

L'ENTREPRISE ET LA CONSTITUTIONNALISATION DU SYSTEME-MONDE DE POUVOIR

Jean-Philippe Robé

Avec le concours d'Antoine Lyon-Caen et de Stéphane Vernac¹

Nous présenterons le résultat de nos travaux réalisés dans le cadre du programme de recherche du Collège des Bernardins sur le thème « *entreprise et formes de la propriété* » en trois parties :

1. Ces travaux partent d'un constat : nous assistons, dans le champ de l'économie, à la globalisation d'un système de pouvoirs dans lequel les plus grandes entreprises (les « multinationales ») jouent un rôle moteur et dont la conceptualisation est difficile à réaliser dans le cadre des schémas d'analyse classiques. La globalisation a redistribué les pouvoirs en réduisant la capacité d'action « publique » (celle des Etats et des organisations internationales publiques) et en accroissant l'autonomie de certains pouvoirs « privés » (ceux des plus grandes entreprises et de divers « fonds » d'investissement), sans que cette redistribution ne soit ni décidée, ni conceptualisée, ni institutionnalisée officiellement. Il manque, pour ce faire, un ou des schémas d'analyse du système-monde de pouvoirs qui se met en place. Le défi consiste à se représenter ce système de pouvoir, à prendre acte des changements de références et institutionnels qu'il requiert et à imaginer des moyens d'action correctifs face à certains dysfonctionnements constatés.

¹ L'élaboration des concepts exposés dans cet article a grandement bénéficié des discussions qui sont intervenues dans le cadre des réunions du séminaire de recherche conduit au sein du Collège des Bernardins sur le thème de l'« *Entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales* ». C'est particulièrement le cas s'agissant des participants à un sous-groupe de travail qui rassemblait, en plus de l'auteur de cet article, François Chavaudret, Olivier Favereau, Antoine Lyon-Caen, Baudoin Roger, Jean-Michel Saussois, Stéphane Vernac et Mikhail Xifaras.

2. Traitant du pouvoir et soucieux de sa soumission à des règles visant à protéger les individus et les intérêts collectifs qui sont affectés par son exercice, qu'ils soient internes ou externes aux institutions au sein desquelles le pouvoir s'exerce, nous avons analysé le système-monde de pouvoir en tant que « système constitutionnel ».

La constitution peut être pensée à une autre échelle que celle de l'espace étatique qui lui est traditionnellement attaché.² Elle peut être pensée d'une manière plurielle, à la fois au plan territorial (ce qui est une manière maintenant classique de penser l'Union Européenne,³ par exemple) mais aussi d'une manière déterritorialisée, en pensant l'entreprise comme ordre de pouvoir politique (c'est en son sein que des intérêts partiellement communs et partiellement en conflit sont conciliés) et ordre juridique.⁴

3. Le processus de constitutionnalisation des diverses formes de pouvoirs opérant dans l'économie monde est, selon nous, déjà en cours et nous avons réfléchi aux possibilités d'influer sur lui grâce à divers « micro-dispositifs ». Par leurs aspects vertueux, ils pourraient contribuer à une consolidation de l'auto-constitutionnalisation du système-monde de pouvoirs -de l'ensemble du système de pouvoirs existant à l'échelle planétaire- avec une meilleure prise en compte des intérêts affectés et des droits individuels concernés.

Nous pensons que le cadre d'analyse proposé ci-dessous offre un champ de réflexion nouveau permettant de penser différemment la globalisation. Il donne des pistes pour identifier les moyens d'accompagner son développement d'une manière qui la rende plus conforme aux attentes et besoins des individus, de la société et de l'environnement naturel. Il reste encore très largement ouvert et est susceptible d'une multitude d'enrichissements en provenance de champs de réflexion (la RSE par exemple) qui souffrent actuellement d'une insuffisante conceptualisation.⁵

² Voir, par exemple, Arthur S. Miller, *The Global Corporation and American Constitutionalism: Some Political Consequences of Economic Power*, J. of Int'l L. & Eco. 235 (1972) ; Sol Piccioto, *The Control of Transnational Capital and the Democratization of the International State*, Journal of Law and Society, volume 15, number 1, spring 1988 et, du même auteur, *Constitutionalizing Multilevel Governance?* 6(3&4) I.CON pp.457-479 (2008) ; Jean-Philippe Robé, "Multinational Enterprises: The constitution of a Pluralistic Legal Order", in *Global Law without a State*, pp.45-77, G. Teubner, ed., Dartmouth (1997) et "Enterprises and the Constitution of the World Economy", in 2 *International Corporate Law* 45-64, Fiona Macmillan, ed., Hart Publishing (2003). Voir aussi la revue détaillée de Thomas Cottier & Maya Hertig, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, 261 Max Planck UNYB 7 pp. 261-328 (2003).

³ Voir, par exemple, le travail pionnier de Joseph Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, 1 Y. B. Eur. L. 267 (1981).

⁴ Voir, notamment, Jean-Philippe Robé, « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », in *L'activité marchande sans le marché, Colloque de Cerisy*, pp.91-110, Armand Hatchuel, Olivier Favereau & Franck Aggeri (sous la direction de), Presse des Mines, 2010.

⁵ Voir, par exemple, Jean-Philippe Robé, *La responsabilité sociale des entreprises*, Revue de droit du travail, pp. 413-415 (2010).

I. LA GLOBALISATION DU SYSTEME-MONDE DE POUVOIR

La globalisation est un défi aux analyses menées dans le cadre des sciences sociales classiques. Produite, en grande partie, par des entreprises qui agissent aujourd'hui à l'échelle planétaire, sans avoir aucune existence positive en droit ou en tant qu'institutions politiques, la globalisation remet en cause la manière traditionnelle de comprendre la structuration de la société mondiale. Les sciences sociales classiques, sans que leurs experts en soient toujours conscients, prennent implicitement comme objet d'analyse une société opérant dans un cadre mono-étatique. L'Etat y est toujours présent comme autorité tutélaire, même quand ce n'est qu'implicite dans les analyses menées. Et, de ce fait, si ces analyses peuvent être valides dans le cadre de sociétés fermées, elles sont en grandes difficultés dans notre univers globalisé dont elles n'arrivent pas à rendre compte d'une manière satisfaisante puisqu'elles ne traitent de « l'inter-national » que comme un reliquat.⁶ Les sciences sociales restent constitutivement ancrées dans le Système des Etats et s'illusionnent face au mirage de l'interdisciplinarité alors que ce sont les disciplines et leurs frontières elles-mêmes, lointain sous produit des frontières étatiques,⁷ qui sont en cause.

Ce défi posé aux sciences sociales classiques est peut-être une bonne nouvelle : il pourrait permettre une analyse scientifique du fonctionnement réel des structures d'exercice du pouvoir en forçant à se placer au seul niveau où il n'y a plus de facteurs extérieurs : celui du système-monde.

A. LE DIAGNOSTIC : LA DECOMPOSITION/RECOMPOSITION DES STRUCTURES D'EXERCICE DU POUVOIR

Nos travaux ont permis de mettre en évidence un processus de décomposition-recomposition (déconcentration/re-concentration) du pouvoir au profit des entreprises via les sociétés de capitaux.

1 - Décomposition

(A) Les plus grandes entreprises sont aujourd'hui des organisations qui contrôlent des centres de production et de distribution de produits et services, des réseaux de communication et d'échange en se fournissant en ressources, et en produisant et distribuant leur production à l'échelle de la planète. Ces ressources sont bien sûr des ressources naturelles, du travail, etc. Mais parmi les ressources que les entreprises utilisent se trouve aussi *le droit*. C'est le cas en ce qui concerne les instruments juridiques qui permettent la structuration des activités de l'entreprise, que ces instruments soient légitimes (droit des sociétés, droit des contrats, par exemple) ou qu'ils le soient moins (facilités offertes par les paradis fiscaux, secret bancaire). Au-delà, les entreprises se fournissent en « environnements normatifs » créés par les Etats, qui sont plus ou moins protecteurs des divers intérêts présents

⁶ Sur l'historicisation des sciences sociales en conséquence de la globalisation, voir généralement Ulrich Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Champs, Essais, Paris (2003). Voir, pour une analyse tentant d'intégrer le « national » et le « mondial » Michel Beaud, *Le système national mondial hiérarchisé*, Paris, AGALMA, La découverte (1987).

⁷ Sur ce point, voir Jean-Philippe Robé, *Les Etats, les entreprises et le droit – Repenser le système-monde*, Le Débat, n°161, septembre-octobre 2010, pp. 74-87.

sur les territoires étatiques et sont donc plus ou moins favorables à la poursuite de telle ou telle activité par les entreprises.

Un point de vocabulaire : le qualificatif « multinationale »⁸ est maintenant devenu un nom. Mais, par ce nom, désigne-t-on une *société* multinationale ? Une *compagnie* multinationale ? Une *entreprise* multinationale ?

Même si l'usage des termes par les auteurs est d'une extrême imprécision (c'est un des résultats de la confusion généralisée entre les concepts d' « entreprise » et de « société »,⁹ sur laquelle nous reviendrons) nous trancherons : « multinationale » désigne une *entreprise* multinationale. Le mot « compagnie » n'est pas assez précis et il n'y a pas, en droit, de *société* multinationale. Il existe bien des sociétés *internationales* (des sociétés créées par traité de droit international public, comme la société d'exploitation du tunnel sous le Mont Blanc, par exemple), mais il s'agit de tout autre chose.

Une « multinationale » est donc une entreprise. C'est une organisation économique qui produit des biens ou des services en ayant structuré son activité sur le territoire de plusieurs Etats. Pour ce faire, une société peut créer des succursales ou des bureaux de représentation hors du territoire de son Etat d'origine. Une entreprise multinationale peut donc être structurée autour d'une seule société commerciale, d'une seule personne morale, puisque ni la succursale, ni le bureau de représentation n'ont la personnalité morale. Mais c'est la plupart du temps à un stade très précoce de son développement à l'international qu'une entreprise procède ainsi. Dans la plupart des cas, la structure juridique utilisée pour servir de support à une entreprise multinationale est celle d'un groupe de sociétés.

On a alors, dans le cas typique, une société mère qui est propriétaire de tout ou partie des actions émises par d'autres sociétés implantées sur le territoire, et créées en vertu du droit d'autres Etats que l'Etat d'origine de la société mère. La structure sociétaire peut-être très complexe, avec des sous-filiales, des participations croisées, des « *joint ventures* », etc. mais c'est toujours la même chose qui opère : par le contrôle direct ou indirect de la majorité au moins des actions représentatives du capital de filiales, ou de sous-filiales, une organisation économique unique peut se mettre en place. La société de tête du groupe étant localisée sur le territoire d'un Etat donné, on utilise alors des oxymores pour désigner les « multinationales américaines » ou les « multinationales japonaises ». Car là commence la complexité du sujet : chacune des filiales est une personne juridique avec sa personnalité morale propre, ses mandataires sociaux, son patrimoine propre, sa comptabilité, ses cocontractants, ses responsabilités délictuelles et contractuelles, ses créanciers et débiteurs. Le groupe de sociétés qui permet à l'ensemble de fonctionner n'a pas, lui, d'existence juridique en tant qu'ensemble. Il ne constitue pas une personne morale différente, supplémentaire par rapport à celle des filiales. Mais c'est lui qui permet à une entreprise unique, à une organisation unique car coordonnée par une seule et même hiérarchie dirigeante, d'exister dans les faits, à défaut d'exister en droit.

Où l'on voit ainsi qu'il ne faut pas confondre les notions de « multinationale » et de « groupe ». La « multinationale », c'est l'organisation économique. Le « groupe », c'est la

⁸ L'usage du mot « transnationale » serait probablement préférable à celui de « multinationale » ; mais l'usage dominant ne va pas en ce sens, ce qui n'a qu'une importance très relative.

⁹ Sur cette confusion et ses innombrables conséquences, voir notamment Jean-Philippe Robé, *L'entreprise et le droit*, Presses Universitaires de France (1999), disponible à l'adresse suivante : <http://www.globalization-blog.info/ext/http://www.youblisher.com/p/18631-L-entreprise-et-le-droit/>.

structure sociétaire qui lui permet de fonctionner, chacune des filiales ayant la personnalité morale dans les divers systèmes juridiques de droit positif (de droit étatique) dans lesquels l'entreprise « multinationale » est implantée. Le groupe n'est que cela : une structure sociétaire. Il est très loin de recouvrir l'extraordinaire complexité juridique de la structuration de l'entreprise multinationale qui met en jeu une myriade de fournisseurs, de salariés, de sous-traitants, de franchisés, etc. et de clients qui sont des *tiers* vis-à-vis des sociétés qui constituent le groupe. Les « frontières de l'entreprise » vont donc bien au-delà du périmètre des filiales du groupe. L'entreprise étant une organisation, un lieu d'exercice d'une forme de pouvoir, ses « frontières » se trouvent là où l'effectivité de sa capacité à organiser un pan de l'activité économique trouve sa limite.¹⁰ Et l'on voit que si les salariés, probablement les franchisés, souvent les sous-traitants, font partie de l'entreprise pour une partie au moins de leurs activités, ils sont étrangers au groupe de sociétés n'étant que les cocontractants de telle ou telle filiale.

Les conséquences de l'existence *de fait* de l'entreprise (ici de l'entreprise « multinationale ») et de son inexistence *en droit* sont multiples. Par exemple :

- (a) les cocontractants d'une filiale ne contractent qu'avec cette dernière et n'ont, par principe, aucun droit à l'égard des autres sociétés du groupe. C'est le cas de tous les cocontractants, et notamment des salariés, qui n'ont donc en face d'eux que la direction locale, le patrimoine de la filiale locale ; et ils ne bénéficient que du droit local. Des subordonnés sont donc en fait subordonnés à d'autres subordonnés, sans que les décideurs *in fine* ne soient accessibles localement.
- (b) Le droit applicable à chaque filiale est le droit de l'Etat sur le territoire duquel elle est implantée. Ainsi, une seule et même organisation (l'entreprise multinationale) peut choisir de localiser telle ou telle partie de ses activités dans tel ou tel environnement normatif. C'est cette possibilité qui permet les « délocalisations » : une activité réalisée dans un environnement normatif « cher » (des normes impératives internalisant dans les coûts de production ce qui, autrement, resterait une externalité négative ne se traduisant pas dans les prix) est déplacée dans un environnement normatif moins « cher » (les externalités négatives sont subies là où elles tombent). Mais l'activité reste exercée au sein de l'entreprise, dans une seule et même structure d'exercice du pouvoir. L'entreprise multinationale, par sa capacité à déplacer ses activités et leurs conséquences, positives ou négatives, est ainsi l'instrument d'une mise en concurrence des Etats pour la fourniture d'un environnement normatif favorable aux entreprises (et à ceux qui les contrôlent). Les Etats deviennent des acteurs du marché, de la concurrence économique, et leur droit est un produit, un service peut-être, dont les entreprises multinationales se fournissent au mieux de leurs intérêts.

¹⁰ Pour plus de détail sur cet aspect de l'analyse, voir Robé, *supra* note 9 et Jean-Philippe Robé, "Conflicting Sovereignities in the World Wide Web of Contracts – Property Rights and the Globalization of the Power System", in *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner*, Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch and Peer Zumbasen (eds.), Berlin, De Gruyter Recht (2009), pp. 691-703. Pour une analyse pragmatique de l'impact d'une grande entreprise sur l'ensemble de son environnement social et politique, aboutissant à une théorie relationnelle du droit des contrats, voir Jean-Guy Bellefleur, *Le contrat entre droit, économie et société*, Les éditions Yvon Blais Inc., Québec (1998). Plus généralement, voir aussi Charley Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J. (1990) et Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, The Oxford International Law Library (2007).

