

Les entreprises multinationales, vecteurs d'un nouveau constitutionnalisme

Jean-Philippe ROBÉ
Avocat aux barreaux de Paris et de New York
École de Droit de Sciences Po

Résumé : Depuis quelques décennies, le système-monde de pouvoir global est bouleversé dans son fonctionnement. Il n'arrive plus à faire face à la montée des externalités négatives générées par les échanges économiques qui se traduisent par une dégradation de l'environnement naturel, des crises financières et un marasme économique. L'une des nombreuses causes de ce bouleversement provient de l'insertion, dans ce système de pouvoir, des plus grandes entreprises qui organisent le commerce international des biens, des services et des investissements. Elles jouent un rôle politique totalement ignoré dans la division du pouvoir de régulation hérité du Système de Westphalie (le Système des États). Face à un Système des États dépassé, c'est une conception nouvelle du pluralisme juridique qui s'impose, visant à imposer aux entreprises le respect d'une supra-légalité du type de celle que les États doivent respecter *via* le droit constitutionnel.

Mots-clés : globalisation, pluralisme juridique, multinationales, entreprises, Système des États, théorie de l'agence, analytique du pouvoir, constitutionnalisation

I. — UN PROBLÈME CONCRET ?

Le thème abordé dans ce chapitre peut sembler éloigné des problèmes de droit positif abordés par la plupart des autres contributeurs à cet ouvrage collectif. Il est pourtant au cœur de la mutation majeure de notre temps qu'est le phénomène de la globalisation. Nous sommes face à l'émergence,

depuis quelques décennies, d'un nouveau système de pouvoir. Ce système de pouvoir est composé d'une multitude d'autorités, les mieux identifiées étant, bien sûr, les États et les organisations internationales de droit public qu'ils ont constitués. Mais ce système de pouvoir comprend aussi ces organisations très singulières que sont les entreprises multinationales.

La tâche qui s'impose à nous est de comprendre la constitution de ce système de pouvoir dans les deux sens du terme. Tout d'abord, comment ce système de pouvoir que personne n'a voulu, imaginé, institutionnalisé positivement s'est-il *constitué* ? Comment et pourquoi est-il apparu ? Quels ont été les moteurs de sa sociogenèse ? Ensuite, quelle est la *constitution* de ce système de pouvoir ? Comment les diverses formes d'autorités qui œuvrent en son sein fonctionnent-elles, œuvrent-elles ensemble ou les unes contre les autres et selon quelles règles ?

De nombreux penseurs du droit s'intéressent à la question de la « constitutionnalisation ».¹ On peut citer Gunther Teubner dont la réflexion est plus générale encore puisqu'elle porte sur l'ensemble des « constitutions civiles » de la société.² Pour l'Angleterre, on pense à Gavin Anderson,³ Hugh

1 S'agissant de l'auteur de ces quelques lignes, on renverra à "Multinational Enterprises : The constitution of a Pluralistic Legal Order", in *Global Law without a State*, p. 45-77, G. Teubner, ed., Dartmouth (1997) ; "Enterprises and the Constitution of the World Economy", in *2 International Corporate Law* 45-64, Fiona Macmillan, ed., Hart Publishing (2003) ; « Conflicting Sovereignities in the World Wide Web of Contracts – Property Rights and the Globalization of the Power System », in *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner*, Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch and Peer Zumbasen (eds.), Berlin, De Gruyter Recht (2009), p. 691-703 ; *Les États, les entreprises et le droit – Repenser le système-monde*, Le Débat, n° 161, p. 74-87 (2010) ; « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoirs », in Baudoin Roger, éd. *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, p. 273-344, Éditions Lethielleux/Collège des Bernardins, Paris (2012).

2 Voir, par ex., Gunther Teubner, *Societal Constitutionalism : Alternatives to State-Centered Constitutional Theory*, in « Transnational Governance and Constitutionalism » (Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (Eds)), Oxford, Hart Publishing, p. 3-28 (2004) ; « The Corporate Codes of Multinationals : Company Constitutions Beyond Corporate Governance and Co-Determination », in Rainer Nickel (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond : Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Hart, Oxford (2009) ; « Fragmented Foundations : Societal Constitutionalism Beyond the Nation State », in Petra Dobner & Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutional Law*, p. 327-341 (2010) ; *Societal Constitutionalism and the Politics of the Common*, 21 Finnish Yearbook of International Law 2 (2010) ; « A Constitutional Moment ? The Logics of « Hit the Bottom » », in Paul Kjaer & Gunther Teubner (eds), *After the Catastrophe : Economy, Law and Politics in Times of Crisis* (2010) ; « Self-Constituting TNCs ? On the Linkage of « Private » and « Public » Corporate Codes of Conduct », in Graf-Peter Calliess

Collins,⁴ Neil Walker.⁵ En Allemagne à Galf-Peter Callies et Peer Zumbansen.⁶ Aux Pays-Bas à Poul F. Kjaern,⁷ et Hans Lindahl.⁸ Aux États-Unis, c'est Larry Cata Baker⁹ et Ruth Buchanan,¹⁰ qui viennent à l'esprit. En Suisse, c'est Marc Amstutz.¹¹ La liste n'est évidemment pas exhaustive. Elle ne vise qu'à montrer que la réflexion sur la « constitutionnalisation » n'est pas l'apanage de penseurs cantonnés à un système juridique en particulier. Et ce thème inspire tout autant des juristes s'inscrivant dans la tradition civiliste que des juristes du *common law*.

En France, un programme de recherche du Collège de Bernardins est consacré à ce thème ; il débouchera sur une conférence internationale en 2014 qui rassemblera nombre des auteurs travaillant sur cette question.

-
- (eds), *Governing Transnational Corporations – Public and Private Perspectives*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18 (2) (2011).
- 3 « Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism », 17 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 31 (2004). (1517) ; *Constitutional Rights after Globalization*, Hart Publishing (2005).
 - 4 « The Constitutionalisation of Private Law as a Path to Social Justice » in Hans Micklitz (éd.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Londres, 2011, p. 133-166.
 - 5 Voir, par ex., Neil Walker, « The Idea of Constitutional pluralisme », 65 *Modern Law Review* 317 (2002) ; « Taking Constitutionalism Beyond the State », 56 *Political Studies* 519 (2008).
 - 6 *Rough Consensus and Running Code : A Theory of Transnational Private Law*, Oxford (2010).
 - 7 « The Metamorphosis of the Functional Synthesis : A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space », in *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 489-534.
 - 8 « A-Legality : Postnationalism and the Question of Legal Boundaries », in *Modern Law Review* n° 73, 2010, pp. 30-56.
 - 9 Voir, par ex., Larry Cata Backer, « Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking : Wal-Mart as Global Legislator », 39 (4) *University of Connecticut Law Review* (2007) ; « Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation », 14 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 499 (2007-2008) ; « Polycentric Governance in the Transnational Sphere : Private Governance, Soft Law, and the Construction of Public-Private Regulatory Networks for States and Transnational Corporations », 17 (1) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 101-166 (2011).
 - 10 « Reconceptualizing Law and Politics in the Transnational Constitutional and Legal Pluralist Approaches », in *Socio-Legal Review* n° 5, 2008, p. 21-39.
 - 11 Marc Amstutz *et al.*, « Civil Society Constitutionalism : The Power of Contract Law », in *Indiana Journal of Global Legal Studies* n° 14, 2007, p. 235-258.
- [p.337-361] Jean-Philippe ROBÉ *Arch. phil. droit* 56 (2013)

II. — L'ENTREPRISE

En ce qui nous concerne, une analyse *anti-disciplinaire* de l'entreprise se situe au cœur de cette réflexion. Elle est *anti-disciplinaire* – et non *inter-disciplinaire* ou *pluridisciplinaire* car les disciplines classiques qui s'intéressent au sujet ont abouti à cette aberration qu'il n'existe pas actuellement de théorie cohérente reconnue de l'entreprise.

