

Études

La rubrique *Recherche et Justice* de ce numéro a été réalisée
sous la responsabilité de Pierre Grelley
(Mission de Recherche Droit et Justice, ministère de la Justice)

Jean-Philippe Robé *

Résumé

Le concept d'entreprise n'est habituellement pas considéré comme un concept juridique. Il est pourtant possible d'élaborer une théorie juridique de l'entreprise qui la considère comme un ordre juridique en soi. Même en l'absence de reconnaissance de son existence par les ordres juridiques positifs, l'entreprise fonctionne comme un ordre juridique, et ceci crée des contraintes à une action efficace des ordres juridiques positifs sur les entreprises, et plus généralement sur l'économie. Une telle approche s'avère particulièrement nécessaire s'agissant des entreprises multinationales du fait de l'autonomie qui est la leur. Elles remettent en cause, par l'optimisation subjective de leurs investissements, les équilibres entre les divers intérêts touchés par l'activité économique, trouvés jusqu'à présent dans le cadre national. Leur action appelle une réaction des ordres juridiques positifs (États et organisations internationales) qui ne sera appropriée que si elle prend en compte le très réel partage du pouvoir de régulation de la vie économique qui existe entre entreprises et ordres juridiques positifs.

Entreprise – État – Ordre juridique – Pouvoir – Régulation.

Summary

The Legal Nature of the Enterprise

The concept of enterprise is usually not considered as being a legal one. It is possible, however, to construct a legal theory of the enterprise which considers it as a legal order. Even though the enterprise is not recognized as a legal order by positive legal orders, it functions as a legal order in itself, and this sets constraints to the method which may be used by positive legal orders to effectively act on enterprises, and more generally speaking on the economy. Such an approach is particularly necessary with regards to multinational enterprises due to their autonomy. They are challenging, by the subjective optimization of their investments, the existing equilibriums between the various interests at stake in the economic

L'auteur

Docteur en sciences juridiques de l'Institut Universitaire Européen de Florence et Master of Laws (University of Michigan), il est avocat aux barreaux de Paris et de New York et présente ici un des résultats de ses recherches sur les problèmes juridiques posés par l'extension du champ d'action des entreprises sur les structures d'intégration économique pluri-étatiques, comme l'État fédéral américain, l'Union Européenne ou le GATT.

* Cabinet Bignon et Lebray,
4 rue Bayard, F-75008 Paris.

activity, which have so far been found on a national level. Their actions call for a reaction from positive legal orders (states and international organizations) which will not be appropriate if it does not take into account the very real division of power to regulate economic activity existing among enterprises and positive legal orders.

Enterprise - Legal order - Power - Regulation - State.

L'entreprise est-elle un concept juridique ? La question se pose car si l'on donne aux entreprises un nom unique, un sigle qui leur sert de drapeau, si l'on parle ainsi d'IBM, de Rhône-Poulenc, de Siemens, de Sony, comme s'il s'agissait d'*unités*, ces entreprises n'existent pas *en elles-mêmes* en droit *positif*¹. Certes, les juristes butent sur l'entreprise dans tous les domaines du droit des affaires, ou du droit économique, mais la notion, toujours employée, n'est pas définie, ou l'est pour les besoins de la cause, sans souci de cohérence avec les conceptions que s'en font les autres branches du droit. A. Supiot a ainsi justement noté que la notion d'entreprise est l'une des plus irritantes qui soit pour un juriste dans la mesure où elle est à la fois *insaisissable et incontournable*².

Il y a donc un immense décalage entre les représentations des acteurs de la vie sociale, qui perçoivent l'entreprise comme une unité, et celles des juristes, ici prisonniers du droit positif qu'ils ont appris, pratiquent ou enseignent et qui ne connaît pas l'entreprise *en soi* ; il ne la connaît que par l'image déformée que renvoie le miroir de chacune des branches du droit qui s'y trouve confrontée.

L'inexistence d'une conception juridique unique de l'entreprise n'empêche pas les entreprises de fonctionner et, *grosso modo*, celles-ci s'accommodent très bien du modeste sort que leur réservent les juristes. Ils leur inventent les moyens techniques de leur organisation et de leur évolution et, pour l'essentiel, cela leur suffit. Les inconvénients d'une absence de compréhension juridique de l'entreprise *en soi* sont ailleurs : dans son *environnement*, qui subit les conséquences de son action sans savoir comment agir sur elle. Il y a dans l'entreprise une unité organisationnelle et décisionnelle qui en fait un acteur puissant, particulièrement dans un monde où les frontières étatiques perdent de leur intensité. Ce sont, en effet, les entreprises qui décident du lieu où elles vont investir, dans quel secteur, où elles vont licencier, ou bien embaucher, le processus de production (plus ou moins polluant) qu'elles vont employer, et où, etc. La production économique, et ses conséquences, bonnes ou mauvaises, n'est en fait que le résultat de l'ensemble agrégé de leur décisions. C'est donc pour la protection de l'*environnement* qu'il

1. Voir, par exemple, C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *Recueil Dalloz, Chron.*, 1967, p. 217-218 ; P. DURAND, « Rapport sur la notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome 3, 1947, p. 54 ;

J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle », *Juris-Classeur Périodique*, éd. E, 1988, II, N° 15101, p. 61 ; G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p. 276-277.

2. A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, n° 38, 1985, p. 623.

est besoin d'une autre conception de l'entreprise³. Et nous posons que se trouvent dans l'environnement de l'entreprise tous les intérêts touchés par son action et qui peuvent ne pas être pris en compte (ou sont sacrifiés) dans sa gestion. Ainsi, s'y trouvent bien sûr l'environnement naturel, mais aussi les voisins, à certains égards les salariés et les consommateurs et autres co-contractants en position de faiblesse, parfois même les propriétaires des titres de capital, enfin les collectivités locales et même l'État — et ce en dépit de sa « souveraineté » affichée.

À la recherche d'une nouvelle manière de penser l'entreprise, nous allons tout d'abord montrer les faiblesses des analyses traditionnelles (I), avant de nous attacher à faire une analyse micro-juridique de l'entreprise pour expliciter son mode de structuration en droit positif (III). Préalablement à cette décomposition, nous aurons dû expliquer la différence fondamentale à faire entre le concept d'entreprise et celui de société (II). Dans une dernière partie, enfin, nous nous efforcerons de montrer comment l'entreprise *en soi* doit être comprise par les juristes (IV).

I. Les limites des analyses traditionnelles de l'entreprise

Dans la perspective la plus traditionnelle, l'entreprise, qui n'existe pas en soi, n'est perçue par le droit qu'au travers de la somme des contrats qui lui servent de support en droit positif. On peut ainsi ne voir, dans la conduite de chaque entreprise, qu'un jeu de contrats. Par exemple : les propriétaires des actions d'une société (qui est un contrat) — elle-même détentrice des actifs nécessaires à l'activité de l'entreprise (au titre de droits de propriété et de divers contrats) — désignent les dirigeants de la société qui vont conduire, au nom et pour le compte de cette société, une activité se traduisant juridiquement par la conclusion de contrats (embauche de salariés, achat/vente de produits, emprunts auprès des banques, etc.).

Selon cette première conception, l'entreprise-somme-de-contrats, n'est que le lieu de rencontres des volontés autonomes de parties poursuivant chacune leurs *intérêts propres*. Il n'y a rien au-delà : l'entreprise n'existe pas en tant que telle et, dans la conception libérale la plus originelle, quelles que soient les conséquences auxquelles le fonctionnement combiné de cet ensemble de contrats aboutit, seul doit s'exprimer le jeu des contrats librement consentis.

