

## Doctrine de l'entreprise et école de Rennes :

### La dimension sociétale, politique et philosophique des activités économiques affirmée - Présentation d'un courant de pensée au service de l'homme\*

Ivan TCHOTOURIAN

Maître de conférences (Université de Nantes)

Membre de l'I.R.D.P. (E.A. 1166, Université de Nantes)

Chercheur associé à Sorbonne-Finance (Université Paris 1-Panthéon Sorbonne) et à la Chaire en gouvernance et droit des affaires (Université de Montréal)

Ancien titulaire de la Bourse de recherche Lavoisier EGIDE

1<sup>ère</sup> version

(Merci de citer ce papier en respectant la référence Papyrus)

#### PLAN DE L'ETUDE

I - <u>Propos liminaires</u> : la Doctrine de l'entreprise mise en contexte	2
II - <u>Application de la Doctrine de l'entreprise dans la construction contemporaine du droit</u> : du non-choix au choix du droit positif	12
A. Droit des commerçants : une patrimonialisation de l'entreprise	13
B. Droit des sociétés : le dépassement ...	15
C. Droit des procédures collectives : vers une appréhension de l'entreprise et de ses composants	24
III - <u>Avenir et critiques de la Doctrine de l'entreprise</u> : une contribution certaine aux débats contemporains <i>versus</i> des postulats contestables	28
A) Apports potentiels de la doctrine de l'entreprise : un souffle d'actualité	28
B) Des critiques qui demeurent	31
IV - <u>Conclusion</u> : une Doctrine de l'entreprise qui doit renaître avec nous	37

**Résumé :** La Doctrine de l'entreprise démontre sa permanence dans le temps en s'alimentant de la sève juridique que les incessantes réformes législatives viennent fluidifier. Mais, plus encore que sa permanence, ce sont les sources de la Doctrine de l'entreprise qui semble aujourd'hui sérieusement revigorer. La première partie de nos développements sera consacrée à l'étude de ces résultats à travers une présentation de certaines évolutions récentes du droit des sociétés, du droit des procédures collectives et plus généralement du droit des activités commerciales. De plus, l'analyse de la Doctrine de l'entreprise ne semble jamais avoir eu autant d'actualités à l'heure d'une gouvernance d'entreprise malmenée, des pouvoirs en leur sein questionnés, de place de l'entreprise dans la société civile revendiquée, de responsabilité planétaire des acteurs de l'économie affirmée, et d'avenir de l'être humain et de sa civilisation en danger ; il s'agira de la seconde partie de nos développements. Nombre de réformes et de discussions nous semblent donner à la Doctrine de l'entreprise un avenir brillant, du moins tout autant que l'a été son passé et que l'est son présent. Néanmoins, ce second temps de notre réflexion ne saurait gommer quelques critiques. Quelques mots conclusifs termineront notre propos et mettront en lumière les potentialités que recèle en son for la Doctrine de l'entreprise porteuse d'un message qui n'a été que peu perçu.

**Mots-clés :** Doctrine de l'entreprise, Actualité, Comparaison internationale, Application contemporaine, Apports et critiques

---

\* Ce papier a été présenté lors du Colloque international *L'entreprise dans la société du XXI<sup>e</sup> siècle* organisé par l'Université de Rennes 1, l'Institut de gestion de Rennes (IGR) et le CNRS, 27 mai 2011 à Rennes.

« Il y a belle lurette que le droit commercial a découvert l'entreprise et que celle-ci est née à la vie juridique dans notre pays. Cela fait longtemps que la veine en serait épuisée dans la littérature juridique si le terme ne traduisait pas une réalité socio-économique que le droit ne pouvait ignorer. Ce n'est pas la volonté de quelques "docteurs" en mal de singularité qui a donné droit de cité juridique à l'entreprise. Ce sont les voies empruntées par la mise en place d'une société technoscientifique et urbaine sous la forme d'une "économie de marché" introduite dans les pays de culture plus agraire que marchande, de tradition plus catholique que protestante, d'organisation politique plus étatique que libérale »<sup>1</sup>.

## **I - Propos liminaires : la Doctrine de l'entreprise mise en contexte**

*1. L'école de Rennes ... jusqu'aux États-Unis* : « École de Rennes », « Doctrine de l'entreprise » ? Que se cache-t-il derrière ces mots ? Quelle réalité scientifique se dissimule derrière cette sémantique d'apparence hermétique ? École de pensée souvent affiliée à la faculté de droit de l'université de Rennes, il convient de rattacher la naissance de ce courant de pensée à des universitaires appartenant à bien d'autres universités (université de Nancy, université de Toulouse, université de Poitiers...), même si c'est effectivement sous l'impulsion des universitaires rennais que cette école a pris son essor<sup>2</sup>. La source de ce courant de pensée – *new-deal* juridique – peut être trouvée dans des ouvrages ou des articles des années 1945-1960 qui n'ont aucune relation avec la faculté de droit de Rennes. À titre d'exemple de cette profusion des développements de la Doctrine de l'entreprise en France, nous pouvons citer le doyen Ripert qui écrivait dès 1951, dans son fameux ouvrage sur les aspects juridiques du capitalisme moderne, que la société anonyme est une « machine juridique »<sup>3</sup>. Il poursuivait en relevant qu'il arrive un moment où les rapports entre les hommes deviennent trop nombreux, trop complexes et trop variés pour qu'ils puissent être créés ou transmis par le simple jeu de l'échange contractuel des volontés individuelles<sup>4</sup>. En d'autres termes, c'est la limite du contrat qui est affirmée... D'autres éminents auteurs auraient pu être aisément pris en référence : Despax<sup>5</sup>, Didier<sup>6</sup>, Durand<sup>7</sup>, Houin<sup>8</sup>. Lagarde<sup>9</sup>,

<sup>1</sup> C. Champaud, « L'entreprise se lève à l'est », dans *Droit et gestion de l'entreprise : Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert Gestion, 1993, p.75, *spéc.* p.76.

<sup>2</sup> Cf. notamment : C. Champaud, « Les fondements sociétaux de la "doctrine de l'entreprise" », dans *Aspects organisationnels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p.117. Dans la suite de nos développements, nous utiliserons uniquement l'expression « Doctrine de l'entreprise ».

<sup>3</sup> G. Ripert, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », L.G.D.J., 1951, *spéc.* p.109, n°46.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> M. Despax, « L'évolution du droit de l'entreprise », dans *Les orientations sociales du droit contemporain – Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, P.U.F., 1992, p.177 ; M. Despax, « L'entreprise et le droit du travail », dans *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, T. XIII, 1965, p.127 ; M. Despax, « L'entreprise et le droit », Préface G. Marty, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1957.

Percerou<sup>10</sup> ou encore, Savatier<sup>11</sup>. Par ailleurs, si la genèse historique de ce courant de pensée est souvent attachée aux années 1960, 1970 et 1980, une étude attentive du droit démontre l'inexactitude de cette affirmation. Ainsi, un auteur comme Thaller préférait en son temps considérer la société comme une authentique organisation et la fiction était, pour sa part, dans le fait de l'appeler personne<sup>12</sup>. Confortant ce sentiment se dégageant de la Doctrine de l'entreprise, il convient de relever que cette pensée a dépassé les frontières nationales, allant jusqu'à imprégner des systèmes juridiques traditionnellement peu réceptifs aux théories françaises<sup>13</sup>. En ce sens, dans le contexte réglementaire anglo-américain imprégné de *common*

<sup>6</sup> P. Didier, « Une définition de l'entreprise », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.849 ; P. Didier, « Esquisse de la notion d'entreprise », dans *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1966, p.209 ; P. Didier, « L'entreprise et le droit », dossier n°3 du centre de recherche sur l'évolution de l'entreprise.

<sup>7</sup> P. Durand, « La notion juridique de l'entreprise », Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, Dalloz, 1948, p.45.

<sup>8</sup> R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *Liber amicorum*, baron Louis-Frédéricq, JURIDICA, T. II, 1965, p.609.

<sup>9</sup> P. Lagarde, « De la société anonyme à l'entreprise publique », dans *Études offertes à Georges Ripert*, T. 2, L.G.D.J., 1950, p.236.

<sup>10</sup> R. Percerou, « Droit et gestion : améliorer la performance juridique de l'entreprise », *Revue française de gestion*, novembre-décembre 1990, n°81, p.8 ; R. Percerou, « La transmission des entreprises », *Revue juridique et commerciale*, numéro spécial, novembre 1988. Cf. également la préface du Doyen Percrou dans la thèse de Raphaël Contin sur « Le contrôle de gestion des sociétés anonymes » (Librairie technique, 1975).

<sup>11</sup> Le Doyen Savatier a animé la réflexion des travaillistes cherchant à démontrer que l'exercice du pouvoir dans l'entreprise devait être pensé dans le cadre de la société et de l'entreprise qui existerait en tant que telle (J. Savatier, « Pouvoir patronal et direction des entreprises », *Droit social*, 1982, n°1, p.3). Aussi : J. Savatier, « Les groupes de société et la notion d'entreprise en droit du travail », dans *Études offertes à Alain Brun*, Librairies sociale et économique, 1974, p.527.

<sup>12</sup> Cité par le doyen Ripert : G. Ripert, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », *op. cit.*

<sup>13</sup> La situation du droit québécois fera l'objet de développements subséquents lorsqu'est présentée la place de la Doctrine de l'entreprise en droit du travail (cf. *infra* note 65). Cependant, l'entreprise est un concept fondamental du Code civil du Québec (N. Antaki et C. Bouchard, « Droit et pratique de l'entreprise », T. 1, éd. Yvon Blais, 1999, *spéc.* p.171. Aussi : P. Vachon, « La notion d'"Entreprise" de l'article 1535 C.c.Q. et son impact sur les transactions immobilières », *Développements récents en droit commercial*, 1995, Barreau du Québec, p.117 ; P. J. Dalphond, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », *Revue du barreau*, 1994, T. 54, p.35). Lors de la réforme du Code civil en 1994 (ci-après, abrégé « C.c.Q. »), le législateur a remplacé la notion de commercialité par celle d'entreprise, comme élément déterminant du champ d'application de régime dérogatoire destiné à s'appliquer aux intervenants du monde des affaires. Alors que les matières civiles constituent le régime général, le secteur des affaires répond à un régime dérogatoire dont le champ d'application repose sur le concept d'entreprise. Finalement, le Code civil du Québec introduit un régime d'exception dont l'objectif est de préserver l'unité et l'homogénéité de l'entreprise (J. Morin, « Grandeur et misère de l'entreprise sous le Code civil du Québec », *Revue du notariat*, 2003, Vol. 105, p.491, *spéc.* p.494). L'entreprise est considérée aux articles 156, 174 et 213 C.c.Q. relativement aux droits et pouvoirs des mineurs et de leurs tuteurs. En matière de droit matrimonial, l'article 427 C.c.Q. précise que la demande d'une prestation compensatoire peut être faite avant même la dissolution du mariage, dès la dissolution ou la liquidation volontaire ou forcée de l'entreprise dans laquelle travaillait les conjoints. Par ailleurs, l'article 457 C.c.Q. modifie les règles habituelles de qualification d'un bien propre et de la récompense. Le droit successoral comporte également certaines dispositions propres à l'entreprise. Il en est ainsi des articles 746 (legs d'une entreprise), 839, 841 ou 852 C.c.Q. (maintien de l'indivision et du partage des lots). Au sujet de la qualification des biens, les articles 903 C.c.Q. et 909 C.c.Q. créent des exceptions aux règles usuelles de distinction entre meuble et immeuble, capital et revenu. L'article 1525 C.c.Q. prescrit à nouveau un régime d'exception relatif à la solidarité. L'alinéa 3 de cette disposition définit l'entreprise comme « (...) l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité, économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services ». En outre, les formalités de la vente

law, l'observation du droit américain montre une évolution graduelle et empirique favorable à une « *enterprise law* »<sup>14</sup>.

« Machine », « instrument », « organisation », « concurrence », « pouvoir » ... La variété du champ lexical usité montre que la Doctrine de l'entreprise adopte *a priori* une posture scientifique originale rapprochant la discipline juridique de celle des sciences de gestion<sup>15</sup>, bouleversant le point de départ non seulement de l'analyse traditionnelle du droit des sociétés, mais encore de la manière de concevoir la construction des règles juridiques. « Droit des sociétés », l'expression est sans doute inexacte – du moins réductrice – tant c'est l'ensemble du droit commercial ou, du droit des affaires, qui est placé sous le microscope des penseurs de l'école de Rennes tels les professeurs Champaud<sup>16</sup>, Paillusseau<sup>17</sup> et Contin<sup>18</sup>. Alors que

---

d'entreprise sont énoncées aux articles 1767 à 1778 C.c.Q. De plus, les articles 2683, 2684, 2685 et 2686 C.c.Q. restreignent aux personnes qui exploitent une entreprise la capacité d'accorder certaines hypothèques immobilières. Enfin, les dispositions 2720, 2732, 2773 et 2784 C.c.Q. précisent les droits des titulaires d'hypothèque sur les biens d'une entreprise. Si la jurisprudence est venue préciser le champ d'application de plusieurs de ces dispositions, « (...) la jurisprudence a bien peu contribué à l'explicitation du droit de l'entreprise depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec » (J. Morin, *art. préc.*, p.503). Pour ces décisions : *Conseil de presse du Québec c. Cour du Québec*, 9 juin 2004, n°500-17-015680-039 ; *Conseil de presse du Québec c. Gilles Lamoureux-Gaboury*, 17 avril 2003, n°500-02-098411-015 ; *Beaudoin c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (S.C.E.P.)*, section locale 530, [2001], C.A.I., 188. Requête pour permission d'appeler déposée (C.Q.Q. 200-02-027097-015) ; *Congrégation des témoins de Jéhovah d'Issoudun-sud c. Mailly*, [2000], C.A.I., 427 ; *Gibbons c. Wawanesa*, [1998], R.J.Q., 2007 ; *Québec (Procureur général) c. Beaulieu*, B.E., 98BE-336 ; *Bergeron c. Martin*, [1997], R.D.I., 241 ; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Lasalle*, J.E., 97-1575 ; *Girard c. Association des courtiers d'assurance du Québec*, [1997], R.J.Q., 206 ; *Dupré c. Comeau*, [1997], R.J.Q., 439 ; *Gauthier c. Syndicat des employées et employés de la Bibliothèque de Québec*, [1997], C.A.I., 1 ; *Girard c. Association des courtiers d'assurance du Québec*, [1997], R.J.Q., 206 ; *Legault & frères inc. C. 2751-5717 Québec inc.*, [1997], R.J.Q., 2336 ; *Construction Boyer & Truchon inc. (Syndic)*, J.E., 97-1053 ; *Belinco Développements inc. C. Bazinet*, [1996], R.J.Q., 1390 ; *Dunn c. Wightman*, [1995], R.J.Q., 2210 ; *Gagnon c. St Pierre*, [1995], R.J.Q., 751 ; *Proulx c. Groupe Equipements de sport Tornade inc.*, [1995], R.J.Q., 1729 ; *Landry*, J.E., 95-240.

<sup>14</sup> P. I. Blumberg, « The Multinational Challenge to Corporation Law – The Search for a New Corporate Personality », Oxford University Press, New York, 1993, *spéc.* p.232 et s. Plus ancien : A. A. Berle, « The Theory of Corporate Entity », *Columbia Law Review*, 1947, p.343, *spéc.* p.348 et s.

<sup>15</sup> Sur ces relations, cf. la première partie des mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou et not. : M. Capet, « Le droit comme langue essentielle décrivant l'entreprise », dans *Droit et gestion de l'entreprise – Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert Gestion, 1993, p.13 ; A. Couret, « À l'interface du droit et de la gestion : réflexions sur quelques démarches significatives », dans *Droit et gestion de l'entreprise – Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert Gestion, 1993, p.21.

<sup>16</sup> Parmi les nombreux écrits de cet auteur : C. Champaud, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », dans *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, Economica, 1987, p.125 ; C. Champaud, « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit civil », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1976, p.253 ; C. Champaud et J. Paillusseau, « L'entreprise et le droit commercial », Collection Dossiers U, Armand Colin, 1970 ; C. Champaud, « Le pouvoir de concentration de la société par actions », Sirey, 1962.

<sup>17</sup> En plus des références citées ci-après : J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *D.*, 2003, doct., p.260 et 322 ; J. Paillusseau, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D.*, 1996, p.289 ; J. Paillusseau, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX<sup>e</sup> siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *J.C.P.*, éd. G, 1988, I, 3330 ; J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?) ... d'un droit en dérive) »,

l'histoire permet de dessiner à grands traits les fondements de la Doctrine de l'entreprise, c'est sous la plume de ces auteurs que l'existence d'un droit des activités économiques est affirmée avec force et conviction. Authentique révolution systémique, conceptuelle et technique<sup>19</sup>, le paysage juridique se décompose et se recompose autour de points d'ancrage qui déplacent les concepts et remodelent les notions.

**2. Le droit, outil de gestion et moyen de sortir du néolithique<sup>20</sup>** : Quels sont les points d'ancrage de la Doctrine de l'entreprise ? Cette interrogation mérite d'être posée tant la littérature juridique contemporaine témoigne d'un certain éclectisme et d'une richesse de la pensée intellectuelle entourant la Doctrine de l'entreprise. Plusieurs éléments clés se dégagent *prima facie* de cette construction intellectuelle qu'il nous semble fondamental de mettre en lumière dans le cadre de cette introduction.

Premièrement, c'est une posture réaliste qui est adoptée<sup>21</sup>. Aussi, le droit doit-il avant tout répondre à un besoin<sup>22</sup> et se trouve être fondamentalement une technique d'organisation<sup>23</sup>. En plus du modèle du contrat-organisation mis en lumière par le professeur Didier<sup>24</sup>, l'auteur de ces lignes songe plus particulièrement aux propos du professeur Paillusseau qui ont fourni la trame de cette position en l'appliquant *stricto sensu* à cette inconnue officielle qu'est l'entreprise<sup>25</sup>. Dès 1967, cet auteur relève que le droit « (...) donne à l'entreprise une structure, des règles de fonctionnement et une vie juridique pour (...) permettre [à

---

dans *Problèmes d'actualité posés par les entreprises – Études offertes à Roger Houin*, Dalloz - Sirey, 1985, p.109 ; J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *J.C.P.*, éd. G. 1984, I, 3148.

<sup>18</sup> R. Contin, « Le contrôle de gestion des sociétés anonymes » Librairie technique, 1975. Aussi : R. Contin, « L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés », *D.*, 1968, chron. IV, p.45.

<sup>19</sup> J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *art. préc.*, n°17.

<sup>20</sup> A. Tunc, « Sortir du néolithique », *D.*, 1957, p.71.

<sup>21</sup> C. Champaud, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de la connaissance du droit », dans *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p.69. Évoquant le réalisme des procédures collectives : Y. Guyon, « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », dans *Le juge et le droit de l'économie – Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, PA – Montchrestien, 2002, p.311.

<sup>22</sup> La Doctrine de l'entreprise rappelle finalement que c'est la doctrine, par la critique de l'ancien système et l'anticipation du prochain dont il contribue à l'établissement, qui permet la révolution bénéfique et l'évolution du droit (M.-A. Frison-Roche, « Droit économique, concentration capitaliste et marché », dans *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p.397, *spéc.* p.397).

<sup>23</sup> J. Barthélémy, « Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Liaisons Éditions, 2003 ; A. Martin-Serf, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *R.J.Com.*, 2002, p.108 ; M. Deslande, « L'organisation de l'entreprise familiale », thèse Rennes, 1977.

<sup>24</sup> P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », dans *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p.635 (ce contrat crée entre les parties les conditions d'un jeu de collaboration où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents).

<sup>25</sup> Expression empruntée à monsieur Robé : J.-P. Robé, « L'entreprise et le droit », P.U.F., 1999, *spéc.* p.10, n°4.

*l'entreprise] de s'affirmer, de s'exprimer, de s'épanouir. (...) Le droit des sociétés apporte à l'entreprise l'organisation des droits des personnes qui sont en rapport avec elle* »<sup>26</sup>. En droite ligne des propos ci-dessus, le professeur Paillusseau publiera quelques années plus tard une étude au titre évocateur : « *le droit est aussi une science d'organisation* »<sup>27</sup>.

Deuxièmement, la question de l'identification de l'objet que le droit organise se pose avec âpreté pour les tenants de la Doctrine de l'entreprise. Au final, c'est l'ensemble des activités économiques qui est visé. Celui-ci place par la même l'« entreprise » au cœur des développements qui sont menés<sup>28</sup>. L'analyse a contribué à alimenter considérablement le raisonnement au sujet de l'entreprise<sup>29</sup>, sujet qui a lui-même largement dépassé les frontières nationales<sup>30</sup>. Des ponts solides entre sphères juridique et gestionnaire sont donc bâtis<sup>31</sup>. Si le

<sup>26</sup> J. Paillusseau, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », Sirey, 1967, *spéc.* p.4 et s.

