

QUE SAIS-JE ?

L'entreprise et le droit

JEAN-PHILIPPE ROBÉ

Docteur en sciences juridiques
de l'Institut Universitaire Européen de Florence
Master of Laws de l'Université du Michigan
Avocat aux barreaux de Paris et de New York



INTRODUCTION

Entreprise et droit forment un couple inséparable dans une société où règne la liberté d'entreprendre.

Dans une telle société, les entreprises bénéficient *par principe* de la liberté de produire et vendre les biens et services qu'elles souhaitent, selon le processus de production et l'organisation économique qu'elles choisissent. Cette liberté d'initiative économique est la conséquence des principes fondateurs de notre société, que sont la liberté et l'autonomie individuelle, dont on entend qu'ils soient à l'avantage du plus grand nombre. Certains ont même cru que ces principes suffiraient à une autorégulation de la société par l'activité économique, et que l'État devrait rester étranger au jeu économique, restant dans le cadre du *laisser-faire*.

On a pu constater, cependant, qu'il n'y a pas d'harmonisation automatique entre, d'une part, l'activité des entreprises et l'intérêt de chacun de leurs membres (pensons à la condition des salariés ouvriers dans les usines du XIX^e siècle) et, d'autre part, l'activité de l'ensemble des entreprises et l'intérêt général (pensons à l'environnement des États qui, aujourd'hui, n'ont pas de droit de l'environnement). Sans l'existence du droit du travail, par exemple, on sait bien que l'exploitation des capacités productives de l'être humain peut devenir abusive. Ou encore, on sait bien que laissées à elles-mêmes, certaines entreprises font un usage abusif de l'environnement en le polluant.

C'est donc par le droit que l'harmonisation des intérêts divergents qui sont affectés par l'entreprise peut s'effectuer. Le droit, s'il laisse par *principe* les entreprises libres de développer leurs activités comme elles le souhaitent, détermine par *exception* des normes qui viennent réduire le champ de ce qui est possible. Posons que les institutions démocratiques de notre société ne recherchent que l'intérêt général¹. Alors, les normes adoptées par ces institutions ne visent qu'à faire en sorte que l'activité privée s'exerce d'une manière compatible avec l'intérêt général.

1. **L'évolution du droit.** — Dans une société statique, le droit pourrait ne pas changer. Mais parce que les entreprises évoluent, parce que leur organisation interne change, parce qu'elles adaptent leurs productions et leurs méthodes aux besoins changeants des marchés, parce que les conséquences de leurs actions sur leur environnement changent aussi, le droit doit s'adapter et évoluer.

Au fur et à mesure de l'accroissement du rôle qu'elles ont joué dans l'économie, les entreprises ont ainsi créé une *demande de droit* — pour disposer des moyens de technique juridique qui pouvaient leur faire défaut pour organiser leurs activités — et engendré un *besoin de droit* — pour que soit assurée la défense des intérêts insuffisamment pris en compte par elles dans leurs actions. Sans un droit des sociétés commerciales moderne, sans un droit de la distribution performant, sans un droit boursier efficace, pas de grande entreprise ; mais sans la grande entreprise,

1. La validité d'une telle hypothèse peut être discutée compte tenu du fonctionnement concret des institutions politiques, mais elle ne peut l'être ici. L'hypothèse que nous faisons d'un fonctionnement adéquat des institutions politiques est indispensable pour déterminer le type de relation qui doit être entretenu entre l'entreprise et le droit dans une société dont les institutions politiques ont un fondement démocratique.

nul besoin d'un droit de l'environnement sévère, d'un droit du travail développé, d'un droit de la consommation protecteur du consommateur, d'un droit de la concurrence protégeant l'existence même des mécanismes du marché.

Au-delà de cette première constatation, l'analyse du processus d'évolution conjointe qui lie droit et entreprise devient extrêmement complexe. Entreprise et droit évoluent ensemble sans que l'on puisse déterminer ce qui vient en premier dans le processus d'adaptation mutuelle qui les lie.

Une première source de complexité des rapports entre entreprise et droit vient du fait que, tant au niveau du droit utilisé par les entreprises pour organiser leurs activités que du droit protecteur créé par l'État pour protéger certains intérêts, plusieurs générations d'entreprises – et de droit – se superposent. Ainsi, le droit de la petite entreprise – de ces entreprises qui rassemblent peu de personnes et agissent sur un marché local – existe depuis longtemps ; les solutions aux problèmes soulevés par l'organisation de ces entreprises, qui sont du domaine de la relation interindividuelle, ont été trouvées depuis longtemps. Mais au-dessus de ce droit, au-dessus de ce niveau élémentaire du droit de l'entreprise locale, il y a plusieurs strates de formes d'entreprises, et de droit, qui se superposent. Les entreprises modernes ont des structures juridiques qui peuvent être d'une formidable complexité. Elles peuvent être organisées en groupes de sociétés ayant des centaines de filiales de par le monde, dont certaines peuvent être cotées sur une ou plusieurs bourses de valeurs. Elles peuvent avoir une multitude d'activités, des actionnaires de multiples nationalités, des salariés dans des dizaines de pays. Les problèmes soulevés par ce type d'organisations sont beaucoup plus complexes et nouveaux. Le droit doit s'y adapter par la produc-

tion de normes différentes de celles rendues nécessaires par les structures plus simples.

Outre la diversité des entreprises, une seconde source de complexité tient au fait que face à la mondialisation de l'économie – grande mutation de notre temps qui n'est en grande partie rien d'autre que le résultat de la mondialisation des entreprises¹, la production des normes juridiques au niveau des États est rendue plus difficile par le fait que les entreprises se trouvent en position de « jouer » un État contre un autre. Face à des normes qui leurs sont défavorables, les entreprises ont la possibilité de « délocaliser » certaines activités, lorsque celles-ci sont mises en danger (parce qu'elles deviennent interdites ou voient leur rentabilité réduite) par de nouvelles normes. Alors que les normes du droit régulateur ont été, jusqu'à présent, essentiellement une production des États, c'est-à-dire le produit d'institutions *territoriales*, applicable sur le seul territoire national de chaque État concerné, le droit doit aujourd'hui s'adapter à une économie qui s'étale largement au-dessus des frontières étatiques.

2. Le support microjuridique de l'entreprise. —
Devant la complexité de notre sujet, se pose le problème de la méthodologie à adopter. Une manière de présenter les rapports qu'entretiennent droit et entreprise consiste à partir d'une analyse de la structure juridique *interne* de l'entreprise, d'une analyse de la manière dont les entreprises *s'auto-organisent* (s'organisent *elles-mêmes*) en utilisant les instruments juridiques que le droit de chaque État met à la disposition des personnes privées pour qu'elles organisent

1. Deanne Julius, *Global companies and public policy : the growing challenge of foreign direct investment*, Royal Institute of International Affairs, Pinter publishers, 1991.

leurs activités. Cette analyse, que l'on appellera « microjuridique », permet de concevoir l'entreprise comme un *circuit de contrats* entre différentes personnes contrôlant les ressources économiques mises en œuvre dans l'entreprise. Ces ressources peuvent être de natures très diverses. Il peut s'agir, par exemple, de droits de propriété sur certaines choses (matières premières, matériels, immeubles, brevets, etc.), de capitaux ou d'une force de travail. Les contrats négociés par l'entrepreneur avec les titulaires de ces ressources économiques constituent chacun une relation d'échange par l'intermédiaire de laquelle l'entreprise est reliée aux différents marchés de ce qu'elle utilise (*inputs*) pour réaliser ses productions (*outputs*).

Il y a *circuit* parce que chacun de ces contrats n'a de sens que parce que les autres contrats existent. Ces contrats qui servent de support microjuridique à l'entreprise ont la particularité d'être reliés les uns aux autres et de *fonctionner* comme un ensemble. Ils ont une dynamique qui est celle des échanges continus qui se produisent en conséquence de leur existence. Pour en faire le constat, on peut commencer par n'importe quel élément de cet ensemble de contrats : il faut un contrat permettant de disposer de locaux (bail commercial, par exemple) pour installer les salariés embauchés (aux termes de contrats de travail) pour faire fonctionner les machines louées (contrats de location, crédit-bail, etc.) ou achetées (contrats de vente) grâce aux emprunts (contrats de prêt) contractés pour fabriquer des produits vendus par des distributeurs (au titre de contrats de distribution), etc.

Ces contrats forment un *circuit* sur lequel se produit une double circulation des prestations, chacune en sens inverse de l'autre, qui se répète sur une période de temps donnée. A des obligations de faire quelque chose dans un sens (fournir un travail, mettre à disposition des bureaux, des machines, etc.), corres-

pondent des flux financiers dans l'autre (versement de salaires, de loyers, etc.).

Les contrats qui servent de support à l'entreprise s'inscrivent donc dans la durée et servent de cadre à des échanges continus. Ce circuit n'est évidemment pas fermé sur lui-même. Il est ouvert sur le marché du fait que l'entreprise produit des biens ou des services qu'elle « vend » (elle fournit des biens ou services à d'autres entreprises ou à des consommateurs pour un *prix*) ; avec des matières premières et des services qu'elle « achète » (elle se fournit en biens ou services en échange d'un *prix*). L'entreprise s'inscrit ainsi dans le circuit économique global, et ne peut survivre que si ce qu'elle produit est concurrentiel par rapport à ce que les entreprises concurrentes (d'autres circuits économiques produisant le même type de produits) sont en mesure d'offrir.

Le circuit de l'entreprise est changeant. Il naît, évolue et parfois meurt, lorsque son inadéquation au marché entraîne des pertes qu'elle n'est plus en mesure d'assumer. Sa disparition, lorsqu'elle n'est pas choisie, n'est que la conséquence d'une inadéquation de l'entreprise à son environnement (ce sur quoi elle est ouverte). Dans une société de marché, la faillite n'est, à ce point de vue, que la constatation de l'inefficacité d'un ensemble de relations contractuelles *par rapport aux ensembles concurrents*.

3. L'impact du droit macrojuridique sur l'entreprise.
— C'est ici qu'une analyse des rapports que l'on appellera « macrojuridiques » qu'entretiennent entreprise et droit doit intervenir. Toutes choses égales par ailleurs, les performances d'une entreprise ne dépendent que de son domaine d'activité — qui peut être plus ou moins rentable — et de l'efficacité de la manière avec laquelle son circuit de contrats est organisé, géré, par rapport aux concurrents.

Il reste que dans le monde réel, on ne rencontre jamais de situation où toutes-choses-sont-égales-par-ailleurs. Tout d'abord, le droit évolue. Même si on se place sur le territoire d'un seul État, une loi nouvelle peut venir bouleverser totalement la rentabilité de certaines activités : qu'il soit décidé au sein des institutions politiques que la protection de l'environnement naturel réclame une loi nouvelle qui ait pour effet, par exemple, d'accroître le coût de l'utilisation d'un certain mode de production industrielle, et certaines entreprises seront conduites à abandonner ce mode de production (devenu moins rentable) ou seront poussées à la faillite. Ou encore, une hausse du coût du travail peut rendre non-rentables certaines activités de main-d'œuvre si des concurrents implantés dans des environnements économiques où le coût du travail est moins cher continuent de proposer les mêmes produits aux mêmes prix dans les mêmes conditions.

Si on part de l'hypothèse que les institutions démocratiques fonctionnent correctement dans leur mission de défense de l'intérêt général (comme nous l'avons fait au début de cet ouvrage), on ne peut voir dans la mésaventure que ce type de changement représente pour les entreprises affectées que la conséquence normale des choix politiques qui sont faits au sein des institutions démocratiques. On ne peut guère imaginer d'empêcher l'adoption de normes d'intérêt général parce que des entreprises en seront affectées. Plus aucune action politique ne serait possible. Mais on voit par là que le contenu du droit détermine pour une part importante les activités rentables de celles qui ne le sont pas sur un territoire donné.

L'« efficacité » de l'entreprise dépend donc de l'univers régulateur dans lequel elle fonctionne. Elle peut tout à fait être bénéficiaire si on ne tient pas compte (par exemple) des coûts de la pollution qu'elle

produit, et en perte si une loi force à cette prise en compte. Le microjuridique (l'organisation interne de l'entreprise qui fait qu'un type de circuit est rentable ou ne l'est pas) est ainsi relié au macrojuridique (le droit produit par les institutions politiques territoriales pour forcer à la prise en compte des intérêts affectés par le jeu économique).

La complexité des rapports entre le droit et l'entreprise au niveau macrojuridique est encore accrue par le fait que la surface de notre planète est éclatée en États souverains qui produisent chacun leur propre droit de manière autonome, alors que l'on assiste à une internationalisation de l'économie, c'est-à-dire à une unification progressive du champ d'action des entreprises au niveau mondial. Si nous reprenons notre exemple d'une loi nouvelle interdisant un certain mode de production, une entreprise peut aujourd'hui décider de « délocaliser » sa production, et de venir servir le marché existant sur le territoire de l'État dont elle est originaire *de l'extérieur*. On a alors déplacé la production, la pollution, les emplois, éventuellement les profits, etc. Évidemment, tout cela pose de nombreux problèmes qui peuvent alors nécessiter une action internationale efficace : une véritable production de droit économique *international*.

4. L'inexistence officielle de l'entreprise. — Le lien entre les analyses micro et macrojuridiques de l'entreprise, enfin, est encore compliqué par un fait que nous avons négligé jusqu'à présent. Nous avons parlé de l'entreprise comme si elle était une personne, une unité, un centre d'attribution de droits et d'obligations, de volonté, de responsabilité. Or, si dans la vie courante, c'est bien ainsi que l'on parle des entreprises (on parle ainsi de « Renault », de « Microsoft »), pour les juristes, l'entreprise n'existe

pas en soi. Le tout que constitue le circuit de contrats servant de support juridique à une entreprise n'a pas d'existence juridique propre.

Il est surprenant de constater que dans aucun ordre juridique, l'entreprise *en soi* ne se voit reconnaître la personnalité morale, une existence en tant *qu'unité juridique*. Dans le même temps, pourtant, chacun des droits positifs existants (les différents droits nationaux et le droit international) tient compte, dans divers domaines du droit, du fait que l'entreprise a une unité d'action, et en tire des conséquences juridiques au niveau microjuridique (existence d'un droit des groupes de sociétés, par exemple), et surtout au niveau macrojuridique (par la production d'un droit régulateur spécifiquement tourné vers certaines formes d'entreprises).

Cet aspect des choses – l'inexistence juridique de l'entreprise – pourrait sembler n'être qu'un problème de pure technique juridique. L'inexistence de l'entreprise en soi est cependant déterminante pour l'analyse du rôle de l'entreprise dans une société telle que la nôtre, et de la manière avec laquelle elle est traitée par le droit. L'impact de l'entreprise au niveau de la production du droit régulateur découle en effet de cette dichotomie : il y a à la fois *existence* de circuits de contrats cohérents, qui ont des conséquences économiques et politiques importantes (accrues aujourd'hui par la mondialisation de l'économie), et *ignorance officielle de cette existence* par le droit positif.

Cette existence *de fait* de l'entreprise en tant qu'unité, et cette inexistence *en droit* en tant que telle, permet une vie très particulière à l'entreprise, entre droit et non-droit. C'est le droit qui lui permet de fonctionner ainsi, en tant qu'unité ; mais celui-ci n'en tire *officiellement* pas de conséquence par la reconnaissance *juridique* de cette unité.

produit, et en perte si une loi force à cette prise en compte. Le microjuridique (l'organisation interne de l'entreprise qui fait qu'un type de circuit est rentable ou ne l'est pas) est ainsi relié au macrojuridique (le droit produit par les institutions politiques territoriales pour forcer à la prise en compte des intérêts affectés par le jeu économique).

La complexité des rapports entre le droit et l'entreprise au niveau macrojuridique est encore accrue par le fait que la surface de notre planète est éclatée en États souverains qui produisent chacun leur propre droit de manière autonome, alors que l'on assiste à une internationalisation de l'économie, c'est-à-dire à une unification progressive du champ d'action des entreprises au niveau mondial. Si nous reprenons notre exemple d'une loi nouvelle interdisant un certain mode de production, une entreprise peut aujourd'hui décider de « délocaliser » sa production, et de venir servir le marché existant sur le territoire de l'État dont elle est originaire *de l'extérieur*. On a alors déplacé la production, la pollution, les emplois, éventuellement les profits, etc. Évidemment, tout cela pose de nombreux problèmes qui peuvent alors nécessiter une action internationale efficace : une véritable production de droit économique *international*.

4. L'inexistence officielle de l'entreprise. — Le lien entre les analyses micro et macrojuridiques de l'entreprise, enfin, est encore compliqué par un fait que nous avons négligé jusqu'à présent. Nous avons parlé de l'entreprise comme si elle était une personne, une unité, un centre d'attribution de droits et d'obligations, de volonté, de responsabilité. Or, si dans la vie courante, c'est bien ainsi que l'on parle des entreprises (on parle ainsi de « Renault », de « Microsoft »), pour les juristes, l'entreprise n'existe

5. **Méthodologie.** — Du fait de cette situation singulière, l'entreprise en tant que telle ne peut pas être perçue *de l'intérieur* du droit positif d'un État donné, car le contenu de celui-ci s'est développé, en réaction/symbiose avec elle, à la fois par la production de normes facilitant son autoconstitution en tant qu'organisation ayant une existence effective (le droit de sa structure microjuridique), et par la production de normes la contraignant (droit régulateur), sans toutefois la reconnaître en lui accordant une existence juridique autonome. L'ombre de l'entreprise, en tant qu'unité organisationnelle, est partout présente derrière le droit économique moderne, sans que jamais l'entreprise n'apparaisse, dans son unité, en tant que telle.

Face à une telle situation, notre analyse des rapports entre entreprise et droit ne peut se faire qu'en adoptant la perspective d'un observateur *extérieur* au droit qui se détache un peu, en quelque sorte, du contenu technique d'un droit national donné. On ne peut comprendre l'unité logique du système juridique des sociétés de type libéral avancées sans mettre à son cœur l'entreprise (qui est l'institution économique centrale de ces sociétés et l'objet fondamental du droit économique), ni sans prendre en compte précisément le fait qu'elle n'est pas reconnue en tant que telle — c'est-à-dire en tant qu'unité organisationnelle — par le droit positif. Il nous faut donc nécessairement développer une conception de l'entreprise *en soi*, qui soit extérieure aux déterminations techniques d'un droit étatique.

6. **Plan.** — Après une analyse de la structure microjuridique de l'entreprise et une analyse de la manière avec laquelle le droit moderne a dû s'adapter à cette réalité, nous développerons donc une analyse centrée sur l'entreprise en elle-même, pour identifier

les besoins d'adaptation du droit à la mondialisation des entreprises et de l'économie. La montée en puissance de l'entreprise, qui s'est faite dans le cadre national, a entraîné un développement du droit réglementaire au niveau de l'État national. Les changements récents intervenus dans les structures des plus grandes entreprises (leur « globalisation ») créent une crise de l'État en rendant obsolète ce mode de régulation de la vie sociale, cette division particulière du travail de régulation. L'État n'est plus en mesure, à lui seul, de remplir la mission protectrice qui a été la sienne depuis plus d'un siècle. L'entreprise multinationale appelle aujourd'hui une compréhension radicalement différente du fonctionnement du système juridique, qui prenne la mesure de l'autonomie des entreprises qui ont accédé au stade de la globalisation, et en tire les conséquences en termes d'analyse de la manière avec laquelle les pouvoirs exercés dans l'économie-monde s'articulent.

Nous verrons donc dans quatre chapitres : 1 / la structure microjuridique de l'entreprise ; 2 / les spécificités de cette structure dans la grande entreprise et les conséquences sociales que leur développement a impliquées, notamment la réaction des États à la montée des pouvoirs économiques privés ; 3 / les différentes manières d'analyser le gouvernement de l'entreprise dans le monde d'aujourd'hui ; et enfin 4 / la place de l'entreprise dans le système de pouvoir tel qu'il existe dans la société actuelle.

Chapitre I

LA STRUCTURE MICROJURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

I. — L'entreprise : un circuit de contrats, de droits de propriété et de sociétés

L'entreprise n'existe pas en tant que telle en droit. Ces organisations que le langage courant désigne sous un nom unique tel que « Toyota », « Microsoft » ou « Elf Aquitaine » ne correspondent pas à un concept unique ayant une signification précise comme c'est le cas, par exemple, avec la notion de « société ». Cette inexistence du concept d'entreprise en droit positif entraîne d'ailleurs une confusion constante entre les mots « entreprise » et « société ». Ces deux mots sont en permanence mélangés tant par les praticiens que par les auteurs ou même par le législateur. Ce dernier, notamment, n'a pas consacré l'entreprise comme notion juridique autonome, mais utilise ce mot dans de multiples textes, avec une multiplicité de sens. Ainsi, par exemple, l'« entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » du droit français, est une forme de *société* à responsabilité limitée (SARL) avec un seul associé ; ce n'est pas une *entreprise*, au sens que nous avons donné plus haut à ce terme.

Le mot « entreprise » est donc un mot dont il faut se méfier lorsqu'on le rencontre, même dans les textes de lois. Puisqu'il n'a pas de signification unique

précise, le sens qui lui est donné – et qui reste parfois très flou – dépend du contexte dans lequel il est utilisé¹. L'inventaire de toutes les significations qu'il prend défie toute généralisation, toute théorie de l'entreprise, du point de vue interne au droit positif. Il est remarquable, d'ailleurs, de constater que cette difficulté n'est pas spécifique au droit français et que, par exemple, la même confusion existe en anglais avec les mots « *corporation* » et « *company* » qui, selon le contexte, signifient soit « entreprise » soit « société ». Cette difficulté n'est donc pas liée à un droit étatique donné.

Puisque l'entreprise n'a pas d'existence juridique propre en droit positif, mais que dans le même temps on ne peut contester que ce que le sens commun désigne comme constituant une « entreprise » arrive bien à exister dans cet univers qui semble ne pas vouloir d'elle, il nous faut commencer par comprendre par quels moyens ce que le langage courant désigne par « entreprise » peut arriver à la vie juridique, peut fonctionner dans une société où les rapports sociaux sont pour une large part réglés par le droit. Si l'entreprise n'existe pas en droit, il faut bien qu'elle utilise des *supports juridiques* reconnus pour fonctionner. Quels sont-ils ?

1. **Genèse de l'entreprise.** — La manière la plus simple de comprendre en quoi consiste ce que nous appelons la *structure microjuridique de l'entreprise* consiste à partir de l'« entrepreneur », du créateur d'une entreprise.

L'entrepreneur, qu'il s'agisse là du résultat d'un plan préconçu ou qu'il s'agisse d'une rationalisation *a posteriori* de ses actes, analyse ses besoins en

1. Voir notamment Alain Supiot, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, *RTDE*, vol. 38, 1985, p. 621.

facteurs de production (travail et capital, notamment), pour réaliser son projet d'entreprise et passe des contrats lui permettant de les rassembler dans l'entreprise qu'il crée. Pour les entreprises les plus simples – celle de l'artisan, celle du membre d'une profession libérale exerçant sur un mode traditionnel, celle du boutiquier – ces besoins se ramènent à peu de chose : un local pour l'atelier, le cabinet ou la boutique ; une apprentie, un collaborateur ou un vendeur ; un peu de matériel, quelques fournitures et c'est à peu près tout. Les rapports avec la clientèle sont directs, et il n'y a donc pas de réseau de distribution ; les rapports avec les fournisseurs sont simples et peu formalisés. L'entreprise, ici, c'est à peine plus que l'activité de notre entrepreneur, qu'il soit artisan, membre d'une profession libérale ou boutiquier. Tout juste doit-il passer un *bail* avec le propriétaire du local qui va servir à l'atelier, au cabinet ou à la boutique ; un *contrat d'apprentissage*, de *collaboration* ou de *travail* avec son assistant(e), et divers contrats *d'achat* ou de *location* de fournitures. On notera qu'à ce stade, il n'a pas eu besoin de créer de *société* pour constituer son *entreprise*.

Dès que l'entreprise prend un peu d'ampleur, notre entrepreneur va ressentir le besoin d'élargir le cercle des participants à son entreprise, dans des directions qui varient en fonction de l'activité exercée. En fonction de ses besoins spécifiques, il va devoir faire appel à différentes personnes pour obtenir différentes formes de contributions. Si, pour diriger son entreprise qui grandit, il ne dispose pas de toutes les compétences nécessaires, ou pense que l'on est plus fort à plusieurs que seul, il pourra faire appel à des *associés*, qui apporteront leur activité et/ou leurs capitaux, avec qui il partagera le résultat dégagé par l'entreprise sur une période de temps donnée. Si, pour *organiser* l'activité au sein de l'entreprise sans devoir

tout rediscuter en permanence, il a besoin d'exécutants soumis à ses ordres, il fera appel à des *salaariés* qui, en échange d'une rémunération fixe, accepteront contractuellement d'être dans un rapport de subordination à son égard ; si la distribution des produits de son entreprise exige une activité spécifique, l'accès à un réseau ou d'autres choses encore, il fera appel à des *distributeurs* avec qui il pourra passer des contrats prenant une multitude de formes (contrat d'agence, de concession, etc.) ; enfin, il devra probablement faire appel à des *prêteurs de deniers* (banques), lui permettant de disposer de capitaux à plus ou moins long terme (trésorerie, emprunts à moyen terme, emprunts à long terme).

Cette liste pourrait être continuée à l'infini tant la diversité des besoins des entreprises et l'imagination des entrepreneurs et de leurs conseils est grande. Les contrats passés peuvent être d'une complexité extraordinaire, mais cela ne change rien à l'affaire. Ce qu'il faut retenir, c'est que notre entrepreneur, en fonction du type particulier d'entreprise qu'il développe, va passer des *contrats* de types différents avec chacun de ceux qui vont jouer un rôle dans l'entreprise. Fondamentalement, ces contrats vont déterminer deux choses : d'une part, la *contribution* de chacun de ces participants à l'entreprise et, d'autre part, le mode de *rétribution* de leur contribution. Ainsi, dans le double circuit économique auquel nous avons fait référence dans l'introduction, *différents types de contributions* sont rémunérés par *différents types de rémunérations* : le travail par un salaire ; les ventes par des commissions ; le capital par des dividendes ; etc.

Rappelons que les contrats qui servent de support à l'entreprise sont organisés en un *circuit*, à la fois fermé sur lui-même et ouvert sur l'environnement économique. Dans ce circuit de contrats, il y a un

contrat qui joue un rôle très important : le contrat de société. Lorsqu'une société est créée, c'est avec elle que les autres contrats servant de support à l'entreprise sont passés, que les décisions sont prises – et que les profits (ou les pertes) sont réalisés.