Il découle de cette analyse une conception despotique du gouvernement de l'entreprise : l'employeur commande les salariés au titre des contrats de travail ; le propriétaire (le même) décide de l'usage des biens (*ses* biens) utilisés par l'entreprise, donc de son activité, des investissements, etc. ; les sous-traitants de l'entreprise

3. Plus généralement, faire face à l'autonomie (l'autopoïèse) du droit et à celle de l'ensemble des sous-systèmes communicatifs sociaux (tels que les entreprises, par exemple) est tout le problème de la régulation moderne ; G. TEUBNER, « Social Order from Legislative Noise ? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation », in G. TEUBNER et A. FEBBRAJO (eds), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a New Perspective*, European Yearbook in the Sociology of Law, Milan, Giuffrè, 1992, p. 609.

doivent obéir aux moindres clauses des contrats qu'ils ont signés, quelle que soit leur dureté ; les consommateurs, ayant acheté librement les produits de l'entreprise, sont tenus par les clauses sibyllines de conditions générales de vente qu'ils n'ont pas eu le temps de lire, etc.

Certains auteurs, cependant, insatisfaits du triste sort fait à la dimension collective de l'entreprise et au lieu d'exercice d'un pouvoir qu'elle représente, ont développé une seconde conception. L'entreprise a été analysée, dans cette perspective *institutionnelle*⁴, comme une *organisation* réunissant dans une même *communauté* les détenteurs du capital, les salariés et les dirigeants⁵. Ces tentatives théoriques ont visé, au sens strict, à *civiliser* l'entreprise⁶, à y instaurer des formes plus démocratiques de gouvernement interne.

Indépendamment de cette tentative de civilisation du pouvoir des dirigeants vis-à-vis des composantes *internes* de l'entreprise, d'autres tentatives législatives ont été faites pour canaliser l'usage du pouvoir vis-à-vis de l'*extérieur* de l'entreprise. Ces tentatives n'ont pas été conceptualisées comme des tentatives de « civilisation » d'un *pouvoir* de l'*entreprise*. Elles ont résulté de la prise de conscience que des situations économiques injustes peuvent découler de la différence de pouvoir économique entre les parties aux contrats qui servent de support à l'activité économique. En conséquence, diverses branches du droit étatique ont été développées pour protéger les co-contractants faibles : travailleurs salariés, sous-traitants, consommateurs, distributeurs, etc. Ici, ce n'est pas le *processus décisionnel* de l'*entreprise* qui a été *directement* l'objet de l'action législative. Les normes introduites par le droit interventionniste n'ont pas été pensées comme des moyens d'agir sur le comportement de l'*entreprise*. Ce sont simplement certaines manifestations de l'abus de puissance économique que l'État a essayé d'empêcher, au coup par coup.

Dans un monde où l'économie est en voie de globalisation, ces tentatives sont des échecs relatifs. L'impact des normes étatiques visant à une prise en compte de certains intérêts sous-représentés dans le processus de prise de décision de l'entreprise est faible, qu'il s'agisse des *procédures* donnant certains droits à la représentation collective des salariés ou aux actionnaires minoritaires, ou des *normes protectrices* d'intérêts faiblement représentés dans l'entreprise (consommateurs, autres co-contractants en position de faiblesse, environnement naturel).

Notre hypothèse est que la seule solution pour répondre à ce défi, qui s'accroît avec la globalisation grandissante de l'économie, est de développer une conception nouvelle de l'entreprise. En effet, si la conception institutionnelle de l'entreprise (l'entreprise-communauté) constitue un progrès par rapport à l'analyse la plus traditionnelle (entreprise-somme-de-contrats), cette conception est

4. Sur l'analyse institutionnelle juridique, voir généralement G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931 ; G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940 ; M. HAURIUO, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », *Cahiers de la nouvelle journée* (Paris, Bloud & Gay), n° 4, 1925, p. 89 ; G. RENARD, *L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1963 (1^e éd. 1923) ; G. RENARD, « De l'institution à la conception analogique du droit », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1935, p. 81 ; G. RENARD, *La philosophie de l'institution*, Paris, Sirey, 1939 ; S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975 (2^e éd. 1946).

5. Sur l'entreprise, comme communauté, voir J. BRETHER DE LA GRESSAYE, « La corporation et l'État », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1938, p. 81 ; C. CHAMPAUD, « Prospective de l'entreprise », *Connaissance politique. L'entreprise* (Paris, Dalloz), n° 8, 1983, p. 18-20 ; P. DURAND, *supra*, note 1 ; A. SUPIOT, *supra*, note 2, p. 623.

6. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 68 et 132-133.

intrinsèquement limitée en ce qu'elle repose sur une vision réduite des intérêts mis en cause par l'activité de l'entreprise, et de la manière avec laquelle ils peuvent être conciliés.

(a) Même si on ne considère, tout d'abord, que les intérêts *internes* à l'entreprise, celle-ci ne constitue pas une institution dont l'intérêt propre serait une synthèse harmonieuse des divers intérêts des individus qui la composent. Si l'entreprise est bien, dans une certaine mesure, le lieu d'une *communauté* d'intérêts entre ses diverses parties prenantes (ne serait-ce que du fait de leur intérêt commun à la survie de l'entreprise), on ne peut résumer l'entreprise à cette communauté d'intérêts. Entre les différents co-contractants du *réseau* de contrats que constitue l'entreprise, il y a *aussi*, et parfois *surtout*, *conflit* d'intérêts⁷. Considérer que l'intérêt de l'entreprise est la synthèse des intérêts de ses parties prenantes, c'est légitimer une certaine forme de résolution des conflits d'intérêts entre les divers participants à l'entreprise, qui consiste à l'abandonner à l'autonomie de chaque entreprise.

(b) En outre, une multitude d'autres intérêts que ceux des *co-contractants* constituant l'entreprise sont touchés par la conduite des affaires de l'entreprise. L'entreprise met également en cause des intérêts qui lui sont « extérieurs » (ceux des voisins victimes de pollutions locales, des consommateurs, des contribuables, des collectivités publiques, de l'environnement naturel, etc.). Considérer que l'entreprise n'est rien d'autre qu'une *communauté* revient à décharger l'entreprise de la prise en compte de ces intérêts et à les sacrifier.

Aussi, la vision de l'entreprise comme le lieu d'une harmonisation d'intérêts *intermédiaires* entre les intérêts des divers individus directement concernés et l'intérêt général est-elle simplificatrice et trompeuse sur la réalité des conflits d'intérêts que son activité occasionne. Chaque entreprise réalise bien une *certaine forme* d'équilibre entre les divers intérêts qu'elle met en cause, en fonction des contraintes (notamment concurrentielles et normatives) posées par son environnement. Mais rien, dans le monde d'aujourd'hui, ne vient garantir que l'effet agrégé des choix des entreprises soit en conformité avec l'intérêt général. La position de l'entreprise dans l'ordonnement du système d'exercice du pouvoir économique est beaucoup plus complexe que les analyses juridiques traditionnelles, mais aussi institutionnelles, ne permettent de le concevoir. Les prérogatives énormes dont peuvent disposer certaines entreprises font que leur action ne se déroule pas simplement dans un cadre contractuel, où la défense par chacune des parties de ses intérêts suffirait à en assurer l'harmonie, et, du fait de la coordination de l'activité économique générale par l'ensemble des contrats qui sont conclus, à assurer l'harmonie de l'ensemble des intérêts présents dans la société. La globalisation de l'économie fait

7. J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527 ; voir aussi A. LYON-CAEN, *Recueil Dalloz*, 1978, p. 353.

que les efforts déployés par l'État pour forcer la prise en compte par l'entreprise de certains intérêts, intérieurs ou extérieurs, au travers du droit législatif ou réglementaire (par le développement de normes protectrices composant le droit du travail, le droit de la consommation, le droit de l'environnement, etc.) ont une certaine inefficacité, et que cette voie pour harmoniser les intérêts mis en jeu par la vie des entreprises se rétrécit.