<sup>27</sup> J. Paillusseau, « Le droit est aussi une science d'organisation », *R.T.D.Com.*, 1989, p.1. En 1997, le professeur Paillusseau notera en ce sens que : « [l']organisation juridique est une méthode (une science) de conception, de construction et d'interprétation de la règle juridique (c'est une démarche, une approche de type organisationnel) » (J. Paillusseau, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.*, 1997, chron., p.98). *Adde* récemment : J. Paillusseau, « La logique organisationnelle dans le droit, l'exemple du droit des sociétés », dans *Droit et actualités – Études offerts à Jacques Béguin*, LexisNexis Litec, 2005, p.567.

<sup>28</sup> « Qu'est-ce que l'entreprise ? », dans *L'entreprise : nouveaux apports*, Travaux et Recherches de la Faculté de droit de Rennes, Economica, 1987. Cf. aussi les nombreuses contributions du professeur Champaud, véritables monuments d'érudition : « Libre entreprise et droit français », *R.I.D.E.*, 1987-2 ; « Les approches méthodologiques de la notion d'entreprise », *Notes de conjoncture sociale*, avril 1985, C.O.S. Paris ; « Prospective de l'entreprise », *Connaissance Politique*, n°1, Dalloz, 1983 ; « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *R.T.D.Com.*, 1978, p.579 ; « L'entreprise dans la société contemporaine », *Humanisme et entreprise*, 1974, n°86.

<sup>29</sup> Pour des contributions sur l'entreprise en droit : « Quelles normes pour l'entreprise ? », *Entreprise et histoire*, 2009/4, n°57 ; T. Lamarche, « La notion d'entreprise », *R.T.D.Com.*, octobre/décembre 2006, p.709 ; J. Schmidt, « L'entreprise incomprise », dans *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p.985 ; M. Pasturel, « Entreprise et raisonnement économique. Quelle place dans le droit positif ? L'exemple de la concurrence », dans *Le juge et le droit de l'économie – Mélanges Pierre Bézard*, PA – Montchrestien, 2002, p.273 ; J. Derrupé, « L'entreprise entre le patrimoine et la personne », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p.49 ; J. Pages, « De l'irréductible et incontournable entreprise », dans *Prospective de droit économique – Dialogue avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p.79 ; B. Teyssié, « L'entreprise et le droit du travail », *Archives de Philosophie du droit*, T. 41, 1997, p.355 ; « Crise et structure juridiques des entreprises », 5<sup>e</sup> journées R. Savatier, 1997, p.87 ; G. Drago, « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle – Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p.299 ; B. Mercadal, « La notion d'entreprise », dans *Les activités et les biens de l'entreprise – Mélanges offerts à Jean Derrupé*, Joly-Litec, 1991, p.9 ; H. Corvest, « Emergence de la dimension d'entreprise en droit positif », *R.T.D.Com.*, 1986, p.201 ; G. Friedel, « A propos de la notion d'entreprise », dans *Aspects actuels du droit commercial français – Études dédiées à René Roblot*, L.G.D.J., 1984, p.97 ; G. Lambert, « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », dans *Mélanges Pierre Kayser*, t. 2, UAM, 1979, p.79 ; M. Trochu, « L'entreprise : Antagonisme ou collaboration du capital et du travail », *R.T.D.Com.*, 1969, p.681 ; Y. Lambert-Faivre, « L'entreprise et ses formes juridiques », *R.T.D.Com.*, 1968, p.907 ; P. Didier, « Esquisse de la notion d'entreprise », dans *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1966, p.209.

<sup>30</sup> J. Haas, « La responsabilité de l'entreprise en Europe : Un droit unique pour le marché unique ? », Stämpfi Éditions, Bruylant, 2004 ; L. Idot, « La notion d'entreprise », *R.S.*, 2001, p.191.

<sup>31</sup> Les comportements des entreprises par rapport au droit sont très variables. Par exemples, des auteurs ont dressé une typologie des entreprises selon le rapport qu'elles entretiennent avec le droit : entreprises dédaignant ou évitant le droit, entreprises considérant le droit comme une contrainte extérieure, entreprises créatrices de

fait pertinent choisi par cette doctrine est le plus souvent celui de l'entreprise, ce serait néanmoins injustement réduire la profondeur de la pensée de la Doctrine de l'entreprise à cette seule composante et de laisser dans l'ombre des thèmes aussi variés que l'éthique<sup>32</sup>, le pouvoir<sup>33</sup>, la démocratie<sup>34</sup>, le contrôle, la concurrence, le marché<sup>35</sup> ou encore, de manière plus globale, le « droit économique » et sa construction contemporaine<sup>36</sup>. « Organisation », « entreprise », mais aussi « régulation », « marché »... Les mots sont lâchés, dévoilés dans un contexte juridique, ils s'entourent de brume et d'incertitudes sauf à ouvrir une analyse à la fois transdisciplinaire et pluridisciplinaire<sup>37</sup> dépassant *ab initio* le droit<sup>38</sup>. C'est ce qu'ont fait les tenants de la Doctrine de l'entreprise avec audace.

Troisièmement, l'idée de finalité est également omniprésente<sup>39</sup>. Comme l'écrit le professeur Paillusseau<sup>40</sup>, le droit ne peut pas être que technique et organisation. Il est intrinsèquement

---

droit et entreprises gestionnaires du droit (T. Côme et G. Rouet, « Les stratégies juridiques des entreprises », Vuibert, 1997).

<sup>32</sup> Par exemple : C. Champaud, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de la connaissance du droit », *art. préc.*, p.107 ; C. Champaud, « Intérêt social, abus de biens sociaux et éthique sociétaire », *Entreprise Éthique*, octobre 1997, n°7, p.59.

<sup>33</sup> Le titre de la thèse du professeur Champaud met en lumière *expressis verbis* l'importance du concept de pouvoir. Cf. également : J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, chron., p.157.

<sup>34</sup> « Le modèle sociétal dont naît un ordre juridique régulateur procède d'un modèle économique dit "économie de marché" et d'un "modèle politique" appelé démocratie. Ces deux types d'organisations sociétales interviennent sur des plans différents, économique et politique. Elles sont cependant indissociables au regard du Droit économique » (C. Champaud, « Régulation et droit économique », *R.I.D.E.*, 2002, n°1, t. XVI, 1, p.23, *spéc.* p.41).

<sup>35</sup> C. Champaud, « Droit économique comparé et privatisation des économies administrées », dans *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.119 ; C. Champaud, « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », dans *Problèmes d'actualité posés par les entreprises – Études offertes à Roger Houin*, Dalloz – Sirey, 1985, p.61. Aussi : C. Champaud, « Les caractères du droit de la concurrence », *Jurisque concurrence et consommation*.

<sup>36</sup> C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, chron., p.219.

<sup>37</sup> La notion d'organisation à laquelle font si souvent référence les tenants de la Doctrine de l'entreprise ne figure guère dans le discours doctrinal des juristes. Toutefois, il en va différemment de la sociologie (P. Bernoux, « La sociologie des organisations », éd. Le Seuil, 1990 ; M. Crozier, « Le phénomène bureaucratique », éd. Le Seuil, 1963), des sciences de gestion (Y. Pesqueux, « Organisations : Modèles et représentations », 2002, P.U.F. ; B. Lussato, « Introduction critique aux théories d'organisation », Dunod, 1998 ; Y.-F. Livian, « Introduction à l'analyse des organisations », Economica, 1995), de la stratégie (A. C. Martinet, « *Management* stratégique : organisation et politique », McGraw-Hill, 1984) et l'économie (cf. F. Eymard-Duvernay, « Économie politique de l'entreprise », La Découverte, 2004 ; B. Coriat, « La théorie de la Régulation. Origines, Spécificités, Enjeux », dans *Futur Antérieur*, Revue, L'Harmattan, numéro spécial Théorie de la Régulation et critique de la raison économique, 2004 ; B. Coriat et O. Weinstein, « Les nouvelles théories de l'entreprise », Livre de poche, 1995).

<sup>38</sup> Par exemple en matière d'entreprise : A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », *R.I.D.E.*, 1996, n°1, t. X, 1, p.99, *spéc.* p.102 et s.

<sup>39</sup> Le Doyen Ripert l'a magistralement démontré dans son ouvrage sur les forces créatrices du droit : G. Ripert, « Les forces créatrices du droit », L.G.D.J., 1955.

<sup>40</sup> J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *art. préc.*, n°100 et s.

porteur de valeurs sans lesquelles il ne se distinguerait que très peu d'autres règles d'organisation. Ces valeurs sont des valeurs sociétales qui doivent être impérativement appréhendées, sur lesquelles et autour desquelles s'organise le fonctionnement des entreprises et de l'économie<sup>41</sup>. La Doctrine de l'entreprise a ainsi cherché à répondre à cette question complexe qui se dissimule sous le paravent de la simplicité apparente : de quelle manière fonctionne l'entreprise ? Quels intérêts doit-elle chercher à défendre ? S'agit-il de l'intérêt social, de l'intérêt de la personne morale, de l'intérêt de l'entreprise ou de l'intérêt des actionnaires ? Force est de constater que les années passent, mais que le débat conserve toute son intensité<sup>42</sup>. La raison en est évidente<sup>43</sup> : il oppose en arrière plan deux visions du capitalisme que tout sépare<sup>44</sup>. La première fait place uniquement à l'intérêt des actionnaires

<sup>41</sup> Soulignant le rôle social de l'organisation que constitue l'entreprise : J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *art. préc.*, p.165, n°40. Pour des références américaines prouvant à nouveau que la Doctrine de l'entreprise ne se limite pas à la faculté de droit de Rennes : A. A. Berle et G. C. Means, « The Modern Corporation Private Property », Transaction Publishers, 2007 (réimpression), *spéc.* p.309 ; I. M. Wormser, « Frankenstein Incorporated », Whittlesey House, 1931, *spéc.* p.236.

<sup>42</sup> Cf. notamment dans la littérature juridique : I. Tchotourian, « La loi Grenelle II ou le temps de réviser la gouvernance actionnariale : propos iconoclastes d'un juriste sur l'avenir des théories économiques et financières », *La Revue du Financier*, mai-juin 2011, n°189, p.61 ; L. L. Lan and L. Heracleous, « Rethinking Agency Theory : The View from Law », *Academy of Management Review*, 2010, Vol. 35, n°2, p.294 ; S. Rousseau et I. Tchotourian, « L'"intérêt social" en droit des sociétés – regards canadiens », *R.S.*, 2009, p.735 ; D. Danet, « Misère de la corporate governance », *R.I.D.E.*, 2008, n°4, t. XXII, 4, p.407 ; K. Greenfield, « The Failure of Corporate Law : Fundamental Flaws and Progressive Possibilities », The University of Chicago Press, 2006 ; L. A. Stout, « Share price as a Poor Criterion for Good Corporate Law », UCLA School of Law, *Law-Econ Research Paper No. 05-7*, January 2005, <http://ssrn.com/abstract=66062> ; A. Constantin, « L'intérêt social : quel intérêt ? », dans *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p.317.

<sup>43</sup> Une autre raison, davantage juridique, justifie la persistance du débat. Celle-ci tient dans la controverse qui oppose depuis tant d'années les tenants d'une approche contractuelle de la société (not. : J. Honorat, « Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GMBH », dans *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p.507 ; P. Didier, « La théorie contractualiste de la société », *R.S.*, 2000, p.95 ; J. Prieur, « Droit des contrats et droit des sociétés », dans *Droit et vie des affaires – Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p.371 ; J.-P. Bertrel, « Liberté contractuelle et sociétés », *R.T.D.Com.*, 1996, p.595 ; J. Honorat, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *LPA*, 16 août 1996, p.4 ; A. Couret, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *R.S.*, 1984, p.246) à ceux d'une approche institutionnelle (G. Goffaux-Callebaut, « La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *R.T.D.Com.*, 2004, p.35 ; C. Ducouloux-Favard, « Notes de leçons sur le contrat social », *D.*, 1997, chron., p.319 ; P. Corlay, « La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles », *R.T.D.Com.*, 1981, p.233 ; J.-A. Broderick, « La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de Philosophie du droit*, T. 13, 1968, p.143 ; J. Portemer, « Du contrat à l'institution », *J.C.P.*, 1947, 586 ; M. Hauriou, « Théorie de l'institution », 1935 ; E. Gaillard, « La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme », thèse Paris II, 1932 ; G. Renard, « La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique », thèse Paris, 1930 ; G. Renard, « La philosophie de l'institution », 1925 ; G. Renard, « L'institution », 1923 ; M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Rec. Acad. Législ. Toulouse*, 1906). Résumant les termes du débat : J.-C. May, « La société : contrat ou institution ? », dans *Contrat ou institution : un enjeu de société*, B. Basdevant-Gaudemet (dir.), L.G.D.J., Systèmes Droit, 2004, p.122. Si la Doctrine de l'entreprise se sépare de ses deux courants de pensées quoique se rapprochant de la théorie institutionnelle, elle vient enrichir les réflexions doctrinales.

<sup>44</sup> L'ouvrage de monsieur Michel Albert est éclairant sur ce point : M. Albert, « Capitalisme contre capitalisme », édition du Seuil, 1991.

qu'elle érige en maître<sup>45</sup> (approche de type « *shareholder* »)<sup>46</sup> et s'appuie sur les enseignements nord-américains de la théorie de l'agence, véritable *dogma* érigée au rang de mythe, systématisée par les financiers Fama, Meckling et Jensen et leurs disciples<sup>47</sup>. La transparence devient alors le maître-mot de l'entreprise et vise à s'assurer que les dirigeants cherchent à distribuer aux actionnaires le maximum de profits. La seconde met en avant davantage l'intérêt social (approche de type « *stakeholder* »)<sup>48</sup>. Inscrite dans une démarche de long terme, cette entreprise transcende alors l'intérêt des seuls actionnaires<sup>49</sup>. Certains auront reconnu une référence au gouvernement d'entreprise<sup>50</sup> montrant que la Doctrine de

<sup>45</sup> J. Peyrelevade, « Le capitalisme total », édition Seuil, 2005, *spéc.* p.38. Également : G. Sousi, « L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales », thèse Lyon, 1974.

<sup>46</sup> Plusieurs études du professeur Dominique Schmidt s'inscrivent dans cette optique : D. Schmidt, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », *Joly*, 2000, *spéc.* p.20, n°13 ; D. Schmidt, « De l'intérêt social », *J.C.P.*, éd. E., 1995, n°38, p.488, *spéc.*, n°4 ; D. Schmidt, « De l'intérêt social », *R.D.B.*, 1995, n°50, p.130 ; D. Schmidt, « Les droits de la minorité dans la société anonyme », Sirey, 1970, *spéc.* n°200. Également : J.-J. Caussain « Le gouvernement d'entreprise : Le pouvoir rendu aux actionnaires », Litec, 2005 ; D. Martin, « L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social ? », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, éditions Joly, 2005, p.359 ; P. Bissara, « Faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *R.S.*, 2003, p.64 ; P. Bissara, « De diverses questions relatives à l'exercice du droit de vote de l'actionnaire en France », *A.N.S.A.*, octobre 2002, n°3141 ; P. Marini, « La modernisation du droit des sociétés », Coll. des rapports officiels, La Documentation française, 1996.

<sup>47</sup> E. F. Fama and M. C. Jensen, « Agency Problems and Residual Claims », *Journal of Law & Economics*, 1983, Vol. 26, p.327 ; E. F. Fama, « Agency Problems and the Theory of the Firm », *Journal of Political Economy*, 1980, Vol. 88, n°2, p.288 ; M. C. Jensen and W. H. Meckling, « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol. 3, p.305 ; A. Alchian and H. Demsetz, « Production, Information, Costs and Economic Organization », *American Economic Review*, 1972, Vol. 62, n°5, p.777.

<sup>48</sup> J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *J.C.P.*, éd. E., 1993, n°14193, p.165, *spéc.* p.178, n°91 et s. ; J. Paillusseau, « Le *big bang* du droit des affaires à la fin du XX<sup>e</sup> siècle », *art. préc.*, p.64 et s., n°69 et s. Également : B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p.1080. Parallèlement au droit, la gestion française témoigne d'un mouvement en faveur d'une vision élargie de l'intérêt social : G. Charreaux et P. Wirtz, « Gouvernance des entreprises : nouvelles perspectives », *Economica*, 2006 ; G. Charreaux et P. Desbrières, « Gouvernance des entreprises : valeur partenariale contre valeur actionnariale », *Finance Contrôle Stratégie*, 1998, Vol. 1, n°2, p.57 ; G. Charreaux, « Modes de contrôle des dirigeants et performances des firmes », *art. préc.*, p.31 et s.

<sup>49</sup> La démonstration du professeur Despax est intéressante (M. Despax, « L'entreprise et le droit », *op. cit.*, p.297, n°191). Si les actionnaires sont les maîtres absolus de la firme, comment expliquer qu'elle puisse se retourner contre eux et leur imposer sa loi ? Les actionnaires dominants expriment une volonté sociale et contraignent les actionnaires bailleurs de fonds à des sacrifices. De plus, les aspirations individuelles poursuivies par chacun d'entre eux sont contrariées par les décisions sociales.

<sup>50</sup> Pour des études doctrinales, cf. « Dossier : Corporate governance », *Journal des Sociétés*, mars 2009, n°63, p.15 et s. ; J.-B. Poulle, « Les codes de gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne », *R.T.D.F.*, mai 2009, n°5, p.73 ; C. Malecki, « Pour que gouvernance d'entreprise écologique rime avec éthique », *D.*, 2008, n°26, p.1774 ; C. Ducouloux-Favard, « Un exemple de gouvernement d'entreprise non transparent », *LPA*, 10 juin 2008, n°116, p.13 ; *LPA*, numéro spécial sur le gouvernement d'entreprise : « Cinq années de réforme en droit des sociétés, pour quel avenir ? », 2 août 2008, n°154, p.1 ; D. Cohen, « Le "gouvernement d'entreprise" : une nécessité en droit français ? », dans *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p.159 ; P. Bissara, « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *R.S.*, 2003, p.51 ; J. Hopt, « Le gouvernement d'entreprise – Expériences allemandes et européennes », *R.S.*, 2001, p.1 ; D. Nechelis, « Le gouvernement d'entreprise », *D.*, novembre 2000, chron., n°23, p.6 ; M.-C. Piniot, « Le corporate governance à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », dans *Mélanges A.E.D.B.F.*, T. 2, Banque éditeur, 1999, p.369 ; V. Magnier, « Principes (OCDE) relatifs au gouvernement d'entreprise. Premiers éléments d'analyse », *J.C.P.*, éd. E., 1999,

l'entreprise était sans doute anticipatrice des débats idéologiques sur ce que recouvre la notion de « bonne » gouvernance<sup>51</sup> et des résistances françaises et étrangères à un ultralibéralisme débridé<sup>52</sup> soumis à un « marché total »<sup>53</sup>.

Quatrièmement, ce droit répond à une construction originale nécessaire à son adaptation pour une pratique qui le demande. En droit fil de cette affirmation, le professeur Paillusseau remarque : « [l]a création du droit par la pratique depuis un demi-siècle a été l'une des principales sources du droit des activités économiques »<sup>54</sup>. À côté de la loi, dont le rôle n'est pas contesté, ce sont les praticiens et, plus globalement, les législateurs privés qui voient leurs rôles mis en valeur. La Doctrine de l'entreprise utilisait déjà<sup>55</sup> le phénomène de « régulation » qui envahira, par la suite, le droit français<sup>56</sup> et qui se retrouve actuellement avec tant d'acuité au cœur des stratégies institutionnelles des grandes entreprises internationales<sup>57</sup>.

**3. Plan de l'étude et méthodologie :** *Vae soli* tant une école de pensée ne serait sans doute que peu de choses sans des résultats tangibles, sans une démonstration de sa pertinence et de sa logique. À rester dans la théorie pure, une école de pensée s'épuise inexorablement ne pouvant confronter ses modèles à la réalité des faits. Pourtant, la Doctrine de l'entreprise démontre sa permanence dans le temps en s'alimentant de la sève juridique que les incessantes réformes législatives viennent fluidifier<sup>58</sup>. Mais, plus encore que sa permanence,

---

p.1165. Adde P. Bissara, R. Foy et A. de Vauplane « Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées : Conseils et comités », éditions Joly, 2007.

<sup>51</sup> Cf. *infra* § 14.