Le contrat de société a une telle importance dans l'entreprise qu'on a pu écrire que la société – et particulièrement la *société anonyme* – est le support juridique de l'entreprise¹. Ce n'est que partiellement vrai. Elle n'est que l'un des supports de l'entreprise. La société, à elle seule, n'est pas un instrument juridique qui permette de faire grand chose. Sans les salariés, les fournisseurs, les distributeurs, etc., les associés au sein de la société seraient bien en peine de faire fonctionner l'entreprise. Les supports juridiques de l'entreprise sont *tous* les contrats qui lui permettent de fonctionner en droit positif, l'ensemble de ces accords au titre desquels l'activité de l'entreprise est juridiquement organisée. Le contrat de société n'est qu'un contrat parmi l'ensemble des contrats servant de support juridique à l'entreprise. Ce contrat a des conséquences déterminantes sur la manière dont l'entreprise est gérée, est « gouvernée » (ce que l'on verra plus loin). Il s'agit de comprendre pourquoi, et de prendre bien garde à ne pas faire l'amalgame entre les notions d'entreprise et de société.

2. La société. — Dans sa forme primitive – mais qui subsiste pour nombre de petites entreprises – le contrat de société est celui par lequel des personnes décident de mettre en commun certaines de leurs ressources, qu'elles soient matérielles, intellectuelles ou même qu'elles consistent en une force de travail (une « industrie » disent les juristes), pour faire quelque

1. Voir Jean Paillusseau, Les fondements du droit moderne des sociétés, *Jurisclasseur permanent*, I, n° 3148, 1984.

chose en commun et se partager le résultat dégagé (cette définition de la société est donnée en France par l'article 1832 du Code civil). Les juristes disent que de telles personnes sont animées d'une volonté de s'associer, d'un *affectio societatis*.

Il y a une *réalité sociologique* derrière ce type de contrat de société – un groupe de gens qui se connaissent et décident de faire quelque chose ensemble. On les appelle d'ailleurs des « sociétés de personnes ». Fernand Braudel rappelle ainsi que la *com-pagnie* – qui remonte au XI^e siècle – est « *une union serrée où tout se partage, le pain et les risques de chaque jour, le capital et le travail* »¹. Ce type de contrat de société rémunère souvent une réelle *activité* des associés, un « travail ». Mais, à la différence des salariés, la rémunération des associés n'est pas fixe. Elle dépend du résultat réalisé au terme de la comptabilité des recettes et des dépenses sur une période. Elle peut être élevée en cas de succès (la société fait des profits) ; mais elle peut être nulle ou négative, en cas d'échec (lorsque la société fait des pertes).

L'organisation du fonctionnement interne de ce type de société peut être faite très librement, la loi imposant peu de dispositions obligatoires, que l'on dit d'« ordre public ». La raison principale de cette grande liberté tient au fait que dans ce type de société, les associés sont responsables des dettes sociales – des dettes *de la société*. Si les créanciers de la société ne peuvent être payés par la société elle-même, c'est sur leur patrimoine personnel que les associés devront les désintéresser. Les créanciers risquent donc peu d'être lésés dans ce type de société : si la société ne peut faire face à ses engagements, les associés devront le faire à sa place. Le législateur n'a donc pas jugé utile d'imposer beaucoup de règles obligatoires à ces sociétés. Du point de vue des associés, la passation d'un contrat de société de ce type implique une prise de risques qui n'existe pas (ou existe moins) pour les autres participants à l'entreprise. Le salarié d'une société qui fait faillite risque certes de ne pas être payé à la fin du mois et de devoir trouver un autre travail, ce qui peut être fort désagréable ; mais l'associé d'une société de personnes qui fait faillite risque, lui, de tout perdre. La prise de risque est réelle pour l'associé dans ce type de société. Pour toutes ces raisons, ce type de société est adapté aux petites

1. Fernand Braudel, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle*, 3 t., Paris, A. Colin, 1979, t. 2 : *Les jeux de l'échange*, p. 384.

entreprises, dans lesquelles les associés se connaissent bien et décident chacun de participer au projet d'entreprise compte tenu de la personnalité des autres. On dit que l'*intuitu personae* (la prise en compte de la personnalité des autres associés dans la décision de s'associer) y est fort. La vente des parts représentatives du capital, qui permet de « sortir » de la société et/ou de faire entrer de nouveaux associés, n'est donc pas libre : chacun des associés a initialement contracté avec des personnes bien déterminées, et il est normal qu'il ne puisse se voir imposer un associé qu'il n'aurait pas choisi. Ces sociétés sont donc dites « fermées ».

3. Une particularité du contrat de société : la naissance d'une personne morale. — 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 à la base qu'un *accord de volonté* (comme tout autre contrat) entre les associés – va être à l'origine de la naissance d'une *personne juridique*. Par l'immatriculation (en France, au greffe du tribunal de commerce), véritable acte de naissance de la société, la société se voit accorder la « personnalité morale » et devient un nouveau sujet de droit, *autonome* par rapport aux associés. Pour comprendre la portée extraordinaire de cette caractéristique de la société, il faut comprendre que le monde des juristes n'est pas peuplé de vraies personnes, d'individus faits de chair et de sang, mais de personnes *juridiques*. Ces personnes là sont définies par le système juridique comme des *sujets de droit*, par opposition aux *objets de droit*. En simplifiant un peu, l'univers juridique privé – celui qui est à la disposition des gens pour organiser leurs activités – est divisé en deux grandes catégories : les *sujets* et les *objets* de droit. Tout est soit sujet, soit objet de droit, les sujets de droits ayant des droits sur les objets de droit. Ainsi, le propriétaire d'une table a la possibilité d'exercer les prérogatives du propriétaire sur la table (l'utiliser comme il l'entend, la prêter, la louer, la vendre, la brûler, etc.,

sans avoir de comptes à rendre à personne) parce que celle-ci est un *objet* de droit, et qu'il est *le* sujet de droit ayant les droits du propriétaire sur cette table¹. Une telle prérogative, qui laisse l'individu libre de faire ce qu'il veut avec ce qu'il a, est appelée une prérogative *subjective*.

Il est important de comprendre que la qualité de sujet ou d'objet de droit ne dépend *que* d'une attribution de cette qualité faite par le *système juridique*. C'est le système juridique qui confère aux *sujets* de droits des droits sur les *objets* de droit. C'est lui qui détermine *qui* sont les sujets de droit et *ce que* sont les objets de droit. Être sujet ou objet de droit ne découle pas d'une quelconque « nature » ou de caractéristiques intrinsèques, soit aux « objets », soit aux « sujets » de droit, qui ferait que le système juridique ne pourrait que leur reconnaître la qualité soit d'objet, soit de sujet de droit. Si tel était le cas, cette qualité découlerait d'une détermination *extérieure* au système juridique, que l'on pourrait alors imaginer identifier, par exemple, dans l'entreprise et forcer le système juridique à reconnaître – ce que s'efforce, d'ailleurs, de faire une partie de la doctrine². Cette conclusion est peut-être contraire au sens commun, mais il faut se méfier de celui-ci si l'on veut bien comprendre le fonctionnement du système juridique. Ainsi, nous considérons aujourd'hui que toute personne physique, tout individu, ne peut être qu'un sujet de droit et ne saurait évidemment être un objet de droit ; mais il n'en a pas toujours été ainsi. Cet état *actuel* du droit, aussi « naturel », « normal »,

1. L'article 544 du Code civil l'exprime clairement : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

2. Voir notamment la thèse de Michel Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957.

« évident », qu'il nous apparaisse aujourd'hui, est relativement récent. Par exemple, ce n'est que depuis l'abolition de l'esclavage¹ que les esclaves sont passés du statut d'objet à celui de sujet de droit. Les êtres vivants – et même, naguère, les êtres humains – n'ont donc pas *intrinsèquement* « droit » à la qualité de sujet de droit. C'est encore le cas aujourd'hui pour les animaux qui n'ont pas, à proprement parler, de « droits » (ils bénéficient de protections accordées par la loi, mais n'ont pas, eux-mêmes, de droits).

Ce qu'il est essentiel de comprendre pour notre propos, c'est que seul le système juridique peut conférer la qualité de sujet de droit, et qu'il la confère à la *société*. Les philosophes nous disent que des effets sociaux importants découlent de la décision d'accorder, ou de refuser, l'attribution de la personnalité morale². Pour ce qui nous concerne ici, nous allons devoir mesurer les conséquences qui découlent du fait que la personnalité morale est accordée à la *société*, et que, en dépit des efforts de certains, elle n'est pas attribuée à *l'entreprise*.

4. La société comme technique permettant de faire naître l'entreprise à la vie juridique. — Une des raisons principales de la confusion classique entre les notions d'« entreprise » et de « société » – et ce qui donne à ce dernier contrat une importance particulière – c'est que la société a la *personnalité morale* (c'est ainsi que l'on appelle la personnalité juridique

1. Assez récent, puisque ne datant que de 1848 en France, 1865 aux États-Unis.

2. Par exemple, pour assurer une défense effective de l'environnement, certains ont proposé la thèse selon laquelle une certaine forme de personnalité juridique devrait être accordée aux arbres : ceux-ci seraient alors titulaires de droits que leurs « représentants » (association de défense de la nature, par exemple) pourraient défendre en justice. Voir notamment Michel Serres, *Le contrat naturel*, Paris, Éd. F. Bourin, 1990 ; Luc Ferry, *Le nouvel ordre écologique*, Paris, 1992.

des personnes juridiques autres que les personnes physiques). Pour le système juridique, la société est une « personne » ayant un patrimoine, des droits et des devoirs, un nom, une adresse. C'est la société qui permet à l'entreprise de fonctionner dans le système juridique. La société permet ainsi une *certaine forme de personnification* de l'entreprise, qui fait que l'on assimile souvent l'une à l'autre. Mais c'est une personnification bien particulière – et réductrice – qui est faite de l'entreprise par la société, comme on va le voir.

Personne juridique, la société a, en quelque sorte, l'équivalent de l'état civil des personnes physiques. En conséquence d'un certain anthropocentrisme du système juridique, la personnalité morale des sociétés a été pensée à partir de celle des personnes physiques¹. Cette manière uniformisante de voir la personnalité juridique est parfois responsable de graves erreurs conceptuelles, par l'assimilation abusive des personnes morales aux personnes physiques, notamment au niveau des droits dont elles bénéficient². Nous aurons l'occasion d'examiner quelques-unes de ces erreurs. En attendant, constatons que, comme la personne physique, la personne morale a :

1 / Un *nom*, composé habituellement d'une *dénomination sociale* suivie de l'indication de la forme de la société (Truc, SA ; Widget, Inc ; Ding, GmbH ; etc.) ;

2 / Une *adresse*, plus exactement appelée le « *siège social* » ;

3 / Une « *profession* », ce que les juristes appellent l'« *objet social* » ;

4 / Un *patrimoine*, élément sur lequel il convient de s'étendre plus en détail. 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. En plus d'être propriétaire (c'est-à-dire d'être le sujet de droit titulaire des droits de propriété sur les objets de droit qui servent à l'entreprise), la société a, au même titre que les autres personnes juridiques, la *capacité de passer les contrats* qui servent de support à l'entreprise. Derrière les enga-

1. Voir notamment Georges Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, 1995, p. 73-74.

2. Sur cette question, voir particulièrement Meir Dan Cohen, *Rights, Persons and Organizations : a Legal Theory for Bureaucratic Society*, Berkeley, University of California Press, 1986.

gements qu'elle prend, et que d'autres prennent à son égard, ce sont bien des personnes physiques qui vont agir, mais elles vont le faire soit *au nom* de la personne morale (s'agissant de remplir les engagements pris *par elle*), soit *au profit* de celle-ci (s'agissant des engagements pris *à son égard*). C'est la *société* qui sera engagée, dont le patrimoine sera en jeu, qui pourra éventuellement être responsable, etc. Par le biais de la société, on peut donc isoler des patrimoines – des ensembles de biens, de droits et d'obligations – et les *affecter* à une entreprise, ou à une partie d'entreprise. Dans l'entreprise sociétaire (c'est-à-dire dans l'entreprise ayant au moins une société comme support juridique), la société est donc *l'employeur* des salariés. C'est aussi la société qui est le *locataire*, *l'emprunteur*, le *prestataire de services*, etc. On constate donc immédiatement que tous les participants à l'entreprise autres que les associés sont *extérieurs* à la personne juridique qui lui permet de fonctionner : la société. Ils ne sont que les cocontractants d'une personne morale existant du fait d'un contrat passé entre les seuls associés, et de la reconnaissance par le système juridique de la personnalité morale à la *société* (mais pas à l'entreprise). Ceci a des conséquences très importantes que nous verrons par la suite ;

5 / Parmi les éléments de l' « état civil » de la société, on peut encore citer sa « *nationalité* », bien que ce concept, très changeant, s'il est couramment utilisé en pratique, soit particulièrement inadapté à la société. Sans pouvoir trop entrer dans le détail ici, posons simplement la question de ce qui pourrait bien permettre de déterminer la « *nationalité* » d'une société. Est-ce l'adresse de son siège social ? Oui mais alors, par exemple, si tous ses associés sont étrangers, est-ce que cela reste vrai, particulièrement si ceux-ci résident à l'étranger ? La question est encore plus aiguë au sein des entreprises multinationales qui ont des filiales implantées un peu partout dans le monde ;

6 / Enfin, l'état civil de la société peut encore être complété par sa date de naissance et – chose singulière – sa *durée d'existence* (souvent prévue, à l'avance, pour quatre-vingt-dix-neuf ans). En fait, cette durée peut être prolongée à l'infini ; d'où une capacité d'accumulation patrimoniale considérable qui éloigne plus encore le sort de la personne morale de celui de la personne physique. Il n'y a, en conséquence de cette caractéristique singulière, pas d'effet de redistribution des richesses par la mort « naturelle », comme elle se produit pour les personnes physiques. Seule la mort choisie (décision de dissoudre la société) ou accidentelle (faillite) entraîne une telle redistribution. Les sociétés qui prospèrent voient ainsi leur patrimoine s'accroître sans autre limite que celle de leur capacité organisationnelle à les gérer.

Au total, c'est donc d'une personnalité juridique bien singulière dont bénéficie la société. Mais il nous reste encore tout un champ de cette personnalité à examiner. Comment la société qui ne peut, après tout, exister que par l'effet d'une reconnaissance de son existence en tant que personne morale par le système juridique, peut-elle *concrètement* faire usage de ses droits de propriété et contractuels et remplir ses obligations ? Ce n'est pas tout d'être une personne juridique formellement titulaire d'un patrimoine, encore faut-il que quelque chose soit prévu pour que des êtres de chair et de sang puissent juridiquement agir valablement au nom et pour le compte de la société. Quelles que soient les théories qui prétendent qu'il y a une « réalité » des personnes morales¹, on n'a jamais vu que des personnes physiques signer des contrats, licencier des salariés ou décider de lancer un nouveau produit. Le droit accepte, sous certaines conditions, *d'attribuer* certaines actions (nécessairement) individuelles non pas aux personnes physiques qui agissent (et qui sont, bien sûr, seules à pouvoir agir) mais à la personne morale qu'elles « représentent ». *Pour le droit*, la société a – tout comme la personne physique à laquelle elle est « assimilée » – une « volonté », elle prend des « décisions ». Personne morale, sujet de droit, la société est considérée comme ayant une *volonté propre*, une capacité propre de prise de décision. Celle-ci ne peut résulter, cependant, que d'une détermination faite par le système juridique lui-même de ce qui constitue une « décision de la société ». Le système juridique définit qu'il y a « décision de la société » lorsque certaines *procédures* de prise de décision, réglées par la loi et les statuts (autre nom

1. Sur les théories de la personnalité morale, voir Jean Paillusseau, *Le droit moderne de la personnalité morale*, RTDC, 1993, p. 705.

donné au contrat de société), ont été suivies. Le droit peut ainsi poser que, par rapport à un type de décision donnée (décider de fusionner la société avec une autre société, par ex.), ne constitue une décision *de la société* – en d'autres termes une décision-que-le-système-juridique-attribue-à-la-société – qu'une résolution prise par une majorité suffisante des associés présents ou représentés à une assemblée générale des associés réunissant un quorum suffisant, convoqués dans le respect des règles prévues par la loi et les statuts par les autorités compétentes (elles-mêmes déterminées conformément à la loi et aux statuts, etc.).

La loi et les statuts déterminent donc dans quelles conditions de respect de *règles de procédure* certaines décisions prises par certains individus valent comme « décision de la société ». Les clauses du contrat de société (les « statuts ») organisent donc l'exercice du *pouvoir* entre les « preneurs de risques », les associés, qui sont les seuls à participer aux procédures qui permettent à la *société* de fonctionner. Ce que les statuts permettent donc, c'est de déterminer par avance une *procédure* pour les choix à faire dans le futur. En fonction de leurs apports et du contenu des statuts, les preneurs de risques ont ainsi plus ou moins de pouvoir dans la *société* – et, en conséquence, dans l'*entreprise* – compte tenu des règles de quorum, de majorité, de désignation des dirigeants, etc., que le droit pose.

5. Société et différenciation des fonctions de l'entrepreneur. — Avec la constitution d'une société, la personne physique qui, dans la petite entreprise pour laquelle aucune société n'avait été constituée, cumulait toutes les fonctions (propriétaire des actifs utilisés pour les besoins de l'entreprise, cocontractant des fournisseurs et des clients, responsable des actes accomplis dans le cadre de la gestion de l'entreprise

sur son patrimoine personnel, etc.) disparaît comme point d'ancrage dans le système juridique du circuit de contrats et de droits de propriété servant de structure juridique à l'entreprise. C'est la société qui prend sa place : elle est le cocontractant des participants à l'entreprise et le propriétaire de ses actifs. C'est elle qui engrangera les profits ou les pertes dégagés sur une période. C'est aux termes des procédures prévues par le droit des sociétés que les décisions d'affectation de ce résultat seront prises et que des dividendes seront éventuellement distribués. Avec la constitution d'une société pour servir de point d'ancrage au circuit de contrats servant de support à l'entreprise, l'entrepreneur change de statut juridique et disparaît en tant que tel. De propriétaire des actifs de l'entreprise, cocontractant de l'ensemble de ses partenaires, et notamment employeur direct des salariés, il va, au moins dans un premier temps, cumuler deux fonctions :

1 / Celle d' « associé ». Il n'est plus propriétaire des *actifs* utilisés par l'entreprise mais des *parts sociales* représentant le capital d'une société qui, *elle*, est propriétaire de ces actifs, et est en position de passer les contrats qui lui permettent de les mettre en valeur ;

2 / Celle de « *mandataire social* », quand il reste dirigeant de l'entreprise. Il 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. Si c'est bien toujours la personne de notre entrepreneur qui agit, négocie, passe les contrats, c'est *juridiquement* la société qui est propriétaire des actifs de l'entreprise, et exerce juridiquement (même si c'est par l'intermédiaire des mandataires sociaux) les compétences du propriétaire sur eux.

Les dirigeants, lorsqu'ils ont été désignés conformément aux règles prévues dans les statuts exercent donc, *au nom et pour le compte de la société*, les prérogatives dont celle-ci dispose, qu'il s'agisse de droits de propriété ou de droits contractuels. Ainsi, l'employeur des salariés dans l'entreprise peut être la société, mais ce sont les dirigeants de la société (et ceux à qui ils délèguent leurs pouvoirs), qui donnent les ordres. Pour peu que les formalités prévues par le droit des sociétés soient respectées (au moins formellement), le droit positif impute à la *société* des actions et des décisions qui sont celles de *l'organisation dirigeant l'entreprise*. Dans la petite société de personnes, l'organisation de direction de l'entreprise se confond avec les organes sociaux *de la société*, qui sont, fondamentalement, le groupe des associés, voire un entrepreneur seul. Tout change cependant avec l'accroissement de la taille de l'entreprise et la nécessité de lui trouver un support sociétaire adapté.

6. Les sociétés de capitaux. — Lorsque, du fait de l'accroissement de la taille de l'entreprise, l'entrepreneur a besoin de capitaux plus importants que ce qu'il peut mobiliser seul ou avec quelques associés, le contrat de société va, en s'élargissant à un nombre important d'actionnaires, en quelque sorte changer de nature. Pour ceux des actionnaires qui vont investir des capitaux dans la société sans pour autant prendre la moindre part à la gestion de l'entreprise, la société devient beaucoup plus un contrat prévoyant une modalité particulière de rémunération des capitaux apportés à l'entreprise qu'un accord entre des personnes voulant mettre leurs efforts en commun dans un but d'entreprise. On appelle d'ailleurs le type de société constitué dans un tel cas une « société de capitaux ».

Il existe une multitude de formes intermédiaires entre la société de personnes dont les parts sociales ne peuvent pas être vendues librement (que nous avons sommairement présentée plus haut) et la société de capitaux cotée en bourse, c'est-à-dire dont les actions peuvent se négocier librement sur une bourse de valeurs : pour la France, on peut citer les SARL, les sociétés en commandites (simples ou par actions) ou encore les sociétés anonymes non cotées. Chacun de ces types de société présente des caractéristiques propres, qui le rendent plus ou moins bien

adapté aux besoins de telle ou telle entreprise. Mais c'est la société anonyme qui est au cœur de la structure sociétaire des grandes entreprises, même si d'autres formes sociales peuvent être utilisées dans les groupes de sociétés qui, souvent, leur servent de support.

La société anonyme a la particularité d'être une société dont le capital (par ex., de 500 000 F) se compose d'actions (par ex., 5 000 actions de 100 F chacune), qui sont des titres de capital aux caractéristiques particulières ayant joué un rôle important dans le développement de la grande entreprise. Rappelons que la société permet d'isoler les actifs nécessaires à une entreprise donnée (droits de propriété et contrats) dans un patrimoine séparé de celui de l'entrepreneur. Dans notre perspective, qui conçoit la structure juridique de l'entreprise comme un ensemble de contrats au titre desquels les facteurs de production nécessaires à son activité sont rassemblés, les preneurs de risques concluent un contrat d'un type particulier (le contrat de société) afin d'être titulaires de la différence entre les revenus et les coûts sur une période de temps donnée. Ils espèrent en tirer un profit mais sont prêts à prendre le risque d'essayer des pertes.

Dans le droit classique des sociétés, les associés restent responsables sur leurs biens propres des dettes de la société. Cette prise de risque peut être acceptable quand on gère soi-même l'entreprise. Cependant, elle limite les vellétés d'investissement de la part de ceux qui disposent de capitaux mais ne peuvent, ou ne veulent, participer à la gestion de l'entreprise au jour le jour.

Du fait des importants besoins en capital qui sont apparus avec la révolution industrielle, deux évolutions très progressives se sont produites dans le droit des sociétés par actions, au cours des XIX^e et XX^e siècles, par rapport au droit traditionnel des personnes morales afin, notamment, de réduire le risque couru par les investisseurs pour qu'ils ne soient pas rebutés par l'achat de titres de capital (des *actions*):

- a) l'invention de la *responsabilité limitée* des apporteurs de capitaux au montant des capitaux apportés (ils savent ainsi exactement ce qu'ils risquent : leur

mise de départ, et rien d'autre) ; et b) la possibilité pour l'investisseur de vendre librement (sans autorisation des autres actionnaires) sa participation sur le marché des valeurs mobilières¹. Cette deuxième évolution du droit des sociétés est d'une importance fondamentale, dans la mesure où elle est l'une des meilleures protections des actionnaires contre l'incurie des dirigeants en leur permettant de mettre un terme à une participation malheureuse à une entreprise mal gérée en vendant leurs titres.

Il nous reste maintenant deux notions supplémentaires à assimiler pour disposer des notions de base permettant de comprendre la structure microjuridique des grandes entreprises modernes (et donc leur position au sein du système juridique positif, c'est-à-dire la manière avec laquelle celui-ci peut agir sur elles) : la notion de « groupe », d'une part, et celle de « bourse » et de « valeur mobilière », d'autre part. L'existence de groupes de sociétés et la cotation à une bourse de valeurs éloignent encore plus les concepts d'entreprise et de société.

II. — La structure microjuridique de la grande entreprise : le groupe de sociétés

1. **La croissance de la taille de l'entreprise et la constitution d'un groupe de sociétés.** — On a vu que la société a la capacité d'être propriétaire de biens. Entre autres biens, elle peut donc être propriétaire d'*actions* dans d'autres sociétés. Elle peut ainsi être elle-même *associée* dans d'autres sociétés. Si elle

1. Sur l'analyse économique de cette évolution, voir généralement Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, *American Economic Review*, n° 57 (2), 1967, p. 347 ; Frank H. Easterbrook et Daniel R. Fishel, *Limited Liability and the Corporation*, *University of Chicago Law Review*, n° 52, 1985, p. 89.

détient une part suffisante du capital de ces sociétés, celles-ci sont alors appelées des *filiales*, la société qui les contrôle étant appelée la *société mère* du *groupe de sociétés* qu'elle constitue avec ses filiales. Ces filiales peuvent elles-mêmes avoir des filiales (qui sont donc des *sous-filiales* de la société mère), et ainsi de suite. L'ensemble des sociétés qui sont ainsi placées sous le contrôle d'une seule société mère est appelé un *groupe de société*.

On comprend bien que la société qui détient la majorité du capital d'une autre société (sa filiale) contrôle les décisions qui sont prises au sein des organes sociaux (conseil d'administration, assemblée générale des actionnaires) de sa filiale, qu'elle peut en désigner les dirigeants, les changer s'ils ne suivent pas ses directives, et ainsi de suite. Vis-à-vis des dirigeants de la société mère, les dirigeants des filiales, sous-filiales, sous-sous-filiales, etc., ont ainsi souvent la position de *subordonnés*. Ils se trouvent de ce fait souvent dans une position inconfortable, assumant la lourde responsabilité d'un dirigeant de société supposé disposer d'une autonomie de décision, tout en étant intégrés à l'organisation de gestion de l'*entreprise* telle qu'elle est établie par les dirigeants de la société mère, et qui ne leur laisse souvent qu'un rôle d'exécutant de décisions prises par d'autres qu'eux.

Une entreprise *unique* (c'est-à-dire un circuit de contrats dont le fonctionnement est coordonné par une seule organisation de gestion) peut donc avoir comme structure sociétaire un *groupe de sociétés* pour servir de points d'ancrage aux autres contrats qui forment sa structure juridique. Chacune des branches d'activité de cette entreprise peut être organisée autour d'une société qui lui sert de support juridique propre. L'unité de l'entreprise – en tant qu'ensemble *organisationnel* – peut être maintenue

ou non¹. En toute hypothèse, cependant, chacune des sociétés est traitée *juridiquement* comme une personne juridique *autonome*. Le groupe, *en lui-même*, n'a pas d'existence juridique (sauf dans certains droits comme le droit allemand). Il existe en tant que réalité économique par le fait que des sociétés qui – elles – ont une existence juridique (la personnalité morale) sont propriétaires d'actions composant le capital social d'autres sociétés. Il permet l'existence d'une unité organisationnelle, par l'unification de l'exercice du *pouvoir* dans l'*entreprise* selon les règles et l'organisation posées par ceux qui contrôlent la société mère. Mais il ne donne pas naissance à une personne morale nouvelle, autonome de celle des sociétés qui le composent. Sauf cas particulier – et il ne s'agit là que d'exemples – les salariés dans l'entreprise n'ont un contrat de travail qu'avec une seule *filiale*, pas avec le *groupe*, et en tout cas pas avec l'*entreprise* ; le fournisseur qui n'est pas payé ne peut se retourner que contre la société avec laquelle il a contracté, pas contre ses sociétés sœurs, filiales ou mère ; seule la société coupable d'avoir causé un dommage à l'environnement en est responsable, pas ses sociétés sœurs, etc.

