », in Mélanges M. CABRILLAC, 1999, Litec, p. 697 et s.

²⁷⁵⁰ (Crim. 24 avr. 1984, Bull. crim. n° 141 ; Gaz. Pal. 1985. 1. 25, note COSSON. - V. aussi Crim. 5 juin 1989, Bull. crim. no 233. - Crim. 20 juill. 1993, no 92-84.086, Bull. crim. no 250 ; Rev. sociétés 1994. 93, note BOULOC) ;

²⁷⁵¹ Crim. 7 avr. 1998, no 97-83.801, Dr. pénal 1998, n° 99, obs. J.H. Robert

²⁷⁵² A. MIHMAN, BANQUEROUTE, Rep.droit pénal, Dalloz n°90 ; , Crim. 27 oct. 1999, no 98-85.651, Dr. pénal 2000, comm. 48, note J.-H. ROBERT. - Crim. 12 juin 2003, no 01-85.977. Crim. 30 juin 2004, no 03-87.427

²⁷⁵³ B. BOULOC, °Abus de biens sociaux, Répertoire dr. Sté, Dalloz, avril 2017 n°141 : « Par ailleurs, dès lors que le juge pénal peut retenir une date de cessation de paiements autre que celle fixée par le juge commercial (ou civil), et qu'il peut prendre en compte des actes antérieurs à la cessation des paiements mais qui ont été à l'origine de celle-ci (Crim. 5 oct. 1992, no 91-86.770, Bull. crim. no 301 ; Bull. Joly 1993. 252, note BOULOC. - Crim. 21 sept. 1994, no 93-85.544, JCP E 1995. II. 690, note DEKEUWER ; Rev. proc. coll. 1996. 133, obs. DEVEZE. - Crim. 14 févr. 2007, no 06-86.721, Dr. pénal 2007. Comm. 73, obs. J.-H. ROBERT ; Rev. sociétés 2007. 885, obs. BOULOC. - Crim. 24 mars 2009, no 08-84.647, Dr. sociétés 2009. 177, obs. SALOMON), »

²⁷⁵⁴ B. BOULOC, °Abus de biens sociaux, Répertoire dr. Sté, Dalloz, avril 2017 n°141 et s.

²⁷⁵⁵ Cass. Crim. 21 septembre 1994 : « le délit de banqueroute est constitué, que les faits constatés soient antérieurs ou postérieurs à la date de cessation des paiements, dès lors que, comme en l'espèce, procédant d'une même intention et tendant au même but, ils ont pour objet ou pour effet soit d'éviter ou de retarder la constatation de cet état, soit d'affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible » (no 93-85.544, JCP E 1995. II. 690, note A. DEKEUWER)

Les décisions où le délit de banqueroute est appliqué à la rémunération excessive de dirigeants semblent très rares²⁷⁵⁶. Les faits sont parfois évoqués comme dans cette décision du TGI de PARIS mais n'ont pas été retenus en l'espèce car les experts ont indiqué que les rémunérations perçues par le dirigeant de la société n'étaient pas disproportionnées par rapport à des sociétés concurrentes opérant dans le même secteur d'activité²⁷⁵⁷.

Selon l'analyse faite précédemment à l'égard du délit d'abus de biens sociaux, on avait critiqué le contrôle objectif de la rémunération lorsque la procédure d'attribution de la rémunération avait été respectée (procédure qui aboutit à un contrat dont la rémunération est un des objets des différentes obligations) et que le travail de direction rémunéré était réel. La qualification contractuelle devrait écarter l'application du droit pénal car un prestataire de services aux honoraires exorbitants doit-il risquer une sanction pénale si le client accepte librement de les payer ? Cette volonté d'appliquer le droit pénal à cet endroit est peut-être le fait d'un inconscient planisme de l'époque où l'économie française était administrée.

En revanche, il faut rappeler que le délit de banqueroute s'applique à des situations où la société est déjà en difficulté de paiement ou bien que les faits incriminés vont conduire à la cessation de paiement et donc, une rémunération anormale, disproportionnée sera en réalité payée par les créanciers de la société, quand l'obligation aux dettes sociales de la société est limitée. Et dans cette occurrence, contrairement au cas de la rémunération excessive pour abus de biens sociaux, la rémunération excessive n'est plus une simple affaire d'un contrat entre les associés et le gérant mais peut nuire au droit de gage des créanciers et il pourrait être tentant, lorsque la situation de la société est obérée, de transférer l'actif qu'il reste en attribuant des rémunérations excessives, notamment quand les mandataires sociaux sont propriétaires d'une partie du capital de l'entreprise. Il n'est pas anormal que cette espèce de « fraude Paulienne » qui consisterait à vider les caisses en surpayant le travail relève du droit pénal.

Dans les cas que nous venons d'étudier, ce sont les bénéficiaires de la rémunération jugée excessive qui engagent la responsabilité mais une rémunération anormalement excessive peut aussi engager la responsabilité d'autres parties.

2.Responsabilités indirectes en cas de rémunérations anormales et excessives

²⁷⁵⁶ T . corr. Paris, 16 janv. 1986, Gaz. Pal. 1986. 1. 138

²⁷⁵⁷ J.RIFFAULT, TGI Paris, 11e chambre, 8 juin 1998, Tuffier, Ravier, Py, Souffrant, de Lembeye (société de bourse TuffierRavier-Py), RSC 1999 p.120

Par responsabilités indirectes, on pense au contrôle indirect que met en place le droit fiscal : étant donné que les rémunérations sont déductibles fiscalement du résultat imposable de l'entreprise, l'Etat n'a pas à « payer » indirectement une rémunération qui serait manifestement disproportionnée. Mais à côté de cette responsabilité indirecte qui frappe l'entreprise trop « généreuse », on peut également se demander si les auteurs qui négocient le contrat avec le mandataire social, et ici on parle principalement de la société anonyme car il y a un phénomène de médiation entre les associés et les mandataires sociaux exécutifs, si ces administrateurs ne pourraient pas engager également leur responsabilité.

a. Par le droit fiscal

Les entreprises paient des impôts²⁷⁵⁸, et suivant la forme sociale usitée, l'impôt sera déterminé au niveau du groupement ou au niveau des associés si la société est fiscalement transparente mais dans tous les cas, le principe est que là où il y a revenu imposable, il y a charges déductibles²⁷⁵⁹. Or les rémunérations du travail sont déductibles fiscalement mais à condition qu'elles ne soient pas excessives.

Contrôle objectif de la rémunération.

L'article 39-1-1° du Code général des impôts, qui est une application légale du principe prétorien dénommé acte anormal de gestion²⁷⁶⁰, dispose que « les rémunérations ne sont admises en déduction des résultats que dans la mesure où elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu ». La théorie de l'acte anormal de gestion, comme l'application de l'article 39-1-1°, sont des exceptions au principe de liberté de gestion de l'entreprise. On a vu précédemment que l'entreprise privée dans un régime d'économie de marché « produit » des pouvoirs qui sont intrinsèques, le droit secrété par une entreprise privée ne résulte pas d'une force extérieure transcendante, à savoir la puissance publique mais découle de la réunion et la concentration de capitaux privés

²⁷⁵⁸ Il s'agit d'un raccourci de langage. Ni l'entreprise, ni une société, ni une personne morale ne paie l'impôt, mais uniquement ceux qui en sont propriétaires. Cf : C. LANDAIS, T. PIKETTY, E. SAEZ, Pour une révolution fiscale, Un impôt sur le revenu pour le XXI^e siècle coll. La république des idées p. 36 : « Que les choses soient bien claires : personne ne paie ces impôts à notre place. Ce sont bien les personnes physiques, en chair et en os qui acquittent l'intégralité des prélèvements obligatoires. La distinction entre « impôts acquittés par les ménages » et « impôts acquittés par les entreprises » n'a aucun sens : en dernier recours, tous les prélèvements obligatoires sont payés par les ménages. »

²⁷⁵⁹ M. COZIAN, FI. DEBOISSY, M. CHADEFaux, Précis de fiscalité des entreprises, 40^e edit. LexisNexis 2016, p.59, n°115

²⁷⁶⁰ P. SERLOOTEN, Rémunération des dirigeants sociaux (Régime fiscal), Répertoire de droit des sociétés, 2017, n°34 J.-P. DOM, Le statut des dirigeants, in Ouvrage collectif, Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire, collec. Actualité de droit de l'entreprise, n°30 LexisNexis, p.57

par le biais d'un contrat, le contrat de société. Néanmoins si l'Etat n'a pas à s'immiscer dans la gestion de la société de l'entreprise privée (corollaire de la règle anglo-saxonne du Business Judgment Rule²⁷⁶¹), il est normal qu'il y ait un contrôle minimal des dépenses effectuées, notamment des rémunérations du travail ²⁷⁶², car sinon cette rémunération excessive est supportée par l'Etat.

Si le contrôle de l'effectivité du travail est évident, car sans travail, il s'agit d'une dépense entièrement non fondée, la question d'une part excessive de la rémunération est plus délicate car elle nécessite que l'administration donne une valeur à une chose incorporelle, le travail. Or pour éviter de tomber dans la subjectivité ou l'idéologie, l'administration va contrôler la rémunération excessive des contribuables contrôlés par le biais de comparaisons, c'est-à-dire que l'administration va établir une sorte de « benchmark » avec les rémunérations allouées au personnel occupant des emplois analogues dans des entreprises ayant une activité économique plus ou moins similaire ²⁷⁶³, en fonction de la situation de la société et là encore, une société prospère où les actionnaires ont vu leurs titres s'apprécier et où les salariés sont bien payés aura peu de chance de voir les juges infirmer sa politique salariale. Ensuite, le troisième et dernier critère est celui de la situation du dirigeant, des fonctions et responsabilités exercées²⁷⁶⁴, de l'argent qu'il a pu investir dans la société s'il est en même temps, par exemple, un actionnaire significatif.

Il faut préciser que l'administration peut être assistée de la commission départementale des impôts en ce qui concerne les questions de détermination d'une rémunération excessive²⁷⁶⁵ ; cette commission départementale peut être saisie par le contribuable ou par l'Administration selon les conditions prévues au Code général des impôts ou au Livre des Procédures Fiscales.²⁷⁶⁶

...Mais contrôle indirect par les sanctions

²⁷⁶¹ P. DIDIER, *Théorie économique et droit des sociétés*, études SAYAG, 1997, p.227 et s. p.238 ; D. PORACCHIA, *Regard sur l'intérêt social*, *Revue des sociétés* 2012 p. 475 et s.

²⁷⁶² L'administration n'a pas pour autant à juger de l'utilité d'une dépense si cette dépense est bien conforme à l'intérêt de l'entreprise sinon, on risquerait d'aboutir à un contrôle étatique indirect de l'entreprise par le biais de la politique fiscale. V. CE.23 Jan. 2015, n°369214, SAS ROTTAPHAM, dr. Fisc 2015, n°16, comm.268, A. de MASSIAC, R. BAGDASSARIAN, cité M. COZIAN, FI. DEBOISSY, M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, 40^e edit. LexisNexis 2016, p.120, n°276

²⁷⁶³ P.SERLOOTEN, DALLOZ, n°43., CE 4 nov. 1988, RD fisc. 1989. Comm. 542. - 15 févr. 1989, RJF avr. 1989, n o 426. - 21 avr. 1989, req. n os 79.682 et 79.683, RD fisc. 1989. Comm. 1683. - 21 févr. 1990, SA Transports Bejot, ibid. 1990. Comm. 1905, RJF avr. 1990, n o 455. - CAA Lyon, 5e ch., 9 oct. 2003, SA Annonay Distribution, req. no 98-1697, RD fisc. 2004. Comm. 637, concl. F. Bourrachot ; RJF avr. 2004, no 401

²⁷⁶⁴ Conseil d'Etat, du 20 octobre 2000, 204797, inédit au recueil Lebon : affaire où la gérante d'un magasin gagnait plus à elle seule que les deux autres gérants de magasins dont la taille était pourtant plus importante...

²⁷⁶⁵ M. COZIAN, FI. DEBOISSY, M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, 40^e edit. LexisNexis 2016, n°2415

²⁷⁶⁶ Article 1651 à 1651 G du CGI, Article L76 du LPF

Lorsqu'une fraction de la rémunération d'un dirigeant est jugée excessive, il n'est ni du pouvoir, ni de l'intérêt de l'administration d'annuler l'acte ; la conséquence est que la somme jugée excessive est réintégrée dans le bénéfice imposable de la société avec l'imposition corrélative de cette même somme pour le dirigeant dans une autre cédule d'imposition²⁷⁶⁷ : par exemple pour la catégorie des traitements et salaires, la somme est imposée dans la catégorie des revenus de capitaux de mobiliers²⁷⁶⁸, il s'agit d'une distribution de bénéfices « sauvages », c'est-à-dire d'une distribution de bénéfices irrégulière²⁷⁶⁹.

b. La responsabilité des auteurs de l'acte ?

Dans toutes les formes sociales hormis la société anonyme, ce sont les associés à l'unanimité ou à la majorité simple qui choisissent le mandataire social et qui déterminent avec lui sa rémunération. Mais dans la société anonyme, il y a une structure à deux niveaux où les mandataires sociaux exécutifs sont choisis par le conseil (d'administration ou de surveillance)²⁷⁷⁰. Lorsque la rémunération est manifestement excessive et reconnue comme telle à la suite d'une procédure judiciaire ou à la suite d'un contrôle fiscal, les auteurs de l'acte ne peuvent-ils pas engager leur responsabilité ? La question de la responsabilité collective du conseil s'est posée dans un arrêt avec pour conséquence l'établissement d'une responsabilité individuelle de chaque membre sauf à démontrer que l'administrateur s'est opposé à la décision prise²⁷⁷¹. Dominique SCHMIDT évoquait cette piste dans un éditorial du Bulletin Joly²⁷⁷². Mais on peut se demander si une telle solution est toujours d'actualité pour toutes les sociétés anonymes « dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé » étant donné les modifications apportées par la Loi SAPIN II. L'article L.225-37-2 prévoit désormais la fameuse possibilité très commentée dans les journaux du vote contraignant des actionnaires sur la rémunération des dirigeants²⁷⁷³. L'articulation entre ce

²⁷⁶⁷ P. SERLOOTEN, Rémunération des dirigeants sociaux (Régime fiscal), Répertoire de droit des sociétés, 2017, n°50 : « Lorsque la rémunération des dirigeants est considérée par l'Administration comme injustifiée, c'est que, sous le couvert de cette rémunération, il a été procédé, en fait, à une distribution de bénéfices. Il faut donc rétablir la véritable situation et réintégrer cette rémunération injustifiée dans le bénéfice de la société. »

²⁷⁶⁸ CE 21 avr. 1989, RD fisc. 1989. Comm. 1683

²⁷⁶⁹ Sur le régime juridique des distributions dites irrégulières, M. COZIAN, FI. DEBOISSY, M. CHADEFAY, Précis de fiscalité des entreprises, 40^e edit. LexisNexis 2016, p.449 et s., n°1197 et s.

²⁷⁷⁰ P. DIDIER et Ph. DIDIER, Traité Droit commercial, Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé 2011, p.227, n°268 :

²⁷⁷¹ Cass. Com 30 mars 2010, n°08-17841

²⁷⁷² D. SCHMIDT, La rémunération des dirigeants sociaux, BJS 01/02/2013 p.65

²⁷⁷³ Supra Partie I, Titre II, Chapitre I, Article L225-37-2 al1 : « Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature, attribuables aux président, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, en raison de leur mandat, font l'objet d'une résolution soumise au moins chaque année à l'approbation de l'assemblée

texte et la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle des administrateurs qui auraient accordé une rémunération jugée excessive devrait être précisée par la jurisprudence car un vote confirmatif des actionnaires, à partir du moment où les actionnaires ont accès à toutes les informations, sans fraude, ne sera-t-il pas une sorte de quitus qui éteindra les actions en responsabilité ?

En revanche, il faut préciser que le vote contraignant des actionnaires sur la rémunération des dirigeants se limite aux sociétés cotées. En première partie, on a évoqué l'idée que cette faculté ne devrait pas relever de la loi mais des statuts de la SA. L'entreprise sociétaire est une propriété privée collective sophistiquée et les associés devraient avoir le droit de voter directement la rémunération, sans passer par le truchement d'intermédiaires (les membres du conseil) imposés par la loi. Néanmoins, en attendant la généralisation (ce qui devrait être le droit positif) du vote contraignant des associés sur la rémunération des mandataires sociaux exécutifs, la « responsabilité collective » du conseil, c'est-à-dire la responsabilité individuelle de chacun des membres, devrait pouvoir être engagée en cas de rémunération jugée excessive par un juge lors par exemple d'une action pour faute de gestion ou d'une rémunération estimée excessive par le juge fiscal.

Résumé du §1

La question du contrôle de la rémunération des dirigeants est un débat récurrent en droit des sociétés. Le problème est que le débat a souvent tourné à la leçon de morale, voire au moralisme. « Les dirigeants sont trop payés, c'est injuste ». Mais limiter objectivement le salaire des patrons d'après une grille posée par l'Etat serait contraire aux principes de la liberté de gestion des entreprises ainsi que contraire à d'autres principes cardinaux inhérents à la démocratie libérale. D'un point de vue économique, ce ne sont pas les systèmes où les entreprises sont dirigées par l'Etat qui sont le plus efficaces. Au contraire. Mais le problème de la rémunération des dirigeants peut être posé autrement, par la micro-économie et le « micro-juridique ». Quel intérêt les associés, propriétaires effectifs de l'entreprise privée car ils sont des co-entrepreneurs, auraient-ils à surpayer un dirigeant qui n'est pas compétent ? Et pour une société cotée, scrutée par les marchés, c'est-à-dire des milliers d'analystes professionnels et amateurs, c'est un gage d'incompétence que de rémunérer grassement une gestion frivole. C'est également la preuve que la société n'est pas bien tenue. La réforme du droit des contrats de 2016, quelque peu amendée en 2018, offre une opportunité nouvelle de contrôle de la rémunération des dirigeants. La notion de contrat de service, qui devrait normalement englober le mandat, le contrat d'entreprise donc le mandat social ainsi que

générale des actionnaires dans les conditions prévues à l'article L. 225-98 et au deuxième à avant-dernier alinéas du présent article »

l'existence de nouvelles règles concernant le détournement de pouvoir devrait permettre au Juge de pouvoir apprécier dans certains cas une rémunération ou des éléments de rémunération qui n'auraient pas de contreparties. On pense à ces mandataires sociaux qui ont été grassement payés alors que l'entreprise dirigée a connu de graves difficultés²⁷⁷⁴. Ces exemples sont aux antipodes d'un capitalisme libéral censés récompenser ceux qui offrent les meilleurs produits, les meilleures prestations. Ils se rapprochent davantage d'un capitalisme de connivence où certains bénéficient de « rentes » protégées du fait de l'appartenance à un sérail puissant.

De surcroît, la jurisprudence sur la « révision des honoraires » devrait s'appliquer, si celle-ci est confirmée par la Cour de cassation, aux rémunérations de mandataires sociaux fixées en amont, avant que le travail de gestion ne soit effectué. Si on synthétise, on s'aperçoit que le droit positif depuis la loi NRE de 2001 a mis en place un contrôle de la rémunération, mais qui n'est pas cohérent. En fusionnant le droit commun des contrats et le droit spécial des sociétés, qui prévoit désormais l'exigence d'un vote *ex post* dans les sociétés cotées sur les éléments de rémunération des mandataires sociaux, il semble possible de soumettre au juge une rémunération manifestement excessive, à condition de prouver l'anormalité et l'excessivité de celle-ci. Et le juge devrait s'en tenir à une logique de marché pour apprécier le caractère normal ou non d'une rémunération, comme le juge fiscal le fait pour apprécier une rémunération ou un salaire anormalement élevé(e).

§2. Analyse économique de la rémunération : le marché des dirigeants sociaux ?

La prestation que fournit le dirigeant social est une prestation contractuelle entre le bénéficiaire de la rémunération et l'entité qui verse cette rémunération, qui peut être la société dirigée ou une société qui y a un intérêt comme la société-mère d'un groupe par exemple. On a vu qu'il fallait relativiser la personne morale et que les droits subjectifs d'une personnalité morale sont toujours finalisés²⁷⁷⁵ et ne peuvent être identiques à ceux d'une

²⁷⁷⁴ Cl. FOUQUET, Les Echos Le 27/11/2013, Retraite chapeau : ces patrons qui ont fait scandale

²⁷⁷⁵ Comp. avec la distinction entre prérogatives libres et prérogatives finalisées d'E. GAILLARD, le pouvoir en droit privé. p. 60

personne physique qui peut en jouir égoïstement.²⁷⁷⁶ La société personne morale, dont les biens sont affectés à un but, doit respecter cette finalité que constitue l'affectation.

Si la rémunération a bien sa source dans une opération contractuelle, il faut en déduire une conséquence économique-juridique : il s'agit bien d'un marché. Mais qui dit marché ne dit pas pour autant absence d'intervention du législateur. Si un marché ne fonctionne pas bien, une régulation étatique est envisageable. Or le problème du droit positif actuel est justement qu'il s'arrête au milieu du gué en alternant des réformes fondées sur le contrat mais tout en se référant parfois à une conception statutaire de la relation dirigeant / société issue des textes de 1966.

Dans un A, on va voir que la rémunération est bien d'un point de vue économique un marché et dans un B, que cette rémunération issue d'un contrat ne signifie pas pour autant qu'il ne faille pas réguler. Par exemple, la loi SAPIN II de décembre 2016 en accordant un double vote aux actionnaires a bien mis en place un mécanisme de régulation par le marché en court-circuitant les organes statutaires issus d'une conception non contractuelle de la société.

