

Collège de France
Séminaire du Professeur Alain Supiot, « Actualité de l'entreprise »
12 et 13 juin 2014

RESUMES DES INTERVENTIONS

MATHIAS SCHMÖCKEL, *De la corporation au gouvernement d'entreprise. Traditions nationales des sociétés anonymes et séparation entre propriété et direction de l'entreprise.*

Il s'agira ici de dresser un panorama des différentes traditions européennes en matière de sociétés anonymes tout en s'attachant à souligner les possibles différences dans les intérêts des actionnaires, de la société et de la direction d'entreprise comme fondement de la conception moderne du gouvernement d'entreprise (*corporate governance*). Il faut rappeler à cette fin les origines des sociétés anonymes. Nous commencerons tout naturellement par l'Angleterre, en poursuivant avec la première codification en France, pour mieux mettre en lumière les innovations introduites en 1884 en Allemagne. Pour conclure, quelques indications seront données au sujet des origines et du développement de l'enseignement de la gouvernance d'entreprise qui, en dépit de la dépendance au sentier, a réussi à s'imposer ces dernières décennies dans plusieurs États.

ROGER GUESNERIE, *L'entreprise dans la théorie économique.*

Dans les chapitres généraux de la théorie économique, ceux visant à la compréhension générale des interactions économiques, qu'elles soient « macroéconomiques » ou « microéconomiques », l'entreprise est le plus souvent réduite à sa plus simple expression. Elle ne fait que s'adapter quelque peu mécaniquement aux signaux du marché : « le marché domine l'entreprise », même si elle peut avoir quelque latitude pour s'en affranchir si sa taille, par exemple, lui confère justement ce qu'on appelle un « pouvoir de marché ».

C'est dans des chapitres du savoir plus spécialisés - comme celui de la réflexion sur les contrats qui nourrit largement l'économie de l'entreprise proprement dite - que sont abordées les questions centrales de l'organisation. On trouve à l'arrière-plan, entre autre, la question récurrente de la théorie de l'autogestion, développée par exemple par J. Vanek après 1950 : pourquoi observe-t-on des capitalistes louant la force des travailleurs plutôt que des travailleurs louant les services des capitalistes ?

Le questionnement a une dimension historique, une dimension factuelle et une dimension théorique.

Une dimension historique : la forme moderne de gouvernance est éclairée par l'attention à sa genèse et la prise de conscience de ses étapes : émergence d'un marché boursier, instauration de la responsabilité limitée...

Une dimension factuelle : la compréhension des formes actuelles de la gouvernance conduit à mettre l'accent sur le rôle qu'y jouent les actionnaires, la nature de leur engagement, (« créanciers résiduels ») et les formes de leur pouvoir qui s'exerce au travers du Conseil d'Administration, mais corrélativement sur le rôle des dirigeants de l'entreprise et l'évolution des rapports entre les uns et les autres, (avec à l'arrière-plan les formes de rémunération des « managers »).

La dimension théorique : quelle est la nature éventuelle des conflits entre actionnaires, inexistant dans le monde du théorème de Modigliani Miller, mais bien réels dans la pratique ? Quelle est la nature des conflits, eux aussi réels, entre les actionnaires, « shareholders », et les ayants-droits, « stakeholders », au premier rang desquels sont les salariés, fournisseurs de travail mais aussi investisseurs dans un « capital humain » éventuellement « spécifique » ? Les formes actuelles de la gouvernance permettent-elles de d'instiller la dose de coopération souhaitable pour résoudre les dits conflits de manière satisfaisante ?

ROMAIN LAUFER, *Théories du management de l'entreprise.*

Parler de théorie du management soulève quatre questions : une question de mot (pourquoi management et pas gestion ou administration ?), une question de concept (quel est le sens de la notion d'entreprise ?), une question de méthode (de quel type de théories s'agit-il ?), une question historique (en quoi le fait de traiter de théories du management peut être considéré comme caractérisant l'actualité du droit de l'entreprise ?).

Une première partie sera consacrée à la clarification de ces quatre questions en montrant que l'usage du mot management engage la question des spécificités de l'histoire institutionnelle de la langue française, que la notion d'entreprise est liée à la notion d'incertitude et au statut institutionnel de celle-ci, d'où il résulte qu'il s'agira par conséquent de traiter du management dans le cadre d'une théorie des institutions, théorie qui devra permettre de comprendre pourquoi le management joue désormais un rôle important dans l'actualité du droit de l'entreprise.

Une deuxième partie présentera une manière opérationnelle fondée sur *la notion de système de légitimité* de décrire l'histoire des institutions de la modernité, histoire qui permet de suivre les mutations du statut institutionnel du management, tant aux Etats-Unis qu'en France, et de montrer à chaque fois les liens étroits qui associent cette histoire à l'histoire du droit.

Une troisième partie tentera de tirer les conséquences de cette analyse historique quant à la confusion croissante du droit et du management qui caractérise la période actuelle.

GUNTHER TEUBNER, *La constitutionnalisation de l'entreprise.*

Quelle est la particularité de l'imbrication des codes d'entreprise privés et publics ? Cette interaction reflète non seulement des tendances à la juridicisation, mais aussi à la constitutionnalisation. Ensemble, ces deux types de codes d'entreprise représentent les prémices de constitutions spécifiques d'entreprise transnationales conçues comme des constitutions au sens strict. Cet argument se fonde sur un concept de constitutionnalisation qui n'est pas limité à l'Etat-nation mais qui implique que des ordres sociétaux non-étatiques développent aussi des constitutions autonomes dans des circonstances historiques particulières.

Nous proposons de démontrer que les codes d'entreprise présentent des fonctions, des structures et des institutions propres à de véritables constitutions :

1. Dans la mesure où les codes d'entreprise 'publics' et 'privés' juridicisent les principes fondamentaux d'un ordre social et établissent en même temps des règles d'auto-limitation, ils remplissent des fonctions constitutionnelles centrales.
2. Caractérisés par leur double réflexivité et leur métacodage binaire, les deux types de codes développent de véritables structures constitutionnelles.
3. En tant qu'institutions constitutionnelles, les deux codes ne forment pas une hiérarchie de constitutions publiques et privées mais une relation ultracyclique de réseaux qualitativement différents de normes constitutionnelles.

MARIE-ANGE MOREAU, *Mobilité des travailleurs et des entreprises en droit européen.*

Depuis les années 90 le droit communautaire a identifié les tensions existantes entre les exigences de protection des travailleurs venant des modèles nationaux des Etats membres, la libre circulation des travailleurs –puis des personnes dans l’union européenne, enfin des libertés.