En science politique, l'entreprise n'est pas un objet d'étude ; il ne viendrait à l'idée d'aucun de ses spécialistes qu'elle se situe au cœur du politique.¹² Pour eux c'est, bien évidemment, un sujet d'étude qui relève d'abord et avant tout de la sphère privée et non publique, de l'économie et non du politique. Des dysfonctionnements perçus dans le fonctionnement des entreprises peuvent déboucher sur des problèmes politiques ; mais l'entreprise en soi n'est pas perçue comme l'une des composantes du système de pouvoir, du système politique en tant que tel.

Pour les économistes, ce n'est – et c'est un comble – guère mieux. L'entreprise est – au pire – une boîte noire à laquelle on affecte une fonction de production (analyse néoclassique) ; au mieux, c'est un réseau de contrats, ou un ensemble de droit de propriété, etc. Il existe de multiples analyses,¹³ mais aucune ne fait l'unanimité ; et elles butent toutes sur un problème commun : une confusion généralisée entre les concepts de *société* (ou *corporation*) et d'*entreprise* (ou *firm*).

Quant aux juristes, ils ont, pour l'essentiel, abandonné depuis longtemps l'idée de développer une théorie de l'entreprise. Ils ne sont jamais allés au-delà de la théorie institutionnelle et de la « doctrine de l'entreprise » qui ont des limites intrinsèques dans leur perception de l'entreprise comme une *communauté*, un « collectif » animé par la poursuite d'un intérêt commun.¹⁴ Cette doctrine paternaliste peut éventuellement trouver quelques liens avec la réalité s'agissant de certaines petites et moyennes entreprises, ce qui n'est finalement pas si mal. Mais quand il s'agit de s'attaquer à des questions telles que celles posées par les entreprises multinationales, voire globales, et leur rôle dans le fonctionnement du système de pouvoir mondial, dans la perte relative du pouvoir de l'État, dans la remise en cause *de fait* (et peut-être

12 Il y a de rares exceptions. Voir not. March, « The Business Firm as a Political Coalition », 24 *J. Pol.* 662 (1962) ou encore M. G. Smith, *Corporations and Society – The Social Anthropology of Collective Action*, Aldine Transaction (2007, 1st pub. 1974).

13 Voir, récemment, Olivier Weinstein, « Les théories de la firme », *Idées économiques et sociales*, (4), 6-15 (2012).

14 Pour plus de détails, voir Jean-Philippe Robé, « L'au-delà de la doctrine de l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril, p. 23-31 (2013).

même *en droit*) de la souveraineté étatique économique, ces analyses bucoliques et gentillettes ne sont d'aucune utilité.

À défaut d'une « théorie » de l'entreprise, dont finalement tout le monde se moque puisque nous faisons face à des problèmes bien concrets et non « théoriques », ce que nous proposons, c'est une analytique de l'entreprise,¹⁵ et, plus généralement, une analytique du pouvoir. Il y a une dimension foucauldienne dans une telle approche qui pourrait en faire fuir plus d'un. Pourtant, au lieu de nous arrêter à ce que le droit positif nous dit du droit, de ce qu'il fait et de sa manière singulière de structurer le réel, nous voudrions nous attacher à ce qu'il fait vraiment, à son fonctionnement réel et à la place réelle de l'entreprise dans le système de pouvoir, aujourd'hui global.

Nous savons tous que l'entreprise n'a (pratiquement) aucune existence en droit positif. Bien sûr, de nombreux textes législatifs ou réglementaires, de nombreuses décisions judiciaires, utilisent le mot « entreprise ». Mais c'est un mot caméléon qui change de sens en fonction du contexte. Le droit positif ne peut ignorer l'existence *de fait* de l'entreprise ; mais il n'arrive pas à la faire entrer dans ses concepts *de droit*.

Pourtant des organisations, que l'on peut désigner comme « Microsoft », « Sony » ou « Toyota » existent bel et bien car elles ont une effectivité. Les décisions prises en leur sein et qui sont imputées à telle ou telle personne morale, à tel ou tel « mandataire social » sont le produit de l'organisation elle-même qui fonctionne en tant qu'organisation bien au-delà des principes de base posés par ses supports juridiques en droit positif. Mais aucune de ces entreprises n'a d'existence en tant que telle, n'est une personne morale en droit positif. Ce qui existe, ce sont les diverses sociétés commerciales détentrices de droits de propriété et ayant conclu des contrats (de travail, de fourniture, de distribution, de sous-traitance, de location, de prestations de services, etc.) qui permettent à ces entreprises de « fonctionner » dans le système juridique. Mais même le groupe de société qui sert de support sociétaire à l'entreprise n'existe pas en droit dans son unité.

III. — L'ENTREPRISE MULTINATIONALE

Ce problème posé par l'inexistence juridique de l'entreprise n'est pas nouveau ni spécifique à l'entreprise multinationale. Très tôt, des auteurs se

15 Voir notamment Jean-Philippe Robé, *The Legal Structure of the Firm*, Accounting, Economics, and Law : Vol. 1 : Iss. 1, Article 5, disponible à l'adresse suivante : <http://www.bepress.com/acl/vol1/iss1/5> (2011).

[p.337-361]

Jean-Philippe ROBÉ

Arch. phil. droit 56 (2013)

sont penchés sur le sujet pour conclure que l'entreprise n'entre pas dans les catégories juridiques classiques.

Dès 1939, par exemple, Jean Brethe de la Gressaye analyse l'entreprise dans la continuité de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. Il analyse l'entreprise comme une institution étant « le siège d'un système de droit, qui lui est propre en ce sens qu'elle l'élabore elle-même et qu'elle l'adapte à ses besoins, à son but. » Il affirme qu'« il y a un *Droit constitutionnel* de l'institution, déterminant les modes de désignation, les fonctions et les pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire des organes. »¹⁶

En 1947, Paul Durand pousse l'analyse et rapporte que les rédacteurs des Codes napoléoniens imaginèrent que les rapports juridiques nés de la vie économique seraient aménagés sur la base du droit commun.¹⁷ Ils ne soupçonnaient pas (et comment auraient-ils pu le faire ?) l'émergence à venir de l'entreprise. Mais l'avènement de l'entreprise a rendu difficile son analyse dans un cadre qui ne la prévoit pas. Pour Paul Durand, l'entreprise est « une société organisée à l'intérieur de la société politique et à l'image de celle-ci ».¹⁸ Les voies qui s'ouvrent à l'analyse juridique sont « tout d'abord d'étudier la *constitution* de cette société ».¹⁹ Puis, s'agissant des « lois qui gouvernent le fonctionnement de l'entreprise », on peut distinguer « l'ordre du fonctionnement interne de l'entreprise », d'un côté, et « les relations externes de l'entreprise et de l'État », de l'autre.²⁰ Paul Durand en conclut que la théorie de l'entreprise nous apporte :

« Une vision nouvelle du monde. Alors qu'au début du XIX^e siècle, l'organisation de la société était confiée à un *souverain unique*, dominant la multitude des sujets, la société moderne se présente sous la forme d'un organisme.... L'organisation économique et sociale comporte tout un ensemble de rouages, formé par les entreprises, chacun d'eux constituant un petit monde complexe, à la fois par ses éléments constitutifs et par les lois de son fonctionnement interne. Une *révolution* s'est produite. »²¹

16 Jean Brethe de la Gressaye, « Les transformations juridiques de l'entreprise patronale », 1939 *Droit social*, p. 2-5, p.3, souligné dans l'original.

17 Paul Durand, « Rapport sur la notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 3, 45 (1947), p. 45.

18 *Id.* p. 49.

19 *Id.* ; souligné dans l'original.

20 *Id.* p. 56.

21 *Id.* p. 60, souligné par mes soins.