- (c) Les échanges intra-entreprise, lorsqu'ils passent par-dessus les frontières étatiques, apparaissent comme des échanges inter-nationaux. L'analyse des statistiques des échanges doit alors être retraitée pour qu'il soit possible de percevoir la réalité de l'échange économique. Car une fois ce retraitement effectué, il apparaît que la « globalisation de l'économie » est avant tout un phénomène de « globalisation des entreprises ». ¹¹ Pour chaque entreprise concernée, l'échange international est un échange *interne* à l'entreprise, *hors marché*. Il y a bien des contrats entre les filiales quand il y a échange économique entre elles. Mais si, juridiquement, le contrat est passé entre des personnes morales différentes, c'est la même organisation économique qui s'exprime aux deux extrémités du contrat. Le droit des sociétés va poser des contraintes à ce qui peut être fait dans le contrat, les mandataires sociaux ayant généralement une obligation de gérer la société qu'ils dirigent (et donc de passer les contrats) dans l'« intérêt social », dans l'intérêt de la société qu'ils dirigent. Mais on sait qu'en pratique il ne leur est guère loisible de trop résister à leurs supérieurs hiérarchiques. Et gageons alors que le contenu du contrat (une licence prévoyant le versement de redevances, des ventes prévoyant le paiement de prix, des prêts prévoyant le versement d'un intérêt, etc.) ne sera probablement pas le même que s'il avait été passé par des parties défendant chacune ses intérêts sans autre considération. Une bonne partie de l'échange économique international, interne aux entreprises, n'est donc pas un échange de *marché*. Le montant des redevances, des intérêts ou des prix n'est pas le résultat d'une concurrence de marché, d'une négociation entre acteurs autonomes. Ces montants sont l'une des productions de l'organisation de l'entreprise qui fixe le montant de ces redevances, intérêts ou prix en fonction de ses intérêts.
- (d) La mise en concurrence des droits étatiques est poussée à son paroxysme en matière fiscale grâce, notamment, à la pratique dite des « prix de transfert » : le prix des biens ou services échangés entre les filiales du groupe n'étant pas un prix de « marché », il peut être augmenté ou diminué par rapport aux coûts de production en fonction de l'intérêt qu'il y a à localiser les gains ou les pertes à tel ou tel endroit. C'est la conséquence du phénomène identifié au paragraphe (c) ci-dessus. Une entreprise multinationale peut ainsi relativement aisément localiser ses bénéfices ou plus values dans des Etats à fiscalité dite « privilégiée » : il suffit de constater les profits ou plus values au sein de filiales implantées dans de tels Etats. Ou encore la propriété intellectuelle -marques, brevets- utilisée par l'entreprise peut être localisée dans le patrimoine d'une filiale implantée dans un pays à « fiscalité privilégiée » qui va ainsi recevoir le paiement de redevances de l'ensemble des filiales opérationnelles du groupe, qui vont diminuer les profits qu'elles réalisent localement (les redevances sont des charges qui viennent réduire le résultat constaté localement) et les profits se trouvent ainsi « délocalisés » sur un « territoire » où ils sont peu ou pas taxés.
- (e) En conséquence de quoi, la structuration de l'échange économique international peut aboutir à être totalement déformée, distordue par le comportement opportuniste de certains Etats faisant commerce de leur souveraineté. La localisation des lieux d'échange économique peut n'avoir aucun fondement autre que purement juridique. Il est tout simplement absurde -et fondamentalement « faux »- que les Iles Cayman soient la cinquième plus grande place financière du

¹¹ Voir notamment Julius DeAnne, *Global companies and public policy: the growing challenge of foreign direct investment*, Royal Institute of International Affairs, Pinter publishers (1991).

monde. C'est n'est vrai que dans un monde virtuel dans lequel un seul bâtiment (*Ugland House*) est l'adresse du siège social (en mars 2008) de 18.857 sociétés.¹² C'est, encore, par un effet de distorsion juridique des relations d'échange que le Luxembourg accueille plus de banques que la Suisse, qui elle-même a plus de banques que de dentistes.¹³ Ou encore que les Iles Cayman, les Iles Vierges Britanniques, les Bermudes et les Bahamas abriteraient (grâce à l'archipel juridique qu'ils forment avec la City de Londres, du fait de nombreuses « efficacités » de la *common law*), à eux quatre, 52% des *hedge funds*. Pour d'autres, ce pourcentage ne serait « que » de 35% ; pour d'autres en revanche, ce serait 80%.¹⁴ Nul ne sait réellement, ce qui est bien une partie du problème. Outre le fait qu'avec une telle opacité, l'interconnexion avec l'économie du crime est à peu près assurée. Tout cela ne correspond bien sûr à aucune réalité économique. Si ce n'est qu'avec un montant de 12.000 milliards de dollars (estimé) investis dans l'économie réelle par l'intermédiaire des paradis fiscaux, ce n'est pas d'un phénomène marginal qu'il s'agit mais d'une composante essentielle de la globalisation de l'économie.¹⁵

On voit par ces quelques exemples que les entreprises multinationales, et les fonds qui achètent leurs actions, disposent d'une autonomie organisationnelle extraordinaire. Combinée à l'immense ampleur des ressources qu'elles contrôlent, du fait que leurs structures sociétaires sont potentiellement éternelles et peuvent concentrer le capital réel et le capital financier sans autres limites que leur efficacité à le faire ou le droit de la concurrence, cette autonomie vient bouleverser la structuration classique du système de pouvoir axé autour du « Système des Etats ». La souveraineté étatique, gage d'autonomie des Etats *entre eux*, se retourne *contre eux* dans le jeu concurrentiel qui les oppose -mais qui les lie aussi, s'agissant de « leurs » multinationales- aux entreprises.¹⁶ Leur aptitude à produire du droit international pour rééquilibrer les choses est mise à mal car les Etats font face à un problème d'action collective jamais rencontré à une telle échelle. Certains Etats, et non des moindres parfois, tirent une grande partie de leurs ressources grâce à leur offre sur le marché mondial des normes. La possibilité même d'avoir une action efficace dans le cadre des analyses classiques du droit est donc posée. D'où les tentatives de développer un « droit doux » (« *soft law* »), créé sur une base volontaire¹⁷ ; ou l'idée de faire adhérer, là encore sur une base volontaire, les plus grandes entreprises à un « contrat social global » (« *global compact* »)¹⁸, sous l'égide

¹² Voir Ronen Palan, *The Offshore World – Sovereign Markets, Virtual Places and Nomad Millionaires*, Cornell U. Press (2003, 2006), p. 241.

¹³ Palan, *supra* note 12, pp.3-4.

¹⁴ Ronen Palan, Richard Murphy & Christian Chavagneux, *Tax Havens – How Globalization Really Works*, Cornell University Press (2010), p.6. Les *hedge funds* ont, au cours du premier trimestre 2011, 2.000 milliards de dollars d'encours. <http://www.hedgefundresearch.com/index.php?fuse=press&1301697974>

¹⁵ Ronen Palan, Richard Murphy & Christian Chavagneux, *supra* note 14, pp.4-5.

¹⁶ Voir John Stopford, Susan Stange & John S. Henley, *Rival States, Rival Firms - Competition for World Market Shares*, Cambridge University Press (1991).

¹⁷ La littérature sur la « *soft law* » est immense. Voir, récemment, Larry Cata Backer, *Polycentric Governance in the Transnational Sphere: Private Governance, Soft Law, and the Construction of Public-Private Regulatory Networks for States and Transnational Corporations*, 17(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 101-166 (2011).

¹⁸ Voir notamment Georg Kell & John Gerard Ruggie, *Global Markets and Social Legitimacy: the Case for the « Global Compact »*, 8(3) *Transnational Corporations* pp. 101-120 (1999). John Gerard Ruggie est le Représentant Spécial du Secrétaire général de l'ONU pour la question des droits de l'homme et des entreprises transnationales.

personnelle du secrétaire général de l'ONU.¹⁹ Ces tentatives théoriques et pratiques, pour intéressantes qu'elles soient, sont avant tout le signe de l'incapacité du système juridico-politique classique à faire face aux questions soulevées par la globalisation de l'économie.

Au-delà, la question du gouvernement d'entreprise prend une tout autre dimension quand on analyse l'impact de la globalisation des entreprises sur le système de pouvoir. On voit que, bien loin d'être une question purement « privée » mettant simplement en jeu les intérêts de telle ou telle partie prenante, c'est l'ensemble de la constitution du système-monde de pouvoir qui est remis en cause par la globalisation des entreprises. L'illusion que nous vivons en économie de marché « pure », qui contribue à négliger l'importance de l'échange intra-entreprise et donc du pouvoir qui en découle et de son impact sur les Etats, est d'ailleurs l'une des sources de l'insuffisante analyse des pouvoirs « privés » et de leur insuffisante soumission à des règles de droit.²⁰

En effet, les Etats restent perçus comme étant dans une position souveraine face à l'essor de ces pouvoirs « privés ». Le contrôle du territoire reste la base de l'autorité étatique et la localisation d'une activité sur le territoire d'un Etat la soumet à la juridiction de cet Etat. Mais la déterritorialisation des entreprises réduit de fait la capacité d'action des Etats vis-à-vis de ces organisations qui ont les moyens d'échapper à la juridiction, territoriale, des Etats. Il existe, d'une part, d'autres sources d'autorité que le contrôle d'un territoire (le contrôle d'une masse importante de « droits de propriété », notamment) qui aboutissent à l'existence d'institutions exerçant un pouvoir d'une puissance telle qu'il met les Etats en concurrence et oriente leur production normative et les intérêts qu'elle sert. Surtout, d'autre part, le territoire pèse comme source de contraintes pour les détenteurs du pouvoir de l'Etat vis-à-vis des demandes sociales de protection des intérêts négativement affectés par la globalisation : individus laissés pour compte du fait d'une moindre employabilité dans un marché du travail mondialisé qui met hors marché les bénéficiaires de certains systèmes normatifs protecteurs, environnement naturel qui fait les frais de la mise en concurrence entre Etats pour la localisation géographique des activités polluantes, marchés financiers instables et hors contrôle du fait des trous noirs de la finance rendus possibles par la finance dite off-shore et les paradis fiscaux, etc.²¹ Et alors que le poids des demandes en provenance du territoire et de la population subsiste, les budgets publics (étatiques et institutions sociales) sont affectés par une course vers le bas en matière de prélèvements obligatoires du fait de la concurrence pour la localisation de la constatation comptable des revenus et plus values. D'où, peut-être, les raisons du succès des villes-Etats (Hong-Kong, Singapore, Dubaï) dans l'économie globalisée. La combinaison idéale ? Etre un souverain avec un territoire réduit et une population minimale – juste ce qu'il faut pour ne pas perdre la qualité de « souverain » qui

¹⁹ Sur l'insuffisance de ces approches et une tentative d'y remédier par le concept de « co-régulation », voir T. Berns, P.-F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel & G. Lewkowicz, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles (2007) et particulièrement l'article de Benoît Frydman, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation ».

²⁰ Voir John Kenneth Galbraith, *The Economics of Innocent Fraud – Truth for our Time*, Houghton Mifflin Company, Boston NY (2004), traduit en *Les mensonges de l'économie – Vérité pour notre temps*, Grasset, Paris (2004) pour qui c'est d'une *escroquerie* (bien plus que d'un mensonge) qu'il s'agit quand on décrit notre économie comme une « économie de marché », ce qui fait négliger les relations de pouvoir qui la traversent. Et, parallèlement, sur le détournement qui a pu être fait d'une certaine « doctrine de l'entreprise » pour légitimer une forme d'économie, voir Antoine & Gérard Lyon-Caen, "La doctrine de l'entreprise" in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Lib. Tec., 601 (1978).

²¹ Pour des travaux sérieux sur la question, voir Palan, *supra* note 12 et Ronen Palan, Richard Murphy & Christian Chavagneux, *supra* note 14. Voir aussi Ronen Palan, *Tax Havens and the Commercialization of State sovereignty*, 56 *International Organization*, no 1, at 151-176 et Nicholas Shaxson, *Treasure Islands – Tax Havens and the Men who Stole the World*, London, The Bodley Head (2011).

impose, en plus de l'existence d'un gouvernement effectif, sa conjonction avec une population et un territoire.

Alors que la globalisation crée des richesses et que celles-ci pourraient en partie être redistribuées pour compenser ses victimes, la structuration juridique des entreprises, superposée à celle du Système des Etats, permet de faire échapper une grande partie de la richesse ainsi produite aux dispositifs de prélèvement. En conséquence de quoi la richesse créée est concentrée en un nombre réduits d'individus,²² et alors que le besoin d'une action publique pour internaliser les coûts générés et compenser les perdants se fait plus pressant, la crise de la dette publique devient un problème structurel.²³

Les souverainetés « historiques », celles des Etats, sont ainsi remises en cause par les entreprises qui sont en position de mettre en concurrence les systèmes juridiques, sociaux, fiscaux mis en place au cours de l'histoire pour assurer la cohérence des intérêts présents dans la société – tant que celle-ci se déployait en relative autonomie essentiellement sur le territoire des Etats.²⁴ Avec la globalisation, c'est l'ensemble du système de pouvoir, qui comprend notamment les Etats, les organisations internationales publiques qu'ils ont créées et les entreprises, dont le fonctionnement combiné est à repenser.

(B) La compréhension de la situation dans laquelle nous nous trouvons passe par celle de son histoire. En résumé,²⁵

- (a) le système de pouvoir axé autour du « Système des Etats » a été institutionnalisé à partir du milieu du XVIIème siècle. Dans ce système, formalisé par les traités de Westphalie de 1648, les Etats, égaux entre eux dans l'ordre international, se sont mutuellement reconnus comme totalement maîtres de l'organisation de leurs affaires intérieures. Celles-ci, aux termes des révolutions libérales de la fin du XVIIIème et du début du XIXème siècle, ont ensuite été progressivement structurées autour des institutions d'une société de marché dont les principaux instruments sont, dans le champ économique, le droit de propriété, la liberté contractuelle et le droit d'entreprendre. Tout comme les Etats ont obtenu, dans l'ordre international, la plus grande souveraineté qui se puisse, dans l'ordre interne ce sont les individus, personnes physiques, qui se sont vus reconnaître la plus grande autonomie qui soit. L'ordre interne est passé d'une société d'ordres, holiste, corporatiste, organisée,²⁶ à une société d'individus autonomes, libres et

²² Voir l'article au titre éloquent de Joseph E. Stiglitz dans le numéro de mai 2011 de Vanity Fair : *Of the 1%, by the 1%, for the 1%*.

²³ Des estimations sérieuses aboutissent à conclure que le phénomène de la finance off-shore et des paradis fiscaux abouti à une perte globale de recettes fiscales estimée entre 255 et 310 milliards de dollars par an (estimations datant de 2003 et 2007). Voir Ronen Palan, Richard Murphy & Christian Chavagneux, *supra*, note 14, p. 63

²⁴ Gabriel Ardant, *Histoire de l'impôt*, Livre I, De l'antiquité au XVII^e & Livre II, Paris, Fayard (1971 et 1972) ; et Gabriel Ardant, "Financial Policy and Economic Infrastructure of Modern States and Nations", in *The Formation of National States in Europe*, Princeton, New Jersey, Princeton U. Press (C. Tilly ed. 1975).

²⁵ Pour une présentation moins sommaire, voir Robé, *supra*, note 9.

²⁶ Voir notamment, à ce sujet, les travaux de François Olivier-Martin, *La France d'ancien régime, Etat corporatif*, 5 Annales de droit et de sciences politiques 690 (1937) ; "Le déclin et la suppression des corps en France au XVIII^e siècle", in 2 *Etudes présentées à la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'Etats* 149, Louvain, Bureau du recueil, Université de Louvain (1937) et son *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, C.N.R.S. (1992) (réédition de 1948).