Si un certain recul n'est pas pris par rapport à une doctrine juridique datant d'une autre époque, développée dans un contexte économique, politique et historique différent de celui d'aujourd'hui, les juristes seront inaptes à fournir les moyens de penser une société où l'économie est dominée par l'existence d'acteurs privés puissants, qui est en voie de *globalisation* et où il y a une perte de contrôle de la part des institutions traditionnellement perçues comme détentrices du pouvoir : les États. Une conception plus réaliste de *l'ordonnement juridique du pouvoir économique* est donc devenue nécessaire.

Le but du présent article est de présenter les fondements sur lesquels pourrait reposer une analyse juridique permettant d'appréhender la complexité de l'exercice du pouvoir économique et de son contrôle dans une société économique globalisée. Pour cela, il faut enfin concevoir l'entreprise comme « quelque chose » de radicalement autonome par rapport à son environnement, tel qu'on l'a défini, et donc, notamment, à ses salariés ou même à ses propriétaires, mais aussi — on va le voir — par rapport à l'État et à son droit.

Il convient tout d'abord de bien faire la différence entre le concept d'entreprise et celui de société.

II. Entreprise et société

Les termes de « société » et d'« entreprise » sont souvent pris pour synonymes⁸. Selon la conception que l'on va exposer, il est absolument impossible d'assimiler ces deux concepts. Au contraire, il est indispensable de bien les distinguer.

De ces deux concepts, il n'y a que celui de *société* qui existe en droit positif. La société (ou le groupe de sociétés pour les entreprises les plus vastes, notamment multinationales) sert, en quelque sorte, et en première approximation, de *support juridique* à l'entreprise. La personne juridique titulaire des droits qui permettent à l'entreprise de « fonctionner », de « vivre » (droits de propriété sur les actifs, droits découlant des contrats passés avec les fournisseurs ou avec les distributeurs ou clients), c'est, techniquement, la société.

Quant à l'*entreprise*, la conception dominante veut qu'il ne s'agisse que d'un concept *économique*, non d'un concept *juridique*⁹. Sans aller trop dans le détail des diverses conceptions éco-

8. Voir généralement B. GOLDMAN, « Unification internationale et harmonisation du droit dans le domaine des sociétés multinationales », in I UNIDROIT. *New Directions in International Trade Law*, New York, Oceana Publications, 1977, p. 197.

9. Voir *supra*, note 1.

nomiques, on peut considérer l'entreprise comme une organisation destinée à produire et/ou à vendre sur le marché des biens ou des services. L'entreprise n'est donc pas, *a priori*, une notion juridique.

La confusion entre les termes d'entreprise, de société, de groupe, etc. est constante, même chez les spécialistes du phénomène. Dans la perspective qui est la nôtre (*analyse des rapports entre institutions disposant de pouvoirs de décision économique*), la distinction est fondamentale : la *société* ne *prend en compte* par ses mécanismes internes que les intérêts des associés ; l'*entreprise met en jeu*, en plus, ceux des salariés, des fournisseurs, des consommateurs, de l'environnement (naturel), du public en général et, particulièrement dans le cadre international, de l'État. Si les juristes « réalistes » ont eu tendance à assimiler, un peu rapidement, société et entreprise, c'est parce qu'ils ont essayé d'importer un prétendu concept économique en espérant ainsi être dispensés de développer leur *propre* théorie de l'entreprise. Ils ont considéré l'entreprise comme un concept « économique », un objet d'étude à laisser aux économistes, s'interdisant, du fait de son inexistence en droit positif étatique, d'en faire une analyse *juridique*.

Mais ce qu'il y a d'extraordinaire, c'est que dans l'analyse économique dominante, l'analyse néo-classique, l'entreprise est, là aussi, singulièrement absente¹⁰ : à la vision classique de la société civile régulée par le contrat qu'ont les juristes correspond une vision classique des économistes voyant la société civile régulée par le marché. Le marché est traité comme seul allocateur des ressources, et l'entreprise n'a qu'une fonction de production ; elle est traitée comme une boîte noire¹¹. Ni l'analyse économique ni l'analyse juridique classiques ne permettent donc de penser l'entreprise. L'entreprise — si elle est le lieu de relations d'échanges — *n'est pas un échange de marché* et — si elle est construite sur des contrats — elle *n'est pas un contrat*.

Il y a pourtant une analyse économique particulière, *néo-institutionnelle*, qui a développé une méthode de décomposition de l'entreprise qui a un fort pouvoir explicatif sur la genèse et le développement de sa structure *juridique*. Cette approche peut être combinée avec l'analyse institutionnelle *juridique* qui a été bloquée jusqu'à présent par ses présupposés idéologiques et politiques¹². Cette combinaison, que nous allons tenter maintenant, permet d'aller au-delà de la vision qu'ont les juristes institutionnels de l'entreprise comme *communauté* pour y voir un lieu d'*ordre* et de *pouvoir*.

Au-delà, dépassant le cadre restreint de l'analyse de l'entreprise *en soi* pour nous intéresser à ses rapports avec les ordres juridiques positifs, nous verrons que l'entreprise est un lieu d'ordre et de pouvoir non seulement vis-à-vis de ceux qui y sont directement subordonnés, mais également vis-à-vis de son *environnement*,

10. J. FERICELLI et C. JOSSUA, « L'entreprise dans l'évolution de la pensée politique », *Connaissance politique*, n° 1, 1983, p. 38.

11. A. et G. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p. 612-614.

12. Voir généralement G. GOTTLIEB, « Relationism : Legal Theory for a Relational Society », *University of Chicago Law Review*, n° 50, 1983, p. 586 ; voir aussi D. LOSCHAK, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Droit social*, 1982, p. 26.

et que, dans sa mission d'ordonnement des intérêts qu'elle met en jeu, elle est en rapport de concurrence/coopération avec les institutions territoriales détentrices de pouvoir politique.

III. Décomposition

Les économistes classiques soucieux de micro-économie se sont concentrés sur l'entrepreneur, sans élaborer de théorie de l'entreprise. C'est Alfred Marshall qui est l'inventeur de la conception de l'entreprise comme *organisation*, en concevant l'entrepreneur comme celui qui *combine les facteurs de production* et l'entreprise comme le *lieu où s'effectue cette combinaison*¹³. Mais les origines et thèmes fondamentaux de la nouvelle théorie des organisations ont surtout été marqués par les visions pionnières de trois dissidents précoces de la théorie néo-classique de l'entreprise : Ronald Coase, Herbert Simon et Armen Alchian¹⁴. Pour Coase, en particulier, il est évident que le marché ne suffit pas à la coordination de l'ensemble de l'activité économique. Partout existent des structures de *commandement*, et la relation de commandement diffère fondamentalement de la relation d'échange telle qu'elle est conçue habituellement par les économistes¹⁵. Cette dernière, en effet, est conçue sur le modèle de l'échange « spot » de marché, alors que les relations d'échanges sous-tendant l'entreprise s'inscrivent dans la durée¹⁶.

Dans un article fondamental pour l'analyse économique institutionnelle de l'entreprise¹⁷, Ronald Coase note que dans « la théorie classique... l'utilisation des ressources dépend directement du mécanisme des prix... [Or,] dans le monde réel, on constate qu'il y a de nombreux domaines où ce n'est pas vrai. Lorsqu'un ouvrier va du service x au service y, il n'y va pas à cause d'un changement dans les prix relatifs, mais parce qu'on lui en donne l'ordre... À l'extérieur de l'entreprise, les mouvements de prix commandent la production, qui est coordonnée par une série de relations d'échange sur le marché. À l'intérieur de l'entreprise, ces transactions de marché sont éliminées et à la place de la structure compliquée du marché et des relations d'échange on substitue l'entrepreneur/coordonateur qui dirige la production »¹⁸. Coase en conclut qu'au cœur de l'entreprise se situe le contrat de travail.