Depuis les années 2000, ce cadre juridique qui n’a cessé de renforcer la libéralisation des activités économiques a permis le développement sans précédent des « groupes de dimension communautaires », des entreprises transnationale se développant au plan mondial grâce aux profondes mutations liées à la globalisation de l’économie, sa financiarisation et la révolution numérique . L’emprise des libertés économiques, les encouragements aux libres circulations des entreprises et des travailleurs sont structurées par le droit. Il en résulte des tensions entre travailleurs/citoyens/migrants, qui n’arrêtent en rien la multiplication des stratégies d’implantation, d’organisation et de développement des entreprises au plan transnational et ne sont pas limités par une politique sociale cohérente au niveau de l’Union.

En 2014, la confrontation des règles juridiques qui favorisent ces mobilités des entreprises et de leurs activités économiques annihilent aussi les freins créés par les protections sociales : les protections sociales sont en voie de réduction dramatiques, telle une peau de chagrin (I).

La création d’un espace transnational permettant la mobilité des travailleurs ne conduit pas à la construction juridique de résistances suffisantes pour garantir la protection des travailleurs dans l’Union européenne, alors même que l’impact de la transnationalité transforme directement ou indirectement les relations d’emploi , dans l’Union européenne comme ailleurs : les résistances provenant des acteurs et des règles juridiques sont alors des gouttes d’eau dans un océan qui n’est orienté que par les objectifs propres aux stratégies d’entreprises (II) .

Aussi, en analysant l’emprise réduite du droit sur les relations de travail transnationales à travers la question des mobilités, on constate que l’impact de la transnationalité conduit à un changement de paradigme obligeant à repenser la figure de l’employeur et l’espace juridique transnational, tel que construit par l’Union européenne.

I –La peau de chagrin : l’emprise du droit réduite par les stratégies des entreprises transnationales dans l’Union européenne

- 1-1 – L’emprise juridique dans les secteurs mondialisés : l’exemple des compagnies d’aviation low cost et du secteur maritime.
- 1-2 Les chaînes globales de sous-traitance soumises au droit contractuel : l’absence de droits collectifs au plan transnational
- 1-3 La négation du droit applicable aux détachements des travailleurs par le recours au self-employment
- 1-4 La conception territoriale de l’employeur en question

II- Les gouttes d'eau : les résistances du droit de l'Union européenne en voie de dilution

-Les mobilisations des acteurs au plan européen et transnational insuffisantes (CEE, FSI, CSI).

-Des paradoxes constants dans la politique européenne liés à la construction de l'Europe sociale puis à sa déconstruction.

2-1 – Le refus de mobiliser la Charte des droits fondamentaux pour renforcer la protection des travailleurs et des migrants malgré la mobilisation du CEDS.

2-2 Le bilan de la révision de la directive détachement : un consensus autour de la fraude et le refus d'un droit transnational relatif à la mobilité des travailleurs.

2-3 L'adoption d'une directive sur les régimes de retraite complémentaires : une surprise limitée en faveur des travailleurs intégrés.

Des tensions constantes autour de la dimension sociale du travail occultées par la construction de la citoyenneté européenne.

SAMUEL JUBE, *De quelle entreprise les normes comptables internationales permettent-elles de rendre compte ?*

Rendre compte de l'entreprise est une lourde responsabilité que cherchent à encadrer les normes comptables pour en affiner les conditions. Ce que l'on désigne ici par « normes comptables » mérite d'être précisé. Depuis les débuts de son histoire, la comptabilité a fait l'objet de nombreuses prescriptions, mais ce n'est qu'au 20^{ème} siècle qu'on a commencé à vouloir normaliser les comptes tenus et fournis par les entreprises dans un but de comparaison transversale, entre entreprises d'un même secteur d'activité ou d'un même territoire. Cet objectif de comparabilité des comptes a suscité, aux plans national puis international, l'adoption d'un nouveau type de prescriptions, mettant en retrait la dimension verticale du rapport entre le débiteur et le créancier de l'obligation de rendre compte, pour s'attacher à la dimension horizontale du rapport entre l'entreprise et les autres entités avec lesquelles elle est mise en comparaison.

A la base de ce vaste mouvement de normalisation se trouve la promesse d'une représentation enfin objective de l'entreprise ; non plus l'image que veut en donner le responsable, mais une représentation juste et vraie permettant de saisir directement l'entreprise dans sa substance économique.

Les normes comptables internationales sont la pointe avancée de cette quête d'objectivité, cherchant à écarter non seulement la subjectivité du chef d'entreprise, mais également les biais que génère la prise en compte de formes juridiques jugées trop éloignées de la réalité économique. Les enjeux sont ici considérables puisqu'il s'agit, au plan international, de fonder la confiance et d'instituer la commensurabilité de nos échanges en marge des cadres juridiques.

Pour en saisir la portée, il est nécessaire d'interroger cette image objective de l'entreprise. Notre contribution visera à démontrer qu'il s'agit d'une entreprise sans actionnaire ni personnel, réduite à un ensemble d'unités génératrices de trésorerie. L'adoption d'une telle représentation n'affecte pas seulement l'information financière fournie aux investisseurs. Elle bouleverse en profondeur la responsabilité de l'entreprise.

MARTIN COLLET, *Quelle fiscalité pour les entreprises transnationales ?*

De nombreuses études révèlent que les plus grandes entreprises transnationales échappent aujourd'hui très largement au paiement de l'impôt dans les États sur le territoire desquels se concentrent pourtant leurs activités les plus rémunératrices. Ce phénomène est particulièrement flagrant dans le secteur de l'économie numérique où des entreprises telles que Google, Apple ou Facebook pratiquent des politiques d'« optimisation fiscale » d'une efficacité sans doute jamais atteinte auparavant.

Or, tout en offrant de nouveaux défis aux autorités fiscales nationales, ces pratiques sont surtout révélatrices de plusieurs transformations majeures de l'entreprise, dont elles constituent une sorte de miroir. Mon intervention consistera ainsi à présenter certaines de ces pratiques que le droit fiscal contemporain peine à appréhender, en me concentrant sur trois séries de constats, tirés des comportements des entreprises de l'économie numérique.

I/ Les modes de création de valeur

La valeur créée par les entreprises de l'économie numérique repose de manière ultra dominante sur des éléments d'actifs incorporels, qui soulèvent de sérieuses difficultés d'évaluation (et, partant, de taxation). C'est tout particulièrement le cas d'un actif spécifique à l'économie numérique : celui constitué par le « travail gratuit » (P. Collin, N. Colin) fourni par les utilisateurs de services Internet, qui alimentent les bases de données des entreprises avec des données personnelles qui sont ensuite exploitées avec force profit.