A. Analyse économique découlant de l'analyse juridique : la rémunération est bien un marché

Prix de la prestation ou salaire du travail, deux notions soumises au marché

L'analyse juridique effectuée de la rémunération des dirigeants sociaux permet de conclure que la rémunération versée au dirigeant, qui a pour contrepartie l'activité déployée dans une société dirigée par le mandataire social, est l'objet d'une obligation contractuelle. L'activité déployée est un travail fourni à titre onéreux et comme Xavier LAGARDE le signalait, la notion de prix renvoie forcément à la notion de marché²⁷⁷⁷. Plus précisément, l'auteur distingue le travail subordonné du travail accompli librement par le prestataire de service, qu'il soit mandataire ou entrepreneur au sens juridique du terme²⁷⁷⁸. La notion de salaire est utilisée pour qualifier la contrepartie d'un travail subordonné, alors que le droit civil classique évoque la notion de prix pour le travail accompli par le prestataire de service²⁷⁷⁹. D'ailleurs, le mandataire ou l'entrepreneur a toujours disposé d'une certaine liberté de fixer le prix,

²⁷⁷⁶ R. ADELSTEIN, *Firms as persons in Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy*, 2013/2 (n° 65) p.161-182 : « But on the other, while it may be convenient for participants and others that firms hold rights to ordinary property, because firms are never more than instruments created by living people for their own purposes, they have no right to life or liberty. »

²⁷⁷⁷ X. LAGARDE, « Prix et salaire », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, anthologie du droit, reprint 2015p. 527 et s.

²⁷⁷⁸ X. LAGARDE, « Prix et salaire », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, anthologie du droit, reprint 2015, p.527 et s.

²⁷⁷⁹ X. LAGARDE, « Prix et salaire », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, op.cit.*, p.527 et s. p.535

entérinée aujourd'hui à l'article 1165 du Code civil, après l'exécution de la prestation. D'ailleurs les arrêts du premier décembre 1995 ne concernaient pas le prix du service du contrat de mandat ou d'entreprise. Si le prix se rapporte au travail accompli d'une manière indépendante et le salaire au travail accompli sous subordination, le travail indépendant comme subordonné est en réalité soumis au marché en ce qui concerne la valorisation de la contrepartie monétaire²⁷⁸⁰. Néanmoins le droit positif actuel distingue d'une manière fondamentale le travail indépendant du travail subordonné. Le travail subordonné est à la frontière entre le droit des obligations et le droit des personnes, comme l'explique Alain SUPIOT²⁷⁸¹, car la subordination ne peut relever uniquement du droit de l'échange. Tandis que le travail indépendant accompli sous la forme d'un contrat de prestation de service ne bénéficie pas de la protection du droit social. Certes le droit français, contrairement au droit suisse ou au droit finlandais, prévoit une valeur minimale d'échange du travail (le SMIC) mais cette valeur minimale ne concerne que celui qui exerce d'une manière dépendante et subordonnée. Le prestataire de service est davantage payé pour le résultat accompli, en théorie, que pour la quantité de travail fournie. Mais le prix de la prestation comme le salaire sont liés à un marché²⁷⁸², c'est-à-dire que la fixation de la valeur de l'offre de travail est déterminée par les agents économiques eux-mêmes. Et l'offre de la prestation de gestion que peut fournir une entreprise constitue aussi une prestation relevant d'un marché, comme la prestation que peut offrir un joueur de foot à une équipe de foot. Mais en France, plus que dans d'autres pays, la notion de marché a souvent une connotation péjorative. Laurence FONTAINE explique que dans l'opinion courante, « *le marché est dénué de tout rôle positif*²⁷⁸³ » et Jean TIROLE ajoute qu'une partie des gens hostiles au marché confond les défaillances du marché avec la notion de marché elle-même²⁷⁸⁴. Or la fixation unilatérale des prix par une autorité centrale n'a jamais été efficiente d'un point de vue économique et contester que la rémunération versée aux dirigeants sociaux relève du marché, pour des raisons morales, ne permettra pas un meilleur contrôle des rémunérations. Au contraire. Le vote consultatif des actionnaires de RENAULT sur la rémunération de C. GHOSN en 2016 est bien une forme de contrôle peut-être plus efficace que la volonté de mettre des administrateurs indépendants dont la notion est d'un flou incommensurable et qui ne garantit aucunement le contrôle effectif des rémunérations des dirigeants sociaux. Un consommateur

²⁷⁸⁰ X. LAGARDE, « Prix et salaire », in Etudes offertes à Jacques GHESTIN, op.cit. 2015, p.527 et s. p.540-542

²⁷⁸¹ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadriges essais débats 2e, 1994-201, p.32 : .32 : « Le travail humain se trouvant toujours au point de rencontre de l'homme et des choses, le juriste hésitera toujours à le ranger sous le droit des personnes ou sous le droit des biens, et ne pourra jamais éluder totalement l'un ou l'autre de ces aspects. »

²⁷⁸² X. LAGARDE, « Prix et salaire », in Etudes offertes à Jacques GHESTIN, le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, anthologie du droit, reprint 2015, p.527 et s. p.542-543

²⁷⁸³ L. FONTAINE, Le marché Histoire et usages d'une conquête sociale, NRF essais Gallimard 2014, p.331

²⁷⁸⁴ J. TIROLE, Economie du bien commun, PUF, 2016, p.55 et s.

n'a jamais intérêt à surpayer une marchandise de même qu'un actionnaire/associé n'a pas intérêt à payer chèrement une prestation d'un dirigeant incompetent car c'est lui qui paiera le surcoût directement sur son patrimoine propre ; la valeur d'un titre social est toujours comprise in fine dans le patrimoine d'une personne physique. L'actionnaire d'une société cotée mal dirigée vendra ses titres [« Il votera avec ses pieds »] et donc, comme c'est le marché boursier des actions, si les ventes ou intentions de ventes des titres d'une entreprise sont supérieures aux achats ou aux désirs d'acheter, le cours de l'action baissera. Sur le moyen-long terme, une entreprise, qui paye bien ses dirigeants à une juste valeur de marché, aura une bonne renommée. Une entreprise pas assez généreuse ou trop généreuse sera considérée, à terme, comme n'étant pas bien gérée et sa valeur de marché pourrait en être impactée.

Fonctionnement du marché et rémunération très élevée

« *Le fonctionnement du marché peut-il légitimer des rémunérations extrêmement élevées*²⁷⁸⁵ ? » La réponse est oui car le prix d'un bien quelconque, qu'il soit corporel, incorporel, peut être très élevé car c'est l'offre et la demande qui fixent le prix du travail, notamment en tenant compte du critère de la rareté²⁷⁸⁶. Ce phénomène concerne tout travail, toute prestation de service qui est très recherchée mais qui est rare, comme la prestation d'un joueur de Football d'un niveau de ligue des Champions dont les montants peuvent paraître astronomiques. Cela étant, le problème de la prestation fournie par le dirigeant social est bien plus difficile à évaluer en valeur que la prestation objective d'un boxeur ou d'un joueur de football. D'ailleurs un article publié par les économistes A. LANDIER et X. GABAIX en 2008 semble démontrer une corrélation entre la taille de l'entreprise dirigée et la rémunération perçue²⁷⁸⁷. Si une rémunération en soi n'est pas illégitime du seul fait qu'elle soit très élevée dans une économie de marché, le contrôle objectif de la rémunération n'est pas possible dans une économie de marché sans violer différents principes dont le droit de propriété privée et le principe d'égalité des citoyens. Comment justifier devant un « organe jurislatureur » de type Conseil constitutionnel ou Cr EDH qu'un individu n'ait pas le droit de gagner x millions d'Euros par an car il est mandataire social mais aurait le droit de gagner le décuple en tant qu'artiste, sportif ou propriétaire d'un fonds d'investissement ? Sauf à changer d'ordre juridique ou à ce que les entreprises soient nationalisées, avec des rémunérations fixées unilatéralement par le

²⁷⁸⁵ F. Le LEC, La rémunération des dirigeants d'entreprise, question d'actualité in La rémunération des dirigeants, Ouvrage collectif, Ss direction de S. MOREIL et F. LUDWICZAK, L'harmattan, 2013 p.49

²⁷⁸⁶ F. Le LEC, La rémunération des dirigeants d'entreprise, question d'actualité in La rémunération des dirigeants, Ouvrage collectif, Ss direction de S. MOREIL et F. LUDWICZAK, L'harmattan, 2013 p.50

²⁷⁸⁷ X. GABAIX, A. LANDIER, Why Has CEO Pay Increased So Much ? The Quarterly Journal of Economics, MIT Press, vol. 123 (1), p.49-100

pouvoir exécutif, il n'est pas possible aujourd'hui d'interdire ou de limiter les hautes rémunérations objectivement²⁷⁸⁸.

Néanmoins, des cas de rémunérations très importantes alors que l'entreprise semble mal gérée, prouvent à minima une défaillance dans le marché. Or comme l'explique Jean TIROLE, une défaillance de marché ne se résout pas par de grands principes éthiques souvent contingents et propres à chaque individu mais par la mise en exergue de ces défaillances.

B. Défaillances de marché et rémunération des dirigeants sociaux

Le fait d'obtenir une rémunération très importante notamment avant l'accomplissement de la moindre prestation paraît choquant et peut révéler des dysfonctionnements de marché. Certains faits médiatisés ont révélé que des rémunérations très importantes furent accordées à des dirigeants alors que la gestion était contestée. Par exemple, des actionnaires de la société générale mécontents après l'affaire KERVIEL. A l'époque des actionnaires avaient demandé que les administrateurs de la Société Générale renoncent à leurs jetons de présence du fait d'une défaillance selon eux dans le contrôle des activités de trading qui a conduit à une perte de presque 5 milliards pour la banque.

Or cet exemple parmi d'autres montre surtout ce que devraient être les associés, tous les associés qui décident de la rémunération des dirigeants sociaux car ce sont eux qui paieront in fine la mauvaise gestion. Le droit français, en ayant créé des organes impératifs dont l'origine vient de Vichy²⁷⁸⁹, crée une sorte d'irresponsabilité et une désintermédiation qui ne sont pas conformes aux principes de la responsabilité individuelle. Beaucoup de contempteurs de hautes rémunérations des dirigeants sociaux incriminent le capitalisme, le libéralisme alors que l'organisation actuelle des sociétés anonymes relève davantage d'un capitalisme de connivence que d'un réel capitalisme de concurrence²⁷⁹⁰. Les barrières législatives mises en place par le droit français, qualifiées souvent d'institutionnelles, qui fixent des règles spécifiques, ne protègent pas des abus mais peuvent au contraire les favoriser.

Si la loi SAPIN II va dans le bon sens en permettant aux associés de sociétés cotées de voter d'une manière contraignante la rémunération des mandataires sociaux, ce principe devrait être généralisé à toutes les formes sociales. On pense surtout aux sociétés anonymes non

²⁷⁸⁸ De toute façon, il existe la modulation fiscale...

²⁷⁸⁹ Supra p.80

²⁷⁹⁰ Sur la notion de capitalisme de concurrence, , M. FRIEDMAN, Capitalisme et liberté, titre original : capitalism and freedom , traduit de l'anglais par A.M. CHARNO, préf. G. KOENIG,, champs essais 2016, p.29 : «...capitalisme de concurrence- c'est-à-dire de l'organisation de l'ensemble de l'activité économique grâce à l'entreprise privée opérant sur un marché libre- en tant que système de liberté économique et que condition nécessaire de la liberté politique. »

cotées²⁷⁹¹. Sauf nationalisations ou changement radical du système juridique, le législateur ne peut pas et ne doit pas fixer le prix des biens à la place des personnes privées. En revanche, la puissance publique peut faire en sorte qu'il y ait une meilleure transparence, une meilleure régulation d'un marché donné quand celui-ci ne fonctionne pas correctement. Il paraît aujourd'hui aberrant que les actionnaires de sociétés anonymes avant 2001 ne pussent pas connaître précisément le montant précis des rémunérations des mandataires sociaux et dussent se contenter d'une information globale.

Dans le même sens, on s'étonne de certains avantages comme des retraites complémentaires payées pendant des années après la fin des fonctions du dirigeant et qui constituent une forme d'aléa car fondées sur la vie du bénéficiaire. Or si la rémunération est aléatoire, on sort de l'équivalence. Encore une fois, est-ce que les associés qui sont directement impactés par ce type d'accords les auraient votés ?

Il paraît également extravagant que les dirigeants sociaux qui ne sont pas subordonnés au sens du droit du travail puissent obtenir un contrat de travail dans une entité juridique qui est liée à la société dirigée, que cela soit d'un point de vue commercial ou capitalistique. Car un dirigeant social, notamment quand il est un associé important, ne devrait pas obtenir la protection du droit du travail, qui est un droit dont l'esprit est la protection d'un contractant jugé non pas juridiquement mais matériellement faible²⁷⁹². Au lieu de combattre la régulation par le marché par des concepts flous de moralisation trop subjectifs, il vaudrait mieux accepter le réel mais interdire certains cumuls, qui deviennent des « droits à » pour certains dirigeants. Le législateur pourrait interdire le cumul d'un contrat de travail avec un mandat social pour les entreprises d'une certaine taille ; le législateur pourrait interdire que des engagements de retraites-viagers au profit des mandataires sociaux soient décidés par d'autres personnes que la collectivité des associés ; le législateur pourrait également décider un quorum minimal pour prendre de tels engagements ; le législateur pourrait exiger que le contrat de direction entre le dirigeant et la société soit fait par écrit, après tout, la vente d'un bien immobilier à 20 000 euros exige bien un formalisme, alors un contrat dont la valeur peut dépasser les dizaines de millions d'euros ?...

Résumé du §2

Le prix d'une prestation de service comme le salaire contrepartie d'un travail obéissent à une logique de marché dans une économie de marché. Cela paraît être un truisme de le dire ; la conséquence de ce fait est que l'ensemble des facteurs de production est loué ou approprié

²⁷⁹¹ (supra partie I Titre II Chapitre I).

²⁷⁹² A. SUPIOT, Critique du droit du travail, Puf quadridge essais débats 2e, 1994-2011, p.36

librement. La liberté contractuelle, principe cardinal de notre ordre juridique qui découle de la liberté individuelle, elle-même inhérente à la démocratie libérale, aboutit à une économie fondée sur la fixation, par les agents économiques, de la valeur des prestations en fonction des besoins appréciés subjectivement par ces derniers. Selon notre conception de l'Etat, garant de l'intérêt général, l'Etat n'a pas intervenir directement dans les entreprises privées pour fixer la rémunération de personnes privées. Cela serait contraire à différents principes. En revanche, l'Etat peut imposer des procédures, des obligations d'information comme notamment depuis la loi NRE ou bien très récemment avec la loi PACTE qui a fixé une obligation pour certaines entreprises de publier les salaires moyens de différents salariés

Résumé de la section II

La qualification du mandat social de contrat est la conséquence de principes fondamentaux qui structurent le droit des sociétés et le droit civil. De cette qualification de contrat découle une possibilité de contrôle de la rémunération des dirigeants par le droit commun des contrats et par le droit spécial des sociétés, qu'il soit civil ou pénal. En revanche, un contrôle objectif, organisé par l'Etat, souhaité par d'éminents membres de la société civile n'est pas une bonne chose dans une économie de marché. Car l'Etat qui dispose déjà de l'arme fiscale et d'une modulation possible des impôts suivant les revenus perçus, n'a pas à s'immiscer dans la gestion des entreprises privées. C'est aux associés en premier lieu de contrôler la rémunération des dirigeants car ce sont eux qui sont les débiteurs en commun de cette rémunération. Elément d'une propriété plurale sophistiquée créée par contrat, le titre social est à la fois un objet de propriété et un lien contractuel qui fait naître des obligations. L'associé a un droit subjectif découlant d'obligations contractuelles mais aussi découlant de prérogatives d'un propriétaire plural sur les bénéfices réalisés. En accordant une rémunération trop importante à la prestation de travail d'un dirigeant, les « organes compétents » deviennent complices d'une violation du pacte contractuel sociétaire, le contrat de société. Par une rémunération manifestement excessive, il y a réalisation d'un transfert de valeurs du patrimoine social vers un autre patrimoine donc par conséquent, ceux qui ont des droits contre ce patrimoine (créanciers) et des droits dans ce patrimoine (associés car propriétaires pluraux) sont lésés ! Or, toute valeur excessive payée par une entreprise se répercute toujours sur les associés, les salariés ou les clients. La rémunération du dirigeant social doit avoir une cause dans l'acceptation de ce terme disparu aujourd'hui du Code civil mais dont les fonctions créées par la jurisprudence ont été codifiées. De surcroît, le contrat de prestation de service de l'article 1165 du Code civil paraît être une opportunité pour fonder le droit commun des contrats où la prestation principale est une prestation de service.

Résumé Chapitre II

La rémunération perçue par le dirigeant social est la prestation d'une obligation et cette obligation est causée, c'est-à-dire que cette rémunération a pour contrepartie la prestation que doit fournir le dirigeant à la société. Ce travail qui doit être accompli, ce service qui est rémunéré mettent en exergue un contrat synallagmatique entre le dirigeant et l'entité qu'il dirige, qui sera le plus souvent la débitrice de la rémunération. Pour les raisons historiques vues principalement en première partie, la rémunération n'a pas été considérée comme une obligation contractuelle. Pourtant nier ce fait contractuel n'est ni fondé en théorie, ni en pratique car le dirigeant social d'une grande « boîte » négocie son « salaire » contrairement à un travailleur peu qualifié qui doit se contenter d'accepter le salaire proposé et fixé unilatéralement par l'employeur. Mais plus précisément, le mandat social est un contrat-échange qui est subordonné à un acte juridique fondateur de la société, qui est le plus souvent un contrat-organisation, un contrat sans échange comme dirait Paul DIDIER. Que le mandat social fasse partie de la catégorie des contrats de prestation de service ne fait aucun doute. Les contrats de service, le louage d'ouvrage, le mandat, le contrat d'entreprise, peut-être le contrat de gestion et plus généralement tous les contrats où la prestation est une prestation de service sont du même genre que le contrat de direction liant le dirigeant de société à ses mandants. Le droit des sociétés vise la rémunération des dirigeants sans, en amont, avoir élucidé la question de la nature. Or, ce travail qui relève de la science du droit et non du droit a dû être fait pour proposer un régime cohérent, qui permettrait d'aboutir à un meilleur contrôle. Il est vain de contrôler la rémunération de quelqu'un sans comprendre la cause qui a engendré celle-ci. Sinon, l'idéologie et la question de l'acceptabilité sociale se substituent au droit. Si depuis trente ans, on évoque le thème de la rémunération des dirigeants sans que cela aboutisse réellement à quelque chose, c'est parce qu'on a préféré parler du régime juridique avant d'avoir correctement conceptualisé l'essence de la relation dirigeant-société.

Résumé du Titre II

Ce qui n'appartient à personne appartient à tout le monde en réalité écrivait BAECHLER²⁷⁹³. Or le tout le monde désigne souvent une abstraction, une personne abstraite. La personne morale est une abstraction en laquelle beaucoup de grands auteurs ne croyaient pas ou, plus exactement, ils n'étaient pas abusés par le terme car ils pensaient que le destinataire final de tout droit est toujours une personne physique. Lorsque l'on dit qu'un bien appartient à une Nation, un Peuple, à l'Etat, au Prolétariat, à une Société anonyme, il s'agit d'une métaphore,

²⁷⁹³ J. BAECHLER, Le capitalisme, Tome 2 : l'économie capitaliste Folio Histoire, Gallimard 1995, p.341

voire d'une métonymie pour désigner par le biais d'une idée abstraite une propriété collective²⁷⁹⁴. Parmi les propriétés collectives, il faut distinguer fondamentalement, comme le faisait Marcel WALINE, la propriété collective privée de la propriété collective publique. La première naît d'un acte juridique de droit privé alors que la seconde relève du droit public²⁷⁹⁵. Dans une propriété privée collective, c'est la ou les volontés privées qui ont constitué le groupement et le pouvoir en son sein est un pouvoir de droit privé qui découle d'une affectation de biens, réalisée le plus souvent par plusieurs personnes. Dans une propriété privée publique, le pouvoir ne découle pas du droit de propriété mais de la souveraineté. C'est pour cette raison que le titulaire de la souveraineté peut imposer des rapports juridiques, sans consentement, à autrui. Dans une propriété privée collective, le pouvoir de ceux qui la gèrent est limité à des actes de droit privé ; le titulaire du pouvoir ne peut pas imposer une obligation non consentie à autrui.

L'analyse micro-juridique permet de valider deux choses : la prestation qu'accomplit le dirigeant est bien l'objet d'une obligation contractuelle ; la personnalité morale est un sujet de droit relatif par rapport à une personne physique car une personne morale n'est jamais titulaire de réels droits subjectifs parce que les droits dont elle dispose sont des droits médias, finalisés qui ne sont pas autonomes par rapport à ceux qui sont propriétaires réels du patrimoine de la personne morale, propriétaires de la personne morale . L'expression « propriété de la personne morale » choquera certains puristes mais une personne morale n'est pas une vraie personne, la vraie personne, c'est l'être humain dans une démocratie libérale. Dans la *summa divisio* entre les personnes et les choses, la personne morale relève des choses car elle est un « outil mental » façonné par l'esprit humain, qui a permis de déployer la capacité d'un groupement d'êtres humains pour réaliser une activité collective. Si elle a les attributs d'une personne, elle ne bénéficie pas du droit à la vie et de l'hérédité, condition *sine qua non* de la personnalité accordée à un être humain. C'est la nature complexe de la personne morale qui a considérablement obscurci le droit des sociétés et si la notion de personne morale est ancienne, sa diffusion au droit privé est plutôt récente. Si l'organisation d'un groupement personnifié est indirectement encadrée par la notion de personne morale, il ne faut pas confondre le « vêtement juridique » avec sa substance économique. Le droit économique est un droit qui puise sa substance dans des rapports de production ; dans une économie de marché, la substance c'est l'entreprise organisée par une multitude de contrats. Apporteurs de capitaux, salariés, dirigeants, sont liés par des contrats interdépendants. Mais c'est l'initiative privée qui fonde l'entreprise, peu importe son vêtement juridique et son degré

²⁷⁹⁴ J. BAECHLER, Le capitalisme, Tome 2 op.cit.

