

**Séminaire
Vie des Affaires**

*organisé grâce aux parrains
de l'École de Paris :*

Accenture
Air Liquide*
Algoé**
ANRT
AtoFina
Caisse Nationale des Caisses
d'Épargne et de Prévoyance
CEA
Chambre de Commerce
et d'Industrie de Paris
CNRS
Cogema
Conseil Supérieur de l'Ordre
des Experts Comptables
Centre de Recherche en gestion
de l'École polytechnique
Danone
Deloitte & Touche
DiGITIP
École des mines de Paris
EDF & GDF
Entreprise et Personnel
Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme
France Télécom
FVA Management
Hermès
IDRH
IdVectoR
Lafarge
Lagardère
Mathématiques Appliquées
PSA Peugeot Citroën
Reims Management School
Renault
Saint-Gobain
SNCF
Socomine*
THALES
TotalFinaElf
Usinor

*pour le séminaire
Ressources Technologiques et Innovation

**pour le séminaire
Vie des Affaires

(liste au 1^{er} octobre 2001)

L'ENTREPRISE OUBLIÉE PAR LE DROIT

par

Jean-Philippe ROBÉ

Avocat aux barreaux de New York et de Paris

Séance du 1er juin 2001

Compte rendu rédigé par Lucien Claes

En bref

Le chef d'entreprise n'est pas seul maître à bord : le droit contraint nombre de ses activités. Et pourtant, étonnant paradoxe, l'entreprise n'existe pas, en tant que telle, dans le système juridique : ce sont ses activités et les contrats qui lui servent de support qui font l'objet de normes juridiques contraignantes. Or, le système concurrentiel stimulant l'innovation, l'entreprise adapte son organisation et invente sans cesse de nouveaux modes de fonctionnement, ce qui entraîne une inflation des normes juridiques et leur relative inefficacité. Cette activité normative n'a pas empêché l'entreprise de s'imposer progressivement comme un nouveau pouvoir entre l'individu et l'État. Moteur de l'économie, sa puissance croissante lui permet de prendre des décisions politiques auxquelles nul ne peut se soustraire. Sa dimension souvent internationale et son influence parfois mondiale lui confèrent un statut concurrent des États et cela hors de tout cadre officiel.

*L'Association des Amis de l'École de Paris du management organise des débats et en diffuse
des comptes rendus ; les idées restant de la seule responsabilité de leurs auteurs.
Elle peut également diffuser les commentaires que suscitent ces documents.*

EXPOSÉ de Jean-Philippe ROBÉ

L'entreprise est une des organisations fondamentales de la vie sociale. Cela est vrai du point de vue de la société dans son ensemble, puisque les décisions économiques d'investissement, de recherche, de licenciements, etc., qui font l'"économie" sont prises en son sein. Mais cela est vrai également du point de vue des individus, des salariés notamment, à qui elle donne une rémunération et un statut ; ou encore des consommateurs, à qui elle fournit des produits. Les chefs d'entreprise sont soumis à de très nombreuses normes juridiques complexes et contraignantes. Ils ont souvent l'impression, contrairement à ce que pourrait suggérer le titre de ce débat, qu'on ne les oublie pas beaucoup. Mais n'est-ce pas parce que l'entreprise, elle, a été oubliée par le droit ?

Le droit ne connaît pas l'entreprise

L'organisation que constitue l'entreprise n'a, en tant que telle, aucune existence en droit.

Le contrat de société

L'entreprise accède à la vie juridique au travers de multiples supports juridiques. L'un des plus importants est le contrat de *société* : c'est un accord entre des gens qui décident de fonder une entreprise et qui vont devenir des associés. Par ce contrat, ils créent une société qui a la personnalité morale : ils lui donnent un nom et une adresse, définissent son activité - son objet social -, et mettent des moyens de fonctionnement à sa disposition - son capital social. Mais cette personne morale n'est pas pour autant l'entreprise : elle n'est pas l'organisation humaine des personnes qui ensemble achètent, produisent et vendent, organisation qui n'existe pas juridiquement en tant que telle.

D'autres contrats

La société, ayant ce que l'on appelle la personnalité morale, peut passer des contrats, y compris avec d'autres participants à l'entreprise, à commencer par les salariés qu'elle intègre à l'entreprise grâce aux contrats de travail. Les autres fournisseurs des ressources utilisées par l'entreprise (le bailleur des locaux, le loueur du matériel, le prêteur de fonds, etc.) vont également conclure avec la société des contrats qui vont les intégrer, partiellement, dans l'entreprise.

Le consommateur lui-même peut se trouver happé, dans une certaine mesure, par l'organisation de l'entreprise. Évidemment, lorsque l'on va acheter son pain, on n'est pas intégré à la boulangerie ; mais quand on signe un contrat pour l'achat d'une voiture, par exemple, la conduite de la voiture ou son entretien conditionne la garantie ; arrivé chez le concessionnaire, le consommateur se retrouve dans la position d'un administré, etc. On pourrait donner de multiples exemples de contrats intégrateurs, normatifs, dans la panoplie des contrats inventés par les entreprises pour servir de supports juridiques à leur fonctionnement.