II/ Les modes d'organisation de l'entreprise

L'optimisation fiscale (*Tax planning*) est un phénomène qui concerne l'ensemble des entreprises multinationales. La spécificité des entreprises du numérique est que, pour la plupart d'entre elles, elles intègrent dès leur formation un objectif d'optimisation, en s'efforçant de localiser leurs différentes activités en fonction de considérations fiscales. Je présenterai quelques uns des schémas les plus fréquemment rencontrés.

III/ Les modes de rétribution des investisseurs

Le dernier défi auquel est confronté le droit fiscal tient au mode de rémunération des actionnaires qui, bien souvent, écarte la logique habituelle de la distribution de dividendes pour privilégier la perspective de plus-values de cession des titres, ou bien – comme Apple – en préférant servir des dividendes grâce au recours à l'emprunt plutôt qu'en piochant dans la trésorerie (pour des raisons fiscales).

JORGE E. VIÑUALES, *L'Etat face à la protection internationale de l'entreprise.*

Le cadre juridique international de protection de l'entreprise qui opère à l'étranger – ce que le droit appelle un 'investisseur étranger' – a profondément changé dans les deux dernières décennies. Ce changement s'est opéré au travers de deux instruments, à savoir (i) les mécanismes de règlement de litiges, et (ii) le droit qui en découle. Il est remarquable que ces deux instruments existaient déjà depuis longue date. Le changement doit donc être recherché non pas à la surface mais dans le fonctionnement même de ces instruments. Un changement 'dans' le système a atteint une ampleur telle que certains n'hésitent pas à parler d'un changement 'du' système, un changement qui s'avance juridiquement masqué.

Pour comprendre ce changement et ses implications pour l'Etat, il faut donc retracer l'évolution conceptuelle propre à chaque instrument. En ce que concerne les mécanismes de règlement de litiges, le changement fondamental se situe sur deux plans, à savoir l'accès à des tribunaux arbitraux internationaux fondés sur un traité et la possibilité juridique d'éviter (par voie d'un accès direct mais aussi d'un choix relatif au type de demande) les tribunaux nationaux, même quand ils ont été choisis contractuellement. Quant au droit découlant de ces mécanismes, il est caractérisé par une déconnection entre des traités formulés de manière très générale et une jurisprudence extrêmement casuistique mais présentant un trait général: un recul des concepts juridiques coutumiers exprimant la souveraineté de l'Etat au profit de clauses de traités vagues dont le contenu est souverainement décidé par des tribunaux éphémères.

Dans ce cadre, l'Etat doit faire face à une protection internationale de l'entreprise beaucoup plus astreignante que celle que le droit interne des Etats (importateurs ou exportateurs de capitaux) n'en offre aux entreprises nationales mais aussi que celle que le droit interne et international n'en offre au individus en tant qu'êtres humains. Curieux cadre que celui qui, sous couvert d'une surface restée fondamentalement la même, offre dans son fonctionnement concret un niveau de protection des entreprises supérieur à celui des droits de l'homme et parfois en dissonance avec ce dernier.

MONIQUE CHEMILLIER-GENDREAU, *L'entreprise est-elle soumise aux normes du droit international public ?*

Le statut juridique de l'entreprise multinationale en droit international est un point aveugle de la théorie juridique qui permet que cet acteur considérable des relations internationales économiques échappe aux normes qui sont censées régir l'espace où elle se déploie pourtant. Du fait même de l'état du droit (règles de l'UE, droit de l'OMC, accords d'investissement de différents niveaux), la liberté d'entreprendre, et plus précisément d'investir, s'applique aujourd'hui non plus dans chaque espace national, mais dans un espace beaucoup plus vaste, celui du monde. Cela est toutefois à nuancer en raison du rapport de forces entre les États, les uns ayant le pouvoir d'exercer un véritable contrôle sur les entreprises étrangères, les autres étant trop faibles pour leur opposer quelque contrainte que ce soit.

Ainsi, non seulement n'y a-t-il pas actuellement un corpus de règles uniformes s'appliquant à l'égard des entreprises multinationales quel que soit le lieu de leurs activités, mais encore, ces entreprises échappent-elles à la simple application du droit international dans ses différentes branches : droit des droits de l'homme, droit humanitaire, droit international de l'environnement, droit social international). Le dogme classique selon lequel le droit international n'a d'effet qu'entre les États permet cette situation.

De ce fait sont en suspens sans réponse juridique claire, les questions de la nature juridique de ces entreprises (sont-elles des sujets du droit international ?) et du droit qui leur est applicable. L'absence d'une convention internationale sur ce sujet, le peu d'avancées de la jurisprudence et la complicité des États jouent en faveur du maintien d'une situation gravement préjudiciable aux personnes et à l'environnement.

Les engagements à ce sujet pris par les entreprises elles-mêmes à travers leurs codes d'éthique ou le Pacte mondial, sont considérés du point de vue de l'analyse juridique comme « non contraignants » et ne sont donc pas de nature à assurer la protection des droits qui ne peut résulter que d'une norme à valeur juridique.

RENATE HORNING DRAUS, *Le modèle allemand.*

Introduction: Les fondements historiques de l'entreprise allemande:

- tissu industriel créé fin du 19^{ème} siècle
- importance de l'entreprise familiale de taille moyenne, mais très internationale
- pour les grandes entreprises: actionnariat stable, double rôle des banques comme actionnaires et créanciers à la fois.

1. La coopération entre travailleurs dans les entreprises allemandes repose sur trois piliers:

- le comité d'entreprise
- la codétermination dans le conseil de surveillance
- la négociation collective sectorielle

Traits caractéristiques:

Interdépendance de ses trois piliers. Consensus sur l'économie de marché et le principe de partenariat social (esprit constructif, loyauté envers l'entreprise). La discipline collective l'emporte sur l'individualisme. Contexte politique après la Deuxième guerre à l'origine de la législation actuelle.

2. Les défis de l'intégration européenne

2.1. Individualisation des droits: les directives contre la discrimination érodent le pouvoir du CE

2.2. La jurisprudence de la CJE sur la liberté d'établissement déstabilise le système de la Mitbestimmung (arrêt *Überseering*, 2002 etc...)

