

# La gouvernance, piège pour les organisations ?

Hervé Juvin

DANS **L'EXPANSION MANAGEMENT REVIEW** 2005/1 N° 116 , PAGES 63 À 69  
ÉDITIONS **L'EXPRESS - ROULARTA**

ISSN 1254-3179

DOI 10.3917/emr.116.0063

Date de mise en ligne : 21/03/2013

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-l-expansion-management-review-2005-1-page-63?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour L'Express - Roularta.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Obligation de transparence, sanctions, mécanismes de délation... le climat de défiance inauguré par l'affaire Enron a dangereusement modifié l'objet de la gouvernance.

# La gouvernance, piège pour les organisations?

► **Hervé Juvin**

**Moyen de faire progresser la vérité des relations entre les organisations et leurs parties prenantes, la gouvernance est devenue, à force de normes, un mouvement qui se nourrit de lui-même, et un marché. Non sans risques pour les organisations. Plutôt qu'un outil de normalisation, elle devrait être un moyen au service de la réalisation de leur objet social spécifique, qu'il s'agisse de société privée, d'association ou de mutuelle. Ce qui suppose plus de liberté pour les mandants et mandataires de définir leurs règles et valeurs dans le cadre de leur statut et de la loi.**

**HERVÉ JUVIN** est président d'Eurogroup Institute.

**L**e mot et le sujet de la « *corporate governance* » se sont imposés dans les années 90, à partir des sociétés cotées. La *corporate governance* a d'abord été le moyen de mieux assurer la prise en compte des intérêts des actionnaires, propriétaires des sociétés privées, intérêts négligés pendant plusieurs décennies au profit des salariés et des managers. A cet égard, elle a permis aux actionnaires de s'occuper de ce qui les regarde. Elle est ensuite devenue le moyen d'améliorer la qualité de la décision et du contrôle dans les organisations, sous le vocable francisé de « gouvernance ».

Elle désigne aujourd'hui l'ensemble des mécanismes qui doivent assurer la vérité des relations entre une organisation et ses parties prenantes, la loi, les habitudes ou les convenances n'y suffisant plus. Elle est à la fois conséquence et moyen de relations transnationales plus poussées, conséquence et moyen de la part croissante des titres émis par les sociétés privées dans les patrimoines, mais aussi dans le financement des retraites, conséquence et moyen du rôle grandissant assumé par les marchés financiers, mais aussi par les

émetteurs de normes non étatiques (ONG et associations) dans la vie collective. Et elle s'applique progressivement à tous les acteurs de l'économie comme aux sociétés privées. A cet égard, elle n'est que la contrepartie de l'influence des sociétés privées, associations, ONG, mutuelles et coopératives sur la société. Une meilleure gouvernance est supposée permettre aux investisseurs et aux entreprises de mieux se comprendre par-delà les frontières, aux sociétaires et aux adhérents d'apporter en confiance leurs moyens aux associations et aux mutuelles, aux donateurs d'augmenter sereinement leur contribution aux ONG.

## La gouvernance devenue risque

L'ambiguïté du progrès de la *corporate governance*, devenu mouvement pour une meilleure gouvernance, n'existait pas dans les années 90, quand les succès achetés de l'économie nord-américaine suggéraient qu'un modèle de valeur universelle avait été trouvé : celui de la *shareholder value*. Derrière lui, un corps de règles (composition des conseils, prévention des conflits d'intérêts, recherche de

transparence, etc.) prétendait s'imposer à toutes les organisations, faisant bon marché de leurs histoires, appartenances, spécificités, voire de leur statut. Cette logique a subi durement le contrecoup de la crise boursière et des défaillances de grandes sociétés nord-américaines. D'autres concepts, ceux de la responsabilité sociale de l'entreprise, ceux de *stakeholders* opposés aux *shareholders*, voire ceux du développement durable, sont venus en Europe s'ajouter et brouiller l'objet de la gouvernance. De sorte qu'aujourd'hui, non seulement la convergence des modèles n'est plus assurée, mais certains chercheurs considèrent que les systèmes de gouvernance sont en train de diverger. En Europe, seuls la France, la Belgique, les Pays-Bas et, dans une certaine mesure, les pays scandinaves progresseraient en convergeant vers les pratiques britanniques et américaines. D'autres pays, comme l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, non seulement n'auraient pas évolué en ce sens, mais choisiraient des voies différentes.