L'entreprise productrice de droit

Bien que juridiquement non existantes, les entreprises n'en constituent pas moins un des moteurs du système juridique. Les organisations qu'elles constituent produisent du droit : elles génèrent des contrats, elles créent des problèmes juridiques du fait de leurs actions. Elles suscitent ainsi une demande de droit à laquelle les gouvernements, les législateurs et les autres instances créatrices du droit positif¹ sont susceptibles de répondre : l'ensemble du droit "régulateur" - le droit du travail, le droit de l'environnement ou le droit de la consommation, par exemple, toutes ces normes extrêmement contraignantes qui s'imposent au chef

¹ Le droit positif est celui produit par les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'État.

d'entreprise - n'est d'une certaine manière qu'une réaction du système juridique positif à l'action des entreprises.

Face à cette complexité des supports juridiques de l'entreprise et de l'impact de son action, on ne peut s'en tenir à l'idée simpliste couramment répandue que la société commerciale personnifie l'entreprise, ses actionnaires étant les seuls participants légitimes aux instances de contrôle de sa direction. Les supports juridiques de l'entreprise sont très variés et vont bien au-delà de la seule société commerciale qui n'est que l'un d'entre eux. Beaucoup d'autres personnes interviennent, de fait, dans la vie de l'organisation, et y sont intégrées. Le champ de ceux qui sont affectés par son action, sans pour autant être nécessairement intégrés à son organisation, est encore plus large.

Le droit s'applique à ce qui existe en droit

Les conséquences de cet état de fait sont importantes au niveau de l'individu et du corps social dans son ensemble.

L'inflation normative

Le législateur, se trouvant face à des organisations qui n'existent pas, ne peut pas les réglementer en tant que telles. C'est donc le contrat de société, le contrat de franchise, le contrat de concession, le contrat de travail, etc., qu'il va réglementer ; ou encore, c'est l'usage de tel ou tel actif contrôlé par l'entreprise qui va faire l'objet de règles. Le législateur et le pouvoir exécutif sont ainsi conduits à produire de multiples types de droits différents, en réaction à l'action d'entreprises qu'ils ne saisissent pas dans leur ensemble. Cette situation est à l'origine de l'inflation des normes, puisqu'il faut sans cesse adapter la production normative à l'évolution des comportements des entreprises.

L'individu concerné

Les individus ne sont pas non plus à l'abri des conséquences de cette inexistence de l'entreprise : par exemple un salarié de Chausson peut légitimement croire qu'il est partiellement intégré à l'entreprise Peugeot et à l'entreprise Renault puisque la société avec qui il a passé son contrat de travail est contrôlée à 49 % par chacune de ces deux entreprises. Quand arrive un plan social, il constate amèrement qu'il n'a contracté ni avec Peugeot ni avec Renault, qui ont chacun des moyens, mais avec Chausson, qui n'en a pas² ! On voit bien qu'il y a là un décalage entre le support juridique et la réalité sociologique et économique.

Un lieu d'ordre économique

En tant que juriste, je suis aujourd'hui dans une situation paradoxale : si je veux vous parler de l'entreprise, comment puis-je donc le faire puisqu'elle n'a pas d'existence juridique ?

Un lieu d'ordre

Je vais l'aborder dans une perspective normative, en partant de l'idée qu'elle est un lieu d'ordonnement des choses et des gens.

Du fait de la multiplicité des contrats qui servent de support juridique à l'entreprise, l'organisation qu'elle constitue contrôle un ensemble de ressources, ce qui l'amène à décider d'investir ou de désinvestir, de recruter ou de licencier. L'ordonnement des choses s'articule avec celui des personnes : l'aménagement du temps de travail, la définition des rôles des individus dans l'organisation, les perspectives d'avenir qu'on peut leur offrir, etc., sont aussi une des productions de l'entreprise. Il me semble que cette activité normative de

² *La saga Chausson, ou la réinvention de la fermeture d'une usine*, Jean-Pierre Aubert, Bernard Masséra, École de Paris du management, avril 2001 (ref : VA060401).

l'organisation est suffisamment importante dans son fonctionnement pour constituer une manière a priori assez intéressante d'aborder l'entreprise.

Cette approche est dans la lignée des travaux des premiers institutionnalistes économistes qui, dans les années 1930, ont vu l'entreprise comme un lieu d'ordre économique, alors qu'à peu près à la même époque, tout un courant de juristes et de sociologues ont tenté de la voir comme un lieu d'ordre juridique.

Des réseaux de contrats

Les institutionnalistes actuels raisonnent, sur l'entreprise, beaucoup en termes de réseaux de contrats, ce qui est une bonne manière de procéder du strict point de vue du droit positif. Il ne faut pas perdre pour autant la vision d'ensemble de l'organisation que le droit positif n'arrive précisément pas à appréhender : s'en tenir au réseau de contrats reste insuffisant. C'est comme si on analysait la cathédrale de Chartres en regardant comment chaque pierre qui la compose est reliée aux autres. La conclusion serait que la cathédrale de Chartres est un tas de cailloux. De la même manière, on nous dit que l'entreprise est un "nœud de contrats". Certes, mais ce qui compte, c'est l'ordonnement de l'ensemble, la combinaison des composantes de l'entreprise, du tout dans une organisation qui les dépasse. L'entreprise a une activité créatrice qui va au-delà d'une simple mise en réseau de ressources, mais aussi pose des problèmes en tant que telle.