Les groupes de sociétés posent des difficultés techniques multiples ; ils peuvent être l'instrument de fraudes, de tromperies, etc. Mais il en va de même de nombreuses techniques juridiques, lorsqu'elles sont détournées de leur objet. Utilisée légitimement, la technique du groupe permet notamment (mais il y aurait beaucoup d'autres exemples à donner), de créer des structures juridiques isolées les unes des autres pour servir de support aux différentes activités de l'entreprise (la production

1. Dans le cas des conglomérats, par exemple – qui rassemblent des activités diverses et séparées –, il y a unicité du *groupe de sociétés* sous le contrôle de la société mère (appelée souvent *holding*), mais pas unicité de l'*entreprise*, dans la mesure où les diverses sociétés ont des activités totalement différentes les unes des autres, qu'elles exercent de manière autonome sans que leurs activités soient intégrées à une organisation de coordination du travail unique.

d'un côté, la distribution de l'autre, par exemple). Une seule entreprise peut ainsi se lancer dans plusieurs types d'activités économiques en isolant les risques propres à chacune d'entre elles ; la technique du groupe offre également une grande souplesse pour faire participer au capital des actionnaires minoritaires différents selon les activités exercées ; le recours à cette technique est parfois indispensable pour une implantation à l'étranger (obligation éventuellement posée par la loi locale de créer une filiale « locale » ; constituer une filiale locale est aussi une manière, pour les entreprises multinationales, d'apparaître comme un « local » partout dans le monde, etc.).

2. L'unité organisationnelle de l'entreprise et l'éclatement de son support sociétair. — Dans l'entreprise dont la structure sociétair n'est pas composée d'une seule société, mais d'un groupe, le patrimoine servant à cette entreprise est donc la propriété de plusieurs sociétés, de plusieurs personnes juridiques. La « personnalisation » bien particulière de l'entreprise par la société entraîne des conséquences importantes à ce point de vue. Les décisions sont attribuées juridiquement à telle ou telle société. Elles sont censées être prises soit par les dirigeants de chaque société, nommés par l'assemblée des actionnaires, soit par l'assemblée des actionnaires elle-même. En fait, on constate qu'il y a un décalage entre le fonctionnement *théorique* du droit positif et le fonctionnement réel de telles entreprises. La communication dans l'*entreprise* qui aboutit à la prise de décision peut prendre des formes concrètes extrêmement diverses. *Du point de vue du droit*, quelle que soit la réalité de la communication dans l'entreprise amenant à une prise de décision (qu'elle soit autocratique, démocratique, que l'entreprise fonctionne avec des comités de gestion ou pas, etc.), les décisions valables juridiquement sont celles qui sont prises aux termes des procédures *prévues par le droit des sociétés*. Les décisions prises par les entreprises sont formellement prises par les sociétés qui leur servent de support sociétair en droit

positif. Elles sont censées être prises, aux termes du processus décisionnel prévu par le droit des sociétés applicable à chacune d'entre elles, par les individus constituant leurs « organes de direction » selon ce même droit des sociétés. On se rend compte, cependant, dans la vie des entreprises, que les décisions prises sont en fait souvent le résultat de processus de communication se déroulant non pas au sein de la *société commerciale* (c'est-à-dire suivant les procédures du droit des sociétés aux termes desquelles, formellement, seuls les actionnaires et leurs mandants se « parlent » au sein de conseils d'administration, qui communiquent à des assemblées générales selon des procédures très précises), mais au sein de l'*entreprise*. La communication aboutissant à la prise d'une décision est canalisée par les règles de fonctionnement internes à l'entreprise, qui sont *autonomes* par rapport à la structure juridique positive de l'entreprise (la société ou le groupe de sociétés). Chaque entreprise a ici un fonctionnement qui lui est propre et, dans la plupart des cas, le droit des sociétés n'est respecté que *formellement*, une fois la décision déjà prise dans les organes de gestion autocrésés par chaque entreprise. Le droit n'est respecté, *a posteriori* (par rapport à la *réalité* de la *prise de décision*), que pour assurer la *portée juridique* en droit positif des décisions prises, la plupart du temps, selon bien d'autres procédures. Ce n'est bien souvent qu'en cas de conflit, potentiel ou réel, qu'il y a cristallisation du débat (entre différents groupes d'actionnaires en désaccord, par exemple) sur la forme juridique que la décision doit prendre.

Ce phénomène est particulièrement visible s'agissant des décisions formellement prises par la filiale d'un groupe de sociétés servant de support sociétaire à une entreprise multinationale. Les groupes multinationaux de sociétés – c'est-à-dire ces structures d'organisation d'entreprise dans lesquelles une ou plusieurs sociétés ont une ou plusieurs filiales à

l'étranger – permettent une internationalisation de l'entreprise (du circuit-de-droits-de-propriété-de-sociétés-et-de-contrats) en utilisant les instruments juridiques locaux. Du point de vue de chacun des États où existe une filiale, chaque société est une création faite en vertu de *son droit*, une partie de *son* système juridique. Chacune des sociétés fonctionne (prend des décisions juridiquement valables en droit local) selon les règles prévues par *son droit*. Mais si on se place du point de vue de la filiale locale d'une multinationale, les choses sont très différentes : ses « dirigeants », son « intérêt social », l'« intérêt » de ses actionnaires (dont la prise en compte est censée être assurée par le droit des sociétés local), l'intérêt de ses salariés, de l'État sur le territoire duquel elle est établie (dont la prise en compte est censée être assurée par le droit « régulateur » – le droit « économique » local), etc. peuvent ne jouer que des rôles minimes et partiels dans le processus discursif menant, par exemple, à une décision d'investissement, ou de désinvestissement, prise formellement (en droit positif) par la filiale (c'est-à-dire dans le respect formel des procédures du droit des sociétés local) mais prise, en réalité, par « l'entreprise ».

Le droit des groupes de sociétés, développé de manière très inégale selon les pays, permet de traiter une partie des problèmes qui découlent du décalage existant entre l'unité organisationnelle de l'entreprise et l'éclatement de son support sociétair en de multiples sociétés. Le *droit des groupes* tire ainsi certaines conséquences – limitées – du contrôle d'une société par une autre, soit pour autoriser entre sociétés apparentées des opérations qui seraient illégales sans ce lien¹, soit pour *protéger les tiers*, soit pour prévoir certaines formes de représentation collective des salariés, etc.

La technique du groupe de sociétés permet ainsi de rassembler dans une organisation unique – dans une seule et même entreprise – les diverses activités organisées autour de chacune des sociétés du groupe. La détention, par une société, d'une majorité du capital social d'une autre société permet la concentration du

1. Ainsi de la jurisprudence française *Rozenblum* en matière d'abus de biens sociaux.

capital productif (les actifs réels : usines, machines, stocks, etc.) dans de vastes organisations. Ce sont les caractéristiques techniques des actions qui ont permis la constitution de tels groupes. La responsabilité limitée attachée à la propriété de l'action et la libre négociabilité de ce type de titres de capital ont également permis une autre forme de concentration — financière celle-là — par l'appel aux mécanismes de la cotation boursière.

III. — La structure microjuridique de la grande entreprise : la bourse

1. **Les caractéristiques juridiques de l'action et le marché des capitaux.** — Nous avons vu que le capital social des sociétés anonymes est divisé en actions et que chaque action donne droit à la fois à une part dans les bénéfices et à une voix dans les assemblées d'actionnaires. La propriété de l'action donne donc droit à une partie du résultat financier dégagé par l'entreprise (des dividendes ou une partie de l'actif social accumulé dans la société) et à une partie du pouvoir dans l'entreprise. L'existence de la société (qui est le propriétaire des actifs utilisés dans l'entreprise et la personne juridique ayant passé les contrats qui lui permettent de fonctionner) fait que l'action ne donne pas un droit *direct* sur l'actif utilisé dans l'entreprise. Pour accéder à ces actifs, il est nécessaire de respecter les formalités du droit des sociétés. L'action ne fait que donner le droit de participer aux mécanismes organisés par le droit des sociétés en matière d'exercice du pouvoir dans l'entreprise et de participation au résultat. Elle ne donne pas un droit de *copropriété* sur les actifs.

En revanche, compte tenu de ce à quoi elle donne droit, l'action est susceptible d'avoir une valeur

d'échange *en elle-même*, de commander un prix que des acheteurs potentiels sont prêts à payer pour disposer de ces droits. La valeur de l'action est bien sûr liée aux performances de l'entreprise : si les profits baissent, le dividende par action baisse, et la valeur de l'action baisse aussi. Mais cette valeur est *juridiquement séparée* de celle de l'entreprise : elle est *incluse* dans ce bien particulier qu'est une action.

Certaines règles traditionnelles attachées aux parts sociales (responsabilité illimitée des associés et agrément à obtenir des autres associés pour pouvoir les céder, notamment) auraient empêché le développement d'un marché pour ce type de valeurs. Aussi deux caractéristiques juridiques essentielles ont-elles été progressivement accordées aux actions par une évolution du droit : la limitation de responsabilité de l'actionnaire au montant de son apport, et la libre négociabilité de l'action, qui est transmissible sans formalités.

Du fait de ces caractéristiques, un marché a pu se développer pour ce type de valeurs et a pris une ampleur considérable dans la vie économique. Le marché des actions permet, notamment, une grande fluidité des investissements, l'investisseur n'étant pas « coincé » avec ses actions comme il peut l'être avec d'autres formes d'actifs, et il s'est considérablement développé.

Pour l'entrepreneur, décider de mettre sur le marché boursier une partie des titres de capital de la société qu'il contrôle permet d'accéder à des ressources financières très importantes. Cela implique une dilution de son contrôle du capital de la société, mais il ne va pas, pour autant, perdre le pouvoir de direction de l'entreprise. En effet, il aura souvent en face de lui de petits actionnaires isolés, peu susceptibles de rassembler aux assemblées d'actionnaires une majorité de voix supérieure à la sienne, et donc de lui

substituer un autre dirigeant. Dans certaines situations, cependant, il peut en aller autrement.

2. Bourse et contestabilité du pouvoir de direction de l'entreprise. — Une fois les actions cotées, le marché des actions permet de comparer les performances financières relatives des entreprises, les actionnaires mécontents des performances de l'entreprise dans laquelle ils ont investi pouvant vendre, et faire ainsi baisser la valeur des actions de la société cotée. Inversement, les actions des sociétés servant de support juridique à des entreprises bien gérées sont très demandées et voient leur valeur grimper. C'est ce mécanisme qui permet (en théorie) à la bourse de sanctionner les mauvais dirigeants : ils risquent alors un rachat massif des actions composant le capital de la société qu'ils dirigent par des dirigeants concurrents qui pensent pouvoir faire mieux qu'eux et auraient la capacité, s'ils réussissaient à acheter suffisamment d'actions à bas prix, de les congédier et de revaloriser l'entreprise par une meilleure gestion. Tout ici dépend, en fait, de la répartition du capital, des structures financières locales, très différentes de pays à pays et des cultures financières nationales. La « contestabilité » du pouvoir (par le biais de raids boursiers hostiles, par exemple) est plus une pratique anglo-saxonne qu'un phénomène continental. Sur le continent européen, des participations réciproques entre groupes de sociétés rendent souvent de telles prises de pouvoir très difficiles.

IV. — La grande entreprise et l'évolution du système de pouvoir

Le cumul des deux dernières techniques présentées – le groupe de sociétés et la cotation en bourse – fournit aux entreprises les moyens juridiques de deve-

nir les entreprises mondiales que nous connaissons, organisées en groupes de sociétés implantées dans une multitude de pays, et disposant de capitaux énormes du fait de la cotation d'une ou plusieurs des sociétés qui leur servent de support juridique sur une, voire plusieurs, bourse(s) de valeurs¹. Aux termes de l'évolution du droit des sociétés, relayé par le droit boursier, la société cotée n'est plus aujourd'hui qu'un instrument technique de collecte du capital, permettant à l'entreprise de rassembler les autres facteurs de production qui lui sont nécessaires et la reliant au marché des valeurs mobilières.

Au départ, la société est la chose des actionnaires, puisqu'elle est essentiellement un contrat, un accord de volonté entre eux. La montée en puissance des dirigeants non-proprétaires est venue apporter un défi à la conception de la société comme contrat. Avec l'accroissement de la taille de l'entreprise, « leur » société leur a échappé. Comment cela a-t-il été possible ?

1. L'autonomisation de la grande entreprise par rapport à ses actionnaires. — Avec le développement de cette nouvelle forme de propriété qu'est l'action, un fossé s'est progressivement creusé entre les sociétés et leurs actionnaires du fait, notamment, de la dilution des participations et de la fréquente interposition, entre les personnes physiques et les actions dans les sociétés ayant une activité productive, d'une multitude de sociétés à caractère financier. Aujourd'hui, l'actionnariat des sociétés mères des très grandes entreprises est surtout la propriété d'autres sociétés (parfois contrôlées par d'autres sociétés, elles-mêmes

1. En 1990, les 300 premières multinationales possédaient ensemble approximativement 25 % de l'ensemble des actifs productifs dans le monde ; voir *The Economist*, 27 mars 1993.

contrôlées par d'autres sociétés, et ainsi de suite) et de petits actionnaires totalement dégagés de la gestion des entreprises, ne recherchant qu'un placement avantageux de leurs capitaux. 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. Il y a maintenant autonomisation de l'entreprise par rapport aux actionnaires et autonomisation des actionnaires par rapport à l'entreprise. La société n'est plus une entité plurielle, un « nous », des gens fusionnés dans un *corps* ; c'est une entité fictive, vide de gens animés d'un *affectio societatis*¹.

La très grande entreprise a donc une structure juridique très différente de la petite entreprise minimale que nous avons utilisée comme point de départ à notre exposé de la structure microjuridique de l'entreprise. Avec l'accroissement de la complexité de l'organisation qu'est l'entreprise, la figure de l'entrepreneur-individu ne reste plus valable que pour les entreprises de petite ou moyenne dimension. Dans les grandes entreprises, le pouvoir de direction est détenu par des dirigeants professionnels qui ne sont propriétaires de rien dans l'entreprise. 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, autonomes, se

1. Paddy Ireland, Ian Crigg-Spall et Dave Kelly, The Conceptual Foundations of Modern Company Law, *Journal of Law & Society*, n° 14, 1987, p. 149, 158-160.

cooptent, et ne sont sanctionnés (quand ils le sont) que par les marchés des produits, des services et des capitaux.

2. **La professionnalisation de la gestion de l'entreprise.** — Depuis le début du XX^e siècle, et essentiellement depuis l'entre-deux-guerres, il y a eu différenciation des fonctions initialement remplies par l'entrepreneur entre des personnes différentes, et professionnalisation toujours accrue de la fonction de prise de décision dans l'entreprise. Avec l'accroissement de la taille de l'entreprise et l'effet des mécanismes du droit des sociétés moderne — axé sur le droit de la société par action (société anonyme, *Aktiengesellschaft*, *Joint-Stock Company*, *società per azioni*, etc.), l'éclatement des fonctions initialement exercées par l'entrepreneur individuel est allé très loin. Au plan organisationnel, dans le plus grand nombre de cas, plusieurs personnes remplissent les fonctions qu'initialement l'entrepreneur exerçait seul. Toute une organisation de gestion de l'entreprise s'est mise en place, pour ramasser dans une unité d'action le travail divisé en fonctions spécialisées. L'entrepreneur — coordonnateur du travail dans la petite entreprise — a cédé la place à une *technostructure* professionnalisée¹. De véritables *managers* ont ainsi émergé, n'ayant pas ou peu de capital dans les sociétés de l'entreprise, mais disposant du savoir-faire technique et organisationnel nécessaire à la gestion d'entreprises devenues plus complexes. Leur avènement fut souvent facilité par des phénomènes de génération, poussant les fondateurs à la retraite et les conduisant à se chercher des successeurs en préférant la compétence aux relations de parenté. La dispersion

1. John Kenneth Galbraith, *Le Nouvel État industriel. Essai sur le système économique américain*, Paris, Gallimard, 1968.

du capital qui, souvent, accompagne l'accroissement de la taille de l'entreprise, a eu pour conséquence de rendre ces dirigeants professionnels de plus en plus autonomes, utilisant les mécanismes du droit des sociétés pour contrôler les assemblées d'actionnaires, tout en n'étant propriétaires que d'une très faible partie du capital social.

3. L'autonomisation du pouvoir des dirigeants. — Aux termes de cette évolution, 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 « mandataires ». Dans les premières phases du capitalisme industriel, le dirigeant avait en face de lui des actionnaires individuels en nombre limité, très soucieux de leurs intérêts compte tenu de l'importance de l'investissement qu'ils y avaient réalisé, et en position de les défendre. Avec l'extension de l'actionnariat, la baisse du nominal des actions, la plus grande fluidité du marché boursier, les actionnaires se sont progressivement trouvés moins impliqués dans la gestion directe de l'entreprise, et les dirigeants ont acquis une plus grande autonomie, rendant la conception « contractuelle » de la société obsolète. Les théoriciens du droit des sociétés et certains économistes ont alors cherché des conceptions leur permettant d'exposer ce qui se passait en sortant de la conception contractuelle de la société — incapable de rendre compte de la réalité.

En 1932, Berle et Means dégagèrent, les premiers, les conséquences du fait que la grande entreprise a tendance à se caractériser par une séparation entre les *propriétaires* (les actionnaires détenant la propriété des actions de la société mère du groupe servant de structure sociétaire à la vaste entreprise) et les *dirigeants*, qui sont formellement des employés dans

l'entreprise mais la dirigeant en fait. Compte tenu de la dilution des participations dans le capital de la société mère du groupe, et de la passivité d'une bonne partie de l'actionnariat, ils finissent par se coopter eux-mêmes dans leur fonction¹. Rien de surprenant dans une telle situation à ce que le risque existe que la direction de l'entreprise recherche la maximisation des intérêts de l'équipe dirigeante, plutôt que celle des actionnaires ; d'où le développement d'un champ d'analyse propre aux mécanismes à mettre en place pour aligner les intérêts des dirigeants et des actionnaires, connu sous le nom du « problème de l'agence » (*agency theory*).

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 celle de ses actionnaires. Il a ainsi été admis, par exemple, que les statuts peuvent être modifiés par une majorité des actionnaires, donc sans que toutes les parties au contrat de société donnent leur accord². Empruntée au droit public pour organiser le gouvernement de la société anonyme, la « théorie de l'institution » a été utilisée pour affirmer le pouvoir des dirigeants et, simultanément, établir la protection des gouvernés contre les abus du pouvoir. 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 ceux 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.

4. Pouvoir des entreprises et réaction de l'État. —
Au-delà de ces problèmes rencontrés dans l'évolution des rapports entre actionnaires et dirigeants (le souci étant d'assurer une protection des premiers contre les exactions des seconds, tout en assurant à ces derniers l'existence des prérogatives nécessaires à la gestion de la vaste entreprise moderne), de tout nouveaux pro-

1. Adolf A. Berle et Gardiner G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Harcourt, Brace & World Inc., 1932.

2. Voir, par exemple, André Amiaud, L'évolution du droit des sociétés par actions, in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle. Études offertes à G. Ripert*, t. 2, p. 287, Paris, LGDJ, 1950, p. 290.

blèmes sociaux sont apparus avec l'avènement des grandes entreprises sociétaires rendu possible par le progrès des techniques microjuridiques. La puissance des pouvoirs privés, et l'orientation de l'activité économique dans le sens d'une maximisation de l'intérêt des actionnaires, ont imposé une évolution dans l'attitude de l'État par rapport à l'économie, et notamment une production normative destinée à protéger certains intérêts incapables de se défendre dans le schéma institutionnel et juridique classique.

Sortant partout de la réserve que lui imposaient les conceptions classiques de l'« État gendarme », non-interventionniste et laissant les activités privées à l'autonomie du jeu des contrats et des droits de propriété, l'État est intervenu par une production normative créatrice de ces nouveaux champs du droit que sont le droit du travail, le droit de la consommation, de la distribution, de l'environnement, etc., bref, de tout un ensemble de normes de protection que l'on peut appeler le « droit régulateur ».

Ce phénomène relativement récent, né dans le premier tiers de ce siècle, a conduit à un mode de gouvernement de notre société très différent de celui imaginé par la théorie politique du XVIII^e siècle. Il a modifié les lieux d'exercice effectif du pouvoir sans, toutefois, que la totalité des conséquences constitutionnelles qui en découlent aient été tirées.

Chapitre II

AUTONOMISATION ORGANISATIONNELLE DE L'ENTREPRISE ET DROIT RÉGULATOIRE

I. — L'entreprise dans la société libérale

Pour comprendre l'impact de l'entreprise sur le système juridique libéral, il nous faut préalablement comprendre le schéma constitutionnel mis en place au début du XIX^e siècle, avant l'avènement de la grande entreprise industrielle.

Les grands textes fondateurs de nos institutions politiques actuelles sont le produit d'une réflexion sur la société datant des XVII^e et XVIII^e siècles. Un vaste mouvement d'idées sur la société, ses institutions, sur l'État, a débouché sur de grands textes constitutionnels libéraux (la Constitution américaine de 1787 ou la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française du 26 août 1789, par exemple) qui sont toujours en vigueur. Ces réflexions – qui se sont effectivement concrétisées dans ces textes juridiques fondateurs – ont été menées dans le cadre d'une société dont l'économie était essentiellement agricole, bien avant que la révolution industrielle du XIX^e siècle n'ait eu lieu, et bien avant l'avènement de la grande entreprise. Le développement de cette dernière, l'ampleur toujours plus vaste des pouvoirs qu'elle exerce, et son

internationalisation sont venus modifier l'univers économique qui constituait l'environnement social de la première réflexion libérale.

1. **L'équilibre constitutionnel libéral originel.** — Le projet politique démocratique imaginé au XVIII^e siècle, formulé juridiquement dans les grands textes constitutionnels libéraux, est fondamentalement lié à une conception individualiste de la société. A grands traits, on peut décrire la philosophie politique libérale originelle comme la représentation d'une autorégulation de la société par les individus la composant au travers de deux sous-systèmes institutionnels qui se complètent et forment un ensemble cohérent : le marché et l'État démocratique¹.

Dans le prolongement de la Réforme, la réflexion libérale tente de penser la société en refusant d'y voir un ordre divin. Il lui faut donc la penser comme auto-instituée et autorégulée². Tant les philosophies du contrat social que la réflexion économique sur le marché comme « ordre spontané » sont des réponses (certes très différentes) à cette question. De Mandeville à Smith, les économistes classiques voient ainsi dans l'économie un mode de conciliation automatique des fins individuelles. Marché et État démocratique forment un tout dans la mesure où le premier, du fait de ses prétendues propriétés autorégulatrices, est censé réduire grandement la charge d'hétéro-régulation politique. Une grande partie de la cohésion sociale devant s'assurer d'elle-même au travers des mécanismes du marché, le bien public est

1. Sur cette question, voir Norberto Bobbio, *Libéralisme et démocratie*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1996.

2. Jean-Pierre Dupuy, *Épistémologie de l'économie et analyse de système*, in *La notion de système dans les sciences contemporaines*, t. 2, J. Lesourne (éd.), Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 1981, p. 87.

censé découler de la recherche par chacun, dans la plus grande autonomie qui se puisse, de son gain personnel, avec le minimum d'entraves posées par les règles du jeu social. Cela viendrait-il à ne pas être le cas ? Les institutions démocratiques (c'est le deuxième sous-système institutionnel) entrent alors en jeu, et les membres des corps législatifs désignés par les citoyens pour les *représenter* adoptent les normes nécessaires pour l'établissement de règles du jeu complémentaires, afin de canaliser les actions individuelles vers le bien commun. Ce sous-système institutionnel est *subsidaire* dans la mesure où *l'hétéronomie* politique efficace est beaucoup plus complexe à réaliser que la régulation de marché, puisqu'elle implique le fonctionnement correct d'institutions démocratiques qu'il est difficile d'obtenir.

On le voit : que ce soit au niveau du marché ou au niveau des institutions démocratiques de l'État, c'est toujours *l'individu* qui est au cœur du schéma libéral, que ce soit directement par ses choix de marché ou, indirectement, par la désignation de ses « représentants » politiques.

2. La mise en œuvre juridique des principes libéraux.

— La mise en place concrète d'un système juridique libéral passe par une extension du droit du marché, par une extension des principes de liberté individuelle et de son corollaire, la libre concurrence. C'est, historiquement, au sein de l'État-nation que de tels systèmes juridiques ont été mis en place, les intérêts des marchands et fabricants ayant souvent rencontré ceux du Prince dans la constitution de tels ensembles institutionnels. Le développement d'une économie d'échange permet, en effet, un accroissement des échanges monétaires taxables en argent, et donc un accroissement de la puissance de l'État et de ses

moyens d'action, notamment militaires¹. La montée de l'absolutisme du pouvoir central (amorcée en France par la monarchie et parachevée par la Révolution), et l'unification du marché sur le territoire national (par tout un ensemble de dispositifs institutionnels très divers : unification des poids et mesures, unification de la monnaie, disparition des douanes intérieures, etc.), sont concomitants. Juridiquement, l'espace européen – où cette forme d'organisation de la société est née – s'est trouvé progressivement organisé en nations autonomes sur le territoire d'États souverains. Alors que les populations sur le sol de chacun des États étaient préalablement organisées en corps intermédiaires entre l'individu et l'État², le système juridique libéral va réduire l'influence des corps intermédiaires pour aboutir à une sorte de bipolarisation du système juridique. A une extrémité, l'État est chargé de promouvoir l'intérêt général de l'ensemble de la nation, par l'application sur l'ensemble du territoire d'un droit unifié ; à l'autre extrémité, l'individu est posé comme juridiquement *autonome*, ayant à sa disposition pour mettre en œuvre son autonomie deux instruments de base que sont le droit de propriété (la liberté de faire ce que l'on veut avec ce que l'on a) et le contrat (c'est-à-dire la liberté pour deux individus de passer les accords qu'ils souhaitent, conciliant ainsi leurs autonomies respectives par l'acceptation des rapports d'obligation réciproques les liant).

Dans ce système, la liberté de l'individu est première et se décline, notamment, dans l'absolu de son

1. Voir Gabriel Ardant, *Financial Policy and Economic Infrastructure of Modern States and Nations*, in *The Formation of National States in Europe*, C. Tilly (éd.), Princeton, New Jersey, Princeton U. Press, 1975.