**Normalisation.** Les dirigeants et mandataires sociaux doivent en être conscients : le climat de défiance instauré après les différentes affaires qui ont suivi le scandale Enron a modifié le sens du travail sur la gouvernance. Il s'agissait pour l'essentiel d'améliorer la qualité de la décision dans l'intérêt de l'entreprise et de ses actionnaires, sous l'action de ses mandataires sociaux. Il s'agit désormais d'instaurer de par la loi les procédures qui, sous prétexte d'assurer la transparence de l'entreprise vis-à-vis de l'extérieur, vont normaliser sa vie sociale, la soumettre à des critères internes ou externes, mais toujours vérifiables par des tiers. Il s'agit également d'adopter les textes qui vont sanctionner durement tout manquement à ces pro-

## En Europe, seuls la France, la Belgique, les Pays-Bas et les pays scandinaves convergent vers les pratiques britanniques et américaines. D'autres pays n'évoluent pas dans ce sens.

cédures annoncées, de faciliter l'ingérence de tiers normalisateurs dans les relations entre une organisation et ses mandants, et, de plus en plus, d'organiser les mécanismes de dénonciation et de délation qui informeront les différentes parties prenantes des manquements à ces procédures – en d'autres termes, il s'agit de rétablir la confiance en étendant la mé-

**Socialisation rampante.** En Europe, par un processus de normalisation des acteurs, l'objet est de placer sous contrôle ces acteurs indépendants qu'étaient sociétés privées, associations, mutuelles et coopératives, même s'il faut pour cela remettre en cause la liberté d'association en France (loi de 1901), la loi sur les sociétés commerciales, la loi sur les organisations de forme coopérative ou mutuelle et le principe même de la liberté d'organisation de la vie sociale. La gouvernance devient ainsi le moyen d'une socialisation rampante des entreprises et des organisations, alimentée par des instituts et des agences qui regroupent des dirigeants déçus et des administrateurs sans mandats, soucieux de retrouver grâce à la norme le pouvoir qu'ils ont perdu.

La dérive engagée au nom du progrès fait sortir de son cours le fleuve de la gouvernance. La directive Sarbanes-Oxley (2002), qui a inspiré les lois visant à faire progresser la sécurité des relations financières dans nombre de pays développés, dont la France (loi de sécurité financière en 2003, s'ajoutant à la loi sur les nouvelles régulations économiques), et qui va continuer d'inspirer les autorités de contrôle ou de régulation, criminalise les délits de nature comptable et financière. Justifiée aux Etats-Unis, où les lacunes juridiques privaient les victimes de détournements financiers de leurs droits, la pénalisation de la vie des sociétés ne l'est pas en France, où l'ajout de la loi à la loi et des normes aux normes étend l'insécurité juridique.

Dans ce nouveau cours, la gouvernance change de nature. A travers les textes qui veulent, ou prétendent, en assurer le progrès, non seulement elle aggrave fortement les sanctions contre les administrateurs et dirigeants ayant failli à leur devoir, mais elle multiplie les obligations de déclaration de soupçon à l'égard des professions à statut (commissaires aux comptes, avocats, gérants, banquiers) pour tout manquement possible de leurs clients. Derrière les mots de compliance, transparence, éthique, c'est une véritable normalisation des acteurs de l'économie qui est engagée.

**Extension de la défiance.** A travers la multiplication des « *codes of conduct* » dans les filiales françaises de sociétés internationales, qui régissent la conduite privée des salariés dans l'entreprise (interdiction de l'alcool dans les repas professionnels, interdiction des relations privées entre salariés d'une même entreprise, interdiction de détenir des actions d'une firme concurrente, etc.), et dont le tribu-

nal de Nanterre vient judicieusement de sanctionner l'illégalité (jugement d'octobre 2004 invalidant le *code of conduct* d'une société pharmaceutique), le développement des « *whistleblowing* » (lignes téléphoniques à la disposition des salariés permettant de dénoncer anonymement les manquements à l'éthique de leur entreprise), le débat autour du devoir d'alerte d'un directeur financier quand il constate des irrégularités comptables ou financières provoquées ou couvertes par les dirigeants, un changement en profondeur des relations de l'entreprise avec ses salariés, son environnement et la justice est en cours, sous le signe de l'extension de la défiance.