Dès 1947, donc, on voit bien qu'une *révolution* s'est produite et qu'il y a eu *éclatement de la souveraineté*. Pour Durand, déjà, il n'y a implicitement plus de « souverain unique ». Une nouvelle forme de société politique est donc née, nécessairement.²²

La meilleure pensée juridique a donc très rapidement vu que l'entreprise mettait en cause l'ordonnancement du système juridique, l'ordre juridique officiel, positif. Pourtant, dans la pratique du droit, l'entreprise va continuer à n'être traitée qu'en termes de contrats et de propriété, qui sont les deux piliers de l'ordre juridique libéral.

C'est cette ignorance de la dimension organisationnelle et politique de l'entreprise que nous payons aujourd'hui.

Un point essentiel à bien comprendre est que la globalisation n'est pas à l'origine de cette insertion quasiment clandestine de l'entreprise dans le système de pouvoir. Ce que la globalisation nous apporte, c'est une opportunité de comprendre le positionnement de l'entreprise dans ce système ; positionnement qui est *antérieur* à la globalisation. Par les problèmes qu'elle crée, la globalisation nous impose de trouver des solutions nouvelles. Mais nous ne partons pas d'une page entièrement blanche. Il nous faut pousser une analyse abandonnée car elle n'a pas fait le pas de remettre en cause la vision moderne de l'ordonnancement juridique. Les institutionnalistes de la première moitié du XX^e siècle auraient dû aller au bout de leurs analyses en pensant le droit et le système de pouvoir en termes pluralistes. Ils ne l'ont pas fait. Ce faisant, ils ont laissé les juristes et tous ceux qui s'intéressent à la vie économique et sociale se bercer d'illusions sur la réalité du système monde de pouvoirs.

Mais voyons ce que la globalisation nous donne à voir qui ne nous apparaissait pas avant.

²² Voir aussi Jean Savatier, « Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée », in *Mélanges Savatier*, p. 863 (1961). Il relève lui aussi la place que l'entreprise tend à occuper dans notre système juridique alors qu'elle était inconnue des rédacteurs du Code napoléon. Il affirme que la grande entreprise pose des problèmes de rapports entre gouvernants et gouvernés, et que son organisation paraît devoir emprunter davantage au droit public qu'au droit privé

IV. — L'ORGANISATION DES ÉCHANGES

Quand une entreprise purement nationale génère, du fait de son mode de gouvernement, des « externalités négatives », des coûts supportés par l'environnement naturel ou social ou par des tiers qui ne sont pas pris en compte dans le calcul des coûts de production et ne se traduisent donc pas dans les prix, le système politique de production des normes de droit positif peut entrer en jeu et adopter des normes d'internalisation.

Un exemple rendra les choses claires. Soient deux systèmes de production d'un composant chimique. Le premier est le moins cher des deux mais il est très polluant ; le second est beaucoup plus cher que le premier mais il ne génère aucune pollution. Hors l'existence d'une norme environnementale imposant de recourir au second mode de production, la concurrence de marché, combinée avec les règles de la « *corporate governance* » qui mettent au premier plan la défense des intérêts des actionnaires dans la gestion des entreprises, et donc la « maximisation de la valeur actionnariale » va imposer aux industriels de recourir au premier mode de production. Les prix seront plus faibles pour les utilisateurs du composant chimique (et, *in fine*, dans un univers concurrentiel efficace, pour les consommateurs finaux), mais un coût non pris en compte (au sens strict de l'expression) sera supporté par l'environnement naturel et, peut-être, social.

Dans un univers clos, le système politique peut être mis en branle pour que la norme environnementale soit adoptée. Elle le sera ou pas en fonction des choix de la représentation nationale et, peut-être, des électeurs. Mais que la norme soit adoptée ou pas, *il existe* un dispositif institutionnel pour décider si oui ou non il faut intérioriser les externalités négatives.

Ce qui change avec la multinationalisation du groupe de société et des autres instruments juridiques qui servent de support juridique à une entreprise, c'est que les échanges *internes* à l'entreprise le demeurent. Mais ces échanges internes à l'organisation qu'est l'entreprise deviennent des échanges *internationaux*.

Tant que les échanges internes à une entreprise restent internes à l'ordre juridique d'un État donné, ils restent soumis au même droit, aux mêmes normes de droit fiscal, social, environnemental, etc. Qu'ils se produisent entre deux ateliers propriété d'une seule et même filiale (donc au sein d'une même personne morale) ou entre deux filiales (donc entre deux personnes morales différentes), cela ne change (pratiquement) rien.

En revanche, si les échanges internes à une seule et même entreprise passent par-dessus une frontière, ils restent bien *internes* à l'entreprise mais ils deviennent des échanges *internationaux*. Et une multitude de problèmes en découlent.

Bien sûr, en amont de ces problèmes, il y a ceux qui découlent du libre-échange en matière de commerce des biens et des services. Deux entreprises concurrentes qui ne sont pas soumises au même droit du fait qu'elles sont installées sur le territoire de deux États différents ne sont pas dans la même position concurrentielle. Si un État impose de recourir au processus de production non polluant et qu'un autre s'en dispense, les deux entreprises concurrentes installées dans ces deux États voient leur position concurrentielle entièrement affectée, négativement pour l'une et positivement pour l'autre, de ce seul fait.

Les marchés, dès qu'ils deviennent internationaux, créent bel et bien une mise en concurrence entre les ordres juridiques étatiques pour que le droit d'internalisation n'affecte pas trop la position concurrentielle des entreprises locales. Mais cette concurrence est une concurrence entre *systèmes*, avec des plus et des moins, des avantages concurrentiels dans un domaine qui peuvent venir compenser des désavantages concurrentiels dans un autre.

Avec l'internationalisation des entreprises, si les deux entreprises sont toutes deux implantées dans les deux États, ce n'est pas leur position concurrentielle relative à *elles* qui sera affectée par l'adoption de la norme protectrice ; c'est le lieu de la production, qui va se trouver « délocalisé » *tout en restant au sein des mêmes entreprises*. Et pour tous les segments de l'activité de l'entreprise, s'ouvre alors la possibilité d'optimiser le lieu d'implantation. Dès que les échanges internes à une entreprise deviennent internationaux, il est alors possible d'organiser l'échange pour utiliser les divers avantages offerts par les divers systèmes juridiques et échapper à leurs inconvénients corrélatifs. Et pour l'essentiel, dans la mesure où ils se produisent pour la plus grande partie au sein d'entreprises, les échanges internationaux de biens et de services ne sont pas des échanges *de marché*. Ce sont des échanges *organisés* par les entreprises, qui fonctionnent comme des *contre-marchés*.

On assiste alors aux délocalisations de production « classiques » ; mais aussi à des délocalisations fiscales ou réglementaires, à une optimisation des flux, fictifs ou réels, tous azimuts.

Les entreprises multinationales peuvent ainsi (en partie) échapper au droit des États, l'éroder et elles sont très efficaces à faire jouer la concurrence entre eux. Ce faisant, elles sont devenues championnes de l'externalisation des coûts et de la réduction de la base fiscale des États qui font désormais face à

cette difficulté : comment trouver le moyen de remplir leur rôle politique quand ils n'en ont plus les moyens, ni juridiques, ni financiers ?

V. — UNE CRISE DE SYSTÈME

Ce que nous sommes en train de vivre, c'est une mutation vers la troisième expression d'un système de pouvoir très ancien qui a déjà dû muter deux fois pour s'adapter à une réalité qui avait dépassé son expression institutionnelle. C'est une nouvelle révolution constitutionnelle – celle perçue par ces auteurs précurseurs que nous avons cités – qui est en marche.

En profitant des interstices du Système des États, les entreprises réduisent son effectivité. Elles remettent en cause ce système dans lequel tout est axé autour de l'État, qu'il s'agisse des institutions ou du savoir portant sur elles. Nous sommes aujourd'hui victimes de ce qu'Ulrich Beck appelle le « nationalisme méthodologique ». Nous pensons comme si les États, leurs territoires, leurs populations et même leurs gouvernements opéraient dans un vide intersidéral comme s'il y avait une « économie italienne » ou un « État allemand » existant en totale autonomie, alors qu'ils forment chacun partie d'un tout qui les englobe, leur laisse des prérogatives mais les contraint.