égaux (en droit), libres d'autoproduire la société qui leur convient grâce à leurs droits de propriété via les contrats qu'ils concluent.²⁷

C'est ainsi que dans l'ordre interne, la souveraineté absolue accordée au plan international à l'Etat s'est trouvée décentralisée via des institutions posées comme étant de droit « privé », internes, permettant l'autonomie sociale et accordant à leurs détenteurs individuels une autonomie tout aussi absolue. Il en va ainsi de la liberté contractuelle et du droit de propriété²⁸ qui mettent *par principe* hors du champ de l'Etat et de son droit les arrangements et accords conclus entre les individus dans le cadre de l'exercice de leur autonomie.²⁹ Dans le cadre d'une société libérale, la souveraineté étatique absolue dans le champ international n'est plus qu'un pouvoir *d'exception* dans l'ordre interne : tout ce qui n'est pas interdit, réglementé, est autorisé.³⁰ La sphère des libertés de l'individu est en principe *illimitée*, tandis que celle des pouvoirs de l'Etat est par principe *limitée*.³¹ C'est avant tout un fruit de l'histoire européenne,³² le produit de plusieurs siècles d'évolution dans les rapports sociaux, politiques, économiques et juridiques qui s'est trouvé institutionnalisé d'abord dans cette partie du monde. Né en Europe, acclimaté aux Etats-Unis,³³ ce mode de structuration des rapports sociaux a ensuite été exporté via la colonisation³⁴ puis par les institutions internationales libérales mises en place après la seconde guerre mondiale.³⁵

- (b) En parallèle, cependant, ce schéma de base a subi un cataclysme silencieux et longtemps invisible qui ne devient massivement perceptible qu'avec la globalisation : l'introduction de la société par actions emportant limitation de la responsabilité des actionnaires, d'abord aux Etats-Unis puis en Europe dans le deuxième tiers du XIXème siècle, a totalement bouleversé les rapports de forces et la structure constitutionnelle même d'exercice du pouvoir. Elle l'a d'abord fait dans l'ordre *interne*, la concentration des droits de propriété portant sur les actifs réels aboutissant à leur recomposition en pouvoirs ce qui conduisit à une adaptation de l'Etat qui, d'« Etat gendarme » ne se préoccupant que d'assurer le respect des droits de propriété et des contrats, a dû prendre le rôle d'un « Etat providence » pour corriger certaines des conséquences d'un jeu social devenu déséquilibré. L'une des raisons principales de ce bouleversement tient au fait que les grandes entreprises se sont développées dans le cadre de systèmes de droit individualistes, sans avoir aucune existence juridique en tant qu'organisation, en tant qu'ensembles coordonnés d'actifs matériels et d'individus œuvrant grâce à eux. Elles ont accédé à la vie juridique grâce aux sociétés de capitaux, dotées de la personnalité morale, permettant de vastes concentrations de ressources. L'inexistence de l'entreprise en droit, en tant qu'organisation, et le fait qu'elle ne

²⁷ Voir, notamment, François Ewald (Ed.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion (1989).

²⁸ Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, 13 Cornell L. Q. 8 (1933) ; Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a supposedly non-coercive State*, 38 Pol. Sci. Rev. 470 (1923) and *Force and the State: A Comparison of "Political" and "Economic" Compulsion*, 35 Colum. L. Rev. 149 (1935).

²⁹ De Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de propriété*, R.T.D.C. 443 (1905).

³⁰ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF (1989), pp.286.

³¹ E.g. Carl Schmitt, *supra*, note 30, p.296.

³² Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, Paris, PUF (1988, 2001).

³³ Carl Schmitt, *supra*, note 30, pp.171 et 182-183.

³⁴ Bertrand Badie, *L'Etat importé - L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard (1992).

³⁵ John Gerard Ruggie, *International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, International Organization, 36(2), pp.379-415 (1982).

va naître à la vie juridique que par l'intermédiaire de la société commerciale (ou d'un groupe de sociétés commerciales) va entraîner une confusion généralisée entre les concepts d' « entreprise » et de « société » (« *firm* » et « *corporation* ») entraînant des erreurs d'analyses innombrables et souvent fatales dans l'ensemble des sciences sociales, la plus grave d'entre elles étant la théorie de l'agence, à la base de la structuration juridique du mode actuel de « gouvernement de l'entreprise » via le « gouvernement de la société cotée ». ³⁶ Cette inexistence va aussi aboutir à ce que les juristes ne disposent pas d'une théorie de l'entreprise, ³⁷ la seule qui soit cohérente étant celle de l'entreprise en tant qu'ordre juridique autonome, en relation de concurrence / coopération avec l'ordre juridique de l'Etat. ³⁸ C'est à partir d'elle que l'on peut développer une analyse de la structure réelle d'exercice du pouvoir économique à l'échelle de l'économie-monde. ³⁹ Mais le développement de cette théorie de l'entreprise est handicapé par la conception positiviste du droit qui voit entre le droit et l'Etat un rapport de bijection, ⁴⁰ en opposition avec une conception pluraliste du droit acceptant l'existence d'ordres juridiques sur d'autres plan que celui de l'Etat, que ce soit à un niveau *infra* étatique, *supra* étatique ou sur un mode d'imbrication des ordres juridiques. ⁴¹ Ici encore, le Système des Etats s'est translaté en un système de savoir (sur le droit, ici) qui bloque la compréhension de la globalisation.

- (c) Face à la montée du pouvoir entrepreneurial et des externalités négatives générées par ce mode de structuration juridique de l'activité économique, c'est d'abord l'Etat, en disponibilité vis-à-vis de l'économie *nationale* dans le schéma constitutionnel libéral originel, qui va réagir, par la production d'un droit matériel, législatif et réglementaire, de protection des intérêts affectés ; c'est le droit du travail, le droit de la protection sociale, le droit de la consommation, le droit de l'environnement, etc.. C'est l'évolution du droit de la responsabilité civile qui va,

³⁶ Sur l'ensemble de ces questions, voir Robé, *supra* note 9. Voir aussi Daniel Bachet, *Les fondements de l'entreprise*, Les éditions de l'atelier (2007).

³⁷ Les sources, sur cette conclusion, sont innombrables. Voir, par exemple, Jacques Le Goff, « Entreprise et institution ; retour sur un débat crucial », in Le Crom, Jean-Pierre (Ed.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, pp. 83-104, Rennes, Presses Universitaires de Rennes (2004). Il y a pourtant une théorie de l'entreprise, qui cadre avec la théorie du pluralisme juridique. Mais elle est trop contraire à la conception positiviste du droit dominante. Alors qu'elle permettrait d'explicitier nombre de problèmes rencontrés avec l'analyse uniquement positiviste du droit, elle imposerait une remise en cause radicale de nombreux enseignements ce qui, peut-être, explique quelle soit tout simplement ignorée.

³⁸ Voir Jean-Philippe Robé, *L'ordre juridique de l'entreprise*, 25 Droits 163 (1997) ; et, pour une analyse travailliste, Nikitas Aliprantis, "L'entreprise en tant qu'ordre juridique", in N. Aliprantis et F. Kessler éd., *Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à H. Sinay*, Francfort, Peter Lang, p. 185 (1994).

³⁹ Voir Robé, *supra* note 2.

⁴⁰ Bruno Oppetit l'exprime clairement : « le positivisme étatique, parce qu'il procède d'une idéologie, ne saurait s'accommoder du partage. Il y a impossibilité logique pour le positivisme légaliste de tolérer une certaine part de pluralisme. » in Bruno Oppetit, *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, Archives de philosophie du droit, tome 27, pp.43-53 (1982), p. 47. En fait, on peut « tolérer » le pluralisme, voire comprendre la structure pluraliste de l'ordonnement juridique, en suivant la décentralisation de souveraineté que constitue le droit de propriété et sa reconcentration en pouvoir via les personnes morales, aboutissant à une pluralité des instances de pouvoir, et au pluralisme juridique.

⁴¹ Sur la théorie de l'institution débouchant logiquement sur une théorie du pluralisme juridique, voir Eric Millard, *Hauriou et la théorie de l'institution*, 30/31 Droit et Société pp. 381-412 (1995) et « Sur les théories italiennes de l'Institution », in *Contrat ou institutions : un enjeu de société*, pp. 31-46, B. Basdevant et M. Bouvier (Ed.) (2004). Santi Romano a sauté le pas du pluralisme juridique et a développé un important concept de « relevance » ; voir *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz (1975) (1ère édition 1917-1918, 2ème édition 1946).

s'agissant des dommages créés par l'industrialisation, faire baisser la part jouée par la *faute* pour accroître celle du *risque* créé.⁴² C'est la création d'une multitude d'agences administratives qui vont « cogérer » tel ou tel aspect de la vie de l'entreprise, etc.⁴³ C'est alors à une véritable révolution constitutionnelle du rôle de l'Etat que l'on va assister, sa plus spectaculaire expression étant l'évolution de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis qui, après avoir invalidé l'essentiel des lois issues du premier New Deal, va devoir s'incliner pour valider celles du second.⁴⁴ Mais tout cela va se faire sur une base *nationale*, donc *territoriale*. Et même la difficile aventure de l'intégration européenne se fait sur une base *territoriale*, forcément limitée géographiquement.

- (d) La globalisation de l'économie, produit de la globalisation des entreprises, par la mise en concurrence des Etats et de leur production normative (leurs mesures législatives et réglementaires d'internalisation des externalités négatives générées par l'activité entrepreneuriale) est venue changer le rapport de force instable qui avait été trouvé entre institutions officielles (Etats et organisation internationales publiques) et non officielles (entreprises). Ce qui est remis en cause par la globalisation, c'est ce que certains ont pu appeler le « compromis fordiste ». La globalisation consacre la croissance du pouvoir « privé » : non celui de l'ensemble des *individus*, comme cela devait être le cas dans le schéma constitutionnel libéral originel, mais celui des *entreprises*, lieu de pouvoirs et d'hétéronomie qui ne sont pensés que dans le cadre d'analyses ancrées dans le champ « privé » et qui mettent à mal la révolution constitutionnelle de l' « Etat-Providence ».

2 - *Recomposition*

La recomposition des parcelles de pouvoir décentralisées via les droits de propriété et libertés protégés par les constitutions libérales s'est opérée grâce à ce que l'on a pu appeler la « contre-révolution sociétaire ».⁴⁵ Les compétences absolues accordées par la reconnaissance du droit de propriété comme compétence *erga omnes* vis-à-vis des choses, destinées à protéger l'individu contre toutes les formes de pouvoir, visant à assurer son autonomie et à limiter le champ de l'hétéronomie,⁴⁶ se sont trouvées re-concentrées via les sociétés par actions au profit des entreprises et de ceux qui les contrôlent ou sont en mesure d'en fixer les finalités.

Une des complexités de la globalisation provient du fait que l'entreprise est une institution non officielle (« économique »), sans existence juridique en droit positif mais qui utilise le droit -qui vit sa vie bien particulière *par le droit, grâce au droit, du fait du droit*. En effet, elle profite à plein des avantages de la personnalité morale et des règles limitant la responsabilité des actionnaires pour concentrer les actifs et donc se trouver avec les compétences du « propriétaire » sans qu'elle-même, n'ayant la moindre existence juridique, ne soit propriétaire de rien...

⁴² René Savatier, "Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile ", in *Recueil E. Lambert*, Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus, tome 1, pp. 453-466 (1^{ère} éd. L.G.D.J. 1938).

⁴³ Pour plus de détails, voir Robé, *supra* note 9, p. 74 et s.

⁴⁴ Voir l'excellent McCloskey, *The American Supreme Court*, Chicago, the U. of Chicago Press (1960).

⁴⁵ Voir Robé, *supra*, note 9, pp. 61-71.

⁴⁶ Voir notamment, dans le contexte du droit des Etats-Unis, James W. Ely Jr., *The Guardian of Every Other Right - A Constitutional History of Property Rights* (2nd ed.), Oxford University Press, 1998.

Car telle est bien la situation, en droit : les entreprises, qui existent bel et bien en tant qu'organisations effectives, ne sont la *propriété de personne* et ne sont *propriétaires de rien*.

2.1. Les atouts des sociétés de capitaux par rapport aux personnes physiques sont fondamentaux

Les sociétés de capitaux, auxquelles on va reconnaître les mêmes droits que les individus, ont cependant des caractéristiques très particulières que n'ont pas les personnes physiques.⁴⁷ Notamment :

- (a) Un individu ne détient qu'un seul patrimoine qu'il engage entièrement dans chacun de ses actes. Il est responsable de ses choses sur la totalité de ce qu'il a. Il est mortel et sa capacité d'accumulation est limitée. Sa mort entraîne fiscalisation et redistribution entre ses héritiers. Sa capacité à développer une grande entreprise susceptible de perdurer au-delà de sa vie physique sans l'aide d'instruments juridiques appropriés (des sociétés commerciales, dans le contexte juridique moderne) est donc extrêmement réduite.
- (b) Tout comme un individu, une société n'a qu'un patrimoine dans lequel se situent les actifs utilisés pour développer son activité et les contrats passés avec certains contributeurs de ressources à l'entreprise. Mais sa durée d'existence est potentiellement éternelle, ce qui lui donne une capacité d'accumulation inaccessible aux personnes physiques. Le décès de l'entrepreneur n'entraîne redistribution qu'au niveau des titres représentatifs du capital de la société commerciale qui sert de support juridique à l'entreprise qu'il dirige (c'est la seule chose dont il est propriétaire) et l'ensemble des contrats reliés à la société qui sert de support juridique à l'entreprise peut ainsi avoir une très grande stabilité, puisque la société n'est pas affectée par les vicissitudes de la vie physique et notamment de la mort de son fondateur ou de son dirigeant.
- (c) Une société peut également détenir dans son patrimoine les actions émises par d'autres sociétés.⁴⁸ Il est donc possible de créer des groupes de sociétés. C'est particulièrement important compte tenu du fait que les sociétés de capitaux emportent limitation de responsabilité de leurs actionnaires : la responsabilité des actionnaires par rapport aux vicissitudes de la vie de la société est limitée au montant de leur apport. Chaque société du groupe se retrouve ainsi cocontractante de divers participants à l'entreprise : salariés, autres fournisseurs, distributeurs, etc. L'activité découlant des relations d'échange structurées autour de la société est intégrée à celle de l'entreprise ; mais les cocontractants n'ont pour contrepartie qu'une seule des sociétés du groupe. La structuration du réseau des contrats qui servent de support au fonctionnement d'une entreprise unique, d'une organisation unifiée, peut ainsi être éclatée entre diverses filiales, chacune en charge d'une sous-partie de l'activité de l'entreprise. Les risques créés par l'activité de chaque filiale se retrouvent ainsi localisés dans la personne morale spécifiquement concernée et, par principe, seul son patrimoine répond des dommages qui seraient

⁴⁷ Voir, à ce sujet, Jean-Philippe Robé, *The Legal Structure of the Firm*, Accounting, Economics, and Law: Vol. 1 : Iss. 1, Article 5, disponible à l'adresse suivante : <http://www.bepress.com/ael/vol1/iss1/5> (2011).

⁴⁸ Ce fut pendant longtemps interdit, jusqu'à ce que le New Jersey, qui fut alors qualifié de « *traitor State* », ne l'autorise en 1889.

causés par “son” activité, qui n’est jamais pourtant qu’une sous-partie de l’activité de l’entreprise dont elle est une composante.