2. Voir notamment Jean Brethe de La Gressaye, *La corporation et l'État (histoire et doctrine)*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1938, p. 78.

droit de propriété sur ses choses, qui est un droit « *naturel et sacré* » (selon l'expression utilisée dans l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme). Le droit de propriété est ainsi défini comme conférant à son titulaire la plus grande *autonomie* de choix, par rapport à un objet de propriété déterminé, indépendamment des fins des autres individus présents dans la société. Ce droit 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 d'autonomie dans la mesure où, par rapport à la chose en question, il donne la plus grande liberté qui se puisse de faire ce que l'on veut sans que les autres aient le moindre droit de regard¹. 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.

Dans le système libéral théorique, la *dispersion* des droits de propriété dans le corps social est censée permettre à chacun des individus petits propriétaires de poursuivre leurs fins individuelles, d'assurer leur autonomie affirmée dans l'article 1^{er} de la Déclaration qui les déclare « *libres et égaux* ». Libre, l'individu peut donc passer les accords qu'il souhaite avec ses semblables – des *contrats* qui le lieront par la seule force de l'accord passé². Dans ce système, les contraintes que les individus connaissent dans leur vie économique découlent donc – juridiquement – de *contrats* qu'ils ont *volontairement* conclus. En posant que les individus sont libres et égaux en droit, les institutions libérales ont pour conséquence que les contrain-

1. Voir de Vareilles-Sommières, La définition et la notion juridique de propriété, *RTDC*, 1905, p. 443.

2. L'article 1134 du Code civil l'exprime clairement : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

tes créées par contrat prennent toute la légitimité de l'*acceptation* de celui qui y est soumis, sans que soit prise en compte l'éventuelle existence d'un *pouvoir* de l'une des parties au contrat sur l'autre.

Dans le cadre individualiste des institutions libérales, les contraintes posées par les normes juridiques positives (les lois) ne peuvent donc être que des *exceptions*, poursuivant des finalités d'intérêt général strictement définies. Pour quelle autre finalité pourrait-on légitimement limiter l'autonomie de l'individu ? A l'absolu du droit de propriété répond ainsi une conception limitative du *pouvoir*. Le pouvoir ne s'exerce, selon la conception libérale, que dans la sphère publique et ne peut avoir pour finalité que la recherche de l'intérêt commun, puisque telle est sa seule finalité. Le pouvoir n'est donc pas une compétence *subjective* ; il ne peut avoir pour finalité la recherche de l'intérêt de son titulaire. C'est la fin du *bon vouloir*, de la conception de l'État comme la chose du Prince, sa *propriété*. Si le titulaire d'un *droit de propriété* est libre d'utiliser les compétences qu'il confère selon son seul désir, le titulaire d'un *pouvoir* est censé l'exercer dans un intérêt au moins partiellement différent du sien (l'intérêt *général* des membres du groupe sur lesquels il s'exerce), et est donc soumis à des procédures de contrôle de l'usage de ses compétences (principe démocratique).

Le droit de propriété (définissant une sphère d'autonomie) et la liberté contractuelle (permettant aux individus de concilier leurs sphères réciproques) : voilà le moyen institutionnel de l'autorégulation de marché, entre individus libres et égaux dans un État aux règles minimales.

Qu'il s'agisse là d'une fiction ne fait guère de doute, compte tenu notamment des différences de conditions, d'origines sociales, de capacités, entre les individus. Cette fiction n'est relativement défendable

que dans le cadre d'une société frugale. Aussi Rousseau le posait-il clairement : « L'état social n'est avantageux aux hommes qu'autant qu'ils ont tous quelque chose et qu'aucun d'eux n'a rien de trop. » Il recommande que « quant à la richesse... nul citoyen ne soit assez opulent pour pouvoir en acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre »¹. De fait, Rousseau était convaincu qu'une « vraie démocratie n'a jamais existé ni n'existera jamais », parce qu'elle réclame de nombreuses conditions à rassembler, et tout d'abord un État très petit « dans lequel il est facile au peuple de se réunir, et dans lequel chaque citoyen peut facilement connaître tous les autres » ; en second lieu « une grande simplicité de coutumes, qui empêche la multiplication des procès et les discussions spécieuses » ; de plus « une grande égalité de condition et de fortune » ; enfin « peu ou pas de luxe »². En dépit de cette mise en garde sur les conditions très restrictives de possibilité d'un fonctionnement démocratique de la société — tel que Rousseau pouvait le penser — c'est à une échelle toute autre que ces principes seront appliqués avec des conséquences qu'il nous revient d'analyser au plan des rapports entre entreprise et État.

3. La place des corps dans le système libéral original. — Dans la vision libérale de la société, il ne peut y avoir de place pour les corps intermédiaires, corporations, ou autres groupes dont les intérêts viendraient s'intercaler entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. Ils viendraient nécessairement troubler l'équilibre des rapports interindividuels. Les

1. Sur cette question, voir Catherine Larrère, *Propriété et souveraineté chez Rousseau*, *Droits*, vol. 22, 1995, p. 51.

2. Voir Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, 1991, p. 33.

grands textes constitutionnels libéraux de la fin du XVIII^e siècle sont donc construits selon ce schéma individualiste et ignorent les « corporations ».

La Constitution américaine de 1787 (qui est toujours en vigueur) a été rédigée sur la présupposition que seules deux entités existent : la personne naturelle et l'État. Les *corporations* de quelque type qu'elles soient – à but lucratif (sociétés commerciales) ou non (communes, Églises) – n'y sont pas mentionnées.

En France, l'élimination des corporations est le fait de la Révolution de 1789. Un schéma individualiste ressort clairement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et du Code civil qui – à beaucoup de points de vue – la met en œuvre. La structure constitutionnelle libérale ne connaît ainsi que deux extrêmes : l'État et l'individu, tous les corps intermédiaires de l'Ancien Régime étant supprimés. Le rapport Le Chapelier (1791) le pose clairement : « 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 intérêt de corporation. »¹ Cette hostilité est générale. Elle vise évidemment les corps monopolistiques de l'Ancien Régime ; mais elle s'étend aux *sociétés par actions*.

Au début du XIX^e siècle, les États libéraux opposaient une résistance très forte à la constitution de telles sociétés, qui était soit interdite, soit fortement encadrée. Le risque de constitution de contre-pouvoirs, d'« États dans l'État », inhérent à l'instauration d'une technique microjuridique permettant

1. Voir, par exemple, A. Plessis (éd.), *Naissance des libertés économiques. Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, Paris, Histoire industrielle, 1993.

la concentration du capital, était perçue très clairement. Partout, au début du XIX^e siècle, la constitution de telles sociétés était – au sens strict de cette expression – une affaire d'État. Or rappelons-nous qu'au cœur de la structure microjuridique de la grande entreprise se trouve précisément un instrument juridique particulier – la société par actions – dont nous avons montré qu'il est celui qui a permis le développement, puis une croissante autonomisation, de l'entreprise. Sans société par actions, pas de grande entreprise. De fait, si la société par actions est au cœur de la structure microjuridique de la grande entreprise moderne, l'histoire de son introduction dans le système juridique libéral – et de son impact sur le fonctionnement du système de pouvoir existant dans cette société – est au cœur de l'histoire du changement du rôle de l'État dans l'économie – de l'histoire *macrojuridique*.

4. L'hostilité originelle à l'égard des sociétés par actions. — Que l'on regarde l'exemple français. Au XVIII^e siècle, la création d'une « compagnie » disposant de la personnalité morale était perçue comme un acte divin, en tout cas royal¹. Une compagnie ne pouvait avoir de personnalité sans « incorporation ». C'était une charte royale qui lui donnait vie, le roi ne l'accordant que pour un but d'intérêt public : l'exploitation des colonies, le commerce maritime, la banque, etc.². Avec la Révolution, l'autorisation législative remplaça la charte royale (1793). Mais l'hostilité jacobine à l'égard des corps intermédiaires aboutit à leur totale suppression un an plus tard.

1. Seul le roi, monarque de *droit divin*, avait la capacité de donner la vie, de *créer* des êtres juridiques en accordant la personnalité morale et parfois d'autres privilèges à des groupes que l'on appelait des *corps*.

2. Georges Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, 1995, p. 56-59.

Puis, après une courte période d'autorisation des sociétés par actions sans qu'aucune règle ne fût prévue pour leur fonctionnement (loi du 30 brumaire an IV), le Code de commerce vint autoriser la constitution de sociétés anonymes, moyennant l'autorisation préalable du gouvernement. La procédure à suivre était longue et coûteuse. Les personnes souhaitant former une société anonyme devaient adresser leur demande, signée de tous les actionnaires, au préfet du département. Celui-ci avait alors la charge de procéder à une enquête sur les chances de succès économique de l'entreprise, sur la moralité des actionnaires, sur les capacités de gestionnaires des administrateurs. L'avis motivé du préfet sur le projet était alors transmis au ministre de l'Intérieur qui transmettait l'ensemble du dossier au Bureau du commerce intérieur, puis au Comité de l'intérieur et du commerce du Conseil d'État. Après examen, le Conseil d'État envoyait un avis motivé au ministre, qui pouvait alors préparer un projet d'ordonnance à présenter au roi, l'ordonnance d'autorisation et les statuts devant être publiés au *Bulletin des lois*. On comprend que peu d'entrepreneurs aient eu la patience et l'énergie de se soumettre à ce processus qui prenait en gros deux ans¹. De plus, dans l'interprétation qu'il fit du texte, le Conseil d'État traita l'incorporation comme un privilège, ne se justifiant que par le concept d'« utilité publique ». Dans un avis rendu en 1825, le Conseil d'État pose clairement que le gouvernement doit réserver le privilège de la société anonyme aux sociétés qui ont pour objet la création d'établissements d'utilité publique et qui requièrent la concentration de grandes quantités d'argent. Seule

1. Voir Claude Fohlen, *Société anonyme et développement capitaliste sous la monarchie censitaire*, Histoire des entreprises, 1960, p. 65 et *Société anonyme et développement capitaliste sous le Second Empire*, Histoire des entreprises (1961), p. 65.

l'exploitation des mines, l'ouverture de canaux et la constitution d'autres types de sociétés dont l'utilité publique est démontrée, qui réclament la levée de grandes sommes, attirant des fonds précédemment improductifs pour l'industrie, apparaissent atteindre l'objet de la loi sur la formation des sociétés anonymes¹. Ces avis rendus par le Conseil d'État montrent qu'il percevait la société anonyme comme un succédané à l'émission d'emprunts d'État permettant de rassembler les capitaux nécessaires à de grands travaux ou à de vastes opérations clairement perçus comme étant dans l'intérêt public. La société anonyme n'était en tout cas pas perçue comme un instrument juridique appartenant à la sphère de l'autonomie privée.

En Angleterre, l'hostilité originelle à l'égard des sociétés par actions était encore plus grande². Une orgie de spéculation au début du XVIII^e siècle avait débouché sur l'adoption du *Bubble Act* en 1720, ayant pour effet d'imposer l'adoption d'une loi spéciale par le Parlement pour la création de toute société par actions. Celles-ci furent, dès lors, réservées pendant toute la première moitié du XIX^e siècle aux seuls projets d'utilité publique, tels que les sociétés de canaux et les sociétés de chemins de fer.

La philosophie est la même aux États-Unis, même si la société américaine n'a pas eu à faire face aux mêmes obstacles juridiques et psychologiques à l'expansion des sociétés par actions³. L'État de New York, par exemple, adopta facilement, dès 1811, un

1. C. E. Freedeman, *Joint-Stock Enterprises in France 1807-1867 : from Privileged Company to Modern Corporation*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1979, p. 36.

2. Voir B. C. Hunt, *The Development of the Business Corporation in England, 1800-1867*, New York, Russell & Russell, 1936, 1969.

3. Voir R. E. Seavoy, *The Origins of the American Business Corporation (1784-1855). Broadening the Concept of Public Service during Industrialization*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1982.

Act Relative to Incorporations for Manufacturing Purposes. L'idée est cependant, là aussi, que les sociétés par actions doivent remplir des fonctions d'utilité publique que l'État n'est pas capable de, ou ne veut pas, remplir. La responsabilité limitée était perçue comme un prix à payer pour que des canaux, des routes à péage, des chemins de fer soient construits sans que des fonds publics ne soient utilisés ou pour encourager certaines productions délaissées sans une telle aide. La loi de 1811, par exemple, était une mesure d'urgence pour favoriser les entreprises du secteur textile à une époque où l'approvisionnement européen en tissus était coupé. Lorsque des lois vinrent autoriser la constitution de sociétés anonymes pour tout motif légitime (Connecticut en 1837, New York en 1846, par ex.), la justification donnée était dans le prolongement de cette même idée : ces sociétés remplissent des fonctions socialement bénéfiques, elles accroissent la richesse taxable, elles limitent la migration vers l'ouest, etc.

Les opposants à ce type de structures étaient conscients du fait qu'elles portaient en elles le germe de la constitution d'une nouvelle féodalité qui aurait été, selon eux, contraire aux principes libéraux, et les débats à ce sujet ont souvent été enflammés. Lamartine, par exemple, s'était écrié à la tribune de la Chambre, en 1838, à l'occasion de concessions faites aux chemins de fer : « La liberté est incompatible avec l'existence des grandes compagnies dans l'État... vous les laisserez, vous, partisans de la liberté et de l'affranchissement des masses, vous qui avez renversé la féodalité et ses privilèges, vous les laisserez entraver le peuple et ruiner le territoire par la féodalité de l'argent. Non, jamais gouvernement, jamais nation n'aura constitué en dehors d'elle une puissance d'argent, d'exploitation et même de politique plus envahissante que vous n'allez le faire en livrant votre

sol, votre administration et 5 ou 6 milliards à vos compagnies »¹. A ceux qui exigeaient le droit de constituer ces « merveilleux instruments du capitalisme »², au nom de la liberté d'entreprendre, répondaient ceux qui soulignaient que ces instruments allaient précisément être à l'origine de la disparition concrète des libertés de l'individu. Pourtant, dans le dernier tiers du XIX^e siècle, la libéralisation du droit des sociétés par actions sera quasi totale. Comment est-on passé, l'espace d'une soixantaine d'années, d'une quasi-interdiction des sociétés par actions à leur libre constitution ?

Le double phénomène de *l'industrialisation* et de *l'internationalisation* des échanges est venu rompre la capacité de résistance des États à l'introduction de cette technique, et a entraîné la disparition du présupposé social de la philosophie libérale du XVIII^e siècle.

5. Concurrence économique internationale et libéralisation dans l'offre du droit. — Le processus d'introduction et de diffusion de la société par action a, *en gros*, été le suivant. Dans les États les plus avancés sur la voie vers *l'industrialisation*, les demandes en faveur d'un assouplissement du droit des sociétés par actions se faisaient plus pressantes, la démonstration du fait qu'il s'agissait là d'une simple exigence du progrès industriel y étant plus aisée. Les nouvelles machines rendues possibles par le progrès technique exigeaient, pour leur utilisation à des fins industrielles, d'importantes concentrations de capital. Résister contre l'introduction dans l'arsenal du droit privé de l'instrument les rendant possibles, c'était bien sûr résister contre le progrès, laisser l'étranger prendre de

1. Georges Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, 1995, p. 69.

2. L'expression étant de Ripert ; voir *supra*, p. 109 et s.

l'avance, empêcher le développement de l'économie, restreindre le potentiel fiscal du pays, donc les ressources de l'État, donc mettre en danger la sûreté nationale... Une fois le premier assouplissement du droit obtenu dans un État donné, *l'internationalisation* de la concurrence économique permettait aux entreprises localisées sur le territoire d'autres États d'exiger un droit posé comme *nécessaire* pour mettre les nationaux en mesure de faire face à armes égales aux concurrents, bénéficiaires, sans cela, d'une forme de « dumping juridique ». Les progrès techniques du milieu du XIX^e siècle et la libéralisation des échanges économiques à la fin du XIX^e siècle, ont joué un rôle clé dans la mise en concurrence des *systèmes juridiques étatiques* et ont poussé à cette libéralisation du droit des sociétés. Cette dynamique concurrentielle est très visible au sein de *deux* systèmes juridico-économiques chacun alors en voie d'unification, initialement relativement isolés l'un de l'autre : les États-Unis d'un côté, l'Europe de l'autre.

Aux *États-Unis*, les premières lois sur les sociétés par actions furent adoptées relativement tôt, les différents États ne connaissant qu'à un moindre degré les blocages politiques européens à l'introduction de cette technique. Très tôt également, la concurrence entre les États composant l'État fédéral joua. Les sociétés constituées en vertu du droit de l'un des États de l'Union pouvaient ensuite assez librement poursuivre leurs activités sur l'ensemble du territoire des États-Unis¹. L'existence de l'État fédéral américain au-dessus des États, en limitant la capacité des États à restreindre la libre circulation des sociétés, eut pour effet de mettre les États en concurrence pour la production d'un droit des sociétés favorable aux entreprises². Bien que le droit des

1. Voir généralement Alfred F. Conard, *Federal Protection of the Free Movement of Corporations*, in *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, Clarendon Press (T. Sandalow & E. Stein eds, 1982), vol. 2, p. 363.

2. Ce qui s'est traduit par une *race to efficiency* ou une *race to the bottom*, selon le point de vue. Voir William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, *Yale LJ*, vol. 83, 1974, p. 663.

sociétés soit de la compétence de chacun des États de l'Union, l'existence du droit fédéral empêcha les États de résister bien longtemps à la diffusion de la technique de la société par action. Et ceci d'autant plus que le progrès technique avait pour effet d'étendre l'espace géographique sur lequel les entreprises pouvaient se faire concurrence. Ce sont d'abord les routes à péages, les canaux, le bateau à vapeur qui réduisirent grandement le coût du transport de longue distance, élargirent la taille des marchés régionaux, et encouragèrent la création d'entreprises capables d'alimenter un marché à l'emprise plus vaste. Après 1845, les chemins de fer prirent le relais, favorisant la concentration d'entreprises capables d'alimenter un marché s'unifiant concrètement (après l'avoir fait au plan juridique) au niveau national¹. Il restait à alimenter ce marché. Pour cela, il fallait produire en masse, utiliser la vapeur pour animer des ateliers de production en continu mécanisés. Pour servir ce vaste marché et gérer une production en continu exigeant une fluidité dans les débouchés, il fallait de vastes organisations intégrant à la fois la production et la distribution. Le vaste marché appelle la vaste entreprise et la vaste entreprise la société de capitaux². Tout est lié : les progrès techniques (machine à vapeur, chemin de fer, télégraphe, etc.) qui rendent possible la production et la distribution à une vaste échelle ; des progrès organisationnels (organisation multidivisionnelle de l'entreprise) qui appellent des progrès juridiques (régime de libre-échange, instauré sous l'égide de l'État fédéral, et diffusion de la forme sociétaire de la société par actions).

En *Europe*, le double processus d'unification du marché et de concurrence entre les États pour la fourniture d'un droit des sociétés modernes est plus complexe, du fait de l'absence d'un État fédéral au-dessus des États nationaux. Mais une dynamique similaire a œuvré. La dynamique de libéralisation du droit des sociétés par actions commença en Angleterre où, après une très longue résistance, la constitution de sociétés à responsabilité limitée fut autorisée en 1856. Dans le même temps, les États négocièrent des accords de libre-échange, ayant pour effet d'accroître la concurrence entre les entreprises originaires de leurs territoires, et tout un réseau d'accords bilatéraux furent mis en place à compter du traité franco-britannique de 1860. Simultanément, d'autres traités eurent

1. Alfred D. Chandler, *The Emergence of Managerial Capitalism*, *Business History Review*, vol. 58, 1984, p. 474.

2. Voir Oliver E. Williamson, *The Modern Corporation : Origins, Evolutions, Attributes*, *J. Econ. Literature*, vol. 19, 1981, p. 1537.

pour conséquence de permettre la libre circulation des sociétés, tel le traité franco-britannique du 30 avril 1862, par lequel les sociétés anglaises reçurent l'autorisation d'exercer leurs activités librement en France. Les entreprises françaises ne manquèrent pas d'exiger immédiatement de ne pas être mises dans une position concurrentielle défavorable¹. En conséquence, la libre formation des sociétés anonymes fut admise en France en 1867, en Espagne en 1869, en Allemagne en 1870, en Belgique en 1873, en Italie en 1883, etc.

Par l'effet de concentration du capital qu'elle permit, cette libéralisation du droit des sociétés eut un effet politique considérable dont les contraintes apportées par la globalisation des entreprises et de l'économie ne sont que le dernier avatar.

II. — La concentration des droits de propriété et le déséquilibre des pouvoirs

L'univers juridique et politique libéral classique du XVIII^e siècle que nous avons décrit au début de ce chapitre a pour toile de fond l'économie préindustrielle d'une petite république dans laquelle domine l'agriculture, et où les activités des secteurs secondaires et tertiaires sont celles d'artisans et de boutiquiers. Il constitue un ensemble cohérent dans une telle économie préindustrielle aux institutions publiques d'échelle modeste.

La concentration des droits de propriété dans les entreprises va bouleverser cet équilibre. Avec la révolution technique et la révolution industrielle, on peut parler, au sujet de la libéralisation du droit des sociétés par actions, d'une véritable *révolution juridique*, à rebours de celle de 1789. En effet, si la

1. Voir Anne Lefebvre-Teillard, Liberté d'entreprendre, structures juridiques et rôle de l'État, in A. Plessis (éd.), *Naissance des libertés économiques. Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, Paris, Histoire industrielle, 1993, p. 286.

révolution française a eu pour effet de supprimer une société *officiellement* constituée de corps, dans laquelle la production du droit est *officiellement* partagée entre une *pluralité* d'instances de pouvoir, cette seconde révolution donne à la société civile les moyens d'en créer de nouvelles – les entreprises – sans pour autant les reconnaître en tant que telles. En permettant la concentration de masses importantes de droits de propriété, la société par actions bénéficie de toute *l'autonomie* accordée par le droit de propriété, mais à une échelle toute autre que celle disponible à l'individu. Alors que dans le schéma libéral originel, la dispersion des droits de propriété, leur redistribution par le décès, la vie des affaires, la faillite, etc., est censée permettre un jeu social autonome équilibré, leur concentration dans de vastes ensembles sociétaires va venir bouleverser tout l'équilibre institutionnel de la société libérale originelle.

1. La redéfinition des droits de propriété par les entreprises. — La grande entreprise va bouleverser l'équilibre constitutionnel de la société libérale par le fait qu'elle organise, du fait de sa structure microjuridique, une sorte de *redéfinition des droits de propriété*, en concentrant dans des *organisations* les compétences subjectives qu'ils confèrent. Cette redéfinition se fait de deux manières :

1 / Il y a, tout d'abord, déconnexion entre la propriété des actifs physiques utilisés dans l'entreprise et la propriété portant sur les droits *dérivés* de l'usage des biens dans l'entreprise, sous la forme essentiellement d'un droit à une partie du résultat dégagé (profit) et d'une partie du pouvoir de décision concernant l'usage de ces biens.

Cette première réorganisation des droits de propriété s'effectue par l'interposition de la personnalité

morale de la société entre les actifs productifs et ce dont les actionnaires sont propriétaires – les actions. Nous l'avons vu : les actifs productifs sont la propriété de personnes morales qui ne sont que des fictions¹ juridiques sous le contrôle effectif de leurs dirigeants ; les actionnaires ne sont propriétaires que des actions représentatives du capital des sociétés qui sont elles-mêmes des fictions (même si elles ont une valeur économique dans la mesure où il existe un marché pour elles, compte tenu des droits qu'elles confèrent). Dans la grande entreprise, les individus (personnes physiques) ne sont donc propriétaires que d'instruments juridiques sans existence physique (les actions) qui, à la fois : a) les isolent des actifs physiques dont la gestion se voit confiée à des *professionnels* – mandataires sociaux et cadres ; et b) leur donnent des droits formels de participation aux assemblées générales d'actionnaires, et – surtout – des droits pécuniaires sur le résultat dégagé (au niveau de la société) par l'entreprise. A partir du moment où les actionnaires sont satisfaits de la rémunération de leurs capitaux, les professionnels dirigeant l'entreprise disposent *concrètement* de l'essentiel des compétences du *propriétaire* sur des masses énormes de biens ;

2 / La réorganisation de l'usage des droits de propriété continue ensuite par une redéfinition *interne à l'entreprise* de l'exercice des compétences attachées aux droits dont la structure sociétaire de l'entreprise (la société ou le groupe de sociétés) est propriétaire.

En parallèle à la mise en place de structures juridiques assurant leur autonomie, les dirigeants d'entreprise ont créé des structures *organisationnelles hiérarchiques* gérant les actifs de l'entreprise d'une

1. En ce sens qu'elles ne sont pas des personnes biologiques et ne sont qu'une création du système juridique ; elles n'en sont pas pour autant *fictives* au sens technique de ce terme en droit positif.

manière relativement déconnectée du droit positif. C'est la *technostructure*, l'organisation administrative interne à l'entreprise – dont on a vu quel degré d'autonomie elle avait réussi à atteindre – qui décide de l'usage des actifs, qui définit *qui a quelle* autorité sur *quoi* dans l'entreprise. Avec la montée de l'organisation, tant « managériale », « gestionnaire », « organisationnelle », que juridique de l'entreprise, une distance s'est progressivement installée entre ceux qui déterminent l'usage concret des biens utilisés dans l'entreprise (la technostructure administrative de la grande entreprise) et le titulaire *formel* du droit de propriété sur ces biens (la ou les sociétés qui servent – en partie – de support juridique à la grande entreprise). C'est bel et bien la technostructure qui exerce les prérogatives du propriétaire sur les biens dans l'entreprise, et ceci en dépit du fait qu'elle n'ait aucun droit de propriété sur quoi que ce soit. Elle tient certes compte du droit positif, qu'elle ne peut ignorer compte tenu du fait que, lui, ne connaît que les sociétés comme propriétaires des actifs de l'entreprise, et que la société n'a d'existence que par le respect de certaines procédures juridiques. Mais la technostructure administrative de l'entreprise ne respecte le droit positif que d'une manière bien souvent assez *formelle*, en procédant à des *habillages*. Les décisions officiellement présentées comme ayant été prises au sein de conseils d'administration ou d'assemblées générales d'actionnaires, dans le respect des règles de procédure prévues, ont souvent été prises bien avant, selon de toutes autres procédures de prises de décision, purement internes à l'entreprise et créées par elle.

2. La bureaucratisation des choix. — L'autonomie dont bénéficie l'entreprise repose sur les mêmes droits fondamentaux que ceux originellement destinés à

l'individu, afin de lui permettre la mise en œuvre concrète de son *autonomie* : le droit de propriété et la liberté contractuelle. Définis pour *l'individu*, dans le cadre d'une conception politique globale où ces droits jouent un rôle clé dans des institutions dont le but est de permettre le plus grand épanouissement de chacun, ces droits se sont pour une grande partie retournés *contre* l'individu par l'usage qui en a été fait dans les entreprises, qui a appelé une intervention de l'État. Le fonctionnement réel de l'économie a abouti concrètement à une double *hétéronomie* des choix s'imposant aux individus, par la montée de deux types d'appareils bureaucratiques.