<sup>52</sup> J.-F. Quievy, « Anthropologie juridique de la personne morale », Préface D. Martin, Bibliothèque de droit privé, T. 510, L.G.D.J., 2009, *spéc.* p.195 et s., n°111 et s. (cet auteur démontre que le dirigeant social n'a rien d'un mandataire des associés et préfère la qualification de « *figuration* »). Dans le domaine financier, cf. notamment : P.-Y. Gomez, « La gouvernance actionnariale et financière : Une méprise théorique », *R.F.G.*, novembre-décembre 2009, Vol. 35, n°198-199, p.369 ; G. Charreaux et P. Wirtz, « Gouvernance des entreprises : nouvelles perspectives », *Economica*, 2006 ; M. Aglietta et A. Rebérioux, « Dérives du capitalisme financier », Albin Michel, 2004 ; J. Peyrelevalde, « Le gouvernement de l'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir », *Economica*, 1999.

<sup>53</sup> A. Supiot, « L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total », Seuil, 2010, *spéc.* p.59 et s.

<sup>54</sup> J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *art. préc.*, n°34. Également : J. Paillusseau, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *art. préc.*, n°36 et s.

<sup>55</sup> C. Champaud, « Régulation et droit économique », *art. préc.* ; J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *art. préc.*, n°51.

<sup>56</sup> Cf. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p.601 ; L. Boy, « Réflexions sur le droit de la régulation », *D.*, 2001, p.3031 ; « Les transformations de la régulation juridique », G. J. Martin (dir.), L.G.D.J., 1998.

<sup>57</sup> I. Daugareilh, « Introduction », dans *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, I. Daugareilh (dir.), Bruylant, 2010, p.IX, *spéc.* p.XXXI.

<sup>58</sup> À titre d'illustration, les professeurs Le Cannu et Dondero soulignent qu'à l'heure actuelle, les théories du contrat, de l'entreprise et de l'acte collectif occupent chacune une certaine place dans le droit positif et que la société est de nature multiple (P. Le Cannu et B. Dondero, « Droit des sociétés », Montchrestien, 2009, *spéc.* p.187, n°285.).

ce sont les sources de la Doctrine de l'entreprise qui semble aujourd'hui sérieusement revigorer. En effet, le temps où les observateurs les plus avisés notaient que les sources ne pouvaient résulter que de la construction jurisprudentielle, d'une systématique doctrinale ou d'une construction didactique édifiée à partir de créations pragmatiques opérées par les juges sous la poussée des faits et des réalités contemporaines, est révolu<sup>59</sup>. La première partie de nos développements sera consacrée à l'étude de ces résultats à travers une présentation de certaines évolutions récentes du droit des sociétés, du droit des procédures collectives et plus généralement du droit des activités commerciales<sup>60</sup> (II). De plus, les turbulences de l'économie mondiale et la vague de réformes qu'elles suscitent, amènent à discuter, de nouveau, de la forme et du contenu que doit prendre le droit, ce futur « ordre régulateur » comme le qualifie le professeur Champaud<sup>61</sup>. Or, l'analyse de la Doctrine de l'entreprise ne semble jamais avoir eu autant d'actualités à l'heure d'une gouvernance d'entreprise malmenée, des pouvoirs en leur sein questionnés, de place de l'entreprise dans la société civile revendiquée, de responsabilité planétaire des acteurs de l'économie affirmée, et d'avenir de l'être humain et de sa civilisation en danger ; il s'agira de la seconde partie de nos développements. Nombre de réformes et de discussions nous semblent donner à la Doctrine de l'entreprise un avenir brillant, du moins tout autant que l'a été son passé et que l'est son présent. Néanmoins, ce second temps de notre réflexion ne saurait gommer quelques critiques (III). Quelques mots conclusifs termineront notre propos et mettront en lumière les potentialités que recèle en son for la Doctrine de l'entreprise porteuse d'un message qui n'a été que peu perçu. Si l'on sait quelque chose de plus sur la Doctrine de l'entreprise<sup>62</sup>, c'est qu'elle peut être un précieux soutien des juristes face à une dynamique économique – devenue également financière en raison de la place des marchés financiers au plan tant micro que macroéconomique – qui ne cesse d'effectuer une mue perpétuelle et de traverser des crises aux conséquences aussi dévastatrices d'un *tsunami*. Face à un déclin lié à une société contemporaine dont tous les acteurs prônent la loi du plus fort qui menace le droit<sup>63</sup>, la Doctrine de l'entreprise offre une alternative (IV).

<sup>59</sup> A titre d'illustration : C. Champaud, « Rapport général : Droit des entreprises », dans *Travaux de l'Association H. Capitant : Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, T. XXXI, Economica, 1931, p.191, spéc. p.191.

<sup>60</sup> Pour une présentation de la Doctrine de l'entreprise : G. et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, J.-M. Mousseron et B. Teyssié (dir.), Librairies techniques, 1978, p.601.

<sup>61</sup> C. Champaud, « Régulation et droit économique », *art. préc.*

<sup>62</sup> G. Lyon-Caen, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p.33.

<sup>63</sup> Pour une perspective historique : G. Ripert, « Le déclin du droit », L.G.D.J., 1949.

Au regard de l'évolution du *rebus sic stantibus* des outils juridiques que propose la Doctrine de l'entreprise, notre analyse – nécessairement sommaire au vu des multiples questionnements abordés<sup>64</sup> – se fera au travers d'une perspective d'observateur extérieur se détachant du contenu parfois par trop complexe du *corpus* théorique de la Doctrine de l'entreprise et par trop technique du droit français afin de présenter une vue globale des mutations animant le paysage juridique français.

## **II - Application de la Doctrine de l'entreprise dans la construction contemporaine du droit : du non-choix au choix du droit positif**

**4. Alea jacta est :** Le présent de la Doctrine de l'entreprise est riche, témoignant de la pertinence des analyses proposées. Diverses branches juridiques se prêtent à une lecture entrepreneuriale<sup>65</sup>. Après avoir observé la consécration d'un droit de l'activité économique

<sup>64</sup> Nous limiterons les références sur les nombreuses questions abordées, souvent savamment traitées dans les ouvrages, recueils et revues. Nos lignes n'ont pour but que d'exposer la Doctrine de l'entreprise et la replacer dans une riche actualité, nous renvoyons à ces références pour des analyses plus complètes.

<sup>65</sup> Le droit du travail participe également à une lecture entrepreneuriale au travers de la place de la notion d'« entreprise » (récemment : N. Olszak, « Aux origines de la reconnaissance juridique de l'entreprise : le maintien des contrats de travail en cas de changement de situation de l'employeur (art. L. 122-2 ; al. 2 C. trav. issu de la loi du 19 juillet 2008) », dans *Mélanges Pierre Spiteri*, T. 1, Presse des Sciences sociales de Toulouse, 2008, p.843), réaction juridique d'autant plus importante que des auteurs d'autres disciplines que le droit proposent une vision renouvelée de l'entreprise dans laquelle la place de l'humain (le « Potentiel humain ») se substitue à celle du capital (H. Savall et V. Zardet, « Trétranormalisation : Défis et dynamiques », *Economica*, 2005, *spéc.* p.41 et 158 et s.). L'entreprise est un ensemble social particulier hiérarchisé qui interpelle à ce titre le droit du travail (N. Catala, « L'entreprise », dans *Droit du travail*, G. H. Camerlynck, T. 4, Dalloz, 1980, *spéc.* p.128 et s.). L'entreprise représente l'assiette naturelle de la responsabilité de l'employeur vis-à-vis du personnel salarié qui s'y rattache (cf. notamment : M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Droit social*, 2000, p.478 ; M.-L. Morin, « Partage des risques et responsabilité de l'emploi », *Droit social*, 2000, p.730). Au final, l'entreprise est le lieu d'exécution du contrat et apparaît comme le principal cadre d'exercice des droits et obligations en liens (M. Despax, « L'évolution du droit de l'entreprise », *art. préc.*, p.178). Face à une « entreprise réseau » caractérisée pour l'essentiel par une externalisation du travail et par un phénomène de filialisation qui vient se substituer à l'entreprise classique de production (parmi une littérature juridique abondante, cf. I. Desbarrats, « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ? », dans « Dossier : La RSE », C. Malecki (dir.), *Journal des sociétés*, octobre 2009, n°69, p.15 ; A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2000, p.131 ; B. Henriet, « Entreprise éclatée et gestion de travail. Nouvelles configurations et pertinence de la gestion des ressources humaines », dans *Le travail en perspective*, A. Supiot (dir.), L.G.D.J., 1998, p.199 ; D. Weiss, « Nouvelles formes d'entreprises et relations de travail », *R.F.G.*, mars-avril-mai 1994, p.95 ; A. Lyon-Caen, « A propos de l'entreprise éclatée », *Droit ouvrier*, 1987, p.127 ; M. Jeantin, « L'entreprise éclatée, intérêt d'une approche commercialiste du problème », *Droit ouvrier*, 1981, p.118), le droit du travail moderne, aussi bien dans son élaboration que dans son application, fait un recours significatif à l'entreprise. La construction juridique assure la primauté de la réalité de l'entreprise derrière les constructions contractuelles et sociétales. En droit français, il suffit de renvoyer à certains arrêts (Cass. Crim., 23 avril 1970, *D.*, 1970, p.444 ; C.A. Paris, 22 mai 1965, C.A. Paris, 22 mai 1965, *J.C.P.*, 1965, II, n°14274 bis, concl. Nepveu ; *D.*, 1968, *Jurisp.*, p.147, note R. Contin) et aux écrits des professeurs Escande-Varniol, Couturier et Despax pour prendre conscience de l'imprégnation de certaines solutions prétoriennes de la Doctrine de l'entreprise (M.-C. Escande-Varniol, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *R.J.S.*, 2000, n°4, p.260 ; G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », dans *Les orientations sociales du droit contemporain – Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, P.U.F., 1992, p.143 ; M. Despax, « Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel », *J.C.P.*, 1972, *chron.*, 2465. Aussi : I.

avec les figures de l'auto-entrepreneur et de l'E.I.R.L. (A), ce sont le dépassement de la personne morale comme groupement de personnes et la reconfiguration des pouvoirs qui prennent corps en droit actuel des sociétés<sup>66</sup> (B), ainsi que l'affirmation d'un intérêt dépassant celui des actionnaires en cas de difficultés économiques traversées par une société (C).

### A. Droit des commerçants : une patrimonialisation de l'entreprise<sup>67</sup>

**5. Mise en place d'une technique d'organisation de l'entreprise** : C'est en ce sens que les évolutions introduites par les lois n°2008-776 du 4 août 2008<sup>68</sup> et n°2010-658 du 15 juin 2010<sup>69</sup> peuvent être lues<sup>70</sup>. La première loi a fait place au « *self employment man* » américain

---

Desbarrats, « L'entreprise à établissements multiples en droit du travail », Préface M. Despax, Bibliothèque de droit social, T. 28, L.G.D.J., 1996). En droit communautaire, la jurisprudence de la C.J.U.E. montre que les relations de travail s'inscrivent dans une conception institutionnelle de l'entreprise (C.J.C.E., 29 mars 2001, aff. C-62/99 ; D., 2001, IR, p.1281 ; *Europe*, mai 2001, comm., n°169 ; C.J.C.E., 2 décembre 1999, aff. C-234/98, *Rec. CJCE*, I, p.18643 ; D., 2000, IR, p.25 ; *Europe*, 2000, comm., n°43, obs. L. Idot. En doctrine : S. Hennion-Moreau, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 2001, n°11, p.956). En droit canadien, le recours à l'entreprise est également significatif sur le plan des rapports tant individuels (P. Verge et S. Dufour, « Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail », Presses de l'université Laval, 2003, *spéc.* p.20) que collectifs (représentation collective du personnel : *Métro-Richelieu 2000 inc. c. Tribunal du travail*, C.A. (Montréal), 500-09-011496-015, D.T.E. 2002T-896 ; détermination de la légalité d'une grève : P. Verge, « Le droit de grève – fondements et limites », Cowansville, les éditions Yvon Blais, 1985, *spéc.* p.191). En droit québécois du travail, plusieurs décisions judiciaires intervenant dans les rapports privés et collectifs prennent en compte l'intérêt de l'entreprise (P. Verge et S. Dufour, *op. cit.*, p.11, note 40). D'une part, une ordonnance de fusion des unités d'accréditations se rattachant à une même entreprise se justifie par le besoin d'assurer le fonctionnement efficace de l'entreprise (*Via Rail Canada inc.*, (1992) 90 *d.i.* 1 (C.c.r.t.)). D'autre part, les magistrats ont justifié plusieurs décisions de l'employeur en tenant compte de l'entreprise : exigence d'apparence ou de tenue vestimentaire conforme à l'image de l'entreprise (*Steinberg Inc. et Union des employés de commerce, section locale 500*, 17 octobre 1986, D.T.E. 877 – 8 (arb.)) ; justification d'un licenciement par une décision d'affaire de restructurer l'entreprise (*Patenaude c. Purdel inc.*, [1993] R.J.Q. 1205, p.1210 (C.S.)) ou encore justification d'une réaffectation pour assurer le bon fonctionnement du service (*Société canadienne des postes et Syndicats des postiers du Canada*, 12 février 1993, D.T.E. 93T-363 (arb.)). Cf. *infra* § 21 sur la notion de réseaux en droit du travail et ses relations ambiguës avec la théorie de l'entreprise.

<sup>66</sup> Cf. cependant pour un rapprochement entre droit des sociétés et entreprises : C. Hannoun, « Le droit et le groupe e sociétés », thèse Paris X-Nanterre, 1989, *spéc.* p.57 et s.

<sup>67</sup> J. Derrupé, « L'entreprise entre le patrimoine et la personne », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p.49, *spéc.* p.50.

<sup>68</sup> Par exemple : S. Torck et H. Hovasse, « Loi de modernisation de l'économie », *Droit des sociétés*, novembre 2008, n°11, Étude 10.

<sup>69</sup> Parmi une littérature étoffée : E. Dubuisson, « Projet de loi relatif à l'EIRL. Comprendre les techniques et les enjeux », *J.C.P.*, éd. N., 2010, 1115 ; R. Lichbaber, « Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°4, p.316 ; A. Lienhard, « Entreprise à responsabilité limitée : naissance d'un concept », *D.*, 2010, p.252 ; G. Notté, « Le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel », *J.C.P.*, éd. E., 2010, 83 ; S. Piedelièvre, « L'entreprise à responsabilité limitée », *Deffrénois*, 15 juillet 2010, 39134, n°13, p.1417 ; B. Saintourens, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *R.S.*, 2010, p.351. Adde « EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », F. Terré (dir.), *LexisNexis Litec*, 2011 ; « Dossier : Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation », RLDA, juin 2010, n°50, p.49.

<sup>70</sup> La réforme introduisant la fiducie (loi n°2007-211 du 19 février 2007) aurait pu être abordée tant elle témoigne de l'introduction en droit français de l'organisation juridique d'un patrimoine autonome. Cf. C. Champaud et D. Danet, *R.T.D.Com.*, 2007, p.389 ; *R.T.D.Com.*, 2007, p.728 ; S. Prigent, *A.J.D.I.*, 2007, p.280 et J. Rochfeld, *R.T.D.Civ.*, 2007, p.412 et cf. le dossier consacré à cette réforme dans *D.*, 2007, p.1341.

sous sa traduction française d'auto-entrepreneur<sup>71</sup>. L'article L. 123-1 du Code de commerce précise que les personnes physiques exerçant une activité commerciale, à titre principal ou complémentaire, dans le cadre d'une micro entreprise, ne sont pas soumises à immatriculation. La référence à l'activité comme objet est ici prégnante. Mais, c'est surtout avec la seconde loi que l'influence de la Doctrine de l'entreprise se fait ressentir avec plus d'intensité. En ce domaine, les travaux du professeur Champaud relativement à l'entreprise personnelle à responsabilité limitée se doivent d'être mis en avant<sup>72</sup>. « *Big bang* » de l'activité individuelle, rappelons que la loi du 15 juin 2010 a créé l'E.I.R.L. et a introduit un article L. 526-6 du Code de commerce qui affirme dans son alinéa 1<sup>er</sup> que « *tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale* »<sup>73</sup>. Bien que le Code de commerce n'emploie pas *a priori* le vocable « entreprise » dans l'expression « E.I.R.L. », le droit est utilisé – à l'instar de nombre de réglementations étrangères (anglaise<sup>74</sup>, allemande<sup>75</sup>, suisse<sup>76</sup>) – comme technique d'organisation d'une activité professionnelle<sup>77</sup> en instaurant un patrimoine séparé du patrimoine personnel de l'entrepreneur<sup>78</sup>. Au travers du dispositif des articles L. 526-6 et s. du Code de commerce, le législateur français a institué une structure d'accueil pour la conduite d'activités qualifiées de « professionnelles » ne comportant d'ailleurs pas moins de seize articles, et ce, sans renvoi à une quelconque personnalité morale.

<sup>71</sup> Cf. notamment : A. Reygrobelle, « L'"auto-entrepreneur" : vers un statut de l'activité indépendante », *RLDA*, mars 2009, p.77 ; L. Nurit-Pontier, « Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques », *D.*, 2009, p.585 ; D. Gallois-Cochet, « Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME », *J.C.P.*, éd. E., 2009, n°16-17, p.25 ; J. Barthélémy, « Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise », *J.C.P.*, éd. E., 2009, n°18, p.42.

<sup>72</sup> C. Champaud, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *R.T.D.Com.*, 1979, p.579.

<sup>73</sup> V. Legrand, « Entreprise individuelle à responsabilité limitée », Delmas, 2011. Aussi : J.-L. Pierre, « L'entreprise à patrimoine affecté, la résurgence d'un serpent de mer », *J.C.P.*, éd. E., 2009, 2184 ; P. Serlooten, « Brèves observations (et interrogations) sur le projet de création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Dr. fisc.*, 2010, n°14, comm. 225.

<sup>74</sup> *Salomon v. A. Salomon and Co, Ltd*, [1897] AC 22, HL.

<sup>75</sup> F. Jault-Seseke et C. Seseke, « La petite société anonyme (droit allemand) », *Bull. Joly Sociétés*, février 1995, p.139 ; B. Laurin, « La nouvelle loi allemande sur les "petites sociétés par actions" et la simplification du droit des sociétés par actions », *LPA*, 2 novembre 1994, n°131, p.11 ; N. Horn, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. L'expérience allemande », *R.T.D.Com.*, 1984, p.1. Globalement : N. Ezran-Charrière, « L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne », thèse Paris 2, 1998.

<sup>76</sup> R. Patry, « La reconnaissance de l'existence d'une personne morale en droit suisse », dans *Problèmes d'actualité posés par les entreprises – Études offertes à Roger Houin*, Dalloz - Sirey, 1985, p.219, spéc. n°7.

<sup>77</sup> F. Marmoz, « L'EIRL : nouvelle technique d'organisation de l'entreprise », *D.*, 2010, p.1571.

<sup>78</sup> Sur les difficultés de l'E.I.R.L., cf. B. Dondero, « EIRL – *Duo in carne una* – À propos de l'ordonnance du 9 décembre 2010 », *J.C.P.*, éd. G., 20 décembre 2010, n°58, 1261 ; F-X. Lucas, « L'EIRL, de la fausse bonne idée, à la vraie calamité », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°4, p.311 ; F-X. Lucas, « Les dangers de l'EIRL », *Droit et patrimoine*, avril 2010, p.80 ; A.-F. Zattara-Gros, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en difficultés », *Journal des sociétés*, juillet 2010, n°78, p.72. Nous laissons de côté les critiques concernant certaines dispositions du droit des procédures collectives.

## B. Droit des sociétés : le dépassement ...

**6. ... Du groupement de personnes :** L'idée de la fonction organisationnelle du droit des sociétés – et l'abandon corrélatif de l'assimilation entre société, personne morale et groupement de personnes – se retrouve en filigrane dans diverses mutations du paysage juridique en France et en Europe. En premier lieu, le législateur a fait le choix de dédoubler la personne de l'entrepreneur<sup>79</sup>. Ainsi, le développement des sociétés unipersonnelles admises dès la loi de 1966<sup>80</sup>, confirmée en 1985 et 1999 (E.U.R.L.<sup>81</sup> et S.A.S.U.<sup>82</sup>) et dont certains préconisent l'extension<sup>83</sup>, démontre que le lien existant de longue date, entre société et personne morale, s'étirole progressivement<sup>84</sup>. « *Il est évident que cette généralisation de la société unipersonnelle condamne totalement la thèse selon laquelle la société – et la personne morale – est l'expression d'un groupement de personnes. On ne [peut] plus considérer la société unipersonnelle comme une exception. Il faut bien se convaincre qu'il n'est pas de l'essence de la société, ni de la personne morale, d'être un groupement de personnes* »<sup>85</sup>. Les sociétés unipersonnelles apparaissent *mutatis mutandis* comme des structures organisationnelles d'entreprise individuelle<sup>86</sup>. De même, l'adoption au plan européen<sup>87</sup>, puis dans le *corpus* du dispositif législatif français<sup>88</sup>, de la *societas europaea*<sup>89</sup> éloigne la société d'un simple groupement de personnes et d'une approche d'essence uniquement

<sup>79</sup> J. Derrupé, « L'entreprise entre le patrimoine et la personne », *art. préc.*, p.54 et s.