En France, le chapitre « déclenchement d'alerte » a été ouvert. Avec des modifications à l'étude du code du travail et des droits des salariés, il représente une évolution majeure des relations dans l'entreprise et des relations de celle-ci avec l'opinion – notamment en ce qu'il consacre la disparition du syndicat et des élus du personnel comme intermédiaires légitimes dans le secteur privé, au profit du droit d'alerte et du devoir de dénonciation direct du salarié vers des instances spécialisées, internes ou externes.

Le fleuve de la gouvernance est sorti de son lit. Il se fixe comme objectif la vérité, plus seulement l'intérêt légitime des acteurs. Il poursuit cette évolution séculaire du statut de la vérité, qui venait de la nature ou des dieux, qui doit désormais provenir du marché – du choix décentralisé des acteurs – et qui peut, comme toute quête d'absolu dans un domaine contingent, provoquer des ravages. Et certaines exigences, certaines dispositions, présentées comme moyens de la bonne gouvernance, ne contribuent plus en rien aux intérêts légitimes des organisations ou de leurs mandants, mais sont de-

## La fonction de l'entrepreneur est gravement mise en cause par un esprit normalisateur qui tend à substituer la forme de ses rituels à celles du réel. Au nom de quoi?

venues un risque en elles-mêmes – risque de banalisation, risque d'exposition juridique ou d'opinion, risque de manipulation.

### Le progrès incombe aux mandataires sociaux

Une grande partie du débat théorique qui s'est développé depuis la fin des années 90, au sujet par exemple de l'introuvable notion d'indépendance des administrateurs, est de peu d'intérêt concret pour ceux qui sont les premiers concernés : les dirigeants et mandataires sociaux. Ce débat a sans doute pour première utilité de masquer quelques-unes des vraies questions que pose l'évolution actuelle des affaires : le rôle des marchés et des intermédiaires, comme celui de la gouvernance des entreprises de marché, dans les comportements financiers des sociétés et de leurs dirigeants ; l'écart qui sépare l'écrasante responsabilité des administrateurs, par exemple au titre de l'archaïque loi sur les faillites en France, des moyens qui leur sont alloués pour exercer ces responsabilités ; le rôle, enfin, de la banque universelle, en situation structurelle de conflit d'intérêts à force de tout faire, partout, pour tous les clients.

Le débat a surtout pour rôle d'empêcher les dirigeants de poser la première question qui compte : qui édicte les nouvelles règles en matière de gouvernance ? Qui émet les normes ? Au nom de quoi et de qui ? Car il est trop évident que ceux qui émettent les préconisations, les règles et les normes, sont ceux-là même qui espèrent bénéficier du marché de la gouvernance, y trouver l'influence et les bénéfices qu'ils ne trouvent pas ailleurs. Les règles qui concernent les conflits d'intérêts et les abus de position devraient s'appliquer d'abord à ceux qui font commerce des règles et des normes qu'ils produisent.

**Primauté du formalisme.** Ce débat illustre la primauté croissante des approches juridiques, fiscales et sociales, voire morales, sur les approches de métier, de commerce et de performance, et surtout la primauté des approches formelles (juridisme, procédures, conformité) sur les approches entrepreneuriales. La fonction de l'entrepreneur est mise en cause par la multiplication des sauvegardes, des transferts de responsabilité et, par-dessus tout, par un esprit normalisateur qui veut substituer la forme de ses rituels à celles du réel. Elle est menacée par les pressions nouvelles en faveur de la normalisation des acteurs de l'économie, avec pour effet la réduction du champ de la concurrence au prix.

Les organisations qui subissent les modes actuelles en matière de gouvernance, sans avoir d'abord affirmé leur spécificité, les éléments intangibles de leur vie sociale, et les avoir fait valider par leurs mandants (actionnaires, adhérents, sociétaires), risquent de se voir dicter des pratiques, des règles et des modalités de décision par des instituts et des agences, hors de leur spécificité, de leur culture et de leur histoire. Ce risque est sur-

tout sensible dans les organisations peu habituées à une vie sociale active et responsable ou peu soucieuses d'explicitier des modes de fonctionnement implicites (mutuelles, coopératives, associations).

**Un sujet critique.** Néanmoins, les ambiguïtés et, quelquefois, les paradoxes de l'interprétation qui a été faite du terme de gouvernance ne doivent pas dissimuler l'essentiel : le progrès de la gouvernance est un sujet critique pour tout dirigeant, qu'il soit mandataire social d'une association, d'une ONG, d'un établissement public ou d'une société commerciale.