2.3. Le Statut de la Société européenne met sous forte pression le droit de l'entreprise en Allemagne

2.4. La nouvelle jurisprudence allemande du BAG sur la "Tarifeinheit" (inspiré par la tendance générale de l'individualisation) risque d'affaiblir encore plus le système de négociation collective allemand qui repose sur le principe d'adhésion volontaire et de non-extension des conventions. Malgré les succès du dialogue social dans la crise de 2008, le taux d'adhésion des entreprises aux conventions collectives ne cesse de baisser.

3. Défis de la mondialisation

3.1. Le visage de la mondialisation a changé: l'image de la grande multinationale du nord avec sa chaîne de sous-traitants PME du sud n'est plus correcte.

- PME du nord de plus en plus internationalisées et avec des fournisseurs du sud nettement plus larges qu'elles-mêmes
- flux d'investissements sud - nord en croissance accélérée (Chine, Inde etc. vers l'Europe)
- flux d'investissements sud - sud devenus très importants

3.2. La dominance des Etats-Unis dans l'économie mondialisée

- contrats commerciaux de droit US (law firms mondialisées)
- règles comptables internationales suivent les règles US
- importance grandissante de l'ISO poussée par l'US: remplacement du droit par des normes "commerciales"
- exportation du système US des relations industrielles - très conflictuel, pas compatible avec le principe de partenariat social en Allemagne
- extra-territorialité du droit US: Dodd Frank Act (conflict minerals), Sarbanes Oxley Act, règles de la SEC

3.3. Les limites de l'autorégulation RSE des entreprises transnationales:

- puissance de l'entreprise sur les sous-traitants pour imposer ses principes de RSE n'est pas toujours donnée
- RSE ne peut pas compenser l'échec des états à faire appliquer leur lois ou à transposer le droit international
- RSE contaminée par une approche formaliste: risque de cauchemar bureaucratique sans trop d'effets sur le terrain
- quid des chaînes de sous-traitance sud-nord et sud-sud?

4. Quelques réflexions personnelles pour conclure: le modèle d'entreprise Européen, peut-il survivre à la mondialisation?

Le vide institutionnel au niveau international est en train d'être rempli par l'extension du système US. Si l'Europe veut sauver sa tradition spécifique d'entreprise et de dialogue social, elle doit construire une politique (économique) internationale indépendante qui sert à défendre ses propres intérêts. Elle doit renforcer ses liens politiques avec les pays qui lui sont proches culturellement: la Russie surtout, mais aussi les autres pays de l'Europe orientale et de l'Asie centrale.

L'idée de développer un droit international social applicable directement aux entreprises mène dans l'impasse. Etant donné que la mondialisation n'est plus une voie à sens unique nord-sud, il faut développer les états du sud pour qu'ils ne finissent pas par détruire les traditions européennes.

Il faudrait plutôt renforcer l'application du droit international par les états mêmes. Pour cela, il faut développer une politique internationale - que ce soit au niveau multilatéral ou dans les

rapports politiques bilatéraux - qui motive et rend capables les états à prendre au sérieux la création de structures étatiques pour faire appliquer les lois, le développement des infrastructures juridiques, physiques et technologiques nécessaires pour le développement économique et social dans leurs pays.

L'OIT, la seule organisation mondiale, où la tradition européenne se trouve institutionnalisée par sa structure tripartite, devrait être revalorisée dans ce contexte.

SIMON DEAKIN, *Le modèle anglo-américain.*

L'entreprise est devenue aujourd'hui un facteur d'insécurité pour les travailleurs, de concurrence déloyale entre les Etats, et de risques pour la santé physique et psychique des personnes. Ce développement est lié à la financiarisation des entreprises, c'est-à-dire, à l'idée que le seul but de l'entreprise est la maximisation de la valeur actionnariale. Dans le domaine du droit, il est la conséquence de l'incomplète et inadéquate théorie juridique de l'entreprise. Parce que l'entreprise n'a pas d'existence propre en droit, les notions juridiques qui organisent et dirigent le droit commercial ne peuvent pas contrôler les tendances de l'entreprise contemporaine. Mais on peut imaginer une évolution, ou réorientation, du droit de l'entreprise.

La théorie de l'agence et la théorie financière justifient la primauté actionnariale par la logique de la minimisation des coûts de transaction et l'allocation efficiente des ressources dans la macroéconomie. Mais ce n'est pas une théorie juridique. Même dans les pays de la common law, le droit commercial reconnaît très clairement que l'entreprise n'est pas la propriété des actionnaires. Tous les systèmes acceptent la notion fondamentale de la capacité unique de l'entreprise comme société, c'est-à-dire, une entité distincte, qui n'est pas réductible aux intérêts des actionnaires.

Sous l'influence de la théorie de l'agence, nous avons oublié que l'entreprise fonctionne par la logique des biens communs. Comme dans le cas des autres biens communs, la gouvernance de l'entreprise devrait se reposer sur les normes qui limitent l'exploitation des ressources collectives. Nous avons besoin d'un nouveau droit de l'entreprise qui pourrait stimuler des solutions aux grands problèmes d'action collectives de nos jours.

STEFANO MANACORDA, *La dynamique des programmes de mise en conformité des entreprises.*

Problématique

Le thème de la responsabilité de l'entreprise pour des infractions pénales, renversant l'ancien adage *societas delinquere non potest* et apparaissant aujourd'hui comme l'un des aspects de plus grande complexité d'un droit pénal dit post-moderne, est étroitement lié aux hypothèses de départ du Colloque.

Par la généralisation des *compliance programs*, qui a eu lieu dans la dernière décennie, l'entreprise verra sa responsabilité atténuée (en termes de typologie et gravité des sanctions susceptibles d'être appliquées) ou écartée (par le biais de la reconnaissance d'une excuse ou par le défaut des critères minimaux d'imputation) dès lors qu'elle dispose de règles internes adéquates pour la prévention de l'infraction et qu'elles sont correctement mises en œuvre

Une telle évolution se rattache à la dimension de la *corporate governance* et s'inscrit dans le sillage de la responsabilité dite sociale et de l'autorégulation, où la norme privée concourt avec la norme publique à la définition du cadre juridique de l'entreprise. Elle est également intimement liée à l'hypothèse de la globalisation, certaines législations internes ainsi que les règles internes de fonctionnement des entreprises multinationales contribuant à diffuser les *compliance* à l'échelle planétaire.

A partir d'un tel constat, il est toutefois possible de mettre en exergue l'ambivalence qui traverse caractérise à la fois la nature globale (qui risque de devenir impériale) et la nature contraignante (qui risque de devenir auto-régulative) d'un tel système de la responsabilité.