1 / Le premier est celui constitué par la structure *organisationnelle* de l'entreprise. Les dirigeants d'entreprise ont utilisé les compétences conférées par les droits de propriété qu'ils contrôlent (sans être eux-mêmes propriétaires) pour mettre en place des structures de *commandement* « privées »¹ hiérarchiques, productrices de normes obligatoires pour les individus travaillant dans ou pour l'entreprise, sans que ceux-ci aient contribué à leur élaboration.

Cette bureaucratie hétéronome aux individus a bien sûr un impact au premier chef sur les « ressortissants » de l'entreprise (les salariés, notamment) ; mais elle a un impact également à l'extérieur de l'entreprise, sur son « environnement »². Du fait de la redéfinition des droits de propriété contrôlés par la grande entreprise, le fonctionnement de la société (au sens large du terme) est devenu *finalisé*, en

1. Voir Samuel Bowles et Herbert Gintis, *The Power of Capital : On the Inadequacy of the Conception of the Capitalist Economy as « Private »*, *The Philosophical Forum*, vol. XIV, printemps-été 1983, p. 225.

2. Voir l'ensemble de l'œuvre de Ian Macneil, et notamment *Bureaucracy and Contracts of Adhesion*, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 22, 1984, p. 5 ; sur la notion de « ressortissant » et d'« environnement » dans le contexte de l'entreprise, voir Jean-Philippe Robé, *L'entreprise en droit*, *Droit et société*, vol. 29, 1995, p. 117.

faveur des intérêts des dirigeants et de certains des actionnaires. Tous les aspects de la vie de l'entreprise – et de la vie des gens liés à l'entreprise – deviennent gérés, mesurés, « organisés », « optimisés », visant à la plus grande « efficacité économique », celle-ci étant mesurée par les profits réalisés. Le profit n'est, dans cette perspective, que la juste rétribution d'une organisation rationnelle de l'entreprise, d'un usage efficace de ce qu'elle utilise pour produire ce qu'elle vend. Le pouvoir des dirigeants et leur recherche du profit maximal se trouvent ainsi légitimés par leur contribution à l'efficacité économique.

2 / Le développement d'un deuxième type d'appareil bureaucratique a cependant accompagné celui de l'entreprise, dans une tentative pour apporter des limites à cette finalisation de la vie économique. Nous avons vu que l'efficacité économique est un concept complexe qui dépend de la manière de compter les coûts, et donc des normes d'« intériorisation » des intérêts affectés. *In fine*, l'« efficacité économique » dépend non seulement de l'efficacité de la gestion microjuridique de l'entreprise mais également de l'efficacité du système politique à produire les normes nécessaires du droit régulateur pour intérioriser dans les calculs des acteurs économiques les conséquences négatives du jeu des droits de propriété et des contrats, perçues comme des « coûts » au niveau social, mais ne se traduisant pas comme un « coût » dans les comptabilités privées en l'absence de normes adoptées à cet effet. Avec la montée de la puissance des entreprises et de l'impact de leurs décisions, tant en interne qu'en externe, une multitude de ces conséquences ont été perçues comme négatives dans l'entreprise et dans son environnement et se sont traduites par des actions politiques entraînant l'adoption de normes juridiques intériorisant ces coûts dans les comptabilités des entre-

prises. D'où un accroissement de la production normative des institutions publiques et le développement de la bureaucratie d'État, deuxième source d'une réduction drastique de l'autonomie de l'individu.

Avec le développement des normes régulatrices de l'État, le principe du fonctionnement de l'activité économique reste celui du jeu des droits de propriété et des contrats, censé prendre en compte les préférences de chacun et les agréger pour les traduire en coûts. Dans les cas où des « imperfections » du marché sont constatées, elles sont traduites en termes de « coûts » qui sont alors estimés « politiquement » et « intériorisés » dans le circuit économique par des normes protectrices des intérêts affectés. On accroît ainsi le coût économique de certaines décisions – auxquelles on associe un coût créé par la norme qui impose, dès lors, sa prise en compte dans les comptabilités privées.

Imaginons, par exemple, une machine dangereuse risquant de couper le bras de celui qui la fait fonctionner. Si le système juridique considère que la responsabilité du bras coupé incombe à l'ouvrier qui n'avait qu'à mieux faire attention, il y a peu de probabilité que le coût du bras coupé soit pris en compte dans la comptabilité de l'entreprise utilisant cette machine ; elle n'a, dans un tel système juridique, pas d'incitation économique à acheter une machine comprenant un dispositif de sécurité, mais plus chère. Si les normes du système juridique sont telles, au contraire, que l'entreprise doit intégrer la charge des accidents du travail dans son calcul des coûts associés à son activité, elle aura alors une incitation économique à acheter des machines plus sûres. Les entreprises dans l'obligation de respecter la norme nouvelle du système juridique, parce qu'elles tombent sous le coup de ses dispositions, doivent alors prendre en compte dans leur comptabilité les coûts concernés. La norme influe donc sur la profitabilité de l'entreprise et sur la prise de décision, qui est différente sans la norme. D'où l'intégration du microjuridique et du macrojuridique dans un système *unique* de régulation de l'activité sociale qui fait que, par exemple, comme on l'a déjà noté dans notre introduction, les activités « rentables » sur un territoire donné dépendent à la fois de l'efficacité de l'organisation microjuridique de l'entreprise et des normes macrojuridiques.

François Ewald a montré cette émergence de l'entreprise comme unité comptable dans son livre sur les accidents du travail et les assurances sociales. Il y montre comment les systèmes d'assurance sociale mis en place à la fin du XIX^e siècle à l'imitation de l'Allemagne qui, sous la houlette de Bismarck, s'est dotée en 1883 (loi sur l'assurance maladie), 1884 (loi sur les accidents du travail) et 1889 (loi sur l'invalidité) d'un système d'assurances sociales, ont pour conséquence nouvelle, par rapport au droit libéral classique antérieur, de forcer à compter la charge des accidents du travail parmi les charges de l'entreprise, et donc à y « interioriser » un coût qui était préalablement laissé à la charge des salariés¹. Aux États-Unis, c'est plus par une évolution du droit de la responsabilité civile que ce changement d'attitude s'est traduit². Quel que soit le chemin suivi dans l'adaptation du système juridique aux données nouvelles du jeu économique après l'industrialisation, on comprend bien sûr que des entreprises rentables avant les diverses évolutions du droit qui sont intervenues aient pu devenir déficitaires après, et que le concept d'efficacité économique dépend de la manière de compter les coûts, donc des règles juridiques qui déterminent *ce qui doit être compté et comment*.

3. Le développement de branches sectorielles du droit de protection. — L'adaptation de l'État à l'économie industrielle s'est faite sous bien d'autres formes encore qui ont contribué à réduire la sphère d'autonomie des individus. La concentration de la propriété et la montée des pouvoirs privés ont rendu indéfendable la fiction de l'égalité des contractants dans nombre de situations réelles. Selon la formule de Lacordaire « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit ». De ce fait, le législateur est venu apporter, touche par touche, des dérogations au principe de l'autonomie des contractants en interdisant certaines clauses, certains types de contrats, certaines formes d'accords non susceptibles de constituer des « manifestations de volonté » plausibles.

1. François Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 284.

2. Voir Lawrence M. Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1985.

Cela a commencé avec le *contrat de travail* autour duquel a été développé un *droit du travail*, véritable fer de lance du droit régulateur. Le contrat de travail joue un rôle fondamental dans la structure microjuridique de l'entreprise. Qu'on se le rappelle : au départ de notre raisonnement sur les rapports entre entreprise et droit, nous sommes partis de l'entrepreneur individuel et de la manière avec laquelle il organise juridiquement son activité au sein de sa microentreprise. A ce stade, c'est lui qui prend les décisions dans l'entreprise parce qu'il est chez lui, propriétaire des actifs de l'entreprise. La propriété des actifs de l'entreprise le met en position de décider des conditions d'utilisation par d'autres que lui de ses biens. En soi, cependant, la propriété ne lui permet pas *d'organiser* le travail d'autres que lui. Si, en tant que propriétaire, l'entrepreneur peut empêcher que l'on fasse usage de ses biens, qu'on les lui prenne ou que l'on s'en serve, il ne peut forcer à leur utilisation, à heures fixes, dans un but précis, au sein d'une organisation du travail qu'il aurait réglée. La capacité d'organiser le travail dans l'entreprise ne peut découler, dans une société où les individus sont posés comme des êtres libres et égaux, que d'une *acceptation* de cette *relation de pouvoir organisationnel*, donc d'un *contrat* ayant pour objet de faire accepter ce pouvoir de commandement d'un autre sur soi. Ce contrat d'un type particulier, qui consiste à accepter la naissance d'une relation de *subordination* dans une société d'égaux, c'est le contrat de travail. L'entreprise étant par définition une organisation où s'exerce un pouvoir, il est normal que l'on ait trouvé qu'à son cœur se trouve cette relation juridique particulière dont l'objet est la création d'une relation de subordination¹. C'est

1. Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica* NS, 1937, p. 386.

le contrat de travail qui permet de mettre en place des organisations de commandement, des « hiérarchies », selon l'expression des économistes institutionnels¹.

Initialement, cependant, le contrat de travail n'était pas traité par le droit différemment des autres contrats ; pour le Code civil, ce n'est qu'une forme de louage de service (seuls deux articles lui sont consacrés). Le contenu du contrat est abandonné aux termes de l'accord entre le patron et son ouvrier, faisant tous deux un usage égal de leur autonomie de citoyens libres et égaux dans la définition de son contenu. Quel qu'ait été le réalisme de cette fiction juridique, le contrat de travail va se trouver bouleversé dans ses conséquences par l'industrialisation, et l'intégration consécutive des individus dans de vastes organisations les instrumentalisant. Face à l'horreur des conditions de travail du XIX^e siècle industriel rendant indéfendable la fiction d'une *acceptation* de cette condition par le salarié, les interventions législatives et réglementaires sont intervenues pour réglementer (par ex.) les conditions de travail des enfants (lois de 1833 en Angleterre, 1839 en Prusse et 1841 en France), du travail des femmes, le maximum des heures de travail, l'hygiène et la sécurité des établissements industriels, le risque professionnel, etc.

Dans cette évolution du droit, la relation de travail a été la première à être analysée en termes plus réalistes que ceux du présupposé libéral d'égalité des contractants et de la libre acceptation des contraintes. Ce rôle lui revenait logiquement par le fait que le principe même du contrat de travail est de faire d'un être libre et autonome dans ses actions un individu subordonné dans une organisation. Mais progressivement, le champ de ceux dont on a considéré qu'ils sont dans une relation de pouvoir inégal par rapport à l'entreprise a été élargi, et ce sont d'autres branches de droit protecteur qui ont été développées. Le consommateur, le sous-traitant, l'environnement naturel, etc., ont progressivement été considérés comme devant recevoir une protection du

1. Voir Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies : Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975.

système juridique, et des normes ont été adoptées à cet effet. Elles sont rassemblées et étudiées dans le cadre de disciplines que l'on appelle le droit du travail, le droit de la consommation, le droit de la concurrence, le droit de l'environnement, etc., dont on proclame l'autonomie, sans toujours percevoir combien elles ont de points communs dans leur fonctionnement du fait de leur généalogie commune.

III. — La révolution constitutionnelle

1. **La nécessaire intervention de l'État.** — La montée du pouvoir des entreprises dans le cadre d'un droit libéral accroissant la primauté des contrôleurs du capital a donc poussé l'État à jouer un rôle de contre-pouvoir, défenseur des intérêts négligés *au niveau de la gestion du système productif*. De simple producteur d'un droit permettant aux individus de structurer de manière autonome leurs relations juridiques, et notamment leurs relations d'échange économique, sans interférences extérieures (ce que nous avons appelé le droit *microjuridique*), il s'est mis à produire un droit d'une nature différente, visant à protéger tel ou tel des intérêts insuffisamment pris en compte dans la gestion des entreprises, et dont le sacrifice s'est traduit par des problèmes sociaux à l'origine d'actions politiques en faveur d'un « interventionnisme » de l'État. Le rôle de l'État a ainsi été progressivement modifié par sa politisation, visant à traiter les conséquences sociales du développement économique. Le seul contre-pouvoir possible dans le schéma institutionnel classique — ne connaissant que l'État et l'individu comme *acteurs officiels* du système juridique — était bel et bien l'État, du fait de sa capacité à produire des normes obligatoires — les lois et règlements — d'un rang hiérarchique supérieur à celui

des normes créées contractuellement entre des sujets de droit artificiellement posés comme libres et égaux, et à les imposer, si nécessaire par la force.

En libéralisant le droit des sociétés par actions, et donc en permettant l'émergence de la grande entreprise, l'État s'est trouvé très vite dans l'obligation d'*intervenir* dans l'économie pour faire contrepoids à la montée de la puissance de l'entreprise et de l'impact de ses choix de gestion. Aucun État n'est resté dans le rôle qui était le sien dans la première écriture institutionnelle du libéralisme. Nulle part il n'a conservé une attitude de régulateur externe vis-à-vis d'une activité économique laissée à l'autonomie totale du jeu privé des contrats et des droits de propriété. D'arbitre neutre extérieur aux conflits privés (État gendarme), il est descendu dans l'arène pour tenter de redresser des déséquilibres constatés dans le jeu de l'économie libérale.

Une fois la brèche ouverte par les premières lois sociales, la fin du libéralisme originel était en marche, superposant sur un jeu social microjuridique « horizontal », aux principes de base demeurés fondamentalement inchangés (subjectivité du droit de propriété et autonomie contractuelle), des normes « verticales » (lois, règlements) venant apporter des exceptions d'ampleur grandissante aux principes de liberté et d'autonomie. De nouveaux champs du droit, *transversaux* aux matières traditionnelles (que sont le droit *civil*, le droit *administratif*, le droit *pénal*, etc.) qui sont orientés vers l'ensemble de la population sur le territoire national furent alors développés, selon des logiques tournées vers la protection de tel ou tel intérêt catégoriel (le droit *du travail* ; le droit *de la consommation* ; le droit *de l'environnement*, etc.), corrigeant certains des effets nocifs du libéralisme juridique sans fondamentalement sortir de sa logique.

Pour l'essentiel, en effet, les normes que l'État s'est vu contraint de développer, et qui encadrent sérieusement l'activité économique, maintiennent aux entreprises leur autonomie de gestion. Il nous faut cependant faire état de l'expérience des nationalisations.

2. Les nationalisations. — Dans un certain nombre d'États d'Europe ou du tiers monde, à des moments historiques différents et pour des causes immédiates qui ont varié, des entreprises ont été nationalisées. Sans aller jusqu'à la nationalisation totale de l'ensemble des « moyens de production » à la soviétique, ces États espéraient souvent regagner ainsi leur autorité perdue sur l'entreprise en devenant eux-mêmes propriétaires des actions de la société contrôlant le groupe de sociétés servant de support aux grandes entreprises concernées. Ironique boucle de l'histoire où, pour retrouver son pouvoir perdu, l'État ne va trouver d'autre solution que de se ré-approprier les droits de propriété sur les actions... La controverse (économique, juridique, politique, gestionnaire) autour de cette méthode de « reprise du pouvoir » a toujours été vive. Aujourd'hui, cette expérience apparaît comme une illusion dans une économie où l'espace géographique du jeu concurrentiel économique est en voie d'unification au niveau mondial. Par ailleurs, l'absence de contrainte d'actionnaire comme procédé disciplinaire de l'action des dirigeants s'est souvent traduite soit (au mieux) par des déficits chroniques, soit (en plus) par des scandales politico-économiques retentissants. Cette confusion des sphères publiques et privées a également pour conséquence une confusion entre choix politique et choix économique dans les décisions d'investissement. Que les entreprises publiques soient favorisées par rapport à leurs concurrentes privées

ou défavorisées par le poids de décisions « politiques » qui leur sont imposées, le jeu concurrentiel est faussé pour tout le monde. La division du travail entre institutions publiques et privées apparaît aujourd'hui préférable et on assiste à un mouvement généralisé de privatisation.

L'expérience (la parenthèse ?) des nationalisations mise à part, les entreprises ont conservé leur autonomie de principe. C'est l'État qui a modifié *son organisation interne* pour être en mesure de produire, à de nombreux niveaux complémentaires, dans chacune des branches de gouvernement (législative, exécutive et judiciaire), ce que nous appelons le « droit régulateur ».

3. L'évolution organisationnelle de l'État. — Les formes prises par cet « interventionnisme » et par cette adaptation des structures de l'État ont été d'une diversité considérable. Signalons quelques grandes lignes :

1 / Ce sont tout d'abord les *tribunaux* qui ont tiré des conséquences de la constatation de l'existence de pouvoirs privés par des avancées jurisprudentielles se ramenant à un abandon partiel du principe d'autonomie de la volonté et du principe d'égalité des cocontractants (par la reconnaissance, par exemple, de l'existence de *contrats d'adhésion*, dont le régime juridique prend en compte le fait que les deux parties contractantes sont de puissances très inégales) ;

2 / L'accroissement de la complexité du jeu social consécutive à l'industrialisation et sa technicisation ont entraîné une grande *professionnalisation* dans la production des normes juridiques, plus détaillées et de plus en plus matérielles, exigeant le travail de nombreux *experts*. Le nombre des fonctionnaires, et plus généralement des professionnels du droit, a crû considérablement ;

3 / Pour administrer certains des nouveaux champs du droit, de nouveaux corps administratifs, voire des agences administratives disposant d'une grande autonomie, ont été créés. C'est, dans le domaine du travail, l'Inspection du Travail en France, le *Department of Labor* et l'*Occupational Safety and Health Administration (OSHA)* américains ; c'est, pour la protection de l'environnement, l'*Environmental Protection Agency*, les DRIRE, etc. ;

4 / L'État ayant dû abandonner ses réserves originales à l'égard de la concentration du capital a été contraint, pour faire contrepoids, d'accepter le développement de la liberté d'association, et notamment la constitution de syndicats de salariés. Dans des conditions très variables d'un État à l'autre, il n'a conservé qu'une position d'arbitre de la gestion *paritaire* – entre syndicats d'employeurs et syndicats de salariés – de certains aspects de la vie économique ;

5 / Au-delà, l'État a mis en place de grands systèmes de redistribution des revenus, notamment par des allocations aux familles, des politiques de soutien à la natalité, de transfert de ressources des actifs vers les retraités, la prise en charge d'une partie des dépenses de santé, l'assistance aux chômeurs, etc. ;

6 / La montée du droit réglementaire a aussi eu pour conséquence un phénomène de centralisation des ordres juridiques territoriaux pour en accroître l'efficacité et empêcher les phénomènes de concurrence vers le bas du niveau de protection juridique. Aux États-Unis, l'État fédéral préexistait à la nécessité de son intervention économique, et une évolution dans l'interprétation des dispositions de la Constitution (à l'époque du second *New Deal*) permit au pouvoir fédéral de se développer. En Europe, aucun État fédéral n'était là pour monter en puissance ; d'où une première réaction par la fermeture protectionniste

entre les deux guerres mondiales ; puis une intégration institutionnelle progressive qui a abouti à la création de l'Union européenne ;

7 / C'est, enfin, un phénomène d'accroissement du nombre et de l'importance des organisations internationales publiques fonctionnelles, rendues nécessaires par le besoin d'internationalisation de l'exercice de certaines des fonctions de l'État.

4. L'obsolescence de l'État interventionniste dans une société mondialisée. — Le processus historique de développement des entreprises a ainsi eu un impact considérable sur les institutions politiques et sur leurs finalités mêmes. Le schéma institutionnel libéral, né de la philosophie du XVIII^e siècle, était celui d'une société autorégulée par *tous* les *individus* au moyen de deux sous-systèmes institutionnels : l'économie libérale et l'État démocratique. Ce schéma a tout simplement disparu, avec le développement de la grande entreprise. Il présupposait une société à l'économie préindustrielle, fermée sur elle-même, de petite taille dans laquelle l'entreprise n'est qu'une microorganisation locale de gens qui se voient et se connaissent. Dans un monde progressivement dominé par la grande entreprise, les institutions publiques ont dû s'adapter. A la montée de la puissance organisationnelle des entreprises, à leur bureaucratisation, a répondu une bureaucratisation de l'État, tentant de rétablir *de l'extérieur des entreprises* — par la production de normes de régulation — les déséquilibres constatés dans le résultat du jeu des acteurs économiques. Au fur et à mesure de la prise de conscience du pouvoir de l'entreprise, rendant totalement inadéquate la fiction de l'égalité des contractants et de l'efficacité du jeu des droits de propriété, des normes ont été produites et des services administratifs créés pour les appliquer au cas par cas aux entreprises concernées.

En conséquence de cette double évolution des institutions entrepreneuriales et étatiques, les idéaux de l'âge moderne, faits de liberté, d'égalité, de détermination autonome des choix individuels et de détermination démocratique des choix collectifs, sont aujourd'hui dans un triste état.

La démocratisation des choix collectifs est très partielle dans la mesure où les décisions prises par les dirigeants des grandes entreprises, qui ne disposent d'aucun mandat politique, figurent parmi celles qui ont le plus d'incidence sur le présent et le futur de la vie des gens. Avec l'accroissement de la taille des entreprises et l'internationalisation de leur champ d'action, il y a eu un accroissement de l'importance de ces décisions sans création du cadre normatif permettant leur contrôle démocratique. Inversement, et presque symétriquement, les politiciens titulaires, eux, de mandats électifs, voient leur capacité à les remplir gravement atteinte dans une économie mondialisée où la marge de manœuvre du politique est très réduite.

Pour sa part, *l'autonomie individuelle* est malmenée par le double encadrement bureaucratique de la vie des gens, qui se manifeste à la fois dans l'entreprise – par la création de normes organisationnelles qui sont produites par la « hiérarchie » – et en dehors d'elle – par la bureaucratisation consécutive des institutions publiques tentant d'influer, de l'extérieur à l'entreprise, sur son autorégulation par la production d'un droit réglementaire extrêmement contraignant. La montée du pouvoir de l'entreprise a provoqué une évolution constitutionnelle interne aux États permettant la montée des pouvoirs exécutif, administratif et parfois judiciaire, et une centralisation des ordres juridiques territoriaux. Face à des demandes toujours croissantes de la société civile, l'État « interventionniste » a progressivement pris des proportions démesurées, et on en est arrivé aujourd'hui à une véritable crise de l'État, qui se trouve incapable de répondre à toutes les demandes qui lui sont faites, tant administrativement que financièrement. On en est arrivé à parler d'« ingouvernabilité » de la société dans la mesure où, face à des demandes toujours plus nombreuses d'intervention de l'État, la capacité des institutions publiques à y répondre n'augmente pas de manière correspondante (c'est l'origine d'une « crise fiscale » de l'État, par exemple)¹. Cette incapacité de l'État à répondre à l'ensemble des demandes qui lui sont fai-

1. Voir Norberto Bobbio, *Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della politica*, Turin, Einaudi, 1985, p. 26.

tes est aujourd'hui aggravée par la globalisation de l'économie et des entreprises dont le champ d'action est devenu international. Ce phénomène réduit comme peau de chagrin la capacité d'action de l'État. La mise en concurrence accrue des *environnements juridiques* par les entreprises – c'est-à-dire des droits des États qui sont plus ou moins efficaces au plan microjuridique, et plus ou moins « chers » au plan macrojuridique (droit régulateur) – vient remettre en cause la capacité même des États à produire un droit de protection effectif. En conséquence « l'État, en tant que source de droit, se trouve placé aujourd'hui dans la situation inconfortable d'une entité appelée à se comporter à la fois comme le tout et comme la partie, comme le contenant et le contenu, comme une instance inclusive et une région incluse. »¹

5. L'entreprise au cœur de l'évolution institutionnelle.

— L'entreprise est donc au cœur du phénomène d'inadéquation des institutions actuelles, qu'elles soient publiques ou privées, aux idéaux d'autonomie individuelle et de démocratie. A tous les échelons de ce nouveau mode d'exercice du pouvoir, un « déficit démocratique » se fait sentir. Le fonctionnement interne de l'entreprise est opposé aux principes démocratiques, puisque le pouvoir y est dans les faits l'apanage d'une oligarchie de dirigeants. Mais au niveau des États même formellement démocratiques, le mode de réaction à la montée du pouvoir de l'entreprise a abouti à une bureaucratisation grandissante de la vie, à la création d'institutions publiques supplémentaires ayant pour conséquence d'éloigner l'exercice du pouvoir public de la représentation nationale, des élus. Qu'il s'agisse de l'expert au sein d'une agence administrative, de l'agent fédéral, du fonctionnaire européen – aussi nécessaires soient-ils pour l'administration des textes techniques du droit régulateur – tous voient leur légitimité démocratique contestée. Il y a donc une crise de légitimité, de

1. Voir Paul Riqueur, *Le juste*, Paris, Édition Esprit, 1995, p. 141.

« représentativité » de l'ensemble des acteurs du pouvoir, qu'ils soient publics ou privés.

Qu'il s'agisse des atteintes à l'autonomie de l'individu ou de l'érosion extraordinaire de l'effectivité des pouvoirs étatiques démocratiques, le fonctionnement de l'entreprise est au cœur de la mise en place d'une société mondialisée dans laquelle les institutions publiques actuelles, centrées sur l'État, perdent leur effectivité. Face à l'ampleur du changement apporté par la globalisation, la réflexion en termes de droit de propriété et de contrats, sur l'entreprise et sur la manière dont elle est dirigée, est totalement inadéquate. L'attitude ambiguë à l'égard de l'entreprise – qui consiste à la laisser se développer sans la reconnaître en tant qu'organisation puissante disposant de pouvoir – aboutit à la constitution d'un système d'exercice du pouvoir complexe, puisqu'il comprend à la fois des institutions ayant une existence officiellement reconnue (les États et les organisations internationales, principalement) dont les compétences effectives s'amenuisent et des institutions qui jouent un rôle essentiel dans le fonctionnement de ce système, sans pour autant être reconnues positivement. Il nous faut maintenant comprendre la constitution de ce système pluraliste d'exercice du pouvoir et la place singulière qu'y occupe l'entreprise en examinant la question de son gouvernement.