<sup>80</sup> L'article 9 de la loi du 24 juillet 1966 énonçait pour la première fois qu'une société qui n'a plus qu'un seul associé n'est pas automatiquement dissoute.

<sup>81</sup> J. Paillusseau, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *J.C.P.*, éd. G., 1986, I, 3242.

<sup>82</sup> C. Cutajar, « De l'EURL à la SASU ou du *big-bang* à la transformation du concept de société par l'unipersonnalité », *LPA*, 15 septembre 2000, n°185, p.48. Certaines sociétés de type spécial peuvent être également créées par une seule personne, comme les sociétés européennes, les sociétés d'exercice libéral (S.E.L.) ou les sociétés à objet agricole (société civile agricole unipersonnelle, E.A.R.L.).

<sup>83</sup> A. Reygrobellet, « Pour une société en nom collectif... unipersonnelle », *D.*, 2003, chron., p.679.

<sup>84</sup> J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le *big-bang* du droit des sociétés ! », *D.*, 1999, p.333, *spéc.* n°16 et s.

<sup>85</sup> *Ibid.*, n°71.

<sup>86</sup> H. Azarian et B. Saintourens, « La SAS comme structure d'organisation de l'entreprise artisanale après la loi de modernisation de l'économie », *J.C.P.*, éd. E., 2008, n°41, p.20.

<sup>87</sup> Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs ; Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

<sup>88</sup> Décret n°2009-1559 du 14 décembre 2009 ; loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire ; loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie ; décret n°2006-448 du 14 avril 2006 ; décret n°2006-1360 du 9 novembre 2006.

<sup>89</sup> M. Menjucq, « La société européenne », *R.S.*, 2002, p.225 ; C. Fouassier, « Le statut de la "société européenne" : Un nouvel instrument juridique au service des entreprises », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2001, n°445, p.85 ; F. Blanquet, « Enfin la Société européenne "la SE" », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 1/2001, p.65 ; H. Synvet, « Enfin la Société européenne ? », *R.T.D.E.*, 1990, p.253 ; G. Baudieu, « Les enjeux de la société européenne », *R.D.A.I.*, 1990, p.909.

contractuelle<sup>90</sup>. En second lieu, sur un plan davantage interne aux sociétés, les dispositions réglementaires et positions politiques internationales<sup>91</sup>, européennes<sup>92</sup> et françaises<sup>93</sup>, qui se sont succédé depuis le début des années 2000 à un rythme soutenu en matière de gouvernance d'entreprise, conduisent à repenser les rapports entre actionnaires et salariés<sup>94</sup>, et, au final, à s'interroger sur le mode de fonctionnement des sociétés<sup>95</sup>. En parallèle, la multiplication de l'interventionnisme judiciaire dans la gestion des sociétés n'est pas anodine et interpelle également les rapports de pouvoirs<sup>96</sup>. La question suivante est aujourd'hui posée : face au pouvoir grandissant des salariés et des juges, les associés décident-ils encore dans l'entreprise<sup>97</sup> ? Leurs pouvoirs est-il encore d'essence contractuelle ?

**7. ... De la personne morale :** « *La notion de personnalité morale doit être envisagée de manière simple. Le mécanisme de la personnalité morale n'est qu'une technique juridique, parmi d'autres, qui doit répondre aux besoins actuels de la vie en société* »<sup>98</sup>. Si la société est

<sup>90</sup> À côté de la société européenne, diverses structures européennes permettent aux entreprises de développer des coopérations transfrontalières : le G.E.I.E., la société privée européenne et les entreprises de l'économie sociale européenne. Cf. G. Mustaki et V. Engammare, « Droit européen des sociétés », Bruylant, L.G.D.J., 2009, *spéc.* p.343 et s. ; C. Cathiard et A. Lecourt, « Les structures européennes : principales caractéristiques et intérêts pour les entreprises », *Droit des sociétés*, août-septembre 2011, n°8-9, Étude 11, p.5. Adde C. Cathiard et A. Lecourt, « La pratique du droit européen des sociétés, Analyse comparative des structures et des fusions transfrontalières », Pratique des Affaires, Joly éditions, 2010.

<sup>91</sup> Cf. *infra* § 14.

<sup>92</sup> Cf. *infra* § 14.

<sup>93</sup> Cf. *infra* § 14.

<sup>94</sup> Centre d'Analyse Stratégique, « Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés », n°27, juin 2010, La documentation française. Des travaux académiques nord-américains (K. Greenfield, « The Failure of Corporate Law », The University of Chicago Press, 2006 ; R. G. Rajan and L. Zingales, « Power in a Theory of the Firm », *The Quarterly Journal of Economics*, may 1998, vol. 113, n°2, p.387 ; M. M. Blair, « Ownership and Control : Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century », The Brookings Institution, 1995) ou européens (S. Nadal, « À propos du contre-pouvoir salarié dans les entreprises transnationales : la tyrannie de l'espace », dans *Le contrôle des entreprises : Évolutions et perspectives*, C. Hannoun et B. Le Bars (dir.), L'Harmattan, 2007, p.81 ; A. Reberieux, « Gouvernance d'entreprise et théorie de la firme. Quelle(s) alternatives à la valeur actionnariale ? », *Revue d'économie industrielle*, 2003, Vol. 104, n°1, p.85) font apparaître que le salarié est un *stakeholder* et ne saurait être réduit à celui qui échange sa force de travail contre une rémunération. Cf. le concept de « Potentiel humain » développé par certains chercheurs : H. Savall, « Enrichir le travail humain : l'évaluation économique », Dunod Entreprise, Paris, 1975.

<sup>95</sup> Dénonçant les insuffisances : G. Gnazale, I. Tchotourian et L. Violay « Association des salariés à la vie des entreprises : un bilan discutable de la construction juridique entourant le partage du pouvoir », *Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°79, p.85.

<sup>96</sup> Soulignant l'irruption de ce troisième pouvoir dans les organisations judiciaires : C. Champaud, « Droit administratif et droit des affaires », *A.J.D.A.*, numéro spécial cinquantenaire, juin 1995, p.82. Également : M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs – Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p.149 ; J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *R.J.Com.*, 1985, n°4, p.81.

<sup>97</sup> Les actionnaires sont-ils vraiment les maîtres de l'entreprise (J.-J. Caussain, « Le gouvernement d'entreprise : Le pouvoir rendu aux actionnaires », Litec, 2005) ?

<sup>98</sup> J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *R.T.D.Civ.*, 1993, p.705, *spéc.* n°85.

liée à la personnalité morale<sup>99</sup>, elles constituent néanmoins deux notions indépendantes l'une de l'autre<sup>100</sup>. La Doctrine de l'entreprise propose ainsi le dépassement de la personnalité morale comme fondement de l'activité économique<sup>101</sup>. L'illustration que fournit le régime juridique des « sociétés de sociétés » est éclairante. En matière de filiale, n'est-il pas difficile de tirer les conséquences de la personnalité morale sans oublier le lien de dépendance à l'égard de la société-mère, ou inversement, de faire ressortir le lien de dépendance sans sacrifier la personnalité juridique propre<sup>102</sup> ? L'unité qui caractérise le groupe ne vide-t-il pas la personnalité morale des sociétés subordonnées qui ne tend plus qu'à être une apparence ? Les fameux groupes de sociétés « hantent » depuis longtemps le droit français<sup>103</sup> et sont un objet d'étude privilégié de la Doctrine de l'entreprise<sup>104</sup>. En dépit de l'absence de dispositions cohérentes concernant cet assemblage si variés de structures économiques<sup>105</sup> qu'offre la réalité économique et sociale<sup>106</sup>, les outils juridiques des différentes branches juridiques le

<sup>99</sup> M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, « Droit des sociétés », Litec, 23<sup>e</sup> édition, 2010, *spéc.* p.5, n°10 ; G. Wicker, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », dans *Codification et droit privé européen – Mélanges Bruno Oppetit*, LexisNexis Litec, 2010, p.689.

<sup>100</sup> Sur la relativité de la personne morale : C.-M. Bernard, « Les limites de la personnalité morale en droit privé », thèse Toulouse, 2003 ; B. Dondero, « Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé – Contribution à la théorie de la personnalité morale », Préface H. Le Nabasque, P.U.A.M., 2006 ; N. Mathey, « Recherche sur la personne morale en droit privé », thèse Paris 2, 2001.

<sup>101</sup> Ce raisonnement se retrouve devant les juridictions communautaires qui, pour relever l'existence ou non d'une entreprise, ne tiennent pas compte de la présence ou de l'absence d'une personnalité juridique (C.J.C.E., 12 septembre 2000, aff. jtes C-180/98, *Rec. CJCE*, I, p.6451 ; *R.T.D.Com.*, 2001, p.537 et 543, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; C.J.C.E., 11 décembre 1997, aff. C-55/96, *Rec. CJCE*, I, p.7119 ; *D.*, 1998, IR, p.28 ; C.J.C.E., 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Rec. CJCE*, I, p.1679 ; *R.T.D.Com.*, 1991, p.512 et 524, obs. C. Bolze ; C.J.C.E., 28 mars 1984, aff. C-29/83, *Rec. CJCE*, I, p.1679). Ainsi, une entreprise est toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (C.J.C.E., 23 avril 1991, aff. C-41-90, *Rec CJCE*, I, p.1979).

<sup>102</sup> C. Champaud, *op. cit.*, n°116.

<sup>103</sup> Comme le relève le professeur Didier (P. Didier, « Droit commercial : L'entreprise en société, Les groupes de sociétés », T. 2, P.U.F., 1999, *spéc.* p.535), tout a commencé le 10 décembre 1878 lorsque la Chambre des requêtes indique : « aucun texte de loi, aucun principe de droit n'interdit aux sociétés (...) d'entrer comme associé dans d'autres sociétés du même genre ». Cf. la vaste littérature consacrée depuis à cette thématique et citée dans G. Ripert et R. Roblot, « Traité de droit commercial », T. 1, 17<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1998, *spéc.* p.1455 et s., n°1997 et s. Preuve de la fréquence du groupe de sociétés, un *Mémento pratique Francis Lefebvre* l'analyse spécifiquement dans ses implications juridiques, fiscales et sociales : *Mémento pratique*, « Groupes de sociétés, 2011-2012 : juridique, fiscal, social », Éditions Francis Lefebvre, 2011.

<sup>104</sup> R. Contin et H. Hovasse, « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D.*, 1971, chron., 197 ; C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *R.T.D.Com.*, 1967, p.1003 ; R. Houin, « Le groupement d'entreprises vu à l'échelle européenne », *R.I.D.C.*, 1965, p.321.

<sup>105</sup> Certains auteurs distinguent les groupes à participation radiale, les groupes pyramidaux et les groupes à participation circulaire (C. Champaud, *op. cit.*, n°276 et s.). Cf. aussi C. Champaud, « Les méthodes de groupement des sociétés », *R.T.D.Com.*, 1967, p.1005. A cette variété des méthodes de regroupement s'ajoute que tout dépend de la conviction des juges qui retiennent un faisceau d'indices (J. Béguin, note sous Cass. Com., 24 mai 1982, *R.S.*, 1983, n°2, p.365 et s. et les arrêts cités par cet auteur).

<sup>106</sup> Malgré des discussions sérieuses sur la validité des sociétés *holding*, la jurisprudence a pris en considération ce besoin du monde économique en validant ce type de société (C.A. Paris, 20 octobre 1980, *R.S.*, 1980, p.774, note A. Viandier ; *J.C.P.*, 1981, II, 19602, note F. Terré ; *D.*, 1981, p.44, concl. Jéol). La signification du groupe de sociétés n'est-elle d'ailleurs pas avant tout économique (*Mémento pratique*, « Groupes de sociétés », 2001-2002, Éditions Francis Lefebvre, *spéc.* p.18, n°50) ? Pour une typologie des groupements, cf. P. Merle, « Droit

prennent en compte. Au plan juridique, le professeur Paillusseau a ainsi démontré que le droit français reconnaît cette entité économique tout en adoptant une démarche pragmatique<sup>107</sup> répondant à des objectifs variés en fonction de la discipline juridique concernée<sup>108</sup>. Ce dépassement de la personne morale qu'entraîne *ipso facto* la Doctrine de l'entreprise a connu un regain d'actualité au moment des discussions du Grenelle de l'environnement. Faisant écho à l'indignation provoquée dans l'opinion publique par l'affaire française « Metaleurop » – du nom de cette société exploitant des sites pollués, mise en liquidation judiciaire, placée dans l'impossibilité de prendre en charge les opérations de dépollution et abandonnée à son funeste sort par sa société mère<sup>109</sup> –, l'article 227 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « loi Grenelle II »<sup>110</sup> a été adopté afin de parer à la répétition de ce type de scandale. L'article 227 répond ainsi à l'incomplétude du droit n'appréhendant l'entreprise qu'à travers sa seule personnalité morale. Or, l'apparition de poupées gigognes, de sociétés fantômes, de sociétés de façade « ressembl[ant] à un théâtre d'ombres »<sup>111</sup>, de structures organisationnelles complexes<sup>112</sup> tend à un « éclatement » de l'entreprise en matière de droit de l'environnement<sup>113</sup> et se joue des limites de la personnalité morale<sup>114</sup>.

---

commercial : sociétés commerciales », Dalloz, 2003, *spéc.* p.753 et s., n°635 et s. ; D. Vidal, « Droit des sociétés », L.G.D.J., 2001, *spéc.* p.107 et s., n°218 et s.

<sup>107</sup> Cette démarche pragmatique se retrouve dans la grande diversité des critères d'identification des groupes de sociétés : placement, participation, contrôle, influence. Toutefois, la situation de domination constitue le point commun de l'ensemble des groupes de sociétés (M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p.758, n°1484).

<sup>108</sup> J. Paillusseau, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.*, 2003, p.2346. Cf. du même auteur : J. Paillusseau, « Le droit des groupes de sociétés », Fondation nationale du droit de l'entreprise, 1972 ; J. Paillusseau, « Le groupe de sociétés », *R.T.D.Com.*, 1972, p.813 ; J. Paillusseau, « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », *J.C.P.*, 1971, 1, 2401 *bis*.

<sup>109</sup> Sur l'affaire « Metaleurop », cf. C.A. Douai, 2 octobre 2003, *LPA*, 28 janvier 2005, n°20, p.13, note B. Rolland ; 16 décembre 2004, *D.*, 2005, n°3, A.J., p.216, note A. Lienhard ; Cass. Com., 19 avril 2005, n°05-10094, *Bull. Joly sociétés*, 2005, n°6, p.690, note C. Saint-Alary-Houin ; *J.C.P.*, éd. G., n° 26 (29 juin 2005), p.1241, note B. Bouru et M. Menjucq.

<sup>110</sup> Pour des commentaires de cette loi : L.-D. Muka Tshibende, Y. Queinnec et I. Tchoutourian, « Article 224 et s. de la loi Grenelle II : Longue vie à l'entreprise responsable ! », *Revue internationale de droit international et de droit comparé* (à paraître en 2011) ; F. Dannenberger, « L'article 227 de la loi Grenelle II, coup d'épée dans l'eau ? », *Bull. Joly Sociétés*, février 2001, n°2, p.90 ; C. Malecki, « La loi Grenelle II et la gouvernance d'entreprise sociétale », *Bull. Joly Sociétés*, septembre 2010, n°9, p.704 ; G. J. Martin, « Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II ») », *R.S.*, 2011, p.75 ; V. Mercier, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Droit social*, avril 2011, n°4, Etude 6, p.7.

<sup>111</sup> Expression empruntée au professeur Sayag : A. Sayag, « De nouvelles structures pour l'entreprise », *J.C.P.*, 1985, 3217, n°4.

<sup>112</sup> P. Diener, « Éthique et droit des affaires », *D.*, 1993, chron., p.17 *spéc.* p.17, n°5. Pour une typologie des entreprises fantômes : J.-F. Barbiéri, « Morale et droit des sociétés », dans *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, *spéc.* p.104 et s., n°11 et s.

<sup>113</sup> Ainsi « (...) le droit de l'environnement est globalement inadapté au droit des sociétés, alors même que la quasi-totalité des exploitations sont conduites par des sociétés commerciales » (F. G. Trébulle « Remise en état et groupes de sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 908, note sous Cass. Com., 26 mars 2008).

<sup>114</sup> J. Hamel, « La personnalité morale et ses limites », *D.*, 1949, chron., p.141.

Premièrement, la société dont la responsabilité peut être engagée du fait de ses filiales, et ce, sur la base du volontariat, est celle « (...) *qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société au sens de l'article L. 233-1, qui détient une participation au sens de l'article L. 233-2 ou qui exerce le contrôle sur une société au sens de l'article L. 233-3* ». À cet effet, le principe même du volontariat induit que la société mère doit s'être au préalable engagée à prendre en charge totalement ou partiellement, en cas de défaillance de la société qui lui est liée en vertu des dispositions susvisées, les obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du Code de l'environnement<sup>115</sup>. La loi soumet cette décision à la procédure des conventions réglementées spécifique à chaque forme sociale entrant dans son champ d'application. La responsabilité de la société mère ainsi consacrée est une responsabilité sans faute fondée sur un engagement facultatif. Il faut et il suffit dès lors, qu'un engagement ait été pris par la société mère et que la filiale soit « *en défaillance* ».

Deuxièmement, rétablissant l'article L. 512-17 dans le Code de l'environnement, l'article 227-II de la loi consacre un régime de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales qui exploitent des sites donnant lieu à une obligation de remise en état en fin d'activité. L'article L. 512-17, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de l'environnement dispose dans un premier alinéa que « *[l]orsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'État dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité* ». Pour rendre efficace le dispositif, le législateur a envisagé dans un second alinéa l'hypothèse où la société mère, dont la responsabilité serait mise en jeu, se trouverait elle-même dans l'incapacité de financer les mesures de remise en

---

<sup>115</sup> Ces obligations définissent un régime spécifique de prévention et de réparation s'appliquant, en cas de faute ou négligence de l'exploitant, d'une part aux dommages causés à l'environnement par des activités professionnelles définies par décret, d'autre part aux dommages causés aux espèces et habitats par toute activité professionnelle (D. de Legge, « Avis n° 576 présenté au nom de la Commission des lois du Sénat », 21 juillet 2009). Contrairement à l'hypothèse de responsabilité subie qui vise les obligations relatives à la remise en état du site pollué, le législateur limite donc l'obligation de la société mère à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement.

état en fin d'activité incombant à sa filiale<sup>116</sup>. Il est nécessaire que la société mère ait commis une faute « *caractérisée* », autrement dit une faute d'une certaine gravité dont la matérialité doit être prouvée, faute devant au demeurant avoir contribué à l'impotence financière de la filiale.

À travers la loi Grenelle II, le législateur déduit *ad fine* de l'exercice du pouvoir par une société mère sur ses filiales un régime permettant d'engager la responsabilité de la société-mère en cas de manquement par ses filiales à leurs obligations environnementales ... réduisant un peu plus « (...) *l'opacité des voiles sociétaires, caractère spécifique [de tant de] groupes de sociétés* »<sup>117</sup>. Si la réalité sociale a donné par le passé une assise à la réalité juridique<sup>118</sup> et consacré la théorie de la « *réalité technique* »<sup>119</sup>, cette tendance se trouve réaffirmée au travers du prisme législatif.

**8. ... *D'une préoccupation non actionnariale grandissante, en écho à d'autres « sciences de l'entreprise »***<sup>120</sup> : Alors que la structure sociétaire française s'est identifiée pendant longtemps à la seule personne morale et à l'application du droit dans ses relations externes (droit du travail, droit administratif, droit de la responsabilité) et internes (droit des sociétés), cette conception semble dépassée de nos jours. La nécessité d'aller plus loin que les règles formelles et de protéger les tiers au travers de nouveaux outils juridiques s'est fait ressentir fortement<sup>121</sup>. Au fur et à mesure, « *[est] apparue la nécessité d'assurer la protection des tiers face à des éléments purement internes, tels l'objet de la société, le pouvoir de ses organes ... et le droit des sociétés lui-même s'est intéressé aux situations touchant à la situation de certains tiers, étrangers au contrat de société mais ayant une position particulière par rapport à la personne morale (...)* »<sup>122</sup>.

<sup>116</sup> Articles L. 512-17, alinéa 2 *in limine* (responsabilité de la société grand-mère) et L. 512-17, alinéa 2 *in fine* (responsabilité de la société arrière grand-mère).

