

Introduction

L'entreprise face au Marché total

Au cœur de l'été 2014, l'entreprise est devenue pour un temps l'objet de débats politiques enflammés. Le Premier ministre, M. Manuel Valls, ayant publiquement déclaré « J'aime l'entreprise ! » devant un parterre de patrons enthousiastes, cette déclaration d'amour a suscité dans le monde politique les éloges des uns et l'indignation des autres. Elle aurait révélé, à en croire les médias, la division du pays tout entier entre ceux qui aiment l'entreprise et ceux qui ne l'aiment pas. Une sorte de *remake* de la guerre des Gros-boutiens et des Petits-boutiens observée par Gulliver sur l'île de Lilliput. Il est à craindre que cette histoire d'amour ne détourne des vrais problèmes qui se posent aux entreprises dans le contexte de l'effacement des frontières du commerce et de la dégradation de la situation économique et sociale de la France. S'il y avait une leçon à tirer des rapports passionnels que l'État et les entreprises entretiennent ainsi dans notre pays, elle serait ailleurs. Non pas dans la division des Français, mais bien plutôt dans leur communion dans une même culture juridique. L'État en France est « l'ennemi commun mais aussi l'allié de tous »¹. Comme les médecins, les agriculteurs, les universitaires, les motards en colère ou les marins pêcheurs, bref comme tout ce que la France compte de corporations,

1. P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France*, Paris, Fayard, 1992, 2^e éd., p. 15

les dirigeants d'entreprises imputent toujours leurs difficultés d'abord à l'État plutôt qu'à eux-mêmes. Tous se tournent vers la République comme vers une « Big Mother » dont on dénonce l'envahissement tout en en réclamant l'aide². On n'imaginerait pas le dirigeant d'une grande entreprise allemande qui, perdant des parts de marché à l'exportation, en imputerait la responsabilité à la *Bundesrepublik* au lieu de commencer par s'interroger sur la sienne. Il est vrai que les patrons allemands sont le plus souvent sortis du rang et ont une culture industrielle qui fait défaut à leurs homologues français, sortis du moule des grandes écoles et habitués à passer du public au privé³. Le rapport d'amour et de haine, ce « je t'aime, moi non plus » qui lie la puissance publique et le monde de l'entreprise, s'enracine dans l'histoire longue des institutions et des caractéristiques propres du modèle français. D'où l'intérêt, pour comprendre les problèmes des entreprises, de ne pas seulement s'inquiéter d'économie, mais aussi de droit. Car s'il est évidemment puéril d'imputer à l'État toutes leurs difficultés, il serait absurde de nier les réalités de ces dernières. Le problème est de ne pas se tromper de diagnostic en se contentant de formules expéditives empruntées à des réflexes culturels ou à une vulgate économique dont l'implosion financière de 2008 ou les malfaçons de l'euro ont montré l'aveuglement. C'est à l'établissement d'un tel diagnostic de la situation des entreprises qu'ont œuvré ensemble les auteurs de cet ouvrage.

Mot issu de la substantivation du verbe « entreprendre », l'entreprise continue de désigner dans son sens premier une *action*, consistant à mettre certains moyens en œuvre pour atteindre un objectif, qu'il soit militaire, amoureux, politique ou économique. C'est sous son sens économique que l'entreprise a été consacrée par la Charte européenne des droits fondamentaux, dont l'article 16 affirme la

2. M. Schneider, *Big Mother : Psychopathologie de la vie politique*, Paris, Odile Jacob, 2005

3. Cf. H. Joly (dir.), *Formation des élites en France et en Allemagne*, CIRAC, 2005, 228 p.; J. Massol, T. Vallée et Thomas Koch, « Les élites économiques sont-elles encore si différentes en France et en Allemagne ? », *Regards sur l'économie allemande*, 2010, 97, p. 5-14.

« liberté d'entreprise », liberté complémentaire du « droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée » consacrée par l'article 15. Liberté d'entreprendre et liberté du travail se présentent ainsi comme les deux dimensions d'une même liberté de l'agir économique. Dans les deux cas, cette action inscrit celui qui l'exerce dans le jeu d'échanges qui peuvent porter soit sur son activité elle-même (cas du travail subordonné), soit sur les produits de cette activité (cas du travail indépendant et de l'entreprise).