En fait, nous le verrons dans un deuxième temps, pour disposer du pouvoir de coordonner l'activité de l'entreprise, l'entrepreneur a besoin de contrôler l'*ensemble* des facteurs de production nécessaires à l'entreprise. Pour se fournir travail, capital et matières premières — les trois facteurs de production qui sont contrôlés par d'autres que lui — il lui faut, par contrat, organiser le transfert de leur contrôle en échange de quelque chose d'autre : un salaire (contrat de travail), un prix (achat/vente), un intérêt (prêt), une participation aux bénéfices de l'entreprise (capital)¹⁹. L'entreprise,

13. J. FERICELLI et C. JOSSUA, *supra*, note 10, p. 46-48.

14. T. M. MOE, « The New Economics of Organization », *American Journal of Political Science*, n° 28, 1984, p. 742.

15. K. J. ARROW, *The Limits of Organization*, New York, WW Norton & Co., 1974, p. 25.

16. Voir généralement I. R. MACNEIL, « Relational Contracts : What We Do and Do Not Know », *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483.

17. R. COASE, *The Nature of the Firm*, *Economica* N.S., 1937, p. 387-388.

18. *Ibid.*, p. 388.

19. D. R. FISCHER, « The Corporate Governance Movement », *Vanderbilt Law Review*, n° 35, 1982, p. 1261.

pour exister, a donc besoin de multiples supports juridiques en droit *positif*. Mais il reste qu'au cœur du réseau de contrats qui sert de fondements à l'entreprise²⁰ se trouve le contrat de travail.

III.1. Le contrat de travail

L'entrepreneur poursuit un but d'entreprise. Si la tâche à accomplir est complexe, elle implique une division du travail. L'entrepreneur doit donc constituer une *organisation* de commandement par laquelle il pourra diriger l'activité humaine éparse devant mener à la réalisation du but d'entreprise²¹. Il va donc lui falloir passer des *contrats* d'un type particulier qui lui permettent la constitution de hiérarchies²². Ce qui est le fondement — dans le sens de *fondation* — de l'entreprise, c'est une relation de *subordination*, critère même du contrat de travail²³. C'est lui qui opère cette transformation magique d'une relation *contractuelle*, théoriquement *égalitaire*, en une relation *hiérarchique verticale*, inexorablement inégalitaire, où les parties ne sont plus des co-contractants égaux, mais des personnes en relation de *gouvernant/gouverné*²⁴.

Cette relation de subordination, qui semble contraire au principe d'égalité constituant un des fondements de la société libérale, est justifiée dans cette même société par deux autres de ses fondements : le principe de l'autonomie de la volonté (liberté contractuelle) et le droit de propriété²⁵.

(a) Dans une société fondée sur l'égalité des hommes, la naissance d'une relation de subordination d'un homme vis-à-vis d'un autre ne peut avoir qu'une base contractuelle. Réciproquement, parce qu'il dispose de la liberté de passer des contrats, parce qu'il est libre, l'individu peut aliéner sa liberté, dans certaines limites — dont la fixation par des règles d'application plus ou moins générale (âge, salaire minimum, conditions de travail, etc.) va ensuite être l'enjeu de luttes politiques.

Égaux en droit dans la sphère du « politique », les hommes peuvent donc, dans la sphère de l'« économique », être *subordonnés* les uns aux autres par le biais de contrats de travail qu'ils concluent librement, et qu'ils ont la liberté de rompre.

(b) La « justification » de l'identité de celui qui va obéir et de celui qui va commander dans la relation de subordination qui découle du contrat de travail repose sur le droit de propriété. Le droit de propriété impliquant le droit pour le propriétaire de déterminer à quelles conditions d'autres que lui vont pouvoir utiliser ses choses, le propriétaire des actifs utilisés par une entreprise peut déterminer à quelles conditions, comment et par qui, ces actifs seront utilisés. Du fait de leur contrôle différencié sur les droits de propriété, certains dirigent alors que d'autres obéissent.

20. E. F. FAMA et M. C. JENSEN, « Separation of Ownership and Control », *Journal of Law & Economics*, 1983, p. 302 ; D. R. FISCHER, *supra*, note 19, p. 1261.

21. E. F. FAMA, « Agency Problems and the Theory of the Firm », *Journal of Political Economy*, n° 88, 1980, p. 290.

22. Mot synonyme, pour les économistes, d'organisation ou d'entreprise : le critère de la distinction entre l'échange de marché et de « non-marché », c'est l'existence d'une relation hiérarchique. Voir généralement, O. E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies : Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975.

23. Cass. Civ. 6 juil. 1931, *D.P.*, 1931, I, 121, note Pic ; 22 juin 1932, 30 juin 1932 et 1er août 1932, *D.P.*, 1933, I, 45, note Pic.

24. G. RENARD, *La Théorie de l'institution*, p. 322. Voir généralement G. GURVITCH (1931), *supra*, note 4, p. 66 ; voir surtout, sur l'ensemble de cette question, A. SUPROT, *supra*, note 6, p. 109-124.

25. G. RIPERT, *supra*, note 1, p. 280. Voir aussi G. GURVITCH (1931), *supra*, note 4, p. 66-67 ; A. S. MILLER, *The Modern Corporate State : Private Governments and the American Constitution*, Greenwood Press, Conn., 1976, p. 41 ; Y. SAINT-JOURS, « L'entreprise et la démocratie », *Recueil Dalloz*, Chron., 1993, p. 12.

Le droit de propriété, défini en termes absolus (droit subjectif), permet donc la construction d'organisations fonctionnant en interne selon des principes éventuellement, et dans la plupart des cas totalement, contraires à ceux de la société libérale²⁶.

Ce fait a été reconnu et a donné naissance au droit du travail, premier droit protecteur des intérêts touchés, et éventuellement sacrifiés, par l'entreprise. Mais ce paradoxe du droit de propriété — qui est un droit subjectif, par définition non finalisé — se transformant en *pouvoir* — donc en une prérogative dont l'exercice doit faire l'objet d'un contrôle du respect de ses finalités²⁷ — se manifeste à l'égard de *tous* les intérêts qui subissent les conséquences des décisions des entreprises.

Le schéma institutionnel de base de la société libérale auto-régulée par les contrats individuels était équilibré dans le cadre d'une société rurale, de petits propriétaires, vivant et agissant sur un territoire restreint, se connaissant les uns les autres. Mais, dans le cadre d'une économie sociétaire globalisée, la pseudo-justification apportée par le droit subjectif à l'autonomie du pouvoir privé tombe. Les prérogatives conférées par le droit de propriété ajoutées au pouvoir donné par la conclusion de contrats de travail (du fait de l'existence du rapport de subordination) ont en effet eu un impact majeur sur l'ordonnancement social du fait d'une autre technique juridique : la société par actions. Elle a permis le passage d'une société rurale, où les grandes organisations sont marginales, à une société industrielle dominée par la grande entreprise, et où la question des rapports entre entreprise et environnement (et donc l'État) est devenue d'autant plus aiguë qu'on ne sait pas en faire l'analyse.

Examinons donc maintenant le deuxième axe emprunté aux analyses institutionnelles, tant économiques que juridiques, de l'entreprise. L'entrepreneur n'a pas seulement besoin de travail pour réaliser son but d'entreprise : il a aussi besoin de capital.