²⁷⁹⁵ M. WALINE, Précis de droit administratif, Montchrestien 1969 p.209, n°392 °Personnes morales de droit public et de droit privé°

d'encadrement, tant que la nature de l'ordre juridique est une démocratie libérale et une économie de marché. Le dirigeant social n'est pas le représentant d'une proto-personne imaginaire mais le représentant d'une masse d'individus, choisi directement ou indirectement par ces derniers²⁷⁹⁶.

Résumé Partie II

L'archétype du contrat du Code civil de 1804 était un contrat-échange, dans le sens le *permutatio* du droit romain²⁷⁹⁷, contrat fondé exclusivement sur le transfert de valeurs réciproques entre des patrimoines distincts²⁷⁹⁸. Or il existe une autre catégorie de contrats, les contrats qui génèrent sans échange stricto²⁷⁹⁹, qui peuvent être relatifs à l'organisation d'une production de biens et services : c'est le cas des contrats liés à la structuration d'une entreprise privée, le contrat de société. Avec ce type de contrat, il y a coopération et distribution. Les parties n'ont pas un intérêt opposé mais un intérêt commun en plus de leur intérêt propre. Tout identifier à partir du contrat-échange fut donc une erreur conceptuelle. Car l'entreprise privée est organisée par des actes juridiques de droit privé, principalement des contrats-échanges dans ses rapports externes mais l'acte juridique fondateur est un contrat-organisation ou contrat associatif selon le langage de Georges ROUHETTE²⁸⁰⁰. Hans KELSEN évoquait cette distinction entre les contrats, dont les prestations sont croisées, et les contrats où les prestations sont parallèles²⁸⁰¹. Or l'entreprise est constituée de contrats où les prestations sont parallèles mais également de contrats où les prestations sont croisées. La matrice de l'entreprise, c'est un contrat où les prestations sont parallèles d'où la qualification d'acte juridique unilatéral individuel ou collectif pour désigner l'acte fondateur de la société. De surcroît, Hans KELSEN invitait également à distinguer « *la convention en tant qu'acte créateur de droit et la convention en tant que norme créée par cet acte*²⁸⁰² ». Cette confusion entre l'acte créateur d'une norme et la norme elle-même n'est pas importante dans un contrat-échange dont l'exécution est instantanée comme l'achat d'une baguette de pain. En revanche dans un contrat associatif, contrat-organisation, la temporalité est fondamentale et

²⁷⁹⁶ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, LexisNexis 2009 p.689 et s. not. P.726 et s., n°51 et s.

²⁷⁹⁷ J.-M. POUHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.9, n°19

²⁷⁹⁸ F. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, Economica 2008, p.5, n°4

²⁷⁹⁹ Supra, Contrat organisation, P. DIDIER. Ces types de contrats sont parfois nommés différemment

²⁸⁰⁰ G. ROUHETTE, Encyclopædia Universalis, entrée "contrat" « La caractéristique essentielle du contrat associatif – en un sens technique, en prenant pour paradigme le contrat d'association stricto sensu, ou le contrat de société – serait que les parties y poursuivent non plus des fins personnelles, mais un but identique : la réalisation d'une même œuvre. »

²⁸⁰¹ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s, n°5

²⁸⁰² H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention ». Archives de philosophie du droit 1940. P.33 et s p.40, n°5

produit des effets pendant parfois une période très longue. Un contrat-échange comme le contrat de travail peut également s'inscrire dans la durée par l'effet du droit. Dans une grande entreprise, la plupart du travail accompli est un travail subordonné, réglementé par le droit du travail, mais le travail de gestion du dirigeant peut être accompli d'une manière indépendante et ne pas relever du Code du travail. Dans la pureté des principes, le mandat social ne devrait pas être cumulable avec un contrat de travail. Mais le mandat social, qui fut parfois perçu comme l'exercice d'un pouvoir de représentation légale d'une personne morale et non comme la délégation d'un pouvoir de propriété des associés, ne fut plus perçu comme étant un réel contrat. Or comme le rappelait Nicolas MOLFESSIS, « tout est contrat dans l'entreprise »²⁸⁰³. Le but de l'entreprise privée est de réaliser des contrats avec ses clients mais sa structure interne découle aussi le plus souvent de contrats : l'organisation conventionnelle de l'entreprise, où les propriétaires de facteurs de production, pour réaliser une production donnée, ont affecté des biens à une entreprise commune. Que l'entreprise soit personnifiée ou non, sa structure économique n'est pas différente malgré les variations de sa structure juridique ; et une entreprise d'une certaine taille aura besoin d'être locataire de forces de travail pour accomplir ses objectifs. Le locateur d'une force de travail la propose en échange d'un salaire et accepte la subordination qui est en réalité l'acceptation de coopérer à la production. Contrat de travail, contrat de mandat, contrat d'entreprise, sont des relations conventionnelles dominées par la PRODUCTION d'un bien ou d'un service, qui sera échangé à titre onéreux.

Mais en amont de cette chaîne de contrats que constitue l'entreprise privée, il y a la propriété privée : des particuliers ou des groupements de particuliers décident d'affecter leur épargne dans des activités espérées rentables à terme. L'entreprise est donc structurée par la propriété privée. Et la propriété privée est la matrice des droits économiques dont les libertés économiques. Mais pendant longtemps comme l'écrivait George RIPERT, « *l'entreprise est restée cachée sous la propriété. Jusqu'ici le droit n'a pas jugé utile de la faire apparaître parce que la propriété lui suffisait... Si on identifie l'entreprise et la propriété, la notion d'entreprise consiste uniquement dans un faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur pour la meilleure utilisation des biens qui lui appartiennent*²⁸⁰⁴. » Cette dissimulation de la propriété comme fondement du pouvoir dans l'entreprise a conduit ensuite à « dissimuler » le contrat comme organisation de l'entreprise. Et la notion de personne morale, dont on ne conteste pas l'existence mais sa compréhension, a permis d'éluder les questions d'organisation de l'entreprise par le biais de la notion de pouvoir. Mais en droit, il existe fondamentalement

²⁸⁰³ N. MOLFESSIS, Le contrat, La liberté d'entreprendre, in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.cci.fr> p.82 et s

²⁸⁰⁴ G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, LGDJ, 1951, p.268

deux pouvoirs différents : la prérogative de droit public et la prérogative de droit privé qui est forcément limitée. Le pouvoir de droit privé est toujours un pouvoir de propriété qui est exercé par l'individu lui-même ou par un représentant. La liberté de se regrouper permet aussi de confier à un représentant les intérêts de plusieurs personnes qui se sont préalablement réunies.

La théorie du patrimoine découverte au XIX^e siècle ne fait que conceptualiser l'existence d'une corrélation entre personne humaine et personne juridique. Mais l'être humain ne peut alimenter son patrimoine que si les fruits issus de l'échange de sa force de travail ou les revenus issus de ses biens peuvent s'incorporer dans son patrimoine. Et c'est la mise en exergue de cette subrogation réelle et de cette fongibilité qui explique la prise de conscience de l'existence d'un patrimoine. Le lien entre travail et propriété, développé par LOCKE, confirme également que l'être humain est titulaire d'une quasi-propriété, sa force de travail. Si l'être humain doit travailler pour assurer sa subsistance, l'être humain libre a droit à la contre-valeur issue du travail loué²⁸⁰⁵. Cette réalité économique a précédé l'analyse juridique. La théorie du patrimoine ne fait que révéler que l'être humain libre dispose d'une capacité juridique par principe et normalement inaliénable. Si la liberté du travail mène à l'aliénabilité du travail²⁸⁰⁶, la liberté individuelle mène à l'inaliénabilité du patrimoine de la personne physique. La théorie du patrimoine est en réalité une analyse juridique qui s'inscrit dans le sillage des droits de l'homme façonné par les Lumières et devenu droit positif avec la Révolution. En revanche, le patrimoine de la personne morale est en réalité toujours transmissible²⁸⁰⁷. Le patrimoine d'une personne physique ou d'une personne morale fonctionne selon les mêmes techniques juridiques mais il existe une différence notable : le patrimoine d'une personne physique est incessible et inaliénable et sera toujours dévolu *causa mortem* à des personnes visées légalement selon l'ordre du droit des successions. Le patrimoine d'une personne physique s'impose à l'Etat dans une démocratie libérale et il serait impossible de limiter la capacité d'un individu ou d'une catégorie d'individus en raison de leurs prétendues identités ethniques, religieuses, politiques sans changer la nature de l'ordre juridique français. La nouvelle rédaction de l'article 1145 issue de l'ordonnance du 10 février 2016 puis de la loi de ratification du 20 avril 2018 semble entériner une distinction essentielle

²⁸⁰⁵ R. LIBCHABER, La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2013, p.773, n°1023 : « Motivée par le besoin et justifiée par le travail, la propriété est ce qui permet à l'homme d'assurer sa propre conservation, en même temps que d'exprimer ce qu'il y a en lui de plus spécifique. Car si le travail permet l'appropriation des choses, c'est par la réitération d'une appropriation première et plus fondamentale, celle de l'homme par lui-même »

²⁸⁰⁶ M. XIFARAS, La propriété Etude de philosophie du droit, PUF, 2004 p.44-46

²⁸⁰⁷ R. RAFFRAY, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, préf. Fl. DEBOISSY, Dalloz 2011

entre la personne physique, sujet de droit par nature et la personne morale, sujet de droit relatif, dont la capacité est limitée à sa fonction²⁸⁰⁸. Cette nouvelle rédaction nous paraît clarifier la fonction de la personne morale de droit privé qui est soumise à la volonté privée et qui n'existe que par la volonté privée, à la différence de la personne morale de droit public par excellence qu'est l'Etat. La loi ne joue pas le même rôle en ce qui concerne la naissance d'une personne physique ou d'une personne morale. Alors que la Loi, et plus précisément la Loi fondamentale, impose de reconnaître la qualité de sujet de droit à tout être humain et que cette règle est au-dessus de l'ordre juridique français car comprise dans les Ordres juridiques européens et dans le droit international, la personne morale de droit privé est une possibilité offerte mais qui peut être contournée : si l'entreprise privée se meut la plupart du temps dans une forme juridique qui sera celle d'une société personnifiée, cette structure juridique n'est pas nécessaire. La personne morale de droit privé est une chose dans le sens du dictionnaire de philosophie de FOULQUIE et SAINT-JEAN car c'est un « être dénué de conscience réfléchie, par opposition à la personne²⁸⁰⁹ ». La personne morale est juste un instrument, un outil mental destiné à rendre différents services dont celui de permettre l'appropriation dans un véhicule juridique séparé du patrimoine privé des apporteurs de capitaux afin de protéger, et le patrimoine professionnel, et le patrimoine personnel des « entrepreneurs réunis par contrat » que sont les associés.

Une fois que les notions fondamentales du droit commercial ont été éclaircies, ou tentées de l'être, la rémunération du dirigeant social ne peut être perçue comme étant l'objet d'une obligation contractuelle.

Retour de l'assombrissement ?

La loi PACTE non encore votée définitivement à l'heure où nous écrivons a pour ambition dans une de ses dispositions de réécrire les articles 1833 et 1835 du Code civil afin d'intégrer l'intérêt social défini comme non seulement l'intérêt des associés mais également comme prenant en compte l'intérêt des salariés et de l'environnement. Si cette réforme paraît sympathique, elle n'est pas conforme à la réalité macro-juridique de l'entreprise. En déléguant à l'entreprise privée des missions d'intérêt général, on nie la cardinale distinction entre intérêt général et intérêt privé. L'entreprise privée a pour but, mais surtout est créée en vue de réaliser un profit. Un investisseur place son argent, non pas pour le perdre, mais pour que cela lui soit profitable. En revanche, il paye des impôts pour une structure étatique en charge de l'intérêt général. Cette réécriture des articles du Code civil risque de brouiller la frontière entre

²⁸⁰⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2e édit., Dalloz, 2018, p.302 et s., n°352

²⁸⁰⁹ P. FOULQUIE, R. SAINT-JEAN, Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 2^e Edit. augmentée 1969 entrée °chose°

intérêt privé et général et peut constituer une atteinte au droit de propriété ainsi qu'une atteinte au principe d'égalité juridique. Pourquoi la même entreprise privée serait-elle soumise à des règles juridiques différentes en raison, non pas de sa réalité substantielle mais de sa réalité juridique formelle ?

L'entreprise personnifiée est bien souvent une propriété à plusieurs. Or la propriété individuelle, comme la propriété collective de droit privé, ne devrait pas être finalisée par le législateur. En réalité, la France est un des pays occidentaux dans lequel la défiance à l'égard du marché est la plus forte et l'idéologie anti-marché est parfois plus forte que la recherche d'une cohérence entre macro-juridique et micro-juridique. De surcroît, la socialisation des entreprises privées habite toujours de nombreux esprits. Dans une tribune du Quotidien du soir, des universitaires et personnalités de la société civile avaient appelé, à l'occasion de la future réforme constitutionnelle, à modifier l'article 34 de la Constitution pour soumettre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre au bien commun, voire de les limiter dans certains cas²⁸¹⁰. En réponse à cette tribune, des personnalités de la société civile ont dénoncé la limite proposée aux libertés économiques. Les notions de bien commun et d'intérêt général sont floues et de nombreux régimes autoritaires, voire totalitaires, ont argué du bien commun et de l'intérêt général pour justifier les pires exactions. La propriété privée dans un sens lockéen de *property* est la mise en œuvre de la liberté individuelle comme l'écrivaient MM. ZENATI et REVET. Le pouvoir politique doit-il réduire la liberté de certains ou permettre à tous de pouvoir l'exercer ?

On voit que la nature de la rémunération des dirigeants renvoie toujours à la nature de l'entreprise qui est une question fondamentale, qui a entraîné une littérature considérable dans de nombreuses branches des sciences humaines et sociales : économie, droit, gestion, sociologie, histoire, philosophie. La question de la propriété des moyens de production est une question transcendante. Actuellement, les économies de marché sont plus efficaces que les économies centralisées, planifiées et socialistes mais cette vérité empirique le sera-t-elle dans le futur ? A l'aube d'une réelle révolution technologique, avec l'émergence d'un capitalisme cognitif, qui va détruire et créer des millions d'emplois, la question de la nature de l'entreprise incluse dans celle de la création de valeurs, la tentation de certains d'en faire des biens communs sera grande. Mais faire de l'entreprise privée une propriété collective publique, est-ce vraiment une solution ? Et si l'Etat dissociait vraiment le social de l'économique, en créant, par exemple, une solidarité et une redistribution objectives, non liées à la place occupée par le citoyen dans le processus de production, en laissant les

²⁸¹⁰ Tribune de cinquante juristes, économistes et chercheurs, « Bien commun : « Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence » ». LE MONDE ECONOMIE, 29.05.2018

entreprises libres de s'organiser comme elles le souhaitent, on aboutirait à un système qui semblerait maximiser la création de richesses. Ce qui n'empêcherait pas que les bénéficiaires effectifs des entreprises privées soient contraints de payer réellement leurs impôts.

Et le débat du bien commun et de la redistribution doit s'effectuer dans le cadre démocratique de l'Etat de droit et non dans le cadre de l'entreprise privée, « démocratie censitaire » où c'est le capital qui décide. L'enfer est toujours pavé d'excellentes intentions.

Conclusion générale

La question de la rémunération des dirigeants alimente des débats de techniques juridiques, économiques, politiques, voire éthiques depuis plusieurs décennies. Et Comme l'écrivait Rémy LIBCHABER, « *les questions fondamentales ne s'éteignent pas par désuétude*²⁸¹¹ ». Or la question de la nature de la rémunération fut discutée âprement depuis longtemps, sans donner satisfaction, car elle est en réalité connexe à d'autres questionnements de concepts usuels du droit des sociétés que sont la société, l'entreprise, la personne morale, concepts qui se chevauchent mais qu'il faut pourtant soigneusement distinguer²⁸¹². Et la nature de la rémunération est corrélée d'abord à la question de la nature de la société, nature qui a fait couler beaucoup d'encre. D'aucuns étaient arrivés à la conclusion que la société serait d'une nature mixte et comporterait des éléments institutionnels ainsi que des éléments contractuels. Mais la vérité scientifique n'est pas une chose corporelle que l'on peut couper en deux. La vérité d'une norme juridique dépend du système juridique auquel elle est rattachée. Il n'y a pas de normes vraies ou fausses dans l'absolu mais des normes vraies ou fausses par rapport à la nature de l'ordre juridique étudié. Or la question de la nature de la rémunération, de la nature du contrat de société, de la nature de l'entreprise, de la nature de la personnalité morale a été enfermée dans un débat concernant uniquement le droit des sociétés. Comme si le droit des sociétés était une matière autonome, dont les notions et concepts seraient totalement distincts du droit privé. Il n'en est rien.

L'institutionnalisation de la rémunération des dirigeants sociaux, inhérente à l'institutionnalisation de certaines formes sociales a été une construction doctrinale avant d'être reprise par la pratique du droit. Mais ces constructions doctrinales n'ont jamais finalement permis d'expliquer réellement le fonctionnement d'une entreprise sociétaire car l'institutionnalisme comme l'ensemble des théories dites personalistes (doctrine de l'entreprise, théorie organisciste) sont construits sur une vision du pouvoir au sein de l'entreprise qui serait similaire à la vision du pouvoir existant dans une entité publique. Or dans une entreprise privée, la coopération entre les différents acteurs n'est jamais fondée sur une « unilatéralité de droit public » ou pouvoir de souveraineté mais sur la volonté privée de s'engager : de s'engager en tant qu'associé, en tant que mandataire social, en tant que salarié.

²⁸¹¹ RTD Civ. 2003, p.168

²⁸¹² Sur la distinction de ces notions, V. Fl. DEBOISSY, « Le contrat de société » in Rapport français pour les journées brésiliennes. Association Capitant 2005

Pour comprendre ce qu'est la rémunération d'un dirigeant social, il faut remonter à la nature d'une entreprise privée qui elle seule permet de comprendre la réalité des rapports juridiques et sociaux en son sein. Et la nature de l'entreprise privée dépend de la nature de l'ordre juridique. Dans une démocratie libérale fondée sur la libre propriété et le contrat, le marché est une conséquence logique de la reconnaissance de la libre propriété et la libre propriété est elle-même la « fille » de la liberté individuelle. Autrement dit, comme M. POUGHON l'écrivait dans sa thèse de doctorat, l'idée de propriété est « *étroitement liée à toute opération d'échange, en raison de la nécessité pour tout échangiste d'être propriétaire des objets qu'il cède*²⁸¹³ ».

Or la nature d'une entreprise privée d'une économie de marché est la même dans tout ordre juridique construit sur les mêmes valeurs fondamentales (celles de la démocratie libérale), à savoir la propriété privée et la liberté contractuelle.

La forme juridique est finalement inopérante pour connaître la nature profonde de l'entreprise car il s'agit d'une modalité d'organisation de la propriété, du contrat : le contrat de société est une modalité d'organisation choisie par l'entrepreneur qui peut lui imposer plus ou moins de contraintes légales mais il est inexact de déduire l'essence de l'entreprise privée à partir de la forme juridique sociétaire choisie : il n'y a pas d'entreprise privée sans entrepreneur et c'est la propriété privée qui permet d'expliquer le lien entre l'entrepreneur et son entreprise.

C'est donc la propriété privée qui structure l'entreprise privée, l'entrepreneur est propriétaire de la prestation qu'il échangera même s'il n'est pas propriétaire des facteurs de production qu'il emploie comme par exemple la force de travail, qui est la « quasi-propriété » du travailleur²⁸¹⁴. Mais pourquoi l'entrepreneur/employeur s'approprie les fruits du travail du travailleur ? par contrat répond Th. REVET. L'entrepreneur est le créateur, le premier maître de la chose créée avant qu'il ne la cède à un client. Que la chose soit un bien corporel, incorporel ou un service n'a pas d'importance, ce qui compte, c'est que l'entrepreneur soit propriétaire de la prestation qu'il vient de réaliser avant qu'il ne la cède ou ne la fournisse. On peut donc affirmer comme l'écrivait Nicols MOLFESSIS que « *Le contrat, c'est l'entreprise qui se réalise*²⁸¹⁵ », et le contrat, c'est la propriété en mouvement car il n'y a pas de réelle propriété sans liberté contractuelle²⁸¹⁶. On peut penser avec certains auteurs que la liberté

²⁸¹³ J.-M. POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.203, n°313 ;

²⁸¹⁴ Th. REVET, La force de travail (étude juridique), préf. Ff. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise. p.388, n°346 et s.

²⁸¹⁵ N. MOLFESSIS, « Le contrat, La liberté d'entreprendre », in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr>

²⁸¹⁶ J.-M. POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD, LGDJ 1987, p.203, n°313 : « d'autre part, le principe de la liberté d'échange découle directement de la liberté d'acquisition ou d'aliénation : selon que cette dernière sera plus ou moins étendue, la liberté d'échange sera plus ou moins reconnue »

d'entreprendre et plus généralement les libertés économiques, reconnues légalement par le décret d'ALLARDE et la loi le CHAPELIER, découlent du droit de propriété qui « *est ainsi la matrice des droits économiques*²⁸¹⁷. » J.-P. THERON fait d'ailleurs le lien explicitement : « *la liberté d'entreprendre est une liberté multiforme, elle peut être une manifestation du droit de propriété*²⁸¹⁸ ». La décision « Nationalisation » du 16 janvier 1982 du Conseil constitutionnel ne fait qu'entériner et affirmer expressément ce qui relevait du sous-entendu et de l'implicite : la liberté d'entreprendre et le droit de propriété sont d'une part liés entre eux et d'autre part ces principes sont « naturels » dans un ordre juridique type démocratie libérale²⁸¹⁹. Virginie FRAISSINIER rappelle que de nombreux publicistes font de la liberté d'entreprendre la fille du droit de propriété²⁸²⁰.