Les lieux de contrôle normatif

Contrairement aux conceptions classiques du social qui posent une dichotomie société/individu, il me semble qu'il faut constater que dans les faits tout un ensemble d'organisations encadrent de manière assez forte les individus. Je pense notamment à la famille, à l'école, à l'université, à l'armée, qui servent de lieu de contrôle normatif accompagnant l'individu au cours de son existence, et sont particulièrement contraignantes dans sa phase formative.

Évidemment c'est l'entreprise qui nous intéresse ici, mais il peut être révélateur de faire un détour par une de ces autres organisations normatives - je vais prendre la famille comme exemple - pour voir comment l'entreprise se rapproche de celles-ci, et aussi en quoi elle présente des différences. Et comment, peut-être, c'est notre conception générale du pouvoir qui est en train d'évoluer. L'évolution passée et future de l'entreprise comme lieu de pouvoir est liée à un mouvement plus profond dans notre société de contrôle accru de l'exercice de l'autorité.

Famille et entreprise

La famille - je pense principalement à la relation parents/enfants - est un groupe obligatoire - l'entreprise ne l'est pas -, qui crée ses lois. Le fait qu'étant mineur l'enfant appartienne à un système d'ordre obligatoire qui lui enseigne le respect de l'autorité, en l'occurrence l'autorité parentale, joue un rôle important dans la constitution du social. Au-delà, on constate un certain parallélisme entre l'évolution du droit de la famille et celle du droit de l'entreprise.

La durée d'appartenance

La durée d'appartenance obligatoire à l'ordre de la famille a diminué au cours de l'histoire. Il fut un temps où l'on ne pouvait décider de vivre sa vie librement, par exemple de se marier, que lorsque l'on avait atteint l'âge de 35 ans... De la même façon, le temps durant lequel un salarié est soumis à l'ordre normatif de l'entreprise se réduit progressivement, notamment par l'abaissement progressif de l'âge de la retraite et par la réduction du temps de travail.

La participation aux décisions

Auparavant c'était l'homme qui était seul maître à bord au niveau du couple. Aujourd'hui c'est l'"autorité parentale" qui est l'instance de prise des décisions dans la famille : le cercle de ceux qui participent à la prise de décision a donc été élargi. Dans l'entreprise il y a des tentatives dans ce sens. Notons cependant qu'elles sont moins nécessaires que dans la famille puisqu'en cas de désaccord avec les décisions prises, on peut toujours démissionner, ne plus fournir l'entreprise ou acheter ses produits. Pour l'enfant, il est beaucoup plus difficile de quitter ses parents.

L'arbitraire

Un autre parallèle peut être fait encore entre la famille et l'entreprise, à mon sens plus important, c'est le rôle de l'arbitraire. À l'origine, en droit romain, le *pater familias* avait droit de vie ou de mort sur ses enfants. Aujourd'hui un pouvoir s'exerce toujours dans la famille - comment s'en passer ? -, mais le juge est là pour contrôler que l'autorité parentale ne s'exerce que dans l'intérêt de l'enfant. Plus d'arbitraire possible.

Dans l'entreprise c'est un peu la même chose : alors que l'autonomie du chef d'entreprise était auparavant quasi totale, un critère de contrôle de ses décisions lui est désormais imposé par le système juridique positif : l'intérêt social. La question est de savoir si l'intérêt social rejoint celui de l'entreprise.

Un système structurant l'individu

On pourrait continuer ces parallèles avec l'école, l'université, l'armée - encore récemment obligatoire pour les jeunes hommes - qui, tout en laissant à l'individu une certaine autonomie et une certaine spécificité, organisent et structurent assez profondément sa vie.

Sachant qu'une grande partie des gens vont se trouver intégrés dans l'entreprise pour l'essentiel de leur existence professionnelle, après avoir passé un temps plus ou moins long dans ces structures disciplinaires d'apprentissage, certains auraient même tendance à penser que tout ce système d'apprentissage du respect de l'autorité et du système normatif prépare au respect du chef d'entreprise.

L'entreprise présente certes cette caractéristique de ne pas être un ordre obligatoire. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a pour conséquence qu'il est toujours loisible à l'individu de démissionner, mais il ne peut pas pour autant planter là l'ensemble de la société au sens large du terme, sauf à devenir marginal, et il devra bien accepter d'être intégré à des ordres normatifs, même s'il a une certaine liberté de choix des ordres auxquels il appartiendra. On a donc une structure sociale assez différente de la représentation classique de l'individu libre, autonome et régi par des lois universelles à la création desquelles il a été invité à participer en élisant les représentants politiques qui les ont édictées. Dans la réalité de sa vie, il est enchevêtré dans un système de normes dont l'essentiel est produit par des autorités privées sur lesquelles il n'a la plupart du temps que peu de prise.

Le refus des corps intermédiaires

Comment en est-on arrivé là ? Pour être exhaustif dans l'analyse de l'évolution des rapports entre pouvoir politique et entreprise, il faudrait faire partir l'analyse au XI^e siècle, de la révolution urbaine, point de départ d'un processus compliqué d'interactions entre politique et économie. Mais c'est surtout l'âge moderne, avec la Révolution française et le Code civil de 1804, qui est vraiment le moment fondateur de notre système juridique.