III.2. Le contrat de société

Le contrat de travail est au cœur de l'élaboration par l'entrepreneur de la structure hiérarchique de l'entreprise. La société, elle, n'est qu'un moyen de rassembler des capitaux sans qu'un type d'organisation particulière de l'entreprise ou d'exercice du pouvoir semble devoir découler de cette simple technique juridique. Il n'en reste pas moins que dans l'optique qui est la nôtre, et qui porte sur l'ordonnancement du pouvoir économique, les mécanismes du droit des sociétés ont une importance particulière pour deux raisons :

(a) ils ont permis la concentration du capital, et l'accumulation d'une puissance considérable aux mains d'entreprises privées et de ceux qui les contrôlent ;

26. Voir J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, n° 18, 1986, p. 15.

27. Voir généralement la thèse de E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Masson, 1985.

(b) ils permettent une autonomisation de la rationalité de l'entreprise par rapport aux objectifs des actionnaires tout en créant pour celle-là une contrainte de gestion du fait de ceux-ci²⁸.

L'utilisation d'un ou plusieurs contrats de société pour la structuration juridique de l'entreprise ne s'impose que lorsque ses besoins en capitaux dépassent les capacités financières du ou des entrepreneurs à l'origine de sa création. L'entrepreneur doit alors faire appel à des tiers pour qu'ils lui laissent la disposition d'une partie de leurs capitaux pour les besoins de l'entreprise qu'il dirige²⁹. L'entrepreneur, bien sûr, pourrait emprunter. Mais le prêt, en l'absence de garanties dont l'entrepreneur peut ne pas disposer, ne permet pas le financement des entreprises à risques. Au regard des analyses des économistes néo-institutionnels, la solution théorique au problème de l'entrepreneur est la suivante :

(a) Il convient tout d'abord d'isoler les actifs (droits de propriété et contrats) nécessaires à une entreprise donnée dans un patrimoine *séparé* de celui de l'entrepreneur, et de donner un droit aux pourvoyeurs de capital sur l'accroissement de ce patrimoine. Bien qu'incertain, cet accroissement peut être potentiellement suffisamment important pour justifier la prise de risque. La solution consiste donc à créer une *société*, ayant la *personnalité morale*³⁰, susceptible de disposer d'un *patrimoine* dans lequel seront apportés ces actifs, et dont le capital sera représenté par des titres *négociables*, donnant un certain droit sur le patrimoine de la société et sur ses décisions futures³¹.

Dans la perspective qui conçoit l'entreprise comme un ensemble de contrats, au titre desquels l'ensemble des facteurs de production nécessaires à son activité sont rassemblés, les preneurs de risques concluent donc un contrat d'un type particulier (le contrat de société) afin d'être titulaires de la différence incertaine, et éventuellement négative, entre les revenus et les coûts totaux sur une période de temps donnée.

(b) Il convient ensuite de réduire le risque couru par les investisseurs pour qu'ils ne soient pas rebutés par l'achat de titres de capital (actions). C'est pour cela que se sont produites trois évolutions très progressives dans le droit des sociétés par actions, au cours des XIX^e et XX^e siècles³², par rapport au droit traditionnel des personnes morales³³ : (i) l'apparition de lois autorisant la constitution de sociétés par actions pour tous objets sociaux non contraires à l'ordre public ou à une disposition impérative de la loi et organisant une structure de direction interne prévoyant les mécanismes de nomination, de contrôle et éventuellement de remplacement des dirigeants ; (ii) l'invention de la responsabilité limitée des apporteurs de capitaux ; et (iii) la possibilité pour l'investis-

28. A. AMIAUD, « L'évolution du droit des sociétés par actions », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle. Études offertes à G. Ripert*, tome 2, Paris, LGDJ, 1950, p. 292.

29. D. R. FISCHER, *supra*, note 19, p. 1261 ; G. RIPERT, *supra*, note 1, p. 17-18.

30. G. RIPERT, *supra*, note 1, p. 51-52.

31. J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967, p. 25.

32. Pour la France, voir A. AMIAUD, *supra*, note 28 ; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Paris, Sirey, 1962 ; P. DURANT, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950 ; C. E. FREEDEMAN, *Joint-Stock Enterprises in France 1807-1867 : from Privileged Company to Modern Corporation*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1979 ; J. PAILLUSSEAU, *supra*, note 31 ; G. RIPERT, *supra*, note 1 ; pour l'Angleterre, voir B. C. HUNT, *The Development of the Business Corporation in England, 1800-1867*, New York, Russell & Russell, 1969 (1st ed. 1936) ; pour les États-Unis, 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.

33. Sur l'ancien droit des sociétés en France, voir généralement H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Domat Montchrestien, 1938, p. 182.

seur de négocier librement sa participation sur le marché des valeurs mobilières³⁴.

Cette troisième évolution du droit des sociétés est d'une importance fondamentale, dans la mesure où elle a donné naissance au marché des valeurs mobilières dont l'existence joue un rôle essentiel dans la *relative* autonomisation de l'entreprise par rapport aux intérêts des actionnaires. Le marché des valeurs mobilières joue un rôle essentiel dans la réduction du coût du contrôle des dirigeants par les actionnaires³⁵. C'est lui qui assure la protection des actionnaires contre l'incurie des dirigeants, dans la mesure où il leur permet de mettre un terme à une participation malheureuse à une entreprise mal gérée en vendant leurs titres. La véritable protection de l'intérêt de l'actionnaire dans la société cotée moderne ne réside donc pas dans sa capacité à intervenir dans la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de la société mais dans la capacité à se faire entendre en « votant avec ses pieds » dont il dispose, à la différence des autres intérêts mis en cause par l'activité de l'entreprise pour qui le coût de la « sortie » est généralement plus élevé³⁶.

Au terme de l'évolution du droit des sociétés, relayé par le droit boursier dans sa mission de protection des intérêts des actionnaires, la société cotée n'est plus qu'un instrument purement technique de collecte du capital nécessaire à une entreprise pour pouvoir rassembler les autres facteurs de production qui lui sont nécessaires, la reliant au marché des valeurs mobilières, grand ordonnateur de l'action des dirigeants.

Avec le développement de cette nouvelle forme de propriété qu'est la valeur mobilière, un fossé s'est creusé entre les sociétés et leurs actionnaires. Les sociétés sont propriétaires du capital productif, les actifs *réels* ; les actionnaires sont propriétaires du capital social *fictif*, qu'ils peuvent vendre à volonté. Une société n'est plus une entité plurielle, un « nous », des gens fusionnés dans un *corps* ; c'est une entité fictive, vide de gens³⁷. Avec l'accroissement de la complexité de l'organisation qu'est l'entreprise, la figure de l'entrepreneur-individu, qui est au cœur des premières analyses économiques « réalistes » de l'économie, ne reste plus valable que pour les entreprises petites ou moyennes. Dans les grandes entreprises, 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 confiées à des professionnels qui, s'ils sont formellement sous le contrôle des organes de la, ou des, société(s) servant de support juridique à l'entreprise, sont souvent, en fait, autonomes et ne sont sanctionnés (quand ils le sont) que par les marchés des produits et services et des capitaux.

La société — le groupe de sociétés pour les grandes entreprises — qui sert de support juridique à l'entreprise, n'est donc pas le lieu

34. Voir généralement H. DEMSETZ, « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review*, n° 57(2), 1967 ; F. H. EASTERBROOK et D. R. FISCHER, « Limited Liability and the Corporation », *University of Chicago Law Review*, n° 52, 1985.

35. D. R. FISCHER, *supra*, note 19, p. 1262.

36. Ce qui mérite réellement protection, ce n'est donc pas tant la voix de l'actionnaire que sa capacité à céder ses actions à des conditions justes ; voir R. C. CLARK, « The Interdisciplinary Study of Legal Evolution », *Yale Law Review*, n° 90, 1981.