Le sujet est critique parce qu'il touche à la fonction du dirigeant, sous ces aspects essentiels que sont le pouvoir, l'argent et le contrôle. La multiplication d'exigences formelles, sans lien avec l'objet social de l'organisation et l'intérêt de ses parties prenantes, est-elle vraiment le moyen de faire progresser la vérité des comptes, des prix et des relations entre acteurs économiques, ou bien l'écran qui crée les conditions des crises à venir ?

Le sujet est critique également parce que la recherche d'une meilleure gouvernance atteint année après année de nouveaux acteurs, privés comme publics. La situation très particulière de la France, où la quasi-totalité des secteurs de l'action sociale, de la retraite, de la prévoyance, et plus de la moitié de l'activité de banque-assurance, sont entre les mains d'acteurs à statut de mutuelle ou d'association, l'expose à des révisions qui peuvent être dramatiques si elles ne sont pas anticipées par ces acteurs eux-mêmes.

La demande de transparence est irrésistible pour toute organisation qui devient publique – qui fait appel à l'argent public. Le temps n'est pas lointain où la qualité de la gouvernance, appréciée par des notations externes, contribuera à

## La transposition, même en demi-teinte, de la directive Sarbanes-Oxley doit être prise pour ce qu'elle est : une étape dans l'intégration du droit américain dans le droit français.

la valeur du cours boursier et déterminera les positions d'investisseurs institutionnels (fonds de pension, fonds salariaux). Le temps n'est pas non plus lointain où les processus de certification (normes ISO) s'imposeront à toutes les associations et ONG comme moyen d'économiser la multiplication des audits réalisés à la demande des contributeurs importants.

Le sujet est critique encore parce qu'il peut déterminer une évolution insensible, mais lourde, des références d'action. La transposition, même réticente, même en demi-teinte, en droit français de la directive Sarbanes-Oxley doit être prise pour ce qu'elle est : une étape dans l'intégration du droit américain dans le droit français.

Enfin, l'ensemble des relations financières est et sera soumis à des contraintes plus rigoureuses. Le législateur est tenté de remédier aux lacunes ou aux complaisances de l'autorégulation des acteurs et d'imposer sa propre vision, normative, réductrice et banalisée, de la gouvernance, comme il vient de le faire dans le domaine de la retraite (loi d'août 2003 instituant les groupements d'épargne retraite populaire et instaurant un contrôle inédit de l'administration sur les associations de retraite), comme il

a été tenté de le faire également en 2004 dans le domaine de la rémunération des dirigeants (initiative de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, présidée par Pascal Clément).

**Reprise en main.** Il ne fait guère de doute que le juge lui-même prêter une attention nouvelle aux conditions de la prise de décision, du contrôle et de la responsabilité dans les organisations concernées par les affaires dont il sera saisi, au civil comme au pénal. De même, nul doute qu'après deux décennies de libéralisation significative des pratiques et des relations économiques, l'exigence d'une meilleure gouvernance alimentera une reprise en main diffuse, mais réelle, des organisations économiques par les institutions publiques, non plus par l'administration de l'économie, mais par le pouvoir judiciaire et celui du régulateur.

Un marché est né, le marché de la gouvernance. Il suscite des appétits, des convoitises, il permet l'affirmation de compétences vite acquises, il donne surtout un pouvoir de marché considérable à ceux qui prétendent à la fois édicter la règle applicable aux organisations, et la faire respecter au sein de ces mêmes organisations. Qui régule le régulateur, qui certifie les certificateurs, qui vérifie l'absence de conflits d'intérêt dans les organismes qui édictent les règles en matière de conflit d'intérêt ?

De cet ensemble de circonstances s'ensuit une attention obligée du dirigeant et du mandataire social au sujet de la gouvernance. S'ils ne s'en occupent pas, elle s'occupera d'eux. Les atermoiements de l'histoire ne peuvent servir de défausse à cet égard. S'il s'agit bien de faire avancer la vérité des relations économiques entre les acteurs, d'éviter aux sociétés, associations et mutuelles une banalisation préjudiciable, ou bien une ex-

position exagérée à l'opinion, le sujet est actuel, et il l'est durablement. Le sujet de la gouvernance est en tête de l'agenda de tout mandataire social.