On le sait, le Système des États est né en 1648. À partir de cette date, les institutions de la papauté et de l'Empire n'ont plus de suprématie sur l'État. L'organisation de base du système de pouvoir, d'abord européen puis mondial, est l'organisation étatique. Au plan « international » (en fait « interétatique ») on met en place juridiquement l'exact inverse d'une organisation : une anarchie. Chaque État est dans une relation d'égale souveraineté avec les autres États et n'est soumis à aucune autorité, aucune hiérarchie. Chaque État est libre de la manière avec laquelle il peut organiser ses affaires intérieures sans aucune tutelle ni intervention extérieure.

Né dans un univers de monarchies, le Système des États va connaître sa première révolution constitutionnelle avec l'avènement de la démocratie libérale. Violamment dans beaucoup d'États – pensons à la France et à la Révolution de 1789 – plus pacifiquement ailleurs, une société faite de corporatismes, de privilèges, de coutumes diverses, d'un pluralisme juridique officiel avec une multitude de corps intermédiaires entre ce qui n'est pas encore l'individu et l'État²³ va céder la place à un système juridique libéral. Désormais, il n'y a officiellement plus rien entre l'individu et l'État et, par

23 Voir not. François Olivier-Martin, « La France d'ancien régime, Etat corporatif », 5 *Annales de droit et de sciences politiques* 690 (1937).

[p.337-361]

Jean-Philippe ROBÉ

Arch. phil. droit 56 (2013)

principe, il revient aux individus d'organiser leurs propres affaires – et de se faire concurrence – dans le cadre d'une société individualiste, de « marché », les instruments de base du droit privé pour ce faire étant le contrat conclu entre individus libres et égaux, et le droit de propriété, qui donne la plus grande liberté de jouir des choses.

De là vont découler les grandes dichotomies de notre système social et juridique de base. Avec d'un côté un système politique démocratique bien séparé d'un système économique libéral. On peut clairement opposer une sphère privée à une sphère publique, le droit de propriété privé subjectif au pouvoir public objectif, le contrat, rapport d'égalité et expression de volonté, à la loi hiérarchiquement imposée, l'autonomie individuelle à l'hétéronomie politique, le principe de liberté à l'exception normative.

On vit sous le régime de la propriété (posée comme naturelle et antérieure à la société) et du contrat (le contrat social, posée comme source des institutions collectives ; et le contrat interindividuel par lequel la société s'auto-constitue sous un régime de liberté).

La fortune (non voulue) de la société par actions comme support juridique des grandes entreprises va déboucher sur une deuxième révolution constitutionnelle.

VI. — DU LIBÉRALISME AU CAPITALISME

La deuxième révolution constitutionnelle va s'opérer en conséquence de l'introduction dans le système juridique libéral de la société par actions.

À l'origine, les *sociétés par actions* étaient traitées par les juristes complètement à part des sociétés commerciales. Elles n'étaient pas considérées comme relevant du droit privé.²⁴ Partout, au début du XIX^e siècle, la constitution de telles sociétés était une affaire d'État. Que ce soit en France, en Angleterre – aux États-Unis même – la constitution des sociétés par actions n'était initialement autorisée au cas par cas par le gouvernement que pour des fins *d'utilité publique*.²⁵ À l'origine, cette technique de

24 Voir par ex. Henri Levy-Bruhl, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Domat Montchrestien (1938).

25 Pour la France, voir Amiaud, « L'évolution du droit des sociétés par actions », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à G. Ripert*, tome 2, 287, Paris, L. G. D. J. (1950) ; Claude Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Paris, Sirey (1962), p.4 ; Paul Durant, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à G. Ripert* 138, Paris, L. G. D. J. (1950) ; C.E. Freedeman, « Joint-Stock Business

concentration des capitaux était perçue comme un substitut à l'emprunt public, permettant la réalisation d'équipements collectifs (routes, ponts, canaux).²⁶

Les opposants à la libéralisation du droit des sociétés par actions étaient conscients du fait qu'elles portaient en elles le germe de la constitution d'une nouvelle féodalité.

Pourtant, dans le dernier tiers du XIX^e siècle, la libéralisation du droit des sociétés par actions sera quasi-totale. Comment est-on passé, l'espace d'une soixantaine d'années, d'une quasi-interdiction des sociétés par actions à leur libre constitution ? Tout va changer avec les révolutions industrielles, les besoins en concentration des capitaux, l'accroissement de la taille des entreprises et des marchés et – fait déterminant – la concurrence inter-étatique.

Le phénomène de la concurrence entre États pour la fourniture aux entreprises d'un droit des sociétés favorable est bien connu aux États-Unis, où on a pu parler de *Race to the bottom* (ou de *race to efficiency*, pour certains). En Europe, la dynamique de libéralisation du droit des sociétés par actions commença en Angleterre où, après une très longue résistance, la constitution de sociétés à responsabilité limitée fut autorisée en 1856. Dans le même temps, des accords de libre-échange étaient négociés et tout un réseau d'accords bilatéraux fut mis en place à compter du traité Cobden-Chevalier de 1860 pour permettre la libre circulation des *marchandises*. D'autres traités encore eurent pour conséquence de permettre la libre circulation des *sociétés*, tel le traité franco-britannique du 30 avril 1862, par lequel les sociétés anglaises reçurent l'autorisation d'exercer leurs activités librement en France. Les dirigeants des entreprises françaises ne manquèrent pas d'exiger immédiatement de disposer des moyens juridiques de faire face

Organizations in France, 1807-1867 », 1965 *Bus. Hist. Rev.* 184 ; C.E. Freedeman, *Joint-Stock Enterprises in France 1807-1867 : from Privileged Company to Modern Corporation*, Chapel Hill, U. of North Carolina Press (1979) ; généralement Georges Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, L. G. D. J., Paris (1951) ; 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 Dodd, "American Business Association Law a Hundred Years Ago and Today", in *3 Law : A Century of Progress – 1835-1935*, 254, New York U. Press (A. Reppy ed. 1937) ; L.M. Friedman, L.M., *A History of American Law*, New York, Simon & Schuster (1973) ; 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).

26 De ce fait, c'est surtout la société en commandite qui a été l'instrument juridique de la concentration du capital à l'âge de la première révolution industrielle.

à cette concurrence nouvelle.²⁷ En conséquence, la libre formation des sociétés anonymes fut admise en France en 1867, en Espagne en 1869, en Allemagne en 1870, en Belgique en 1873, en Italie en 1883.

Du fait des caractéristiques des actions, un marché a pu se développer pour ce type de valeurs et a pris une ampleur considérable dans la vie économique. L'entreprise a pu se développer, concentrer des droits de propriété, faire usage de la liberté contractuelle. Et elle l'a fait en bénéficiant de la subjectivité de prérogatives initialement prévues constitutionnellement pour *l'individu*, pas pour un instrument juridique auquel il est utile de reconnaître la personnalité morale pour des raisons pratiques et très concrètes mais qui *n'est pas un individu*. Cette fiction juridique s'est trouvée en position de profiter à plein des droits subjectifs libéraux (liberté contractuelle et droit de propriété) qui lui permettent d'exercer son pouvoir sans les contraintes qui accompagnent normalement son exercice. Et c'est la société et non l'entreprise qui s'est retrouvée bénéficiaire des avantages liés à la personnalité morale. Nous ne prétendons pas que l'entreprise aurait dû être personnalisée ou qu'elle devrait l'être. Mais il faut avoir conscience du fait que le contrôle de la *société* permet ainsi le contrôle de la marche de *l'entreprise*. La société sert de point d'ancrage aux droits de propriété et aux contrats qui sont les supports de l'entreprise en droit positif. Et si l'on doit certainement assurer un fonctionnement efficace de la société commerciale (ce qui recouvre le champ de la « *corporate governance* »),²⁸ il ne faut pas que cela fasse oublier qu'il subsiste la question du *gouvernement de l'entreprise* qui est un sujet radicalement différent...