L'ensemble du système juridique est alors réorganisé conformément à une vision du social différente, en lutte notamment contre les corps intermédiaires perçus comme des obstacles à la liberté naturelle de l'individu. C'est le résultat de la philosophie des Lumières, révolution

copernicienne selon laquelle ce n'est pas l'autorité qui vient d'en haut et l'individu qui est fait pour l'autorité, mais au contraire l'individu qui est posé comme premier et source de l'autorité, unique, ultime : celle de l'État qui va faire respecter sur le territoire des lois universelles applicables à tous après leur adoption démocratique.

L'individu est posé comme détenteur de droits sacrés, notamment le droit de propriété. Partant de là, on constitue un champ d'activité privé, et un champ d'activité public. Concernant l'activité économique, qui se situe essentiellement dans le champ privé, les compétences de principe de l'individu vont s'exercer par l'usage de ses droits de propriété et par la liberté de contracter : les individus ont toute liberté de conclure des accords entre eux, avec exceptionnellement des interdictions venant de normes publiques, décidées par les institutions démocratiques, c'est-à-dire par les représentants des individus. On a donc une conception de la société très limpide et globale avec d'un côté l'individu, et de l'autre l'État ; aucun corps intermédiaire ne devait venir s'interposer entre eux.

Cette construction d'ensemble du social exclut donc du champ des possibles les organisations intermédiaires. Celles-ci sont rejetées parce qu'elles auraient des intérêts particuliers éventuellement opposés à l'intérêt général, alors que seuls doivent subsister dans le monde nouveau que l'on construit l'intérêt général d'un côté et l'intérêt individuel de l'autre.

Un texte fondamental dans ce cadre est la loi Le Chapelier, qui fait disparaître les corporations ; le Code civil, quant à lui, rend impossible la constitution de sociétés commerciales d'une certaine importance en ne prévoyant pas la possibilité de la constitution de sociétés par actions.

Le triomphe des corps intermédiaires

Mais tout ceci a volé en éclat suite à un double phénomène : l'industrialisation et le développement parallèle de la grande entreprise, en totale contradiction avec les principes précédents.

Initialement, seuls les individus étaient censés bénéficier de droits subjectifs, c'est-à-dire de l'autonomie absolue donnée par le droit de propriété et la liberté contractuelle. Or les entreprises, en concentrant des droits de propriété à une échelle nouvelle, ont réussi à s'approprier une subjectivité énorme et se sont mises à l'utiliser, avec, évidemment, des moyens radicalement différents de ceux accessibles à un simple individu. Elles ont progressivement constitué des organisations extrêmement puissantes, voire aujourd'hui globales et quasi autonomes car assises sur la propriété. Elles se sont ainsi octroyé une autonomie radicale qui ne leur était pas du tout destinée dans le système libéral originel dont elles étaient, au contraire, totalement exclues.

Le cataclysme de la société par actions

En fait, il s'est produit au XIX^e siècle un formidable cataclysme : l'essor de la société par actions. Dans le système juridique postrévolutionnaire, cette structure juridique était pourtant considérée comme l'abomination de la désolation.

Un concentré de contradictions

Dans le système juridique libéral originel, la société par actions était perçue comme un facteur de risque pour l'ordre social libéral du fait qu'elle donnait la possibilité d'accumuler des masses considérables de capitaux et donc de constituer de vastes organisations pouvant interposer leurs intérêts particuliers puissants entre l'intérêt général et l'intérêt individuel.

Elle véhiculait aussi avec elle le concept de responsabilité limitée des actionnaires qui était ressenti comme porteur de scandale. Dans le système libéral classique, l'individu est responsable de ce qu'il fait et doit en conséquence réparer l'entièreté des dommages causés aux tiers. De ce point de vue, l'idée de responsabilité limitée est une aberration : ce sont des

tiers qui supporteront les conséquences dommageables des actes des actionnaires ! Pour autant, la société par actions ne peut pas fonctionner sans responsabilité limitée pour la simple raison que si l'on veut que les actions constituant son capital soient des titres négociables - pour qu'elles puissent circuler - il faut que la responsabilité du porteur soit limitée à leur valeur.

Ainsi la société par actions, refusée par le système juridique libéral, ne figure pas dans le Code civil de 1804. En revanche, le principe de réalité va vite l'emporter : en 1807 le Code du commerce est adopté ; il est désormais possible de créer des sociétés par actions.

Des débuts contraignants

Mais à l'époque, la création d'une telle société devait être tout à fait exceptionnelle ; du reste elle exigeait deux à trois ans : le préfet devait mener une enquête sur chacun des actionnaires ; on vérifiait que le projet d'entreprise présentait bien un intérêt public - condition *sine qua non* - ; il fallait une autorisation par décret en Conseil d'État, les statuts devaient être cosignés par le ministre de l'Industrie. C'était démentiel. Malgré tout, quelques sociétés ont été constituées jusqu'en 1867, date à laquelle le droit des sociétés par actions a été libéralisé.