De la propriété privée individuelle naît la propriété privée collective : être propriétaire en tant que titulaire d'un pouvoir fondamental de propriété²⁸²¹, confère à l'individu la possibilité de passer librement des contrats. Parmi les contrats, on pense le plus souvent au contrat - échange mais il existe d'autres types contractuels, conceptualisés récemment par la doctrine du droit privé²⁸²², où les parties n'ont pas des intérêts opposés mais convergents. Peu importe la dénomination retenue²⁸²³, il s'agit du même phénomène visé dont le contrat de société fait partie.

L'entreprise privée ne « vit » que par le contrat, que le contrat organise l'entreprise ou qu'il permette à l'entreprise d'échanger ce qu'elle doit avoir produit en réalisant un profit, raison d'être de son existence et de sa survie²⁸²⁴.

²⁸¹⁷ G. DRAGO, Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39, p.33

²⁸¹⁸ J.-P. THERON « A propos de la liberté d'entreprendre », L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur du doyen Georges PEQUIGNOT, Montpellier, CERAM, 1984,

²⁸¹⁹ Voir J.-L. MESTRE « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », D., 1984, pp. 1-8. ; Sur les principes de la démocratie libérale, F.-P. BENOIT, « La démocratie libérale », Puf 1978 ; D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, Paris, Montchrestien, 6ème éd., 2001, p. 316 cité par V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL consulté en juin 2011

²⁸²⁰ N. QUOC VINH, C. FRANCK, JCP, 1982.II.19788 ; L. FAVOREU, La décision du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations, RDP, 1982, p. 418 cité par V. FRAISSINIER « La liberté d'entreprendre étude de droit privé. » Thèse 2006 Fichier PDF disponible sur le site TEL p.42, n°41 ;

²⁸²¹ Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, Manuel de droit des personnes, Puf droit, p.117 et s, n°111 et s.

²⁸²² P. DIDIER, Le consentement sans l'échange : contrat de société. RJC 1995, n°11, p.74-80 ; du même auteur, Brèves notes sur le contrat organisation, in Mélanges en l'honneur de François TERRE, L'avenir du droit DALLOZ, Puf, 1999 pp.635-642 ; Fr. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations ». Préf. A. GHOZI, Economica 2008 ; S. LEQUETTE, Le contrat-coopération, préf. C. BRENNER Economica 2012 ;

²⁸²³ (contrat organisation, contrat associatif, contrat concentration, contrat alliance),

²⁸²⁴ N. MOLFESSIS, « Le contrat, La liberté d'entreprendre », in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr>, « Il n'est pas besoin de souligner que le contrat est, pour l'entreprise, l'instrument privilégié de son activité, l'habit juridique de son organisation et de sa réalisation »

Si le contrat de travail permet au travail de devenir une chose²⁸²⁵, la prestation de travail fournie par un dirigeant social, qu'il soit entrepreneur lui-même ou choisi par les entrepreneurs, n'a pas toujours été considérée comme étant une prestation contractuelle à cause des perturbations engendrées par l'avènement de la notion de personnalité morale, comme l'écrivait le professeur DEBOISSY²⁸²⁶. Une multitude de conceptions personalistes, plus ou moins teintées d'anthropomorphisme ont essayé d'expliquer des phénomènes de propriété privée collective, non conceptualisée pour des raisons historiques, d'expliquer aussi que le groupement d'individus réunis par contrat aurait une existence, indépendante et autonome des membres qui le constituent. Pourtant Guillaume WICKER, éloigné de ces conceptions presque animistes, explique que « l'ordre normatif constitué par le groupement s'identifie à l'ordre statutaire institué par son acte fondateur », il n'y a pas de mystères, c'est la volonté privée réunie par le contrat de société qui explique le pouvoir au sein d'une structure sociétaire personnifiée. Cette volonté privée elle-même constitue l'exercice du droit de propriété privé d'individus qui se sont regroupés par le biais d'un contrat de société qui a des effets personnels comme réels qui durent aussi longtemps que l'individu se maintient volontairement dans le groupement²⁸²⁷. De ce constat, le dirigeant social, en charge d'une universalité de droit, voire de fait, n'exerce que le pouvoir concentré de différents propriétaires réunis par contrat. Sa rémunération n'a pas sa source dans la loi mais dans un contrat, plus précisément dans un double contrat : le contrat matriciel qui est la source de l'ordre juridique partiel qu'est la société puis le contrat entre le mandataire social et la société dirigée ou une autre entité qui y a intérêt.

Le fonctionnement de la grande entreprise devenant trop complexe nécessita une « *explication métaphorique inventée de toute pièce*²⁸²⁸ » indispensable pour dissimuler les insuffisances du droit privé de l'époque pour expliquer le fonctionnement d'entités complexes où elles ont émergé. L'analyse de la société par le prisme des théories personalistes dont la théorie institutionnelle, est un mythe. Mais il faut reconnaître que les « mythes » juridiques²⁸²⁹ ont souvent une vertu pédagogique, ils sont souvent des « aides indirectes à la

²⁸²⁵ Th. REVET, La force de travail, étude juridique, préf. Fr. ZENATI, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992

²⁸²⁶ Fl. DEBOISSY, le contrat de société, op.cit. n°6 « la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés a achevé de brouiller l'épure contractuelle originaire : comment la théorie du contrat pourrait-elle appréhender la capacité de jouissance et d'exercice de la société personnifiée, son autonomie patrimoniale, son organisation interne, sans oublier l'instauration de représentants légaux disposant du pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers ? »

²⁸²⁷ G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT » In Mélanges OPPETIT, 2009 p.689 et s., p.715, n°37

²⁸²⁸ Expression empruntée à Michèle VIRALLY, M. VIRALLY, La pensée juridique, réédit. Panthéon Assas, coll. Les introuvables, préf. P.-M. DUPUY, C. LEBEN, p.XL

²⁸²⁹ E. GAILLARD, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international Édition les livres de poche de l'académie de droit international privé (La Haye) 2008, p.29 n°6

connaissance »²⁸³⁰, ils permettent de comprendre schématiquement une situation qu'ils simplifient mais il convient de ne pas se « faire abuser par leur force d'évocation »²⁸³¹, la théorie institutionnelle de la société a permis de démontrer que les liens contractuels naissant au sein d'une société ne pouvaient être analysés à l'aune de l'archétype contractuel que fut le contrat-échange . Mais la progression de la pensée juridique permet aujourd'hui de dépasser ces schémas réducteurs et « *il est toujours salubre de se libérer d'un mythe, même et surtout s'il était consolant*²⁸³² ».

Propositions de réformes

Si la rémunération des dirigeants est la contrepartie d'une chose réifiée, à savoir la prestation de direction que le dirigeant fournit à la société, cela signifie que la rémunération fait partie d'un marché. Or un marché n'est pas forcément autorégulé et il peut exister des défaillances de marché, identifiées par les économistes. Et c'est au juriste en tenant compte des observations réalisées de proposer quelques modifications afin de rendre le marché plus efficient.

_Tous les associés de toutes les formes sociales devraient pouvoir décider de la rémunération de leurs mandataires sociaux comme ils le souhaitent, notamment dans les sociétés anonymes non cotées, qui ne sont pas visées par la loi SAPIN II limitées aux sociétés cotées, instituant un double vote contraignant des actionnaires. Aucune compétence impérative attribuée par la loi aux « organes » ne devrait se substituer à la volonté des associés.

_Tous les engagements actuels pris en faveur des dirigeants sociaux, qui n'ont pas été décidés par les associés eux-mêmes devraient pouvoir être renégociés de plein droit car un engagement contractuel n'est valable que si les parties concernées l'ont négocié.

_Le législateur devrait viser explicitement le contrat de mandat social dans la loi, en exigeant par exemple, un écrit et en interdisant le cumul avec un contrat de travail entre le mandataire social et la société dirigée ou une société qui fait partie du même groupe.

-Plus généralement, notre ultime proposition qui est plutôt un souhait, à savoir celui de refonder la loi de 1966 empreinte de dirigisme économique et de la réécrire en tenant compte de la réalité de ce qu'est une entreprise privée. Comme l'écrivaient MM. BADINTER et LYON-CAEN, la liberté d'initiative de l'entrepreneur, devenu dans les relations de travail un employeur, est « à la racine de la liberté de conclure un contrat, du pouvoir de faire le choix

²⁸³⁰ E. GAILLARD, aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Op.cit

²⁸³¹ E. GAILLARD, aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Op.cit

²⁸³² M. VIRALLY, La pensée juridique, réédit. Panthéon Assas, coll. Les introuvables, préf. P.-M. DUPUY, C. LEBEN, p.XVIII

d'une production et d'en aménager l'organisation²⁸³³ ». Or il faudrait en tirer les conséquences juridiques qu'il se doit : les associés *ut universi* sont l'entrepreneur, ils devraient avoir plus de libertés pour fixer la rémunération de leurs mandataires, de leurs chargés de pouvoir. Les procédures mises en place par le législateur ont parfois été détournées et une grosse rémunération nécessite une grande responsabilité et non un « droit à » indépendant de la situation de l'entreprise et de l'industrie personnelle déployée par le dirigeant.

²⁸³³ R. BADINTER, A. LYON-CAEN, *Le travail et la Loi*, Fayard, 2015 p.15

Index Alphabétique

Les numéros renvoient aux numéros des pages.

A.

Abus de biens sociaux p.598 et s.

Actions en responsabilité p.595 et s.

Actions gratuites p.184 et s.

B.

Banqueroute p.605 et s.

C.

Commutativité subjective (principe) pp.369-374, pp.548-549

Constitutionnalisation de l'économie de marché p.420 et s.

Conventions réglementées p.161 et s.

Coporate governance p.116 et s., p.15

Créanciers sociaux, p.484-487

D.

Démocratie libérale p.268 et s. p.361 à 367

Droit de la concurrence p.431 et s.

E.

Ecole de Rennes p.245 et s.

EIRL p.474 et s.

Entreprise publique p.407 et s.

Etat de droit p.346 et s.

Etat légal pp.377-382

F.

Force de travail p.256 et s.

G.

Gérant

°SARL p.195 et s.

°SNC p.216 et s.

°Société civile p.215

I.

Indemnité de départ p.162 et s., p.583 et s.

Intérêt social p.578 et s.

J.

Jetons de présence p.140 et s., p.159-160

L.

Liberté contractuelle p.392 et s., 429 et s.

Liberté d'entreprendre p.420 et s., p.631

Libre révocabilité p.582

Loi

_Breton pp.154-155, p.170

_Sapin II p.176, p.190 et s.

_TEPA p.154 p.168 et s., p.189

M.

Mandataires sociaux exécutifs p.137 et s., p.159 et s.

Moulins de Toulouse p.304-305

P.

Parachute doré p.165 et s.

Patrimoine d'affectation p.227 et s., p.479 et s.

Patrimoine social p.302 et s., p.471 et s.

Personnalité morale p.457 et s.

Personnalité physique p.263 et s., p.510-511

« Petit patrimoine » p.471 à 475

Propriété privée collective p.238 et s., p.298 et s.

Propriété publique p.298

R.

Rémunération excessive p.574 et s.

Retraite-chapeau p.171

S.

Say on pay consultatif/contraignant p.172

Stock-options p.177 et s.

T.

Tantièmes p.141-143

Titre social p.300 et s. , p.428 et s.

V.

Vichy (Régime) p.79 et s.

Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires, lexiques et vocabulaires :

ADRIANTSIMBAZOVINA J. GAUDIN H. MARGUENAUD J.-P. RIALS St. SUDRE Fr. (sous la dir.) Dictionnaire des Droits de l'homme, Puf 2008

BOYER L. et ROLAND H, Locutions latines du Droit français Litec 1999

_Adages du droit français. Litec, 4^e édition,1999.

BEVORT A. JOBERT A. LALLEMENT M. MIAS A. Dictionnaire du Travail, PUF 2012

BREMOND J. et GELEDAN A., Dictionnaire économique et social. 100 articles **thématiques**, **1200** définitions. Hatier

BOUFFARIGUE J., DELRIEU A.-M., Trésors des racines latines, Belin, collec. Le français retrouvé

CADIET L. (sous la direct.) Dictionnaire de la justice, 1^{ère} édit. Puf 2004

CANTO-SPERBER M. (sous la direction de) Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale. PUF T. 1 et T. 2.

CAYLA O. HALPERIN J.-L., Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Dalloz.

CORNU G. (sous la direction de), Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, PUF, coll. Quadrige,

DE FERRIERE Cl.-J. Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique. Paris, Chez Brunet, 1755 (Disponible Gallica)

FOULQUIE P. SAINT-JEAN R. Dictionnaire de la langue philosophique, 2^e 1969

MERLIN Répertoire universel de Jurisprudence, T.16, 5^e édit.1828

LAROUSSE, 2019 (numérique)

MONIER R., Vocabulaire de droit romain. Domat-Montchrestien, 1949, 4^e édition.

RAYNAUD Ph. RIALS St. (sous la direct.) Dictionnaire de philosophie politique, Puf 2^e édit. 1998

REY A. (sous la dir.) : _Le grand Robert de la langue française

_ Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, juin 2012

TEULON F. Dictionnaire des grands économistes. PUF, coll. major, 2009

II. Ouvrages généraux : traités, précis, manuels

A. Droit privé général

°°Avant Code civil et XIX^e

AUBRY C. et RAU C. Droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE, 3^e édition, tome 3, **1856**

BAUDRY-LACANTINERIE G. et HOUQUES-FOURCADE M., Traité théorique et pratique de droit civil. Des personnes, Tome 1, Paris, 1896.

DOMAT V. Les loix civils dans leur ordre naturel.

GRIOLET G., VERGE Ch. et alii, Codes annotés. Nouveau code civil, Paris, 1900-1905.

GUILLOUARD L., Traité du contrat de louage. tome second, Paris, 1885.

JHERING R. T.I-V., L'esprit du droit romain, Gallica

POTHIER,

°°XX^e et XXI^e siècle

ANTONMATTEI P-H, RAYNARD J., Droit Civil : Contrats spéciaux, 5^e édition, Litec,

ATIAS Ch. Droit civil Les biens, 11^e edit. Lexis Nexis

AYNES L. et MALAURIE Ph. Les Biens. 5^e édit.

AYNES L., MALAURIE P. et STOFFEL-MUNCK P., Droit des obligations. L.G.D.J , Coll. Droit civil, 9^e édition, 2017

AUBERT J.-L., FLOUR J. et SAVAUX E., Droit civil Les obligations T.I L'acte juridique, 14^e SIREY

_Droit civil Les obligations T.III Le rapport d'obligation 7^e 2011

CARBONNIER J. Droit civil -, T.I et T. II, PUF, collec. Quadrige manuels, 2004.

_Droit civil Les biens les obligations. PUF t.2, 2004

CORNU G., Droit civil. Les biens. DOMAT, droit privé, coll.

GAUDEMET E. Théorie générale des obligations. Présentation D. MAZEAUD Dalloz 1937, 2004

GHESTIN J., Traité de droit civil. La formation du contrat 3^e édit.

GHESTIN J., BERGEL J-L et alii , Traité de droit civil : les biens. L.G.D.J., 2^e edit.

FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral. PUF, 3^e édition.

MALINVAUD Ph., Droit des obligations. 10e Litec.

MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. Leçons de droit civil, T.1, introduction... Famille, Montchrestien 1959

_Leçons de droit civil, T.II, Obligation, théorie générale. Biens, droit de propriété et ses démembrements Montchrestien 1956

MAZEAUD H et J., Leçons de droit civil. tome 2, de JUGLART M., 5e édition. 1er volume, Obligations,théorie générale. Edition Montchrestien

OURLIAC P. ET DE MALAFOSSE J., Histoire du Droit privé 1 / Les Obligations, 2^e 1969

PLANIOL M., RIPERT G., Traité élémentaire de droit civil. Tome 2^e : Les preuves. Théorie générale des obligations - Les contrats, les privilèges et les hypothèques. L.G.D.J., Paris,1932

ROCHFELD J. Les grandes notions du droit privé, Puf, 1^e édit. 2011

SERIAUX A., Manuel de droit des obligations. PUF,2^e édit.

_Les personnes. PUF 2^e , Que sais-je ? 1997

TERRE Fr. SIMLER Ph. LEQUETTE Y. 10^e· Les obligations , Dalloz

TERRE Fr. SIMLER Ph. Les biens 9^e Dalloz

ZENATI-CASTAING Fr., REVET, Th. Les biens PUF,, 3^e édition, 2008

_Manuel de droit des personnes. PUF, , 2006.

_Cours de droit civil – Successions. PUF droit, 2012

_Cours de droit civil, Contrats, obligations, régime PUF, 2013

_Cours de droit civil-Contrats : Théorie générale, Quasi-contrats. PUF, 2014.

B. Droit des affaires, commercial et sociétés)

°°Ouvrages récents (1945- ajdh)

BONNECARRERE Ph., LABORDE-LACOSTE M., Exposé méthodique de droit commercial, 3^{ième} édition, 1946

CHAPUT Y. Droit des sociétés. PUF, 1993

COZIAN M., DEBOISSY F. et VIANDIER A., Droit des sociétés. 31^e édit. LexisNexis, 2018.

De BEAUFORT V., Gouvernance d'entreprise en Europe. Economica

De JUGLART M., IPPOLITO B., Du PONTAVICE E., DUPICHOT J. Traité de droit commercial, Deuxième volume : Les sociétés, 1re Partie, 3^{ème} édit. Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestien 1980

_2^{ème} Partie, sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions sociétés à responsabilité limitée ».3^eédit Montchrestien 1982

DIDIER P.et DIDIER Ph., Traité Droit commercial. Tome 2 Les sociétés commerciales, Economica, corpus droit privé, 2011.

ESCARRA E, RAULT J., Traité théorique et pratique de droit commercial : les sociétés commerciales. Tome second, Sociétés par actions , Recueil SIREY ; Paris 1951

FANÇOIS F. De FRONDEVILLE E. MARLANGE A. Dirigeants de société 3e Encyclopédie Delmas 2015

FRISON-ROCHE M-A. BONFILS S. Les grandes questions du droit économique : Introduction et documents. PUF, coll. Quadrige manuels, 2005

FRISON-ROCHE M.-A. PAYET M.S. Droit de la concurrence, Dalloz 1^e édit.2006 p.23, n°21

JEANTIN M. Droit des sociétés, Domat, Montchrestien 3^e edit.1994

JULIOT DE LA MORANDIERE L et LACOUR L., Précis de droit commercial. PARIS, 1945, 8^e édition.

GERMAIN M., MAGNIER V. Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, T.2, 21e édit LGDJ, 2014,

GUENGANT A., De VENDEUIL S. D. et alii, Juge et droit des sociétés en 70 thèmes Litec.

GUYON Y. Droit des affaires, tome 1 droit commercial général et société 12^e Economica./ Droit des affaires, tome 1 Droit commercial général et société 6^e Economica, 1990

HAMEL J., JAUFFRET A et LAGARDE G., Droit commercial. Dalloz, 1980, 2^e édition

_Tome 1, 1^{er} Vol. Sociétés : Introduction Règles communes à toutes les personnes du droit commercial . Les commerçants individus.

_Tome 1, 2^e Vol. Sociétés : Groupements d'intérêt économique. Entreprises publiques

HEMARD J., MABILAT P. et TERRE F., Sociétés commerciales, Tome 1, Introduction, Généralités, Sociétés de personnes, SARL, SA . Dalloz, 1972.

LE CANNU P, DONDERO Br. Droit des sociétés, LGDJ Lextenso, DOMAT droit privé, 6^e édit.

MERLE Ph., FAUCHON A. Droit commercial. Sociétés commerciales. Dalloz, 22e édit. 2018

MOLIERAC J. Manuel des sociétés, Tome 1, Dalloz, Paris, 1956

OPPETIT B. et RODIERE R., Droit commercial : Groupement commerciaux précis. Dalloz, 1980, 2^e édition

OPPETIT B. et SAYAG A., Les structures juridiques de l'entreprise. Librairies techniques, 2^e édition, 1976

RIPERT G. et ROBLOT R., Traité de droit commercial. L.G.D.J., Paris, 10^e édition, 1980, Tome 1

SUPIOT A. (sous la direction de), L'entreprise dans un monde sans frontières : Perspectives économiques et juridiques. Dalloz, les sens du droit débat, 2015.

TUNC A., Textes de droit commercial choisis et ordonnés. André Tunc , textes et statistiques, université de Grenoble, 1947

VIDAL D., Droit des sociétés. L.G.D.J., 6^e

°°Ouvrages anciens

BOISTEL A., Manuel de droit commercial à l'usage des étudiants des facultés de droit et des écoles de commerce. 3^e édit., 1899.

BOSVIEUX H. et HOUPIN Ch., Traité général des sociétés. Paris, 1925, 5^e édition. Tome 1.

DOMAT J., Œuvres complètes par REMY J. tome premier, Paris, 1828.

HOUPIN C., Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, Paris, 1909, Tome I et II, 4^e édition

HUVELIN P., le droit commercial romain.

LYON-CAEN Ch., et RENAULT L., Manuel de droit commercial. Paris, 6^e édition, 1901

LYON-CAEN Ch. et RENAULT L., Manuel de droit commercial. Paris, L.G.D.J., 1918.

PARDESSUS J.-M., Cours de droit commercial. Paris, 1815, Tome troisième

POTHIER, Traité du contrat de société.