C'est sur ces fondements juridiques qu'existent aujourd'hui des entreprises de taille mondiale, avec des centaines de milliers de salariés et des chiffres d'affaires supérieurs au PNB de nombreux États. Elles existent par le droit, grâce au droit, mais n'ont pas, en tant que telles, d'existence juridique. Comment comprendre leurs relations avec le système juridique et politique positif ? Comment analyser l'économie dans un système de pensée qui ignore cette réalité ?

Avec l'industrialisation et l'accroissement de la taille des entreprises, une multitude de problèmes induits sont apparus. La concentration du capital va

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

28 Voir Jean-Philippe Robé, « *Corporate governance* et gouvernement d'entreprise », *Revue française de Gouvernance d'Entreprise*, n° 11, 2012/1, p. 119-137 (2012).

rendre de plus en plus abstraite l'illusion que les cocontractants sont toujours dans un rapport d'égalité et que leur contrat exprime leur volonté commune. On va vite s'en rendre compte dans le domaine du droit du travail ; mais aussi dans ceux de la distribution, de la consommation et, finalement dans celui de l'environnement naturel. L'évident déséquilibre généré par le développement industriel et économique va aboutir à la nécessité d'un droit « interventionniste », venant rétablir quelque peu la balance entre des rapports de pouvoirs déséquilibrés.

Très vite, les grandes dichotomies libérales ne vont plus, ou moins bien, fonctionner. Car non, il n'est pas clair que l'espace de l'entreprise ressorte clairement de la sphère privée ou de la sphère publique. L'invention de l'inspection du travail avec un droit de pénétrer dans l'entreprise va d'ailleurs marquer une rupture majeure à cet égard. Non il n'est plus évident d'opposer le droit de propriété privé subjectif au pouvoir public objectif quand il s'agit de propriété de ou dans l'entreprise. Les droits de propriété utilisés par l'organisation « entreprise » ne seraient-ils pas finalisés, le pouvoir exercé dans l'entreprise prenant alors une dimension objective ? Oui, il est devenu évident que le contrat n'exprime pas toujours un accord de volonté et que de plus en plus le « contrat » est le passage obligé, non discutable, non négociable, non amendable pour accéder à un bien, un service ou un travail. Le fait de cocher une case marquant l'« acceptation » des conditions générales de vente sur Internet en est devenu la caricature. Et finalement, non, on ne peut plus opposer l'autonomie individuelle à l'hétéronomie politique, le principe de liberté à l'exception normative.

VII. — LES RÉVOLUTIONS CONSTITUTIONNELLES RÉGIONALES

En réaction à cette évolution va se produire ce que l'on peut appeler la seconde révolution constitutionnelle. L'État va sortir de son rôle de « veilleur de nuit » pour rééquilibrer le jeu.

Cette révolution constitutionnelle et les résistances de la Cour Suprême à son égard sont très claires aux États-Unis. Dans un premier temps, la Cour Suprême va déclarer inconstitutionnelle les tentatives des États et de l'État fédéral américains de mettre un peu d'humanité dans les rapports marchands et va imposer juridiquement le libéralisme économique. L'exemple le plus fameux est celui de la décision *Lochner v. New York*, tranchée en 1905

par la Cour suprême des États-Unis.²⁹ L'origine de cet arrêt est particulièrement éclairante.

En 1896, l'assemblée législative de l'État de New York adopta à l'unanimité une loi sur les boulangeries. Cette loi protégeait les salariés des boulangeries à l'extrême : elle limitait le temps de travail à 10 heures par jour et 60 heures par semaine... En 1899, un certain Joseph Lochner, qui dirigeait la « *Lochner's Home Bakery* » à Utica, fut condamné à payer une première amende de 25 \$ pour avoir fait travailler un employé au-delà de l'horaire légal. En 1901, il fut condamné à payer une nouvelle amende – de 50 \$ cette fois-ci – pour une autre infraction. N'en pouvant plus, Joseph Lochner décida de faire appel de la deuxième condamnation. La Chambre d'appel de la Cour suprême de New York confirma la condamnation à une majorité de 3 contre 2. Lochner décida alors d'interjeter appel devant la Cour d'appel de New York. Il perdit à nouveau à une majorité de 4 contre 3. Il décida alors de porter son cas devant la Cour suprême des États-Unis, faisant valoir que ses droits avaient été violés en vertu du Quatorzième Amendement de la Constitution américaine. Le Quatorzième Amendement prévoit que «... aucun État ne privera aucune personne de sa vie, sa liberté ou ses biens sans suivre une procédure légale régulière. » Dès l'affaire *Dred Scott v. Sandford* (1857),³⁰ la Cour suprême avait établi le principe que la clause dite de « *due process* » n'était pas seulement une garantie « procédurale », mais qu'elle impliquait des limitations « de fond » concernant le type de contrôle que le gouvernement peut exercer sur les personnes. L'avocat de Lochner fit alors valoir que la loi sur les boulangeries ne pouvait pas être interprétée comme une mesure de santé nécessaire : la « boulangerie moyenne de nos jours est bien aérée, confortable, été comme hiver, et toujours bien odorante ». Si de telles lois devaient être maintenues, soutenait-il, « la précieuse liberté de l'individu... sera balayée sous le couvert de la puissance de police de l'État ».

La Cour suprême des États-Unis lui donna raison. S'exprimant au nom de la majorité (5 contre 4), le juge Peckham dénonça la loi comme constituant en une violation de la liberté contractuelle protégée par le Quatorzième Amendement. Il reconnut qu'un État peut promulguer des lois pour protéger la santé des travailleurs, mais ne put trouver aucune relation directe entre le nombre d'heures travaillées et la santé. Pour le juge

29 198 U.S. 45 (1905) : 102-3. Voir généralement James W. Ely Jr., *The Guardian of Every Other Right – A Constitutional History of Property Rights* (2nd ed.), Oxford University Press, 1998, at 101-118.

30 19 Howard 393 (1857) : 79-80.

[p.337-361]

Jean-Philippe ROBÉ

Arch. phil. droit 56 (2013)

Peckham, les boulangers étaient parfaitement capables de faire valoir leurs intérêts et il n'était pas question de les traiter en « pupilles de l'État ». Pour lui, les lois limitant les horaires de travail n'étaient rien d'autre qu'une « restriction aux droits de l'individu. »

Dans l'opinion d'Oliver Wendell Holmes, en désaccord une fois de plus avec la décision rendue par ses collègues, « cette affaire a été décidée en vertu d'une théorie économique qu'une grande partie du pays ne soutient pas ». Sa position dissidente puissamment étayée n'arriva cependant pas à convaincre la majorité et, dans l'arrêt de principe *Adkins v. Children's Hospital* (1923),³¹ la Cour suprême statua à nouveau sur un cas similaire en matière de salaire minimum et annula une loi du District of Columbia fixant un salaire minimum pour les femmes. Là encore, pour la Cour Suprême, il s'agissait d'une violation inacceptable de la liberté contractuelle.

La Cour suprême ne changea sa position qu'après la Grande Dépression et la réélection spectaculaire de Roosevelt en 1936 au cours de ce que l'on allait appeler la « révolution constitutionnelle de 1937 ».³² Préalablement à cette réélection, la Cour Suprême annula la quasi-totalité des lois du premier New Deal qui lui furent soumises. Mais dans l'affaire *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937),³³ le président de la Cour, Justice Hughes (écrivant pour une majorité de 5 contre 4) revint sur la jurisprudence *Adkins*. Décritant l'« exploitation d'une classe de travailleurs qui sont dans une situation inégale en termes de pouvoir de négociation », il reconnut un large pouvoir discrétionnaire aux assemblées législatives des États pour protéger la santé et la sécurité des salariés et veiller à la « liberté contre l'oppression ». Il valida ainsi une loi de l'État de Washington sur le salaire minimum des femmes et des mineurs. Dans son opinion dissidente, le juge Sutherland continua à considérer pour sa part que la loi sur le salaire minimum était non seulement une immixtion arbitraire dans le droit de négocier les salaires mais également représentait une discrimination contre les femmes en réduisant leur capacité à rivaliser avec les hommes.