Du droit global au « droit impérial »

Sur le plan de l'effectivité de l'interdit juridique et des mécanismes de contrôle, la responsabilité pénale de l'entreprise constitue le *dépassement indispensable d'une certaine anomie* concernant les formes organisées, structurées et systémiques de commission d'infractions et dans ce sens elle représente une évolution largement positive des systèmes pénaux. La criminalité d'entreprise de très large envergure – en matière de corruption, de fraude fiscale, de pollution et de mise en commerce de produits nuisibles pour la santé, pour ne citer que les exemples principaux – ne peut être contrecarrée qu'un faisant recours à la *corporate liability*.

Cependant, une surpénalisation de l'activité d'entreprise est également à craindre. La question bien connue des destinataires effectifs des sanctions se pose : petits actionnaires, travailleurs, créanciers, peuvent tous subir les conséquences des amendes ou des confiscations appliquées à l'entreprise.

Aujourd'hui, cependant, c'est surtout le *risque de l'imposition d'un modèle normatif d'organisation de l'entreprise et de conception du droit punitif*, fortement inspiré par l'expérience anglo-saxonne, qui surgit. Un tel aspect apparaît notamment en raison de la portée extraterritoriale des principales lois en matière anticorruption (le *Foreign Corrupt Practices Act* adopté par les Etats-Unis et le *Bribery Act* du Royaume-Uni), ainsi que des initiatives plus récentes concernant la fraude fiscale (voir le programme unilatérale du Département de la justice américain à l'intention des banques suisses), toutes axées sur l'adoption et la mise en

œuvre de règles de conformité. Le droit international se fait également le vecteur de telles initiatives, à la fois par la mise en place d'espace de négociation (tel que le *Global Compact*) et par la reconnaissance de mécanismes de sanction (tel que le *debarment system* de la *World Bank*). Le danger étant de voir glisser le droit de sa dimension globale et universelle vers une dimension « impériale », dans laquelle quelques Etats joueraient le rôle de gendarmes mondiaux, profitant aussi des énormes montants des sanctions financières applicables aux entreprises étrangères.

Du droit punitif à « l'autorégulation pénale »

Sur un plan théorique, la *corporate liability* fondée sur les *compliances* constitue une avancée remarquable par rapport aux systèmes dits de responsabilité par ricochet, tel que celui adopté en France depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1992, dans lesquels l'entité collective dérive automatiquement sa responsabilité de l'organe ou représentant. Il s'agit en effet d'un mécanisme *fortement inscrit dans la logique de la culpabilité* et donc respectueux d'un des piliers centraux de la pénalité. C'est une reproche 'personnelle' celle qui peut être faite à la personne morale défailante, en raison du fait qu'elle n'a pas adopté ou n'a pas correctement appliqué un programme de conformité qu'elle même a choisi.

Le risque c'est toutefois d'un basculement vers un modèle d'organisation de l'entreprise où la culture de la gouvernance finit par primer sur toute autre règle, y compris étatique et pénale. Par l'entrée en jeu de l'autorégulation dans le domaine du pénal, le droit répressif par excellence devient d'ores en avant une variable dépendante de l'attitude normative de ses destinataires. C'est donc par un jeu de substitution de la règle privée à la règle publique, par la *privatisation et flexibilisation de la règle pénale*, aujourd'hui largement renforcées par la diffusion des *non deferral prosecution agreements* qu'une négociabilité de la norme punitive, une sorte de contractualisation du droit pénal, semblent annoncer.

Conclusion

Alors que le droit impérial semble annoncer l'émergence d'un droit ultra-répressif et unilatéralement déterminé par certains Etats, l'autorégulation punitive peut laisser craindre un affaiblissement des mécanismes de contrôle, remplacés désormais par les règles propres à l'entreprise.

Partagé entre ce jeu de tensions, le système de responsabilité pénale de l'entreprise fondé sur les *compliances programmes*, tout en étant en plein essor, semble encore à la recherche de son point d'équilibre.

JACQUES MESTRE, *Gestion, informations et responsabilité des dirigeants.*

La responsabilité des dirigeants sociaux est traditionnellement appréhendée de manière juridiquement classique : faute, préjudice, lien de causalité.

Les distinctions qu'elle emporte sont elles-mêmes classiques : par exemple, faute dans un cadre interne et faute considérée à l'égard des tiers

Cependant, quelques approches sont plus intéressantes, plus révélatrices de ce qu'est le dirigeant, de ce que sont les associés, de ce qu'est l'intérêt social ...:

- l'exercice *ut singuli* de l'action sociale.
- la distinction entre préjudice social et préjudice personnel de l'associé

Sous l'angle de ce colloque, et sous la bannière retenue cette matinée de « pouvoir et responsabilité dans l'entreprise », essayons, sinon d'inverser les perspectives, du moins de tenter de voir ce que révèle la responsabilité des dirigeants sociaux.

A cet égard, la responsabilité des dirigeants sociaux nous apparaît comme doublement révélatrice :

- elle révèle la spécificité du pouvoir de gestion ;
- elle révèle la généralisation d'une exigence de transparence.

Deux directions qu'on pourrait qualifier de complémentaires : autonomie juridique, oui, mais dans la transparence !

Autre élément que nous reverrons, et qui fait lui-même référence à un autre aspect de ces Journées, l'aspect « globalisation » : la responsabilité des dirigeants n'est pas uniquement une question d'ordre technique, elle représente aussi un enjeu important d'attractivité pour un pays dans la compétition internationale ! Les dirigeants y sont, en effet, très sensibles lorsqu'ils sont amenés à faire des choix de localisation de leur entreprise.

I. LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS REVELE LA SPECIFICITE DU POUVOIR DE GESTION

Il est des domaines où le droit de la responsabilité perd sa rigueur habituelle et s'adoucit donc –on pourrait presque dire, revêt une plus grande humanité ! -, pour tenir compte de facteurs ou de circonstances particuliers : par exemple, le sport (acceptation des risques), les incertitudes du futur (principe de précaution), l'imprévisibilité des faits (force majeure). La gestion des dirigeants se rattache d'une certaine manière à ces hypothèses (A), mais avec cependant des limites qui mettent en relief la complexité plurielle d'une entreprise (B).

A. UNE EXCEPTION GENERALE DE GESTION

Gérer une entreprise, c'est nécessairement prendre des risques. D'où pour le dirigeant le bénéfice d'un principe de liberté et, dans le prolongement, d'une « exception de gestion » lorsque sa responsabilité se trouve recherchée.