Les liens étroits unissant ainsi liberté d'entreprendre et liberté du travail ont été affirmés dès 1791 par le Décret d'Allarde, en même temps que leur commune soumission à des règles d'ordre public : « À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». Cette terminologie demeurait l'héritière du droit romain, où l'équivalent approximatif de l'entreprise était le *negotium*, c'est-à-dire l'activité (le *business*) par opposition à l'*otium* : le repos et le loisir. Une formulation plus moderne a été donnée par le Conseil d'État, qui compte au nombre des libertés publiques « le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale »⁴. Comme en droit européen, cette liberté se décline sous deux formes différentes, selon que l'activité est exercée ou non à titre indépendant. Mais il s'agit des deux faces d'une même médaille car la division du travail confère nécessairement à ce dernier une dimension collective, dont toute entreprise est tributaire. Il n'y a pas plus de travailleur sans entreprise que d'entreprise sans travailleur.

Du point de vue juridique, l'entreprise se présente donc comme la mise en œuvre d'une *liberté d'agir*. Ceci permet de comprendre

4. CE 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*. Ce principe de liberté professionnelle s'est vu reconnaître ensuite une valeur constitutionnelle (CC Déc. n° 83-156-DC du 28 mai 1983 *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*).

pourquoi elle se déploie aussi bien en droit des personnes qu'en droit des contrats ou en droit des biens. Ce sont toujours des personnes qui entreprennent. Elles le font soit en leur propre nom et avec leur seul patrimoine, soit en *contractant* avec d'autres pour donner naissance à une ou plusieurs *personnes* morales, qui vont unir leurs capitaux pour opérer sur les marchés, c'est-à-dire s'y lier par divers contrats à d'autres opérateurs économiques. C'est seulement si cette entreprise s'avère profitable qu'elle fera aussi figure de *bien fructifère*. Ces différentes dimensions – institutionnelle, contractuelle et patrimoniale – sont également constitutives de l'entreprise et on ne saurait réduire cette dernière à l'une d'elles sans porter atteinte à la liberté d'entreprendre.

Ainsi définie, l'entreprise peut recouvrir les montages juridiques les plus divers par leur taille, par leurs objectifs, par leur structure et par leur degré de rattachement à un ou plusieurs ordres juridiques nationaux. Elle ne peut pas plus être identifiée à la petite ou moyenne entreprise (PME) qu'à la multinationale ou à l'entreprise individuelle, car il y a là autant de manifestations possibles d'une même liberté de mobiliser des ressources matérielles et humaines en vue de la réalisation de produits ou de services qui peuvent eux-mêmes être extrêmement divers. C'est aussi la raison pour laquelle l'entreprise n'est pas nécessairement mue par un but lucratif. La liberté d'agir qui la caractérise peut aussi bien servir à mettre en œuvre l'intérêt général ou à organiser des solidarités civiles qu'à réaliser des profits. Les entreprises publiques ont ainsi largement contribué au lendemain de la guerre à la reconstruction économique du pays, sous l'égide d'un État stratège, qui trouvait en elles des moyens d'action dont ne disposait pas l'Administration. De même, les entreprises à but non lucratif du secteur sanitaire et social, organisées sous forme d'associations ou de mutuelles, ont permis l'organisation de solidarités complémentaires de celles instituées par la sécurité sociale, qui ne relèvent ni de la sphère publique ni de la sphère marchande. Cette dimension de la liberté d'entreprendre a été considérablement réduite par le droit européen, qui a imposé une dichotomie État/Marché ne laissant aucune place structurelle aux entreprises à but

non lucratif. Tout au plus les entreprises publiques peuvent-elles bénéficier de certaines dérogations au droit de la concurrence, au titre des services d'intérêt économique général⁵. Aussi le Parlement européen a-t-il récemment recommandé que « la diversité des entreprises (soit) clairement ancrée dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », et proposé d'y inclure les mutualités⁶.