Depuis 1937, la Cour suprême n'est plus revenue sur cette jurisprudence. Les États et le gouvernement fédéral peuvent donc désormais constitutionnellement adopter des lois qui limitent la liberté contractuelle en interdisant certains types d'accords visant à protéger certaines valeurs (la santé, des

31 261 U.S. 525 (1923) : 106-7, 125.

32 James W. Ely, Jr., *The Guardian of Every Other Right – A Constitutional History of Property Rights* (2nd ed.), Oxford University Press, 1998, p. 127.

33 300 U.S. 379 (1937) : 127.

salaires permettant une vie décente, l'environnement naturel, etc.). Et quand ils le font, leurs lois remplacent les accords contractuels.

Des évolutions très similaires ont bien sûr eu lieu dans d'autres systèmes politiques.³⁴ Cette évolution majeure dans le rôle de l'État, partout perceptible même si c'est à des degrés divers, marque la seconde révolution constitutionnelle de l'État, celle de l'État « interventionniste », correcteurs d'inégalités, internalisateur des externalités négatives, etc.

La globalisation marque une nouvelle ère qui remet en cause cette évolution de l'État. La mise en concurrence des États par les entreprises marque une évolution majeure qui pourrait déboucher sur une nouvelle révolution constitutionnelle.

VIII. — LA GLOBALISATION MARQUE UN CHANGEMENT INSTITUTIONNEL MAJEUR

Avec la globalisation des marchés et des entreprises, nous nous trouvons en présence d'un système économique globalisé dans lequel les entreprises multinationales font jouer la concurrence interétatique à plein. Les entreprises ont une assez grande liberté de se fournir en normes là où elles leur sont favorables. Et, en fonction de leur activité, elles localisent telle activité de production ici plutôt qu'ailleurs, telle filiale en charge de la gestion de la trésorerie du groupe dans tel paradis réglementaire plutôt qu'ailleurs. Mieux encore, elles optimisent les flux « juridiques » de marchandises, déconnectés de leur parcours physique réel, des centres de production aux centres de consommation, pour les faire transiter par des paradis fiscaux où l'essentiel de la plus-value réalisée le long de la chaîne de production et de distribution est constaté comptablement et taxé – à des taux d'amis.

Ce faisant, nous nous retrouvons avec un système politique contourné, dépassé, qui voit sa base fiscale profondément érodée et ne peut plus faire face aux problèmes créés par cette structuration juridique de l'activité productive et marchande. Le Système des États ne peut plus remplir le rôle qu'il a pris lors de la deuxième révolution constitutionnelle. Les entreprises les plus importantes ont trouvé le moyen de fuir les normes d'internalisation des externalités négatives ; et les tentatives des États pour se syndiquer et offrir un front commun – donc des normes communes – sont extraordinairement difficiles à transformer en succès. Pire encore, la base fiscale qui

³⁴ Voir généralement Jean-Philippe Robé, *L'entreprise et le droit*, Presses Universitaires de France (1999).

permet aux États de remplir leurs missions, y compris les plus fondamentales d'entre elles – les fonctions régaliennes – se trouve totalement érodée. D'où une succession de crises des déficits, de la dette, des services publics, de l'impôt qui ne touche plus que les classes moyennes, de demande insuffisante, de marasme économique qui s'enchaînent dans une spirale qui semble sans fin.

La crise financière de 2008 n'a pas été l'occasion d'un saut qualitatif dans le système de régulation. Peut-être est-ce dû au fait que le système de pouvoir westphalien (construit sur une base *territoriale*) est tout simplement à bout de souffle et qu'il ne peut atteindre des objectifs hors de sa portée ? Peut-être surtout les instruments conceptuels avec lesquels nous pensons le système-monde de pouvoir ne sont-ils plus en mesure de nous donner à comprendre ce qui nous arrive.

IX. — UN NOUVEAU SYSTÈME-MONDE DE POUVOIR

Le système-monde de pouvoir dans lequel nous vivons *réellement* n'a que peu à voir avec le système officiel. Il est certes composé d'institutions territoriales, officielles que sont les États et les organisations qu'ils ont créés. Mais il existe aussi des institutions non-territoriales qui n'existent pas officiellement dans le système westphalien. Nous nous intéressons aujourd'hui aux entreprises multinationales, mais il y en a bien d'autres (ONG, fonds d'investissement, réseaux sociaux, etc.).

En quelque sorte, dans le système monde de pouvoir actuel, ce sont les détenteurs de prérogatives accordées et définies par le droit privé qui ont le plus de pouvoir, le plus d'autonomie. Le droit privé mobilisé par les plus grandes entreprises est devenu le droit de l'exercice du pouvoir sans les contraintes qui l'accompagnent en démocratie libérale. Le pouvoir *public* est contenu, limité par des procédures (élections, soumission aux droits des individus, examen de la constitutionnalité des textes et des actions, etc.). Le pouvoir privé bénéficie, lui, de toute la subjectivité des droits des individus alors *qu'aucun* individu n'est propriétaire des actifs productifs qui sont la source de cette forme de pouvoir. Inversement, les individus subissent les conséquences (restructurations, baisse des revenus réels, environnement social et naturel dégradés) de l'exercice de pouvoirs privés aux finalités captées par des intérêts particuliers.

Le défi constitutionnel posé par la globalisation actuelle est celui de la possibilité même et de la forme que pourraient prendre des institutions, qu'elles soient aujourd'hui caractérisées de « privées » ou de « publiques »,

dont le fonctionnement soit démocratique et qui soient tenues de respecter les droits des individus. Le danger, pour l'individu et la société, n'a jamais été, n'est pas et n'est certainement plus, le *seul* pouvoir de l'État. L'État, d'abord pensé comme propriété du Roi, puis pensé comme institution politique, est devenu État de droit : non seulement opère-t-il par le droit mais, surtout, il est *soumis au droit*.

Même si la vigilance est et sera toujours de mise vis-à-vis de l'État compte tenu des moyens de coercition physiques qui sont à sa disposition, c'est maintenant le pouvoir des institutions non officielles, et qui par là même ne sont pas pensées comme des institutions politiques, qui est source de danger pour l'individu, la société et l'environnement naturel. Ce sont – pour ce qui nous intéresse – les entreprises qui, pour certains pans de leur activité au moins, doivent devenir des « organisations de droit », c'est-à-dire des organisations agissant *par* le droit et à l'intérieur des contraintes qu'il impose, notamment les contraintes procédurales de respect des individus et des intérêts affectés par les actions qui leur sont imputables. Rendre dociles et obéissantes les institutions détentrices de la force physique (armée, police) relevait d'une gageure historique improbable ; mais ce résultat atteint, ce sont *tous* les pouvoirs – et plus seulement celui de l'État – qui doivent devenir des pouvoirs *de droit*, comme on a réussi à faire de l'État un État *de droit*. Se pose alors pour chaque institution de pouvoir la question de ses finalités, des moyens qu'elle peut légitimement mettre en œuvre pour les atteindre et du respect des droits des individus affectés pour la promotion de ces finalités. De la possibilité, aussi, qui doit être offerte à tous ceux qui sont concernés de contester l'usage fait des moyens disponibles comme étant contraire aux finalités de l'organisation ou aux droits, individuels et collectifs, des individus affectés.

Penser la globalisation impose de penser le pouvoir à une autre échelle que l'échelle territoriale. Il faut tirer les conséquences du fait que les entreprises exercent un pouvoir en échappant aux contrôles procéduraux qui accompagnent l'exercice des pouvoirs officiels, reconnus comme tels. Il n'y a aucune raison de ne pas les soumettre à des contraintes constitutionnelles similaires à celles qui s'imposent aux pouvoirs territoriaux.