- (d) Avec l’internationalisation des entreprises, leur unité organisationnelle perdure mais se trouve juridiquement éclatée dans des sous-réseaux de contrats centrés autour de filiales qui opèrent dans des environnements législatifs et réglementaires différents. Les échanges internationaux étant en grande partie des échanges intra-entreprises, donc entre diverses sociétés du groupe qui sert de support sociétaire à l’entreprise, l’entreprise est alors en position de faire jouer à plein la concurrence entre les ordres normatifs publics (les Etats) en se fournissant dans les ordres juridiques étatiques qui lui sont le plus favorables à telle ou telle partie de son activité : pays à bas coûts de main d’œuvre pour la production ; pays à faible taux d’imposition sur les bénéfices pour la localisation de la constatation comptable des profits ; pays attachant une grande importance au secret bancaire pour certaines activités exigeant une grande discrétion, etc.. Et, en conséquence, nombre d’Etats, notamment lorsqu’ils disposent de peu de ressources naturelles ou humaines, se positionnent sur le marché des normes pour offrir un environnement favorable à tel ou tel type d’activité, légitime ou non, ce qui leur permet d’appréhender une partie de la richesse produite globalement, même si c’est au détriment de l’ensemble de la société mondiale et de son environnement naturel. Evidemment, moins un Etat a de ressources en choses et en hommes, et plus il est incité à favoriser la localisation sous sa juridiction d’activités illégitimes, monétisant ainsi son seul actif de valeur : sa souveraineté. Le traitement des problèmes du système monde passera donc nécessairement par le traitement de l’usage stratégique de leur souveraineté par certains Etats qui ne supportent pas la totalité des coûts générés par leurs normes de facilitation et se créent ainsi artificiellement une base taxable et les moyens d’une existence confortable.

2.2. Responsabilité et droit de propriété

C’est au sein de l’entreprise, en tant qu’organisation, que sont prises les décisions au sujet de l’usage des actifs contrôlés par l’intermédiaire de sa structure sociétaire. Mais -et c’est un point fondamental- l’entreprise n’est pas propriétaire de ces actifs. Avec le développement des grandes entreprises structurées autour d’un groupe de sociétés, il se produit une sorte de reconfiguration des droits de propriétés en pouvoirs. Aucun individu n’est propriétaire de l’entreprise en tant qu’organisation. Et, en tant qu’organisation n’ayant pas d’existence en droit positif, l’entreprise n’est *propriétaire de rien* et n’est donc *responsable de rien*. Elle subit, en partie, les conséquences des décisions qui sont prises en son sein. Mais uniquement au travers des points d’imputation qui existent en droit, et qui sont, en ce qui la concerne, les diverses sociétés commerciales qui lui servent de supports juridiques. L’entreprise peut donc compartimenter ses risques par une localisation stratégique de ses activités dans telle ou telle personne morale située dans tel ou tel environnement normatif.

Dans l’entreprise, aucune personne physique n’est propriétaire des actifs : ni les mandataires sociaux, ni les actionnaires. La responsabilité limitée de la personne morale implique une séparation stricte des patrimoines. Seules les sociétés du groupe de sociétés sont propriétaires des actifs productifs susceptibles de générer des responsabilités. Or, lorsque l’on recherche le fondement du pouvoir, on le trouve dans la propriété des actifs. L’entreprise, en

tant qu'ordre de pouvoirs conférés par la propriété, est donc cachée derrière la personne morale, propriétaire des actifs physiques qui confèrent le pouvoir mais dont aucune personne physique, aucun individu, n'est propriétaire (rappelons que les actionnaires ne sont propriétaires que des actions émises par la société, pas de la société elle-même et pas des actifs physiques).⁴⁹

Partant, aucune personne physique n'est responsable de l'usage des actifs sociaux. Les droits de propriété, mais aussi les responsabilités qui peuvent en découler dans le système juridique, ne peuvent être imputés qu'aux personnes morales propriétaires et non à l'entreprise (ou aux groupes de sociétés) ou à quelque individu que ce soit, si ce n'est, parfois et par exception, aux dirigeants de droit ou de fait ayant commis une faute ou en cas de suppression du « voile sociétair » (en cas de « *piercing of the corporate veil* »).⁵⁰ Mais, par principe, la personne juridique (la société) est le point d'imputation en droit. L'entreprise exerce ainsi un droit de propriétaire dont elle n'est ni titulaire, ni responsable.

La personne morale a été l'instrument de la transformation du droit de propriété initialement destinés aux individus en un pouvoir conféré à l'entreprise.

Or, le droit de propriété ne confère pas seulement un pouvoir sur les biens. Par le contrôle qu'il donne sur l'accès aux choses (donc aux lieux de production et de distribution, dans le cas des entreprises), il donne un pouvoir sur autrui. C'est un pouvoir autonome, non délégué par l'Etat en ce sens que celui-ci pourrait en reprendre l'usage : il a été constitutionnellement décentralisé par la propriété⁵¹ sans possibilité de retour en arrière sauf à changer de système social, ce qui est virtuellement impossible compte tenu de l'internationalisation de ce mode de structuration de la société. En conséquence, par son fonctionnement combiné fait de concurrence entre les entreprises et les Etats, le système-monde de pouvoirs a attribué aux entreprises une compétence non déléguée, un pouvoir sur autrui que les Etats ne peuvent saisir. Il s'agit donc bien aujourd'hui de souverainetés « privées ». Le but est de faire que, demain, elles soient des souverainetés non pas « publiques » (ce n'est ni possible ni souhaitable), mais « de droit », c'est-à-dire soumises aux principes juridiques d'une société soucieuse du respect des droits des individus⁵² et se dotant des institutions nécessaires à la protection de leurs intérêts communs.

B. LES SOURCES DE PERVERSION DU SYSTEME-MONDE DE POUVOIR

Deux sources de perversion, au moins, ont été identifiées.

a) Les personnes, physiques ou morales, sont traitées de manière identique par le système juridique

Dans l'analyse traditionnelle du système constitutionnel, on distingue la sphère publique, dans laquelle un pouvoir s'exerce de manière *objective* (défense et promotion des

⁴⁹ Voir Jean-Philippe Robé, *L'entreprise en droit*, 29 Droit et société 117 (1995) ; Robé, *supra*, note 9 et, plus récemment, note 47. Voir aussi Christophe Clerc, « La légitimité du pouvoir actionnarial » in Jean-Philippe Touffut, *A quoi servent les actionnaires ?*, pp. 17-46, Albin Michel (2009).

⁵⁰ Robert B. Thompson, *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, 13 Conn. J. Int'l L. 379 (1999).

⁵¹ Voir Cohen, *supra*, note 28.

⁵² Voir Lawrence M. Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1985.

intérêts communs), de la sphère privée, qui se compose de droits d'autonomie *subjectifs* attribués aux individus (droit de propriété absolu, autonomie contractuelle) leur permettant la poursuite de leurs intérêts propres.

Cette distinction sphère privée / sphère publique ne peut valoir que dans un système clos. On ne peut laisser une autonomie de principe aux individus que s'il existe, en face de leur champ d'action autonome, une possibilité de régulation hétéronome pour assurer la défense des intérêts communs. Il faut une autorité en mesure d'internaliser les externalités négatives générées par la seule poursuite par les individus de leurs intérêts propres et de fournir les « biens publics ». C'est le sens des grandes dichotomies libérales : *droit de propriété* non-finalisé / *pouvoir* finalisé par le bien commun ; *contrats* auto-définis par les parties aux effets relatifs / *lois* adoptées démocratiquement applicables à tous ; financement par les *prix* / financement par *l'impôt*, etc. Dès l'origine, il ne peut y avoir d'individualisme, d'autonomie sociale, de marché que si, en face du jeu de l'échange interindividuel se dresse la possible intervention normative de l'Etat.

Le système libéral originel, défini pour des individus, a été pensé sans prise en compte (évidemment) de ce qui allait se passer une fois que, dans ce système, allaient être introduites des sociétés par actions qui allaient déboucher sur la création d'entreprises mondiales. Cette introduction s'est faite progressivement par mise en concurrence des Etats, déjà.⁵³ Peu nombreux sont ceux qui, alors, ont entrevu les conséquences que cela allait avoir.⁵⁴

Or, le système juridique a consacré, au-delà d'une simple métaphore (personne physique / personne morale), un alignement des prérogatives accordées aux sociétés de capitaux sur les droits des personnes physiques. L'on se réfère d'ailleurs de moins en moins à l'expression de « droits de l'homme » et de plus en plus à celle de « droits fondamentaux ». Avec le traitement des personnes morales comme si elles étaient des personnes physiques, on a assisté à une véritable contre-révolution sociétaire. C'est ainsi que des organisations « privées », parce qu'elles ont réussi à concentrer des droits initialement destinés aux seuls individus, ont pu devenir des ordres de pouvoir sans être soumises au contrôle des individus qui leur sont assujettis et qui, de fait, sont devenus leurs *sujets*. C'est ainsi également que les entreprises sont devenues des ordres juridiques autonomes producteurs de normes *d'hétéronomie* s'imposant aux individus. C'est ainsi, encore, qu'elles sont devenues des ordres politiques en relation de concurrence avec les *Etats*.

Et le mouvement n'est pas fini. Tout dernièrement, par exemple, dans sa décision *Citizens United* du 21 janvier 2010,⁵⁵ la Cour Suprême des Etats-Unis a levé les limites au financement des campagnes électorales nationales par les sociétés, notamment sur le

⁵³ Pour plus de détails, voir Robé, *supra* note 9, p.54 et s.

⁵⁴ Rappelons ici ce discours prophétique de Lamartine, prononcé à la tribune de la Chambre, en 1838, à l'occasion de concessions faites aux chemins de fer : "*La liberté est incompatible avec l'existence des grandes compagnies dans l'État ... vous les laisserez, vous, partisans de la liberté et de l'affranchissement des masses, vous qui avez renversé la féodalité et ses privilèges, vous les laisserez entraver le peuple et ruiner le territoire par la féodalité de l'argent. Non, jamais gouvernement, jamais nation n'aura constitué en dehors d'elle une puissance d'argent, d'exploitation et même de politique plus envahissante que vous n'allez le faire en livrant votre sol, votre administration et 5 ou 6 milliards à vos compagnies*".

⁵⁵ Supreme Court of the United States, *Citizens United v. Federal Election Commission*, <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>.

fondement du Premier Amendement relatif à la liberté d'expression.⁵⁶ Dans son opinion, Justice Stevens rappelle pourtant que dès 1816, Thomas Jefferson avait mis en garde contre le danger que les sociétés par actions représentaient pour la République,⁵⁷ que leurs différences avec les êtres humains devraient être évidentes aux yeux de tous, même s'il constate que l'opinion majoritaire de la Cour n'en tire aucune conséquence. Pourtant, rappelle-t-il, les sociétés n'ont pas de conscience, pas de croyances, pas de sentiments, pas de pensées, pas de désirs ; ce ne sont que des fictions utiles à l'organisation des activités des êtres humains mais elles-mêmes ne font pas partie du peuple (du « *We the people* », écrit-il) par qui et pour qui la Constitution a été établie.⁵⁸

Cette confusion entre personnes physiques et personnes morales est cependant généralisée, et il y a là une première source importante de perversion.

b) Une perversion accentuée par une représentation doctrinale spécifique des rapports internes à la société

Dans la représentation courante de la société commerciale, la société par actions se trouve ramenée à une coalition contractuelle entre actionnaires et dirigeants. Les dirigeants des grandes entreprises, qui devraient disposer de prérogatives leur permettant de se comporter en *Statesmen*, en « hommes d'entreprise » à la hauteur de leurs responsabilités comme il y a des « hommes d'Etat »,⁵⁹ vont se trouver contraints et/ou incités à finaliser le fonctionnement des entreprises dans le sens de la promotion du seul intérêt des actionnaires.⁶⁰

⁵⁶ La décision fut immédiatement commentée par le président Obama : “*With its ruling today, the Supreme Court has given a green light to a new stampede of special interest money in our politics. It is a major victory for big oil, Wall Street banks, health insurance companies and the other powerful interests that marshal their power every day in Washington to drown out the voices of everyday Americans. This ruling gives the special interests and their lobbyists even more power in Washington — while undermining the influence of average Americans who make small contributions to support their preferred candidates. That’s why I am instructing my Administration to get to work immediately with Congress on this issue. We are going to talk with bipartisan Congressional leaders to develop a forceful response to this decision. The public interest requires nothing less.*” Puis, dans son discours sur le “State of the Union” : “*Last week, the Supreme Court reversed a century of law to open the floodgates for special interests -- including foreign companies -- to spend without limit in our elections. Well, I don’t think American elections should be bankrolled by America’s most powerful interests, and worse, by foreign entities. They should be decided by the American people, and that’s why I’m urging Democrats and Republicans to pass a bill that helps to right this wrong.*”

⁵⁷ « *I hope we shall ... crush in [its] birth the aristocracy of our monied corporations which dare already to challenge our government to a trial of strength and bid defiance to the laws of our country*” ; voir page 36 de son opinion.

⁵⁸ *Idem*, pages 75 et 76.

⁵⁹ Après l'échec de la conférence de Copenhague de décembre 2009, Paul Polman, le CEO d'Unilever, déclara “*the failure of governments to produce a comprehensive agreement should not be taken as an excuse for inaction. ... business can do a lot without help from the politicians. ... Tackling with this urgency and priority makes good business sense. ... Wherever you look, it’s a no brainer. ... A political agreement in Copenhagen would have been helpful... But even without a formal framework, business can still do a great deal.*” Voir *Redefining Business Success*, Paper presented at the Economist Third Annual Sustainability Summit “After Copenhagen: How can business face the Climate Change Challenge”, London, 25 February 2010. Ou encore “*real business leaders don’t just sit there and accept a competitive dynamic, let alone a dysfunctional one that is likely to result in a bad outcome for everyone. They figure out a way to change that dynamic.*” Voir Steven Pearlstein, *Just One Real Leader, and We Could Have Avoided This Mess*, The Washington Post, 12 décembre 2008.

⁶⁰ A Davos en 2010, le CEO de SAP déclara « *it is time to talk about stakeholder value, not shareholder value. This will be a hard transition for many chief executives because they are not trained to do that. It will be tough but we have to do it.*” Voir *The Times*, 29 janvier 2010.

Cette représentation va se trouver appuyée par des erreurs partagées par l'ensemble des sciences sociales classiques :

- (a) Il est ainsi généralement considéré que l'actionnaire est propriétaire de l'entreprise. Or l'actionnaire n'est que le propriétaire d'actions émises par une ou plusieurs sociétés commerciales servant de support juridique à l'entreprise. Si on fait une analyse de ses prérogatives réelles, et de son absence de responsabilité, son droit de propriété sur *l'action* ne peut en aucune manière être considéré comme un droit de propriété sur *l'entreprise*.⁶¹ L'actionnaire a des prérogatives sur l'entreprise via sa propriété des actions ; il n'en a pas pour autant la propriété de l'entreprise.
- (b) Cette erreur de base a été reprise et prolongée par les promoteurs de la théorie de l'agence (sur laquelle repose à son tour l'ensemble des thèses de la « *corporate governance* ») : les mandataires sociaux seraient les agents des actionnaires et ne devraient rechercher que la maximisation de leur intérêt, c'est-à-dire la maximisation des profits. Ils n'auraient pas à s'occuper des externalités négatives générées : elles peuvent être prétendument internalisées par chaque cocontractant dans le cadre de la négociation du contrat au titre duquel il participe aux activités de l'entreprise ou par des normes obligatoires, législatives ou réglementaires, et donc il revient aux contractants ou à l'Etat de s'en occuper.⁶²

Une telle analyse, qui présuppose un univers contractuel et normatif environnant parfait est, évidemment, totalement fausse et inadaptée à la réalité d'une société globalisée.⁶³ La globalisation bouleverse la possibilité de cette séparation des sphères publiques et privées appliquée à la grande entreprise qui n'agit pas dans un système normatif clos. Et, partant, ce sont les grandes dichotomies libérales entre droit public / droit privé ; hétéronomie législative / autonomie contractuelle ; pouvoir / droit de propriété ; politique / économie ; impôts / prix ; ... qui sont inopérantes à l'échelle globale.⁶⁴

*
* *

Il faut donc penser différemment. D'une manière générale, le langage et les catégories d'entendement utiles pour penser l'entreprise ont longtemps été le contrat, le mandat, la propriété, la personne, tous instruments du droit privé qui ont effectivement permis à l'entreprise de se construire mais qui masquent l'ensemble organisationnel que chacune

⁶¹ Jean-Philippe Robé, *A qui appartiennent les entreprises ?* 155 *Le Débat* 32 (2009). Et Robé, *supra*, note 47.