<sup>117</sup> M.-P. Blin-Franchomme, « De l'évolution des espèces » : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés », *RLDA*, 2009, n°42, p.10.

<sup>118</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 1954, *D.*, 1954, p.17, note Levasseur ; *J.C.P.*, 1954, II, 7978, concl. Lemoine.

<sup>119</sup> F. Terré, Préface, dans N. F. Raad, « L'abus de la personnalité morale en droit privé », Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., T. 214, 1991, p.I, *spéc.* p.III.

<sup>120</sup> Cette partie est extraite d'un projet de recherche post-doctoral réalisé à la Chaire en gouvernance et droit des affaires (université de Montréal) sous la direction du professeur Stéphane Rousseau réalisé en 2006-2007. Portant sur le thème de « La RSE et les entreprises cotées », ce projet de recherche a été subventionné par une bourse nationale Lavoisier.

<sup>121</sup> Pour une présentation comparée des droits européens et nord-américains : I. Tchoutourian, « Lorsque le droit nord-américain des sociétés dessine les nouvelles frontières de l'entreprise : les clés pour un autre futur ? », *La Revue des Sciences de Gestion*, mai-août 2010, n°243-244, p.81.

<sup>122</sup> F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés (première partie) », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, n°123, p.1337, *spéc.* n°8. Dans la littérature américaine : M. M. Blair, « From Whom Should Corporations Be

Ayant l'entreprise comme objet d'étude (notamment pour la distinguer du marché<sup>123</sup>), une partie des sciences économiques et de gestion prône, de manière similaire aux sciences juridiques, une redéfinition de l'entreprise<sup>124</sup>, en cherchant à tenir compte de la multitude des intérêts qui font son existence et son fonctionnement<sup>125</sup>. Or, le droit des sociétés n'est pas insensible à ces réflexions<sup>126</sup>, pas plus qu'à celle de la RSE qui envahit à l'heure actuelle le droit<sup>127</sup>. Ainsi, c'est autour de la *stakeholder theory* que se construisent nombre de

---

Run ? An Economic Rationale for Stakeholder Management », *Long Range Planning*, 1998, Vol. 31, n°2, p.195, spéc. p.200 ; M. M. Blair, « Ownership and control : Rethinking corporate governance for the twenty-first century », The Brookings Institution, Washington D.C., 1995, spéc. p.223 ; M. Porter, « Capital choices : Changing the Way America Invests in Industry », Research report presented by the council on Competitiveness and cosponsored by Harvard Business School, Washington, 1992, spéc. p.86 ; D. Votaw, « Modern corporation », Prentice-Hall, 1965, spéc. p.28. Dans la littérature canadienne : M. Lizée, « Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé », *Revue de droit de McGill*, 1989, vol. 34, p.653.

<sup>123</sup> Les travaux du prix Nobel Ronald Coase trouvent leur origine de ce point de départ : R. H. Coase, « The Theory of the Firm », *Economica*, 1937, Vol. 4, n°16, p.386.

<sup>124</sup> Par exemple : J. Post, L. Preston and S. Sachs, « Redefining the Corporation : Stakeholder Management and Organizational Wealth », 2002, CA : Stanford University Press ; A. D. Chandler, « Organizational Capabilities and the Economic History of the Industrial Enterprise », *Journal of Economic Perspectives*, 1992, Vol. 6, n°3, p.79 ; M. Aoki, « Towards an Economic Theory of the Japanese Firm », *Journal of Economic Literature*, 1990, Vol. 26, p.1 ; M. Aoki, « Information, Incentive and Bargaining structure in the Japanese economy », Cambridge University Press, Cambridge and New York, 1988.

<sup>125</sup> Diverses études attestent que la nouvelle génération de dirigeants d'entreprise n'ignore pas l'ensemble des acteurs engagés contractuellement avec leur entreprise (A. Ionescu-Somers, « View of Managers about their Stakeholder Environment : An Update », dans *Inside the Mind of the Stakeholder: The Hype Behind Stakeholder Pressure*, IMD, EABIS, 2007, p.29, spéc. p.29 ; A. Nick, « Financial Institutions : Corporate Sustainability as a Significant Niche ? », dans *Inside the Mind of the Stakeholder : The Hype Behind Stakeholder Pressure*, IMD, EABIS, 2007, p.131, spéc. 152).

<sup>126</sup> À titre d'illustration, si la jurisprudence australienne reste traditionnelle en considérant que les dirigeants sociaux n'ont aucune obligation de considérer l'intérêt des salariés (*Parke v. Daily News Ltd.* [1962] Ch. 927), un projet gouvernemental a examiné cette question en 1989 et a recommandé que la législation soit modifiée pour que l'intérêt des salariés soit pris en compte dans la direction des entreprises (*Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs*, « Company Directors' Duties », Australian Government Publishing Service, November 1989, spéc. § 6.24). En outre, le comité parlementaire sur les sociétés et les services financiers a indiqué quelques temps plus tard : « the Corporations Act 2001 permits directors to have regard to the interests of stakeholders other than shareholders and recommended that "amendment to the directors' duties provisions within the Corporation Act is not required » (*Report of the Joint Statutory Committee on Corporations and Financial Services*, « Corporate Responsibility : Managing Risk and Creating Value », Commonwealth of Australia, June 21, 2006, spéc. § 4.78). Cf. M. A. Jones, S. D. Marshall, R. Mitchell et I. M. Ramsay, « Company Directors' Views Regarding Stakeholders », *Legal Studies Research Paper*, 2007, n°270, <http://ssrn.com/abstract=1023259> ; Corporations and Markets Advisory Committee, « Corporate Social Responsibility », CAMAC, November 2005. Egalement : L. L. Lan and L. Heracleous, « Rethinking Agency Theory : The View from Law », *art. préc.* ; S. Rousseau et I. Tchotourian, « L'"intérêt social" en droit des sociétés – regards canadiens », *art. préc.* ; F.-G. Trébulle, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », F. G. Trébulle, « Stakeholder theory et droit des sociétés (deuxième partie) », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, n°1, p.7 ; F.-G. Trébulle, « Stakeholders Theory et droit des sociétés (première partie) », *art. préc.* ; M. B. E. Clarkson, « The Corporations and its Stakeholders », University of Toronto Press, 1998.

<sup>127</sup> « Responsabilité sociale des entreprises : Regards croisés Droit et Gestion », F.-G. Trébulle et O. Uzan (dir.), *Études juridiques, Economica*, 2011 ; B. Horrigan, « Corporate Social Responsibility in The 21st Century: Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business », Edward Elgar Publishing, 2010 ; « Perspectives on Corporate Social Responsibility », N. Boeger, R. Murray and C. Villiers (dir.), Edward Elgar Publishing, 2008 ; J.-C. Javillier « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, dans J.-C. Javillier (dir.), Institut international d'études sociales, 2007, p.24 ; « La dimension pluridisciplinaire

développements contemporains caractérisant ces disciplines<sup>128</sup>. En raison de l'ouverture des marchés, de la diffusion de nouvelles technologies, d'une fragmentation des marchés, d'un bouleversement des formes de production, de la reconnaissance des enjeux liés à l'innovation et aux connaissances, un modèle d'organisation industrielle nouveau tend à se développer dans lequel les stratégies coopératives entre une variété d'agents fortement interdépendants redéfinissent l'entreprise<sup>129</sup>. Les travaux académiques réalisés au cours de ces dernières années ont attaché une importance non négligeable à la *stakeholder theory*, principalement sur le terrain de la détermination de la nature exacte des parties prenantes<sup>130</sup>. La notion de *stakeholder* n'a pas le même sens pour tous les auteurs. Néanmoins, la liste suivante peut être proposée : direction, syndicats, salariés, actionnaires, partenaires financiers, fournisseurs, sous-traitants, clients/consommateurs, société civile, riverains, O.N.G., communauté scientifique, élus, médias, administration et générations futures. Il existe donc une véritable « *société des parties prenantes* »<sup>131</sup> que les actions de l'entreprise doivent intégrer tout en tenant compte des spécificités et du secteur d'activité de chaque firme. La distinction entre les parties prenantes qui sont partenaires de l'entreprise (ceux qui ont un contrat explicite avec la firme) et les parties prenantes qui réinsèrent l'entreprise dans la société en tant que telle (associations, O.N.G., collectivités territoriales, ...) semble pertinente pour permettre une lecture plus aisée. Des tentatives pour élargir la mesure de la performance accompagnent cette vision innovante de la société consacrant un élargissement de l'éventail des parties prenantes à la vie d'une entreprise. Le vocable de performance « sociale » ou « sociétale » est alors

---

de la responsabilité sociale des entreprises », M.-A. Moreau et F. Francioni (dir.), P.U.A.M., 2007 ; F. G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises », Répertoire Sociétés, Dalloz, 2003.

<sup>128</sup> J. Heath and W. Norman, « Stakeholder Theory, Corporate Governance and Public Management : What can the History of State-Run Enterprises Teach us in the Post-Enron era ? », *Journal of Business Ethics*, 2004, Vol. 53, p.247 ; T. Donaldson and L. E. Preston, « The Stakeholder Theory of the Corporation : Concepts, Evidence and Implications », *Academy of Management Review*, 1995, Vol. 20, n°1, p.65 ; W. N. Evan and R. E. Freeman, « A Stakeholder Theory of The Modern Corporation : Kantian Capitalism », dans *An Introduction to Business Ethics*, G. D. Chryssides and J. H. Kaler (dir.), London : Thomson Business Press, 1993, p.254 ; C. W. L. Hill and T. M. Jones, « Stakeholder – Agency theory », *Journal of Management Studies*, 1992, Vol. 29, n°2, p.131 ; R. E. Freeman and W. M. Evan, « Corporate Governance : A Stakeholder Interpretation », *The Journal of Behaviour Economics*, 1990, Vol. 19, n°4, p.337 ; R. E. Freeman, « Strategic management : A stakeholder approach », Boston: Pitman, 1984 ; A. B. Carroll, « Business and Society : Ethics and Stakeholder Management », Cincinnati OH : South-Western, 1984.

<sup>129</sup> M.-H. Depret et A. Hamdouch, « Gouvernement d'entreprise et performance », dans *Gouvernement d'entreprise : Enjeux managériaux, comptables et financiers*, A. Finet (dir.), De Boeck, 2005, p.39, spéc. p.71 et s.

<sup>130</sup> R. K. Mitchell, B. R. Agle and D. J. Wood, « Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience : Defining the Principle of Who and What Really Counts », *Academy of Management Review*, 1997, Vol. 22, n°4, p.853, spéc. p.858.

<sup>131</sup> M. Capron et F. Quairel-Lanoizelée, « Mythes et réalités de l'entreprise responsable », La Découverte, 2004, spéc. p.17.

utilisé<sup>132</sup>. L'approche la plus couramment utilisée<sup>133</sup> de la performance sociale est fondée sur les résultats, c'est-à-dire, sur le principe selon lequel la performance est ce qui compte et ce qui peut être mesuré et évalué<sup>134</sup>.

La *stakeholder theory* est vue comme une intégration de l'entreprise dans son environnement social<sup>135</sup>. La reconnaissance de la notion de collectivité, de l'existence de parties prenantes distinctes au sein de cette unité qu'est l'entreprise, de la nécessité de protéger des intérêts qui ne sont ni celui du dirigeant, ni celui de l'actionnaire ... toutes ces affirmations trouvent une trame commune : l'entreprise nécessite une prise en compte des intérêts qui ne sauraient se résumer dans celui de l'actionnaire. En d'autres termes, la Doctrine de l'entreprise répond à la transformation actuelle des missions de l'entreprise qui est de concilier les intérêts des parties qui affectent ou qui sont affectées par ses activités économiques<sup>136</sup>. Le professeur Champaud

<sup>132</sup> Parmi une littérature riche, cf. notamment : M. Orlitzky, « Corporate Social Performance and Financial Performance : A Research Synthesis », dans *The Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford University Press, 2008, p.113 ; D. J. Wood, « Trois questions sur la performance sociale de l'entreprise », dans *Responsabilité sociale d'entreprise et finance responsable : quels enjeux ?*, Presses de l'Université du Québec, 2004, p.65 ; J. Igalens et J.-P. Gond, « La mesure de la performance sociale de l'entreprise : une analyse critique et empirique des données ARESE », *Revue de Gestion des Ressources Humaines*, 2003, n°50, p.111 ; M. C. Jensen, « Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function », *Journal of Applied, Corporate Finance*, 2001, Bank of America, p.8 ; J.-P. Gond, « L'éthique est-elle profitable ? », *R.F.G.*, 2001, n°136, p.77 ; J. S. Harrison and R. E. Freeman, « Stakeholders, Social Responsibility, and Performance ; Empirical Evidence and Theoretical Perspectives », *Academy of Management Journal*, 1999, Vol. 42, n°5, p.479 ; L. E. Preston and D. P. O'Bannon, « The Corporate Social-financial Performance Relationship. A typology and Analysis », *Business and Society*, 1997, Vol. 36, n°4, p.419 ; S. A. Waddock and S. B. Graves, « The Corporate Social Performance - Financial Performance Link », *Strategic Management Journal*, 1997, Vol. 18, n°4, p.303 ; J. J. Griffin and J. F. Mahon, « The Corporate Social Performance and Corporate Financial Debate. Twenty Five Years of Incomparable Research », *Business and Society*, 1997, Vol. 36, n°1, p.5 ; M. L. Pava and J. Krausz, « The Association between Corporate Social Responsibility and Financial Performance : The Paradox of social cost », *Journal of Business Ethics*, 1996, Vol. 15, n°3, p.321 ; M. B. E. Clarkson, « A Stakeholder Framework for Analysing and Evaluating Corporate Social Performance », *Academy of Management Review*, 1995, Vol. 20, n°1, p.92 ; D. J. Wood and R. E. Jones, « Stakeholder Mismatching : A Theoretical Problem in Empirical Research in Corporate Social Performance », *International Journal of Organizational Analysis*, 1995, n°3, p.229 ; A. Ullmann, « Data in search of a theory : a critical examination of the relationship among social performance, social disclosure, and economic performance », *Academy of Management Review*, 1985, Vol. 10, n°3, p.540.

<sup>133</sup> B. W. Husted, « A Contingency Theory of Corporate Social Performance », *Business and Society*, 2000, Vol. 39, n°1, p.24.

<sup>134</sup> Une seconde approche de la performance sociétale est fondée sur les processus qui intègrent, en plus des résultats objectifs de politiques sociétales menées par l'entreprise, un ensemble d'éléments situés en amont, tels que les processus de sensibilité sociale, les principes moraux ou éthiques sur lesquels s'appuient les démarches de l'entreprise. Wood fournit un des modèles les plus aboutis qui s'articule autour de trois pôles : les principes, les processus de sensibilité sociétale et les résultats concrets des politiques sociétales (D. J. Wood, « Corporate Social Performance Revisited », *Academy of Management Review*, 1991, Vol. 16, n°4, p.691, spéc. p.708 et s.).

<sup>135</sup> Par exemple : A. Minvielle, « Les parties prenantes : un objet frontière », dans *Décider avec les parties prenantes : Approches d'une nouvelle théorie de la société civile*, M. Bonnafous-Boucher et Y. Pesqueux (dir.), La Découverte, 2006, p.173.

<sup>136</sup> Sur l'émergence des réseaux de sociétés : A. Sobczak, « Réseaux de sociétés et codes de conduite : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes », Préface S. Sciarra, Bibliothèque de droit social, T. 38, L.G.D.J., 2002, spéc. p.91 et s.

n'a-t-il pas rappelé récemment que le mouvement scientifique de la Doctrine de l'entreprise a des fondements sociétaux<sup>137</sup> ?

### **C. Droit des procédures collectives : vers une appréhension de l'entreprise et de ses composants**

**9. Un droit historiquement hermétique à la Doctrine de l'entreprise** : Si le droit des procédures collectives a longtemps eu comme objectif de sanctionner le commerçant qui échouait, ses finalités sont aujourd'hui bien éloignées de cet aspect répressif<sup>138</sup>. De la *venditio bonorum* du droit romain, en passant par le livre III du Code de commerce de 1807 et jusqu'à la loi n°67-563 du 13 juillet 1967, l'ensemble du dispositif réglementaire est construit autour des notions de débiteur et de créanciers et de leurs relations réciproques<sup>139</sup>. Les autres intérêts en jeu étaient sacrifiés, le droit de la faillite étant conçu comme un droit au paiement et d'essence sanctionnateur<sup>140</sup>. Certains spécialistes soulignaient ainsi que « (...) le droit de la faillite [devait] être reconsidéré dans ses finalités, ses fondements et son organisation. S'il est vrai que les finalités initiales qu'il [avait] originellement poursuivies [étaient] incontestables et [devaient] être conservées, il convien[drait] de l'adapter aux réalités économiques actuelles. Dans cette perspective, le « débiteur » ne peut plus dissimuler l'entreprise »<sup>141</sup>.

**10. Le sauvetage de l'entreprise, finalité absolue et principe directeur premier<sup>142</sup>** : Force est de constater que le mouvement que les lois n°84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises<sup>143</sup> et n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises<sup>144</sup> ont amorcé<sup>145</sup> s'est

<sup>137</sup> C. Champaud, « Les fondements sociétaux de la "Doctrine de l'entreprise" », *art. préc.*

<sup>138</sup> Pour une présentation historique : J.-L. Vallens, « Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.*, 2007, p.669 ; Y. Chaput, « Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle », P.U.F., 1996, *spéc.* p.269 et s., n°317 ; D. Briand-Mélédo, « Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit », thèse Rennes 1, 1992.

<sup>139</sup> J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?) ... d'un droit en dérive) », *art. préc.*, p.111.

<sup>140</sup> En ce sens : J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?) ... d'un droit en dérive) », *art. préc.*

<sup>141</sup> J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?) ... d'un droit en dérive) », *art. préc.*, p.113. Aussi : R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *art. préc.*

<sup>142</sup> A. Rizzi, « La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives », Préface C. Champaud, Bibliothèque de droit privé, T. 459, L.G.D.J., 2007, *spéc.* p.15.

<sup>143</sup> Complétée par le décret n°85-295 du 1<sup>er</sup> mars 1995.

<sup>144</sup> Complétée par le décret n°85-1388 du 27 décembre 1985. Cf. aussi la loi n°85-99 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise.

poursuivi jusque dans les réformes introduites depuis la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>146</sup>. Dans le domaine de la prévention des difficultés des entreprises, la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 s'est caractérisée par un nouveau *credo* centré autour d'une préoccupation entrepreneuriale forte<sup>147</sup>. En dépit d'une « *abrogation de fait par désuétude* »<sup>148</sup> en raison de contraintes techniques et institutionnelles<sup>149</sup>, la réforme introduite en 1984 a fait émerger une déontologie de gestionnaire ayant pour bras armé le recours au diagnostic<sup>150</sup>. Rappelons également que la loi du 25 janvier 1985 a fait de l'objectif de sauvegarde de l'entreprise une priorité<sup>151</sup>. L'ensemble de la matière est redéfinie autour d'une finalité délibérée et affichée : sauver par voie judiciaire l'entreprise en difficulté<sup>152</sup>. Dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés organisé par ce texte, la consécration de

<sup>145</sup> La loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes (accompagné de son ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967) a marqué une évolution non seulement en requalifiant le droit des procédures collectives en droit des entreprises en difficulté, mais encore en dissociant l'homme de l'entreprise (cf. notamment l'exposé des motifs, annexe 92, séance 13 avril 1967, *J.O. Déb. Ass. Nat.*, 15 septembre 1967, p.1394). Le critère de choix entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens devient économique, les sanctions du débiteur deviennent indépendantes du sort judiciaire de l'entreprise et une procédure de suspension provisoire des poursuites aboutissant à un plan de redressement est institué (cette procédure a été introduite par l'ordonnance du 23 septembre 1967).