Chapitre III

LE GOUVERNEMENT DE L'ENTREPRISE

La réflexion traditionnelle sur la manière avec laquelle les entreprises sont dirigées, sur les fins qu'elles poursuivent et, d'une manière plus générale, sur leur rôle social est en retrait par rapport à l'évolution économique des dernières décennies. Face à l'ampleur des bouleversements apportés par la grande entreprise dans une société mondialisée, on ne peut se contenter d'une analyse qui est faite essentiellement en termes de droits de propriété et de contrats. Une telle analyse ne permet pas de réfléchir adéquatement sur la finalité et l'organisation de l'exercice du pouvoir de l'entreprise dans le monde d'aujourd'hui. Pour mener à bien une réflexion dans ce domaine, il est artificiel de ne voir dans l'entreprise qu'une poussière de rapports contractuels et de droits de propriété épars sans tenir compte de l'unité organisationnelle qu'elle constitue. L'entreprise est une organisation qui exerce son pouvoir d'une manière de plus en plus autonome des contraintes posées par les institutions territoriales. Elle produit des normes internes à son organisation qui ont une validité qui dépasse les frontières ; elle peut s'affranchir de certaines normes étatiques en délocalisant celles de ses activités qui sont concernées ; elle peut même empêcher la production de telle ou telle norme ou, au contraire,

contraindre à son adoption par l'invocation des contraintes que pose la globalisation de l'économie. Il faut donc penser l'unité organisationnelle de l'entreprise à l'intérieur d'un *système de pouvoir* dont elle fait partie, et qui existe aujourd'hui à l'échelle de l'économie mondiale. La place de l'entreprise y est singulière par le fait que ce système de pouvoir est composé d'institutions qui existent en droit (les États), et d'autres qui n'existent qu'en fait, ce qui est le cas des entreprises.

1. **Les interrogations sur le gouvernement d'entreprise.** — Les entreprises exercent aujourd'hui une grande partie du pouvoir économique. Pour l'essentiel, ce sont les entreprises qui, sans avoir de compte à rendre à qui que ce soit du moment qu'elles respectent le droit, décident de procéder à tel investissement plutôt que tel autre, à un endroit donné plutôt qu'un autre ; ce sont elles qui décident de licencier, d'embaucher, de lancer de nouveaux produits, d'utiliser tel ou tel processus de production. Cet immense pouvoir, exercé par des dirigeants d'entreprise qui ne disposent d'aucune légitimité démocratique, suscite de multiples interrogations. La simple lecture des journaux économiques montre que la manière dont les entreprises sont dirigées est contestée. Pour certains, les dirigeants d'entreprises ne cherchent qu'à assouvir leur soif de puissance ou de richesse sans tenir compte de manière suffisante des conséquences de leurs actes. Une partie des analystes considèrent que les actionnaires — qu'ils présentent comme les *propriétaires* de l'entreprise — sont les premiers à en faire les frais. D'autres considèrent, à l'inverse, que la logique purement financière qui domine la gestion de nombreuses entreprises pousse à un sacrifice systématique des divers intérêts présents dans l'entreprise, ou affectés par elle, à celui des

actionnaires ; d'autres se placent sur un autre plan et dénoncent la corruption du système politique par les entreprises et le détournement de l'appareil de l'État aux fins des entreprises ; d'autres encore s'insurgent contre les rémunérations parfois exorbitantes que les dirigeants s'accordent.

Ces insatisfactions se sont traduites, un peu partout dans le monde, par un débat sur le gouvernement d'entreprise (*corporate governance*). Le débat est né aux États-Unis, dès la fin des années soixante. Il a abouti, au début des années quatre-vingt, à la publication d'un très volumineux rapport de l'American Law Institute intitulé *Principles of Corporate Governance*. Le débat a ensuite rebondi au Royaume-Uni, où la Commission Cadbury aboutit à la publication, en 1992, d'un *Code of Best Practice*¹. En France, les deux rapports les plus importants sont le rapport Viénot² et le rapport Pébereau³. Que ce soit aux États-Unis, en Angleterre, en France, et dans les autres pays qui ont connu des débats similaires, la question centrale est celle des buts que les dirigeants d'entreprises doivent poursuivre dans leur gestion, et des moyens juridiques qu'il convient de mettre en œuvre pour qu'ils poursuivent les buts qui leur sont assignés à l'exception de tout autre.

Une partie non négligeable des décisions qui commandent le présent et le futur de la vie des gens étant prise dans les entreprises, on aurait pu imaginer que ce débat prenne une certaine altitude. On aurait pu imaginer qu'une réflexion large sur le rôle social de l'entreprise se développe. Certains ont d'ailleurs essayé d'amener le débat sur cette voie. Mais l'essentiel de ce qui est proposé par les divers rapports publiés consiste pourtant en la mise en place de méca-

1. Pour une présentation synthétique de ces deux rapports, voir André Tunc, Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, 1994, p. 59.

2. *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport du groupe du travail Association française des entreprises privées / Conseil national du patronat français, juillet 1995.

3. *Le capitalisme français du xx^e siècle*, Rapport du groupe de travail présidé par Michel Pébereau, Institut de l'entreprise, avril 1995.

nismes destinés à ce que les dirigeants maximisent le bien-être des *actionnaires*.

2. Le rôle des fonds de pension. — Il faut probablement voir dans cet intérêt soutenu pour la défense de l'actionnaire la conséquence de l'enjeu que représente pour beaucoup de participants aux débats la séduction des fonds de pension anglo-saxons.

La montée en puissance des fonds de pension dans l'actionnariat de tête des grands groupes mondiaux entraîne en effet une pression poussant à une maximisation de la prise en compte des intérêts des actionnaires dans la gestion de ces entreprises. Jusqu'à présent, les actionnaires non contrôlares des entreprises avaient peu de moyen pour influencer sur la manière dont celles-ci sont dirigées. Divisés, disposant de peu de pouvoirs, peu incités par la faiblesse même de leur investissement à effectuer une analyse approfondie des décisions de gestion pour en vérifier la conformité à leur intérêt, ils préféraient revendre – en cas d'insatisfaction sur la manière avec laquelle l'entreprise est gérée – plutôt que tenter de faire pression. Il n'en va pas de même avec les fonds de pension. Rappelons que ceux-ci concentrent l'épargne-retraite colossale des pays ayant opté pour un système de retraite par capitalisation. Les fonds de pension disposent ainsi de masses de capitaux énormes qu'ils investissent en partie en actions. Ils ont intérêt – et sont vivement encouragés¹ – à maximiser la rentabilité de leurs investissements, partout dans le monde.

1. Une réglementation du ministère du travail américain datant de 1994 fait obligation aux fonds de pension américains d'exercer leur droit de vote aux assemblées générales d'actionnaires des sociétés étrangères dont ils détiennent des actions ; ils sont chargés de surveiller de près la gestion de ces sociétés et de discuter avec elles leurs décisions importantes.

Investisseurs importants, mais ne participant pas directement à la gestion des entreprises, ils ont tout avantage à ce que les mécanismes du gouvernement d'entreprise soient biaisés en faveur de *l'actionnaire* et sont « preneurs » de toute théorie juridique allant dans ce sens. La demande créant l'offre, ont fleuri çà et là diverses théories expliquant pourquoi les dirigeants d'entreprise ne devraient avoir qu'un seul souci en tête : la maximisation du bien-être des actionnaires. Et les dirigeants en quête de capitaux, et donc soucieux d'attirer les fonds de pension, ont bien sûr emboîté le pas en mettant tout en œuvre pour persuader les investisseurs potentiels que leur seul but dans l'existence est la maximisation du bien-être de leurs actionnaires.

3. La rhétorique des droits de propriété. — L'argument des défenseurs de la primauté de l'actionnaire dans la gestion de l'entreprise est, en gros, le suivant : l'entreprise est la *copropriété* des actionnaires ; les dirigeants, qui sont désignés par eux, sont donc leurs *mandants* (leurs *agents*, disent les économistes) ; les dirigeants doivent donc gérer l'entreprise dans le seul intérêt de leurs mandataires, les actionnaires-propriétaires de l'entreprise. Du fait d'une asymétrie dans l'information disponible sur les affaires de l'entreprise, les dirigeants ont le moyen de gérer l'entreprise dans leur intérêt propre, sans que cela soit *visible* par les actionnaires et/ou sans que ceux-ci puissent y faire grand-chose. Il conviendrait alors de mettre en place des mécanismes pour mieux mettre en phase l'intérêt des dirigeants avec celui des actionnaires (par ex. des stock-options qui incitent les dirigeants à maximiser la valeur de l'action ; des administrateurs indépendants des dirigeants chargés de surveiller la gestion ; des comités d'éthique ; des comités de rémunération, etc.).

Dans l'optique adoptée par ce courant de réflexion sur le « gouvernement d'entreprise », les autres intérêts présents dans l'entreprise (ceux des salariés, notamment) ou affectés par elle (consommateurs, environnement, collectivités publiques, etc.) sont peut-être respectables, mais il revient au législateur et au gouvernement de les prendre en compte, dans le cadre des lois et règlements qu'ils élaborent, et qui forment le cadre juridique dans lequel opèrent les entreprises. Si les dirigeants d'entreprises doivent respecter le droit ainsi produit, il ne leur revient pas d'aller au-delà en effectuant une pesée des intérêts concernés par leurs décisions autre que celle décidée par les instances politiques, pesée supposée *implicitement* contenue dans le droit tel qu'il est. Du moment qu'ils respectent le droit, les dirigeants auraient une attitude conforme à l'intérêt général, et ne devraient avoir qu'un seul but : la défense de l'intérêt des *propriétaires de l'entreprise* – les actionnaires.

4. La confusion autour de la notion d'entreprise. — Tout ce raisonnement axé autour du droit de propriété de l'actionnaire sur l'entreprise, et de la primauté que ce droit confère à son titulaire sur les fins de l'entreprise, est fondé sur une prémisse qui est que l'entreprise est susceptible d'être un *objet* de droit de propriété. Si tel était le cas, elle serait susceptible, dès lors, de faire l'objet d'un *droit subjectif*. Le but poursuivi par les promoteurs de ces théories est de faire en sorte que seuls les actionnaires déterminent les finalités de l'entreprise, et que la prise en compte de leurs seuls intérêts serve de critère pour apprécier les décisions de gestion. Pour cela, rien de tel que de prétendre que les actionnaires sont « propriétaires » de l'entreprise. Or, tel n'est pas le cas. Et ceci pour une raison très simple que nous connaissons bien : l'entreprise n'existe pas en tant que telle en droit et il n'est donc pas possible pour qui que ce soit d'en être « propriétaire ». Pour le droit positif, l'entreprise ne peut que se décomposer en un circuit de contrats non reconnu officiellement en tant que tel.

L'entreprise n'étant pas un *objet de droit*, elle n'est

pas susceptible d'être la *propriété* de qui que ce soit. Les actionnaires ne sauraient donc être propriétaires de *l'entreprise* et il n'y a aucune raison de leur permettre d'en disposer comme s'il s'agissait de leur *chose*. Ils ne sont propriétaires que des *actions*, ce qui est très différent. Leur droit de propriété sur les actions leur confère des prérogatives dans l'entreprise : ils ont droit à une parcelle du pouvoir, et notamment à participer au vote désignant les mandataires sociaux ; ils ont également vocation à percevoir des dividendes, en rémunération de l'apport qu'ils font de leurs capitaux à la société servant de support juridique à l'entreprise. Mais on ne peut prétendre qu'être propriétaire des actions d'une société revient à être propriétaire de l'entreprise.

5. Propriété des actions n'est pas propriété de l'entreprise. — Le droit subjectif fondamental de l'actionnaire d'une société cotée ne porte *que* sur les actions. C'est un droit qui joue un rôle important dans les mécanismes de gouvernement de l'entreprise dans la mesure où c'est lui qui permet d'assurer la discipline des dirigeants d'entreprise. Mais de ce droit dont l'utilité sociale est certaine, ne découle pas nécessairement un droit exclusif de l'actionnaire sur la détermination des finalités de l'entreprise.

Une des composantes du droit de l'actionnaire consiste, nous l'avons vu, dans la possibilité pour l'actionnaire mécontent de la gestion de l'entreprise et de la rémunération (dividende ou appréciation des titres) de ses capitaux de revendre ses actions. La possibilité est alors ouverte pour une équipe de gestion concurrente de tenter de rassembler suffisamment d'actions à bas prix pour remplacer les dirigeants incompetents. La contrainte posée par l'existence d'un actionnariat disposant de la capacité de « voter avec ses pieds »¹ — de sortir facilement de son implication dans une entreprise en revendant

1. *To do the Wall Street Walk*, disent les Américains.

ses actions – a pour avantage qu'elle force à la discipline des dirigeants dont la tâche principale est à leur tour d'ordonner les divers intérêts affectés par l'entreprise. Les dirigeants doivent faire des choix dans la gestion de l'entreprise, et il leur revient de faire des arbitrages entre les différents intérêts affectés, en tenant compte, notamment, du degré de protection plus ou moins élevé que leur accorde le droit. Il est utile socialement que les dirigeants disposent de la plus grande autonomie pour faire ces choix : différents types de solutions face à des problèmes similaires peuvent alors être expérimentés par les entreprises en concurrence. Le système économique concurrentiel permet ensuite de sélectionner les solutions les plus efficaces économiquement, dans un environnement normatif donné. Si les dirigeants remplissent leur fonction de coordination d'une manière telle que les actionnaires estiment qu'ils obtiendraient un meilleur rendement de leurs capitaux en les plaçant dans d'autres entreprises, la sanction de la baisse du cours du titre et/ou de la révocation tombe (du moins, en théorie). Le marché des capitaux sert ainsi de mécanisme de contrôle des contrôleurs. On sait d'ailleurs les conséquences désastreuses de l'absence d'une telle contrainte d'actionnaire, notamment dans les entreprises publiques.

Mais de cette nécessaire existence de la contrainte d'actionnaire pour assurer la discipline des dirigeants, il n'y a aucune raison de conclure à une nécessaire *maximisation* de la prise en compte de l'intérêt de l'actionnaire dans la gestion de l'entreprise. Avec l'avènement de la grande société cotée, il n'y a plus dans une telle structure d'*affectio societatis*, de réalité sociologique d'un groupe de personnes désirant s'associer. La société n'est plus qu'un procédé de technique juridique pour rassembler les capitaux en risque dont les entreprises ont besoin. Le petit épargnant qui achète 10 actions de Thomson-CSF SA n'est pas un « associé ». Il est beaucoup plus dans la position d'un consommateur achetant un des types de *produits* créés par l'entreprise Thomson. Le groupe de gens travaillant ensemble et se décrivant comme « Thomson » (avec l'aide de certains instruments de technique microjuridique) ont besoin de capitaux. C'est l'actionnaire qui les leur apporte. Cet action-

naire ne s'intéresse pas réellement à la gestion de l'entreprise, et n'est même pas *susceptible* de le faire compte tenu de son faible degré d'investissement dans celle-ci, de la complexité de l'entreprise Thomson, et du secret qui entoure une bonne partie de sa gestion, comme celle de toute entreprise. La seule chose qui compte pour lui, c'est la rémunération de ses capitaux ; et la seule contrainte qu'il pose aux dirigeants, c'est de rémunérer ses capitaux au moins aussi bien que les concurrents sur le marché des capitaux en risque ne le feraient. A défaut, les dirigeants de l'entreprise Thomson sont susceptibles d'être sanctionnés par la baisse du cours du titre consécutive aux ventes d'actionnaires mécontents. Si le dirigeant fait au moins aussi bien que les autres dirigeants d'entreprises – que ses concurrents dans la fonction de direction – dont les comportements se traduisent dans la valorisation boursière des diverses actions mises à la cotation, on ne voit pas pourquoi le dirigeant devrait rechercher une *maximisation* du dividende ou de la valeur de l'action. L'intérêt de l'entreprise, notamment sur le long terme, peut tout à fait passer par des formes de compromis entre les divers intérêts en jeu dans l'entreprise qui ne se traduisent pas par une maximisation de l'intérêt de l'actionnaire, et ne lui accordent que le niveau de rémunération de ses capitaux nécessaire pour qu'il ne quitte pas l'entreprise.

6. Gestion de l'entreprise et prise en compte des valeurs sociales affectées. — Les mécanismes boursiers de mesure de l'efficacité des entreprises et de contrôle des dirigeants ont des qualités exceptionnelles en ce qu'ils permettent un fonctionnement autonome de notre société, l'innovation, l'indépendance des pouvoirs économiques et politiques, la méritocratie, etc. Il est donc essentiel de les préserver. Mais

ils ne doivent pas pour autant faire que l'ensemble de la société travaille pour le seul enrichissement des propriétaires d'actions. Il y a d'autres valeurs et d'autres intérêts dans notre société dont il est socialement utile qu'ils soient pris en compte dans la gestion des entreprises, et les mécanismes de gouvernement de ces dernières ne doivent pas avoir pour effet de l'empêcher. Ils doivent au contraire viser à ce que l'ensemble des intérêts affectés par l'entreprise soient pris en compte dans sa gestion de la manière la plus poussée qui se puisse.

On voit bien *qui* a intérêt à réduire le débat sur le gouvernement d'entreprise pour ne le faire porter que sur la maximisation du bien-être des actionnaires en invoquant un droit de propriété de ceux-ci sur celle-là. L'utilisation de la rhétorique des droits de propriété pour traiter des questions de gouvernement des entreprises poursuit un but de *détournement du pouvoir* dans l'entreprise au profit d'une seule de ses composantes. En ne faisant de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise que la seule affaire des actionnaires et de leurs « mandants » – les dirigeants – on subjectivise l'exercice de ce pouvoir. En faisant appel à un prétendu droit de propriété de l'actionnaire sur l'entreprise, on raisonne au sujet d'un *pouvoir* comme s'il s'agissait d'un *droit subjectif*, c'est-à-dire d'un droit qui dispense son titulaire de prendre en compte l'ensemble des intérêts affectés par la prise de décision.

Une telle façon de raisonner a, du point de vue de ses défenseurs, l'avantage de rendre l'intervention politique difficile. En restant dans le cadre strict d'une conception du social qui nie l'existence d'intérêts collectifs intermédiaires entre ceux des individus et l'intérêt général censé être assuré par l'État, on fait que l'intervention normative protectrice ne peut provenir que de normes émises par les institutions politiques de l'État ou sur délégation de celui-ci. Les déterminations de l'entreprise étant posées comme le simple aboutissement de l'exercice de droits subjectifs – donc comme le résultat normal du jeu social d'une société composée d'êtres libres et

égaux – leur modification ne peut provenir que de normes extérieures à l'entreprise adoptées au sein de l'État. C'est, en effet, le droit des sociétés qui sert d'instrument d'organisation du pouvoir dans l'entreprise, et celui-ci donne peu de place à l'expression d'autres intérêts que ceux des actionnaires¹. Le moyen juridique de prise en compte des autres intérêts ne peut donc venir que d'interventions normatives extérieures (lois, règlements, etc.). Le droit positif, en ne donnant de droit d'expression réel dans l'entreprise qu'aux actionnaires, ne permet pas une autodétermination de l'intérêt de l'entreprise, pris comme intérêt intermédiaire entre l'intérêt individuel des personnes concernées et l'intérêt général global.

Nous avons vu qu'un premier tour de force des entreprises a consisté à se mettre en position d'utiliser les droits d'autonomie accordés à l'individu, notamment par le droit de propriété, pour développer des sphères d'autonomie *entrepreneuriale*. La possibilité de mettre en œuvre à une vaste échelle les droits d'autonomie originellement destinés aux individus a permis de constituer ces organisations puissantes que sont les vastes entreprises.

Le nouveau tour de force des défenseurs des intérêts des actionnaires consiste à réorienter l'autonomie des entreprises au profit du seul intérêt de ces derniers, en faisant appel à un droit de propriété sur l'entreprise qu'ils n'ont pas. En présentant l'entreprise comme un objet de propriété, et en présentant les actionnaires comme « propriétaires » de l'entreprise, par l'intermédiaire de la société, on prend un raccourci qui fait croire que seuls les actionnaires ont la légitimité nécessaire pour déterminer les fins de

1. Les procédures d'information et/ou de consultation des instances représentatives du personnel, par exemple, sont très souvent détournées dans la mesure où elles ne sont respectées que de manière purement formelle.

l'entreprise. La charge de la prise en compte des autres intérêts affectés par le gouvernement d'entreprise est ainsi rejetée sur l'État. Or celui-ci, du fait des contraintes posées par la globalisation de l'économie, est bien en peine d'adopter et de mettre en œuvre les normes nécessaires à la protection des intérêts affectés.

En dépit de son décalage avec la réalité du pouvoir de l'entreprise – qui affecte bien d'autres intérêts que ceux des actionnaires – le débat sur le gouvernement d'entreprise n'est posé qu'en ces termes et les procédures du droit des sociétés actuel ont pour conséquence que les intérêts des actionnaires dominent le gouvernement des entreprises. Alors que les entreprises sont conviées à ne prendre soin que de leurs actionnaires, les États sont priés de bien vouloir prendre en charge l'ensemble des problèmes sociaux (licenciements économiques, chômage, paupérisation d'une partie des travailleurs salariés, etc.), environnementaux et politiques induits, sous des formes diverses selon les pays, par cette forme de gouvernement d'entreprise.

7. Les conséquences de la sur-représentation des intérêts des actionnaires dans le gouvernement des entreprises. — La réflexion traditionnelle sur le gouvernement d'entreprise commet une erreur fatale (qu'elle soit volontaire ou non) lorsqu'elle assimile société et entreprise. Elle raisonne à partir du concept de *société* – qui ne concerne que les actionnaires et les mandataires sociaux – pour en tirer des conséquences sur la manière avec laquelle *l'entreprise* – qui comprend bien d'autres participants – doit être dirigée. Cette assimilation de *l'entreprise* à la *société* permet d'exclure de la réflexion sur le gouvernement d'entreprise certaines de ses composantes essentielles. Elle a pour conséquence d'aboutir à des formes de gouvernement des entreprises qui imposent ensuite une inflation régulatrice. Il y

a ici un cercle vicieux qui pousse à toujours plus de régulation étatique de la vie économique, tout en la rendant plus difficile compte tenu de la perte de pouvoir réel (de « souveraineté ») que connaissent les États du fait de la globalisation de l'économie. Face à un monde dans lequel la capacité même de l'État à adopter des politiques efficaces est remise en question, rejeter la totalité du poids de la pesée des différents intérêts présents dans la société hors de l'entreprise pour le faire peser sur l'État est irresponsable. Des décisions telles que celle de fermer un site de production rentable en licenciant des gens, pour délocaliser et ainsi *accroître* la rentabilité de l'action (dont l'actualité économique donne de nombreux exemples) maximisent peut-être l'intérêt de l'actionnaire mais ont des conséquences politiques graves : chômage, collectivités locales affectées, interventions et déficits publics, etc. Des mécanismes juridiques assurant une meilleure pesée des divers intérêts concernés au niveau décentralisé de l'entreprise réduiraient la charge insupportable sous laquelle croule l'État face aux demandes de tous les laissés-pour-compte des mécanismes actuels de gouvernement des entreprises.

Si l'entreprise n'existe pas en droit positif, elle existe bel et bien en tant qu'organisation disposant d'un pouvoir ayant des conséquences juridiques, économiques et politiques bien réelles qui lui sont imputables. L'analyse de l'entreprise en termes de *droits de propriété et de contrats*, qui est la seule analyse de technique *microjuridique* qui soit adéquate au sein du système juridique positif, est inadaptée pour traiter du problème des rapports *macrojuridiques* entre États et entreprises. Les rapports respectifs de l'entreprise, organisation autonome, et de l'État, qui ne la contrôle pas, sont des rapports de pouvoir qu'il s'agit de penser en tant que tels.

Chapitre IV

LA PLACE DE L'ENTREPRISE DANS LE SYSTÈME DE POUVOIR

1. **Concurrence et évolution du droit.** — La libéralisation de la constitution des sociétés par actions a été une évolution politique majeure du XIX^e siècle, une révolution silencieuse et méconnue dont les conséquences sont extraordinaires. Le type de normes juridiques produit par l'État, et l'organisation administrative même de ce dernier, en ont été profondément modifiés.

Il ne faut cependant pas voir là le résultat d'un choix fait en connaissance de cause. L'actuelle mondialisation de l'économie rend aujourd'hui très apparent le phénomène de mise en concurrence des États par les entreprises, et la réduction drastique de leur capacité d'action autonome du fait de la concurrence internationale entre les entreprises. Mais notre étude de la diffusion du droit des sociétés par actions montre que ce phénomène est bien plus ancien qu'on ne le croit aujourd'hui. Depuis toujours, les entreprises ont tiré argument de la concurrence étrangère pour exiger de l'État sur le territoire duquel elles sont implantées qu'il les mette dans une position concurrentielle au moins aussi favorable que celle de leurs concurrents. Avec l'internationalisation des échanges, une dynamique de *production juridique étatique* se met en place, favorisant l'expansion de

l'entreprise et imposant – mais dans un deuxième temps, et par réaction – des interventions normatives pour venir accorder un minimum de protection aux intérêts mis à mal par le jeu concurrentiel inter-entreprises.

Du fait de *l'industrialisation*, cette dynamique a eu des conséquences sociales terribles. Celles-ci ont rendu nécessaire une modification du rôle initial de l'État qui a dû intervenir comme *contre-pouvoir politique* au pouvoir *économique* des entreprises. Mais cette réaction ne s'est pas traduite par une remise en cause du jeu concurrentiel entre les entreprises ; l'État a continué à leur fournir les normes leur permettant de se développer. En revanche, il a adopté, en parallèle, des normes protectrices des intérêts affectés, lorsque la demande politique s'en fit sentir. Partout où l'économie est restée sous contrôle privé, cette intervention s'est faite par la production d'un droit de plus en plus matériel, détaillé, aux prescriptions précises réduisant de manière considérable l'autonomie réelle des acteurs économiques sur les territoires des États aux droits développés.

Il y a donc eu un double phénomène de maintien de l'autonomie de principe des entreprises et de production d'un droit venant commander une bonne partie de leur manière de fonctionner. L'État n'est pas resté dans une sphère autonome du jeu économique. Il est souvent descendu dans l'arène. Il ne s'agit pas là non plus du résultat d'un dessein politique. C'est l'aboutissement d'un processus d'évolution conjointe de l'entreprise et de l'État qui a abouti à la mise en place d'un système complexe d'exercice du pouvoir à l'échelle de la planète – composé d'instances officielles (les diverses administrations publiques, qu'il s'agisse de celle des collectivités locales, de l'État, des agences administratives autonomes ou, en dernier lieu, des bureaucraties internatio-

nales) et d'instances non officielles (essentiellement, pour notre propos, les entreprises).

Ce phénomène majeur de notre temps impose de penser d'une manière nouvelle l'ensemble du système traditionnel d'exercice du pouvoir.

2. Le système traditionnel d'exercice du pouvoir. — Traditionnellement, le système de pouvoir dans le monde était perçu comme constitué d'États dont le système politique interne déterminait souverainement le mode d'organisation de la société nationale installée sur leurs territoires respectifs. La spécificité des États libéraux consiste à diviser à leur tour le pouvoir dont ils disposent en séparant une sphère publique, productrices des normes et des services communs (armée, police, éducation, routes, justice, etc.), d'une sphère privée faite d'autonomie des individus libres de mener leurs activités, dans le cadre fixé par le droit positif. Seule la sphère publique était considérée comme lieu d'exercice du pouvoir, exigeant la mise en place de procédures démocratiques et une division complémentaire du pouvoir public entre pouvoirs législatif (création des normes), exécutif (application des normes) et judiciaire (contrôle de l'application des normes). La sphère privée était celle de l'autonomie des individus jouissant de leurs droits subjectifs, et coordonnant leurs subjectivités réciproques par contrat.