⁶² Voir d'abord Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to increase its Profits*, *The New York Times*, September 13, 1970, 32-33, 122, 126 ; puis Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*, V.3, No. 4, 305 (1976) et, dernièrement, Jean Tirole, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton U. Press (2006).

⁶³ Voir aussi Robé, *supra* note 47.

⁶⁴ Voir aussi Peer Zumbansen, *The Evolution of the Corporation: Organization, Finance, Knowledge and Corporate Social Responsibility*, CLPE Research Paper 06/2009, Vol. 05, n°01 (2009), p. 39.

d'elles constitue. L'entreprise est ainsi longtemps restée cachée derrière ces catégories, à tel point que la plupart des juristes ont abandonné l'idée même de développer une théorie juridique de l'entreprise.⁶⁵ Par exemple, l'entreprise n'est l'objet d'aucune propriété alors que la notion est utilisée en permanence. Elle est un lieu d'exercice de pouvoirs mais est rarement pensée en tant qu'institution politique.⁶⁶

Les catégories classiques d'analyse ont conduit à la dissociation des savoirs. Il faut les réarticuler, ce qui est difficile dans la langue du droit positif actuel, mais aussi de l'économie et de la science politique, qui restent axées autour du « Système des Etats » et qui ont conduit à penser la « société » globale comme coexistence horizontale de sociétés nationales.

Il faut désormais se référer à d'autres catégories qui relèvent historiquement plus du domaine du droit public telles que le pouvoir, les finalités et le contrôle. Si nous avons réussi à civiliser le pouvoir de l'Etat (à le soumettre à l'empire du droit) par la Constitution, pourquoi ne pourrions-nous pas constitutionnaliser les autres pouvoirs faisant partie intégrante du système-monde d'exercice du pouvoir, et donc les entreprises ? Loin d'être hors du champ constitutionnel, comme on l'a vu, le pouvoir des entreprises est en réalité *au cœur* de la constitution libérale globalisée par voie de traités multilatéraux puisqu'il s'appuie sur le droit de propriété et l'autonomie contractuelle qui sont des prérogatives protégées constitutionnellement. En revanche, n'étant pas un individu et n'étant la propriété d'aucun individu, l'entreprise n'a aucune légitimité à faire usage des droits de propriété qu'elle contrôle en totale autonomie ; ni au profit de telle ou telle composante ou « partie prenante » qui n'en est en aucune façon « propriétaire ». Les prérogatives exercées dans l'entreprise ne sont pas celles d'un propriétaire dont on veut assurer l'autonomie ; ce sont celles d'un détenteur de pouvoir (grâce à des dispositions constitutionnelles) dont on veut assurer que ses prérogatives soient exercées dans le respect des finalités auto-définies de l'entreprise, dans le respect des individus et intérêts affectés.⁶⁷

II. L'IDEE CONSTITUTIONNELLE APPLIQUEE A L'ENTREPRISE

Dans sa définition traditionnelle, une constitution est la loi fondamentale d'un Etat qui définit, d'une part, les droits et les libertés des individus et, d'autre part, l'organisation et la séparation des pouvoirs publics en trois grandes branches, exécutive, législative et judiciaire. La constitution au sens moderne peut être perçue dans son acception historique comme l'ensemble des textes organisant la séparation des pouvoirs ce qui, en amont de la séparation entre pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, inclut la définition d'une sphère « privée »⁶⁸, par la définition de droits fondamentaux protecteurs de l'individu et d'une sphère « publique », dont les prérogatives sont finalisées par la recherche de l'intérêt commun et dont la protection passe par la division des pouvoirs au sens classique.

Il n'y a pas, actuellement, de « constitution mondiale » dans le sens d'un texte proclamant comme tel un système d'exercice du pouvoir effectif. En revanche, il existe un « système de pouvoir » mondial dont les composantes « publiques » et « privées » ont une

⁶⁵ Voir, par exemple, Le Goff, *supra* note 37.

⁶⁶ Voir cependant March, *The Business Firm as a Political Coalition*, 24 J. Pol. 662 (1962).

⁶⁷ Il convient de tirer le meilleur parti des quelques théories du pouvoir appliquées au non étatique ; cf. notamment Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Paris, 1985.

⁶⁸ Voir notamment les sources citées dans la note 28. Voir aussi Carl Schmitt, *supra*, note 30 pp.263-266.

origine constitutionnelle, ancrée dans des constitutions étatiques positives, qui a ensuite été étendue par voie de traités internationaux. Ce système a une effectivité et, en ce sens, une constitution mondiale est déjà au moins partiellement en place.

Appliquée au système-monde de pouvoir, la constitution doit être repensée à partir de cette forme particulière qu'a pris la constitution de l'Etat libéral en suivant les conséquences de la concentration des compétences destinées originellement aux individus (via les droits de propriété et la liberté contractuelle) dans des entreprises au champ d'action global.⁶⁹

Nos analyses sont différentes de certaines tentatives actuelles de développement d'une théorie constitutionnelle exempte de toute référence à l'Etat nation.⁷⁰ Nous relient au contraire le pouvoir des entreprises aux systèmes constitutionnels de pouvoirs reconnus comme tels. Le pouvoir des entreprises n'est bien sûr pas reconnu actuellement en tant que pouvoir constitutionnel. Mais il trouve ses sources dans des normes constitutionnelles positives dont il se nourrit. C'est cette positivité de droits à l'origine *individuels*, dont l'usage est concentré dans des *organisations*, qui relie les entreprises au système positif d'exercice du pouvoir. Le pluralisme juridique sur lequel nous aboutissons n'est pas séparable du mode particulier de structuration de la société libérale. Il est inhérent à elle, au positionnement de l'Etat comme institution ayant une compétence d'exception.⁷¹ Cela a pu rester caché jusqu'à la globalisation. Ce n'est plus possible aujourd'hui. Les entreprises exercent un pouvoir du fait de leur contrôle de la propriété d'actifs, dont aucun individu n'est ni propriétaire ni

⁶⁹ Voir, notamment, Neil Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, 65 *Modern Law Review* 317 (2002) et *Taking Constitutionalism Beyond the State*, 56 *Political Studies* 519 (2008). Voir aussi le travail de Kate et Terry Macdonald, *Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry*, 17(1) *European Journal of International Law* 89-119 (2006) et *Democracy in a Pluralist Global Order: Corporate Power and Stakeholder Representation*, 24(1) *Ethics and International Affairs* 19-43 (2010).

⁷⁰ Par exemple, Teubner fait référence au droit d'internet qui serait constitutionnalisé non par des constitutions étatiques, publiques, mais civiles ; voir Gunther Teubner, « Global Private Regimes : Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society », in Karl-Heinz Ladeur (ed.) *Globalization and Public Governance*, 71-87, Ashgate, Aldershot (2004), Gunther Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory*, in « Transnational Governance and Constitutionalism » (Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (Eds)), Oxford, Hart Publishing, pp. 3-28 (2004), Gunther Teubner, "Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State", in Petra Dobner & Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutional Law: Demise or Transmutation* (2009) et Gunther Teubner, "A Constitutional Moment? The Logics of "Hit the Bottom"", in Paul Kjaer & Gunther Teubner (eds), *After the Catastrophe: Economy, Law and Politics in Times of Crisis* (2010).

⁷¹ On ne se retrouve donc pas face au dilemme exposé par Bruno Oppetit : « si l'on veut adopter une attitude de rigueur intellectuelle à l'égard de ces règles spontanées ... on n'échappe pas au dilemme suivant : ou bien l'on s'en tient sans faiblesse au dogme du positivisme légaliste et on rejette alors ce soi-disant droit spontané dans le domaine des faits, voire du non-droit ... ou bien l'on procède à un renversement complet des sources et l'on décide de partir, non pas du caractère absolu et exclusif du principe de légalité, mais du pluralisme des sources. » Voir Oppetit, *supra* note 40, p. 53. En réalité, le pluralisme juridique est consubstantiel au libéralisme juridique par la définition d'une sphère d'autonomie privée, et il trouve donc sa source dans ces normes positives particulières que sont les déclarations des droits qui font partie intégrante des constitutions positives. Mais on ne se retrouve cependant pas dans la position du pluralisme « faible » identifié par John Griffiths car les ordres juridiques créés spontanément ne se retrouvent pas *intégrés* à l'ordre juridique de l'Etat. Voir *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, 1986, vol. 24, p. 1-55. Voir aussi Leopold Pospisil, *Legal levels and Multiplicity of Legal Systems in Human Societies*, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. XI, n° 1, 1967, pp. 2-26. Pour une analyse théorique serrée qui aboutit à la conclusion inverse et fait de tout individu un "organe d'Etat", voir Alf Ross, *Sur les concepts d'"Etat" et d'"organes d'Etat" en droit constitutionnel*, *Droits*, vol. 23, p.131 (1996).

responsable mais qui leur est garanti par le dispositif constitutionnel global, c'est-à-dire la combinaison de constitutions nationales et de certains traités internationaux qui ont internationalisé ce mode particulier de structuration du pouvoir.⁷²

(A) Ce « système constitutionnel » mondial trouve son origine dans la mise en œuvre, à partir du XVII^{ème} siècle, du « Système des Etats ». La souveraineté de l'Etat, dans cette perspective, n'est que l'une des normes de la constitution mondiale.⁷³ On le sait : c'est dans un deuxième temps que des constitutions de type libéral ont été adoptées au niveau décentralisé des Etats (ce sont les constitutions au sens classique du terme). L'internationalisation partielle de ce mode de structuration constitutionnel du pouvoir a d'abord été réalisée sur une base *bilatérale* via des traités commerciaux sur le modèle du traité Cobden-Chevallier de 1860 (décrit comme un « *international bill of rights* » par Nussbaum⁷⁴) puis sur une base *multilatérale* après la seconde guerre mondiale. Sa première composante (le principe de l'autorégulation de la société par les individus via leur autonomie contractuelle et leurs droits de propriété) a été internationalisée notamment par les traités de Bretton Woods et plus particulièrement le GATT (extension des règles d'une société de marché par une application multilatérale des principes de non-discrimination, de traitement national, de règles de la nation la plus favorisée, etc.).⁷⁵ Mais l'introduction de sa seconde composante, la composante « organisationnelle » qui devait initialement se produire via la création d'une « Organisation Internationale du Commerce », a avorté du fait d'un refus de ratification de la Charte de la Havane par le Sénat américain, très conscient des risques d'érosion de souveraineté que cela pouvait entraîner. La composante libérale « privée » du système constitutionnel a donc été étendue à l'international sans réel contrepoids institutionnel international permettant de prendre en charge les intérêts négativement affectés par le développement de l'économie monde. Et sans institutions en mesure d'assurer la protection des biens publics mondiaux.

Progressivement, tous les Etats ont du accepter de se plier à ces règles pour bénéficier des avantages de la participation à ce système de relations d'échange économique ultra-dominant.⁷⁶ Même les Etats qui n'ont pas d'institutions *politiques* libérales ont adopté ce mode de structuration du pouvoir « privé » pour participer au système d'échange économique global. C'est d'ailleurs l'origine de nouvelles difficultés puisque l'absence d'une globalisation du mode politique de structuration libérale du pouvoir « politique » aboutit à des aberrations (cas de la Chine) qui posent problème au niveau du système-monde.

En tout cas, du fait de la globalisation des principes constitutionnels d'auto-organisation du social, des activités humaines se structurent au plan global au sein d'entreprises grâce à des normes constitutionnelles, indépendamment de l'existence (ou plutôt de l'inexistence) d'un « Etat mondial » en position de jouer le rôle de contre-pouvoir public.

⁷² Voir notamment Danny Nicol, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Hart (2010).

⁷³ Philip Allott utilise également un concept de « droit constitutionnel international » pour faire référence à la souveraineté. Voir *The Concept of International Law*, 10 European Journal of International Law pp. 31-50 (1999). Sur le fait que le concept de souveraineté a un contenu évolutif, voir, pour ce qui nous concerne ici, Kanishka Jayasuriya, *Globalization, Law and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, 6 Ind. J. Global Legal Stud. 425 (1998-1999).

⁷⁴ Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, NY, Macmillan (1961), p. 203. Voir aussi W.O. Henderson, *The Genesis of the Common Market*, London, Frank Cass & Co. Ltd. (1962).

⁷⁵ Tumlrir, J., *Economic Policy as a Constitutional Problem*, Fifteenth Wincott Memorial Lecture, Occasional Paper no. 70, London, Institute of Economic Affairs (1984).

⁷⁶ Une économie monde concurrente fut organisée selon des principes radicalement différents et incompatibles avec l'économie monde libérale de 1949 à 1991 sous le nom de Comecon.

Et ce grâce aux prérogatives que les constitutions des Etats nationaux avaient initialement accordées aux seuls individus en s'autolimitant par la reconnaissance de l'absolu du droit de propriété et de la liberté contractuelle.

(B) Le processus de constitutionnalisation du pouvoir entrepreneurial passe d'abord par une prise de conscience de la position de l'entreprise dans le système-monde de pouvoir :

- (a) L'entreprise, parent pauvre des sciences juridique, politique et économique (ce qui découle de son existence particulière en tant qu'organisation économique effective sans existence juridique)⁷⁷, doit avant tout être pensée comme un système de pouvoir intégré à un système de pouvoir plus vaste, à la fois comme ordre juridique, ordre politique et organisation économique.
- (b) La question de la gouvernance des entreprises n'est pas une question « privée ». C'est une question qui met en jeu le fonctionnement du système de pouvoir *dans son ensemble*. Elle le met en jeu, aujourd'hui, à l'échelle planétaire.
- (c) La constitutionnalisation du pouvoir n'a pas pour but de fixer de finalité aux entreprises, à l'action mais, bien au contraire, elle doit garantir l'indétermination de leurs finalités. Il n'y a pas lieu à fixation extérieure à l'entreprise des finalités qu'elle poursuit, telle que, par exemple, la maximisation des profits. Ce n'est d'ailleurs pas le cas aujourd'hui, en droit⁷⁸ ; et ce ne doit pas être le cas.⁷⁹ La réalisation de profits n'est que l'une des multiples contraintes de gestion ; ce n'est pas une finalité.
- (d) Comment garantir l'indétermination des finalités des entreprises ? Même si elle est de plus en plus contestée, la théorie de l'agence finalise aujourd'hui l'exercice du pouvoir dans la quasi-totalité des grandes entreprises au profit de ses pseudos « propriétaires », les actionnaires. Construite sur l'approximation erronée que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise, elle aboutit à faire que les dirigeants de l'entreprise soient traités comme de simples employés dont la seule fonction serait de gérer l'entreprise en recherchant la maximisation de l'intérêt des actionnaires, posé comme étant la maximisation des profits. La constitutionnalisation peut justement être définie comme la construction de freins à la détermination de finalités imposées par une seule partie des détenteurs d'intérêts affectés par l'entreprise. Le processus de constitutionnalisation viserait à préserver la faculté de choix des entreprises et de leurs membres en accordant des droits fondamentaux à leurs membres et un espace (procédural) de discussion sur ces choix. Tout groupe, quel qu'il soit, doit être libre de définir ses objectifs tout en

⁷⁷ Robé, *supra*, note 9.