37. P. IRELAND, I. CRIGG-SPALL et D. KELLY, « The Conceptual Foundations of Modern Company Law », *Journal of Law & Society*, n° 14, 1987, p. 158-160.

concret d'un *gouvernement* de l'entreprise. Certes, c'est lors des conseils d'administration des sociétés-mères des grands groupes que se sanctionne une gestion désapprouvée par l'actionnariat de contrôle. Mais la structure légale de direction des sociétés du groupe est court-circuitée par un organigramme de gestion parallèle de l'*entreprise*, qui ne respecte les impératifs posés par le droit des sociétés que de manière purement formelle³⁸ pour échapper aux responsabilités qui découlent du manquement aux règles de droit (extension de la faillite, responsabilité pour faute de gestion, gestion de fait, etc.). Pour ce qui est des sociétés filiales, leurs dirigeants n'ont aucune autonomie, et lorsqu'ils « prennent » (formellement) des décisions, ils ne le font pas sur la base de l'intérêt de la société qu'ils « dirigent ». Les décisions leur sont imposées d'en haut, en fonction de ce que l'on peut penser être l'intérêt auto-défini de l'*entreprise*, dont la société qu'ils « dirigent » n'est qu'une composante³⁹.

Le droit des sociétés *donne donc le moyen de l'autonomisation de la rationalité de l'entreprise*, professionnalisée, par rapport aux rationalités extérieures, qu'elles soient celles des actionnaires, des salariés, voire même de l'État (ou des États, s'agissant des entreprises multinationales structurées en groupe de sociétés) où elle est implantée, vis-à-vis desquelles il y a *découplage*.

Cette évolution a des effets sociaux positifs, mais qui contiennent en eux-mêmes le germe de leur propre limite. Il est clair, tout d'abord, que l'autonomie de la rationalité des entreprises est le fondement même de l'efficacité économique de la société libérale. Toute « réforme » du droit économique se doit donc de protéger cette force du système libéral. Par ailleurs, l'ensemble des bénéficiaires de la séparation des fonctions et de la professionnalisation de la gestion des entreprises s'est grandement accru avec celles-ci⁴⁰.

Il y a pourtant un certain nombre d'intérêts qui sont sacrifiés dans ce schéma institutionnel : les co-contractants en position de faiblesse, et l'environnement naturel, notamment. Le législateur est donc intervenu, non pas en *commandant* aux entreprises, mais en créant des normes protectrices d'application obligatoire sur son territoire.

Cette intervention s'est d'abord faite au profit des salariés et des actionnaires. Puis, il a été tenu compte du fait que les actions de l'entreprise touchent non seulement les actionnaires et les salariés mais tous les co-contractants *internes* à l'entreprise. Le législateur en a donc tiré les conséquences : après avoir protégé les salariés par le droit du travail, puis les actionnaires par le développement du droit des sociétés et du droit boursier, il a pensé à protéger les autres co-contractants faibles (consommateurs, distributeurs, sous-traitants, etc.) par des normes spécifiques, donnant ainsi naissance à de nouvelles branches du droit.

38. Sur le *double langage* des dirigeants de filiales, voir G. TEUBNER, « The Many-Headed Hydra : Networks as Higher-Order Collective Actors », in *Corporate Control and Accountability. Changing Structures and the Dynamics of Regulation*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 49.

39. B. GOLDMAN, *supra*, note 8, p. 210. Voir aussi C. HAUSMANN, « Le dirigeant d'entreprise dans la structure de groupe », *Gazette du Palais*, 26-27 février 1992.

40. Voir R. C. CLARK, « The Four Stages of Capitalism : Reflections on Investment Management Treatises », *Harvard Law Review*, n° 94, 1981, p. 568.

Enfin, on s'est rendu compte de ce que des tiers non-contractants, ou même des choses⁴¹, sont également concernés par la gestion de l'entreprise, ce qui justifie d'autres types d'interventions normatives, au premier rang desquelles le développement du droit de l'environnement.

Mais cette méthode a des limites :

(a) les efforts pour faire participer les *ressortissants* de l'entreprise à sa gestion ont échoué et les procédures sociétaires de prise en compte de leurs intérêts sont court-circuitées par les procédures réelles de prise de décision au sein de l'entreprise ;

(b) l'ensemble des normes de protection, d'application territoriale, est mis à mal par la globalisation de l'économie.

C'est donc la méthodologie même du droit économique qui est à revoir. Pour que l'action de l'entreprise aille dans le sens du bien commun, il est nécessaire de créer les conditions normatives encadrant l'exercice de son pouvoir. L'autonomie de la rationalité de l'entreprise, combinée avec l'immensité du pouvoir privé découlant de la concentration du capital, impose, tout en rendant moins difficile idéologiquement (dans la mesure où elle ne constitue pas une atteinte au droit de propriété, mais une orientation, voire un contrôle, de l'usage d'un *pouvoir*), la création des conditions normatives pour que l'action des entreprises aille dans le sens du « bien commun ». Il n'est plus possible de faire l'économie d'une théorie *juridique* de l'entreprise qui, seule, permettra de comprendre la nature des rapports entre l'entreprise, son environnement (au sens large) et donc le droit positif.

IV. Recomposition

Qu'est-ce donc que l'entreprise *en soi*, au-delà de la multitude des contrats qui lui servent — pour ainsi dire — de support, et comment le droit peut-il l'appréhender ?

Les contrats qui servent de support à l'entreprise sont des rapports de droits et d'obligations qui s'insèrent dans un ensemble d'*actions* et de *communications* menant à leur *conclusion*, laquelle va entraîner d'autres actions et communications lors de leur *exécution*, de leur *renégociation* et de leur *résiliation*⁴². En un sens, par l'ensemble des communications qu'ils déterminent et qui sont déterminées par eux, les contrats « vivent », et c'est ce réseau des communications imbriquées autour des contrats qui est *l'entreprise*. Cet ensemble de communications ne peut se réduire à des clauses contractuelles : la mise sur le papier du fonctionnement combiné des contrats servant de supports à l'activité d'une entreprise donnée, même de taille modeste, demanderait plusieurs volumes, à réécrire constamment. La mise sur le papier du fonctionnement combiné de toutes les entreprises en interaction (c'est-à-

41. Voir notamment C. STONE, *Should Trees Have Standing ?* ; M. SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, François Bourin, 1990 ; L. FERRY, *Le nouvel ordre écologique*, Paris, Grasset, 1992.

42. Voir I. R. MACNEIL, *supra*, note 16.

dire en fait de *toutes* les entreprises⁴³), même exposé de façon statique, à un instant *t*, ne tiendrait pas dans la future Bibliothèque Nationale de France. Et pourtant, l'entreprise fonctionne. Et ce, sans qu'à aucun moment, nul n'ait connaissance de l'existence, et encore moins du contenu, des milliers de contrats qui lui servent de support.

Au-delà du fonctionnement imbriqué des contrats, on peut donc percevoir l'entreprise comme l'ensemble des relations interindividuelles (notamment de pouvoir) impliquées par les contrats qui lui servent de support en droit positif. L'entreprise peut alors être perçue comme *l'(auto-)organisation du pouvoir* exercé pour assurer son fonctionnement. Si l'entreprise ne peut exister que par le droit positif, sans lequel elle ne pourrait disposer des droits de propriété et passer les contrats qui lui servent de support, et qui lui donnent le pouvoir de mener son action, elle est *beaucoup plus* que ce qu'en dit le droit de chaque État.

Certains des contrats du réseau peuvent d'ailleurs disparaître : cela n'empêche pas l'entreprise de subsister. L'entreprise a une *autonomie* par rapport à son substrat contractuel. L'entreprise, envisagée comme l'ensemble des contrats qui permettent son fonctionnement, est en constante évolution. En un sens, et en grossissant un peu le trait, chaque jour, chaque entreprise est différente. Pourtant, dans l'esprit des gens, qu'ils soient « ressortissants » de l'entreprise, ou qu'ils lui soient extérieurs, l'entreprise a une relative stabilité. Les contrats qui constituent les entrailles de l'entreprise, ont une vie : ils naissent, ont une durée d'existence, et meurent ; l'entreprise, elle, demeure. C'est donc, nécessairement, qu'au-delà d'une constellation de contrats, l'entreprise constitue *autre chose* que la somme de ses parties juridiques en droit positif. On ne peut se contenter de dire qu'elle est une « réalité économique », car disant cela, on ne dit vraiment rien ; en tout cas, rien qui permette de l'appréhender conceptuellement et de définir les modalités de ses rapports avec le monde extérieur, y compris avec le ou les droits positifs dans lesquels elle évolue.