X. — LA SUPRA-LÉGALITÉ CONSTITUTIONNELLE

Dans un État constitutionnel, l'État doit respecter des normes supérieures dans son fonctionnement. Une loi peut bien avoir été votée par un Parlement légitimement élu, ayant respecté la procédure parlementaire. Elle

peut ainsi être « légale ». Pour autant, elle peut ne pas être « constitutionnelle ». Nous acceptons, s'agissant de l'État, que l'exercice des pouvoirs législatifs et réglementaires, par des hommes et des femmes pourtant élus démocratiquement, peut aboutir à l'adoption de normes contraires à des valeurs supérieures et que la simple validité procédurale de création de la norme ne suffit pas. Il faut encore que la norme, que la décision politique se traduisant en norme nouvelle, passe la barre d'une « supra-légalité » qui s'impose aux organes de l'État.

Le processus historique ayant abouti à une telle soumission du pouvoir d'État à une telle supra-légalité a été long. Son succès a longtemps été improbable. De ce fait, aussi irréaliste ou utopique que celui puisse sembler aujourd'hui, il ne faut pas s'interdire de penser à l'extension d'une telle forme de supra-légalité applicable au gouvernement de l'entreprise (qui n'a que peu à voir avec la *corporate governance*).³⁵

On peut tout à fait imaginer quelque chose de similaire s'agissant du pouvoir exercé par les entreprises. Prenons l'exemple de l'évasion fiscale. On l'oppose à la fraude fiscale. La fraude fiscale consiste à dissimuler, cacher, tromper, pour échapper à l'imposition. De telles manœuvres sont *illégales*. Pour l'évasion fiscale, c'est tout différent. Elle consiste à utiliser habilement les dispositions du droit fiscal, interne ou international, pour diminuer la charge fiscale supportée par la société ou le groupe de sociétés qui sert de support juridique, de « colonne vertébrale », à l'entreprise. L'évasion fiscale est *légale*. Mais la vraie question qui se pose aujourd'hui est la suivante : l'évasion fiscale est-elle « *constitutionnelle* » par rapport aux finalités de l'entreprise ? Est-elle conforme aux principes fondateurs de l'entreprise, à ses devoirs sociaux, à son obligation de prendre en compte les intérêts affectés par son action, etc.

Face à la relative impuissance du Système des États, nous avons besoin de développer des procédures permettant le contrôle du respect d'une forme de *supra-légalité* qui transcende le Système des États et le droit qu'il produit.

La légalité étatique et internationale étant insuffisantes pour assurer la prise en compte de tous les intérêts affectés par l'activité des entreprises, c'est une supra légalité de type constitutionnel qu'il faut trouver le moyen de leur imposer. La démocratie libérale s'est grandie en devenant une démocratie constitutionnelle. Ce sont maintenant tous les pouvoirs qui doivent être soumis à une telle supra-légalité, devenir des pouvoirs « de droit ».

35 Voir *supra*, note 28.

Comment faire ? Notre thèse est qu'il faut d'abord en passer par un changement de notre compréhension de la réalité du fonctionnement du système de pouvoir. Il faut cesser de penser l'entreprise comme si elle était l'objet d'une propriété ; il faut la penser comme une partie intégrante du système-monde de pouvoir, aujourd'hui global.

XI. — UN AUTRE DÉBAT CONSTITUTIONNEL

L'obstacle immédiat à la compréhension de l'entreprise comme d'une partie intégrante du système-monde de pouvoir est *l'idéologie actionnariale* qui a réussi à faire passer l'entreprise pour un objet de droit de propriété et la faire échapper ainsi aux responsabilités qui sont les siennes.³⁶

L'idéologie actionnariale part de l'affirmation infondée en droit que l'entreprise est la propriété des actionnaires. Si telle était la réalité – et là se trouve l'intérêt de la manipulation idéologique des concepts – les actionnaires seraient légitimes à être les seuls à avoir le droit de fixer les finalités des entreprises (en l'occurrence, nous dit-on, maximiser la « *shareholder value* », la « valeur actionnariale », en bref la valeur présente des actions).³⁷ Et donc à imposer aux mandataires sociaux, qui ne seraient rien d'autre que leurs « mandataires » (*agents*) de maximiser cette valeur en ne se préoccupant de rien d'autre que de respecter le droit positif tel qu'il est.

Mais cette idéologie est fondée sur ce qui est soit une erreur, soit un mensonge : les actionnaires sont bel et bien propriétaires des actions émises par les sociétés commerciales qui servent de support sociétaire aux entreprises ; mais ils ne sont pas propriétaires des entreprises elles-mêmes. Les raisons pour lesquelles il en va ainsi ont déjà été expliquées longuement.³⁸ Les relations que les divers contributeurs de ressources utilisées dans le fonc-

36 Sur les multiples erreurs de Milton Friedman en la matière, alors qu'il est le « père fondateur » de cette école de pensée, voir Jean-Philippe Robé, « Pour en finir avec Milton Friedman », in *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, p. 11-32, Antoine Lyon-Caen et Quentin Urban eds., Paris, Dalloz (2012) et *The Legal Structure of the Firm, Accounting, Economics, and Law* : Vol. 1 : Iss. 1, Article 5, disponible à l'adresse suivante : <http://www.bepress.com/acl/vol1/iss1/5> (2011). Voir aussi « Science v. Ideology : A Comment on Lynn Stout's New Thinking on "Shareholder Primacy" », *Accounting, Economics, and Law* : Vol. 2 : Iss. 2, Article 7 (2012).

37 Voir aussi Lynn A. Stout, *The Shareholder Value Myth – How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations and the Public*, BK Business Books (2012).

38 Voir *supra*, note 36.

tionnement des entreprises entretiennent avec elles ne sont pas des rapports de propriété.

En plus d'être construite sur une conception fausse du droit que les actionnaires ont vis-à-vis de l'entreprise, la théorie de l'agence part d'une hypothèse tout aussi fausse qui est que l'ensemble des externalités négatives sont internalisées par le système normatif positif.³⁹ Une telle hypothèse était déjà proche de l'absurdité quand l'économie se déroulait essentiellement dans l'espace géographique étatique. Mais avec une économie globalisée dans laquelle un des instruments de gestion dont les entreprises usent est précisément de mettre les États en concurrence pour la fourniture de normes qui leur soient favorables, cette hypothèse doit être *inversée*. Les entreprises opèrent dans un environnement où, *du fait même de leur existence*, toutes les externalités négatives ne sont pas internalisées. Et donc les prix des biens et services, si on laisse les choses en l'état, ne représentent pas la totalité des coûts attribuables aux opérations réalisées pour les produire. Et donc des tiers, ou l'environnement social ou naturel les supportent.

Le rôle de l'entreprise en tant qu'organisation est de coordonner l'usage des ressources qui lui sont affectées ou auxquelles elle a accès. Il faut bien sûr qu'elle satisfasse les intérêts des actionnaires car ils fournissent une ressource essentielle à l'entreprise. Mais rien n'impose que leur seul intérêt soit pris en compte dans la direction de l'entreprise. L'erreur de raisonnement qui a fait la fortune de la « théorie de l'agence » a abouti à la conclusion inverse et est à l'origine de nombre des désastres de notre époque. Voyant leur responsabilité limitée, échappant aux conséquences des pressions exercées sur les mandataires sociaux, l'actionnariat organisé a réussi à faire en sorte que les acteurs majeurs du système économique ne prennent aucun compte des externalités négatives générées par leurs décisions. Ainsi, n'ayant prétendument d'autres responsabilités que de satisfaire les demandes pressantes des actionnaires, les décideurs *dans le domaine de la finance* se sont mis à prendre plus de risques et à rendre le système financier instable ; les décideurs *dans le domaine industriel* ont délocalisé dans les divers « paradis » sociaux, réglementaires ou fiscaux ; les décideurs *dans le domaine de la distribution* sont allés se fournir là où les prix sont les plus bas – le niveau bas des prix étant en grande partie due à une absence de normes d'internalisation des externalités négatives. Et ainsi de suite.