⁷⁸ E.g. Lynn A. Stout, *Why we should stop teaching Dodge v. Ford*, UCLA School of Law, Law & Econ. Research Paper Series, Research Paper No.07-11. Voir aussi Robert N. Anthony, "The trouble with profit maximization", in Yuri Biondi, Arnaldo Canziani & Thierry Kirat (eds.), *The Firm as an Entity – Implications for economics, accounting and the law*, Routledge (2007), pp. 201-215 et Yuri Biondi, *Governing the Business Enterprise: Ownership, Institutions, Society*, CLPE Research Paper 13/2009, Vol. 05, n° 03 (2009).

⁷⁹ Selon H. Arendt (*La condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, coll. *Pocket Agora*, Paris, 1983), toute institution porteuse d'une finalité susceptible de s'imposer à l'homme, ne respecte pas sa dignité. Il convient donc d'encadrer tout pouvoir afin qu'il ne soit pas porteur d'une finalité imposée.

assurant un contrôle procédural du respect de ces derniers par ceux qui mettent en œuvre les prérogatives contrôlées par le groupe, en l'occurrence les entreprises.

(C) Nous vivons au sein d'un système de pouvoir qui commande aux dirigeants d'entreprise de ne suivre que les indications données par la boussole de l'intérêt des actionnaires, la protection des autres intérêts présents dans la société devant venir des institutions publiques, donc d'institutions ayant une base territoriale. En imaginant qu'un tel système de répartition des rôles ait pu fonctionner en économie fermée (c'est le « compromis fordiste », avec toutes ses imperfections), cette solution ne peut certainement pas marcher en économie ouverte avec un système de pouvoir globalisé sans Etat global.

Notre préconisation de constitutionnalisation du pouvoir entrepreneurial s'inscrit (s'agissant de la France) dans la continuité du rapport Vienot I, de 1995, qui affirmait déjà que le dirigeant doit gérer dans « l'intérêt de l'entreprise ». Selon ce rapport, écrit par l'establishment du capitalisme français, l'intérêt de l'entreprise⁸⁰

« peut ... se définir comme l'intérêt supérieur ... de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. »
[Souligné par nos soins]

En 2003, deux éminents auteurs rappelaient eux aussi que « *La bonne gouvernance doit assurer la synthèse de l'ensemble des intérêts ... l'intérêt général de l'entreprise. ... Et si la loi ne devait poser qu'une seule règle nouvelle, ce serait ce rappel.* »⁸¹

(D) La rupture du prétendu lien de propriété entre les actionnaires et l'entreprise⁸² ouvre l'espace des finalités de l'entreprise, qui deviennent indéterminées *a priori* et indéterminables de l'extérieur, sauf dans le cadre de grands principes de nature "constitutionnelle". Les entreprises doivent être gérées dans l'"intérêt commun" de leurs membres en respectant les intérêts des non-membres affectés ; elles doivent respecter en interne les "droits fondamentaux" des membres.

Il s'agit donc pour l'entreprise de rechercher l'intérêt commun des contributeurs à l'entreprise dans le respect du droit des individus. Dans un univers globalisé d'Etats en concurrence, ce n'est pas par la loi nationale -et probablement pas par traité compte-tenu des problèmes d'action collective rencontrés- que l'on peut mettre en œuvre ces principes. La seule chose que l'on puisse faire de l'extérieur des entreprises, c'est

- a. Imposer le respect des droits des *individus* (droits fondamentaux, adaptés au contexte entrepreneurial) ;
- b. s'assurer de la procéduralisation appropriée des prises de décision dans l'intérêt *commun* posé comme étant celui de l'entreprise, avec des procédures de

⁸⁰ Le rapport parle de l' « intérêt social » mais utilise cette expression non pas dans le sens technique que lui donne le droit des sociétés mais dans celui d' « intérêt de l'entreprise », le rapport faisant la confusion classique entre les deux notions.

⁸¹ Jean-Michel Darrois et Alain Viandier, *L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires*, Les Echos, 27 juin 2003.

⁸² Voir Robé, *supra* notes 9 et 47.

- contestabilité* accessibles aux individus (ou leurs représentants) soumis aux conséquences des décisions, sous peine de mise en jeu de responsabilités ; et
- c. rajouter à cela une obligation de prise en compte d'intérêts *externes* à l'entreprise, sociaux et environnementaux, quand ils sont *directement* affectés. Ce lien *direct* est essentiel car l'entreprise n'est pas une institution politique ayant en charge le bien commun *général*. En revanche, pour que les externalités négatives éventuellement imposées à l'environnement social et naturel par la mise en œuvre d'une décision entrepreneuriale soient prises en compte, au sens strict du terme, il importe que l'ensemble des conséquences directes des décisions soient mesuré.

*
* *

En résumé :

- (a) Nous partons d'une conception unitaire du dispositif constitutionnel d'exercice du pouvoir qui intègre dans un ensemble unique le « public » et le « privé ».

La constitution stricto-sensu organise un système d'exercice de compétences publiques, *objectives*, finalisées. Ce sont les pouvoirs au sens traditionnel. C'est en leur sein que s'organise le fonctionnement de l'Etat, que se fixent ses limites – sujet au cœur de la concurrence entre les partis politiques pour obtenir les votes des électeurs, etc.

Mais la constitution s'appuie aussi sur une définition de compétences privées, *subjectives*, qui ne sont pas des pouvoirs mais des droits de propriété et des libertés. Ces compétences, initialement destinées/réservées aux individus (personnes physique) permettent une autoconstitution du social dans un cadre non organisationnel (la vie en société, dans un cadre d'autodétermination par les individus, seuls ou ensemble, de leurs finalités personnelles ou collectives choisies). Ces prérogatives « privées » font partie du système constitutionnel.

Les grandes dichotomies entre droit public/droit privé, droit d'hétéronomie/droit d'autonomie, loi/contrat, hiérarchie/égalité, impôts/prix, politique/économie, etc. découlent de ce schéma de base.

- (b) Avec le développement des grandes entreprises structurées grâce au droit de la société par actions, il s'est produit une sorte de reconfiguration progressive des droits de propriété en pouvoirs. Aucun individu n'est propriétaire de l'entreprise en tant qu'organisation. Les actifs utilisés dans l'entreprise sont la propriété de fictions juridiques (sociétés commerciales). Les seuls actifs sur lesquels des droits de propriétés détenus par des individus s'exercent sont des instruments financiers. Cette propriété ne peut se ramener à un titre de propriété sur l'entreprise.

Cette reconfiguration « privée » des droits de propriété a débouché sur de nouvelles structures d'exercice de *pouvoirs* qui ont une source constitutionnelle mais n'ont aucune existence juridique positive.

- (c) En parallèle, le schéma constitutionnel de base décrit ci-dessus a été « internationalisé » progressivement (institutions du système de Bretton Woods et leurs suites).⁸³ L'insertion d'un Etat et de son économie dans le système économique global impose d'adhérer à ces institutions. Sauf à rester à l'écart du « marché mondial » -qui ne peut exister que grâce à ces traités- les Etats n'ont pas le choix. Et les règles imposées par ces traités viennent restreindre l'autonomie normative des Etats.

Les Etats se sont retrouvés de ce fait intégrés dans un système d'exercice du pouvoir de niveau supra-constitutionnel sans qu'il n'y ait eu besoin de créer un « Etat global ». Pour préserver l'apparence de la « souveraineté », on joue bien sûr sur l'ambivalence entre droit international public et droit constitutionnel international. En adhérant aux traités multilatéraux du système de Bretton Woods définissant des règles applicables également à tous les Etats signataires imposant l'existence d'une économie de marché, un Etat exprimerait sa souveraineté et ne l'aliènerait pas. Mais quand les règles du traité lui imposent de fait un mode d'organisation de son économie, la dimension « institutionnelle » (l'adhésion à un ensemble de règles de vie en commun) l'emporte sur la dimension « contractuelle » (un accord restreint à un objet limité).

- (d) Les entreprises sont en position de faire jouer la concurrence entre Etats qui restent prisonniers de la conception Westphalienne du « Système des Etats ». Une souveraineté égale accordée à tous les Etats permet le développement de stratégies de « *free rider* » adoptées par certains Etats (cas des paradis fiscaux et réglementaires qui ont un positionnement stratégique sur le marché du droit pour répondre aux demandes des entreprises et capter de la matière taxable).
- (e) On se retrouve alors avec un système global d'exercice du pouvoir, tendant vers un mode de fonctionnement global « privé » (recherche des intérêts particuliers) plutôt que « public » (recherche des intérêts communs). Les Etats sont « privatisés » en étant attirés dans le système concurrentiel qui pousse à une réduction du niveau de protection (des salariés, de l'environnement, etc.) accordé par leur droit. Les pouvoirs des entreprises sont « privatisés » au profit d'une catégorie de partie prenante (théorie de l'agence infondée en droit mais au cœur du « gouvernement de l'entreprise ») qui profite de la réduction des normes d'internalisation des externalités et fait jouer la concurrence entre Etats en faveur de cette réduction.
- (f) La proposition est de réfléchir aux processus d'auto-constitutionnalisation des institutions d'exercice du pouvoir dans le système monde et, au premier chef, des entreprises pour « publiciser » l'ensemble des institutions de pouvoir.

Nous considérons que c'est par des « micro-dispositifs » que l'on peut créer des dynamiques vertueuses au sein du système de pouvoir

⁸³ Par exemple, une intégration dans le système du GATT n'était pas possible pour les économies qui n'étaient pas des « économies de marché » ; voir, par exemple, Patterson, *Improving GATT Rules for Nonmarket Economies*, 20 J. World Trade L. 185 (1986) et Kennedy, *The Accession of the Soviet Union to GATT*, J. World Trade L. 23.

Avant d'aborder les « micro-dispositifs » préconisés, il faut d'abord insister sur la nécessité, pour les Etats, de clarifier les modalités de l'usage approprié de leur souveraineté dans une économie globalisée. La souveraineté étatique, nous l'avons dit, dans notre perspective, n'est que l'une des normes de la constitution du système-monde d'exercice du pouvoir. Le contenu concret de la notion de souveraineté n'est pas nécessairement figé dans le temps,⁸⁴ et nous assistons d'ailleurs, dans de nombreux domaines, à ce qui peut apparaître comme une réduction de la souveraineté étatique (droit d'intervention pour protéger les populations civiles, par exemple). Avec le développement d'un système-monde d'exercice du pouvoir, c'est à un double mouvement d'internationalisation du droit constitutionnel et de constitutionnalisation du droit international que nous assistons et qui doit être accru. Compte-tenu de l'usage stratégique qui est fait par certains Etats de leur souveraineté, il sera nécessaire que des normes applicables aux Etats réduisent le champ de l'autonomie étatique – ce qui signifie rien moins qu'encadrer l'usage de la souveraineté compte-tenu de l'insertion des Etats dans un système-monde de pouvoir qui impose que des normes fixent des limites aux « abus de souveraineté ». Le système-monde d'exercice du pouvoir doit être analysé comme un système constitutionnel global, dans lequel la constitutionnalisation du pouvoir de l'entreprise est nécessaire en l'absence d'un « Etat global » inatteignable. Mais il impose également une acception du concept de souveraineté étatique qui soit cohérente avec l'existence d'une économie globale. Le G20, d'ailleurs, a mis en tête de ses préoccupations la lutte contre les « paradis fiscaux », ce qui n'ira pas sans d'énormes difficultés compte-tenu de l'intégration de la finance dite « off-shore » à la finance « on-shore ».⁸⁵ Il est cependant urgent, dans le domaine de la fiscalité et de la finance, de remettre en cause l'usage stratégique, quasi-commercial, de certaines souverainetés étatiques aboutissant à la création de paradis fiscaux et réglementaires. Mais la création de macro-dispositifs aboutissant à ce résultat serait incontestablement une reformulation de la souveraineté étatique, destinée à rendre possible un fonctionnement plus harmonieux du système-monde d'exercice du pouvoir.

III. LES MOYENS D'ACTION ET QUELQUES MICRO DISPOSITIFS

Le but des micro-dispositifs suggérés est de favoriser une auto-constitutionnalisation des plus grandes entreprises pour qu'elles s'intègrent dans le système global d'exercice du pouvoir d'une manière qui diminue la mise en concurrence des Etats et fasse qu'elles « prennent en compte » les conséquences de leurs choix politiques d'allocation des ressources qu'elles contrôlent.

(A) Il faut tout d'abord distinguer la gouvernance de l'entreprise de la gouvernance de la société commerciale

L'existence du droit de propriété de l'actionnaire sur l'action n'est pas remise en cause par nos analyses. L'aberration du fonctionnement actuel du système économique du fait de sa « financiarisation » peut pousser à des préconisations drastiques visant à réduire les prérogatives des actionnaires. L'actionnaire est censé être le preneur de risques dans la structure de l'entreprise. La rémunération des autres contributeurs à l'entreprise est essentiellement fixe alors que la sienne est variable et dépend de la rémunération préalable

⁸⁴ Sur l'origine et l'évolution du sens de la notion, voir notamment Antonio Truyol Serra, *Souveraineté*, Archives de Philosophie du droit, tome 35, p.313 (1990).

⁸⁵ Voir généralement Palan, *supra*, note 12.

des autres contributeurs (l'actionnaire est le créancier le plus subordonné). En fait, la financiarisation aboutit à une inversion des facteurs : le taux de profit n'est pas un résultat mais au contraire une donnée imposée de l'extérieur à l'entreprise qui se traduit en contrainte de gestion à laquelle tous les autres facteurs de production sont soumis.

Il faut passer au crible les divers instruments financiers construits sur l'idée fautive d'un droit de propriété des actionnaires sur l'entreprise. Certains, sous prétexte « d'innovation financière », ne sont que des perturbateurs des entreprises et n'apportent rien au plan économique. Il ne faut pas être victimes de l'usage idéologique qui est fait du terme « innovation » dans ce contexte. Il n'a pour but que de légitimer par un appel à la notion de « créativité » le renversement des facteurs. En fait, la finance doit financer les entreprises, seuls lieux réels de production de biens et de services ; ce n'est pas l'entreprise qui est au service de la finance.

Au-delà, restant dans le cadre d'une analyse qui vise plus à « refonder le capitalisme » qu'à le détruire, nous pensons qu'il est utile de conserver dans le système de l'organisation des pouvoirs une autorité en mesure de sanctionner les dirigeants d'entreprise ne remplissant pas leur fonction. Il faut bien un dispositif pour discipliner les détenteurs des prérogatives opérationnelles dans l'entreprise et, sauf à recourir à une propriété collective du capital, et donc à changer de système (ce qui est de toute façon impossible dans une économie-monde globalisée), il faut bien recourir à des dispositifs de marché. La difficulté est de définir un système de règles et de responsabilités empêchant les actionnaires de *détourner* le pouvoir de l'entreprise à leur seul profit, et donc laissant au mandataire social les prérogatives nécessaires pour diriger l'entreprise et « prendre en compte », au sens fort de l'expression, les coûts générés par l'activité de l'entreprise et qui devraient se traduire dans les *prix* des produits et services qu'elles commercialisent. Et on sait qu'en économie globalisée, le seul marché ne suffit pas puisque l'absence d'une autorité englobante aboutit à ce que, par un déficit de normes, la totalité des coûts générés par une activité ne se traduit pas dans les prix. Les externalités négatives ne sont pas toutes internalisées par le système politique existant, anarchique, et les biens communs sont insuffisamment protégés.