Le doigt dans l'engrenage

Les sociétés par actions de l'époque ont été constituées pour permettre la construction de canaux, de ponts ; ou encore la constitution de compagnies d'assurance, de banques. Quand les chemins de fer ont fait leur apparition, elles ont gagné le domaine industriel, ce qui a été rendu possible par le développement des réseaux d'échanges et par la révolution technologique du moment. Dans le même temps, une évolution similaire s'est produite dans d'autres pays comme l'Angleterre, où les sociétés par actions étaient interdites de façon quasi absolue depuis 1720, et aux États-Unis, où elles étaient mal vues, essentiellement pour des raisons morales. On est donc passé dans tous ces pays d'une opposition de principe à une libéralisation progressive, certes du fait des développements de l'industrie et des réseaux de transport, mais surtout du fait d'une concurrence internationale résultant des traités de libre échange conclus à cette époque.

Les effets de la concurrence

Par l'effet de ces traités, dès qu'un législateur national lâchait un peu la bride, les concurrents implantés dans d'autres États s'insurgeaient : “ *vous signez un traité de libre échange et du coup nous nous battons avec un bras attaché dans le dos parce que les autres ont la société par actions : ils peuvent réunir des capitaux ! comment pouvons-nous faire face dans ces conditions ?* ” Évidemment dès qu'un État libéralise un tant soit peu le droit des sociétés, ses voisins sont obligés de suivre. Dans le système fédéral américain, cette concurrence a donné lieu à ce que l'on a appelé la *Race to the bottom*. Mais un phénomène similaire a aussi existé en Europe à l'époque du libre échange.

C'est ainsi que s'est instaurée une dynamique qui, sur une période de soixante-dix ans, a progressivement balayé les protections et les appréhensions initiales vis-à-vis de la société par actions pour aboutir à une liberté quasi totale de constituer de telles sociétés.

Une réaction en chaîne

C'était un cataclysme pour le système juridique libéral parce que, sans changer pour autant les fondements individualistes du droit moderne, on a donné les moyens juridiques de l'émergence de très grandes organisations économiques à l'échelle de la planète, ce qui a été favorisé par le développement extraordinaire des instruments financiers et de la Bourse, et une relative dépersonnification de l'actionariat.

Les États sur la touche

Concrètement, nous en sommes arrivés à une situation où de très puissantes organisations sociales ont été constituées et bénéficient d'une grande autonomie vis-à-vis des institutions publiques. Plane toujours dans leurs relations avec les États la menace qu'elles aillent s'installer ailleurs sans en être trop affectées. Du coup les États, qui sont en concurrence entre eux pour la localisation des entreprises sur leurs territoires, où elles apportent travail et matière taxable, n'ont vis-à-vis d'elles qu'une très étroite marge de manœuvre. Cela aboutit aujourd'hui à un ordonnancement normatif du monde en total décalage avec nos théories modernes, axées sur la souveraineté de l'État, l'autonomie individuelle et la démocratie étatique, ce qui rend la situation très compliquée.

Progressivement s'est donc installée une société plurielle, avec des corps intermédiaires partout, pas seulement entre les individus et l'État, mais également entre l'individu et le système-monde, dans lequel les États sont des intervenants parcellaires avec une capacité d'action limitée.

Une nouvelle donne

Nos réflexions doivent maintenant se situer à l'échelle de la planète, face à un système réel de pouvoir radicalement différent du système officiel. Dans le champ économique, les décideurs les plus importants sont quasi-autonomes du système politique. Les grandes entreprises sont devenues des institutions publiques de fait, puisque, sans être nationalisées, elles prennent des décisions politiques. Toutes les grandes dichotomies qui permettaient de réfléchir le social - individu/collectif, privé/public, autonomie/hétéronomie, économie/politique - s'effondrent parce qu'elles n'ont plus de sens. Je n'ai pas de solution évidente à vous proposer, mais je sais que là doit se situer l'objet de nos pensées.

DÉBAT

L'intérêt social

Un intervenant : *Vous avez cité l'intérêt social comme critère obligatoire de décision pour le chef d'entreprise ? comment peut-on le définir ?*

Jean-Philippe Robé : L'intérêt commun est la finalité qui fédère toute action collective ; ce n'est qu'un point à l'horizon que chacun voit à sa façon, mais il permet de marcher ensemble. L'intérêt social est une déclinaison de l'intérêt commun.

Des bibliothèques entières débattent sur la question de savoir ce qu'est l'intérêt de l'entreprise : est-ce l'intérêt des actionnaires, de l'entreprise en elle-même, de la société, de l'ensemble des composantes de l'entreprise - mais où s'arrêtent-elles ? Les avis sont partagés. Malgré tout, l'intérêt social - celui de la société - est bien un critère obligatoire et un dirigeant qui prendrait des décisions contraires engagerait sa responsabilité personnelle et serait passible du tribunal. Derrière la société il y a des actionnaires qui ont désigné des dirigeants desquels ils exigent une certaine rentabilité des capitaux. De ce fait le chef d'entreprise est souvent devant des dilemmes quand il doit prendre, au nom de la rentabilité exigée par les actionnaires - de ce qu'ils considèrent être l'intérêt social -, des décisions - la mise en place d'un plan social par exemple - qui ne vont pas nécessairement dans le sens de l'intérêt de l'entreprise.

Pas de propriétaire

Int : *Dans votre excellent livre³ vous citez une sorte de hold-up des actionnaires sur les entreprises avec la complicité des avocats et des économistes...*

³ Jean-Philippe Robé, *L'entreprise et le droit*, Puf, collection Que sais-je ? n°3442.