<sup>146</sup> En parallèle des évolutions législatives *stricto sensu*, la construction prétorienne dans le domaine de la faillite entourant la fictivité, la confusion des patrimoines et l'apparence démontre la volonté des magistrats de dépasser la personnalité morale pour prendre en compte l'organisation. Pour des illustrations, cf. notamment : Cass. Com., 26 février 2008, *Bull. Joly Sociétés*, juillet 2008, n°7, p.602, note C. Hannoun ; Cass. Com., 25 mars 2003, *Droit social*, 2003, comm. 186 ; Cass. Com., 4 juillet 2000, *B.R.D.A.*, 2000-17, p.3 ; Cass. Com., 4 janvier 2000, *Bull. Civ.*, IV, p.2, n°3 ; *J.C.P.*, éd. E., 2000, p.298 ; *J.C.P.*, éd. E., 2000, p.698, note M. Cabrillac et P. Pétel ; Cas. Com., 24 novembre 1998, *R.T.D.Com.*, 1999, p.189 ; Cass. Com., 13 octobre 1998, *Banque et droit*, janvier 1999, p.44, note C. Cutajar ; Cass. Com., 13 octobre 1998, *R.J.D.A.*, 12/98, n°1360 ; Cass. Com., 4 mars 1997, *R.S.*, 1997, p.554, note P. Didier ; Cass. Com., 23 janvier 1996, *Bull. Joly*, 1996, p.317, § 109 ; Cass. Com., 24 octobre 1995, *D. Aff.*, 1995, p.203 ; C.A. Paris, 29 septembre 1995, *Bull. Joly*, 1995, p.1080, § 387, note C. Prieto ; Cass. Com., 24 octobre 1995, *R.J.D.A.*, 2/96, p.191, n°266 ; Cass. Com., 28 mars 1995, *Bull. Civ.*, IV, p.95, n°109 ; *R.J.D.A.*, 1995/8-9, n°1031 ; Cass. Com., 21 janvier 1995, *Bull. Joly*, 1995, p.439, note P. Pétel ; Cass. Com., 12 octobre 1993, *D.*, 1994, Som., 7, note F. Derrida ; *J.C.P.*, éd. E., 1994, I, 348, n°1, note P. Pétel ; *R.S.*, 1994, p.326, note B. Saintourens ; Cass. Com., 5 février 1991, *Bull. Joly*, 1991, p.391, note P. Delebeque ; Cass. Com., 17 octobre 1989, *Bull. Civ.*, n°252 ; Cass. Com., 4 janvier 1982, *R.S.*, 1983, p.95, note J.-J. Burst ; Cass. Com., 2 avril 1979, *Bull. Civ.*, IV, p.93, n°120. Cf. les illustrations jurisprudentielles en nombre dans : « Lamy Sociétés commerciales », édition Lamy, 2004, *spéc.* p.2328 et s., n°2328 et s. Pour des écrits doctrinaux, cf. notamment : C. Saint-Alary-Houin, « Les effets de la confusion... et de la fictivité... (Unité ou dualisme) », dans *Prospectives de droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999, p.453 ; D. Tricot, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », dans *Rapport de la Cour de cassation*, 1997, p.165.

<sup>147</sup> Faisant le lien entre les concepts juridiques et gestionnaires : M. Dizel, « Les Entreprises en difficulté. Recherche d'une harmonisation des critères juridiques et de gestion dans la prévention des difficultés des entreprises », thèse Toulouse, 1979.

<sup>148</sup> « La prévention des difficultés des entreprises après deux ans d'application », Journée d'étude de l'institut de droit de l'entreprise de l'université de Poitiers, 15 mai 1987, *J.C.P.*, éd. E., n°48.

<sup>149</sup> Pour un exposé de ces contraintes, cf. M. Dizel, « La prévention de la défaillance des entreprises : conciliation ou divorce entre droit et gestion ? », dans *Droit et gestion de l'entreprise : Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert Gestion, 1993, p.65, *spéc.* p.69 et s.

<sup>150</sup> M. Dizel, « La prévention de la défaillance des entreprises : conciliation ou divorce entre droit et gestion ? », *art. préc.*, p.66 et s.

<sup>151</sup> P. Le Cannu, « La notion juridique d'entreprise dans les lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985 », *LPA*, 1986, n°58.

<sup>152</sup> D. Vidal, « Droit des procédures collectives », Gualino, 2010, *spéc.* p.23, n°12.

techniques de gestion retenues pour favoriser le redressement de l'entreprise avait tendu à sacrifier le droit des créanciers au profit d'une permanence socio-économique de l'entreprise<sup>153</sup>. Le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, au moment des discussions dont la loi du 25 janvier 1985 était l'objet, confirme ce sentiment en expliquant à propos de la période suspecte que « (...) *ce ne sont plus les créanciers qui profitent directement de l'anéantissement de certains actes accomplis par le débiteur durant la période suspecte, mais l'entreprise elle-même* »<sup>154</sup>. De même, des études révèlent que la finalité des actions judiciaires attachées à la période suspecte visait initialement à reconstituer les forces vives de l'entreprise dans l'intérêt de l'unité économique elle-même<sup>155</sup>. La triple finalité des procédures collectives énoncée à l'article L. 620-1 al. 1<sup>er</sup> du Code de commerce (poursuite de l'activité de l'entreprise, maintien de l'emploi et apurement du passif)<sup>156</sup> démontre que la recherche d'un équilibre entre les composantes de l'entreprise est désormais de mise<sup>157</sup>. Si l'entreprise ou l'activité demeure la clé de voûte, les lois postérieures vont rééquilibrer la balance en faveur notamment des créanciers quelque peu sacrifiés à l'autel de la quasi-idéologie entourant l'entreprise. Les lois les plus récemment adoptées en France<sup>158</sup> montrent ainsi un intérêt identique pour l'entreprise et ses membres lorsqu'elle traverse une situation délicate<sup>159</sup>. En attestent la possibilité de faire appel tôt à des procédures extrajudiciaires qui

<sup>153</sup> M. Armand-Prevost et L. Domain, « La morale des affaires, le plan de continuation et le plan de cession », *Revue des procédures collectives*, 1989, p.321.

<sup>154</sup> Rapp. Gouzes, n°1872, *spéc.* p.124.

<sup>155</sup> D. Briand-Mélédou, « Quelques repères sur les nullités de la période suspecte », dans *Aspects organisationnels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p.385, *spéc.* p.398, n°27. Toutefois, cet auteur minimise la portée de ses propos en soulignant que la jurisprudence dans sa mise en œuvre des nullités de la période suspecte tend à reconnaître les intérêts respectifs des créanciers et des débiteurs au détriment de l'entreprise elle-même. L'intention des parties devient ainsi prédominante (D. Briand-Mélédou, « Quelques repères sur les nullités de la période suspecte », *art. préc.*, p.399, n°29).

<sup>156</sup> J.-C. May, « La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires », *LPA*, 1987, n°141, p.18.

<sup>157</sup> A. Boyer, « Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre », Préface D. Poracchia, P.U.A.M., 2006, *spéc.* p.23, n°9. Aussi : J. Paillusseau, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *art. préc.*, n°49 (cet auteur évoque la notion de « centre d'intérêts »).

<sup>158</sup> Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises et son décret d'application n°2005-1677 du 28 décembre 2005. Cette loi du 26 juillet 2005 fixe le droit actuel dans le domaine des procédures collectives. Dans une matière en pleine effervescence, cf. notamment l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 adoptée en application de l'article 74 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et son décret d'application n°2009-160 du 12 février 2009. Il est intéressant de souligner qu'un fil conducteur identique traverse les droits étrangers, comme le démontrent les droits australien et néo-zélandais. Alors que les dirigeants d'entreprise n'ont pas d'obligation de prendre en compte l'intérêt des créanciers, la jurisprudence s'oriente différemment lorsque l'entreprise se trouve en cessation de paiement ou proche de l'être (*Nicholson v. Permakraft*, [1985] 1 NZLR 242 ; *Walker v. Wimborne*, (1976) 137 CLR 1).

<sup>159</sup> Certains commentateurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 se demandent toutefois si ce texte n'est pas allé trop loin en privilégiant systématiquement l'entreprise au détriment du créancier (A. Bellier-Parigot et A. Romain-Huttin, « L'Ordonnance portant réforme des entreprises en difficulté : la nouvelle arme de séduction des dirigeants », *Journal des sociétés*, mars 2009, n°63, p.62, *spéc.* p.64).

améliorent la prévention<sup>160</sup> (mandat *ad hoc*<sup>161</sup>, conciliation<sup>162</sup>), mais aussi la protection des partenaires *lato sensu* de l'entreprise que les textes autorisent : les partenaires « externes » que sont les créanciers qui, en cas de procédure de sauvegarde, approuvent le plan proposé par le débiteur<sup>163</sup>, ou les partenaires « internes » que sont les salariés pour lesquels s'applique le droit commun du licenciement au cours de cette même procédure et qui se trouvent de ce fait protégés<sup>164</sup>. Il aura fallu deux cent ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de la sauvegarde de l'entreprise<sup>165</sup>. Pour reprendre une formule célèbre, l'entreprise est devenue l'épicentre de la matière des procédures collectives<sup>166</sup>. Mais, faut-il véritablement s'en étonner à une époque où l'entreprise est devenue une cellule de base de l'économie et de la société<sup>167</sup> ?

**II.** Présent certes, mais avenir sûrement pour la Doctrine de l'entreprise, sans toutefois que les critiques émises à son encontre depuis sa création n'aient totalement disparu. Tel est l'objet de la seconde partie de notre étude.

<sup>160</sup> C. Saint-Alary-Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », *Rev. proc. coll.*, 2007, n°1, p.13.

<sup>161</sup> Articles L. 611-3, L. 611-13 et s. du Code de commerce. D'origine purement prétorienne, cette procédure a été codifiée de manière timide dans les lois n°84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 et n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises avant de trouver une reconnaissance dans les articles 5 de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 et 11 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005.

<sup>162</sup> Articles L. 611-2, L. 611-4 et s. du Code de commerce.

<sup>163</sup> Articles L. 626-5 et L. 626-9 du Code de commerce. De plus, les créanciers se voient doter d'un pouvoir décisionnel dans la procédure de sauvegarde au travers de l'institution de comités de créanciers. A cela, s'ajoute le fait que leur responsabilité civile est diminuée et que certaines initiatives de procédure (telle l'action en déclaration de faillite personnelle ou en banqueroute à l'encontre du débiteur ou des dirigeants sociaux) leur sont restituées. Sur la protection des créanciers, cf. notamment A. Rizzi, *op. cit.*

<sup>164</sup> Dès la loi du 25 janvier 1985, les salariés sont pris en considération et « (...) traités, d'après le garde des Sceaux, en citoyens de l'entreprise » (R. Badinter, *J.O. Déb. Ass. Nat.*, 10 avril 1984, p.1413). Certains auteurs mettent en lumière l'une des critiques faites à la Doctrine de l'entreprise. En consacrant certains intérêts catégoriels et en cherchant à les protéger, l'entreprise peut être mise en danger. Prenant l'illustration des salariés confrontés à une cessation de paiement de leur entreprise, madame Aurélie Boyer démontre ainsi que l'emploi souffre d'une protection trop rigide issue du droit du travail, protection contre-productive qui menace le sauvetage de l'entreprise (A. Boyer, *op. cit.*, p.425).

<sup>165</sup> P.-M. Le Corre, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de la sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Proc. Coll.*, 2007/3, p.3.

<sup>166</sup> B. Soinne, « Bilan de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires : mythes et réalités. Propositions de modifications », *Rev. proc. coll.*, 1994, p.395, spéc. p.358, n°8. Également : B. Soinne, « "L'entreprise" et les lois de 1984 et de 1985 », *Rev. proc. coll.*, 1985, n°1, p.19.

<sup>167</sup> C. Champaud, « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit civil », *art. préc.*, p.257.

### **III - Avenir et critiques de la Doctrine de l'entreprise : une contribution certaine aux débats contemporains *versus* des postulats contestables**

**12.** Bien que les transformations du cadre des activités économiques et les réflexions que ce dernier suscite dans une conjoncture difficile donnent à la Doctrine de l'entreprise un champ d'investigation certain, offrent-elles véritablement une solution ou n'est-elle, comme le soulignaient les professeurs Lyon-Caen, qu'illusion et déformation<sup>168</sup> ? Après avoir envisagé les apports potentiels de la doctrine de l'entreprise dans les débats animés de l'après crise (A), nous poursuivrons nos propos sur une note davantage critique sans que celle-ci ne soit toutefois porteuse de pessimisme (B).

#### **A) Apports potentiels de la doctrine de l'entreprise : un souffle d'actualité**

**13.** La Doctrine de l'entreprise est porteuse d'un message qui, à l'heure de choix normatifs cruciaux aux échelons français, européen et mondial, peut s'avérer précieux.

**14. Les choix en matière de gouvernance d'entreprise :** La gouvernance d'entreprise, cette manière de définir et d'encadrer l'exercice du pouvoir dans les sociétés<sup>169</sup>, est au cœur de l'agenda de diverses organisations internationales<sup>170</sup>, régionales<sup>171</sup>, étatiques<sup>172</sup> ou

<sup>168</sup> G. et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », *art. préc.*, p.611 et s.

<sup>169</sup> Pour l'OCDE, le gouvernement d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que les moyens de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus (OECD, « Principles of Corporate Governance », 2004, *spéc.* p.11).

<sup>170</sup> OECD, « Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles », February 2010 ; OECD, « Corporate governance and the financial crisis : Key findings and main messages », June 2009 ; OECD, « Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis », February 2009 ; *International Federation of Accountants*, « International Good Practice Guidance: Evaluating and Improving Governance in Organizations », February 2009. Cf. C. Prat dit Hauret et I. Tchotourian, « Guide des bonnes pratiques en matière de gouvernance et "Sustainability framework" : l'orientation de l'*International Federation of Accountants* vers un "capitalisme stakeholder" », *R.D.B.F.*, juillet-août 2009, n°4, p.17 ; V. Magnier, « Principes (OCDE) relatifs au gouvernement d'entreprise. Premiers éléments d'analyse », *J.C.P.*, éd. E., 1999, p.1165.

<sup>171</sup> En ce domaine, la situation a été si peu satisfaisante que la Commission européenne a dû se résoudre à publier deux Livres verts pour lancer une consultation publique sur les moyens possibles visant à améliorer le gouvernement d'entreprise dans les entreprises (Commission européenne, « Livre Vert : Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE », 5 avril 2011, COM(2011) 164 final), ainsi que dans les établissements financiers (Commission européenne, « Livre Vert : Le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération », 2 juin 2010, COM(2010) 284 final). Aussi : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers un Acte pour le marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive », 11 novembre 2010, COM(2010), 608 final/2 ; Commission européenne, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - Un plan pour avancer », 21 mai 2003, COM (2003) 284 final.

professionnelles<sup>173</sup>. Pour s'en tenir à une actualité récente, il suffit d'évoquer la publication le 5 avril dernier du *Livre vert* de la Commission européenne sur la gouvernance d'entreprise dans l'UE. Dans cette consultation, les instances communautaires notent que l'intérêt du personnel, dans la viabilité à long terme de son entreprise, est un élément que le cadre en matière de gouvernance d'entreprise devrait prendre en compte<sup>174</sup>. Une belle profession de foi que préconise de longue date la Doctrine de l'entreprise. Dans ce même document, signalons que la nécessité de revoir l'encadrement des pouvoirs des dirigeants et des actionnaires dominants ou de contrôle est mise en avant<sup>175</sup>. Or, les spécialistes de l'école de Rennes ont consacré à ce thème de nombreux développements et avaient distingué, dès le début des années 60, plusieurs catégories d'actionnaires<sup>176</sup>. L'importance de repenser le contrôle en droit des sociétés attire l'attention en France, non seulement du législateur<sup>177</sup>, mais aussi de l'autorité boursière (A.M.F.) comme elle l'a illustrée en 2011 à travers des décisions de sanctions et une prise de position sur l'action de concert.

**15. Les choix en matière de groupes de sociétés :** L'ignorance relative des instruments juridiques pour le groupe de sociétés devient, à l'heure de la mode des prises de participation et des liaisons entre sociétés, de moins en moins tenable<sup>178</sup>. Ne faudrait-il pas tendre vers une

---

<sup>172</sup> Loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat ; loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie ; Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Cf. *supra* § 6 et s.

<sup>173</sup> Parmi une intense production au plan français, cf. Afep/MEDEF, « Code de gouvernement d'entreprises des sociétés cotées », décembre 2008 ; Centre d'Analyse Stratégique, « Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés », Rapports et documents, mai 2010, n°27 ; IFA, « La gouvernance des sociétés cotées », mai 2007 ; Institut Montaigne, « Mieux gouverner l'entreprise », mars 2003 ; CNPF-Afep, Rapport Viénot I, « Le Conseil d'Administration des Sociétés cotées », 1995.

<sup>174</sup> Commission européenne, « Livre Vert : Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE », *préc.*, p.20.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p.19.

<sup>176</sup> Dans son travail de doctorat, le professeur Champaud distinguait déjà deux catégories d'actionnaires : les actionnaires de contrôle et les actionnaires-bailleurs de fonds (C. Champaud, « Le pouvoir de concentration de la société par actions », *op. cit.*, p. 29, n° 29). Au sein des assemblées générales, plusieurs types d'actionnaires se côtoient : actionnaires « muets » titulaires d'actions sans droit de vote, non actionnaires dotés d'une potentialité à le devenir en raison de la détention de titres donnant un accès différé au capital, « quasi-actionnaires » titulaires de titres de créance subordonnés ou super-subordonnés, actionnaires « éphémères » spéculateurs ou gestionnaires pour le compte d'autrui ou « pseudo-actionnaires » qui profitent des avantages du statut d'actionnaire sans en supporter les contreparties.

<sup>177</sup> La loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière est venue élargir la définition de l'action de concert de l'article L. 233-10 du Code de commerce. Ce texte précise désormais que sont considérées comme agissant de concert, outre les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société, celles qui concluent un tel accord pour obtenir le contrôle de la société.

<sup>178</sup> Cet intérêt du droit pour le groupe de sociétés présente d'autant plus d'importance que le groupe est loin d'être un phénomène marginal (N. Chabanas et E. Vergeau, « Le nombre de groupes d'entreprises a explosé en 15 ans », *INSEE première*, n°553, novembre 1997), phénomène qui connaît de surcroît une mutation sous forme de microgroupes sans toutefois fléchir (H. Loiseau, « Des groupes de la taille d'une PME : un phénomène en plein essor », *INSEE première*, n°764, mars 2001).

recherche de plus grande cohérence ou même vers une harmonisation des approches ? Le droit de la concurrence qui constitue un des pans essentiels de la Doctrine de l'entreprise est, sur ce point, un formidable laboratoire d'expérimentations.

**16. Les choix en matière de construction normative :** Les débats sur un retour de l'État dans la sphère économique ont remis au goût du jour les analyses keynésiennes faisant conséquemment vaciller le modèle du tout libéral et consacrant un retour progressivement organisé des États y compris ceux les plus attachés au libéralisme économique<sup>179</sup>. Il est nécessaire que les juristes s'emparent de la matière<sup>180</sup> pour proposer une voie nouvelle de nature sociétale, avec pour épicerie la régulation<sup>181</sup>, marquée par le refus de tomber du Charybade marxiste dans le Sylla « adamsmithsien »<sup>182</sup>. Dès 2002, le professeur Frison-Roche soulignait que « (...) *les marchés ne sont pas du tout hors d'atteinte du droit, qu'au contraire leur sécurité, leur dynamisme et leur expansion dépendent d'une régulation effective, laquelle doit prendre la forme d'un droit qui viendra les contraindre* »<sup>183</sup>. Or, la Doctrine de l'entreprise a consacré nombre de travaux à la régulation qui trouve une actualité certaine<sup>184</sup>. En effet, il apparaît qu'aujourd'hui la norme doit être comprise au-delà de la notion *stricto sensu* de règle de droit<sup>185</sup>, dans une acception compréhensive, comme un authentique

<sup>179</sup> A. Delion, « ... La crise financière et le retour des Etats », *Revue française d'administration publique*, 2008/4, n°128, p.799.

<sup>180</sup> Ce sont les interventions publiques favorisant l'accès à la propriété aux Etats-Unis qui ont installé le pouvoir de la finance et qui constituent une des causes de la crise économique et financière (cf. les intéressantes synthèses de B. Coriat, « L'installation de la Finance en France. », *Revue de la régulation* [En ligne], 2<sup>e</sup> semestre 2008, n°3/4, mis en ligne le 06 janvier 2009, <http://regulation.revues.org/index6743.html> ; C. Lequesne-roth, « Retour sur la crise des « subprimes » – autopsie d'une déraison d'Etat », *R.I.D.E.*, 2009, n°2, t. XXIII, 2, p. 219). *Adde* J. K. Galbraith, « The Predator State: How Conservatives Abandoned the Free Market and why Liberals should too », New York, Free Press, 2008.

<sup>181</sup> Faut-il d'ailleurs se contenter d'une régulation prudentielle ou, aller au-delà ? Pour certains, une réforme de la régulation financière s'avère ainsi insuffisante en raison de trois écueils : les forces irrésistibles de la concurrence, l'impossibilité essentielle du contrôle des risques *ex ante*, le tout étant recouvert par le voile hallucinatoire de l'« innovation » fonctionnant comme croyance (F. Lordon, « Après la crise financière : « réguler » ou refondre ? Les insuffisances des stratégies prudentielles, *Revue de la régulation* [En ligne], 1<sup>er</sup> semestre 2009, n°5, mis en ligne le 08 juin 2009, <http://regulation.revues.org/index7461.html>, *spéc.* p.3 et s., n°2 et s.).

<sup>182</sup> Le professeur Champaud aura sans doute reconnu là ses propos.