Il faut tirer les conséquences de la différence fondamentale qui existe entre la société commerciale et l'entreprise. Le gouvernement de l'une n'est pas la gouvernance de l'autre.⁸⁶ Le mandataire social a des devoirs fiduciaires (*fiduciary duties*)⁸⁷ particuliers à l'égard de la société et des actionnaires qui découlent de leur position en tant que créanciers les plus subordonnés. Mais le respect de ces devoirs fiduciaires n'épuise pas le champ des devoirs des dirigeants de *l'entreprise* à l'égard des autres parties prenantes et des intérêts

⁸⁶ Mais pour une analyse du gouvernement de la société commerciale en termes constitutionnels, qui dépasse les apories du contrat, voir le travail de Stephen Bottomley, *From Contractualism to Constitutionalism: A Framework for Corporate Governance*, 19 Sydney Law Review 277-313 (1997) et surtout *The Constitutional Corporation – Rethinking Corporate Governance*, Asgate (2007).

⁸⁷ Sur la notion de “fiduciary duties”, voir généralement *The Report of the Task Force of the ABA Section Of Business Law Corporate Governance Committee On Delineation Of Governance Roles & Responsibilities*, de l'American Bar Association daté du 1er août 2009. Les dirigeants de la société doivent prendre leurs décisions au mieux des intérêts de la société, avec un devoir de loyauté et un devoir de diligence. Le devoir de loyauté leur interdit de traiter avec eux-mêmes ou de s'approprier une opportunité appartenant à la société et le devoir de diligence exige d'eux (a) qu'ils prennent leurs décisions sur une base informée ; (b) qu'ils agissent de bonne foi ; et (c) qu'ils agissent avec la croyance sincère que la décision prise est dans l'intérêt de la société (qui n'est pas équivalent à celui des actionnaires). Des notions similaires existent dans les autres droits des sociétés.

affectés. Le dirigeant de l'entreprise, qui occupe cette fonction du fait de sa désignation en tant que mandataire social, doit avoir les moyens de remplir sa mission : gérer l'entreprise dans *l'intérêt de l'entreprise*, dans l'intérêt *commun* et pas dans celui de telle ou telle partie prenante.⁸⁸ Même si les caractéristiques de l'action -elle représente un apport en capital qui est le facteur de production rémunéré en dernier- emportent nécessairement des prérogatives particulières pour les actionnaires.

A rebours de ce que les promoteurs de la théorie de l'agence ont réussi à obtenir - et qui s'apparente à un véritable *détournement de pouvoir*-, il faut réduire la pression actionnariale sur le gouvernement d'entreprise. Puisque la théorie de l'agence est fautive et que ses conséquences en termes de coûts sociaux générés sont lourdes, il faut en tirer les conséquences et commencer par déconnecter la rémunération des dirigeants de la seule création de « valeur pour l'actionnaire ». Il y a plusieurs manières de faire ; soit en taxant fortement les stock-options et leurs équivalents économiques (allocation d'actions gratuites, etc.) soit en les interdisant. Ce mouvement est déjà amorcé.

La déconnexion faite entre le système d'incitation des dirigeants et les intérêts d'une seule des parties prenantes, il faut ensuite élargir le champ des obligations fiduciaires des dirigeants. Des procédures ont été mises en place pour assurer le respect des devoirs fiduciaires à l'égard des actionnaires. Il y a des obligations fiduciaires, connues et reconnues, qui découlent du contrat de société : un mandataire social doit agir dans l'intérêt social, de bonne foi, en ne faisant jamais passer son intérêt personnel avant celui de la société qu'il dirige. Il n'y a aucune raison de revenir sur ces devoirs fiduciaires qui restent fondés en droit des sociétés.

Mais d'autres devoirs fiduciaires doivent être reconnus pour améliorer la prise en compte des autres intérêts affectés dans et par l'entreprise.⁸⁹ Il y a toutes les obligations fiduciaires qui découlent de l'existence de l'entreprise comme lieu de pouvoir dans lequel les décisions du mandataire social/chef d'entreprise ont un impact direct sur des individus ou des intérêts, naturels ou sociaux.

(B) La direction de l'entreprise

Le système d'incitation des dirigeants par la rémunération doit être assis sur la création de « vraie » valeur – pas de « valeur actionnariale ». Pour cela, la comptabilisation des conséquences de l'activité de l'entreprise doit être améliorée, en prenant pour base de départ la comptabilité sociétaire mais en l'élargissant pour prendre en compte les impacts ne se traduisant pas par un prix payé par les sociétés du groupe et déjà intégré dans les coûts de production.

- (a) Les dirigeants d'entreprise ont besoin d'une comptabilisation de la performance de l'entreprise qu'ils dirigent leur permettant la prise de décision.

⁸⁸ Gérard Couturier, "L'intérêt de l'entreprise", in *Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, pp.143-156 (1992).

⁸⁹ Voir le travail précurseur de Robert C. Clark, "Agency Costs versus Fiduciary Duties", in *Principals and Agents: the Structure of Business*, 55-80, John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser (eds), Harvard Business School Press, Boston (1985). Voir aussi Robé, *supra*, note 47.

Le système comptable actuel a été développé du seul point de vue de l'actionnaire⁹⁰ et pose de ce fait de multiples problèmes. Il permet, par exemple, de dégager de la « valeur pour l'actionnaire » (des profits) sans aucune création de « valeur ajoutée ».⁹¹

Par exemple :

- a. Cas de la délocalisation d'une activité rentable pour accroître les profits en profitant de la localisation de l'activité dans un univers à bas coûts salariaux. Le coût de la fermeture du site va être en partie supporté par la société commerciale qui y procède juridiquement (plan social, etc.). Mais il va aussi être supporté par les salariés, par les systèmes sociaux (leur versant, en suite de la décision prise au sein de l'entreprise, des revenus de substitution), par les collectivités locales (affectées par la baisse de matière imposable et la nécessité de traiter les problèmes sociaux induits), par les sous-traitants (qui voient leur activité réduite), par les autres fournisseurs, par l'environnement économique local, etc.. En revanche, seul le groupe de sociétés servant de support à l'entreprise au sein de laquelle cette décision a été prise -et ses actionnaires- vont profiter de la réduction des coûts induite par la relocalisation de l'activité dans un univers à bas coûts. Avec une comptabilisation de la réalité des coûts générés par une telle décision, certaines délocalisations resteraient bénéfiques socialement et les « délocalisations » ne sont pas un mal en soi. Mais nombre d'entre elles ne seraient plus bénéfiques.
- b. Cas de la délocalisation d'une activité polluante dans un environnement aux normes environnementales moins strictes. Avant la délocalisation, le coût de la pollution est internalisé dans les coûts de la production et, *in fine*, dans les prix payés par les consommateurs de la production du fait de normes juridiques l'imposant. Après la délocalisation, les prix sont plus bas -puisqu'ils n'intègrent pas ce coût-, les profits sont plus élevés (si toute la baisse des coûts n'est pas répercutée dans une baisse de prix) mais la pollution est subie par l'environnement. Pour certaines pollutions aux effets locaux sans gravité sur le long terme ou sur la société environnante (pollution aux effets locaux dans une zone désertique, par exemple), il peut y avoir des arguments en faveur de telles délocalisations qui consistent en un usage mieux équilibré des ressources naturelles. Pour les pollutions dont les effets sont globaux (production de CO₂, par exemple) où qu'elles se produisent, les profits réalisés ne correspondent à aucune création de valeur. Ils ne sont que la contrepartie d'une externalisation d'un coût sur l'environnement. Et nous le « payons » tous en subissant les conséquences, à l'instar du bouleversement climatique.

⁹⁰ Voir, notamment, les travaux de Jacques Richard, *Une comptabilité sur mesure pour les actionnaires*, Le Monde Diplomatique, 26-27, novembre 2005 et *Comment la Comptabilité modèle le capitalisme*, 161 Le Débat 53-64 (2010). Voir aussi Paul-Louis Brodier, *Les comptes de l'entreprise ne sont pas faits pour elle*, L'Expansion Management Review, pp. 109-114, septembre 1996.

⁹¹ Nous n'utilisons pas cette expression dans son sens comptable technique pour lequel la « valeur ajoutée » est égale à la valeur des biens et services produits moins la valeur des consommations intermédiaires plus les marges commerciales (valeur des ventes de marchandises revendues en l'état moins leur valeur d'achat).

Il faut développer des systèmes comptables permettant la comptabilisation de la création de valeur ajoutée sur une base consolidant l'impact direct des décisions sur les parties prenantes et l'environnement social et naturel.

- (b) Il ne s'agit pas de décourager l'initiative personnelle, l'innovation, la création de nouveaux produits et services, bien au contraire. Mais il s'agit de faire en sorte que seule l'activité et l'innovation créatrice de *valeur ajoutée* soit favorisée. L'innovation destructrice de valeur (notamment la prétendue « innovation financière ») doit cesser d'être récompensée.
 - a. Le système comptable à la base de la prise des décisions doit être enrichi. Des études d'impact social et environnemental chiffrées doivent être menées et les coûts directs générés par les décisions doivent être évalués et pris en compte. On le fait pour évaluer la pertinence de l'action publique ; pourquoi ne pas le faire aussi pour évaluer la pertinence des grandes décisions prises au sein des grandes entreprises ?
 - b. On peut imaginer une généralisation de comptabilisations « *triple bottom line* » qui intègre l'impact chiffré des conséquences sociales et environnementales de l'activité de l'entreprise. Au-delà, tout changement important dans l'organisation de l'entreprise devrait faire l'objet d'une étude préalable d'impact chiffrée sur ses conséquences sociales et environnementales. Pour ce faire, il faut tirer parti de l'existence d'un petit nombre de grands cabinets d'audit qui sont à même de développer l'expertise nécessaire pour chiffrer l'impact des grandes décisions entrepreneuriales.
- (c) On peut imaginer, à terme, que le profit dégagé selon la comptabilité sociétaire ne soit distribuable que dans la limite la plus basse soit du profit dégagé soit de la création de valeur ajoutée.

La « valeur pour l'actionnaire » correspondrait alors à de la « valeur ajoutée ».

On supprimerait ainsi l'intérêt actuel à créer de la « valeur pour l'actionnaire » sans création parallèle de « valeur ajoutée » par simple externalisation de coûts sur l'environnement social ou naturel.

- (d) Nous préconisons même que les rémunérations variables des dirigeants axées sur la création de valeur ajoutée soient peu ou pas du tout taxées. La collectivité bénéficierait amplement de la valeur ajoutée créée et cette incitation à la création de valeur ajoutée aurait un effet vertueux sur la société et l'environnement dans son ensemble.

Une telle incitation fiscale à la création de valeur aurait aussi l'avantage de faire taire tous ceux qui ne manqueront pas de donner de la voix pour affirmer que les réformes proposées ne seraient qu'une nouvelle déclinaison du « collectivisme ».⁹²

⁹² Pour Jensen, par exemple, si “*the interests of participants in the firm other than shareholders can generally be adequately protected by contract and regulation ... the interests of equity investors in the firm... cannot be adequately protected by contract*” ; et si on n'oblige pas les dirigeants à défendre ce seul intérêt, cela va conduire les “*managers and directors to invest in their favorite projects that destroy firm-value whatever they are ... without having to justify the value destruction ... just as in the failed communist and socialist experiments of the twentieth century*”. Michael C. Jensen, *Value Maximization*,

Il est souvent avancé que la suppression des stock-options ou leur fiscalisation ferait fuir les talents. Faire fuir les talents générant des externalités négatives n'est pas particulièrement regrettable. Une mesure encourageant l'innovation créatrice de valeur ajoutée en détaxant les bonus qui y seraient liés aurait au contraire l'effet bénéfique d'attirer les talents créateurs de valeur ajoutée.

(C) Les prérogatives des actionnaires et leurs limites

En matière de nomination et de révocation du mandataire social, les prérogatives des assemblées d'actionnaires doivent être préservées. La contribution des actionnaires est rémunérée en dernier (les actionnaires sont les créanciers les plus subordonnés). Il est donc logique qu'ils soient en position de sanctionner une direction qui ne rémunérerait pas leur contribution.

En revanche,

- a. ils ne doivent être rémunérés que s'il y a création de vraie valeur ; pas d'une valeur qui est le simple reflet de l'externalisation de coûts ;
- b. les actionnaires ne doivent pas pouvoir révoquer un mandataire social simplement parce que celui-ci adopte les mesures nécessaires pour que soient intégrés aux prix des produits et services de l'entreprise les coûts générés par leur production ;
- c. On peut imaginer des dispositifs protecteurs des dirigeants si la rémunération du capital en risque est, par exemple, supérieure à une moyenne constatée par secteur ; et/ou si elle est supérieure au taux de rémunération de la dette plus une marge de risque, etc. ;
- d. La limitation de la responsabilité des actionnaires ne devrait pas survivre aux cas de détournement du pouvoir de l'entreprise,⁹³ en ce compris l'entrave mise à la prise en compte par le dirigeant des coûts directs générés par l'activité de l'entreprise sur l'environnement social et naturel ;
- e. La responsabilité limitée de l'actionnariat n'est légitime que si elle n'est pas instrumentalisée pour générer des coûts qui, externalisés, se traduisent en profits. Le privilège de la responsabilité limitée n'est pas justifié si les procédures appropriées, compte tenu de l'activité de l'entreprise concernée, ne sont pas mise en place et que cela débouche sur des décisions dommageables pour tel ou tel intérêt affecté ;
- f. La rationalité derrière la « *business judgment rule* » serait étendue : il ne s'agit pas de sanctionner les conséquences de mauvaises décisions ; ce qui serait sanctionné serait l'absence de mise en place des procédures appropriées à la prise en compte des intérêts affectés par les décisions ayant abouti à des conséquences dommageables. La sanction pourrait se situer soit au niveau de la direction ; soit au niveau de l'actionnariat si la direction a été empêchée de mettre en place les procédures nécessaires ou de « prendre en compte » les coûts identifiés.

Stakeholder Theory and the Corporate Objective Function, 12 BUSINESS ETHICS QUARTERLY 235-256 (2002), p. 244.

⁹³ Même Hansmann et Kraakman le proposent... Voir Henry Hansmann & Reiner Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 Georgetown Law Journal pp. 439-68 (2001).

(D) Le rôle du pouvoir judiciaire

Le pouvoir judiciaire est dans une position particulière pour contribuer à la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir.

Il est en position de jouer un rôle essentiel pour deux raisons :

- (a) Il ne peut y avoir responsabilisation dans l'exercice du pouvoir que s'il y a possibilité de sanction. Or la sanction, par l'allocation de dommages et intérêts, par exemple, ne peut être mise en œuvre que par l'institution qui a le monopole de la violence légitime sur un territoire : l'Etat. Pour accéder à la capacité redistributive dont disposent les Etats, du fait de leur monopole des compétences coercitives, il faut pouvoir actionner l'une ou l'autre de ses institutions. Le pouvoir judiciaire est - potentiellement, sous réserve d'une extension de la recevabilité à agir, essentiellement définie par le pouvoir judiciaire lui-même- le plus accessible aux citoyens et il peut être le lieu de débats rationnels et ordonnés sur les devoirs et responsabilités. Il est le mieux placé pour tirer les conséquences de la répartition réelle du pouvoir dans le système-monde et pousser à une auto constitutionnalisation des instances de pouvoir.
- (b) C'est d'autant plus le cas que c'est, déjà, par le pouvoir judiciaire que les Etats sont devenus des Etats de droit et que la constitution a pris une dimension de texte effectif de protection des individus contre les abus de pouvoir. Les tribunaux ont progressivement réussi à faire des Etats des « Etats de droit » ; c'est-à-dire des Etats agissant par le droit et soumis au droit. Il leur revient aujourd'hui de continuer dans la même voie en faisant de toutes les instances de pouvoir des « pouvoirs de droit ».