J.-P. R. : J'y relate en effet un débat, maintenant un peu dépassé, sur le gouvernement des sociétés cotées. Par un tour de passe-passe, les actionnaires ont dit : “ *nous les actionnaires, nous sommes propriétaires de l'entreprise ; elle doit donc être gérée en fonction de nos seuls intérêts* ”. Ils ont évidemment tort : personne n'est propriétaire de l'entreprise puisque juridiquement elle n'existe pas, et voici pourquoi : le système juridique est fait d'un ensemble d'objets de droit - par exemple le mobilier de cette pièce - et de sujets de droit - les individus et les personnes morales -, ces derniers ayant des droits sur les objets de droit. Les actifs contrôlés par l'entreprise sont des objets de droit - ils sont la propriété des personnes morales qui servent de support à l'entreprise. Les sujets de droits sont les sociétés qui servent de support juridique à l'entreprise. L'entreprise, elle, n'est ni un objet de droit, ni un sujet de droit. Personne ne peut donc en être “propriétaire” et elle n'est elle-même propriétaire de rien.

Raisonnons par l'absurde : Madame Laurent achète une action de Carrefour et du coup se croit propriétaire du supermarché. Belle perspective ! Samedi prochain elle ira remplir son caddie et, puisqu'elle en sera propriétaire, elle ne passera pas à la caisse ! Pénalement, cela se qualifie : c'est du vol. Or on peut difficilement voler quelque chose dont on est propriétaire !

C'est de l'action dont Madame Laurent est propriétaire ; elle lui donne le droit de participer aux assemblées des actionnaires et des droits financiers, c'est-à-dire la perception de dividendes quand il y en a, et une part du boni en cas de liquidation. Un point c'est tout. Elle ne lui donne pas la propriété de l'entreprise, c'est-à-dire le droit d'en jouir et d'en disposer à sa guise.

La loi des parties

Int. : *Malgré des similitudes frappantes avec les Anglo-Saxons, on observe quand même une différence très importante : chez eux, le contrat est sacré, quel qu'il soit. Pourquoi a-t-on chez nous l'obsession de la loi comme étant au-dessus des contrats ? Peut-être parce que nous sommes des mystiques de la raison dont l'État serait le porte-parole.*

J.-P. R. : La loi des parties contractantes est aussi très importante dans notre système juridique, mais il est vrai que notre attente particulière dans la norme législative vient sans doute d'une conception pastorale du pouvoir qui nous a été enseignée dès notre plus jeune âge : les Français sont peut-être davantage troupeau à l'égard du pasteur législateur, alors que c'est moins le cas aux États-Unis dont le système est fédéral et se méfie plus du pouvoir de l'État.

Liberté et démocratie

Int. : *Vous m'avez rassuré à la fin de votre exposé en disant que vous n'aviez pas de solution, car j'avais auparavant l'impression que vous en aviez une : rajouter du droit au droit...*

La vraie question n'est-elle pas dans notre conception de la liberté et de la démocratie ? On a l'impression que les juristes sont devenus les théologiens et que la démocratie est présentée comme la sauvegarde de la liberté individuelle, mais elle n'est représentée en tant que telle que par des mots vides de sens, “État” par exemple. Par ailleurs, tout doit-il vraiment être régi par le droit ? Enfin, ne faudrait-il pas revenir à un entrepreneur individuel avec un statut juridique mieux adapté à celui qui a envie d'agir ?

J.-P. R. : Le système de normes repose sur un certain nombre de croyances et il y a encore aujourd'hui tout un décorum quasi religieux attaché au fonctionnement normatif. On est dans le domaine du magique. C'est la parole sacrée qui tombe des institutions, les avocats portent la robe, etc., et il est vrai que les juristes sont un peu les théologiens de l'ère moderne. Cela dit, je ne suis pas certain qu'une société sans droit serait tellement plus enviable ! Je suis même sûr du contraire. Est-ce la violence qui doit tout régir ? Je préfère que ce soit le droit.

Il faut revenir aux principes de base du libéralisme : l'individu est censé mériter un respect absolu. Qu'il vive dans des univers normatifs est parfaitement nécessaire, mais à condition qu'il ait des droits d'appel à l'égard des décisions le concernant et que ceux qui les prennent soient tenus de prendre en considération son intérêt et sa spécificité. Certes l'intérêt individuel doit parfois être sacrifié à celui du groupe, mais qu'au moins on puisse soumettre la

décision prise à un principe extérieur objectif, et non pas subjectif comme actuellement dans le secteur privé.

De ce point de vue-là, je défendrai quand même l'extension du droit en ce sens que tout pouvoir devrait être soumis à un système de normes : celui qui prend les décisions doit être en mesure de démontrer qu'il les a prises en fonction de l'intérêt collectif des gens sur lesquels ces décisions ont un impact : dans une entreprise ce sont les actionnaires, bien sûr, mais il y a aussi les salariés, les consommateurs, l'environnement naturel. Ceux qui sont affectés devraient pouvoir défendre leurs intérêts sans devoir faire appel à la production de normes étatiques qui polluent la vie de tout le monde et ne sont pas très efficaces.