<sup>183</sup> M.-A. Frison-Roche, « Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés », *R.I.D.E.*, 2002, n°1, t. XVI, 1, p.67, *spéc.* p.71 et s.

<sup>184</sup> J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001/3, n°49, p.827. En introduction au colloque international de l'A.I.D.E. sur le thème « Mondialisation et droit économique », le professeur Champaud écrivait que « (...) *la question posée par la mondialisation de l'économie est celle de savoir si des rapports de productions et d'échanges et le jeu concurrentiel dont ils procèdent en économie de marché peuvent se passer d'une autorité politique qui fixe la règle du jeu et d'une autorité juridictionnelle qui la fait respecter pour rétablir concrètement les équilibres fondamentaux* » (C. Champaud, « Introduction », dans *Mondialisation et droit économique*, *R.I.D.E.*, 2002, n°2, t. XVI, 2, p.171, *spéc.* p.173).

<sup>185</sup> La règle de droit est traditionnellement caractérisée par son caractère obligatoire et l'exercice d'une sanction (par exemple : J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », *Dalloz*, 2003, *spéc.* n°33, p.43).

instrument de référence<sup>186</sup>. Face au pouvoir de la finance<sup>187</sup> et aux évolutions de la construction du droit qu'elle implique, ce sont les nouveaux attributs du droit et l'apparition de nouveaux modèles réglementaires<sup>188</sup> – que certains qualifient de « droit postmoderne »<sup>189</sup> – que la Doctrine de l'entreprise permet de mettre en lumière et appelle à entretenir la réflexion scientifique. La crise aura au moins eu la vertu de produire un choc sans pareil dans le régime des idées et de redonner à la Doctrine de l'entreprise la liberté de parole et la possibilité de lutter contre les forces de l'inertie qui soulignent avec insistance le caractère passé de la crise.

## **B) Des critiques qui demeurent**

17. La Doctrine de l'entreprise s'appuie sur des postulats qui n'échappent pas à la critique<sup>190</sup>.

18. ***Une négation excessive du contrat et de la personne physique*** : Le premier argument à l'encontre de la Doctrine de l'entreprise – souvent pointé du doigt – tient à la négation de l'aspect contractuel<sup>191</sup> se retrouvant à la base du processus de création d'une société<sup>192</sup>. Dans le cadre de la Doctrine de l'entreprise, que devient alors l'*affectio societatis*<sup>193</sup> ? Devrait-elle être rayée *ad vitam eternam* d'un simple trait de plume sans considération de son utilisation

<sup>186</sup> En ce sens : C. Thibierge, « Synthèse : La force normative », dans *La force normative : Naissance d'un concept*, C. Thibierge et al., L.G.D.J., Bruylant, 2009, p.741, spéc. p.749.

<sup>187</sup> Cf. notamment : A. Orléan, « Le pouvoir de la finance », 2009 ; F. Morin, « Le nouveau mur de l'argent. Essai sur la finance globalisée », Seuil, 2006.

<sup>188</sup> Sur le droit posé par l'État et le droit spontané : P. Deumier, « Le droit spontané », *Economica*, 2002.

<sup>189</sup> K. Benyekhlef, « Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation », éd. Thémis, 2008 ; J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D. publ.*, 1998, p.659.

<sup>190</sup> Cf. not. : A. Bemini, « Le voile de l'intérêt social », thèse université Cergy-Pontoise, 11 juin 2010, <http://biblioweb.u-cergy.fr/theses/2010CERG0470.pdf>, spéc. p.17 et s., n°5 et s. ; J. Terray, « La société, une tradition bien vivante », *J.C.P.*, 1984, I, 3154.

<sup>191</sup> C. Champaud, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », *art. préc.*, p.139.

<sup>192</sup> En dépit d'une orientation de la doctrine contemporaine vers la notion d'acte unilatéral (M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p.6, n°10), le professeur Deboissy démontre le maintien de l'existence de deux types de relations contractuelles que la société constituée soit une pluripersonnelle ou unipersonnelle (F. Deboissy, « Rapport français : Le contrat de société », dans *Travaux de l'Association H. Capitant : Le contrat*, T. LV, Société de législation comparée, 2008, p.119).

<sup>193</sup> Nous avons démontré que l'*affectio societatis* est une notion utile et à contenu variable. L'*affectio societatis* non seulement apporte de la flexibilité au droit en lui permettant de régir nombre de rapports économiques et sociaux, mais encore est source d'une normativité qui s'exprime au travers du pouvoir judiciaire (I. Tchotourian, « Vers une définition de l'*affectio societatis* lors de la constitution d'une société », Préface Y. Dereu, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., T. 522, 2011, spéc. p.610, n°980). Même si l'*affectio societatis* semble éloignée des préoccupations des sociétés par actions, l'étude du droit des valeurs mobilières témoigne d'une volonté de plus en plus forte des actionnaires (notamment ceux qualifiés d'investisseurs) de ne pas être négligés, de faire entendre leur voix, de participer à la gestion sociale et de la contrôler. Si ces revendications ne sont pas regroupées sous l'appellation d'*affectio societatis*, il ne fait aucun doute qu'elles se rattachent à un tel élément (*ibid.*, p.608, n°979). Toutefois, une partie de la doctrine conteste ce rôle de l'*affectio societatis* qui ne serait qu'un mythe, cf. V. Cuisinier, « L'*affectio societatis* », n°78, Préface A. Martin-Serf, LexisNexis, Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, 2008.

par les magistrats de l'ordre judiciaire et administratif ? Le professeur Paillusseau ne reconnaît-il pas lui-même, dans certains de ses développements, la place spécifique tenue par les arrangements contractuels pour assurer la protection des associés<sup>194</sup>. De plus, certes sur des bases différentes, un renouveau des thèses contractuelles se fait jour depuis le début des années 2000. Des auteurs, s'attachant au régime juridique contractuel du contrat de société et adhérant à une définition plus moderne du contrat, épurée d'éléments prêtant le flanc à la critique, proposent de mettre l'accent sur la dimension contractuelle de la société<sup>195</sup> et même, pour certains d'entre eux, d'appréhender la société comme une forme purement contractuelle<sup>196</sup>. C'est sans doute dans le sens d'une analyse dualiste qu'il faut se diriger<sup>197</sup>. « *Les transformations successives du droit français des sociétés incitent à mettre en évidence deux grands mouvements. En premier lieu, une tendance traditionnelle consiste en un développement de la société-institution assorti d'une résistance de la société-contrat (...). Ce premier schéma apparaît, cependant, aujourd'hui non pas supplanté mais concurrencé par un second. Il faut désormais, aussi, prendre en compte un renouveau de la société-contrat avec, cette fois, une résistance de la société-institution* »<sup>198</sup>. Enfin, si les sociétés unipersonnelles (telle que la S.A.S.U.) qui ont été adoptées en droit français sont effectivement des structures d'accueil d'une activité, tout lien avec la personne physique n'est pas pour autant exclu. Pour preuve, la S.A.S.U. n'a-t-elle pas été ouverte aux personnes physiques à la fin des années 1990<sup>199</sup> ? De la même veine, si le « E » initial du sigle E.I.R.L. désigne la personne de l'entrepreneur et non l'entreprise comme dans l'E.U.R.L., n'est-ce pas là le signe que la loi s'intéresse à l'homme ou à la femme qui entreprend plutôt qu'à l'entité économique<sup>200</sup> ? L'organisme social efface-t-il inexorablement les associés ?

<sup>194</sup> J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le *big-bang* du droit des sociétés ! », *art. préc.*, n°82. Ces arrangements contractuels ne sont pas sans limites, cf. dans le cas de la S.A.S. : J. Paillusseau, « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », *D.*, 2008, p.1563.

<sup>195</sup> Soulignant un « retour du contrat » : P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, p.178 et s., n°276 et s. Adde P. Didier, « La théorie contractualiste », *R.S.*, 2000, p.95.

<sup>196</sup> C. Lapeyre, « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p.21 ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *art. préc.* ; R. Libchaber, « La société, contrat spécial », dans *Dialogues avec Michel Jeantin – Perspectives de droit économique*, Dalloz, 1999, p.281 ; J. Mestre, « La société est bien encore un contrat... », dans *Mélanges Christian Mouly*, Litec, t. 2, 1998, p.131. Cf. également les références citées à la note 43.

<sup>197</sup> J.-P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », dans *Droit et vie des affaires – Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p.131, *spéc.* p.141 et s. et les nombreuses références citées.

<sup>198</sup> F. Bondil, « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ? », dans *L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, L'Harmattan, 2005, p.87, *spéc.* p.90, n°5.

<sup>199</sup> La loi n°99-587 du 12 juillet 1999 a ouvert à toute personne la possibilité d'être associé d'une S.A.S. et a permis la constitution de S.A.S. par une seule personne.

<sup>200</sup> Cf. sur cette remarque pertinente : F. Pérochon, « Les patrimoines de l'EIRL », *Revue des procédures collectives*, janvier 2011, n°1, dossier 13, *spéc.* n°3, note 5.

**19. Une confusion des notions :** Le deuxième postulat repose sur la confusion des notions d'objet social, de but social et d'intérêt social. À l'instar de ce qu'écrivent les professeurs Lyon-Caen, « [l]a doctrine de l'entreprise encourage la symbiose des trois notions d'objet social, de but social et d'intérêt social qui se fonde dans cette dernière »<sup>201</sup>. Distinguées traditionnellement les unes des autres<sup>202</sup>, l'entreprise tend à obscurcir le sens de ces notions et à donner à la pratique des sueurs froides, par exemple, sur les pouvoirs et la responsabilité des dirigeants sociaux ou la portée de clauses statutaires ou extrastatutaires.

**20. Une analyse transdisciplinaire contrant la Doctrine de l'entreprise :** Un troisième postulat affirme l'importance d'une analyse transdisciplinaire dont il faudrait nécessairement se parer pour comprendre ce droit des activités économiques. Pourtant, à jeter un regard sur d'autres disciplines, la définition de l'entreprise à laquelle se rattache la Doctrine de l'entreprise est loin de faire l'unanimité. Ce carrefour d'intérêts, cette communauté humaine, cette équipe, sont ignorés d'une grande partie de la littérature académique en économie, en gestion et en finance<sup>203</sup>. Ainsi, la perception de l'entreprise en économie et en gestion est-elle pour l'essentiel issue de l'école *Law and Economics* de l'université de Chicago développées à compter des années 60. Faisant peu appel à l'idée de collectivité ou d'institution, l'approche de l'entreprise est d'essence contractuelle. L'entreprise est alors perçue comme un habillage de contrats interindividuels<sup>204</sup> où le processus contractuel domine les affaires internes de l'entreprise. Selon la théorie du réseau de contrats, l'entreprise est une créature législative artificielle qui sert de structure d'accueil pour l'établissement de relations contractuelles entre les différents intervenants participant à la production<sup>205</sup>. La société est le lieu de rencontre de contrats explicites et implicites qui établissent les modalités de fourniture et d'agencement des

<sup>201</sup> G. et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », *art. préc.*, p.616.

<sup>202</sup> L'objet social correspond à la ou les activités que les associés se proposent de faire exercer par la société. Le but social est défini comme l'objectif à atteindre. L'intérêt social permet d'apprécier l'opportunité d'une opération déterminée et vise les moyens plus que les fins.

<sup>203</sup> Au plan juridique, il suffit de préciser que l'histoire du droit français des sociétés est caractérisée par une relative ignorance des sujets de l'entreprise qui ne sont pas actionnaires (par exemple : P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, p.191, n°293). Il est d'ailleurs symptomatique que des propositions faites en vue d'améliorer la gouvernance des entreprises évoquent le développement de l'actionnariat-salarié ou l'actionnariat-dirigeant. À propos de l'insuffisance de prise en compte des salariés : G. Farjat, « Les "sujets" de l'entreprise », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle – Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p.317).

<sup>204</sup> Y. Pesqueux, « Organisations : Modèles et représentations », 1<sup>e</sup> éd., P.U.F., 2002, *spéc.* p.118. Également : M. C. Jensen and W. H. Meckling, « Rights and Production Functions: an Application to Labour, Management, Firms and Codetermination », *Journal of Business*, 1979, Vol. 52, n°4.

<sup>205</sup> M. C. Jensen and W. H. Meckling, « Theory of the Firm: Managerial Behaviour. Agency Costs and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol. 3, p.305, *spéc.* p.311.

ressources amenées par les actionnaires, les créanciers, les employés, ...<sup>206</sup>. La finance s'est dirigée dans une voie identique en assimilant création de valeur et création de valeur pour l'actionnaire. La méthodologie de la théorie financière a largement emprunté à la théorie néoclassique de la firme. En effet, les théories financières s'attachent moins à prévoir une croissance raisonnable de l'entreprise<sup>207</sup> qu'à déterminer le risque relatif d'une action et à rejeter toute perspective à long terme<sup>208</sup>. L'idéologie dominante est celle d'une entreprise perçue au regard du critère des marchés financiers<sup>209</sup>. La logique qui fonde le système comptable repose sur une définition de la propriété selon laquelle une société est la propriété de ses actionnaires ; lesquels sont les seuls à avoir le droit de s'approprier le résidu supposé égal au profit comptable<sup>210</sup>. La crainte évoquée par certains de reconfigurer l'entreprise sur la base d'un critère purement financier s'est concrétisée d'autant plus facilement que la théorie financière a fourni dans le cas des sociétés cotées un modèle d'évaluation de la valeur pour l'actionnaire<sup>211</sup>. L'entreprise apparaît alors comme un actif pur dont il s'agit de maximiser la valeur boursière<sup>212</sup>. Si l'entreprise paraît aujourd'hui avoir des frontières poreuses avec son environnement, ou être devenue un sujet d'étude de choix pour les institutionnalistes, la construction libérale, qui la voit comme une boîte noire (à l'opposé du marché et propriété des actionnaires), est encore bien ancrée et continue de servir de cadre d'analyse<sup>213</sup>. À titre de preuve, il suffit d'évoquer les règles de gouvernance d'entreprise qui se sont appuyées – et s'appuient encore de nos jours – sur ce mythe fondateur de la propriété des actionnaires<sup>214</sup>. Ne serait-ce pas alors la personne morale, et non l'entreprise, qui constituerait le moyen de dépasser cette conception néolibérale étreinte ?

<sup>206</sup> E. F. Fama, « Agency Problems and the Theory of the Firm », *Journal of Political Economy*, 1988, Vol. 88, n°2, p.288, spéc. p.290.

<sup>207</sup> J. B. Williams, « The Theory of Investment Value », Cambridge, Harvard University Press, 1938.

<sup>208</sup> Cf. la « théorie du portefeuille » développée par Markowitz et le modèle d'équilibre des actifs financiers (« *Capital Assets Pricing Model* ») qui est venu la compléter à partir du début des années 90. Pour une histoire des théories financières modernes : P. L. Bernstein, « *Capital Ideas: The Improbable Origins of Modern Wall Street* », New York : Free Press, 1992.

<sup>209</sup> Y. Pesqueux, « Organisations : Modèles et représentations », 1<sup>ère</sup> éd., 2002, P.U.F., spéc. p.129 et p.132.

<sup>210</sup> L'avènement des normes comptables IFRS peut être interprété en ce sens (notamment : M. Capron, « Les enjeux de la mise en œuvre des normes comptables internationales », dans *Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier*, La Découverte, 2005, p.5).

<sup>211</sup> M.-A. Caron et M.-F. Turcotte, « La métaphore de la mesure : étude du potentiel régulateur des pratiques de divulgation en matière de développement durable », dans *Responsabilité sociale : vers une communication des entreprises ?*, Septentrion, 2006, p.155, spéc. p.163 et s.

<sup>212</sup> M. Aglietta et A. Rebérioux, « Dérives du capitalisme financier », Albin Michel, 2004, spéc. p.169 et s.

<sup>213</sup> Cf. A. Mérieux, « Retour au bon vieux temps ? », *Les Échos*, 6 juillet 2009, p.13.

<sup>214</sup> J. Peyrelevade, « Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir », *Economica*, 1999.

**21. L'entreprise, quelle entreprise ?** En parallèle de ces postulats contestables, une critique supplémentaire tient dans le reproche qui peut être fait à la Doctrine de l'entreprise de ne pouvoir rendre compte de tendances actuelles lourdes qui se retrouvent dans le monde juridique et sont porteuses d'interrogations sérieuses. Ainsi, la fonction de l'entreprise comme paradigme ou modèle de référence dans les rapports de travail est sévèrement critiquée par une partie de la doctrine moderne<sup>215</sup>. En ce sens, des études observent que l'entreprise – appréhendée comme organisation hiérarchique et pyramidale<sup>216</sup> – tend à absorber l'organisation naissante qu'est le réseau<sup>217</sup> – analysée notamment comme « organisation réticulaire »<sup>218</sup> –. En d'autres termes, la Doctrine de l'entreprise se révélerait incapable d'offrir une grille de lecture pertinente de ce défi du XXI<sup>e</sup> siècle posé au droit qu'est ce type d'organisation<sup>219</sup> que constitue le réseau d'entreprise<sup>220</sup>. Par conséquent, le modèle de réseau ne saurait se construire qu'en opposition avec celui de la figure exclusive de l'organisation que serait l'entreprise<sup>221</sup>. Ni organisation hiérarchique ni simple juxtaposition de contrats<sup>222</sup>, le concept de réseau d'entreprises – authentique « hydre à plusieurs têtes »<sup>223</sup> – semble effectivement éclore du droit positif et ce, autour de deux éléments essentiels<sup>224</sup> : d'un côté, la construction d'une nouvelle relation de travail faisant place à une autonomie contrôlée<sup>225</sup> et, d'un autre côté, la dispersion du pouvoir s'accompagnant d'une modification des schémas d'imputation de la responsabilité<sup>226</sup>.

**22. Une imperfection qui la condamne ?** C'est également le sens des orientations du législateur et les options choisies qui prêtent à discussions tant l'existence d'un intérêt de

<sup>215</sup> Cf. les développements de madame Elsa Peskine, « Réseaux d'entreprises et droit du travail », Préface A. Lyon-Caen, Bibliothèque de droit social, T. 45, L.G.D.J., 2008, *spéc.* p.19 et s., n°38 et s.

<sup>216</sup> Parmi les éléments que réunit une entreprise figure un personnel salarié placé sous l'autorité d'un chef d'entreprise (nous reprenons la définition proposée par madame Isabelle Desbarrats : I. Desbarrats, *op. cit.*, p.4).

<sup>217</sup> Pour une illustration à propos des groupes de sociétés, cf. notamment l'article fondateur du professeur Alain Supiot : A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *R.T.D.Com.*, 1985, p.622, *spéc.* p.625.

<sup>218</sup> E. Peskine, *op. cit.*, p.15 et s., n°33 et s.

<sup>219</sup> A. Desreumaux, « Nouvelles formes d'organisation et évolution de l'entreprise », *R.F.G.*, janvier-février 1996, p.86 ; G. Teubner, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *R.F.G.*, novembre-décembre 1993, p.50, *spéc.* p.51.

<sup>220</sup> Sur l'émergence des réseaux de sociétés en droit du travail : A. Sobczak, *op. cit.*, p.19 et s.

<sup>221</sup> E. Peskine, *op. cit.*, p.17, n°37.

<sup>222</sup> G. Teubner, « La nouvelle politique industrielle et l'essence de la personne morale », dans *Droit et réflexivité, l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, L.G.D.J., Bruylant, 1996, p.207, *spéc.* p.267.

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> E. Peskine, *op. cit.*, p.159 et s., n°286 et s.

<sup>225</sup> B. Appay, « Individuel et Collectif, Questions à la sociologie du travail, L'autonomie contrôlée », *Cahier du GEDISST*, n°6, 1993 ; M.-L. Morin, « Sous-traitance et relations salariales, aspects de droit du travail », *Travail et emploi*, 1994, n°60, p.27.