L'analyse *économique* néo-institutionnelle ne nous apporte guère d'assistance pour la découverte de ce qu'est l'entreprise en soi. Pour elle, l'entreprise est une « organisation », ce qui peut difficilement se traduire en concept juridique. On peut même se demander si l'analyse économique ne bute pas sur l'analyse *juridique* positive dont elle est prisonnière et qui ne lui prête elle-même aucune assistance, puisqu'elle rejette le concept d'entreprise dans la « science économique », alors que c'est peut-être la science du droit qui est la mieux outillée pour l'analyser.

Les juristes disposent, en effet, d'outils particulièrement adaptés pour caractériser la « vie collective » qui se dégage du réseau des contrats et des communications. L'entreprise représente, en effet, une espèce particulière d'*ordre* : non pas l'ordre absolu du cris-

43. I. R. MACNEIL, « Bureaucracy and Contracts of Adhesion », *Osgoode Hall Law Journal*, n° 22, 1984, p. 10.

44. H. ATLAN, *Entre le cristal et la fumée. Essai sur l'organisation du vivant*, Paris, Seuil, 1979, p. 5.

45. J. BRETHER DE LA GRESSAYE, « La corporation et l'État », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1938, p. 78 ; J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, Paris, CURAPP/PUF, 1984 ; W. M. EVAN, « Public and Private Legal Systems », in W.M EVAN (ed.), *Law and Sociology*, New York, The Free Press of Glencoe, 1962, p. 165-166 ; S. ROMANO, *supra*, note 4.

46. S. ROMANO, *supra*, note 4, p. 13.

47. *Ibid.*, p. 32, souligné par nous.

48. *Ibid.*, p. 146 ; G. GURVITCH (1931), *supra*, note 4, p. 67. Voir aussi G. LYON-CAEN, « La concentration du capital et le droit du travail », *Droit social*, n° 5, 1983, p. 302-303 ; A. SUPIOT, « Délégation, normalisation et droit du travail », *Droit social*, n° 5, 1984, p. 303. A. SUPIOT appelle d'ailleurs à la réouverture d'un débat de théorie juridique sur l'entreprise ; A. SUPIOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Droit social*, n° 3, 1989, p. 197 ; voir aussi A. SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Droit social*, n° 3, 1992.

49. S. ROMANO, *supra*, note 4, p. 147-148.

tal, mais pas non plus le désordre de la fumée⁴⁴, quelque chose d'intermédiaire, de vivant, celui d'un lieu où s'exerce un certain *pouvoir* sur les choses et les hommes. Cette image de l'ordre, empruntée à d'autres sciences que celle du droit, renvoie à celle développée par certains juristes institutionnalistes : celle de l'ordre *juridique*⁴⁵. Selon cette conception, l'entreprise, en tant qu'organisation humaine est, *en soi*, un ordre juridique.

Pour Santi Romano, par exemple, « le droit n'est pas, du moins n'est pas seulement, la norme posée, mais bien l'entité qui la pose »⁴⁶. Le droit n'est donc pas un phénomène particulièrement lié à l'État : « Toute force, quand elle est effectivement sociale et se trouve donc organisée, se mue par elle-même en droit. Si, comme il arrive, elle se heurte à une autre institution, on peut bien y voir une raison de lui dénier le caractère juridique ou de la considérer tout simplement comme antijuridique *pour cette institution*,... mais elle est au contraire un *ordre juridique* quand on la considère, non plus de ce point de vue, à partir de cette relation, mais *en soi*, en tant qu'elle maîtrise et régleme ses éléments propres »⁴⁷. »

Plus précisément, s'agissant de l'entreprise, pour lui « l'organisation d'un établissement industriel [est] capable... de former un ordre de droit objectif, attribuant à certaines personnes un pouvoir de commandement sur d'autres par là subordonnées aux premières. [Pourtant, elle] se résout, pour le droit civil de l'État, en un simple contrat entre égaux »⁴⁸. «... on est bien en présence de deux ordres juridiques, l'un interne et propre à l'entreprise, l'autre celui de l'État. Le premier n'est pas reconnu comme tel par le second, mais certains faits et certains rapports que le premier retient et régleme sont pris en considération par le second, qui le régleme donc à son tour, d'ailleurs de manière différente, en leur attribuant la seule figure compatible avec ses principes fondamentaux »⁴⁹. »

La conception de l'entreprise en tant qu'ordre juridique, si elle ne date donc pas d'aujourd'hui, a besoin d'un nouvel essor pour développer la question essentielle des *rappports* entre ordres juridiques. C'est, en effet, là que se trouve le moyen pour les ordres juridiques positifs de savoir comment appréhender l'entreprise.

La première analyse de l'entreprise en tant qu'ordre juridique, outre le fait qu'elle était partielle et partiale dans les intérêts qu'elle promouvait, a buté sur un cadre qui peut apparaître indépassable : celui de l'État. Il est clair que le système juridique de ce dernier ne reconnaît pas l'existence de l'entreprise en tant qu'ordre juridique, et la spéculation sociologique sur l'entreprise comme ordre juridique *en soi* ne semble pas présenter beaucoup d'intérêts pratiques du fait de son absence de reconnaissance en droit positif.

La reconnaissance de l'ordre juridique que constitue chaque entreprise semble d'ailleurs impossible pour des raisons politi-

ques : elle reviendrait à reconnaître l'existence de *pouvoirs privés*. Se poserait, alors, le problème de leur légitimité, compte tenu des idéaux qui constituent le fondement d'une société qui se veut libérale, et exposerait le système économique à de graves risques de perte d'efficacité en cas de démocratisation « par le haut » (étatisation) ou « par le bas » (démocratisation du processus de prise de décision de l'entreprise ⁵⁰).

Une telle reconnaissance imposerait de faire face au dilemme que posent efficacité économique et impératif démocratique, et de reconnaître que la société d'aujourd'hui sacrifie la démocratie et les idéaux libéraux à l'efficacité économique.

Ce triste constat ne s'impose pourtant que tant que l'on ne sait pas penser le contrôle du pouvoir sans détruire la nécessaire autonomie de son exercice. C'est pourtant possible.

Pour restaurer les idéaux du libéralisme, il n'y a aucune raison de nationaliser (ce qui aurait d'ailleurs des dehors de paradoxe...) ni de commander aux entreprises ; cette voie est de toute façon sans espoir dans une économie ouverte. Quant à une démocratisation « par le bas », ce serait un paradoxe que de tenter de *l'imposer* ; la seule chose qui puisse être faite *de l'extérieur* consiste à créer les moyens de son éventuel (auto-)développement, qui ne pourra provenir que d'actions internes aux entreprises ⁵¹.

Ce qu'il convient de mettre en place, à tous les niveaux, ce sont les *procédures* de contrôle de l'*usage* du pouvoir.

La faiblesse de l'État pour corriger les dysfonctionnements sociaux modernes provient essentiellement du manque de prise de conscience de l'existence de l'entreprise en tant qu'ordre juridique limitant de manière très concrète sa « souveraineté ». Ceci entraîne une absence de prise de conscience des innombrables implications de ce très réel *partage du pouvoir*, dans tous les domaines de la vie sociale, et des méthodes particulières d'action sur la société qu'il impose ⁵².