### Identifier les zones critiques

La gouvernance n'offre pas de prêt-à-porter aux organisations qui cherchent le progrès. Elle est un moyen au service de la réalisation de l'objet social de la société privée, de l'association, de la coopérative ou de la mutuelle – le moyen d'assurer la qualité de la décision dans ces organisations – ou elle est un risque de socialisation rampante pour elles.

**Clarifier.** Faire en sorte que la clé d'entrée dans la gouvernance réside, au-delà des statuts, des procédures et des lois, dans la clarification des exigences que la poursuite de l'objet social comporte en matière de vie sociale. Tout ce qui permet de mieux répondre à l'objet social, de mettre en cohérence la vie sociale de l'organisation avec sa vocation, fera progresser la qualité de la décision. Tout ce qui est étranger à l'objet social, tout ce qui pourrait mettre en décalage la vie sociale de l'organisation et son objet, est à proscrire, ou à adopter *a minima* quand les contraintes externes y obligent. La pire des situations est celle qui voit des organisations diverses, soit par leurs mandants – sociétés à capitaux familiaux ou à actionnariat dispersé –, soit par leur objet – associations à but non lucratif et associations commerciales –, soit par leur statut – coopératives, mutuelles et sociétés cotées –, accepter de se voir imposer de l'extérieur des institutions et une vie sociale similaires, étrangères à leur projet.

L'objectif du nécessaire et utile travail sur le progrès de sa gouvernance est non pas de réduire la

## L'objectif du nécessaire et utile travail sur le progrès de sa gouvernance est non pas de réduire la spécificité de l'organisation, mais de la traduire dans les institutions et dans la vie sociale.

spécificité de l'organisation, mais de la traduire dans les institutions et dans la vie sociale ; non pas d'aligner les modalités de cette vie sociale sur des modèles venus d'ailleurs, ou sur des gadgets à la mode, mais de les rendre plus pertinents en fonction des souhaits des parties prenantes et de la vocation de l'organisation concernée. Il ne s'agit pas de parachuter des règles ou des normes venues d'ailleurs, mais de faire valider par ses mandants (actionnaires, sociétaires, adhérents réunis en assemblée générale) puis de faire appliquer par les professionnels compétents (auditeurs, conseillers du conseil, etc.) les règles et les normes qui vont servir l'objet social de l'organisation et les intérêts de ces mandants.

**Affirmer ses valeurs.** L'objectif sera de faire participer la gouvernance à la différenciation de l'organisation, pas à sa banalisation, de manière à répondre toujours à une seule question – en quoi cette disposition est-elle bonne pour l'organisation et pour ses mandants ? –, de manière également à rejeter toute mesure jugée inutile à l'une ou aux autres. Et l'objectif des dispositions à mettre en œuvre ne sera jamais de se conformer

passivement à des textes ou des pratiques indifférenciés, mais d'affirmer dans sa vie sociale (composition du conseil et des comités, règles en matière de conflit d'intérêts, etc.) ses valeurs fondamentales et leurs conséquences, avec toute la rigueur possible.

### Mesurer les risques

Le progrès de la gouvernance a pour objet la qualité de la décision. Mais aucun système de gouvernance n'a jamais pris de bonne décision. Et ce d'autant moins que la vie sociale est davantage déterminée par des règles formelles que par les résultats, davantage dominée par la peur des risques institutionnels, par l'insécurité juridique, et que par l'esprit d'entreprendre. Dans l'appréciation et la gestion du risque, dans le suivi du droit et des normes, la fonction de secrétaire général ou de secrétaire du conseil prend une importance nouvelle : celle du garant de la validité des décisions, celle du gérant des relations avec les régulateurs, les autorités de contrôle et les institutions, celle de l'intégrateur du droit, des comptes, des risques et de l'opinion.

**Conflits d'intérêts.** Tout dirigeant français doit porter une attention inhabituelle aux situations de conflit d'intérêt qui peuvent naître de la multiplicité des mandats. Ce domaine est l'un de ceux où la pratique française, comme d'ailleurs celle de l'Europe continentale, crée les risques les plus sérieux de contentieux et de mise en cause de la responsabilité des administrateurs ; les secteurs bancaires et financiers, ceux des coopératives et mutuelles sont particulièrement exposés. Une innovation a été apportée ici par la loi du 21 août 2003, dite loi Fillon, dans son article 108, puis par le décret et l'arrêté d'application des 21 et 22 avril

2004, qui impose au sein de l'instance de contrôle des groupements d'épargne retraite populaire (GERP), le comité de surveillance, une majorité de membres non-assureurs, n'ayant exercé aucun mandat ni perçu aucun salaire dans une société d'assurance depuis deux ans au moins. L'objectif de la loi est clair : prévenir les possibles conflits d'intérêts entre les administrateurs d'une association travaillant pour ses adhérents et les salariés d'une société d'assurance travaillant pour ses actionnaires – et pour leur avancement ou leurs primes.