SIREY J-B. Code de commerce annoté des dispositions et décisions de la législation et de la jurisprudence, 1820

TROPLONG M., Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Du contrat de société, Paris, 1843, T1 et T2

THALLER E. Traité élémentaire de Droit commercial. 6^e. PERCEROU J., Paris, librairie Arthur Rousseau, 1922

VAVASSEUR A. Traité des sociétés civiles et commerciales 2^e édition. tome 2 1878

°°Fiscalité

COLLET M. Droit fiscal 3^e PUF

COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFaux M. Précis de fiscalité des entreprises , 40^e édit. LexisNexis 2016

DOUE F., Précis de droit fiscal de la famille. 5^e édition, Litec, Dossier Fiscal

C.Histoire du droit

BEITONE A., GILLES Ph. et PARODI M., Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours. Dalloz, coll. Précis, 3^e

BRUNORI L., Societas quid sit, La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique. Préf. HILAIRE J., édition Mare et Martin, collections des Presses Universitaires de Sceaux, 2015

DEROUSSIN D., Histoire du droit des obligations Economica, 2^e édit. 2012

ESMEIN A. Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année Paris 1892

GIRARD P-Fr., Manuel élémentaire de droit romain. Paris, 5^e edit., 1911

HALPERIN J.-L. Histoire du droit des biens, Economica, 2008

_ Histoire du droit privé français depuis 1804. PUF, quadrige 1995

HILAIRE J., Introduction historique au droit commercial. PUF, 1986

_ La construction de l'Etat de droit dans les archives judiciaires de la Cour de France au XIII^e siècle Dalloz L'esprit du droit 2011

LEFEBVRE-TEILLARD A., La société anonyme au XIX^{ème} siècle. 1^{re} édition 1985.

LEVY-BRUHL H., Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles, édition Domat-Montchrestien. 1938,

MAY G., Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit. SIREY, 1927, 17^{ème} édition

MONIER R., Manuel élémentaire de droit romain. Domat, Montchrestien, 6^e édit., tome premier, 1947.

MONIER R., Manuel de droit romain (les obligations). Domat, Montchrestien, 5^e édit, 1954

NICOLET Cl. Censeurs et Publicains. Economie et fiscalité dans la Rome antique. Fayard.

PELLAT C-A. Du droit privé des Romains 1852

SZRAMKIEWICZ R. « Histoire du droit des affaires », Paris Montchrestien, 1989.

SZRAMKIEWICZ R., DESCAMPS O., Histoire du droit des affaires. L.G.D.J., 2^e édition

D.Droit comparé, européen et étranger

BELLIS J.-F. Competition Law. Droit européen de la concurrence 2^e édition. Bruylant 2017

BLASSELLE R., Traité de droit européen de la concurrence , T. 2,. Publisud

BOUTAYEB Ch. Droit matériel de l'Union Européenne , 3^e édit.. L.G.D.J. Lextenso 2014

CHEROT J.-L Constitution et économie.Traité international de droit constitutionnel.dir. M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD Dalloz 2012

DUCLOS M., Précis élémentaire de droit musulman Alger, La maison des livres,1940.

FROMONT M.,Droit allemand des affaires. Domat droit privé.

FRISON D., Introduction au Droit Anglais et aux institutions britanniques. Ellipses, 3^e édition.

MENJUCQ M., Droit international et européen des sociétés. Montchrestien, 2^e édition.

MORETEAU O., Droit Anglais des Affaires. Dalloz précis, 1^e édition, 2000.

PEDAMON M., Le contrat en droit allemand. L.G.D.J., 2^e édition

SEROUSSI R., Introduction aux Droit anglais et américain. Dunod, 3^eédition

TERCIER Ph., Le droit des obligations. Schulthess,4^e édition

TUNC A. Le droit anglais des sociétés anonymes. Economica, 4^e édition

E.Droit public

BERTHELEMY H., Traité élémentaire de droit administratif. Paris, 1910

CHAPUS R., Droit administratif général , Montchrestien t. II 15e édition.

CHEVALLIER J., L'Etat. Dalloz, 2011, connaissance du droit

_L'Etat post-moderne. L.G.D.J., 3° édit. 2008

_ Le service public, Que-sais-je ? PUF 9^e 2012

_L'Etat de droit, 6^e édit, LGDJ 2017

De FORGES, J.-M Droit de la fonction publique. 2e édit mise à jour.

DELVOLVE P., Droit public de l'économie, Dalloz 1998

DRAGO G. et LOMBARD M. (sous la dir.de), Les libertés économiques. Droit public édition, Panthéon Assas, 2003.

DUGUIT L., L'Etat, le droit objectif et la loi positive. préf. MODERNE F. Dalloz 1901, 2009, [

_Leçons de droit public général. Editions la mémoire du Droit ; 1926-2000

FAVOREU L. MELIN-SOUCRAMANIEN F. et alii, Droit des libertés fondamentales, 7^e, Dalloz

FAVOREU L. PHILIP L. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz 16e édition. 2011

HAURIOU M. Principes de droit public, Préf. O. BEAUD, DALLOZ reprint, 1909, 2005

_Précis de droit administratif et de droit public, 12^e

MARTUCCI F. et MONGOUACHON C. (sous la dir.) La constitution économique, En hommage au Professeur Guy CARCASSONNE » Édition. La mémoire du droit 2015

MELLERAY F., Droit de la fonction publique. Economica, 2° édit.

MINEUR D. CARRE DE MALBERG - le positivisme impossible. Ed. Michalon, (Coll. Le bien commun), 2010.

RIVERO J. Droit administratif. Précis Dalloz, 11e édition, 1985

_Les libertés publiques. Les droits de l'homme, T.1 PUF, 6e édition. 1991

VEDEL G. DELVOLVE P. Droit administratif , PUF 8e édit. 1982

F. Théorie du droit. Philosophie du droit

AMSELEK P. Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général. Armand Colin 2012

ATIAS C. Epistémologie juridique. Dalloz, 1^e édit. 2002

BATIFFOL H. La philosophie du droit. PUF, Que-sais-je ? 8^e édit. 1989

BERGEL J.-L. Théorie générale du droit. Dalloz, 3^e édit.

BOBBIO N. Essais de théorie du droit, trad. M. GUERET, préf. R. GUASTINI, Bruilant LGDJ 1998

CAMPAGNA N. Michel Villey le droit ou les droits ? Michalon, Le bien commun, 2004.

CARBONNIER J., Sociologie juridique. PUF,

_Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur. Dalloz, 10^e édit.

COHEN-TANUGI L. Le droit sans l'Etat. PUF, réédition 2007.

DUGUIT L., Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon. Edit. La mémoire du droit, 1920-2008

GAILLARD E. Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, 2008

JESTAZ Ph. Le droit, 8^e édit. Dalloz 2014

_Les sources du droit, Dalloz 2005

KELSEN H., Théorie pure du droit. édition. Bruylant, trad. C/ EISENMANN , L.G.D.J., 1962 1999

_Théorie générale du droit et de l'Etat édition. Bruylant réédition trad. V. LAROCHE B. et FAURE, L.G.D.J., 1997

KOJEVE A., Esquisse d'une phénoménologie du droit. tel /Gallimard.

LAGARDE X., Juste capitalisme. Edition LexisNexis, carré droit

LEONI Br. La liberté et le droit, préf. C. LOTTIERI, édit. Les belles lettres 2006

LIBCHABER R. L'ordre juridique et le discours du droit. L.G.D.J., 2013.

MILLARD E. Théorie générale du droit. Dalloz, 2006, connaissance du droit

MOOR P. Pour une théorie micropolitique du droit, Puf 2005

ONORIO J-B. (sous la direct.) L'éthique du droit des affaires, ouvrage collectif, Pierre Tequi éditeur

PASUKANIS (PACHOUKANIS) E. La théorie générale du droit et le marxisme, trad. J.-M. BROHM, préf. K. KORSCH, 1930, 2018

OPPETIT B. Philosophie du droit, Dalloz 1999

_Droit et modernité Puf 1998

OST F. VAN DE KERCHOVE M. Le système juridique entre ordre et désordre, PUF, les voies du droit, 1988

ROMANO S. L'ordre Juridique. Préf. Dalloz, reprint 1945, 2005

ROUBIER R. Droits subjectifs et situation juridiques, préf. D. DEROUSSIN reprint Dalloz 2005.

SUPIOT A. Critique du droit du travail. PUF, quadriges essais débats, 2e édit. 1994-2011

_Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du Droit. Édition. du Seuil, points essais, 2005.

TOURET D. Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, la bio-logique du droit

TUSSEAU G. (sous la direct.) Les notions juridiques, Economica 2009

TROPER M. Le droit et la nécessité. Edition PUF, coll. Léviathan, 2011

_La philosophie du droit, PUF, coll. Que sais-je ? 3^e édit 2011

VILLEY M., Critique de la pensée juridique moderne : douze autres essais. Préf. de M. BASTIT DALLOZ, 1975,2009

_Philosophie du droit. Dalloz, 1975

_ Leçons d'histoire de la philosophie du droit, préf. R. SEVE, reprint 2002

_Le droit et les droits de l'homme, Puf 1983,2014

Von JHERING R., La lutte pour le droit, préface O. JOUANJAN, 1890 Dalloz réédition, 2006

WALINE M., l'individualisme et le droit. Préf. MELIN-SOUCRAMANIEN F. Bibliothèque Dalloz.

WEBER M., Sociologie du droit. PUF quadriges, grands textes, préf. RAYNAUD Ph., introduction et traduction GROSCLAUDE° J.

_Economie et société I, les catégories de la sociologie, trad. J. FREUND et alii pocket 1995

III. Ouvrages spéciaux : thèses, monographies et ouvrages collectifs

A.Thèses

BECQUET S. Le bien industriel. Préf. REVET T., L.G.D.J.2005

BIENVENU A. Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, préf. FI.DEBISSY, LexisNexis, 2011

BONFLIS S., Le droit des obligations dans l'intermédiation financière . Thèse, Préf. M.-A. FRISON-ROCHE M-A., L.G.D.J., coll. Droit et économie

BOUCARD H. L'agrégation de la livraison dans la vente : essai de théorie générale préf. Ph. REMY, LGDJ 2005

BOUTHINON-DUMAS H., Préf. DIDIER Ph., directeur de thèse FRISON-ROCHE M-A, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier. L.G.D.J. Droit et économie

BLANLUET G., Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : recherche au confluent du droit fiscal et de droit civil. Bibliothèque de droit privé, Tome 313.

BOISMAIN C. Les contrats relationnels, Préf. M. FABRE-MAGNAN, 2004

CAFFIN-MOI M. Cession de droits sociaux et droit des contrats. Thèse, Préf. BUREAU D., Economica, 2019

CARTIER-BRESSON A. L'Etat actionnaire Préf.. TRUCHET D., L.G.D.J., bibliothèque de droit public 2010

CHANTEPIE G. La lésion, préf. G. VINEY, LGDJ 2006,

CHAMPAUD Cl., Le pouvoir de concentration de la société par actions. Préf. LOUSSOUARN SIREY Y., Sirey, 1962.

CHENEDE Fr., Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations, Préf. A. GHOZI Economica 2008,

CONVERT L. L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Etude de droit comparé Angleterre - Espagne - France, LGDJ, bibl. dr. privé, préf. de B. SAINTOURENS, 2003

COULOMBEL P. Le Particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé. Préf. P.DURAND Nancy, 1950.

CUIF P-F. Le contrat de gestion, L. AYNES, Economica 2004

De CALBIAC J., Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise, préf. P. MORVAN Paris, 2010

DEBOISSY FI. La simulation en droit fiscal, préf. M. COZIAN LGDJ 1997

DESPAX M. L'entreprise et le droit préf. G. MARTY, LGDJ,1957

DESQUEYRAT A. L'institution : le droit objectif et la technique positive. Préf. L. Le FUR ? Paris, 1933

DUCLOS. J. L'opposabilité, essai d'une théorie générale, D. MARTIN, LGDJ 1984

DUSSART M.-L. Constitution et économie, préf. J.-Y. CHEROT, Dalloz, 2015

ENCINAS DE MUNAGORRI R. L'acte unilatéral dans les rapports contractuels. Préf.. LYON-CAEN A., L.G.D.J. 1995

FOREST G. Essai sur la notion d'obligation en droit privé. Préf. F. LEDUC , Dalloz, 2012

FRAISSINIER V. La liberté d'entreprendre : étude de droit privé, préf. Ch. JUBAULT, 2006,

GAILLARD E. La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme Lyon, 1932.

GAILLARD G. Le pouvoir en Droit privé, préf. G. CORNU, Economica 1985

GAUDEMET A. Les dérivés, préf. H. SYNDET, Economica 2010

GAUTHIER Th. Les dirigeants et les groupes de sociétés, préf. Y. REINHARD, Litec 2000

HAMELIN J.-F. Le contrat-alliance. Préf. N. MOLFESSIS, Economica, 2012

HAUSER J. Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, préf. P. RAYNAUD, Thèse, Bordeaux, 1969.

IZORCHE M.-L., L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain.Thèse, Préf. J. MESTRE PUAM

JULLIAN N. La cession de patrimoine, préf. de R. MORTIER, Nouvelle Bibliothèque de thèses 2018

LAIUS-THIZON E. L'abus en droit pénal, préf. Ph. CONTE, Dalloz 2011

LAURENT J. La propriété des droits. Préf. Th. REVET, LGDJ Bibliothèque de droit privé, 2012

Le CANNU P. La société anonyme à directoire, préf. J. DERRUPPE, LGDJ, 1979

LEDUC F. L'acte d'administration en droit privé : nature et fonctions. Thèse, Bordeaux I, 1991, l'espace juridique.

LEDOUBLE D., L'entreprise et le contrat. Thèse, Préf. CHAMPAUD C., Bibliothèque de droit de l'entreprise.

LEQUETTE S., Le contrat-coopération. , Préf. BRENNER C., Economica, 2012 .

LEVENEUR L. Situation de fait et Droit privé, préf. M. GOBERT, LGDJ 1990

LIBCHABER, R. Recherches sur la monnaie en droit privé, préf. P. MAYER, LGDJ 1992

MALAURIE Ph. L'ordre public et le contrat : Etude de droit civil comparé France Angleterre U.R.S.S. Thèse remaniée, Préf. de P. ESMEIN , édition. Matot-Braine, Reims, 1953.

MASSENET Cl. La rémunération des dirigeants sociaux, 1980, thèse dact. Bordeaux I,

MARTIN DE LA MOUTTE J. L'acte juridique unilatéral essai sur sa notion et sa technique en droit civil Préface de P. RAYNAUD, Sirey 1951

MAURY J. Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Thèse, Toulouse, 1920.

MIGNON-COLOMBET A. L'exécution forcée en droit des sociétés, préface de Y. GUYON, Economica,

MORTIER R. Le rachat par la société de ses droits sociaux , Dalloz préf. J.-J DAIGRE

MONSALLIER M.-Ch. « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la S.A. » préf. A. VIANDIER LGDJ 1998

MULLER A-C., Droit des marchés financiers et droit des contrats. Préf. H. SYNDET , Economica 2007

PARACHEVOVA I., Le pouvoir de l'investisseur professionnel dans la société cotée. L.G.D.J., 2005

PARENTEAU-DUBEUGNON E., Du mandat en droit romain et en droit français. Poitiers, 1863.

PRAT S., Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières. Préf. VIANDIER A.

PAILLUSSEAU J., La société anonyme : Technique d'organisation de l'entreprise. Préf. Y. LOUSSOUARN, Sirey 1967

PAUGET-BEYDON A. La notion de dirigeant de groupement, Préf. J-Fr. BARBIERI Toulouse, 2004

PIETTE G. La correction du contrat, préf. M. MENJUCQ , Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004

POUGHON J.-M.Histoire doctrinale de l'échange, préf. de J.-P. BAUD L.G.D.J. 1987

QUEZEL - AMBRUNAZ Ch. Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile. Préf. BRUN Ph., Dalloz 2010

QUIEVY J-F., Anthropologie juridique de la personne morale. Préf. de D. R. MARTIN, L.G.D.J., 2009

RAFFRAY R. La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Dalloz, préf. Fl. DEBOISSY

RENET Th., La force de travail (étude juridique) préf. Fr. ZENATI Litec, 1992

RICOL J., La copropriété en main commune. Toulouse, 1907

ROCHFELD J. Cause et type de contrat, préf. J. GHESTIN, L.G.D.J. 1997

ROUJOU DE BOUBEE G. Essai sur l'acte juridique collectif. L.G.D.J., 1961.

ROUHETTE G. Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, préf. R. RODIERE , thèse dact. 1965

SAUTONIE-LAGUIONIE L. La fraude paulienne préf. G. WICKER LGDJ 2007

SCHILLER S., Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales, Préf.. TERRE F., L.G.D.J., bibliothèque de droit privé, 2002

SICARD G. Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age. Préf. G. BOYER

STORCK M. Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », préf. D. HUET-WEILLER, LGDJ 1982

TADROS A., La jouissance des titres sociaux d'autrui. Préf. RENET Th., Dalloz

TOUZEAU A. « La rémunération des organes de gestion dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée » Rennes, 1969

VIANDIER A., La notion d'associé. Préf. Fr. TERRE, LGDJ 1978

XIFARAS M. La propriété : Etude de philosophie du droit. PUF, coll. Fondements de la politique, 2004

WICKER G. Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996 n° 253.

ZENATI Fr. Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif Lyon 1981

B. Monographies et ouvrages collectifs

Le Code civil, 1804-2004 : Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec.

Hommage à Georges ROUHETTE, Sous l'égide de l'association H. CAPITANT, Dalloz 2013

Libertés et droits fondamentaux 2013. sous la dir. R. CABRILLAC 19^e édition

Les Holdings, Dossier pratique Francis Lefebvre, guide juridique et fiscal

Pacte d'associé ou clause statutaire : quel choix pour l'entreprise sociétaire. collec. Actualité de droit de l'entreprise, LexisNexis, n°30

La nouvelle crise du contrat, sous la direction de C. JAMIN, D. MAZEAUD, Dalloz 2003 Actes du colloque organisé le 14 mai 2002 Quelle valeur juridique ? p.83 et s. ; Ph. JESTAZ, Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain p.243 et s.

ATTALI J., Au propre et au figuré, une histoire de la propriété. FAYARD, coll. Essais, 1988.

BADINTER, R « Le plus grand bien... », Fayard 2004

BADINTER R. LYON-CAEN A., Le travail et la Loi. Fayard, 2015

BASDEVANT-GAUDEMET B. (sous la dir.) Contrat ou Institution : un enjeu de société L.G.D.J. systèmes Droit 2004

BASTID S, DAVID R, F. LUCHAIRE, FOYER J. et alii, La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public Ouvrage collectif L.G.D.J. Paris 1960 travaux et recherches

BENABOU V.-L. ROCHFELD J. A qui profite le clic ? Le partage de la valeur numérique, Odile Jacob coll. Corpus 2015 p.9

BENOIT F-P., Aux origines du libéralisme et du capitalisme en France et en Angleterre. Dalloz.

_De HEGEL à MARX. Dalloz 2009

BILLIAU M. et GHESTIN J., Le prix dans les contrats de longue durée, L.G.D.J..

BISSARA Ph., DE VAUPLANE A. et FOY R., Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées. Joly

BOUBEL A., PANSARD F. Les investisseurs institutionnels. Edit : La découverte.

BLUCHE F., RIALS S. et TULARD J., La révolution française. Que-sais-je ?

CAPITANT H. De la cause des obligations. Réédit. La mémoire du droit, 1927, 2012.

CAUSSAIN J.-J Le directoire et le conseil de surveillance de la S.A., Litec, affaires Finances

CHALLAYE F. Histoire de la propriété. PUF, Que sais-je ? 1942

CHANTEPIE G, LATINA M. Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2e édit., Dalloz, 2018

CHAPUT Y., LEVI A. La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI, Lexis Nexis 2009

CHEVALLIER J., L'Etat post-moderne. L.G.D.J., 3^e édit. 2008

COLASSON F., Le patrimoine professionnel. Publication de la faculté de droit de Limoges, Pulim.,

COURET A., DONDERO Br. Le bénéficiaire effectif, Joly éditions, 2018

DABIN J. Le droit subjectif, Dalloz, 1952, réédition 2007.

De LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES G., La personnalité morale. édition BNF, extrait de la Revue de LILLE, 1900.

DEMOGUE R., Les notions fondamentales du droit privé :

DENOIX de SAINT MARC R., Histoire de la loi. Préf. KESSLER D., édition it. Privat, France culture.

DURAND- BARTHEZ P. Le guide de la gouvernance des sociétés, Guides Dalloz 2016-2017

FARJAT, Pour un droit économique. Puf 2004 ; les voies du droit,

FLAMANT F. Histoire du libéralisme, PUF, « Que-sais-je » ?, 2e édit. p.81

FERGUSON N., Civilisations : L'Occident et le reste du monde. Edition Saint-Simon, 2014.

FANÇOIS F., De FRONDEVILLE E., MARLANGE A. Dirigeants de société, 3e Encyclopédie Delmas 2015

FRISON-ROCHE M.-A., Les 100 mots de la régulation. PUF, Que-sais-je ?

GAILLARD E., Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international Édition les livres de poche de l'académie de droit international privé (La Haye) 2008

HAUSER J. Les contrats, Puf Que sais-je ?, 4^e édit 2002

HENOCHSBERG M., La place du marché. Denoël essai.

JAMIN C. MAZEAUD D. (sous la direct.) L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, études juridiques

JAMIN Ch. DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, Dalloz Juriste de 'l'impertinence, coll. tiré à part, 2012

JUGLAUT J. (sous la direct.) L'entreprise, nouveaux apports Rennes, 1987, Economica.

GERMAIN M., PERIN P.-L , SAS, « La société par actions simplifiée », Joly édition, 5e édit.

GINOSSAR S. Droit réel : propriété et créance. Paris, 1960

LABARTHE F. et NOBLOT C., Le contrat d'entreprise. L.G.D.J., 2008.

LAGARDE X. Juste capitalisme, LexisNexis 2009

LEFEBVRE-TEILLARD A., Introduction historique au droit des personnes et de la famille. PUF

LEVY J.Ph. Histoire de la propriété. PUF Que sais-je ? 1972.