Au-delà, l'existence même du pouvoir de l'entreprise fait que l'État est en position de faiblesse pour remplir sa mission de promotion du bien commun. Du fait de l'imperfection de ses institutions, on ne peut que constater qu'il privilégie souvent, dans son activité normative, certains intérêts particuliers disposant, à un titre ou à un autre, du *pouvoir* de l'infléchir. On pense évidemment tout de suite aux entreprises elles-mêmes, qui disposent souvent, directement ou par l'intermédiaire de leurs syndicats professionnels, du moyen de manipuler l'État, incapable dès lors de remplir sa mission de défense de l'intérêt général.

C'est donc d'une science des rapports entre ordres juridiques et des méthodes de règlement des conflits entre les divers intérêts qu'ils représentent dont il est besoin pour faire face aux problèmes posés par la globalisation de la société.

50. Voir Y. SAINT-JOURS, *supra*, note 25.

51. Voir A. SUPIOT, « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, n° 6, 1987, particulièrement p. 187-190.

52. Sur le problème épistémologique posé par l'autonomie sociale vis-à-vis du droit, et la réponse qu'y apporte la théorie de l'autopoïèse, et notamment le concept de co-évolution des processus économiques et juridiques, voir généralement G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1993, particulièrement le § IV.

Le schéma institutionnel de base de la société libérale postule une harmonisation automatique des intérêts par le jeu autonome des acteurs de la société civile. Il a été développé en prenant pour modèle une société rurale, artisanale, faite de petites entreprises, dans lesquelles s'imbriquent des relations personnelles (familiales, de voisinage). Mais la société industrielle a créé une société régulée dans les faits d'une manière toute différente de celle imaginée par les théoriciens du contrat social (pour les politologues), du Code civil (pour les juristes), du marché (pour les économistes), ces trois champs étudiant, dans leurs domaines propres, une société libérale dont le fonctionnement réel n'entre pas dans le carcan de leur prémisses individualistes⁵³.

Face aux défis de la globalisation, la société libérale doit tirer les conséquences institutionnelles du développement de l'économie sociétaire et de la transmutation du droit de propriété en pouvoir. Il est clair que les contrôleurs des milliers de milliards de dollars que représentent les actifs des entreprises multinationales dans le monde⁵⁴, et de la quantité encore plus énorme d'actifs des entreprises purement nationales, disposent « d'une marge de décision individuelle particulièrement étendue qui (...) traduit à l'intérieur de la société des possibilités plus grandes d'influer sur la manière dont les autres dirigent leur vie et de commander en partie le destin des autres », ce qui est la définition du pouvoir telle qu'elle est donnée par Elias⁵⁵.

Or, dans le cadre d'une société libérale démocratique, le pouvoir, parce qu'il donne la capacité d'influer sur la vie d'autres que soi-même, doit être contrôlé dans son usage.

C'est donc le maintien d'une société libérale qui est en jeu : les États — démocratiques ou non — n'ont plus les moyens de leur mission : irrémédiablement liés à leur territoire, à leur motte de terre à l'échelle de la planète, ils sont dans un double jeu concurrentiel, entre eux et vis-à-vis des entreprises, dont ils ne se sortiront qu'en se coalisant. La difficulté à résoudre pour assurer une régulation démocratique de la société occidentale développée, c'est le fait qu'en tant qu'unité comptable de *certaines intérêts particuliers*, l'entreprise est un ordre qui entre en rapport de concurrence/coopération avec d'autres ordres, notamment les ordres *territoriaux*, comptables eux de la défense de *l'intérêt général* sur un territoire donné⁵⁶. Ce sont ces ordres qui se sont (parfois) érigés en défenseurs de l'individu face au pouvoir des groupes (quand ils n'étaient pas phagocytés de l'intérieur par les intérêts particuliers des groupes les empêchant de remplir leur mission théorique⁵⁷). Mais, irrémédiablement liée à un territoire, leur action est rendue encore plus difficile aujourd'hui par la globalisation du champ d'action des entreprises, qui leur permet de bénéficier des avantages de coûts d'environnements extrêmement divers, sans avoir à en supporter les inconvénients, mettant en cause les équilibres in-

53. P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Critique de l'idéologie économique*, Paris, Seuil, 1979, p. 15.

54. Près de 2 100 milliards de dollars selon le rapport 1994 de la CNUCED sur les « sociétés transnationales ». Autre manière de mesurer leur importance : les deux cents plus grandes entreprises mondiales totalisent un chiffre d'affaires qui représente 30 % environ du produit mondial brut et assurent environ la moitié du commerce mondial ; M. BEAUD, *Le système national mondial hiérarchisé*, Paris, AGALMA, La Découverte, 1987, p. 121.

55. N. ELIAS, *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991, p. 94.

56. L'idée de concurrence des ordres juridiques reçoit généralement l'anathème. Voir cependant J. CHEVALLIER, *supra*, note 45, p. 41-45.

57. Voir généralement A. DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper & Row, 1957.

ternes entre les divers intérêts en jeu existants dans chacun des systèmes nationaux concernés.

L'origine de ce défi posé au système de régulation éclaté en États « souverains » qui existe aujourd'hui à l'échelle du globe, et qui est le fruit d'une évolution concomitante à celle de l'économie sociétaire, réside dans le fait que l'entreprise elle-même, en interne, est le lieu de *conflits* d'intérêts. L'équilibre entre ceux-ci (par exemple sur le montant des salaires, ou sur le type de technologie de production à adopter – plus ou moins polluante –, ou sur les investissements à réaliser, etc.), réalisé par le mode d'organisation spécifique à *chaque* entreprise, dépend de l'*environnement* de l'entreprise, qui comprend *notamment* les normes des ordres positifs. Variant d'un État à un autre, ces dernières modifient le lieu des diverses activités profitables et de celles qui ne le sont pas, entraînant une mise en concurrence des États par les entreprises pour la fourniture de normes prétendument adaptées à leur position concurrentielle du fait des changements dans les rapports de force internes aux entreprises qui sont entraînés par la concurrence internationale.

La globalisation des échanges économiques vient donc créer un cataclysme environnemental de premier ordre : les États sont entraînés de manière croissante dans le jeu concurrentiel par les entreprises qui réclament un environnement normatif leur permettant de faire face à la concurrence⁵⁸. Ils sont alors confrontés à de graves difficultés pour remplir leur mission de défense de l'intérêt général, du fait de l'immensité du pouvoir de certains intérêts sectoriels.

Aucun ordre juridique, nécessairement global à ce stade, ne vient fournir les règles, et procédures de contrôle de leur respect, de concurrence/coopération entre les entreprises, entre les entreprises et les États, les États entre eux, impliqués qu'ils sont *tous* dans le jeu concurrentiel d'une économie en voie de globalisation⁵⁹.

La question des rapports État/entreprise, déjà complexe au plan interne, l'est encore plus au plan international, et c'est, précisément, du fait des difficultés posées par la globalisation que son étude est indispensable maintenant. Les problèmes posés par la globalisation de l'économie ne peuvent être traités que s'ils sont abordés dans le cadre d'une théorie juridique qui reconnaisse l'existence, à un niveau différent de celui des États, d'ordres juridiques déterritorialisés ayant une rationalité propre, qui n'entrent pas dans le cadre confortable d'une vision de la société régulée de manière souveraine par les États.

58. Voir D. JULIUS, *Global companies and public policy : the growing challenge of foreign direct investment*, Royal Institute of International Affairs, Pinter publishers, 1991, p. 94.

59. Il a cependant été décidé, à l'issue des négociations de l'Uruguay Round menées dans le cadre du GATT, que serait créée une Organisation Mondiale du Commerce. Sur le rôle limité qu'une telle organisation devrait remplir, voir J.-P. ROBÉ, *Trade and Justice*, Thèse de doctorat, Institut Universitaire Européen de Florence, 1992.