Comme le travail des hommes qu'elle emploie, et à la différence du travail des machines, l'entreprise est la mise en œuvre d'une idée, de la représentation d'un produit à réaliser ou d'un service à rendre. La réalisation éventuelle d'un profit dépend toujours du succès de cette mise en œuvre. Qu'elle soit ou non en *compétition* avec d'autres, une entreprise doit, pour réaliser ce produit ou rendre ce service, créer en son sein les conditions d'une *coopération* entre les travailleurs qui opèrent pour elle. La manière de concevoir et d'organiser cette coopération diffère selon les cultures nationales et ces différences se donnent à voir en droit comparé du travail. On sait que le modèle allemand de la codétermination (*Mitbestimmung*) est celui qui accorde la place la plus grande aux travailleurs, dont les représentants participent, aux côtés de ceux des actionnaires, au contrôle et à la surveillance des dirigeants de l'entreprise. Dans la tradition de *Common Law* au contraire, l'entreprise est considérée comme l'objet d'un pouvoir des actionnaires (les *shareholders*) et les salariés comme des fournisseurs parmi d'autres, sans droit particulier sur sa direction et son organisation. Cette différence culturelle se donne à voir dans les différentes versions linguistiques de la Charte européenne des droits fondamentaux, la notion anglaise de « *Freedom to conduct a business* » différant sensiblement des notions continentales de « *liberté d'entreprise* » ou de « *Unternehmerische Freiheit* ». À grands traits, on oppose ainsi souvent d'une part un modèle « rhénan » ou « continental », selon lequel l'entreprise est d'abord un *sujet* économique, poursuivant ses intérêts

5. Article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et protocole n° 26, CJCE 24 juil. 2003, affaire C-280-00 (*Altmark*). La mise en œuvre de ces dispositions a fait l'objet de « paquets » normatifs (« Monti-Kroes » en 2005 ; « Almunia » en 2013).

6. Résolution du Parlement européen du 14 mars 2013 contenant des recommandations à la Commission sur le statut de la mutualité européenne (P7_TA[2013]0094).

propres, qui ne se confondent ni avec ceux des salariés ni avec ceux des actionnaires ; et d'autre part un modèle « anglo-américain » selon lequel l'entreprise est d'abord et avant tout un *objet* économique, relevant du seul pouvoir des actionnaires.

Dans les années 1990, ce dernier modèle a été radicalisé et universalisé par la doctrine de la *Corporate governance*, qui a promu – conformément à la théorie économique dite de l'agence – l'assujettissement de la direction des entreprises au pouvoir des actionnaires. Cette doctrine n'a aucune base juridique valide, puisque les actionnaires ne sont propriétaires que de leurs actions et pas de la société commerciale. Mais elle n'en a pas moins inspiré la plupart des réformes intervenues en droit de l'entreprise depuis 20 ans, au point que certains juristes ont vu dans la généralisation de ce modèle « la fin de l'histoire » des sociétés commerciales⁷. Le pouvoir s'est ainsi déplacé des mandataires sociaux ou des dirigeants salariés vers les actionnaires. Une conception financière de l'entreprise s'est imposée, consistant à y voir un bien plutôt qu'une institution. Pour assurer la liquidité de ce bien, les règles qui assuraient la stabilité de l'organisation des entreprises et la pérennité de leur action ont été remplacées par d'autres, qui visent au contraire à faciliter ce que la Commission européenne appelle « la recomposition permanente du tissu productif »⁸. Cet impératif de liquidité incite les entreprises à « flexibiliser » l'emploi et à traiter ainsi leur personnel comme une variable d'ajustement alors qu'il constitue l'essentiel de leur richesse et détermine leur capacité stratégique à entreprendre. La normalisation comptable a suivi le mouvement, en faisant du cours de bourse le critère de la juste valeur (*fair value*) de l'entreprise. La France n'a pas été en reste dans ce mouvement d'alignement, qui a été promu aussi bien par des gouvernements de gauche que de droite. La pérennité d'une entreprise dépend pourtant de sa capacité d'inscrire son action dans le long terme et de mobiliser des communautés de travail autour

7. H. Hansmann et R. Kraakman, « The End Of History For Corporate Law », *Georgetown Law Journal*, 2001, 89, 439.

8. Commission européenne, *Restructurations et emploi – Anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi : le rôle de l'Union européenne* [COM/2005/0120 final].

d'objectifs communs qui donnent sens à l'œuvre de chacun. C'est notamment parce qu'elle n'a pas renoncé à son modèle d'entreprise, et que son industrie demeure largement entre les mains d'un capitalisme échappant à l'emprise des marchés financiers, que l'Allemagne reste compétitive sur les marchés internationaux.