Exception très marquée dans certains droits étrangers : ainsi, les Principes de Corporate Governance, adoptés par l'American Law Institute (d'où la grande attractivité de l'Etat du Delaware); les dispositions légales prises en Allemagne en 2005. Ici, la bonne foi du dirigeant et l'absence d'intérêt personnel poursuivi pèsent très lourd en sa faveur lorsque sa responsabilité se trouve recherchée en justice.

Le point du droit français : étude de la jurisprudence (prise de risques avec la mono-dépendance à l'égard d'un partenaire, constitution de réserves, aliénation d'éléments d'actif...). Une position assez favorable au dirigeant, mais cependant moins structurée que dans d'autres pays.

B. MAIS DES LIMITES LIEES AU PLURALISME DES INTERETS EN PRESENCE

Respect des shareholders et des stakeholders

Responsabilité envers les associés

Responsabilité envers les tiers, et notamment les créanciers (procédures collectives)

Envers le partenaire contractant de la société

II. LA RESPONSABILITE REVELE AUSSI LA PROGRESSIVE GENERALISATION D'UNE EXIGENCE DE TRANSPARENCE

Phénomène très intéressant à observer : la transparence a toujours été au cœur du droit des sociétés cotées, en raison de la sollicitation de l'épargne publique (A). Or elle a gagné très fortement aujourd'hui celui des sociétés non cotées, dans un souci d'équilibrer les pouvoirs du dirigeant (B).

A) LA TRANSPARENCE REQUISE DANS LES SOCIETES COTEES

1°) La responsabilité découlant de l'absence de transparence

Affaire Wendel/Saint Gobain, affaire Hermès/LVMH

2°) La responsabilité découlant d'une fausse transparence

Articles 223-1 et s. et article 632-1 du Règlement général de l'AMF

Information privilégiée, exigence d'exactitude ; de précision et de sincérité

Préjudice souffert par les actionnaires

La transparence devient ainsi une véritable règle de bonne gouvernance dans les sociétés cotées : cf. le Code AFEP-MEDEF (révélation des conflits d'intérêts, transparence sur les rémunérations...).

B) LA GENERALISATION DE L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE A LA CHARGE DES DIRIGEANTS

Jurisprudence traditionnelle sur l'information partagée entre administrateurs.

Développement considérable du devoir de loyauté pesant sur le dirigeant cessionnaire de droits sociaux.

Développements législatifs récents : loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, instaurant une obligation d'informer le CE sur « les orientations stratégiques de l'entreprise », loi n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, instituant une exigence d'information des salariés sur l'éventuelle fermeture d'établissement.

Une juste contrepartie : le droit à la transparence consacré au profit du dirigeant sujet à révocation (Com., 16 avril 2013) !

FREDERIC GEA, *Pouvoir et responsabilité en droit du travail.*

Cette problématique, qui n'a cessé d'affleurer dans les discours en et sur le droit, au sein de cette branche / discipline éminemment relationnelle qu'incarne le droit du travail, sera envisagée dans le cadre de cette contribution sous un angle essentiellement paradigmatique.

C'est tout d'abord un modèle – un paradigme, donc – qui sera présenté et discuté : celui auquel semble s'être adossée une représentation des prérogatives de l'employeur dans une entreprise donnée, représentation qui cependant jamais ne fit véritablement consensus - loin s'en faut. Un paradigme « institutionnaliste » qui joua (et joue encore) un rôle essentiel dans les développements du droit du travail français, mais en se heurtant à des objections, et en butant sur ce que l'on peut désigner comme des « anomalies », d'un point de vue épistémologique.

Dans un contexte de transformations de l'économie et de l'entreprise (financiarisation, dématérialisation, *etc.*), sur fond de globalisation, la discussion s'est, il faut le reconnaître, depuis quelques années, totalement régénérée. S'ingéniant par des voies multiples, quoiqu'insuffisantes, à identifier le (véritable) « décideur », à des fins d'imputation d'actes voire de dommages qui affectent, entre autres, l'emploi comme la santé des travailleurs, notre droit du travail apparaît en quête, pour ainsi dire, d'une nouvelle « grammaire » susceptible d'ouvrir sur une approche, non plus unitaire ou monolithique, mais pluraliste, des pouvoirs et responsabilités. Au-delà de - voire par-delà - l'entreprise... Et pourtant, dans le même temps, la figure de l'entreprise se découvre, à la faveur d'une série d'évolutions du droit positif, une nouvelle jeunesse, par lesquelles elle paraît se renouveler. C'est que la discussion, loin d'être dépassée, ne cesse de sévir, de s'intensifier même, à l'image des enjeux qui lui sont attachés, donnant ainsi à voir un droit du travail à la recherche de son identité.

JEAN-PHILIPPE RÔBE, *Loi Florange : fermeture de site et procéduralisation du pouvoir de l'entreprise.*

Le thème de la responsabilité sociale (ou sociétale, peu importe) des entreprises a déjà fait couler beaucoup trop d'encre. Il est le symptôme d'un malaise face à une apparente impossibilité pour notre système juridique de faire en sorte que les entreprises fonctionnent conformément aux attentes sociales. On voudrait que le progrès technologique et que les gains de productivité profitent à tous ; ce sont les inégalités qui s'accroissent. On voudrait que l'activité économique ne conduise pas à la destruction de notre environnement naturel ; c'est le bouleversement climatique qui nous menace. On voudrait que la charge fiscale soit justement répartie ; c'est l'optimisation fiscale qui permet à ceux qui sont les mieux intégrés dans l'économie globale d'échapper en tout ou partie à l'impôt. On voudrait que l'État et les divers organismes sociaux disposent de budgets leur permettant de remplir pleinement leurs missions ; c'est la dette publique qui explose.

Nous sommes face à un problème de gouvernement. Le mode actuel de gouvernement d'entreprise génère des problèmes sociaux, environnementaux et fiscaux auxquels le mode de gouvernement de l'État (des États, du « Système des États ») n'arrive pas à répondre.