Cette initiative qui marque une reconnaissance du statut d'association dans le domaine de la prévoyance mérite d'être regardée avec attention. Il est probable que la volonté de clarification, de normalisation et de contrôle du législateur dans ce domaine sera durable. Elle concerne particulièrement le monde bancaire, l'univers mutualiste, coopératif et celui des institutions de prévoyance, dans lesquels la situation de conflit d'intérêts est inscrite dans les gènes des organisations, puisque les statuts font du client le producteur et le propriétaire du service qu'il utilise. La pression actuelle, sous couvert de gouvernance, pour la normalisation et la banalisation des acteurs peut signer la fin de ces formes d'entreprise qui se sont appelées coopératives et mutuelles, si elles ne défendent pas sur le fond la pertinence de cette relation particulière qu'elles instituent entre le client et le propriétaire.

**Cartographie des mandats.** De manière analogue, la cartographie des engagements de tous les mandataires sociaux et dirigeants est indispensable. Une revue de détail des possibles conflits d'intérêts au sein des sociétés dont ils détiennent des mandats devrait être une exigence de tous les administra-

## La cartographie des engagements des mandataires et dirigeants est indispensable. Une revue des possibles conflits d'intérêts devrait être une exigence de tous les administrateurs.

teurs et présidents de ces organismes. Il appartient au comité des nominations de disposer de la liste exhaustive des mandats et fonctions exercées par les administrateurs, dans les sociétés comme dans d'autres organisations (sans se limiter au cadre de la loi sur le cumul des mandats); des situations potentiellement dangereuses peuvent venir, par exemple, de cumuls de mandats dans des coopératives, des associations et des sociétés commerciales.

Beaucoup n'ont pas mesuré le risque personnel que leur fait encourir le cumul de mandats incompatibles; c'est le rôle du comité des nominations de les sécuriser sur ce point. Cette cartographie est particulièrement utile dans les groupes d'origine coopérative ou mutualiste. La situation de dirigeants salariés nommés, à titre honorifique, administrateurs dans des sociétés du groupe; d'administrateurs ou de présidents d'organisations locales ou régionales, appelés à jouer le rôle de mandataires sociaux dans les organisations centrales de leur groupe, sans moyens de contrôle et sans conscience des diligences à mettre en œuvre, est explosive à terme, à la fois pour les mandataires inconscients, et pour les organisations en cause.

**Liaisons dangereuses.** Elle l'est déjà. Le président d'une banque à réseau régional qui est administrateur d'une société de gestion du groupe, d'une société de crédit à la consommation, d'une coopérative cliente ou d'une société de prestation informatique active dans son groupe, est en situation de conflit d'intérêts. Il doit se montrer très attentif aux conflits qui pourraient survenir et le voir accusé de prise illégale d'intérêts, de délit d'initié, ou de soutien abusif.

La situation s'avère dans certains cas très critique, notamment pour les banques universelles. Ainsi, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 29 avril 2004, dans l'affaire SPAD 24-Banque Worms, développant la jurisprudence établie dans l'affaire Nasa Electronique, a affirmé pour la première fois que la participation au conseil d'une société d'un salarié d'un établissement de crédit, même à titre personnel, peut valoir participation par personne interposée, et obliger l'établissement de crédit à combler une insuffisance d'actif – la participation par personne interposée valant même si le mandataire social a agi à titre personnel, n'a pas été nommé à des fonctions de direction et ne s'est pas comporté comme dirigeant de fait (voir la *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2004).

Cet arrêt, qui doit faire jurisprudence, et qui étend de manière imprévue et imprévisible la notion de soutien abusif, est de nature à provoquer la révision en profondeur des liens complexes que la banque universelle a tendu à nouer avec ses clients. Il n'est pas sans incidences dans le débat sur les facturations bancaires excessives et leurs abus de position dominante à l'encontre de leurs clients.