39 *Id.*

[p.337-361]

Jean-Philippe ROBÉ

Arch. phil. droit 56 (2013)

XII. — POUR UNE INDÉTERMINATION DES FINS

L'idéologie actionnariale éliminée, on se trouve face à une indétermination des fins des entreprises. Il ne faut pas la redouter. Il faut laisser leur autonomie aux entreprises et leurs responsabilités aux dirigeants. Mais il faut les laisser libres de prendre en compte les intérêts affectés, les rendre responsables s'ils ne le font pas et rendre responsables ceux qui viendraient abuser de leurs pouvoirs au sein de l'entreprise pour les empêcher de remplir leur rôle.

Comment y parvenir ? Nous sommes en *terra incognita*. Il n'y a pas de carte des chemins à suivre. Nous savons juste qu'il y a des chemins qui ne mènent nulle part : le repli sur l'impuissance nationale ou la poursuite irréaliste et dangereuse de la constitution d'un État mondial. Quelques « micro-dispositifs » ont déjà été identifiés.⁴⁰

Les entreprises sont des institutions politiques à comprendre en tant que telles. Elles sont le premier lieu de la conciliation des intérêts à la fois convergents et divergents que leur activité met en jeu. C'est vrai de toutes les entreprises. Mais tant que l'État a été en mesure d'intérioriser les externalités qu'elles génèrent par la production d'un droit normatif d'application territoriale relativement efficace, cette réalité a été difficile à voir. La deuxième révolution constitutionnelle a masqué le rôle politique de l'entreprise en tentant d'imposer, de l'extérieur, via la norme étatique impérative, une pesée différente des intérêts affectés. La globalisation de l'économie et, singulièrement, des entreprises fait apparaître cette dimension politique au grand jour. Dès 1932, donc bien avant la « révolution constitutionnelle de 1937 », Berle et Means relevaient déjà que

«... l'entreprise assume une vie indépendante, comme si elle n'appartenait à personne... l'entreprise se transforme en une institution qui ressemble à l'État. L'institution ici envisagée appelle une analyse, non pas en termes d'entreprise commerciale, mais en termes d'organisation sociale. [...] Une telle concentration du pouvoir et une telle diversité d'intérêts soulèvent la question longtemps disputée du pouvoir et de sa régulation – de l'intérêt et de sa protection. [...] Tout comme il y a une recherche permanente de pouvoir, il y a aussi une volonté continue de faire que le pouvoir soit au service de la majeure partie des personnes qu'il affecte. [...] Le pouvoir absolu est utile dans la construction de l'organisation. Plus lent mais tout aussi sûr, est le

40 Voir Jean-Philippe Robé « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoirs », in Baudoin Roger, éd. *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, p. 273-344, Editions Lethielleux/Collège des Bernardins, Paris (2012).

[p.337-361]

Jean-Philippe ROBÉ

Arch. phil. droit 56 (2013)

développement de la pression sociale exigeant que le pouvoir soit exercé dans l'intérêt de toutes les parties concernées. »⁴¹

Manifestement, Berle et Means n'ont pas anticipé la fortune de la théorie de l'agence et l'idéologie rampante de la « *corporate governance* » affirmant que le pouvoir privé doit être utilisé pour le bénéfice des actionnaires seulement, la défense des autres intérêts affectés par l'activité des entreprises étant du domaine des institutions publiques officielles... Ils n'ont pas non plus vécu pour voir leur message complètement falsifié par les tenants de la théorie de l'agence.⁴² Avec notre compréhension déficiente de l'entreprise, les intérêts des actionnaires ont été surpondérés dans la gouvernance des entreprises. Par quel miracle des États isolés pourraient rétablir l'équilibre par l'intermédiaire de leurs lois dans un monde globalisé⁴³ dans lequel ils font partie du système concurrentiel est un mystère.

Ce qui est certain, c'est que Berle et Means ont fait preuve d'une clairvoyance extraordinaire dans le dernier paragraphe de leur livre :

« Dans une perspective plus large, l'entreprise moderne peut être considérée non seulement comme une forme d'organisation sociale, mais potentiellement (si ce n'est déjà fait) comme l'institution dominante du monde moderne. [...] L'avenir pourrait bien voir ces organismes économiques que l'on appelle les entreprises, non seulement sur un plan d'égalité avec l'État, mais peut-être même le dépassant comme forme dominante de l'organisation sociale. Le droit des sociétés, en conséquence, pourrait bien être considéré comme le droit constitutionnel potentiel du nouvel État économique, alors que la pratique des affaires prend de plus en plus le rôle d'un gouvernement économique. »⁴⁴

Nous y sommes. Nous avons donc besoin à la tête des grandes entreprises « d'hommes d'Entreprises » comme il y a, parfois, des « hommes d'États » à la tête des États. Pour leur permettre de remplir leur rôle, il est nécessaire de

41 Adolf A. Berle, Jr. & Gardiner Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, New Brunswick and London (Ninth printing 2007, 1st ed. 1932), p. 309-310.

42 Voir William W. Bratton & Michael L. Wachter, « Shareholder Primacy's Corporatist Origins : Adolf Berle and The Modern Corporation », 34 (1) *The Journal of Corporation Law* 99-152 (2008) ; et Mark T. Moore & Antoine Rebérioux, « Corporate Power in the Public Eye : Re-Assessing the Implications of Berle's Public Consensus Theory », 33 *Seattle U. L. Rev.* (2010) at 12 & 14.

43 Comme le suggèrent Hansmann & Kraakman ; voir Henry Hansmann & Reiner Kraakman, « The End of History for Corporate Law », 89 *Georgetown Law Journal* p. 439-68 (2001).

44 Berle & Means, *supra* note 41, p. 313.

relâcher la laisse qui les soumet au pouvoir des actionnaires du fait d'une théorie de l'agence erronée. Nous serons alors en mesure d'aborder la complexité du défi de notre époque qui est celle qui provient du processus de mondialisation de l'économie. Le « droit constitutionnel potentiel du nouvel État économique » est un problème global.⁴⁵ Étant donné les lacunes du dispositif de création des normes au niveau global, les grandes entreprises doivent être comprises comme faisant parties du système politique d'allocation des ressources. Les théories actuelles de l'entreprise, fondées sur des erreurs dans l'analyse de l'organisation juridique interne de l'entreprise et sur des hypothèses irréalistes quant à l'environnement juridique et politique dans lequel elle opère, sont une partie importante du problème et nous éloignent de la solution.

Nous n'avons pas beaucoup avancé depuis Berle et Means. Nous avons même reculé car l'idéologie actionnariale a réussi ce tour de force qui consiste à faire croire que l'analyse de Berle et Means venait à son soutien ! C'était évidemment tout l'inverse. Commençons par remettre l'intérêt des actionnaires à sa place, à remettre en cause la responsabilité limitée dans les cas où elle aura été abusée et aura conduit à des désastres. Nous serons alors en mesure d'avoir de vrais débats sur la gouvernance du système-monde de pouvoir global et donc des entreprises globales.

JRobe@gibsondunn.com

45 Pour Philip Abot, cette nouvelle question constitutionnelle est le « défi central des philosophes internationaux du XXI^e siècle » ; voir « The Emerging Universal Legal System », in *International Law Forum du Droit International*, 3, p. 12-17, p. 16. Voir aussi William W. Bratton & Michael L. Wachter, « Shareholder Primacy's Corporatist Origins : Adolf Berle and The Modern Corporation », 34 (1) *The Journal of Corporation Law* 99-152 (2008) ; Jean-Philippe Robé, « Multinational Enterprises : The constitution of a Pluralistic Legal Order », in *Global Law without a State*, p. 45-77, G. Teubner, ed., Dartmouth (1997). Voir, généralement, *Global Law Without a State* (Gunther Teubner ed. 1997). Voir aussi Larry Cata Baker, « The Autonomous Global Corporation : on the Role of Organizational Law. Beyond Asset Partitioning and Legal Personality », 41 *Tulsa L. Rev.* 101 (2006).