LEWKOWICZ Gr. et XIFARAS M. (sous la direct.) Repenser le contrat, Dalloz, 2009

LONG M. MONIER J.-Cl. Portalis. L'esprit de justice, Michalon, le bien commun 1997

MACKAAY E, ROUSSEAU St. L'analyse économique du droit, Dalloz 2009

MADJARIAN G. L'invention de la propriété : de la terre sacrée à la société marchande. L'Harmattan

MICHOUD L. La théorie de la personnalité juridique et son application en droit français. L.G.D.J., Tome 2, reprint. 1998

MILLARD E. Théorie générale du droit, Dalloz 2006

Ouvrage collectif Sous la direction de MOREIL S. et LUDWICZAK F., La rémunération des dirigeants. L'harmattan, 2013.

MOTULSKY H., Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs. Bibliothèqu Dalloz.

PELTIER F. La corporate governance au secours des conseils d'administration » Dunod, 2004

PETEL Ph. Le contrat de mandat. Dalloz, connaissance du droit

RENARD G. La théorie de l'Institution, essai d'ontologie juridique, SIREY 1930

RENAULT-BRAHINSKY C L'essentiel de la réforme du Droit des obligations, Gualino, 2^e édit 2018

ROBE J.P. L'entreprise et le droit. PUF. Que sais-je ? 1^{ière} édition, 1999

_ Le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique, Dalloz, 2015

RIPERT G. Les aspects juridiques du capitalisme moderne. L.G.D.J., 1951

_ Les forces créatrices du droit. L.G.D.J., 1955, 2^e édition Reprint

_Le déclin du droit. L.G.D.J., 1949, **reprint**

SAVATIER R. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Dalloz, 1964

_La théorie des obligations en droit privé économique, 4^e édit. DALLOZ 1979

SALEILLES R. De la personnalité juridique, 1910, reprint : la mémoire du droit 2003.

_ La théorie générale de l'obligation, Edition la Mémoire du droit

SUPIOT A. La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, Poids et mesure du Monde, 2015

_Le droit du travail. PUF, Que sais-je ?

VIRALLY M., La pensée juridique Préf.. DUPUY P.-M. et LEBEN C. réédition Panthéon Assas, coll. Les introuvables 1998

M. WALINE « l'individualisme et le droit », Préf. de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz 1945, 2007

IV. Ouvrages d'autres disciplines

A. Sciences Economiques

ALLAIS M., Economie pure et rendement social, **Bibliothèque** Dalloz, 2006

ARON R., Dix-huit leçons sur la société industrielle. Gallimard, Folio essais, 1962

BAECHLER J, Le capitalisme . T. 1 Les origines. Gallimard, Folio Histoire, 1995

_Le capitalisme. T. 2 l'économie capitaliste. Gallimard, Folio Histoire, 1995.

BLOCH-LAINE F., Pour une réforme de l'entreprise. Seuil, 1963

BRAUDEL F., Civilisation matérielle : Economie et capitalisme. A.COLIN, Livre de poche, 1979 ,T. 1 : Les structures du quotidien, T.2 : Les jeux de l'échange, T. 3 : Le temps du Monde.

CHAMBAUD D., GLACHANT J-M., PARTHENAY C. et PEREZ Y., Les grands auteurs en Economie des organisations. Edition EMS management et société, (collection les grands auteurs).

CHEVALIER J., Organisation, Gouvernement de l'entreprise T1, Paris, 1953

COASE R.H., The nature of the firm in R. COASE, L'entreprise, le marché et le droit, traduit et présenté par B. ALIOUAT, Editions d'organisations 2005

COHEN D., Homo Economicus : prophète (égaré) des temps nouveaux. Albin Michel, 2012

_Le monde est clos et le désir infini. Albin Michel

_Trois leçons sur la société post-industrielle, seuil 2006

De SOTO Hernando Le mystère du capital. Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs, Champs essais, trad. M. Le SEAC'H, 2000, 2010

FONTAINE L., Le marché Histoire et usages d'une conquête sociale. Gallimard, NRF, essais, 2014.

FRIEDMAN M., Capitalisme et liberté. édition R. Laffont, titre original : capitalism and freedom, 1962, traduit de l'anglais par. CHARNO A-M., 1971

FRISON-ROCHE M-A., Les 100 mots de la régulation. PUF, Que-sais-je ?

GENEREUX J., Introduction à l'économie. Seuil, (coll.points économie), 3° édition

GENEREUX J., Economie politique. 2, Micro-économie, 5^e

GUESNERIE R. L'économie de marché, poche édit. Le Pommier, Poche 2013

HATCHUEL A. et SEGRESTIN B., Refonder l'entreprise. Seuil, colle. La république des idées.

HAYEK F A ., Droit, législation et liberté. Préf. NEMO P., PUF grands textes.

_ La route de la servitude. PUF, quadrige, grands textes.

KUISEL R Le capitalisme et l'Etat en France . Modernisme et dirigisme au XXe siècle, NRF, Gallimard 1984, préf. J.-N. JEANNENEY , Trad. A. CHARPENTIER

JACQUILLAT B. (sous la direction de), Hedge funds, private equity, marchés financiers : les frères ennemis ? Les cahiers Le cercle des économistes, PUF, Descartes et Cie.

LAUPIES F., La liberté. PUF, Que-sais-je 2004

LANDIER A. et THESMAR D., Le grand méchant marché : décryptage d'un fantôme français. Flammarion, Champs Actuel 2008

LEPAGE H. Pourquoi la propriété, Hachette, 1985

POLANYI K. La grande transformation, tel Gallimard 1944, trad. fr. 1983

MARCHAND C. Economie des interventions de l'Etat, PUF Que-sais-je ? 1^e édit.1999

MARX K. œuvres économiques, volume II, bibliothèque de la Pléiade.

LANDAIS C., PIKETTY Th. et SAEZ E., Pour une révolution fiscale : Un impôt sur le revenu pour le XXI^e siècle. Seuil,2011, coll. La république des idées.

PHILIPPON Th, Le capitalisme d'héritiers. Seuil, la république des idées 2007

PIKETTY Th. Le capital au XXI siècle. Seuil, 2013

K. POPPER, La société ouverte et ses ennemis, T.I L'ascendant de PLATON, Edit. du Seuil Paris, 1979

_ La société ouverte et ses ennemis, T.II , Hegel et Marx, trad. J. BENARD, Ph.MONOT, Seuil 1962, 1979

NOREL P., L'histoire économique globale. Seuil, économie humaine

RENOUARD Y., Les hommes d'affaires italiens du Moyen-Age. édition. TALLANDIER, coll. Texto, 2009.

SALLERON L., Le pouvoir dans l'entreprise. Paris, édition C.L.C, 1982

_Six études sur la propriété collective au-delà des nationalisations. édition le Portulan.

SCHUMPETER J.A. Histoire de l'analyse économique. I. L'âge des fondateurs., traduit de l'anglais CASANOVA J.-C (ss direct.de), préf. R. BARRE Édition Tel Gallimard 1954, 1983

_Théorie de l'évolution économique : recherches sur le profit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture. traduction ANSTETT J.-J., Dalloz.

_Capitalisme, socialisme et démocratie. Petite bibliothèque Payot, traduct° G. FAIN, 2^e ,1946.

SEN A., L'idée de justice. Flammarion

SMITH A. Richesse des nations. « Recherches sur la nature et les causes de la richesses des nations » Tome 1 et Tome 2 Trad. GARNIER G. revue par BLANQUI A. Introduction DIATKINE D.

TIROLE J. Economie du bien commun, PUF, 2016

VERIN H., Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire des techniques », 2011

Von MISES L. Le socialisme Etude économique et sociologique Paris trad. P. BASTIER , A. TERRASSE

_Abrégé de l'action humaine, traité d'économie, bibliothèque classique de la liberté les belles lettres, trad. G. DREAN, 2004

WEINSTEIN O., Pouvoir, finance et connaissance : les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXIe siècle. Édition la découverte, (textes à l'appui / économie), 2010

B.Philosophie

ARENDT H. Le système totalitaire : les origines du totalitarisme. Points, essais.

ARISTOTE, Sur la justice : Ethique à Nicomaque. Présentation et notes AGACINSKI D., trad. BODEÛS R., GF Flammarion

COMTE-SPONVILLE A., Le capitalisme est-il moral ? Albin Michel, 2004.

FOUCAULT M. Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France. Galimard Seuil 1978-1979

HABERMAS J. Droit et démocratie, entre faits et normes, NRF essais Gallimard, trad. R. ROCHLITZ, Ch. BOUCHINDHOMME, 1997

HEGEL G.W.F traduit et commenté par KERVEGAN J-Fr., Principes de la philosophie du droit. PUF, 2013

KANT E. Métaphysique des mœurs, première partie, Doctrine du droit , Préf.. VILLEY M. Introduction et traduction A. PHILONENKO Paris, Vrin, 2011

LOCKE J., Traité du gouvernement civil. préf. GOYARD-FABRE S., traduction de MAZEL D.

_Deuxième traité du gouvernement civil. Paris, Vrin, Librairie philosophique,(traduction GILSON B.), 1977.

OGIEN R., Le corps et l'argent. La Musardine, 2010.

NIETZCHE La volonté de puissance, T. et T. I, NRF, Gallimard

_Généalogie de la morale, trad. BLONDEL E., HANSEN-LOVE O. et alii, Flammarion, 1996

SARTRE J.-P L'existentialisme est un humanisme Gallimard 1996

C.Essais et divers

ACEMOGLU D. ROBINSON J. A. Prospérité puissance et pauvreté pourquoi certains pays réussissent mieux que d'autres Préf. Ph. AGHION édition. Markus Haller

ANDRE-SALVINI B. Le Code d'Hammurabi, Louvre édit.2015

BELOT L., La déconnexion des élites : comment Internet dérange l'ordre établi. Edition Les Arènes, 2015

BLOCH M., L'étrange défaite. folio histoire

_Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien, préf. J. Le GOFF, Armand colin, 1993,2010

BLOCH-LAINE F., Pour une réforme de l'entreprise. Seuil, 1963

BLUCHE F., RIALS St. TULARD J. La révolution française, Que-sais-je ?, p.37

BOURDIEU P. La noblesse d'Etat, grandes écoles et esprit de corps, édition de minuit 1989

CARRERE d'ENCAUSSE H. Six années qui ont changé le Monde 1985-1991 La chute de l'Empire soviétique Fayard 2015

CORRIAT B. (sous la dir.) Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire, les liens qui libèrent, 2015

De TOCQUEVILLE A. Ouvres II Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard

DIAMOND J. De l'inégalité parmi les sociétés [titre original : Guns, Germs and Steel. The fates of human societies, Gallimard 1997, 2000

DUMONT L., Essai sur l'individualisme , une perspective idéologique sur l'idéologie moderne. Points, essais

ELLUL J. La pensée marxiste, La table ronde 2003, 2012

FONBAUSTIER L., LOCKE Le droit avant l'Etat, Michalon le bien commun 2004

FOULQUIE P., La volonté.. Que-sais-je ?

FURET Fr. La Révolution I 1770-1814, Hachette 1988

GARNSEY P., Penser la propriété : De l'antiquité à l'ère des révolutions. Les belles lettres, [histoire](#)

HARARI N.Y. Sapiens. Une brève histoire de l'humanité, Albin Michel, 2015

_Homo Deus une brève histoire de l'humanité, Albin Michel, 2015

KANTOROWICZ E., Œuvres.. Gallimard, Quatro

KOENIG G., Le révolutionnaire, l'expert et le geek : Combat pour l'autonomie. Plon, 2015

LEFEBVRE, Le marxisme, Que-sais-je ? 1948

LEVINET, Droits et libertés fondamentaux M. Puf, « Que-sais-je ? » 1^{ère} édit. 2010

LORDON F. Capitalisme désir et servitude Marx et Spinoza la Fabrique éditions 2010

MANENT P., Histoire intellectuelle du libéralisme. Hachette, coll. Pluriel

_ Les libéraux, Tel Gallimard

MAZEAU Ch., De l'influence du Droit canonique sur la législation française

MEURS D La rémunération du travail, PUF, collec. Que sais-je ? , p.41

MONOD J., Le hasard et la nécessité : essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne. Seuil, coll. Points essais

MOREAU-DEFARGES P., La gouvernance. PUF, Que sais-je ?

NEMO Ph., Esthétique de la liberté, PUF 2014

_ Qu'est-ce que l'Occident ? Puf 2^e édit. 2013

OLIVEAU F.-X. Micro capitalisme vers un nouveau pacte social, Puf, 2016

ORWELL G., 1984, Folio

_La ferme des animaux

PAXTON R.O. La France de Vichy, Editions du seuil, trad. C. BERTRAND 1997

PEYREFITTE A. La société de confiance, Edition Odile Jacob,1995

PICQ J. Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours, SciencesPo, Les Presses 2015

PROUDHON P-J. Théorie de la propriété, l'Harmattan, les introuvables, 1866, 1997

ROSANVALLON P. Le capitalisme utopique : histoire de l'idée de marché. Essai points, 1979 3^e édit. 1999

_L'Etat de 1789 à nos jours, Seuil points histoire, 1990

THIERS A., Du droit de propriété. édition Pagala

STEINER Ph. Les rémunérations obscènes. Zones, 2011

STRAYER J-R., Les origines médiévales de l'Etat moderne. Payot, 1979

VIBERT S., Louis DUMONT « holisme et modernité » , Michalon le bien commun

WEBER M. Economie et société I, les catégories de la sociologie, trad. J. FREUND et alii pocket 1995

IV. Articles, chroniques, rapports

- ADELSTEIN R. Firms as persons in Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy, 2013/2 (n° 65) p.161-182
- AMIAUD A. L'évolution du droit des sociétés par actions in Etudes offertes à G. RIPERT, TII LGDJ 1950 p.287 et s.
- AMIEL-COSME L. AMIEL-COSME, Rep.Sté, Dalloz, Rémunération des dirigeants sociaux, Juin 2017,
- ANCEL P. Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999
- ATIAS Ch. Destins du droit de propriété, ouverture in Revue Droits °propriété° p.7 ;
- AUBERT J.-L. °engagement unilatéral° Rep. civ. DALLOZ,
- AUZERO G. Le droit du licenciement pour motif économique confronté au principe de l'autonomie des personnes morales. in Mélanges en l'honneur du professeur P. Le CANNU, Dalloz, LGDJ 2014 p.655 et s.
- AYNES L. Le contrat, loi des parties, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005
- BADINTER R., Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du Droit des sociétés commerciales. Dalloz, 1969
- BALLE Fr. Encyclopaedia UNIVERSALIS, entrée °Libéralisme°
- FBARRIÈRE F. La rémunération des dirigeants sociaux : un encadrement évolutif, Droit des sociétés n° 10, Octobre 2013, étude 18
- BATIFFOL, H. La crise du contrat et sa portée , Archives de philosophie du droit, Paris, t. XIII, 1968
- BEAUD O. Nationalisation et souveraineté. La nationalisation comme acte de puissance publique. P.A., 24 nov. 1995
- _ °Souveraineté°, in Dictionnaire de philosophie politique, Ph. RAYNAUD, S. RIALS, puf 1998
- BEAUJOLIN-BELLET, R. °entreprise° in Dictionnaire du Travail, A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS, Puf 2012 p.268
- BERTREL J.-P. Liberté contractuelle et société, R.T.D.Com., 1996, 595
- _La fixation de la rémunération des dirigeants de filiale, Dr. et Patr., février 1996, p.37f
- BEZARD P. Face à face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise. LPA, 12 février 2004 n°31, p.45.
- BISSARA Ph. Les mutations de l'actionariat et le fonctionnement des sociétés cotées, Mélanges en l'honneur de D. SCHMIDT 2005 p.65 et s.
- BOITEAU Cl. Les entreprises liées aux personnes publiques, RFDA 2017, p.57
- BONICHOT J.-Cl, Encyclopædia Universalis entrée °NATIONALISATION°
- BONNEAU Th., Les fonds communs de placement, les fonds communs de créance, et le droit civil, RTD Civ. 1991
- BOURGEOIS-BERTREL B. De l'opportunité de recourir aux techniques dépourvues de la personnalité morale dans la perspective d'un LBO, Droit des sociétés n° 10, Novembre 2015, étude 16
- BOUTE G. Présentation et mise en perspective de la problématique in La rémunération des dirigeants, Ouvrage collectif, Ss direction de S. MOREIL et F. LUDWICZAK, L'harmattan 2013
- BOUVIER M. L'institution contre le contrat dans la pensée juridique et politique de Georges Renard , in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004, p.16 et s.
- BRENNER Cl. ACTE, Rép. Civ. Dalloz janvier 2013 actualisation : juin 2016
- BRETON A. La rémunération de l'indivisaire gérant, chronique XXIV, D. 1974

BRODERICK J-A., La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français, p143 et s. APD, 1968

BUREAU D. « L'altération des types sociétaires » in Mélanges offerts à Paul DIDIER. p.57 et s

CADIET L. Interrogation sur le droit contemporain des contrats in Le droit contemporain des contrats, Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU Economica

CAILLOSSE J. Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in Le droit contemporain des contrats », Travaux coordonnés par Loïc CADIET, Préface de G. CORNU Economica p. 89 et s.

_ . Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? AJDA 2016 p.761 et s

CANIVET G. La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge in Analyse économique du droit : quelques points d'accroche cycle chaire régulation/Cour de cassation Sous la direction scientifique de G. CANIVET, B. DEFFAINS et M.-A. FRISON-ROCHE, P.A. 2005 N° 99 – 3 p. 23 et s.

CATALA P. Trois figures de la propriété collective°, Famille et Patrimoine, Puf doctrine juridique,° p.107 et s.

CATHIARD C., SAINTOURENS B., LEMERCIER A. La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions : Actes pratiques 2009, n°2

CAUSSAIN J.-J. Corporate governance et gouvernement d'entreprise. Gazette du Palais, 29 Nov. 2003 n°333

L'autre président : Le président du conseil de surveillance Mélanges offerts à Paul DIDIER., p.101 et s..

CHAMPAUD Cl. Droit administratif et droit des affaires. AJDA 1995 p.82 et s.

CHAMPAUD Cl. et DANET D. Contrôle de la rémunération des dirigeants R.S. 2005 P.749

CHAPUT Y. La constitutionnalité et l'économie de marché in CREDA, L'entreprise et le droit constitutionnel, colloque du 26 mai 2010 <http://www.creda.ccip.fr> p.60

CHARREAUX G. Encyclopædia Universalis, entrée °ENTREPRISE Gouvernance d'entreprise °

CHARVERIAT A. Attribution d'une retraite à un dirigeant, RJDA, 6/1992, p.439

CHENEDE Fr. Contrat in Hommage à Georges ROUHETTE (sous l'égide de l'association Capitant), Dalloz p.25 et s.

CHEROT J.-Y. L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise, Droit administratif Avril 2006, étude 7

_ La protection de la propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel in Mélanges MOULY T.1, p.405 et s.

CHEVALLIER J. L'obligation en droit public, in APD 2000, L'obligation p.181 et s.

_ °Etat de droit° in Dictionnaire des Droits de l'homme, Sous la direction J. ADRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN et alii

COHEN D. Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ? in Mélanges Ph. MALAURIE

CONAC P.-H Le contrôle de la rémunération (*say on pay*), R.S. 2013 p.400

_ La distinction des sociétés cotées et non cotées, RS 2005, p.67

COQUELET, M.-L., JurisClasseur Sociétés Traité Stock-options

CORNETTE de SAINT-CYR, la fixation de la rémunération du gérant de SARL, Petites affiches 10 sept. 1986, p. 9

COUPET C. Rapport de l'Autorité des marchés financiers sur le gouvernement d'entreprise, la rémunération des dirigeants, le contrôle interne et la gestion des risques, Droit des sociétés n° 2, Février 2018, comm. 25

COURET A. Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. RS 1984 p. 243 et s.

_L'incidence des normes européennes sur la gouvernance des sociétés. R.S. 2005 p. 57 ;

_Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance. D.1995 p.163

_La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises, Gazette du Palais, 28 août 2014,

_Faut-il réécrire les articles 1832 (1) et 1833 du code civil ?, D. 2017 p.222

_Révision de la directive sur les droits des actionnaires des sociétés cotées, Joly sociétés 2017, p.406

COUTURIER G. La rémunération, élément du contrat de travail : Dr.social 1998, p.253.

COZIAN M. Le contrôle des rémunérations des dirigeants de sociétés, Dr.fiscal 1981, p.521

CREDOT F.-J. L'encadrement des rémunérations des dirigeant , JSS Mai 2013, n°108, p.3

DABIN J. °DROIT Théorie et philosophie du Droit° in Encyclopédie UNIERVERSALIS

DANET D. Misère de la corporate governance, Revue internationale de droit économique. P.407 à 433

DANIEL J.-M. °Libéralisme° in Dictionnaire de l'économie, Encyclopædia Universalis Paris 2010, entrée

De LABROUE de VAREILLES-SOMMIERES G. La définition et la notion juridique de la propriété, RTD civ. 1905 p.443 et s.

DEBOISSY Fl., Le contrat de société Rapport français pour les journées brésiliennes, Association Capitant, 2005

_La fiscalité de l'entreprise indivise in, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée à Bordeaux, L'indivision, Dalloz 2005

_L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels, RdC, 2007,n°3, p.1006

___ ISF et appréciation du caractère normal de la rémunération du président du C.S. RTD Com. 2004 p. 175

_ L'essentiel des réformes. Le renforcement de la démocratie actionnariale. LPA n°154, p.13

_ Acte anormal de gestion et groupe de sociétés : orthodoxie juridique versus réalisme économique ? in Etudes à la mémoire du professeur Maurice COZIAN, LexisNexis 2009

DEBOISSY Fl., SAINT-PAU J.-Ch., La divulgation d'une information patrimoniale. D.2000 chro. P.267

DEBOISSY Fl., WICKER G. Art. 815 à 815-18 - Fasc. 60 : SUCCESSIONS. – Indivision. – Indivision et société

_ Droit du contrat et droit du marché : éléments pour une problématique, RdC, 2006 n°4, p.1321

_ Le statut juridique et fiscal des associations cultuelles, Mélanges en l'honneur du professeur J. HAUSER, LexisNexis, Dalloz 2012

DECOOPMAN N. Entreprises privées, Entreprises publiques (Pdf présent sur internet)

DELATTRE Ch. La rémunération du débiteur et du dirigeant en procédure collective, Revue des procédures collectives n° 5, Septembre 2017, alerte 39

DELEBECQUE Ph. Les « single ship companies » Mélanges en l'honneur du professeur P. Le CANNU, Dalloz, LGDJ 2014, p.126 et s.