Ce sont à la fois cette conception isolant des États *souverains* et cette séparation de la vie sociale en *deux sphères* qui sont remises en cause par la mondialisation de la société.

Que ce soit du fait de la multiplication des normes réglementaires s'imposant à elles ou du fait de la négociation quasi permanente qu'elles doivent entretenir avec les divers secteurs de l'administration, la multitude des tâches administratives sous lesquelles croulent les entreprises est le signe de ce que l'économie moderne ne se déroule plus dans une sphère *autonome*, « privée », dans le cadre de quelques règles du jeu fournies par les pouvoirs publics restant dans la sphère *hétéronome*,

« publique », du régulateur extérieur au jeu économique. Partout, avec des différences de degré tenant à l'histoire et aux différences idéologiques nationales, les entreprises sont traitées dans les faits comme des sous-ensembles organisationnels d'un vaste système institutionnel. Partout, les entreprises disposent d'une *relative autonomie* décisionnelle ; mais nulle part, elles ne sont *indépendantes* des institutions publiques avec lesquelles elles *négocient* sur de nombreux aspects de leurs affaires.

On peut renverser cette proposition en disant que partout l'État garde une certaine autonomie à l'égard des entreprises, mais que nul part il n'est indépendant d'elles... L'État lui aussi n'est que l'une des composantes d'un système d'exercice du pouvoir qui l'englobe. En dépit de sa souveraineté officielle, son autonomie d'action réelle est très partielle. Il peut adopter certaines normes qui poussent les entreprises à la prise en compte de tel ou tel intérêt ; mais il ne peut le faire sans tenir compte de ce qui est fait ailleurs, par d'autres États vis-à-vis d'entreprises en concurrence avec celles qui sont installées sur son territoire. Très vite, la sanction du marché s'abattra sur les entreprises installées sur son territoire, et rejaillira sur lui, par exemple en diminuant ses ressources fiscales, ou en aggravant les problèmes sociaux découlant d'une activité économique réduite.

Cette restriction au pouvoir de l'État du fait de la concurrence interentreprises est encore plus grande aujourd'hui avec la « mondialisation » de l'économie. On assiste à une véritable « privatisation » de l'État par les grandes entreprises, qui obtiennent des subventions sous des formes diverses, des aides à l'implantation d'usine, des financements de faveur, les dirigeants des plus grandes d'entre elles voyageant même dans les avions présidentiels pour aller négocier des contrats avec l'aide active des services diplomatiques, qui se sont reconvertis dans la représentation des entreprises nationales à l'étranger. Le chef de l'État est aujourd'hui souvent le premier VRP de ces entreprises. Tout cela bien sûr sans évoquer un inquiétant phénomène de corruption du système politique, les entreprises ayant compris tout l'avantage qu'il y a à détourner le système administrato-politique pour obtenir divers avantages indus, finan-

cés par le système fiscal de collecte de fonds, ainsi détourné de son objet.

3. Un système unique d'exercice du pouvoir à l'échelle de la planète. — Du fait de cette imbrication entre pouvoirs « publics » et pouvoirs « privés », on peut considérer que la « structure de gouvernement » de l'économie actuelle constitue un système unique dans lequel l'exercice des compétences des uns a un impact direct sur les compétences des autres. L'internationalisation de l'économie a intégré dans un système unique à l'échelle de la planète les divers détenteurs de pouvoir sur le jeu économique¹, accroissant l'impact de certaines compétences² et en réduisant singulièrement d'autres³. Ce système de pouvoir est composé à la fois des entreprises et des institutions publiques. La régulation « externe » de l'entreprise (par les normes juridiques positives) influe sur le gouvernement de l'entreprise qui influe sur la production normative au sein de l'État et donc sur le fonctionnement de ses institutions. Les possibilités et limites à l'action de l'une ou l'autre des composantes du système de pouvoir dépendent donc de celles des autres. L'État ne peut agir sur l'entreprise sans prendre en compte le pouvoir de cette dernière et son mode de fonctionnement. La réciproque est bien sûre vraie s'agissant de ce que l'entreprise peut faire vis-à-vis de l'État. Il est de ce fait difficile d'isoler les problèmes de « gouvernement de l'État » de ceux du

1. Michel Beaud, *Le système national mondial hiérarchisé*, Paris, AGALMA, La découverte, 1987.

2. Par exemple, le pouvoir des entreprises multinationales qui disposent de moyens accrus de jouer un État contre un autre ; ou encore les États-Unis en position d'utiliser les prérogatives que lui confie le statut de seule superpuissance militaire dans d'autres domaines, et notamment le domaine économique.

3. S'agissant de l'impact sur la France, voir Hubert Védrine, *Les mondes de François Mitterrand. A l'Élysée 1981-1995*, Paris, Fayard, 1996, par exemple, p. 751.

« gouvernement des entreprises » puisque leurs rôles respectifs sont interdépendants. Il est même probable que la difficulté à conceptualiser tant le rôle de l'État que celui de l'entreprise dans la société globalisée d'aujourd'hui tient au fait qu'aucune conception n'a été développée qui intègre ces deux composantes d'un système unique d'exercice du pouvoir.

C'est le mode de gouvernement de ce système dans son ensemble qu'il faut examiner, et non pas celui d'une seule de ses composantes prise isolément. Face à la mondialisation, les solutions partielles proposées tant au niveau d'une réforme du « gouvernement de l'État » qu'au niveau d'une réforme du « gouvernement des entreprises » ne font bien souvent qu'« exporter » les difficultés rencontrées dans l'un des deux champs d'analyse – sans les résoudre – dans l'autre champ, soit par l'appel à la production de normes étatiques plus adaptées (sans traiter la question de comment il serait possible d'y arriver compte tenu de l'internationalisation des entreprises et du maintien d'un système d'États décentralisé) ou, symétriquement, par l'appel à une meilleure prise en compte par les entreprises de l'ensemble des conséquences de leurs actions (sans expliquer par quel miracle un tel comportement héroïque se produirait dans un univers concurrentiel).

Il est bien évident qu'un tel travail dépasse largement le cadre du présent ouvrage. Pour notre propos, il s'agit de prendre conscience du fait que le système institutionnel d'exercice du pouvoir *unique* à l'échelle de l'économie-monde est composé *à la fois* d'institutions *reconnues positivement* (les États, les organisations internationales) et d'institutions dont l'auto-constitution est possible du fait des normes des premières, mais qui n'ont *aucune existence positive* (les entreprises).

Une telle analyse permet de comprendre que le pouvoir est réparti entre des institutions *de droit* (soumises au droit) et *de fait* (qui lui échappent dans une large mesure) et que la nécessité de la mise en place de procédures appropriées à l'exercice du pouvoir

s'étend aujourd'hui à l'ensemble des lieux d'exercice du pouvoir, et donc aux entreprises.

I. — Entreprise, fait et droit

1. **La concentration des droits de propriété et le pouvoir normatif de l'entreprise.** — Nous avons vu comment, dans un système juridique libéral, la capacité de prise de décision est décentralisée par un certain nombre de droits, et notamment par le droit de propriété et la liberté contractuelle. Nous avons vu aussi comment l'évolution des institutions économiques a conduit à une concentration dans de vastes organisations des parcelles d'autonomie conférées par le droit de propriété. Celles-ci concentrent ainsi un pouvoir de décision colossal très éloigné de l'un des buts recherchés initialement par la définition du droit de propriété comme un droit absolu, « naturel et sacré », qui était de conférer à *l'individu* une sphère de liberté inviolable. Avec l'accroissement de la taille des entreprises s'est développé un pouvoir organisationnel auquel se trouvent soumis tous ceux qui entrent en relation avec la grande entreprise. Le droit n'en a pas pour autant abandonné ses méthodes classiques d'analyse des rapports dans (et avec) l'entreprise, qu'il continue (pour l'essentiel) d'analyser en termes de *droits de propriété* et de *contrats*. Officiellement, le pouvoir de la grande entreprise reste le grand absent de notre droit. Dans le même temps, cependant, l'État s'est mis à produire un droit régulateur venant porter des atteintes progressives à l'absolu du droit de propriété et à la liberté contractuelle. Il a ainsi réduit dans une mesure considérable, touche par touche, le contenu réel de ces droits, tout en maintenant leur prééminence théorique.

Nous vivons donc toujours avec le schéma constitutionnel et juridique théorique hérité des conceptions

philosophiques du XVIII^e siècle – qui ne connaît que *l'État* comme instance de pouvoir, arbitre des conflits pouvant surgir entre *individus* – alors qu'une de ses hypothèses de base – l'absence de corps intermédiaires – a été invalidée par le développement des entreprises.

Dans les faits, les droits de propriété exercés au sein des entreprises ne correspondent en rien à la jouissance paisible de sa propriété par un individu. Les droits de propriété ainsi rassemblés, et dont l'organisation de l'usage est la fonction même de l'entreprise, entraînent la production de normes obligatoires s'imposant à l'ensemble de ceux qui entrent dans le ressort de l'organisation de l'entreprise. Ces concentrations permettent à des organisations puissantes de coordonner l'activité de centaines de milliers de gens, et de prendre des décisions dont l'impact va bien au-delà de celui des décisions de l'individu dont on voulait assurer l'autonomie.

2. La place de l'entreprise dans le système de production des normes. — Il y a une puissance normative de la grande entreprise qui est tout à fait considérable. La production de droit – entendu comme norme de contrainte susceptible d'être imposée, et non pas comme un type de norme intrinsèquement associé à l'État – est aujourd'hui partagée entre des instances de pouvoir publiques et des instances de pouvoir « privées »¹. Le droit positif a bien pour effet de décentraliser une partie essentielle des prérogatives existant dans la société au sein des entreprises. On peut donc tout à fait considérer que l'entreprise bénéficie, pour produire ses normes, d'une *délégation de compétences* (au moins implicite) de la part de l'État.

1. Jean-Philippe Robé, L'ordre juridique de l'entreprise, *Droits*, vol. 25, 1997, p. 163.

Celui-ci accepte que le contrôle des droits de propriété confère la capacité de créer des règles en rapport avec l'usage de ces droits. En laissant des masses de droits considérables se concentrer dans les entreprises, l'État a implicitement accepté la constitution d'organisations normatives puissantes qui *ont le droit* d'exercer leur pouvoir de façon autonome du fait de ses *propres normes* (le droit microjuridique de l'entreprise). Les entreprises font bien ainsi partie du système de production des normes impératives dans la société, et ce en conséquence du contenu même des normes positives qui leur donnent compétence à le faire. Si les entreprises ne sont pas analysées, *au sein du système juridique étatique*, comme productrices de droit, leurs normes internes sont bien *juridiquement valables* selon le droit de l'État.

L'entreprise n'en est pas pour autant intégrée ni au système de pouvoir ni au système juridique officiels. Seules les normes d'origine publique reçoivent l'estampillage de « droit » par les institutions de l'État, et sont considérées comme le résultat de l'exercice du pouvoir. Le système de pouvoir officiel et le système juridique positif excluent donc l'entreprise de leur sein. Une des causes de la complexité du système *réel* d'exercice du pouvoir dans notre société tient précisément à ce que les entreprises existent *en fait* en tant qu'organisations exerçant un pouvoir qui se traduit bien par une production normative, mais ne font l'objet d'aucune reconnaissance officielle, et donc n'ont aucun pouvoir *en droit*. Nous sommes en présence d'un système d'exercice du pouvoir qui est analysé *officiellement* comme ne comprenant que des institutions positives (États, organisations internationales, sociétés commerciales, etc.), alors que le fonctionnement de ce système est tout simplement incompréhensible si on ne tient pas compte de l'existence des entreprises comme une de ses composantes essentielles.

Si tel est bien le cas, ne pourrait-on pas imaginer que le pouvoir de l'entreprise soit reconnu officiellement, qu'il soit soumis à des mécanismes démocratiques de désignation des dirigeants et de contrôle de leurs actions et que les normes impératives produites par l'entreprise soient reconnues comme des normes

juridiques ? Une telle évolution n'est cependant guère probable car nous changerions alors radicalement de système politique et juridique.

3. **L'improbable reconnaissance de l'entreprise.** — On pourrait imaginer que les États se décident à reconnaître l'existence de l'entreprise en soi. Ils accorderaient la personnalité morale à l'organisation que constitue l'entreprise, reconnaissant son unité d'action, son pouvoir et les responsabilités qui accompagnent son exercice. Le fonctionnement réel du système juridique trouverait son aboutissement dans une reconnaissance *politique* de l'entreprise. Mais une telle « reconnaissance » des entreprises comme composantes du système d'exercice du pouvoir est hautement improbable pour de nombreuses raisons. La première d'entre elles est que ni l'État ni l'entreprise n'y ont intérêt.

1 / S'agissant de *l'État*, la position singulière de l'entreprise dans l'ordonnement juridique (l'État lui confie l'exercice de compétences sans la reconnaître)¹ lui a permis de favoriser le développement de l'entreprise – dont il tire profit – par l'offre d'un droit microjuridique adapté sans qu'il ait pour autant à reconnaître positivement l'existence de son pouvoir. L'État a donc trouvé le moyen que le développement de l'entreprise ait lieu sans que, juridiquement, sa souveraineté officielle en soit affectée. Ne reconnaissant pas l'existence de l'entreprise en soi, il a pu bénéficier de son existence concrète, sans s'affaiblir formellement, restant seul souverain, seul producteur officiel de droit, régulateur unique des conflits d'intérêts. Il a conservé le monopole *officiel* du politique sans souffrir de l'affaiblissement qui aurait été consécutif à la reconnaissance d'une sorte de souveraineté *fonctionnelle* à d'autres ordres.

2 / *Les entreprises* elles-mêmes vivent très bien sans qu'un cadre juridique précis soit donné à l'unité organisationnelle que chacune d'elles constitue. Les entreprises ont besoin de droit positif pour se développer, notamment parce que c'est lui qui

1. Jean-Guy Belley, *L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique*, *Sociologie et société*, vol. 28, 1986, p. 11.

leur donne les moyens de se constituer en organisations autonomes. Elles n'ont pour cela aucun besoin d'être reconnues juridiquement en tant que telles, en tant qu'organisations ayant une unité d'action au-delà de la myriade de sociétés, de droits de propriété et de contrats qui leur sert de support en droit positif. Elles ne le souhaitent pas compte tenu des conséquences qui risqueraient d'en être tirées dans tous les domaines de la vie sociale, notamment par la plus grande responsabilisation qui pourrait découler de la reconnaissance de leur unité d'action. Elles n'ont d'ailleurs pas réclamé de changement à ce sujet, sauf à de rares exceptions, liées à l'internationalisation de leur structure juridique, et à la multitude des droits parfois contradictoires qui s'appliquent à elles¹. Le fait de ne pas être reconnues leur permet tout à la fois de bénéficier de l'autonomie qui est la leur, pour laquelle le droit tel qu'il est leur suffit tout à fait, et de rejeter les problèmes sociaux qu'elles créent dans le champ de la responsabilité du pouvoir politique et de la régulation générale de la société par l'État.

4. La nécessité d'une double analyse de l'entreprise.

— Une reconnaissance de l'entreprise étant illusoire, il faut comprendre la structure du système de pouvoir en considérant que cette inexistence officielle constitue une donnée. Il nous faut accepter que la non-reconnaissance de l'entreprise en soi provient de la structure constitutionnelle des sociétés libérales qui repose sur la définition de deux sphères, l'une « publique » et l'autre « privée », l'une à laquelle les entreprises ne sont pas officiellement intégrées et l'autre qui leur permet, concrètement, de s'auto-institutionnaliser comme institutions autonomes disposant de pouvoirs. Cette position singulière de l'entreprise dans l'ordonnancement juridique impose donc une double analyse : celle du *droit positif*, de la structure microjuridique de l'entreprise dans laquelle l'entreprise n'existe pas en tant que telle (c'est le type d'analyse que nous avons mené dans les premières parties de cet ouvrage) ; celle du *pouvoir*, qui est

1. Voir Ball, *Cosmocorp : the Importance of Being Stateless*, *Columbia Journal of World Business*, vol. 2, 1967, p. 25.

l'analyse des rapports macrojuridiques que l'entreprise entretient avec les autres instances disposant de pouvoir, dans laquelle l'entreprise a une unité organisationnelle *en soi* qui ne dépend pas de sa reconnaissance officielle par les ordres juridiques positifs. Son pouvoir ne dépend pas, notamment, du fait qu'ils lui accordent la personnalité morale. A ce niveau d'analyse – qu'il nous revient de mener maintenant – il y a une réalité sociologique de l'entreprise qui doit être prise en compte pour comprendre les possibilités et limites de l'action collective à son égard.

Pour procéder à ce type d'analyse, il nous faut tenir compte *à la fois* de l'unité organisationnelle de l'entreprise, et de l'impossibilité de sa reconnaissance officielle par les ordres juridiques positifs.

II. — De l'usage de la propriété à l'exercice du pouvoir

Les normes positives laissent les entreprises libres de produire la normativité interne qui leur permet de fonctionner. En conséquence, elles permettent à l'entreprise de se développer et à ses dirigeants d'exercer un pouvoir de direction dont l'impact social est d'autant plus important que l'organisation qu'ils dirigent est vaste. De cette posture initiale du système juridique découle nécessairement que l'entreprise, qui a un droit à son autonomie et à produire ses propres règles, va entretenir des rapports de pouvoir avec les autres organisations (notamment l'État et les autres entreprises) et les individus avec qui elle va entrer en relation.

1. L'internationalisation de l'économie et la diminution du pouvoir effectif de l'État. — La méthode traditionnelle utilisée par l'État pour influencer sur le gouver-

nement d'entreprise a constitué à adopter des normes de droit réglementaire obligatoires, venant forcer à la prise en compte (au sens strict du terme) de tel ou tel intérêt. Rappelons que, par principe, les coûts associés à une activité sont évalués par les mécanismes du marché. Cependant, si des phénomènes induits par une activité ne se traduisent pas par des coûts pris en compte dans la comptabilité de l'entreprise par le seul fait du jeu des droits de propriété et des contrats, il est possible de créer des coûts par l'adoption de normes juridiques. La montée de l'État réglementaire a correspondu ainsi au besoin d'une telle création de normes ayant pour but de créer des coûts à prendre en compte dans les comptabilités privées.

C'est ce type de répartition du pouvoir – qui laisse par principe les entreprises en concurrence libres de chercher à optimiser leurs coûts et qui, par exception, vient interioriser dans leurs comptabilités (par les normes du droit réglementaire) des coûts estimés *politiquement* – qui est aujourd'hui confronté à la réalité de la globalisation des entreprises. Celles-ci ont la capacité d'échapper aux coûts créés par des normes d'application territoriales en « délocalisant » la partie de leurs activités touchée par la régulation (activité faisant un usage intensif de main-d'œuvre, activité polluante, etc.) sur le territoire d'États moins protecteurs. L'État est donc de moins en moins en position de jouer le rôle de l'instance publique en position de créer des coûts – d'interioriser la prise en compte de certaines valeurs – dans la gestion de l'entreprise.

On peut imaginer deux solutions complémentaires face à ce changement dans la manière avec laquelle le pouvoir est réparti entre États et entreprises :

1 / Une création accrue de normes internationales. C'est une des principales incitations à la création d'une Union Européenne ou d'une Organisation Mondiale du Commerce (par ex.), qui élargissent le

champ d'application territorial des normes adoptées. Compte tenu, cependant, des difficultés rencontrées dans un système d'États décentralisé pour adopter des normes internationales, et du fait que celles-ci ne constituent souvent que des normes minimales, cette solution ne saurait suffire à elle seule. On peut donc imaginer une autre solution.

2 / La seconde solution consiste à faire de l'entreprise *elle-même* l'institution sociale au sein de laquelle les coûts associés à son activité sont évalués, par un élargissement de la base de ceux qui ont une influence sur ses procédures internes de prise de décision.

Plutôt que de rester dans le cadre d'une conception du social qui fait de l'État la seule instance de gouvernement face à la foule des individus, internalisant la pesée des intérêts telle qu'elle est effectuée au sein de ses propres institutions politiques par la production de normes matérielles obligatoires, une manière différente de penser l'exercice du pouvoir dans le monde d'aujourd'hui, où les autorités sont multiples et de natures diverses, consiste à penser l'entreprise comme un lieu de gouvernement décentralisé, auquel il serait possible d'imposer une prise en compte raisonnable des divers intérêts affectés par son activité. On pourrait ainsi développer une conception plus *procédurale* de l'entreprise, dans laquelle la problématique du système juridique ne consisterait pas au premier chef à vérifier le respect par l'entreprise de telle ou telle norme matérielle créée au sein des institutions de l'État, mais au contraire de vérifier que les décisions d'entreprises, prises dans un cadre matériellement moins contraignant mais procéduralement plus exigeant, ont été prises au cours de procédures permettant aux différents intérêts affectés de s'exprimer. Le rôle de l'État serait alors réorienté vers celui d'un vérificateur de la prise en compte raisonnable des intérêts affectés par les pouvoirs « privés » dont les décisions seraient susceptibles d'être soumises à des procédures de contrôle non pas de la *décision* en elle-même, mais des *procédures* suivies pour y parvenir.

Un tel changement implique de penser différemment la question du gouvernement d'entreprise. Il faut passer d'une réflexion en termes de droits de propriété, telle qu'elle est menée à l'heure actuelle, à une réflexion en termes de pouvoir.

2. **Propriété et pouvoir.** — Propriété et pouvoir sont deux types d'habilitations à la prise de décision dans notre société, qui obéissent à des règles radicalement différentes. Le droit de propriété est un droit subjectif ; c'est, fondamentalement, le droit de faire ce que l'on veut avec ce dont on est propriétaire. Si on raisonne sur l'entreprise en termes de droits de propriété, ses « propriétaires » sont les seuls dont les intérêts sont à prendre en compte dans sa gestion. D'où cette tentative – à de nombreux points de vue couronnée de succès – d'une partie de la doctrine pour démontrer que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise.

La conclusion est toute différente si l'entreprise est pensée en termes de pouvoir. Le droit de propriété décentralise l'usage des prérogatives qu'il confère *en dernier ressort* ; à l'opposé, le pouvoir ne laisse pas son titulaire libre de l'usage des prérogatives qu'il exerce. Le pouvoir se caractérise par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement différent du sien, ce qui vient fixer une finalité *non subjective* à son exercice.

Le *pouvoir* doit être exercé au nom et dans l'intérêt de ceux qui y sont soumis. D'abord dégagé dans la sphère de l'exercice du pouvoir « public », ce principe a progressivement été « découvert » par la jurisprudence dans le droit privé¹. Une fois l'existence d'un pouvoir identifié, une fois que l'on considère que l'exercice d'une compétence n'est pas la seule affaire de son titulaire, il ne s'agit plus alors que de déterminer les intérêts affectés, et de mettre en place les procédures nécessaires pour que les détenteurs du pouvoir dans l'entreprise la gère dans l'intérêt commun à ces différents intérêts. Pour que le système juridique

1. Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Masson, 1985, p. 21.

soit cohérent, une possibilité de contrôle de l'usage du pouvoir doit être ouverte aux intérêts affectés, contrairement à ce qui se passe pour un droit subjectif.

3. La reconnaissance progressive du pouvoir dans l'entreprise. — Une évolution dans la réflexion sur l'entreprise, passant d'une conception qui n'y voit que le rassemblement de compétences subjectives à une conception qui la voit comme un lieu d'exercice de pouvoir objectif n'exige pas une révolution dans nos conceptions. Elle est au contraire dans la continuité de l'évolution de notre droit au cours du XX^e siècle. L'évolution de la société a été accompagnée d'une évolution du droit qui a procédé à une reconnaissance progressive de l'existence de pouvoirs en dehors de l'État, et notamment dans l'entreprise, et à une extension croissante du cercle de ceux que l'on considère comme en étant les sujets. Plutôt qu'à une « reconnaissance » de l'entreprise dans son unité — dont on a vu qu'il est illusoire de penser qu'elle intervienne — on a assisté à un développement touche par touche de procédures se rapportant à l'exercice du pouvoir *dans* l'entreprise (exercé sur ses participants) et du pouvoir *de* l'entreprise (exercé sur son environnement).

La question du pouvoir *dans* l'entreprise s'intéresse aux méthodes que l'on accepte de voir utilisées dans l'entreprise à l'égard de ceux qui en sont les sujets. Il y a eu, à cet égard, une évolution du droit positif qui est venue limiter l'arbitraire des dirigeants vis-à-vis des composantes de l'entreprise en position de faiblesse (actionnaires minoritaires, salariés, etc.).

Il convient aujourd'hui de se placer dans la continuité de cette évolution, qui constitue une reconnaissance *implicite* de l'entreprise en tant que lieu d'exercice du pouvoir, en tirant les conséquences de l'existence du pouvoir *de* l'entreprise. La reconnais-

sance de la pluralité des instances de pouvoir et du rôle social de l'entreprise pourrait ainsi aboutir à un mode de gestion du social radicalement différent.

III. — Le pouvoir dans l'entreprise

Nous avons vu qu'il y a eu une progressive autonomisation du pouvoir des dirigeants d'entreprise au cours du XX^e siècle, notamment à l'égard des actionnaires. Cette autonomisation s'est accompagnée d'une évolution dans la réflexion juridique sur l'origine et les finalités de leurs compétences. En *droit des sociétés*, nous sommes passés d'une conception contractuelle de la société à une conception institutionnelle. Le pouvoir conféré par le contrôle des assemblées générales d'actionnaires a progressivement été soumis à un principe général d'exercice des compétences ainsi obtenues dans *l'intérêt social* — dans *l'intérêt de la société* — et non pas celui de ses actionnaires, fussent-ils majoritaires. Une évolution similaire a suivi en droit du travail, par le développement de procédures de vérification du respect de *l'intérêt de l'entreprise* dans l'exercice d'un certain nombre de compétences.

1. **Pouvoir des dirigeants et droit des sociétés.** — C'est tout naturellement par une évolution amorcée en *droit des sociétés* que la conséquence à tirer de l'existence d'un pouvoir des dirigeants dans l'entreprise a commencé, il y a déjà plusieurs décennies. Il y a eu à la fois autonomisation du pouvoir des dirigeants par rapport aux actionnaires, et finalisation des compétences que le pouvoir confère par le recours à un concept tel que celui de *l'intérêt social*. D'une conception purement contractuelle de la société comme contrat passé entre les actionnaires, fixant une fois pour toutes les règles du jeu, les juristes sont passés à une conception « institutionnelle » inspirée de la

théorie publiciste d'Hauriou. Une fois constituée, la société ne serait pas seulement le résultat de l'accord contractuel intervenu entre les actionnaires ; elle serait une institution *autonome* ayant son intérêt propre, venant finaliser et fixer des limites aux compétences des mandataires sociaux. Notre droit des sociétés commande aujourd'hui que les dirigeants de la *société* ne la dirigent pas dans l'intérêt de la *majorité* des actionnaires (qui contrôlent en fait les assemblées d'actionnaires) mais dans celui – posé comme *autonome* – de la *société*.