La voie d'une réforme en profondeur du gouvernement d'entreprise semble bloquée par l'extraordinaire succès remporté par les promoteurs de la « théorie de l'agence ». Ils ont réussi ce tour de force de faire penser que la question du gouvernement de l'entreprise n'est qu'un problème de relations entre actionnaires et mandataires sociaux. La thèse est simple, limpide, inattaquable dans son apparente évidence : les actionnaires sont propriétaires des entreprises ; les mandataires sociaux gèrent donc la propriété d'autrui, les actionnaires. Ils doivent donc gérer les entreprises dans l'intérêt de leurs propriétaires, les actionnaires. Et pour être bien sûr qu'ils le fassent, on va aligner leur rémunération sur des indicateurs comptables ne prenant en compte que la promotion de l'intérêt des actionnaires. La méthode la plus simple consiste en l'attribution de stock-options : on donne aux dirigeants des options d'achat exerçables dans le futur sur des actions émises par la société dont ils sont mandataires sociaux (ou cadres) à un prix fixe. Si le prix de l'action baisse ou stagne, ils n'ont aucun intérêt à exercer leurs options. Si le prix monte, ils achètent les actions au prix bas qui leur a été accordé ; ils les revendent immédiatement au prix fort qu'ils ont contribué à atteindre et ils empochent immédiatement la différence.

Ce micro-dispositif est puissant. Il pousse bien sûr aux manipulations comptables, à la « réduction des coûts », notamment par leur externalisation (sur la période courte entre la date d'émission des options et la date à laquelle elles peuvent être exercées). Il incite à l'« optimisation fiscale », c'est-à-dire à structurer juridiquement l'activité de l'entreprise de manière à ce que son activité soit la moins taxée possible. Il ne donne aucune incitation à investir dans des projets qui porteront leurs fruits après la date d'exercice des options. Il pousse à la prise de risques (environnementaux, etc.), qui se matérialiseront après la levée des options etc.

Qu'un tel mode de gouvernement des entreprises aboutisse à des désastres ne devrait dès lors pas surprendre. Tout est fait pour que le dispositif pousse à l'accroissement de la constatation comptable de résultats en *externalisant* au maximum les *coûts* de la production sur les tiers et l'environnement social et naturel. L'entreprise qui échappe à une loi sociale protectrice en délocalisant ou sous-traitant externalise ainsi le coût de la protection et le fait supporter par ceux qui ne bénéficient pas, et par ceux qui ne bénéficient plus, de la loi protectrice. L'entreprise qui « optimise » sa charge fiscale fait supporter (à services publics constants) le poids de l'impôt sur d'autres ; ce qui, bien sûr, fini par entraîner une baisse des services publics.

La théorie de l'agence est une idéologie entraînant un immense effort quotidien, généralisé, d'externalisation des coûts, au niveau de chaque entreprise soumise à cette contrainte de gestion, avec des effets consolidés absolument dévastateurs. A tel point qu'il n'est pas sûr que notre planète y survive...

Il s'agit bien là d'une idéologie car il se trouve que les actionnaires ne sont tout simplement pas propriétaires des entreprises (voir *Pour en finir avec Milton Friedman – Misère de la théorie de l'agence*). Ils ne sont propriétaires que des actions émises par les sociétés commerciales utilisées pour structurer juridiquement les entreprises. Les actionnaires ne jouent aucun rôle dans la gestion des affaires sociales : le feraient-ils qu'ils deviendraient « gérants de fait » et donc responsables des fautes de gestion. Et les mandataires sociaux doivent gérer dans l'intérêt social qui est une notion complexe mais en tout cas différente du seul intérêt des actionnaires.

La force de cette idéologie est double. Tout d'abord, elle est simple à comprendre et a des dehors de bon sens. L'entreprise doit bien être la propriété de quelqu'un et qui d'autres que les actionnaires pourraient bien être ses propriétaires ? (En droit, personne n'est propriétaire de l'entreprise ; voir *A qui appartiennent les entreprises ?*) Et puis, surtout, cette idéologie s'appuie sur un droit fondamental : le droit de propriété. Toute atteinte à la relation d'agence sera dès lors analysée comme une atteinte au droit de propriété, à l'un des piliers de notre société. C'est d'ailleurs sur le terrain de l'atteinte au droit de propriété (et de la liberté d'entreprendre) que le Conseil constitutionnel a récemment censuré la « Loi Florange » (la « loi visant à reconquérir l'économie réelle » n°2014-384 du 29 mars 2014).

Le législateur se verrait-il interdire, par le double effet de l'idéologie de la théorie de l'agence et du droit constitutionnel de mettre les entreprises face à leur « responsabilité sociale ». Nous allons voir qu'il n'en est rien.

Tout d'abord, les normes législatives qui viennent affecter le gouvernement d'entreprise ne sont en rien une interférence avec le droit de propriété des actionnaires. Les règles à suivre pour le gouvernement de l'entreprise ne touchent *en rien* la propriété des actionnaires : ils restent entièrement, pleinement propriétaires de leurs actions qui n'ont *en rien* été affectées. La propriété qui se trouve touchée dans la manière avec laquelle elle doit être gérée est celle de la société commerciale, celle d'une personne morale au sein de laquelle les détenteurs de

prérogatives - les mandataires sociaux - ne sont propriétaires de rien mais exercent un pouvoir.

Surtout, la décision du Conseil constitutionnel nous donne l'occasion de montrer la différence que notre droit, même dit « privé », fait entre l'usage d'un droit de propriété et l'exercice d'un pouvoir.

Face au double constat des dysfonctionnements de notre système global de pouvoir et de l'idéologie dominante qui les explique au moins en partie, la décision du Conseil constitutionnel sur la « Loi Florange » nous donne l'occasion d'examiner une tentative du législateur pour faire en sorte que, confrontée à une décision classique de réduction des coûts – la fermeture d'un site de production – l'entreprise soit mise face à sa « responsabilité sociale ». L'intention du législateur a été clairement exprimée par la voix du ministre de l'artisanat, du commerce et du tourisme : « *Nous comprenons le mouvement rapide de l'économie : le besoin pour les entreprises de s'adapter, de se réorganiser, d'être agiles. Mais il y a une contrepartie : ne pas laisser choir les salariés, les sites, les territoires et construire avec eux des solutions nouvelles, à commencer par la recherche d'un repreneur. Oui, l'entreprise a une responsabilité sociale* » (Assemblée Nationale, séance du 17 février 2014).

Pour comprendre ce que la loi change, il faut partir du droit commun de la vente d'un site de production (1). Puis nous verrons que le processus de mise en vente « Loi Florange » constitue une atteinte très importantes aux prérogatives habituelles d'un propriétaire (2). Pour autant, le Conseil constitutionnel n'y trouve rien à redire. Il a simplement sanctionné la possibilité d'imposer une pénalité en cas de non-respect du processus de mise en vente prescrit, ce qui ne l'invalide pas pour autant (3). Nous verrons que se confirme ainsi la double analyse que l'on peut faire de l'entreprise : en termes de droit de propriété et de pouvoirs et que notre législateur, suivi en cela par le Conseil constitutionnel, semble prendre la voie de ce que l'on peut décrire comme une forme de constitutionnalisation de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise. La décision de fermer un site n'est plus une décision subjective. Elle ne peut être décidée qu'après prise en compte des intérêts affectés. Le Conseil constitutionnel, en validant cette atteinte au droit de propriété, nous indique que la procéduralisation du sous-système de pouvoirs qu'est l'entreprise, sa constitutionnalisation partielle, est compatible avec notre système constitutionnel officiel, de droit positif (4).