DELOS J.T., La théorie de l'institution, la solution réaliste des problèmes de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, A.P.D., 1931, pp.

DELVOLVE, Droit de propriété et droit public, Mélanges BRAIBANT

DIDIER P. Théorie économique et droit des sociétés, études SAYAG, 1997, p. 227 et s. p.228

_Le consentement sans l'échange : contrat de société. RJC 1995, n°11

_Une définition de l'entreprise in Le droit privé Français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. CATALA, LITEC

_La théorie contractualiste de la société. R.S. 2000 p. 95

_ entrée °ENTREPRISE, in Dictionnaire de la culture juridique, Denis ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadriga dico poche 1ère édit. 2003 p.625 et s.

DIDIER Ph. Les origines de la représentation légale de la société in Mélanges en l'honneur du professeur Michel GERMAIN, LexisNexis, LGDJ, 2015, p.273 et s.

DOCKES E., De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur. Etudes offertes à J. PELISSIER, Dalloz, pp.203-211, 2004

DOM J.-Ph. La fiducie gestion et le contrat de société, éléments de comparaison, Revue des sociétés 2007 p. 481

DONDERO Br. Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ, R.S. 2014, p.7

_ La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants ! Gazette du Palais, 06 octobre 2012

DRAGO G. Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture, CRDF, n°9, 2011, p.31-39

DROSS W. Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? RTD Civ. 2015

Du PONTAVICE E. La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme » Mélanges BASTIAN, Lib. Techniques, 1974

O. DUBOS, La volonté dans l'acte législatif de l'union européenne : Mélanges en l'honneur du Professeur J. HAUSER, Lexisnexis, Dalloz p.811 et s.

DUCOULOUX-FAVAR Cl. Quand y a-t-il rémunération excessive des dirigeants de société ? Gazette du palais 2010 n°35 p.11

DULONG D. Encyclopaedia Universalis, entrée ° institution° ;

DUPUIS G. Définition de l'acte unilatéral, in recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN, Paris Cujas 1975 p.205 et s.

DURAND P. A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail, J.C.P. 1944

EL AHDAB J. Les Parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée », C. CATHIARD, B. SAINTOURENS et A. LEMERCIER, La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions : Actes pratiques 2009, n°2 C. CATHIARD, B. SAINTOURENS et A. LEMERCIER, La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions : Actes pratiques 2009, n°2 R.S. 2004

FAVARIO T. Regards civilistes sur le contrat de société, Revue des sociétés 2008

FAVEREAU O. Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie. In Droit et économie des contrats (sous la direct.) Ch. JAMIN LGDJ 2002

FEREY S. Encyclopaedia Universalis entrée °La nature de la firme, fiche de lecture Ronald COASE°

FOY R. Stock-options Rep. Sté, DALLOZ

_ Attribution gratuite d'actions (Régime juridique), Rep. Sté Dalloz 2013

FRANÇOIS B. Vers un nouvel encadrement des retraites chapeau, Revue des sociétés 2015 p. 266

FRISON-ROCHE, M.-A., Le contrat et la responsabilité : Consentements, pouvoirs et régulation économique, RTD civ. 1998, p.43 s.

_ Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 573 et s.

GATTY, Le vieux problème de la rémunération des dirigeants, in « L'entreprise multinationale dans tous ses Etats », APD 2014, tome 56

_Les hautes rémunérations. Constats et causes », Commentaire 2012/3 (numéro 139), p.757-764

_Les hautes rémunérations. Quelques principes, commentaire n°141, p.73 et s. CAIRN

GARRON F. La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales, RS 2004, p.795 et s. n°23 ;

GASTAUD, J.-P. et alii, Dossier L'Etat actionnaire. JCP E n°41, 14 oct. 2010, 1884

GERMAIN M. Rémunération des dirigeants : évolution ou révolution ? JCP E juin 2009, 1576

GERMAIN M., MAGNIER V., NOURY M.-A. « La gouvernance des sociétés cotées », JCP E 2013, n° 1637

GHESTIN, le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle vol.92, 2e et 3e trim.. 2000 pp.81-100 p.83

—

GISLAIN J.-J Encyclopaedia Universalis, °INSTITUTIONNALISME, économie° ;

HALLOUIN, J.Cl. La fixation de la rémunération des dirigeants de société anonyme par un comité : validité de la décision et qualité pour agir en nullité. D.1996 p.186

HALPERIN J.-L. Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? conférence faite au Japon aux universités Nanzan (Faculté de droit Nagoya) et Keio (Faculté de d..2010) <Hal-0046038

_ Histoire du droit et théorie du droit, Un essai de conciliation. In APD, T.51, L'égalité, p.281-p.296

HAMEL J. Droit civil et droit commercial en 1950, Etudes Ripert p.261 et s.

_ L'article 40 de la loi de 1867 et la rémunération des présidents de Sociétés anonymes. GAZ. PAL. 1957, p.60

HAMELLE A. Say on pay ?. - L'actionnaire et la société, le contrat ou l'institution, La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 18 Juillet 2016, doct. 867

HANSMANN H., KRAAKMAN R. The end of history for corporate law, Harvard law School, Cambridge, 2000 (Pdf Internet valable Août 2016)

HAURIOU M. La théorie de l'Institution et de la fondation in Cahier de la nouvelle journée n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925

HEBRAUD Ph. Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques. Mélanges MAURY Tome II p.419-476

HILAIRE J. Une histoire du concept d'entreprise, A.P.D. 1997, p.341-353,

HOPT J. Le gouvernement d'entreprise-Expériences allemandes et européennes, R.S., 2001, p.1 et s.

JEANDIDIER W. L'abus de biens sociaux, un monstre juridique ?, cahiers de droit de l'entreprise n°1, LexisNexis, jan-févr. 2006 p. et s

JOBERT L. Le say on pay juridiquement contraignant. L'affaire Renault, suite et fin, RDBF 1/2017,

JOUANJAN O. La théorie allemande des droits fondamentaux AJDA 1998 p.44

_ °Etat de droit° in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, p.651

JOSSERAND L. L'essor moderne du concept contractuel. P.333 in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Tome II « Les sources générales des systèmes juridiques actuels » Paris, Sirey-301 p.337

JULIENNE Fr. La gestion des biens pour autrui. R.R.J. 2008-3 p.1324

KELSEN H. La théorie juridique de la convention. Archives de philosophie du droit, 1940, p 33 et s.

KERVEGAN J.-Fr. « From Status To Contract » ? in « Repenser le contrat », sous la direction de Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, Dalloz, 2009 p.93 et s.

LACAN R.-A. P, DIDIER P. La réforme de l'article 40, rémunération du président, 1967.

LAGARDE G. De la société anonyme à l'entreprise publique Etudes Ripert T.II p.296 et s.

_ Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? in Mélanges JAUFFRET 1974, p.429

LAGARDE X. Pourquoi le droit est-il complexe ? Le débat, 2003/5 n°127, p.132-142

LAMARCHE Th. La notion d'entreprise, RTD Com. 2006 p.709

LAQUIEZE A. ° Libérales (les doctrines -classiques et les droits de l'homme, 1789-1914) in dictionnaire des droits de l'homme, p.617

LARDEUX G. Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire. RTD Civ. 2013, p.471

LAZZERI Ch. LOCKE et le fondement du droit de propriété, ses.ens.-lyon.fr/ses/fichiers/lund-eco-locke.doc [Valable au 20.10.2018]

LE CANNU P. Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales. Melanges AEDBF-France 1997 p.247

_ Rémunérations des dirigeants de la société anonyme et contrôle des conventions, Joly sté 1996 p.567

_ Société anonyme : les attraits du vice-président RTD Com. 2014 p. 235

_L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi no 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, Rev. sociétés 2007. 465

_Les retraites chapeau, bref état des questions, Joly Sté 2015, p.209

_L'encadrement de certains éléments de rémunération, indemnité et avantages accordés aux dirigeants. RTD Com. 2005 p. 764

LECOURT B. Chronique de droit européen des sociétés. Application des règles relatives au gouvernement d'entreprise au sein de l'Union Européenne R.S. 2010 p.127

_Vote des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : conformité du droit français aux futures exigences européennes ? 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, dite « Loi Sapin 2 », art. 161, Revue des sociétés 2017 p.118 ;

LEPAGE H. analyse économique et théorie du droit de propriété, in Revue Droits °propriété°, p.103

LEFEBVRE-TEILLARD A. La révolution : une période décisive pour les sociétés par actions. R.S. 1989 p. 345 et s.

Le NABASQUE H. Le champ d'application du nouveau say on pay (loi Sapin 2 du Le champ d'application du nouveau say on pay (loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017) 9 décembre 2016 et décret du 16 mars 2017)

LIBCHABER R. les biens, Rep. Civ. Dalloz, 2016 n°11

_La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec 2004

_Réflexions sur les effets du contrat », in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz, Paris, 2005

_Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? Defrénois 30 janv. 1997, p. 65

_La propriété, droit fondamental, Libertés et droits fondamentaux, in Libertés et droits fondamentaux 2013, 19^e édit. sous la dir. R. CABRILLAC

_Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain. RTD civ. 2003, p.166

LUCAS Fr.-X. Cass. com., 27 févr. 2001, Sté Malteries franco-belges c/ Bemheim : Juris-Data n° 008492, Rémunération du président, Droit des sociétés n° 6, Juin 2001, comm. 99

LUTER M. Le code de bonne conduite allemand du gouvernement d'entreprise : une introduction.,RS 2002 p.667 et s. ;

LYON-CAEN G. Encore la rémunération des PDG, Dalloz Affaires 1996.162

LYON-CAEN G., LYON-CAEN A. La doctrine de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise p.599-621 Paris, LITEC, 1978

MAGNIER V. Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ?, JCP E 2008, act. 280

MAGNIER V., PACLOT Y., Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées. D. 2009 p. 1027

MARTIN-LAPRADE Fr. Associé de l'entreprise in Mélanges en l'honneur du professeur P. Le CANNU, Dalloz, LGDJ 2014, p.409 et s.

MAURY J. Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Troisième journée de droit Franco-Latino-Américaines (Toulouse, octobre 1950)

MAY J.-C. La société : contrat ou institution, in Contrat ou Institution : un enjeu de société, ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ systèmes Droit 2004 p.123

MAZEAUD H. Défense du droit privé , D.1946 chro. P.18

Institut MONTAIGNE : Comment "bien" payer les dirigeants d'entreprise? Amis Curiae, www.Institutmontaigne.org

MILLARD E. L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie, Presses universitaires du Mirail, pp.415-443, 2001, Amphi 7.

MONTERAN, T. L'impact des procédures collectives sur la rémunération des dirigeants, p.46 et s. in Dossier les instruments de la rémunération des dirigeants, JSS sept. 2012 p.10 et s.

MOULIN J.-M. La rémunération des dirigeants sociaux – Aspects de droit des sociétés in Dossier la rémunération des dirigeants sociaux, Actes pratiques et stratégie patrimoniale Jan.mars 2014, lexis nexis, p.7 n°2

MORIN G. Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété in Etudes RIPERT T.2 p.3 et s.

MESTRE J. La société est bien encore un contrat, Mélanges MOULY, Litec 1998, p. 130.

MILLARD E. HAURIUO et la théorie de l'institution , Droit et société 30/31-1995 (p.381-412)

NAVARRO J.-L. L'acculturation du droit français des sociétés par la corporate governance : réalité ou faux-semblants ? in J.-L. NAVARRO et G. LEFEBVRE, L'acculturation en droit des affaires, les éditions thémis

OLZAK E. la rémunération des dirigeants in La rémunération des dirigeants, Ouvrage collectif, Ss direction de S. MOREIL et F. LUDWICZAK, L'harmattan 2013

OPPETIT B. « Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une SA. », JCP G 1969, 2227
 _ Ethique et droit des affaires, Mélanges COLOMER, Paris, Litec, 1993, pp. 319-333

PACLOT, Y. Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question. D. 2007, p. 1670.

PACLOT Y., MALECKI C. Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages, des dirigeants de sociétés cotées, D. 2007. Chron. 2481

PAGNUCCO J.-Ch. Fasc. 130-40 ADMINISTRATION . - Rémunération des administrateurs, LexisNexis

PAILLUSSEAU J. Qu'est-ce que l'entreprise ? in L'entreprise : nouveaux apports, Etudes coordonnées par J. JUGLAUT, Rennes 1987, Economica p.11-88
 _Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ.1993, p.705
 _le droit des activités économiques à l'aube du XXIe s. D.2003 p.260
 _La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés. Etudes offertes à J. BEGUIN, p. 567 et s.

PASQUALINI F. Le choix de la forme sociale » in Mélanges offerts à Paul DIDIER. p.363 et s.

PATAULT A.-M., °propriété°, D. ALLAND et Stéphane RIALS, LAMY, Puf quadrigé dico poche, p.1253 et s.

PAISANT G. rep.civ. Dalloz, °Clause Pénale° 2003.

PERROUD J. La condition de l'actionnaire in Etudes RIPERT T.2 p.319 et s.

PICAND-L'AMEZEC A. l'autorémunération du président du C.A., Joly 1988.319 ;

PICARD E. °Droits fondamentaux°, in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Lamy, PUF, 2003, p.544 et s. not. P.545

PORTEMER J. Du contrat à l'institution, JCP 1947, I, 586.

POUGHON J.-M. L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre juridique et réalisme économique, http://europedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5 (Pdf valable le 02/01/2016) p.5

PRIEUR J. Droit des contrats et droit des sociétés, Mélanges SAYAG, 1997, p.371 et s.

RADE Ch. HANNOUN C. Faut-il limiter la rémunération des dirigeants d'entreprises ? Revue de droit du travail 2009 p.140

RANDOUX D. La spécialisation des sociétés, Mélanges WEIL, p.471

REVET Th., La propriété de la personnalité, Gazette du Palais, 19 mai 2007 n° 139, P. 49
 _Propos introductifs in Les prérogatives contractuelles, RDC 01 avril 2011, n°2 p.639 et s.
 _ Objectivation ou subjectivation du contrat Quelle valeur juridique ? in La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, Dalloz 2003 Actes du colloque organisé le 14 mai 2002 p.83 et s.

_ La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la dir. Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, Economica, études juridiques. p.31 et s.

_ propos introductifs in Les prérogatives contractuelles, RDC 01 avril 2011, n°2 p.639 et s.

REYGROBELLET A., COURET A. Le dirigeant de sociétés anonymes en France, in :La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance. Sous la direction de Yves CHAPUT et Aristide LEVI. Lexis Nexis 2008

RICHARD E. « Mon nom est personne » : La construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience, Entreprise et histoire, 2009/4 n°57

RICOEUR P. °ONTOLOGIE°, Encyclopædia Universalis

_ °VOLONTE° inEncyclopædia Universalis

_ °ALIENATION° Encyclopaedia Universalis

ROBE J.-Ph L'encadrement de la cession des sites voués à la fermeture loi Florange et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise, p.327 et s. in SUPIOT,

_ Pour en finir avec Milton FRIEDMAN. Misère de la théorie de l'agence, in La crise de l'entreprise et de sa représentation, sous la dir. De A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz 2012,

ROCHFELD J. La contractualisation des obligations légales, la figure du contrat pédagogique Repenser le contrat, sous la direction de Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, Dalloz 2009 in P.261 et s.

ROSANVALLON, P. Les corps intermédiaires et la question du jacobinisme » in Constructif n°30 novembre 2011 (site internet vérifié le 15 janvier 2018)

ROUHETTE G. entrée °CONTRAT° Encyclopædia Universalis

_entré °PROPRIETE° Encyclopædia Universalis

_entrée °Acte juridique°, Encyclopædia Universalis

_La révision conventionnelle du contrat. R.I.D.C. 2-1986 p.369

_La force obligatoire du contrat, p.27 et s. (rapport français Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaise, ss la direct. de D. TALLON et D. HARRIS LGDJ 1987

_La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents in Droits, revue française de théorie juridique n°7, l'acte juridique 1988

P.29 et s.

ROUSSILLE M. Extension du dispositif aux retraites chapeaux., Droit des sociétés n° 10, Novembre 2015, comm. 170

_Loi Sapin 2 et droit des sociétés, JCPE 2017, 1048, n°3 et s. ;

SAINT-SERNIN B. Encyclopaedia Universalis, entrée °INDUCTION, philosophie°

SAINTOURENS B. Rep. Sté Dalloz, Président du conseil d'administration

SAINTOURENS B., EMY Ph., La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique « Sapin 2 Revue des sociétés 2017 p.131

SALEILLES R. Histoire des sociétés en commandite, Annales du droit commercial, 1897 et 1898, n°49 à n°63

SAULPIC O., TANGUY H. Les enseignements de la théorie financière pour évaluer le rôle de FIE , in La montée en puissance des fonds d'investissement. Quels enjeux pour les entreprises ? Sous la direction de Dominique PLIHON et J.-P. PONSSARD. Les études de la documentation française.

SAUVE J.-M. Justice administrative et Etat de droit, www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Justice-administrative-et-Etat-de-droit

_ Les entreprises publiques in les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique (www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-entreprises-publiques , lien valable au 01.11.2018)

SCHILLER S. Rép. sociétés Pactes d'actionnaires Dalloz, 2006,

SCHMOECKEL M. « De la corporation au gouvernement d'entreprise. Traditions nationales des sociétés anonymes et séparation entre propriété et direction », collège de France juin 2014, in L'entreprise dans un monde sans frontières Perspectives économiques et juridiques, Sous la direction d'A. SUPIOT, Dalloz 2015

SEGUIN, Le contrôle par le fisc de la rémunération des dirigeants de sociétés, Gaz. Pal., 1991, II, doct. P.629

STIRN B. L'Etat de droit : constitution par le droit et production du droit in Conseil d'Etat, Droits et Débats, Où va l'Etat ? un cycle de conférence du C.E. Tome 1, La documentation française 2015

STORCK M. Gestion individuelle et gestion collective de portefeuille : principales tendances de la législation française et européenne, Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2005, dossier 1

_ La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée in Mélanges en l'honneur du professeur P. Le CANNU, Dalloz, LGDJ 2014 p.399 et s.

STOYANOVITCH K. La théorie du contrat selon E. B. PACHOUKANIS, A.P.D. 1968,

SUPIOT A. relativise cette distinction en droit du travail A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Droit social 2003

-Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise, European University Institute Law Department PUF, décembre 1985, PDF décembre 2015 p.621 et s

_La religion au travail, Mélanges en l'honneur du Professeur J. HAUSER, LexisNexis, Dalloz 2012 p.1031 et s.

_Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008, RIT n°149 (2010)

TCHOTOURIAN I. Simplification du droit des sociétés. Indépendance et rémunération des administrateurs. D.2007, p.2092

TERRE Fr. La disparition des tantièmes. Commentaire de la loi n°1975 n°1347 du 31 décembre 1975. R.S. 1976, pp.237-256

_ L'évolution du droit de propriété depuis le code civil Revue Droits consacrée à la "propriété" p. 38

_la personne et ses patrimoines ou l'EIRL, JCP E 2011 p.43

_Sur la notion de libertés et droits fondamentaux p.3 et s., n°1 et s in, Libertés et droits fondamentaux 2013, 19^e édit. sous la dir. R. CABRILLAC

TORCK St. Rémunération des dirigeants de sociétés cotées : la régulation plutôt que la moralisation , Droit des sociétés n° 10, Octobre 2013, comm. 163

TUNC A. Le rapport VIENOT sur le conseil d'administration des sociétés cotées R.I.D.C. 3- 1996 n°3, pp.647-655

_La révolution américaine : présentation et applications des « principes of corporate governance » in La corporate governance à la française, n° spéc. LPA 27 sept. 1995

_ La rémunération des directeurs de sociétés. Le rapport GRENNBURY et la réponse de la bourse. RIDC 1996 p.113 et s.

_ Le gouvernement des S.A. au R.U. : le rapport HAMPEL, RIDC 1998 p. 912, RIDC 1998 p. 912

UETTILLER J.J. La rémunération des dirigeants d'entreprise. Un sujet de controverse p.10 in Dossier les instruments de la rémunération des dirigeants, JSS sept. 2012 p.10 et s.

UETTILLER J.-J., LEGOUT A.L. Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants, p.11-19

VAN OMMESLAGHE, Le droit public existe-t-il ? Rev. Dr. ULB 33 2006

VATINET R. Le clair-obscur des stock-options à la française, Rev. sociétés 1997, n° 13, p. 31.

VEDEL G. La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative. JCP G 851 année 1947 ? Notion conceptuelle et notion fonctionnelle.

VIANDIER A. L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux. - (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées juin 2013) La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 29, 18 Juillet 2013, 1416

_ La soumission des indemnités de départ des dirigeants à la procédure des conventions réglementées R. JCP E 2005, n°44, 1585

VIDAL D. Les modifications apportées par l'art. 17 de la loi no 2007- 1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé, Bull. Joly 2007. 1148

VINCENT C. Fasc. 3-12 : Réformes récentes du droit des sociétés . - Évolution de 2000 à 2011 ; L. n° 2001-420, 15 mai 2001 : JO 16 mai 2001, p. 7776. -

WESTER-OUISSE V. La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme, JCP G 2009, I, 121

_La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme, JCP G 2009, I, 121

WICKER G. La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT In Mélanges Oppetit, 2009 p.689 et s.