Une fois métamorphosée en objet spéculatif, une entreprise ne peut plus être le cadre stable d'une coopération efficace. Elle diffuse au contraire en son sein la logique de concurrence généralisée dont elle est devenue l'un des jouets, ce qui mine les collectivités de travail et plonge ses salariés dans un climat de révolution permanente. La réification de l'entreprise la situe en effet non plus dans l'action, mais dans la réaction aux signaux boursiers, dont l'unité de temps est la microseconde. Comme l'indique explicitement la substitution du terme de *gouvernance* à celui de *gouvernement*, le travail de ses dirigeants relève alors du même imaginaire cybernétique que celui qui pèse sur leurs salariés, avec les mêmes effets de déconnection du monde réel⁹. Au même titre que la liberté du travail, la capacité d'entreprendre paraît aujourd'hui menacée par la gouvernance par les nombres, qui tend à asservir l'entreprise à la réalisation d'objectifs chiffrés déconnectés des réalités sociales et économiques.

Ce processus est attisé par ce qu'on appelle la « globalisation ». Ce terme entretient la confusion entre deux types de phénomènes bien différents. D'une part des phénomènes structurels, tels l'abolition des distances physiques dans la circulation des signes entre les hommes, qui a rendu possible le travail en réseaux à l'échelle du globe et donné le jour à l'exploitation industrielle de données numérisées. Et d'autre part la libre circulation des capitaux et des marchandises, phénomène conjoncturel, qui procède de choix politiques réversibles (démantèlement des frontières commerciales) et va de pair avec la surexploitation temporaire de ressources physiques non renouvelables (prix artificiellement bas des transports). C'est la conjugaison de ces deux phénomènes qui a émancipé les grandes entreprises de la tutelle des États et leur a permis de recourir aux

9. Je me permets de renvoyer sur ce point à : *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2014.

délocalisations et au *law shopping* fiscal, social et environnemental. Cette montée en puissance juridique des entreprises transnationales s'accompagne de l'asservissement des entreprises de taille plus petites qui leur sont soumises dans le cadre des réseaux qu'elles tissent à l'échelle du globe.

Le revers de cette émancipation des entreprises transnationales est de les précipiter dans une sorte de vide institutionnel et de les exposer à de nouveaux risques, qu'elles tentent de conjurer en invoquant leur capacité d'autorégulation ou leur « responsabilité sociale ». Elles cherchent ainsi à s'affirmer en ordres juridiques indépendants, régis par leurs propres « constitutions ». Une telle affirmation ne peut cependant ignorer la pression impériale exercée sur elles par les États les plus puissants sur le territoire desquels elles opèrent (aujourd'hui les États-Unis, demain les continents « émergents »). En donnant une portée extraterritoriale à certaines dispositions de leur droit interne, ces États impériaux obligent les entreprises transnationales à se mettre en conformité (*compliance*) avec ces règles, sous peine de lourdes sanctions financières.

Le présent ouvrage présente une analyse juridique originale des transformations qui affectent ainsi les entreprises et de leurs conséquences sur la liberté d'entreprendre et le statut du travail. Il est organisé en quatre parties. La première retrace les cadres conceptuels du droit de l'entreprise, du point de vue de l'histoire du droit des sociétés, de la théorie économique, des théories du management et de la théorie du droit. La seconde est consacrée à l'impact de la globalisation sur le droit de l'entreprise, tel qu'il se donne à voir en matière d'emploi, de fiscalité, de comptabilité, d'arbitrage ou de droit international. La troisième partie traite des transformations du pouvoir et de la responsabilité dans l'entreprise sous l'influence de la doctrine de la *Corporate governance* ou des *compliance programs*. Enfin la quatrième partie analyse la contribution des entreprises à l'intérêt général, au travers de leurs déclarations de « responsabilité sociétale », de l'action des autorités de régulation ou de l'expérience des entreprises publiques et du secteur social et solidaire.

Alain Supiot