<sup>226</sup> E. Peskine, *op. cit.*, p.241 et s., n°432 et s.

l'entreprise s'avère aujourd'hui contesté<sup>227</sup> et la découverte de l'intérêt protégé fait place à l'interprétation<sup>228</sup>. Pourtant, la précision des concepts en droit n'est-elle pas un facteur *sine qua non* d'effectivité<sup>229</sup> ? Finalement, il semble que la question n'est plus de savoir s'il faut accorder une protection aux intérêts représentés dans et par l'entreprise, mais plutôt de définir le degré de protection compatible avec les exigences de l'économie. « *Le droit positif édifie donc une hiérarchie des intérêts, les apporteurs de capitaux étant au sommet ; plus on apporte, plus on reçoit de pouvoirs (en principe). La difficulté vient du fait que les arbitrages sont difficiles et que les outils juridiques sont très imprécis, voire inexistantes sur des questions de très grandes importances, comme celle "des licenciements boursiers" ou des acquisitions "à effet de levier", qui maltraitent la collectivité humaine au bénéfice du rendement des actions et plus largement, de l'investissement* »<sup>230</sup>. Face à une mondialisation croissante et à une financiarisation exponentielle, la règle juridique se doit d'être économiquement efficace. Or, force est de constater que la Doctrine de l'entreprise n'apporte que peu de réponses précises<sup>231</sup>. La voie empruntée pour répondre au défi lancé par la Doctrine de l'entreprise est donc imparfaite, car ce devrait être la mise en place *ex nihilo* d'instruments juridiques accessibles aux acteurs économique qui devrait être principalement recherchée. En plus des intérêts protégés, ce sont la stabilité et la prévisibilité du droit qu'une lecture trop rapide de la Doctrine de l'entreprise est susceptible de mettre à mal<sup>232</sup>. Si la Cour de cassation se montre

<sup>227</sup> Alors que pour le professeur Despax a déployé ses efforts pour faire ressortir un intérêt propre de l'entreprise (M. Despax, *op. cit.*), des auteurs ont démontré qu'en droit international privé, les tribunaux français ne prenaient pas en considération l'intérêt de l'entreprise lui préférant l'intérêt national (celui du salarié français, celui du fisc ou encore, celui de l'État). Cf. N. F. Raad, « L'incidence de la notion juridique d'entreprise sur la nationalité des sociétés », thèse Paris 10, 1983.

<sup>228</sup> Le professeur Sousi ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit : « *mais à quoi cela servirait-il de rechercher la protection d'entités abstraites et indéfinies que sont les notions d'intérêt social ou d'intérêt de groupe ? En réalité, ce que les magistrats cherchent à protéger, c'est davantage le patrimoine de la société* » (G. Sousi, « Intérêt du groupe et intérêt social », *J.C.P.*, 1975, 11816, p.386).

<sup>229</sup> J.-C. Javillier, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », dans *Tendances du droit du travail français contemporain – Études G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p.110 cité par E. Gaillard, « Le pouvoir en droit privé », *Economica*, 1985, *spéc.* p.16.

<sup>230</sup> P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, p.183, n°281.

<sup>231</sup> Prenant l'exemple des procédures collectives, il convient de remarquer, à l'instar du professeur Vidal, que « *[l]e droit des procédures collectives poursuit donc une finalité composite, faite d'un alliage en proportion aléatoire entre intérêts financiers, économiques, sociaux, privés et publics (...) Les diverses intentions du législateur (éliminer, sanctionner, payer, redresser, prévenir, sauvegarder, liquider) sont a priori légitimes ; elles peuvent cependant s'avérer contradictoires* » (D. Vidal, *op. cit.*, p.27, n°16).

<sup>232</sup> Pour une partie de la jurisprudence des juges du fond, l'unité d'entreprise manifestée par le groupe devrait justifier de soumettre toutes les sociétés d'un même groupe à une procédure unique (C.A. Versailles, 16 décembre 1987, *D.*, 1989, Som., p.363 ; C.A. Paris, 12 mai 1987, *D.*, 1989, Som. 5, note F. Derrida ; C.A. Paris, 17 décembre 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, 1, 256 ; C.A. Paris, 19 novembre 1986, *D.*, 1987, Som., p.101 ; C.A. Douai, 3 juillet 1986, *D.*, 1987, Som., p.5, note F. Derrida ; C.A. Paris, 20 mars 1986, *R.J.Com.*, 1986, p.242 ; T. Com. Paris, 13 février 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, 1, Som., p.154, note Marchi). Cependant, la Cour de cassation se montre plus prudente puisque, dans deux arrêts du 20 octobre 1992, elle a précisé que l'ouverture d'une procédure collective commune se fonde sur une situation de fictivité (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1992, *R.J.D.A.*, 01/93,

rigoureuse dans son analyse du groupe de sociétés<sup>233</sup>, cette jurisprudence relative aux groupes de sociétés forme un cadre juridique stable permettant de gérer rationnellement les ressources, les activités et les risques<sup>234</sup>. À titre d'illustration, la loi Grenelle II cherchant à appréhender l'entreprise en tant que tel (et non aux multiples personnalités morales) en cas de dommage écologique présente effectivement un risque de déstabilisation des équilibres fondamentaux du droit des sociétés et de remise en cause de la sécurité juridique dès lors que le facteur déclencheur de la levée du voile corporatif s'entoure de brumes<sup>235</sup>.

23. Au final, aucune de ces critiques ne semble toutefois décisive et de nature à donner une légitimité à une ignorance pure et simple de la Doctrine de l'entreprise.

#### **IV - Conclusion : une Doctrine de l'entreprise qui doit renaître avec nous**<sup>236</sup>

24. *En finir avec la honte*<sup>237</sup> : La question de faire du profit la finalité de tous les comportements dans le monde s'est posée avec acuité au cours des années 1990<sup>238</sup>. A partir

n°59). Illustrant l'incertitude doctrinale : F. Derrida, « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Etude de jurisprudence », dans *Les activités et les biens de l'entreprise – Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p.29 (rejetant la solution des juges du fond) ; F. Derrida, « A propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p.688 (admettant la solution des juges du fond en cas de confusion des patrimoines).

<sup>233</sup> Récemment : Cass. Com., 15 septembre 2009, *R.T.D.Com.*, 2009, p.756, observations C. Champaud et D. Danet ; Cass. Com., 13 janvier 2009, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p.690, note F.-X. Lucas.

<sup>234</sup> C. Champaud et D. Danet, observations sous Cass. Com., 15 septembre 2009, *préc.*

<sup>235</sup> Le professeur Champaud et monsieur Danet écrivent que le problème aurait pu être résolu « (...) si les pouvoirs publics avaient le courage de lier l'implantation ou la reprise d'activités polluantes, souvent soumises à de multiples autorisations administratives, voire fortement subventionnées par l'État ou les collectivités locales, à une structure de gestion des risques dans laquelle la société mère garantit la réparation des dommages environnementaux éventuellement mis à la charge de sa filiale » (C. Champaud et D. Danet, observations sous C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV c/ Commission*, aff. C-97/08, *R.T.D.Com.*, 2010, p.144).

<sup>236</sup> Le professeur Champaud reconnaît le titre d'une de ses études : C. Champaud, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de la connaissance du droit », *art. préc.*

<sup>237</sup> Nous nous inspirons du titre de l'ouvrage de monsieur Ziegler : J. Ziegler, « L'empire de la honte », Fayard, 2005.

<sup>238</sup> P. Fabra, « Le profit est-il l'objectif ? », *Les Échos*, 5-6 novembre 1993, p.63. Défendant une conception strictement actionnariale dans la littérature juridique nord-américaine : M. T. Jones, « Missing the Forest for the Trees : A critique of the Social Responsibility Concept and Discourse », *Business and Society*, 1996, Vol. 35, n°1, p.7 ; S. M. Bainbridge, « In defense of the Shareholder Wealth Maximization Norm : A Reply to Professor Green », *Washington and Lee Law Review*, 1993, n°50, p.1423 ; M. J. Horwitz, « Santa Clara Revisited : The Development of Corporate Theory », *West Virginia Law Review*, 1985, n°88, p.173, *spéc.* p.182 ; W. W. Bratton, « The "Nexus of Contracts" Corporation : A critical Appraisal », *Cornell Law Review*, 1989, n°74, p.407, *spéc.* p.424 ; D. Vogel, « The resurgence of Shareholder Participation », dans *Lobbying the Corporation*, Basic Books, New York, 1978, *spéc.* p.71 ; S. Kyd, « A Treatise on the Law of Corporations », Garland Publishing Inc., 1978, *spéc.* p.13 ; M. Friedman, « Capitalisme et liberté », traduit de l'anglais par A. M. Charno, Robert Laffont, 1971, *spéc.* p.169 ; M. Friedman, « The Social Responsibility of Business is to increase its profits », *New York Times*, September 13, 1970.

des années 1980, la rente financière a pris une importance fondamentale dont la valeur actionnariale est devenue l'indicateur clé<sup>239</sup>, l'entreprise étant vue comme une organisation génératrice de profits. Cette dernière a été réduite à une sorte de simple fonds de commerce dont les éléments sont dissociables voire à une marchandise mise sur un marché purement capitaliste<sup>240</sup>. Alors que le bien-être de la population mondiale semble aujourd'hui dépendre de la traduction des signaux économiques adressés par le marché dans les décisions des entreprises, les outils juridiques doivent se préoccuper non seulement de ces décisions d'entreprise<sup>241</sup>, mais aussi des stratégies qu'elles sous-tendent<sup>242</sup>. Dans ce cadre, le gouvernement d'entreprise est devenu une question majeure, question qui ne saurait être passée sous silence tant c'est le jeu de pouvoir « de et dans » l'entreprise qui est débattu (détention, légitimité et but) impliquant de dépasser l'artifice des clivages nés du découpage du champ scientifique en spécialité. C'est peut-être là que réside le principal apport de la Doctrine de l'entreprise : ne pas laisser dans l'ombre cet acteur du capitalisme qu'est l'entreprise<sup>243</sup>, sous peine de maintenir en vie un système qui a su récemment se montrer si

<sup>239</sup> Comme fondement à la rente financière, la valeur actionnariale a remplacé l'idée de la construction d'une rente autour de modalités sociales ou mutualistes (pour un historique : Y. Pesqueux, « Organisations : Modèles et représentations », P.U.F., 2002, *spéc.* p.125 et s.).

<sup>240</sup> Propos extrait du commentaire de la fiducie par le professeur Champaud et monsieur Danet publié à la revue de droit commercial (*R.T.D.Com.*, 2007, p.728).

<sup>241</sup> En effet, le droit précise la nature des relations entre les individus (M. Capet, « Le droit comme langue essentielle décrivant l'entreprise », *art. préc.*, p.16 et s.).

<sup>242</sup> « Les stratégies juridiques des entreprises », A. Masson (dir.), Larcier, Coll. Droit, management & stratégies, 2010. Cf. aussi l'ouvrage précurseur de messieurs Champaud et Danet : C. Champaud et D. Danet, « Stratégies judiciaires des entreprises », Dalloz, états de droits, 2006.

<sup>243</sup> La Doctrine de l'entreprise prend d'autant plus d'importance à l'heure d'une mondialisation qui fait une place croissante aux « groupes de sociétés », aux « multinationales » ou encore, aux « entreprises transnationales ». En gestion, des spécialistes constatent que la représentation de l'entreprise moderne est passée de l'entreprise-machine taylorienne des années 1970 à l'entreprise-organisme dans les années 1980 et cèdent le pas à l'heure actuelle à l'entreprise-groupe associée aux théories de la culture d'entreprise (C. Gendron, « Le développement durable comme compromis : La modernisation écologique de l'économie à l'ère de la mondialisation », Presses de l'Université du Québec, 2006, *spéc.* p.194, p.208, p.238 et s.). Si ces sociétés sont appréhendées le plus souvent avec difficulté par le droit étatique en raison de son assise territoriale (cf. les arguments exposés par Monsieur Verge et Madame Dufour : P. Verge et S. Dufour, *op. cit.*, p.112 et s.), elles le sont *a minima* au travers d'une analyse organisationnelle, c'est-à-dire, de l'ensemble intégré de son activité dans différents pays et des moyens qui concourent à la réalisation de cette dernière. Les notions en droit des sociétés de « fictivité » (Cass. Com., 2 avril 1979, *Bull. Civ.*, IV, p.93, n°120) et de « confusion des patrimoines » (Cass. Com., 4 juillet 2000, *B.R.D.A.*, 2000-17, p.3) ; en droit du travail, d'« unité économique et sociale » dans les rapports collectifs de travail en France (I. Desbarats, « La notion d'unité économique et sociale en droit du travail », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p.75 ; G. Picca, « Entreprise et unité économique », dans *Sur l'entreprise et le droit social – Études offertes à Jacques Barthélémy*, Droit du travail et de la séc. Soc. (hors série), 1994, p.9 ; J. Savatier, « L'unicité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », *Droit social*, 1986, p.11 ; R. de Lestang, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Droit social*, 1979, numéro spécial, avril, p.5) et d'« employeur unique » ou d'« employeur conjoint » aux Etats-Unis (not. *Radio and Television Broadcast Technicians Union 1264 v. Broadcast Service of Mobile Inc.*, 380 U.S. 255) et au Canada (*Autocar Royal (9011-4216 Québec inc.) et autre*, décision n°42, 8 décembre 1999, C.c.r.t., vol. 1-99, p.18 ; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015 ; *White Spot Limited and CAW-Canada, local 3000*, (1996) 33 C.L.R.B.R. (2d) (B.C.L.R.B.) ; *Ville-Marie Pontiac Buick inc. c. Syndicat des travailleurs de*

dévastateur<sup>244</sup> et fournir un terreau fertile au financiarisme<sup>245</sup>. Le droit doit se réapproprié les pensées de l'entreprise et du marché que le triomphe d'une « économie sans droit »<sup>246</sup>, accompagné du déclin de l'État, a construit autour d'une liberté et d'un laissez-faire outrancier<sup>247</sup>. L'État, mais aussi les juges<sup>248</sup> et les entreprises<sup>249</sup>, doivent dessiner ce nouvel ordre juridique, ce que certains qualifient d'« économie de droit mondiale »<sup>250</sup>. Il faut sans aucun doute y voir un enseignement supplémentaire de la Doctrine de l'entreprise que de reconnaître que le Droit ne tient pas tout entier dans l'œuvre du législateur et que les juges et les pouvoir privés sont impliqués<sup>251</sup>. La Doctrine de l'entreprise présente donc l'intérêt d'insister sur le rôle actif des acteurs économiques dans la construction d'une règle de droit, qu'elle soit légale ou contractuelle. Le pouvoir sociétaire est effectivement devenu en ce début de millénaire un pouvoir sociétal comme l'est le pouvoir politique<sup>252</sup>. Par conséquent, l'entreprise « citoyenne »<sup>253</sup> doit devenir *mutatis mutandis* l'entreprise « citoyenne du monde »<sup>254</sup> en raison de ses devoirs envers une collectivité qui perd chaque jour davantage

---

*garage de la région de Montréal (C.S.N.)*, [1993] T.T. 162 ; *Muir's Cartage Ltd. et Société canadienne des postes*, (1992) 89 d.i. 12 (C.c.r.t.) ; *Hôpital Royal Victoria c. Vassart*, [1990] R.J.Q. 1961 (C.S.) ; *Syndicats des travailleurs(euses) de Murray Hill – Connaissieur (C.S.N.) et Service de Limousine Murray Hill ltée*, (1988), 74 d.i. 127 (C.c.r.t.) ; *Lapierre et Pavane Mayfair ltée*, [1985] T.A. 380 ; *Canadian Wire Service Guild, section locale 213 de la Guilde des journalistes et Presse canadienne*, (1976) 13 d.i. 39 (C.c.r.t.) ; ou encore, en droit européen de la concurrence, d'« unité de groupes de sociétés » (C.J.C.E., 31 octobre 1974, aff. 15/74, *Rec. CJCE*, I, p.1147 ; *Gaz. Pal.*, 1975, 2, 549 ; C.J.C.E., 6 mars 1974, aff. 6 et 7-73, *Rec. CJCE*, I, p.223 ; C.J.C.E., 25 novembre 1971, aff. 22-71, *Rec. CJCE*, I, p.949) et d'« unité économique » (cf. C. Gavalda et G. Parléani, « Droit des affaires de l'Union européenne », Litec, 2010, *spéc.* p.283 et s., n°428 ; F. Chaput, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Contrats, Conc., Conso.*, 2010, n°1, Etude 1, p.11 ; G. Decocq, « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales », *R.J.Com.*, 2007, n°4, p.281 ; TPICE, 30 sept. 2009 : aff. T-161/05 (*Hoechst*), aff. T-168/05 (*Arkema*), aff. T-174/05 (*Elf Aquitaine*), aff. T-175/05 (*Akzo Nobel NV et alii*), *Contrats, Conc., Conso.*, 2009, n°12, comm. 293, note G. Decocq ; C.J.C.E., 11 mars 1997, *Droit ouvrier*, 1997, p.553 ; C.J.C.E., 24 octobre 1996, aff. C-73/95, *Rec. CJCE*, I, p.5482 ; C.J.C.E., 31 octobre 1974, *préc.*) offrent l'opportunité de faire disparaître les personnalités juridiques distinctes de chaque société pour faire émerger l'entreprise sous-jacente.

<sup>244</sup> C. Renouard, « La responsabilité éthique des multinationales », P.U.F., 2007 ; M. Capron et F. Quairel-Lanoizelée, « Mythes et réalités de l'entreprise responsable », La Découverte., 2004.

<sup>245</sup> Cf. récemment : C. Champaud, « Manifeste pour la doctrine de l'entreprise - Sortir de la crise du financiarisme », Larcier, Coll. Droit, management & stratégies, 2011.

<sup>246</sup> Expression empruntée au professeur Champaud : C. Champaud, « Rapport général : Droit des entreprises », *art. préc.*, p.211.

<sup>247</sup> Par exemple : B. Remiche, « Droit économique, marché et intérêt général », dans *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p.253, *spéc.* p.253.

<sup>248</sup> Cf. les nombreux arrêts de la Cour de cassation et des conseillers d'appel cités par le professeur Mercadal à l'appui de la notion d'entreprise : B. Mercadal, « La notion d'entreprise », *art. préc.*

<sup>249</sup> J.-P. Robé, *op. cit.*, p.119 et s. ; A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, *art. préc.*, p.125 et s.

<sup>250</sup> G. Farjat, « De la globalisation de l'économie à une "économie de droit" », dans *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, I. Daugareilh (dir.), Bruylant, 2010, p.795, *spéc.* p.811 et s.

<sup>251</sup> C. Champaud, « Rapport général : Droit des entreprises », *art. préc.*, p.194 et s.

<sup>252</sup> C. Champaud, « Droit administratif et droit des affaires », *art. préc.*, p.90.

<sup>253</sup> F.-G. Trébulle, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne » », *R.S.*, 2006, p. 41.

<sup>254</sup> G. Lyon-Caen, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », *art. préc.*, p.47.

son attache territorial à un État. Alors que certains ont répondu de manière pessimiste à la question de savoir ce que les entreprises pouvaient faire pour les problèmes sociaux de notre époque<sup>255</sup>, c'est donc au droit à qui revient la tâche d'intervenir ... plus précisément au « droit économique » à qui la Doctrine de l'entreprise a apporté un *corpus* juridique et donné ses lettres de noblesse<sup>256</sup>.

**25. La solution d'un droit en mouvement :** Si le droit économique est un droit de l'organisation<sup>257</sup>, il convient d'en tirer toutes les conséquences et d'en admettre son caractère pleinement dynamique et évolutif. N'est-ce pas là l'opportunité d'admettre que les objectifs de l'économie, du capitalisme et des entreprises ne peuvent être poursuivis qu'à la seule condition d'être compatibles avec les fins propres de l'homme qui – aussi discutables soient-elles – nous semble fondamentalement demeurer le bien vivre ensemble en vue du bien commun<sup>258</sup>. Alors que Jean Giraudoux a fait dire à l'un de ses héros de « La guerre de Troie n'aura pas lieu » que « *le droit est la plus puissante école de l'imagination* », l'intense réflexion des défenseurs de la Doctrine de l'entreprise est porteuse de valeurs qui n'interdisent pas d'imaginer à un avenir différent des Hommes et de la planète, fait de progrès et de respect, que les entreprises et le marché peuvent activement promouvoir. N'a-t-il pas été brillamment démontré, dans le passé, que les flux économiques (et *a contrario* le circuit de contrats que révèle l'entreprise<sup>259</sup>) pouvaient être porteurs de valeurs humanistes<sup>260</sup> ? De grands juristes ont prétendu que quand on creuse le droit, tout s'écroule ; alors n'hésitons pas à creuser pour tout rebâtir !

<sup>255</sup> En 1973, Monsieur Chamberlain écrivait : « *What can the large corporations do about the social problems of our times? The thesis of this book is that they can do remarkably little* » (N. W. Chamberlain, « The Limits of Corporate Responsibility », Basic Books Inc. Publishers, New York, 1973, *spéc.* p.3).

<sup>256</sup> Le droit économique pourrait-il échapper à une telle mutation alors que le droit civil n'a pu lui-même y échapper (R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1952) ?

<sup>257</sup> C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *art. préc.*

<sup>258</sup> B. de la Rochefoucauld et R. Piétri, « L'entreprise et la société au service de l'homme », Institut La Boétie, TEC & DOC Lavoisier, 1993.

<sup>259</sup> J.-P. Robé, *op. cit.*, p.18.

<sup>260</sup> R. Savatier et D. Gutmann, « Le droit comptable au service de l'homme », Dalloz, 2005 (réimpression).