Professionnaliser le choix des dirigeants, resserrer les exigences de prévention des conflits d'intérêts réels ou potentiels dans chaque

conseil, constitue une garantie à la fois pour les dirigeants eux-mêmes et pour la conduite des organisations dont ils partagent la responsabilité.

## Les voies du progrès

La gouvernance est l'art des circonstances; voilà pourquoi le cours actuel est dangereux, quand il vise à formuler des lois universelles, à normaliser et à codifier ce qui relève de systèmes économiques, de contextes juridiques et de pratiques des affaires différents. Ce danger est aggravé par des contresens, comme ceux que commet la France en multipliant les obligations, les responsabilités et les risques sur les mandataires sociaux. Aux Etats-Unis, marché financier et vie des affaires sont une jungle envahissante qu'il faut dompter; en France, la création et le développement des entreprises demeurent des plantes fragiles, qu'il faut encourager.

A travers les errements des modes, des normes et des lois, la responsabilité des mandataires sociaux est d'affirmer et de maintenir un principe intangible : la construction de la vie sociale de l'organisation appartient à ses mandants, elle dépend de leur accord, dans le cadre général de la loi codifiant les normes.

L'attention de l'autorité de contrôle et de régulation, tout comme celle des professionnels extérieurs de l'appréciation ou de l'évaluation, doit se porter sur la conformité de la vie sociale aux règles que les mandants ont eux-mêmes adoptées, pas sur la normalisation de ces règles; et l'attention de l'organisation elle-même doit se porter sur les bonnes pratiques par ses mandataires et dirigeants de ses propres règles, pas sur l'alignement de leurs pratiques sur des modèles universels et banalisants.

**Une organisation qui n'a plus la capacité d'organiser comme le souhaitent ses mandants sa propre vie sociale, dans le respect des règles d'ordre public, n'est plus vraiment libre.**

**Un marché.** L'action entreprise pour améliorer la gouvernance a fait progresser la vérité des relations entre acteurs de l'économie, elle a rendu plus explicite ce qui relevait d'accords tacites, de la coutume ou des mœurs, elle a élevé le niveau d'exigence à l'égard des mandataires sociaux. Ce faisant, la gouvernance est devenue un marché. Marché pour des candidats au poste d'administrateur, marché pour les intervenants de toute nature qui se proposent d'aider les organisations à satisfaire à des contraintes ou à des critères dont ils sont eux-mêmes initiateurs ou inspireurs, marché pour des instances de régulation qui s'engouffrent dans le vide laissé par la défaillance du juge économique. Marché qui se développe selon sa logique propre, l'intérêt de ses promoteurs et de ses acteurs, indépendamment de celui des organisations qui en sont la cible, et parfois contre leur intérêt.

**Perversion de la gouvernance.** Le risque est là. Partie de la société cotée pour servir l'intérêt de ses actionnaires, la recherche d'une meilleure gouvernance est devenue un mouvement qui se nourrit de lui-même. La prolifération de la norme est en train, insidieusement,

de réaliser une nouvelle socialisation de la vie des acteurs, en dépit des statuts ou des lois qui garantissent la liberté d'association, la liberté d'entreprendre, etc. Une organisation qui n'est plus libre d'organiser comme le souhaitent ses mandants sa propre vie sociale, dans le respect des règles d'ordre public, n'est plus libre. La prolifération des normes est d'autant plus dangereuse qu'elle est initiée par une multitude d'acteurs, généralement intéressés à leur développement, et qu'elle marque une avancée dans la privatisation de la règle. Faire commerce de la règle est une perversion de la gouvernance. Un peu des exigences qui se portent sur les acteurs économiques devrait se porter sur les autorités morales autoproclamées qui apprécient, qui notent et qui jugent; elles doivent être jugées sur leurs œuvres, elles aussi.

Dans ce contexte, il convient que tout mandataire social se persuade de cette vérité politique : la poursuite de l'intérêt particulier de chaque acteur de l'économie demeure le meilleur, si ce n'est le seul, garant de l'intérêt général. De sorte que l'unique évolution réellement positive de la gouvernance est celle qui consistera à mettre plus en cohérence les instances et les modalités de la vie sociale avec l'objet social. Le progrès ne passe pas par une plus grande normalisation, mais par la plus grande liberté laissée aux mandants, réunis en assemblée, et à leurs mandataires d'organiser dans leur statut et dans la loi, la vie sociale comme ils le veulent et comme ils en décident ensemble, sous contrainte de leur information, de leur formation, et de leur intérêt.