_La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique », p. 53 et s. in G. MÄSCH, D. MAZEAUD, R. SCHULZE, « Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe, Edit sellier 2009

_Force obligatoire et contenu du contrat in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz 2003

_Fasc. SUCCESSIONS. Mandats successoraux.- Le mandat à effet posthume, LexisNexis 2009

_La légitimité de l'intérêt à agir, in Mélanges SERRA

_L'entreprise indivise et les procédures collectives, in, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journée à Bordeaux, L'indivision, Dalloz 2005 p.31 et s.

WICKER G, PAGNUCCO J.-Ch. Rep.civ Dalloz, entrée ° Personne morale, septembre 2016

WITZ Cl. Georges Rouhette et l'acte juridique p. 49 et s.

YEOMANS M. Le gouvernement d'entreprise au Royaume-Uni. Gazette du palais, 29 novembre 2003, n°333, p.29 et s.

ZENATI FR. Le droit et l'économie au-delà de MARX, in A.P.D., Droit et Economie, 1992, p.121 et s.

_Pour une rénovation de la théorie de la propriété. RTD civ. 1993 P. 305 et s.

_Caractère constitutionnel du droit de propriété, RtD civ. 1996 p.932 et s.

_Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine, RTD civ. Oct. Déc. 2003 p.667 et s.

_L'immatériel et les choses, A.P.D. n°43, 1999

_La propriété, mécanisme fondamental du droit , RTD Civ. 2006 p.445 et s.

_La propriété collective existe-t-elle ?, in Mélanges GOUBEAUX, 2009 p.589 et s.

Jurisprudence, notes de jurisprudence et de décisions

_ Cour de cass. 30 mai 1892, D. 1893, I, 105, THALLER

_Arrêt Motte du 4 juin 1946, JCP 1947, II, 3518 BASTIAN,

_TGI VERSAILLES, 24 septembre 1962, J. CARBONNIER, D. 1963, 52

_Cass.com. 17 mai 1971, Bruno OPPETIT, RS 1972 p.699

_CA Paris 27 juin 1980, Chapuis c/ Chevrier

_Cass. com. 16 juillet 1985, SA Pharmar c/ Hudry Cass. com., 16 juill. 1985, n° 83-17.416, SA Pharmar c/ Hudry : JurisData n° 1985-702079 ; Bull. civ. 1985, IV, n° 217 ; Rev. sociétés 1985, p. 842, note J. GUYENOT ; Bull. Joly 1985, p. 865, § 293 ; D. 1986, inf. rap. 84

_Cass. com. 3 mars 1987, Sté Union de Banques à Paris c/ Lebon, Bull. civ. IV, n o 64, Bull. Joly 1987.218, Rev. sociétés 1987.266, note Y. GUYON ; Gaz. Pal. 1987.1.264, note B. HATOUX, D. 1987, IR 64 ; Y. CHARTIER et J. MESTRE, Les sociétés, Les grandes décisions de la jurisprudence, 1988, PUF, p. 217

_CE 18 décembre 1992, RJF 2/93, n°220 Critère de la relation entre le service rendu et la rémunération allouée.

_Bull. COB n°367, avril 2002, p.63 ; RD bancaire et financier 2002, comm. n°166, obs. H. LE NABASQUE

_CA Paris, 14 juin 2002 CAUSSAIN, DEBOISSY, WICKER, JCP E 17 avril 2003, 627 n°7.

_Cass. com. 16 juill. 1985, Bull. civ. IV, n o 217, D. 1986, IR 84, Rev. sociétés 1985.842, note GUYENOT, Bull. Joly 1985.865

Cass. com., 12 déc. 1995, n° 94-12.489, SA Pharmar c/ Hudry : Bull. Joly 1996, p. 207, § 68, note P. LE CANNU.

_Cass. com. 3 mai 2000, Dr. sociétés 2000, no 110, Bull. Joly 2000.821, note P. LE CANNU

_Cass. com. 24 oct. 2000, RJDA 2/2001, n°177 ; P. LE CANNU, RS 2001 p. 95 ; M. STORCK, Cass. com., 24 oct. 2000, no 98-18367, Roussel-Hugon c/ SA L'Impeccable « Le conseil d'administration a compétence exclusive pour attribuer ou pour supprimer une pension viagère au profit du président du conseil avec réversibilité au conjoint survivant, sans l'accord es bénéficiaires », Bulletin Joly Sociétés 2001 ; RJDA 2/2001, n°177

_Cass. Com., 27 févr. 2001, Joly 2001, §159, p. 631. M. STORCK ; Dr. Stés Mai 2001 p.21 n°85

_CA Paris, 3 mai 2002, RTD Com 2002. 482. obs. CHAMPAUD et DANET. Rémunération et Abus de majorité

_CA de Paris, 3e ch., sect. C. du14 juin 2002, Cormorant c/ Antoine : JurisDatan° 2002-192870 ; JCP E 2003, 627, n° 7, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; Rev. sociétés 2002, p. 575, note Y. GUYON

_Com. 30 nov. 2004, Rev. Sociétés 2005. 631, note J.-J. BARBIÈRI

_L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 : JO 27 juill. 2005, p. 12160 ; JCP E 2006, 1535.

_Cass. 2e civ., 20 sept. 2005, n° 03-30.709, SA Thales training et simulation c/ URSSAF Paris : JurisData n° 2005-029769 ; Dr. sociétés 2006, comm. 46, note Th. BONNEAU ; JCP E 2006, 1047, note R. VATINET ;

_Cass. Com. 11 oct. 2005, D. 2005. AJ 2743, note LIENHARD ; Dr. sociétés, déc. 2005, no 219, p. 36, note H. HOVASSE; Bull. Joly 2006, p. 498, note D.VIDAL ;

_Cass. Com., 12 décembre 2006, Th. REVET, Dividende: nature et exercice. Joly société, 01 mars 2007 n°3, p.363

_Cass.com. 10 févr. 2009, Mathey c/ SA NRJ Group, Dorothée GALLOIS-COCHET, Droit des sociétés 2009, comm.74, Réduction rétroactive de la rémunération des membres du directoire ; P. Le CANNU, Joly Sociétés juin 2009 p.556.

_CA Paris, 3°, 07 oct. 2008, SA Carrefour c/ Bernard, Joly 2008 p.976, D. SCHMIDT; D. GALLOIS-COCHET, Droit des sociétés Février 2009, comm.30 ; Joly 2008 p.976, D. SCHMIDT;

_Cass.com. 31 mars 2009, Dr. Soc. 2009, n°116 note COCHET-GALLOIS, Joly Sté 2009, p.680 note LE CANNU ; B. DONDERO, Le caractère abusif de la décision refusant d'augmenter le gérant d'une SARL, R.S.2009 p. 601

_Cass. com. 10 novembre 2009, B. SAINTOURENS, Joly févr. 2010 ; Y. PACLOT, conditions de versement d'un complément de retraite à un ancien dirigeant. JCP E 2010, 1087 ; Cass. com. 10 novembre 2009, Bernard c/ Carrefour, P. LE CANNU, Le juge et le retraité (à propos d'une retraite-chapeau déclarée injustifiée). RS mars 2010, p.38 ; M. ROUSSILLE, Dr. des sociétés n°3, Mars 2010, comm..46 ; B. SAINTOURENS, Joly févr. 2010, Y. PACLOT, conditions de versement d'un complément de retraite à un ancien dirigeant. JCP E 2010, 1087 ; P. LE CANNU, Le juge et le retraité (à propos d'une retraite-chapeau déclarée injustifiée). RS mars 2010, p.38 ; M. ROUSSILLE, Dr. des sociétés n°3, Mars 2010, comm..46

_Cass. Com 4 mai 2010, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, JCP E 2010. 1993, n° 3, n° 84 ; A. COURET Rev. Sociétés 2010. 222, A. LIENHARD D. 2010. 1206 ; ibid. 2797, ; C. CHAMPAUD et D. DANET RTD com. 2010. 563; M. ROUSSILLE Dr. sociétés 2010, comm. 139 ; A. COURET, RS juin 2010 p.222. Le gérant associé d'une SARL peut voter sur sa propre rémunération

_Cass. com. 31 mai 2011, n°09-13975 : Act. proc. coll. 201, comm.2007, obs. J.-Ch. PAGNUCCO

_Cass. com.25 septembre 2012, n° 11-22.754 (n° 901 F-P+B) Recueil Dalloz 2012 p.2302 ;

_ Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24.889, F-P+B, Sté Grand Sud investissements c/ Sté d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar : JurisData n° 2014-026547, J. de CALBIAC, JCP E, n° 3, 15 Janvier 2015, 1012 Rémunération des dirigeants de SAS et convention réglementée

_Loi n° 2015-990, 6 août 2015, art. 229 , M. ROUSSILLE, Extension du dispositif aux retraites chapeaux., Droit des sociétés n° 10, Novembre 2015, comm. 170

_Cass.com. 15 mars 2017, n° 14-17.873, A. LECOURT, Assouplissement des conditions de fixation de la rémunération du gérant de SARL ? Rev. Sociétés 2017. 491

Cass. Com., 17 mars 2015, n° 14-10.987 (F-D), J. c/ Sté Ramsay santé, Liberté statutaire dans la SAS et révocation d'un organe de direction, Revue des sociétés 2016 p.38, M. RAKOTOVAHINY,

_ Com. 21 juin 2017, n° 15-19.593, F-PBI, D. 2017. 1301

Table des matières

Introduction générale	9
Partie I L'existence d'un conflit de qualification de la rémunération	26
Titre I L'institutionnalisation de la rémunération des dirigeants.....	32
Chapitre I Avènement de la qualification institutionnelle de la rémunération	36
Section I La théorie originelle de l'institution	36
Section II Importation de la théorie institutionnelle en droit des sociétés	47
§1. Idée existante chez les auteurs publicistes de l'institution.....	49
A. Dissociation de l'intérêt des gouvernants de l'intérêt général grâce à l'émergence de la notion d'Etat.....	49
B. La dissociation appliquée à la grande entreprise privée	50
§2. La diffusion au droit des sociétés : la nature de la société, du contrat à l'institution ?.....	56
Chapitre II Le sous-jacent idéologique de l'analyse institutionnelle	61
Section I L'influence du paradigme institutionnel et ses conséquences sur la relation juridique Dirigeant- « Société ».....	67
§1. Une erreur d'appréciation concernant la dissociation entre gestion et propriété au sein des grandes entreprises	68
A. L'analyse juridique défailante de l'entreprise privée	69
B. La prédominance initiale de l'analyse économique	72
§2. Consécration de la vision institutionnelle de la relation dirigeant-société avec le régime de Vichy	83
A. Vichy ou le tournant planiste du droit des sociétés	85
B. Une vision institutionnelle confirmée à la libération : de l'arrêt Motte à la loi du 24 juillet 1966	90

Section II La théorie institutionnelle, une théorie inféodée à une vision planiste de l'économie.....	95
§.1 Le prétendu statut du dirigeant social déterminé unilatéralement.....	96
A. Conception organique du lien dirigeant/société et analogie avec le statut du fonctionnaire d'Etat	96
B. Une conception justifiée par le contexte politique et économique	103
§2. Le changement de paradigme : retour d'une vision individualiste/libérale de l'entreprise.....	110
A. Aporie entre vision institutionnelle et économie de marché	111
B. Remise en cause de la firme managériale par les économistes.....	116
Titre II L'existence d'une dualité pratique de qualification de la rémunération	136
Chapitre I Les formes sociales où la rémunération est susceptible d'être qualifiée d'institutionnelle.....	140
Section I La qualification institutionnelle de la rémunération dans la société anonyme	142
§1. La qualification de la rémunération des membres de conseil (mandataires sociaux non exécutifs)	145
§2. La qualification actuelle de la rémunération versée aux mandataires sociaux exécutifs.....	149
A. Les éléments de rémunérations dits institutionnels (rémunérations fixes et variables).....	162
B. Les éléments de rémunération susceptibles de constituer une convention réglementée.....	167
1 Rémunérations susceptibles d'être soumises aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes non cotées.	168
a. La retraite complémentaire	168
b. Les indemnités de départ	170

2.Rémunérations susceptibles d’être soumises aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes cotées.	173
3.Le cas particulier des rémunérations en titres de la société	182
a. Stock-options	183
b.Les autres formes de rémunération en capital	190
Section II La rémunération du gérant de S.A.R.L.	201
§1 Procédure de détermination de la rémunération du gérant de SARL	201
§2 Nature de la rémunération et procédure des conventions réglementées.	203
Chapitre II Les Entités où la rémunération est susceptible d’être qualifiée de contractuelle	212
Section I La nature contractuelle dans les sociétés personnifiées	214
§1 La rémunération du mandataire de Société par actions simplifiée	215
§.2 La qualification de la rémunération dans les autres sociétés personnifiées	219
A. La rémunération des dirigeants d’une Société en commandite par actions ..	220
B. La rémunération du gérant de société civile	221
C. La nature de la rémunération du gérant de SNC	222
Section II La question de la qualification de la rémunération dans les entités non personnifiées	226
§1. Typologie d’entreprises non personnifiées	227
A. Les différents types d’entreprises non personnifiées	229
1 La société en participation	229
2 La société créée de fait.....	230
B. Les autres possibilités d’organisation juridique de l’entreprise	231
§2. Analyse juridique de la rémunération d’un dirigeant d’une entité non personnifiée	234

Partie II Proposition d'une qualification unitaire de la rémunération

.....	240
Titre I Analyse macro-juridique de la rémunération : nature de la rémunération corrélée à la nature de l'entreprise privée	242
Chapitre I L'essence de l'entreprise privée : la propriété privée, lien fondamental entre l'entrepreneur et l'entreprise	246
Section I Critique de la thèse de l'entreprise privée perçue comme une entité autonome	248
§1 Présentation de thèses personalistes : deux exemples	249
A. Philosophie des thèses personalistes/autonomistes : existence d'un tronc commun	249
B. Deux exemples de théories « autonomistes »	251
1. Ecole de Rennes/ doctrine de l'entreprise	251
2 L'entreprise selon MM. ROBE et SUPIOT : la « stake Holder theorie » à la française	255
§2 La critique des visions néo-personnalistes	260
A. Critique par la notion de droit subjectif : seul un être humain est réellement titulaire de droits subjectifs	263
1. Identité entre droit subjectif et propriété privée : une même volonté privée	264
2. La volonté privée, fondement de l'entreprise privée	272
B. Critique par la notion de pouvoir: autonomie relative du droit des sociétés .	278
Section II Tentative de définition de l'entreprise privée	285
§1 La propriété privée des moyens de production, matrice de l'entreprise privée	287
A. L'incontournable propriété privée dans une économie de marché.....	288
1 Rappels historiques de la propriété privée	289
2 Finalité individuelle de la propriété privée	293

B. La conceptualisation limitée de la propriété privée : réduction de la propriété quant à son étendue	296
1. Réduction du droit de propriété à la corporéité.....	297
2. Vision construite par la doctrine romaniste	299
3. La non conceptualisation des propriétés privées collectives	300
§2 Proposition de définition de l'entreprise privée	315
A. L'entreprise privée, une nature corrélée à celle de l'ordre juridique	317
B. Définition globale de l'entreprise privée, économique et juridique	325
1 Définition partielle de l'entreprise privée.....	325
2 L'entreprise privée en tant que faculté d'appropriation : entreprise définie par le pouvoir fondamental de propriété	328
Chapitre II La constitutionnalisation des libertés économiques : une reconnaissance implicite de l'entreprise privée	345
Section I Les fondements de la constitutionnalisation de l'entreprise privée	348
§1 L'Émergence de l'entreprise privée et émergence de l'Etat, une corrélation ?	349
A. L'Etat de droit kelsenien : tentative de conceptualisation de l'Etat de droit..	350
1. L'Etat de droit Kelsénien, une conception primitive de l'Etat de droit.....	351
2. Limite de l'Etat de droit KELSENIEN ?	357
B. La notion actuelle d'Etat de droit, une notion cardinale pour la protection juridique de l'entreprise privée	368
1. Brefs rappels historiques de l'évolution du marché et de l'Etat : Le rôle de l'Etat dans l'apparition du marché	370
2. Le fondement libéral de l'Etat de droit, fondement qui protège l'entreprise privée.....	380
a. L'Etat de droit formel (L'accès au juge)	385
b. L'Etat de droit matériel.....	386
c. L'imbrication de l'Etat de droit et de l'entreprise privée	389

§2 les fondements juridiques de l'économie de marché	394
A. La propriété privée individuelle, fondement de toutes les libertés	396
1. Existence d'une corrélation entre marché et entreprise privée : conséquences du droit de propriété.....	396
2. La propriété privée individuelle, prolongement de la personne en tant qu'être humain.....	401
a. Le droit subjectif est corrélé à l'individu personne physique car l'appropriabilité est inhérente aux êtres humains	405
b. En ce qui concerne l'entreprise privée.....	410
B. Comparaison du statut des dirigeants entre entreprise privée et entreprise publique	411
1. Entreprise publique, structurée par le pouvoir de souveraineté : exemple de la rémunération du dirigeant d'une entreprise publique	412
2. L'entreprise privée structurée par un pouvoir de propriété: la nature de l'entreprise et les concepts fondamentaux du droit.....	417
Section II L'existence d'une constitution économique protégeant l'entreprise privée	424
§1 L'existence d'une « constitution économique » nationale protégeant l'entreprise privée	426
A. L'émergence d'un droit constitutionnel économique protégeant l'entreprise privée	427
1. décision du 16 janvier 1982 rendue par le conseil constitutionnel et fondamentalisation du droit de propriété	428
2. L'amplification des droits fondamentaux économiques (par le Conseil constitutionnel)	431
B. Le droit de la concurrence interne, une protection du marché et de l'entreprise	435

1.Ordre public économique et concurrence : le droit public de la concurrence	436
2.Le « droit civil de la concurrence »	439
§2 L'entreprise privée consolidée par les ordres juridiques européens.....	441
A. L'ordre de la convention européenne des droits de l'homme, prémices à la protection du marché	443
B. L'ordre juridique de l'Union Européenne, un ordre pro-économie de marché	446
Titre II Analyse micro-juridique de la rémunération des dirigeants : la situation du dirigeant social analysée par le prisme du droit des biens et du droit des contrats	455
Chapitre I La rémunération perturbée par la notion de personne morale	458
Section I L'incidence de la personnalité morale sur la rémunération des dirigeants.	461
§1 Causes historiques de l'hypertrophie de la notion de personnalité morale en droit des sociétés.....	462
A.L'apparition de l'idée de personnalité morale en dehors du droit commercial	462
B. L'émergence de l'idée de personnalité morale dans les sociétés de capitaux	465
§2 Substitution de la personnalité morale aux relations juridiques contractuelles	473
A. La personnalité morale, mécanisme de substitution à la propriété privée collective	474
1.Apparition du patrimoine social.....	475
2. Le patrimoine social à l'aune de la théorie subjective du patrimoine : autonomie relative du patrimoine social	478
B. La personnalité morale, technique de substitution des relations contractuelles	486
Section II Définition restreinte de la personnalité morale.....	492
§1 Critiques de la personnalité morale perçue comme un sujet de droit similaire à une personne physique	493

A. Exposé du problème de la personnalité morale.....	493
B. Les critiques de l'assimilation entre personne morale et personne physique	498
§2 Proposition de ce qu'est réellement une personnalité morale de droit privé ..	516
A. La personnalité morale, opposabilité légale d'une universalité	517
1. Universalité de droit imposée par la loi	518
2. Le représentant légal, autre cas d'intervention de la Loi et source de confusion pour la rémunération	525
B. La personnalité morale, opposabilité de la propriété privée collective générée par un contrat de société.....	527
Chapitre II La rémunération du dirigeant, prestation contractuelle.....	535
Section I. Le fait générateur de la rémunération	537
§1. L'existence d'une relation synallagmatique entre la rémunération et une prestation à fournir	537
A. La rémunération, objet d'une obligation contractuelle	539
1. La question de la source de l'obligation de rémunération.	539
a. La rémunération, une obligation légale ?.....	540
b. L'obligation voulue par les parties.	541
2. Principe de commutativité subjective : la fixation du prix, cœur du problème de la rémunération.....	551
B. Le pouvoir de gestion, contrepartie de la rémunération	555
1. Dissociation du pouvoir légal d'un pouvoir de gestion d'une entreprise.....	556
2. Pouvoir modulé selon la qualité de propriétaire du dirigeant	560
§2 La qualification du contrat octroyant la rémunération	564
A. Mandat social face aux contrats spéciaux usuels de droit civil.....	564
1 Le mandat social et le contrat de mandat	564
2 Mandat social et contrat d'entreprise	568

B. Le mandat social, un contrat spécifique (indissociable du contrat de société)	572
.....	
Section II. Conséquences juridiques de la qualification contractuelle	576
§1. Le contrôle de la rémunération excessive	578
A. Annulation et modification d'un acte octroyant une rémunération excessive	581
.....	
1. L'annulation de l'acte octroyant une rémunération excessive selon le droit des sociétés	581
a. Abus de majorité et rémunération des dirigeants	584
b. L'atteinte à la libre révocabilité des dirigeants : un faux critère	585
2. La question de la réfaction du contrat de mandat social par le droit des contrats	588
a. L'annulation d'une rémunération pour défaut de contrepartie	589
b. La question de la révision du prix du mandat social	593
B. La responsabilité des auteurs de l'acte octroyant une rémunération excessive	597
.....	
1. Responsabilités directes des auteurs	598
a. Dans les sociétés in bonis	598
b. Dans les sociétés sous l'emprise du droit des procédures collectives	608
2. Responsabilités indirectes en cas de rémunérations anormales et excessives	612
.....	
a. Par le droit fiscal	613
b. La responsabilité des auteurs de l'acte ?	615
§2. Analyse économique de la rémunération : le marché des dirigeants sociaux ?	617
A. Analyse économique découlant de l'analyse juridique : la rémunération est bien un marché	618
B. Défaillances de marché et rémunération des dirigeants sociaux	621

Conclusion générale.....	632
Index Alphabétique.....	638
Bibliographie.....	642
Table des matières.....	669