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, *L'entreprise régulée.*

L'expression même d' « entreprise régulée » peut apparaître comme un contresens : on ne régule qu'un espace qui le requiert en raison de ses défaillances structurelles, et non pas une entreprise qui développe ses activités sur celui-ci.

Mais à la réflexion, il faut parfois « réguler l'entreprise », nécessité qui s'imposera de plus en plus. Cela est impératif lorsqu'une entreprise absorbe l'espace tout entier, parce qu'elle est monopolistique ou parce qu'elle pour projet de devenir le cœur d'un espace crucial, comme l'affirme Google se présentant comme le futur cerveau mondial. D'une façon plus générale, il faut repérer les entreprises « cruciales », dont les banques ne sont qu'un exemple, et organiser, au-delà de la supervision, la régulation directe de telles entreprises.

Cette régulation des entreprises cruciales doit alors prendre la forme d'une présence de la puissance publique et du Politique à l'intérieur de l'entreprise elle-même, afin que l'Etat interfère dans les décisions dont le groupe social subit les conséquences. La régulation peut aller au-delà de la « présence publique », pour prendre la forme du « pouvoir public », l'Etat décidant comme opérateur. Dans de telles conditions de crucialité, la neutralisation de « l'entreprise publique » par le droit de la concurrence doit cesser, l'entreprise publique devant être reconnue comme un instrument de régulation, en distance de la simplicité concurrentielle.

JACQUES FOURNIER, *L'entreprise publique.*

Après avoir souligné le trait fondamental de l'entreprise publique, son caractère hybride, entre l'action publique et le marché, et dit quelques mots de son encadrement juridique, je me propose d'évoquer les trois figures sous lesquelles on peut l'appréhender au vu de l'évolution qu'elle a connue dans notre pays.

Un fleuron dans la panoplie française des acteurs publics

Ses domaines d'intervention (service public, politique industrielle), son mode de gestion (gouvernance, tutelle et autonomie de gestion, rapports avec la société civile).

Une espèce en voie de disparition ?

Pression libérale et construction européenne. Banalisation et suspicion. L'ouverture à la concurrence. Le régime des aides d'Etat. Les privatisations.

Une plante vivace porteuse d'avenir ?

Réponse à la crise actuelle ou future, permanence du service public, renouveau de la politique industrielle, rôle possible en Europe, contribution à un développement post-capitaliste.

OLIVIER FAVEREAU, *La « fin » de l'entreprise privée.*

En 1970, Milton Friedman, dans un article exceptionnellement influent, qui annonce l'entrée dans l'ère de la financiarisation, a proposé une critique frontale du mouvement d'idées aujourd'hui connu sous le label « Responsabilité Sociale et Environnementale ». Il a argumenté la thèse selon laquelle il y aurait là une politisation indue du comportement des managers (d'autant plus choquante qu'ils ne sont pas soumis à la discipline des institutions démocratiques). Ces derniers, se voyant confier l'argent des actionnaires, ont le devoir de le gérer au mieux des seuls intérêts de leurs mandants. En somme, l'entreprise (celle qui est structurée par la SA) apparaît comme une « chose » dont les actionnaires seraient les propriétaires, mais dont ils confient la gestion à des « agents » : les managers. Deux puissantes affirmations sont ainsi avancées en parallèle, se guidant et se soutenant l'une l'autre, même si la 1^{ère} est plus fondamentale que la 2^{nde} :

- (i) dans nos sociétés libérales, l'entreprise appartient à la sphère privée (ce qui ne veut pas dire qu'elle soit exempte de toute contrainte en provenance des pouvoirs publics ; elle doit respecter les lois, payer ses impôts, et accepter l'internalisation de ses externalités négatives. L'entreprise doit se comporter comme toute autre personne privée) ;
- (ii) dans nos sociétés libérales, la finalité de l'entreprise ne saurait être, légitimement et rationnellement, que la maximisation de l'intérêt individuel de ses propriétaires, en l'occurrence la maximisation du profit reversé aux actionnaires.

On reconnaît là le principe de la primauté actionnariale (shareholder value), qui a, sur le plan des principes et des idées, marqué l'ère de la financiarisation, dominante à partir des années 1980, jusqu'à aujourd'hui, où elle se fait seulement et provisoirement plus discrète.

L'axiome selon lequel les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise est essentiel à l'imbrication logique et normative de ces deux affirmations. Or cet axiome est indéfendable, *en droit*, comme l'ont bien vu des juristes rigoureux, en France J.P.Robé (1999).

Ce texte est consacré à l'examen *pour l'économiste* des conséquences théoriques de cette « erreur » au niveau de ces deux affirmations. Noter que cela implique une conception « hérétique » de la discipline économique : l'économiste se sent tenu de *respecter ce que le droit dit de lui-même*. Telle ne serait pas, par exemple, la position du courant *Law & Economics*. Sur la base de cette posture étymologique, le regard théorique sur l'entreprise est appelé à une profonde mutation.

- (i) Dès lors que ni l'entreprise ni la société ne sont une « chose » qui serait la propriété des actionnaires, le statut de l'une et de l'autre devient problématique : on n'est plus entièrement dans la sphère privée, on commence à rentrer dans la sphère publique, avec de multiples traits qui rapprochent l'entreprise du politique, sans pour autant effacer la distance avec les organisations politiques « usuelles », notamment étatiques. Tout se passe comme si l'on devait admettre la présence d'une configuration proprement politique mais d'un type nouveau.

- (ii) Prennent alors tout leur sens certaines intuitions isolées, issues de la tradition Keynésienne mais peu exploitées jusqu'à présent : le profit de l'entreprise échappe à l'attraction des autres formes de revenus du capital, notamment financières, pour devenir un revenu *sui generis* : à savoir le revenu du *collectif* que constitue l'entreprise, saisi par la comptabilité de la société. Et les règles de mesure ou de partage de ce revenu singulier (justement parce qu'il est collectif) devraient alors être affectées au premier chef par les considérations précédentes sur la nature de l'entité « entreprise » : ni tout-à-fait privée, ni tout-à-fait publique.