Quand à l'amélioration du statut de l'entrepreneur individuel, je pense qu'elle est effectivement souhaitable parce que c'est en étant sans attache à une entreprise que l'individu est vraiment libre. Du reste, le contrat de travail, par lequel les individus, pourtant déclarés libres et égaux en droits, sont assujettis à l'autorité qui s'exerce dans l'entreprise, est une véritable aberration. Chez les Romains, d'ailleurs, le fait d'être salarié faisait perdre le statut de citoyen. Cela dit, il n'est pas réaliste d'imaginer un monde sans entreprises, sans pouvoir normatif des groupes, et de ceux qui les dirigent, sur les individus qui les composent.

Quelle solution ?

Int. : *Contrairement à ce qui vient d'être dit, j'ai été non pas soulagé mais déçu par l'absence de solution dans votre conclusion. Existe-t-il des travaux juridiques qui viseraient à combler ce vide ou des ouvrages qui pourraient servir de fondement pour une solution aux problèmes mentionnés ?*

J.-P. R. : Je recommande la lecture de Norberto Bobbio, né en 1909, juriste et philosophe, membre à vie du sénat italien. Il a beaucoup écrit sur le libéralisme et la démocratie. Il préconise de démocratiser la société, maintenant qu'on a démocratisé l'État. C'est certainement un élément de solution, car il n'y a pas de solution unique.

On constate une certaine tendance à centraliser les institutions publiques au plan international : je pense en particulier à l'intégration de l'Union européenne. Et on a maintenant une Organisation Mondiale du Commerce. Tout cela est encore embryonnaire, même si l'Union européenne avance finalement assez vite à l'échelle de l'histoire. C'est un bon début pour créer des normes à un niveau supérieur à celui des États, seul niveau où, pour certaines normes, il est possible d'agir. Au niveau inférieur, des États en concurrence sont face à une incapacité systémique de remplir leur rôle politique.

L'entreprise elle-même, en tant que corps intermédiaire, doit trouver le moyen de fonctionner avec des règles différentes. Des normes incitatives peuvent être créées mais il ne faut pas trop rêver : on ne réforme pas les organisations de l'extérieur. On ne peut agir que sur leur environnement ; les organisations se réforment alors elles-mêmes pour s'y adapter ou meurent. C'est tout un ensemble de petits changements dans l'environnement de l'entreprise qui peuvent faire évoluer le système actuel et c'est ce qui me fait dire qu'il n'y a pas de solution unique.

Je ne pense pas qu'il y ait des travaux de synthèse en cours sur ces questions-là. Ce ne sont sûrement pas les grandes entreprises qui en seraient les auteurs, la situation actuelle étant rêvée : elles existent concrètement sans avoir d'existence juridique ! Tous les avantages sans les inconvénients !

Int. : *Il y a quand même une conclusion en creux à votre exposé. Sans le dire, vous espérez qu'une définition juridique de l'entreprise la transforme en institution. Or il faut nécessairement un espace de jeu pour faire une entreprise, c'est-à-dire un dispositif qui vise à subvertir l'ordre établi, à contourner les institutions pour produire quelque chose qui est quelque part inconvenant, immoral, condamné par la politique : fabriquer de la richesse et de la puissance.*

J.-P. R. : Votre prémisse est fautive : je ne trouve pas scandaleux que l'entreprise n'existe pas en droit. La famille n'a pas non plus d'existence juridique et je ne crois pas qu'il soit besoin de lui en donner une. Cela dit, j'ai bien une théorie juridique de l'entreprise, qui s'inscrit dans la lignée du pluralisme juridique, et dont voici quelques éléments.

La société en général est faite d'une multiplicité d'ordres juridiques. L'État n'est pas le seul ordre juridique sur un espace donné, et l'entreprise en est un, en soi. À ce titre, elle n'a pas besoin de reconnaissance ; elle existe en tant que telle, en elle-même. Mais elle est un ordre juridique normatif aux frontières souvent mouvantes ; du coup, il est problématique de la définir, et impossible de lui donner un statut en droit positif, parce que cela figerait tout.

Pour autant, on peut développer un savoir intellectuel assis sur le fait que l'entreprise existe en tant qu'ordre juridique, ce qui a des conséquences considérables dans la vision de l'organisation du système juridique dans son ensemble, et notamment du système-monde, le seul objet d'analyse qui ait du sens aujourd'hui. Le système est pluraliste dans la mesure où le pouvoir qui s'y exerce est localisé dans une multitude d'organisations en relations à la fois de concurrence et de coopération. Toutes les instances de pouvoir qui se sont développées sur le substrat du droit subjectif de propriété existent de fait comme des ordres juridiques de pouvoir : elles produisent des normes obligatoires auxquelles on n'échappe pas. Si cette existence de fait n'est pas reconnue par le droit positif, c'est, à la limite, sans importance ; le problème est qu'elle ne soit pas reconnue par la doctrine, c'est-à-dire par ceux qui réfléchissent à la théorie du droit, et que les théories pluralistes soient peu travaillées voire ignorées aujourd'hui. Or je rappelle qu'il y a eu dans les années 1920 et 1930 tout un mouvement d'institutionnalistes pluralistes - en sociologie et en droit comme en économie. Il faut revenir à la lecture de ces gens-là. Ceux qui s'intéressent au social ont les moyens de comprendre et d'expliquer ce qui se passe, mais le scandale est qu'ils ne le font pas.