Le concept d'intérêt social joue ainsi, dans l'entreprise, le même rôle fonctionnel que la notion d'*intérêt général* dans l'État. Il sert à la fois de *légitimation* à l'existence du pouvoir et de *limite* aux compétences de ses titulaires, qui ne peuvent les utiliser que dans l'intérêt commun de ceux qui sont reconnus comme en étant les sujets¹.

Cette introduction de la notion d'intérêt social par les tribunaux pour servir de critère à l'action des dirigeants a donné aux actionnaires, même *minoritaires* – et donc ne disposant pas du contrôle de l'entreprise –, le moyen de venir faire contrôler, *de l'extérieur*, par les tribunaux, l'action des dirigeants lorsque ceux-ci ne respectent pas l'intérêt social dans leur gestion. On n'en est pas pour autant arrivé au « gouvernement des juges », à l'immixtion des juges dans la gestion de l'entreprise. En revanche, certains abus ont diminué, compte tenu des risques de procédures que peuvent initier les minoritaires floués, même si leurs capacités procédurales sont encore très limitées.

Cette évolution du droit n'a pas porté sur les seuls mécanismes du droit des sociétés. Une fois que la logique du pouvoir est entrée dans la réflexion en droit privé sur l'exercice de l'autorité, la seule limite est celle de l'identification de ceux qui se trouvent en position de *sujets* du pouvoir, et donc de ceux à qui on donne le droit de faire appel au respect de ses finalités.

La doctrine travailliste n'a eu de cesse de montrer que les salariés sont eux aussi soumis à un pouvoir dans l'entreprise, et que son exercice ne doit pas être seulement pensé dans le cadre

1. Voir généralement F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.

de la *société* (dont ils ne font certainement pas partie), mais également dans celui de l'*entreprise* en tant que telle, à laquelle ils participent.

2. Pouvoir des dirigeants et droit du travail. — La prise de conscience de la réalité collective de l'entreprise, au-delà d'une simple collection de contrats, a donné naissance à l'importation du concept d'institution dans le *droit du travail* également. Le droit du travail a visé à élargir le cercle des *citoyens* dans l'entreprise. Le but recherché par les analyses institutionnelles était celui de la prise en compte, au niveau des entreprises, des intérêts des travailleurs qui, à défaut d'être parties au contrat de *société*, sont bien membres de l'*entreprise*. Les analyses travaillistes ont ainsi essayé de démontrer que l'entreprise existe *en tant que telle* et constitue une *communauté d'intérêts* entre capital et travail, où le pouvoir devait être exercé au profit de l'ensemble des membres de la communauté ainsi créée.

Le doyen Savatier a offert la meilleure synthèse de cette analyse. « L'entreprise constitue une organisation sociale, un groupe humain où se forme une sorte de droit interne permettant au groupe de fonctionner grâce à l'adoption de certaines règles, à l'exercice d'une autorité, à des sanctions contre les membres du groupe qui n'en respectent pas la discipline. Le chef d'entreprise, qui a la responsabilité de la bonne marche de cette institution sociale, doit disposer des pouvoirs nécessaires pour cela. Mais ces pouvoirs, correspondant à une fonction sociale, ne peuvent être exercés que dans l'intérêt de l'institution, c'est-à-dire de l'entreprise. »¹

Une réflexion sur le pouvoir a donc traversé les analyses travaillistes de l'entreprise, leur différence avec les analyses du droit des sociétés venant de l'élargissement du cercle de ceux qui sont considérés comme étant assujettis au pouvoir des dirigeants. Mais là encore, c'est l'existence d'un intérêt commun qui vient à la fois légitimer et fixer des limites au pouvoir.

Dans ce domaine également, il reste des progrès considérables à faire. La Cour de cassation française considère, par

1. Jean Savatier, Pouvoir patronal et direction des personnes, *Droit social*, n° 1, 1982, p. 3.

exemple, que le comité d'entreprise n'a pas d'intérêt à agir en cas d'abus de biens sociaux, et lui refuse donc le droit de déclencher une procédure pénale lorsque le dirigeant détourne les fonds de l'entreprise. Ou encore, les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise peut demander la réalisation d'une expertise de gestion sur une décision suspecte sont très restrictives. Il n'en reste pas moins que la conception de l'entreprise comme lieu de pouvoir s'étend, et ce sont maintenant bien d'autres intérêts qui sont considérés comme en étant les sujets.

3. L'extension de l'analyse de l'autorité en termes de pouvoir. — Aujourd'hui, une partie des analystes tendent à considérer que les conséquences de l'autonomisation de l'entreprise vont bien au-delà, et qu'il ne s'agit plus d'assurer la seule conciliation des intérêts des actionnaires et des salariés. Intégrer les salariés à l'entreprise, c'est bien ; mais ils ne sont pas seuls concernés par elle et on ne voit pas au nom de quoi leur intérêt et celui des apporteurs de capitaux devraient seuls avoir droit de cité dans l'entreprise. Une coalition équilibrée de ces intérêts peut tout à fait aboutir, par exemple, à une exploitation abusive de l'environnement naturel. Aujourd'hui, le champ de ceux au bénéfice de qui la direction doit gérer s'agrandit et c'est un intérêt *élargi* de l'entreprise qui émerge. Pour le rapport Viénot, par exemple, « l'intérêt social peut... se définir comme l'intérêt supérieur... 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 ».

La réflexion n'est cependant pas allée très loin sur les procédures de contrôle du pouvoir à mettre en œuvre pour assurer le respect de ces finalités. C'est pourtant à ce niveau que, très concrètement, il faut présenter une alternative crédible aux

défenseurs du droit des actionnaires de commander les fins de l'entreprise.

IV. — Le pouvoir de l'entreprise

La mondialisation pousse à l'adoption d'une conception du droit qui n'est plus centrée sur l'État mais observe le fonctionnement du système juridique comme le produit d'une multitude d'instances de pouvoir¹. Avec un tel changement de perspective, le droit positif régulateur applicable à l'entreprise prend une signification nouvelle. Dans la production de sa normativité interne, l'entreprise prend en compte les contraintes qui s'imposent à elle, d'où qu'elles viennent. Les normes du droit positif ne sont qu'une composante de ces contraintes. Elles sont perçues par l'entreprise, s'agissant des normes régulateurs, comme un coût. C'est en tout cas ainsi qu'elles se traduisent dans la comptabilité qui détermine si une entreprise est rentable ou non, et à quel degré. La norme étatique, en imposant des coûts, pousse ainsi à une adaptation hétéronome de l'entreprise, qui peut la refuser en modifiant sa structure microjuridique pour y échapper².

Les systèmes juridiques étatiques étant ainsi mis en concurrence, la question qui se pose est de déterminer jusqu'où l'État a le pouvoir d'aller pour imposer aux entreprises de prendre en compte les coûts de leurs activités. Il s'agit d'identifier les moyens dont il dispose effectivement pour remplir sa mission de promotion de l'intérêt général sur un territoire donné.

1. Voir Gunther Teubner (éd.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997 ; *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, coll. « Les Voies du droit », 1993.

2. Créations de filiales *ad hoc*, usage des paradis fiscaux, délocalisation, etc., les techniques sont multiples.

1. **L'entreprise et la pesée des intérêts.** — Quel que soit le lieu où l'on situe les frontières de l'entreprise, il y a multiplicité des parties prenantes à l'entreprise (qui comprennent notamment les salariés et les actionnaires) et des intérêts affectés par elle (les consommateurs, les créanciers, l'environnement naturel, l'intérêt public général, etc.). Les conflits d'intérêts en rapport avec la conduite des affaires de l'entreprise sont donc incontournables.

L'entreprise est évidemment le lieu où s'opère, en première instance, la pesée des intérêts touchés par son action. Cette pesée s'effectue dans un cadre normatif qui accorde plus ou moins de protection à tel ou tel type d'intérêt en fonction des normes étatiques existant : un droit de l'environnement exigeant impose une prise en compte méticuleuse de l'environnement naturel dans les décisions de gestion ; un droit du travail peu protecteur ne pousse pas à une très grande prise en compte des intérêts des salariés, etc.

Dans une perspective de politique juridique, la question principale posée par le gouvernement d'entreprise est celle de la prise en compte de l'ensemble des intérêts affectés par une décision donnée de la façon la plus respectueuse qui se puisse de chacun d'eux, étant pris en compte le niveau de développement économique atteint. Il faut inventer une nouvelle forme d'exercice du pouvoir qui aille au-delà de la démocratie représentative au niveau de l'État et d'une hétéro-régulation de l'entreprise, et permette de passer de la démocratisation de l'État à la démocratisation de notre société¹.

2. **Entreprise et démocratie.** — Certains auteurs réclament plus de « démocratie » dans la conduite des

1. Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, 1991, p. 50.

affaires de l'entreprise. Ils réclament la mise en place de mécanismes de démocratie *représentative* dans l'entreprise selon le principe « un homme, une voix ».

Adaptée au fonctionnement des ordres juridiques *territoriaux*, et notamment à l'État qui est un ordre juridique *obligatoire*, il est probable, cependant, que cette forme de démocratie est peu adaptée à l'entreprise. Il convient, à ce sujet, de bien distinguer deux questions : celle du mode de gouvernement de l'entreprise ; et celle du mode de désignation des dirigeants.

1 / S'agissant du *gouvernement de l'entreprise*, l'entreprise n'étant un groupe obligatoire pour personne, l'impératif démocratique dans ses procédures de prise de décision interne y est moins impérieux que dans les ordres juridiques obligatoires, tels les ordres juridiques nationaux.

Ce raisonnement est couramment tenu à l'égard des salariés. Ils ne sont pas contents de la manière avec laquelle l'entreprise où ils travaillent est gérée ? Personne ne les empêche de démissionner. Évidemment, cela suppose un marché du travail actif, et une certaine négligence de l'investissement personnel important qui a pu être fait dans l'entreprise par le salarié. Il reste que si les choses deviennent vraiment insupportables pour le salarié, la démission est une alternative raisonnable. C'est parce qu'il n'en va pas de même au niveau de l'État¹ que l'impératif démocratique doit y être scrupuleux. Cette difficulté est moindre pour l'entreprise dans une économie de concurrence.

Il reste que lorsque la société est cotée, ce raisonnement couramment tenu à l'égard des salariés vaut encore plus pour les actionnaires. Rien de plus facile, pour l'actionnaire minoritaire d'une société cotée, que de revendre ses actions. De ce point de vue là, l'actionnaire n'a donc aucune raison d'être mieux (ou moins bien) placé que le salarié dans l'entreprise.

2 / Il n'en va pas de même, par contre, au stade de la *nomination des dirigeants*. Les actionnaires doivent y avoir la prééminence. Dans le circuit économique de l'entreprise, ce sont en effet eux qui sont payés en dernier. *Tous* les autres

1. Déménager définitivement du territoire d'un État et changer de nationalité sont des actes psychologiquement et juridiquement difficiles à accomplir.

créanciers, qu'ils soient salariés, fournisseurs de matières premières, l'État, etc., sont payés *avant lui*. C'est en ce sens que l'actionnaire est le preneur de risque dans l'entreprise et qu'il lui revient de contrôler les contrôleurs (les dirigeants).

La légitimité du pouvoir de l'actionnaire de participer à la désignation (et à la révocation) des dirigeants tient donc au fait qu'il est le *dernier servi* au terme de la comptabilité des recettes et des dépenses sur une période, et que c'est donc lui qui doit discipliner l'usage des prérogatives des dirigeants.

3. Droit et détermination des intérêts à peser. — La primauté de l'actionnaire assurée dans la désignation des dirigeants de l'entreprise il n'y a, en revanche, aucune justification à ce que le *droit* pousse à une *maximisation* de la prise en compte de l'intérêt de l'actionnaire dans la *gestion* de l'entreprise. La contrainte d'actionnaire doit exister du fait de ses vertus disciplinaires : elle met les dirigeants en concurrence et les force à rechercher une gestion leur permettant de dégager un résultat au moins aussi bon que leurs concurrents potentiels dans la fonction de direction. L'entreprise doit réaliser des profits qui lui permettent d'accéder au marché des capitaux à des conditions économiques raisonnables. Mais il revient au système juridique de faire en sorte que ces profits soient ce qui reste après que *l'ensemble des coûts* afférents à l'activité d'une entreprise ait été pris en compte dans sa comptabilité, qui sert à la fois d'instrument de prise de décision et de méthode de détermination des entreprises efficaces. Le but du *système juridique* n'est absolument pas la maximisation du profit de l'actionnaire. Il ne fait qu'*utiliser* l'aiguillon de l'actionnaire pour discipliner les dirigeants, qu'il peut ensuite laisser autonomes dans leur gestion. C'est là la puissance extraordinaire du système concurrentiel. Mais il revient au système juridique de faire en sorte que ce qui est perçu socialement comme constituant les coûts liés à une activité soient pris en compte dans les comptabilités privées

pour que l'on puisse vraiment déterminer si une activité est rentable et à quel niveau. Il s'agit donc de faire en sorte que le système juridique pousse à la plus grande prise en compte du plus grand nombre d'intérêts affectés, et de mettre en place des procédures efficaces à cet égard.

4. **L'autonomie du pouvoir des dirigeants.** — Dans les faits, ce sont aujourd'hui les dirigeants qui exercent le pouvoir dans l'entreprise. Ils disposent d'une grande autonomie dans l'exercice de leurs compétences. Cette autonomie n'est pas à remettre en question car c'est une des sources principales de l'efficacité de la société libérale. Quelles que soient les difficultés que ce mode de gouvernement pose pour sa mise en œuvre institutionnelle efficace dans une société mondialisée, il a l'extraordinaire propriété de permettre — comme nous l'avons vu dans la première partie — une *autoconstitution* des pouvoirs « privés » (les entreprises) et leur *sélection* par la concurrence qui détermine celles qui sont « efficaces » par rapport à un système normatif donné¹. Que les entreprises cessent durablement d'être efficaces, et la concurrence finit par les éliminer². Ce système a d'extraordinaires propriétés autorégulatrices et permet ainsi que le jeu social soit en grande partie laissé à son autonomie, ce qui diminue grandement les tâches de régulation cen-

1. Voir Armen A. Alchian, *Uncertainty, Evolution and Economic Theory*, *J. Pol. Econ.*, vol. 58, 1950, p. 211.

2. Si on néglige les multiples formes de protectionnisme accordées par l'État aux entreprises qui les protègent, sous une forme ou sous une autre, du jeu concurrentiel. Nous sommes partis de l'hypothèse que le gouvernement remplissait sa mission de défense de l'intérêt général (voir *Introduction*, n. 1). Il est clair que selon nos propres développements sur la nécessité d'intégrer dans une réflexion unique l'ensemble du système de pouvoir, il faudrait expliquer comment empêcher durablement le détournement de l'appareil de l'État par les intérêts sectoriels (ceux des entreprises, notamment) ; mais cela dépasse les limites de cet ouvrage.

trale au sein des bureaucraties publiques. Le poids des bureaucraties publiques et privées masque ce fait, et semble démontrer une grande inefficacité du système d'exercice décentralisé du pouvoir. Mais les autres solutions, telle l'étatisation des moyens de production, ont démontré qu'elles étaient encore pires. Elles n'aboutissent qu'à une centralisation des bureaucraties, à une intégration des planifications des diverses organisations dans une planification englobante, sans que le marché – autre nom pour désigner l'agrégation des choix de consommation des individus – puisse venir sanctionner les erreurs d'appréciation.

Il reste que, tout en acceptant que la décentralisation du pouvoir est préférable à sa centralisation, il s'agit de créer le cadre normatif adéquat pour que cette autonomie s'exerce dans l'intérêt commun, la solution du droit réglementaire étant dépassée.

5. La finalité du pouvoir de l'entreprise. — Confier le pouvoir dans l'entreprise aux dirigeants peut tout à fait être le moyen de sa confiscation au profit d'une petite oligarchie – comme on peut le constater d'ailleurs aujourd'hui. Il est donc essentiel que des procédures de contrôle de l'usage du pouvoir existent pour empêcher son détournement au profit d'une coterie de dirigeants.

La doctrine soucieuse de la prééminence des actionnaires dans l'entreprise voudrait en réserver l'accès aux actionnaires. Or, s'il est légitime que ceux-ci bénéficient de prérogatives qui leur sont spécifiques dans l'entreprise en matière de désignation des dirigeants, il n'existe aucune justification valable pour leur donner le monopole de la détermination des finalités de l'entreprise.

C'est ici que les analyses de l'entreprise en termes de droits de propriété et de pouvoir ont des consé-

quences radicalement différentes. A la différence de l'analyse du gouvernement d'entreprise en termes de droit de propriété, l'analyse en termes de pouvoir considère que les intérêts en jeu ne sont pas seulement ceux des actionnaires ; ce sont ceux de l'ensemble des composantes de l'entreprise et de son environnement. La conséquence est que des procédures de contrôle de l'exercice du pouvoir doivent être développées au profit des actionnaires mais également au profit des autres intérêts présents dans l'entreprise.

Face au pouvoir accru des actionnaires (notamment des fonds de pension), et à la difficulté d'adopter des normes de protection dans une société globalisée, les États doivent trouver d'autres moyens de favoriser la prise en compte des intérêts affectés que la production d'un droit régulateur d'application nécessairement territoriale. Il nous semble approprié : 1 / de poser que l'entreprise doit être gérée dans un intérêt qui ne se ramène à celui d'aucune de ses composantes, mais doit être pensé comme l'intérêt de l'entreprise *en soi* ; 2 / de percevoir cet « intérêt de l'entreprise » à la fois comme un instrument de politique interne (il revient à l'entreprise – à l'organisation qu'elle constitue elle-même – de déterminer ce que constitue son « intérêt » et d'y faire adhérer ses participants) et un instrument de contrôle extérieur (le juge étant chargé du contrôle de l'usage des compétences exercées dans l'entreprise pour cette seule fin) ; enfin 3 / de faire en sorte que des représentants de tous les intérêts affectés aient un vaste pouvoir de contestation du respect de l'« intérêt de l'entreprise » par les détenteurs du pouvoir, afin que leur voix soit réellement prise en compte au stade de l'élaboration des décisions.

On peut donc suggérer une évolution du rôle de l'État qui aille dans le sens d'une plus grande autonomie accordée à l'entreprise, mais dans le cadre de contraintes procédurales fortes assurant la participation des intérêts affectés à la prise de décision.

6. Procédures de contrôle du pouvoir de l'entreprise et rôle de l'État. — La direction doit rester une, autonome, mais elle doit voir son pouvoir finalisé par la recherche de l'intérêt général de l'organisation au sein

de laquelle elle exerce ses compétences. Pour qu'il en aille ainsi, le contrôle du pouvoir doit être pluriel. Face à une décision suspectée de *détournement de pouvoir*, c'est-à-dire d'avoir été prise pour un intérêt autre que celui de *l'entreprise*, la direction doit être en mesure de montrer qu'elle a correctement pris en compte *l'ensemble* des intérêts affectés (selon des procédures internes qu'il lui revient d'établir). Elle doit être *tenue juridiquement* de le faire pour être en mesure de résister aux demandes excessives des actionnaires, qui cherchent à maximiser le rendement de leurs capitaux, et dont la prééminence actuelle dans les mécanismes de gouvernement d'entreprise a les effets négatifs que nous avons évoqués. Il faut ainsi permettre aux dirigeants de résister aux demandes des actionnaires en les forçant *juridiquement* à la prise en compte des *autres intérêts* affectés par leurs décisions. Pour que les dirigeants d'entreprise puissent gérer *dans l'intérêt de l'entreprise* – ce qui va dans le sens d'une gestion décentralisée de l'intérêt général, à l'opposé de politiques macroéconomiques inefficaces dans un monde ouvert –, il faut que la contrainte d'actionnaire existe, mais soit laissée à sa place. Il faut donc donner une voix – procédurale – aux autres intérêts affectés pour qu'ils soient intériorisés dans les jugements d'entreprise.

C'est probablement ici qu'une réorientation majeure du système juridique positif doit intervenir. Il limite aujourd'hui de façon importante la participation aux prises de décision, et la capacité à les remettre en cause. Le système juridique est organisé de façon à restreindre le cercle des participants aux prises de décision dans les entreprises. Il préfère internaliser la prise en compte des intérêts affectés par la production de normes au sein du système politicoadministratif d'État, dont il tente ensuite d'imposer le respect aux entreprises de façon hétéronome. Mais on sait que cette solution est remise en cause par la globalisation de l'économie, qui vient remettre en question la capacité internalisatrice des États. Il faut donc politiser l'entreprise, faire en sorte que les intérêts affectés par ses déci-

sions soient pris en compte au niveau de ses instances de gouvernement non pas en conséquence de normes matérielles externes, mais en conséquence de droits procéduraux de participation à l'élaboration de la décision donnés à chacune des composantes de l'entreprise.

Le changement à apporter consiste à ouvrir l'accès aux procédures de contrôle de l'action des dirigeants à *d'autres* que les actionnaires. Tous les intérêts devraient avoir accès à des procédures de recours contre l'excès de pouvoir. Si des intérêts présents dans l'entreprise ne sont pas entendus dans leurs revendications légitimes, des moyens procéduraux doivent leur être effectivement ouverts pour qu'un contrôle minimum – du type de celui qui existe pour le contrôle de l'action des pouvoirs publics – de la décision prise existe.

On nous objectera probablement le spectre du « gouvernement des juges », argument qui a toujours été opposé au développement des procédures de soumission du pouvoir au droit. Pour se convaincre de son absence de pertinence, il suffit de constater que dans les États aux droits développés, l'administration publique est soumise à ce type de contrôle de son action et que nulle part elle ne semble être particulièrement entravée dans sa capacité à remplir sa mission. Il ne s'agit pas de substituer des juges à la direction de l'entreprise dans l'appréciation de *l'opportunité* des décisions à prendre. Il s'agit de rendre possible l'usage de procédures permettant d'exercer un contrôle de crédibilité de la prise en compte, par la direction, des divers intérêts concernés par les grandes décisions de gestion.

En refusant aujourd'hui un droit de parole à certains intérêts affectés par le pouvoir de l'entreprise, l'État économise les ressources qu'il devrait mettre en œuvre pour jouer le rôle d'arbitre qui serait le sien avec une mise en œuvre pluraliste du principe démo-

cratique. C'est le résultat d'une certaine myopie face aux contraintes posées par une société mondialisée dans laquelle les ressources de l'appareil d'État doivent être réorientées si elles veulent conserver une certaine effectivité.

CONCLUSION

Il est possible de faire deux analyses juridiques de l'entreprise : l'une en termes de droits de propriété et de contrats, l'autre en termes de pouvoirs. Elles sont toutes deux « vraies », la première dans le cadre d'une analyse du droit positif des États libéraux, la seconde dans le cadre d'une analyse du système de pouvoir actuel tel qu'il existe au niveau de l'économie-monde. Les deux analyses ne se situent donc pas au même niveau et ne sont pas utiles à traiter le même type de problèmes.

Face à la mondialisation de l'économie et des plus grandes entreprises, la question du gouvernement de l'entreprise est une question éminemment politique. On peut même dire qu'aujourd'hui, dans une société où l'économie tient une part fondamentale dans la régulation de la vie sociale, elle est au cœur du politique. Des intérêts financiers puissants essaient de faire croire que l'entreprise doit rechercher la maximisation du gain de ses actionnaires, parce que ceux-ci en seraient les propriétaires. Fausse en termes de droit positif, cette analyse est idéologique et vise à un détournement du pouvoir de l'entreprise. Personne n'étant propriétaire de l'entreprise, on ne peut pas réfléchir sur les finalités de l'entreprise en termes de droits de propriété, mais en termes de pouvoir.

L'entreprise doit être perçue comme un lieu de gouvernement où doit être effectuée une première

coordination des intérêts en conflit dans sa gestion. Perçue comme une partie intégrante du système d'exercice du pouvoir dans la société libérale, l'entreprise conduirait alors à une modification du rôle de l'État. Celui-ci aurait avant tout pour fonction d'assurer le contrôle du respect de règles procédurales de prise de décision, forçant à la diffusion de l'information, à l'obligation de consultation, et à la prise en compte rationnelle des intérêts affectés. Les choix faits n'auraient pas à être défendus en opportunité (appréciée *en dernier ressort* par l'entreprise), mais en rationalité, à laquelle l'entreprise doit être soumise procéduralement. Une telle conception décentralisée de l'exercice du pouvoir, et du contrôle procédural du respect de ses finalités, est conforme au principe général de subsidiarité qui est au cœur de la société libérale. Elle est nécessaire pour décharger l'État d'une partie de son fardeau régulateur, en repositionnant son rôle qui ne serait plus essentiellement celui d'un producteur de normes matérielles.

La globalisation pousse ensuite à une centralisation des ordres territoriaux pour la production des normes minimales de régulation des comportements des entreprises. En Europe, seule l'Union Européenne est susceptible d'avoir suffisamment de pouvoir structurel pour que ses politiques ne se traduisent pas par une émigration massive des entreprises. La présence sur son territoire et l'accès à son marché sont suffisamment importants pour que les entreprises soient contraintes d'accepter les normes de la démocratie européenne.

La mutation à opérer dans la réflexion sur le gouvernement d'entreprise est un peu celle qui s'est produite à l'âge de formation de l'État moderne. A ses débuts, l'État lui aussi a été pensé comme l'objet d'un *droit de propriété*, celui du Prince. C'est lorsque l'État

a acquis une autonomie par rapport au Prince que sa progressive soumission au droit, et sa démocratisation, ont été possibles. Peut-être sommes-nous arrivés aujourd'hui à l'âge de l'autonomisation de l'entreprise ?

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
Chapitre I — La structure microjuridique de l'entreprise	15
I. L'entreprise : un circuit de contrats, de droits de propriété et de sociétés, 15 — II. La structure microjuridique de la grande entreprise : le groupe de sociétés, 31 — III. La structure microjuridique de la grande entreprise : la bourse, 37 — IV. La grande entreprise et l'évolution du système de pouvoir, 39.	
Chapitre II — Autonomisation organisationnelle de l'entreprise et droit régulateur	46
I. L'entreprise dans la société libérale, 46 — II. La concentration des droits de propriété et le déséquilibre des pouvoirs, 61 — III. La révolution constitutionnelle, 71.	
Chapitre III — Le gouvernement de l'entreprise	80
Chapitre IV — La place de l'entreprise dans le système de pouvoir	93
I. Entreprise, fait et droit, 99 — II. De l'usage de la propriété à l'exercice du pouvoir, 104 — III. Le pouvoir dans l'entreprise, 109 — IV. Le pouvoir de l'entreprise, 113.	
Conclusion	123