Pour ma part, je peux apporter une contribution dans la présentation de ce qu'est la structure juridique du monde actuel, parce que je travaille depuis vingt ans sur le sujet et je crois avoir développé des instruments qui donnent à penser ; ce travail théorique me confère, peut-être, une certaine légitimité sur l'analyse des faits. Mais concernant la suite, c'est-à-dire ce que doivent être les décisions et l'organisation du fonctionnement du monde, chacun peut avoir un point de vue et j'en ai un, mais je ne veux pas mélanger les genres.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas échapper aux systèmes normatifs. On ne peut que tendre vers une amélioration à la marge de leur fonctionnement, sinon on va vers une société duale, ce que je redoute. On aurait alors, d'une part, un petit groupe de décideurs auto-générés, prenant des décisions essentielles pour la vie de tous sans contrôles et tirant le meilleur du système mondial et, d'autre part, l'immense foule des sans pouvoirs, exclus des procédures de prise de décision et réduits à ne percevoir que les miettes des richesses produites dans un monde où les biens collectifs - notamment la sécurité, la santé, l'environnement naturel - vont se dégrader.

Définir l'entreprise ?

Int. : *L'entreprise, à un instant donné, est l'ensemble des gens qui ont peur de mourir ensemble. Voilà une définition que je vous propose et qui me semble efficace pour en faire un objet d'observation pragmatique. Prenons un exemple.*

Soit une entreprise comprenant, côté fabrication, des ateliers propres et des sous-traitants et, côté ventes, des agences et des concessionnaires exclusifs et non exclusifs. Imaginons diverses circonstances et observons leurs conséquences sur le contour de l'entreprise.

1) *L'État envisage d'interdire l'usage du produit fabriqué et vendu par cet ensemble : l'entreprise c'est tout le monde ; ils sont menacés de mort ensemble.*

2) *Un produit concurrent dangereux apparaît : le concessionnaire exclusif est menacé, il fait donc partie de l'entreprise ; quant au concessionnaire non exclusif, qu'il vende ce produit-là ou le produit concurrent n'est pas son problème : il ne fait pas partie de l'entreprise.*

3) *On va modifier le contour de la sous-traitance. Soit on va l'augmenter et fermer des ateliers à nous : les sous-traitants actuels non menacés ne voient pas où est le problème ; soit la diminuer et rapatrier du travail : les sous-traitants disent alors : " depuis le temps que nous travaillons ensemble, vous n'allez tout de même pas nous faire ça ".*

4) *On fait un plan social. Soit on annonce qu'il y a 15 % de personnel en trop et qu'il faut faire quelque chose : l'entreprise, c'est alors tout le personnel ; soit on ne dit rien du tout, et on fait une liste de 518 personnes à qui on propose un autre travail : les syndicats se*

désintéressent de ces personnes s'ils sont convaincus qu'elles vont partir, du coup elles ne font plus partie de l'entreprise.

Marks & Spencer est passé du premier au deuxième cas en quelques jours.

J.-P. R. : Je suis assez d'accord avec cette analyse, mais vous venez d'en donner la limite. On peut effectivement analyser l'entreprise non seulement comme un ordre juridique mais aussi comme un ordre politique, avec des participants très conscients de leur intérêt personnel, mais qui font des coalitions avec les autres participants pour promouvoir ce qu'ils perçoivent être leur intérêt commun. On entre alors dans un jeu politique un peu plus compliqué que ce que vous dites. En fait, ils ont tous peur de mourir ensemble, mais ils ne savent pas finalement qui mourra, ni comment !

Int. : *On ne peut pas confondre la communauté d'intérêt et l'entreprise. Il me semble néanmoins nécessaire d'essayer de définir l'entreprise, mais pas forcément de façon juridique, parce que le droit ne supporte pas l'imprécision. J'aime bien la définition selon laquelle l'entreprise est un dispositif qui vise à subvertir l'ordre établi pour fabriquer de la richesse et du pouvoir. Les frontières de l'entreprise sont précisément celles de la détention de richesse et de l'exercice du pouvoir, ce qui me fait dire que l'entreprise, c'est le groupe, définition qui permet de faire correspondre le nom de l'entreprise avec sa richesse et son pouvoir. Vous y ajoutez les concessionnaires et d'autres entités ; il est vrai que la frontière est difficile à établir de façon précise, mais on a tout de même intérêt à se livrer à cet exercice de définition pour réduire la zone d'incertitude. Reste un dernier élément qui est insaisissable dans l'entreprise : sa volonté de subversion, parce que l'entreprise c'est un grand mécanisme qui met la société en mouvement.*

J.-P. R. : Je vous suis totalement, mais il ne faut pas rêver à l'insertion d'une quelconque définition de l'entreprise dans le droit positif. Sous cette réserve, cette définition est simple : l'entreprise est un ordre juridique, un lieu où s'exerce un pouvoir - une activité normative -, et ses frontières correspondent à la limite de l'effectivité de son pouvoir.

Présentation de l'orateur :

Jean-Philippe Robé : docteur en sciences juridiques de l'Institut Universitaire Européen de Florence et *Master of Laws* de l'Université du Michigan. Il est avocat associé dans l'un des plus grands cabinets internationaux, spécialisé en fusions-acquisitions internationales. Il a récemment publié *L'entreprise et le droit*, Puf, collection *Que sais-je ?* n°3442.

Diffusion octobre 2001