Le pouvoir judiciaire serait donc amené à jouer un rôle clé dans la constitutionnalisation du système monde. Il n'y a là rien de surprenant : c'est la Cour Suprême des Etats-Unis qui a réellement créé le système de pouvoir fédéral tel qu'il existe actuellement avec un contrôle généralisé de la constitutionnalité des normes publiques créées. Ou encore, la Cour de Justice des Communautés Européenne a joué un rôle fondamental dans la production de l'ordre juridique européen en posant, dès le 15 juillet 1964,⁹⁴ que

« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres... Qu'en effet [les Etats] ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. »

On peut aussi se référer au rôle historique du Conseil d'Etat dans le développement de l'Etat de droit en France.

- (c) Partout, le pouvoir judiciaire a joué un rôle essentiel dans la soumission du pouvoir au droit. La compréhension de l'entreprise comme lieu de pouvoir

⁹⁴ Arrêt Costa/ENEL, Recueil, 1964, pp. 1159-1160. C'est d'ailleurs dans le contexte de la Communauté Européenne que l'expression « constitutionnalisation » a été utilisée pour décrire le processus par lequel la Cour de Justice des Communautés Européennes a transformé des traités en constitution.

échappant à une logique purement privée, donc subjective, ouvre un champ très large aux juges pour faire supporter aux détenteurs de prérogatives les conséquences de leurs actes et imposer le respect des finalités objectives qui sont celles des prérogatives ainsi détenues.⁹⁵ La reconnaissance judiciaire de responsabilité en cas de violation des devoirs fiduciaires étendus des détenteurs de pouvoir offre un terrain d'action et de possibles évolutions jurisprudentielles.

On peut aussi imaginer de donner plus d'effectivité à la règle selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui (règle de l'*estoppel*) afin de donner plus d'effectivité aux engagements unilatéraux pris dans la gestion de l'entreprise.

- (d) Il serait possible de partir de situations locales puis de procéder par un processus cumulatif de remontée en généralité (approche *bottom-up*) par le biais, notamment, de l'assurance des risques.⁹⁶ Cela pourrait aboutir, par exemple, à imposer une meilleure procéduralisation de la prise des décisions. Les compagnies d'assurances globales joueraient alors un rôle essentiel de diffusion des bonnes pratiques, celles-ci pouvant être posées comme une condition préalable à une prise en charge des risques et leur amélioration étant un facteur de réduction des primes d'assurance. C'est ainsi que la responsabilité environnementale a ouvert la voie à l'encadrement des pouvoirs transnationaux et de prise en compte des intérêts affectés (par exemple la généralisation des pétroliers à double coque).
- (e) On ne peut pas exclure une combinaison appropriée d'une nouvelle manière de légiférer combinée au contrôle judiciaire. Une nouvelle loi de lutte contre la corruption (UK *Bribery Act* d'avril 2010) a été récemment adoptée au Royaume-Uni et présente un dispositif très intéressant qui pourrait être reproduit dans d'autres domaines. La mesure phare de cet *Act* est la création d'un délit de *défaut de prévention de la corruption*. Ainsi, s'expose à une amende (sans plafond) toute personne morale, *où que ce soit dans le monde*, « conduisant, *même en partie seulement*, ses affaires au Royaume-Uni » dont l'une des « personnes associées » (qu'il s'agisse d'un employé, d'une filiale ou d'un mandataire) est responsable d'actes ou de tentatives de corruption sauf -et là est le point essentiel- pour la personne morale qui démontrerait qu'elle a mis en place et fait fonctionner des « procédures adéquates » conçues pour prévenir de tels actes de la part de ces « personnes associées ». Des « Lignes directrices » ont été publiées par le Ministère Britannique de la Justice en avril 2011⁹⁷ selon lesquelles les procédures seront adéquates (1) si elles sont proportionnées (aux activités et risques de l'entreprise), (2) si elles découlent d'une analyse des risques régulière et documentée, (3) si elles sont complétées par des vérifications et audits relatifs aux « personnes associées », (4) si elles sont bien communiquées de manière interne et externe (par exemple via des formations), (5) si elles sont contrôlées et révisées de

⁹⁵ Il n'est pas besoin pour ce faire d'attendre qu'existe un « *droit mondialisé au dessus des Etats* » ; Cf. Julie Allard & Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, La République des Idées, Paris, Seuil (2005), p. 24. Car la question est bien « *qui gouverne ? Où réside l'autorité ?* » ; id. p. 93. Et c'est parce que la réponse à ces questions aboutit à conclure qu'il existe des pouvoir déterritorialisés difficilement accessibles par la législation que le juge doit remplir un office de domestication du pouvoir.

⁹⁶ On reproduirait, ici, le rôle circulaire de l'évolution du droit de l'assurance sur l'évolution du droit de la responsabilité. Voir, notamment, Lawrence M. Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1985.

⁹⁷ Disponible à l'adresse suivante : <http://www.justice.gov.uk/publications/bribery-bill.htm>.

manière périodique, et (6) si elles s'inscrivent dans le cadre d'un soutien visible et univoque des hauts dirigeants, qui doivent clairement interdire toute forme de corruption. Il revient donc à chaque entreprise exerçant une partie de ses activités sur le territoire du Royaume-Uni de mettre en place les « procédures adéquates » pour prévenir la commission d'actes de corruption. Les procédures dépendent de l'activité spécifique de l'entreprise et ne peuvent être spécifiées dans le détail que par elle. On reconnaît ensuite implicitement que l'entreprise ne peut être responsable de tout acte de corruption. En revanche, elle a tout le loisir de mettre en place les procédures appropriées pour lutter contre l'usage des ressources qu'elle contrôle dans le but de corrompre et ne peut s'exonérer de sa responsabilité potentielle qu'en démontrant la mise en place de telles « procédures adéquates ». Il y a là une manière de légiférer particulièrement intéressante dont on peut imaginer aisément qu'elle pourrait être étendue à d'autres domaines que la lutte contre la corruption, tel que la lutte contre les dommages environnementaux, la lutte pour la protection des droits de l'homme, etc. On voit qu'il y a ainsi une certaine forme de reconnaissance de l'insertion de l'entreprise dans un ordre juridique global dans le cadre duquel un Etat peut adopter des normes conduisant à une meilleure gouvernance des entreprises -sans leur imposer le respect de normes matérielles- où qu'elles opèrent. Mais ce sont aussi les pratiques des autres Etats qui se retrouvent ainsi atteintes. Un droit étatique est ainsi mobilisé pour faire que l'entreprise ait une meilleure gouvernance y compris hors du territoire de l'Etat considéré. Mais, ce faisant, c'est aussi une meilleure gouvernance publique qui se trouve promue.

- (f) Les domaines identifiés (il y en a certainement beaucoup d'autres) dans lesquels une réflexion serait à mener sont, notamment :
- Le rôle des ONG dans la création de l'information et l'action, notamment judiciaire en cas d'élargissement des conditions de recevabilité. Il sera essentiel, en revanche, d'assurer une forme de responsabilisation pour éviter le harcèlement voire certaines tentatives d'extorsion.
 - Compte tenu de l'existence de la grande entreprise en tant qu'organisation à l'échelle planétaire, il est relativement aisé de développer des règles de compétence qui aboutissent, à partir des lieux de prise de décision, à une forme de « compétence universelle » pour les juridictions ayant compétence sur les lieux de prise de décision. En effet, si la compétence d'exécution est territorialement limitée, la compétence de commandement n'est pas territoriale, comme la loi de lutte contre la corruption adoptée au Royaume-Uni rappelée ci-dessus en témoigne.
 - L'accroissement de la recevabilité à agir passe probablement par une réflexion sur une compréhension plus large de la notion « d'intérêt à agir ». Dans nombre de domaines, l'« intérêt à agir » reconnu aux actionnaires ou à leurs associations pourrait être étendu aux autres participants à l'entreprise ou à leurs institutions représentatives. On pourrait imaginer, par exemple, que le comité d'entreprise ait le droit de saisir les tribunaux, ou de déclencher une procédure d'alerte en cas de suspicion de commission d'un abus de biens sociaux. C'est impossible aujourd'hui car les salariés sont traités comme des tiers à la *société*, ce qui est juridiquement vrai. En revanche, ils ne sont pas des tiers à *l'entreprise* et le détournement des ressources qui sont mise à sa disposition par les actionnaires les affecte aussi.
 - Recevabilité pénale : on pourrait là aussi imaginer une extension du droit d'agir au nom du propriétaire de tel ou tel patrimoine utilisé par l'entreprise. Il n'y a pas que

les actionnaires qui soient affectés par les détournements d'actifs. Les autres créanciers, et notamment les salariés, sont également concernés.

- Il est probable qu'il faille examiner sous un angle nouveau l'utilité de permettre de recourir à des « class actions » sous une forme permettant d'éviter leurs importants travers.
- On pourrait aussi ouvrir la possibilité d'une action en concurrence déloyale si les concurrents n'intègrent pas l'ensemble des coûts directs qu'ils génèrent dans la comptabilisation des conséquences de leurs décisions.
- Une entreprise consciente de l'existence d'externalités négatives à ses activités qui ne sont pas traitées du fait des difficultés à l'action collective posées au niveau des Etats pourrait avoir une obligation de tenter de les traiter par le biais de la production de normes au sein d'organisations professionnelles pour créer un « *levelled playing field* ». Une telle tentative pourrait être en partie exonératoire de responsabilité, voire source de responsabilité pour les entreprises récalcitrantes, en cas de dommage futur.
- On peut imaginer d'enrichir l'information disponible sur les produits en utilisant le code-barres. Le consommateur qui achète un produit « achète » en fait l'ensemble du système normatif ayant conduit à sa production.⁹⁸ En enrichissant l'information disponible (règles de gouvernance des entreprises concernées, lieu de production, adhésion ou non à des chartes, etc.) on permettrait au consommateur de faire jouer une concurrence enrichie, ne se réduisant pas à une concurrence par les prix n'intégrant pas l'intégralité des coûts, par la prise en compte des conditions de production.

Il y a donc selon nous tout un univers de réflexions à mener, en se plaçant dans le cadre ambitieux de la réflexion sur la constitutionnalisation de l'économie mondiale. Cette analyse reste cependant réaliste en ce qu'elle vise à prendre le monde tel qu'il est et à favoriser son développement institutionnel dans la continuité d'une histoire partagée qui est loin d'être finie.⁹⁹

⁹⁸ Robé, *supra*, note 10, pp. 858-859 et Robert B. Reich, *Supercapitalism – The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, Alfred A. Knopf, New York (2008).

⁹⁹ Contrairement à l'annonce triomphale de Henry Hansmann & Reiner Kraakman dans leur article, *The End of History for Corporate Law*, 89 *Georgetown Law Journal* pp. 439-68 (2001) dans lequel ils défendaient la thèse que la théorie de l'agence donnait toutes les clefs du droit des sociétés et de la gouvernance d'entreprise.

BIBLIOGRAPHIE

- AGLIETTA, Michel & Antoine REBERIOUX**, *Dérives du capitalisme financier*, Albin Michel, (2004).
- ALLARD, Julie & Antoine GARAPON**, *Les juges dans la mondialisation*, La République des Idées, Paris, Seuil (2005).
- ALLOTT, Philip**, *The Concept of International Law*, 10 European Journal of International Law pp. 31-50 (1999).
- American Bar Association**, The Report of the Task Force of the ABA Section Of Business Law Corporate Governance Committee On Delineation Of Governance Roles & Responsibilities, August 1, 2009.
- ALIPRANTIS, Nikitas**, "L'entreprise en tant qu'ordre juridique", in N. Aliprantis et F. Kessler éd., *Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à H. Sinay*, Francfort, Peter Lang, p. 185 (1994).
- ARENDT, Hanna**, *La condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, coll. Pocket Agora, Paris (1983).
- AVI-YONAH, Reuven**, *The Cyclical Transformation of the Corporate Form : A Historical Perspective on Corporate Social Responsibility*, 30 Del. J. Corp. L. 767 (2005).
- BACHET, Daniel**, *Les fondements de l'entreprise*, Les éditions de l'atelier (2007).
- BACKER, Larry Cata**, *Polycentric Governance in the Transnational Sphere: Private Governance, Soft Law, and the Construction of Public-Private Regulatory Networks for States and Transnational Corporations*, 17(1) Indiana Journal of Global Legal Studies 101-166 (2011).
- BALASSA, B.**, *Toward a Theory of International Economic Integration*, 14 KYKLOS 1 (1961).
- BALASSA, B.**, *The Theory of Economic Integration*, London, Allen & Unwin (1962).
- BEAUD, Michel**, *Le système national mondial hiérarchisé*, Paris, AGALMA, La découverte (1987).
- BECK, Ulrich**, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Champs, Essais, Paris (2003).
- BECK, Ulrich**, *Reframing Power in the Globalized World*, 29(5) Organization Studies 793-804 (2008).
- BELLEY, Jean-Guy**, *Le contrat entre droit, économie et société*, Les éditions Yvon Blais Inc., Québec (1998).
- BERMAN, Harold J.**, *Law and revolution*, vol. 1 "The Formation of the Western Legal Tradition", Harvard U. Press (1983).
- BERMAN, Harold J.**, *Law and revolution*, vol. 2 "The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition", Harvard U. Press (2003).
- BERMAN, Paul Schiff**, *From International Law to Law and Globalization*, 43 Colum. J. Transnat'l L. 485 (2004).
- BERMAN, Paul Schiff**, *Global Legal Pluralism*, 80 S. Cal. L. Rev. 1155 (2006-2007).
- BERMAN, Paul Schiff**, *A Pluralist Approach to International Law*, 32 Yale J. Int'l L. 301 (2007).
- BERNS, T., P-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL & G. LEWKOWICZ**, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles (2007).

- BIONDI, Yuri**, *Governing the Business Enterprise: Ownership, Institutions, Society*, CLPE Research Paper 13/2009, Vol. 05, n° 03 (2009).
- BIONDI, Yuri, Arnaldo CANZIANI & Thierry KIRAT (eds.)**, *The Firm as an Entity – Implications for economics, accounting and the law*, Routledge (2007).
- BLACKETT, Adelle**, *Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State: A Labor Law Critique of Codes of Corporate Conduct*, 8 Ind. J. Global Legal Stud. 401 (2000-2001).
- BOBBIO, Norberto**, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi (1984, 1991).
- BOBBIO, Norberto**, *Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi (1985).
- BOTTOMLEY, Stephen**, *From Contractualism to Constitutionalism: A Framework for Corporate Governance*, 19 Sydney Law Review 277-313 (1997).
- BOTTOMLEY, Stephen**, *The Constitutional Corporation – Rethinking Corporate Governance*, Asgate (2007).
- BOWLES, Samuel & Herbert GINTIS**, *The Power of Capital: on the Inadequacy of the Conception of the Capitalist Economy as "Private"*, 14 The Philosophical Forum 225 (1983).
- BRAUDEL, Fernand**, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècles*, tome 1 "Les structures du quotidien : le possible et l'impossible", Paris, A. Colin (1979).
- BRAUDEL, Fernand**, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècles*, tome 2 "Les jeux de l'échange", Paris, A. Colin (1979).
- BRAUDEL, Fernand**, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècles*, tome 3 "Le temps du monde", Paris, A. Colin (1979).
- BRAUDEL, Fernand**, *La dynamique du capitalisme*, Paris, Arthaud (1985).
- BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean**, *La corporation et l'Etat (histoire et doctrine)*, 1938 Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 78.
- BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean**, *Les transformations juridiques de l'entreprise patronale*, 1939 Droit social, P.2 à 5.
- BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean**, *La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées*, Archives de philosophie du droit, 1953-1954.
- BREWSTER, Kingman Jr.**, "The Corporation and Economic Federalism", in *The Corporation in Modern Society* 72, Cambridge, Harvard U. Press (Mason ed. 1959).
- BRODIER, Paul-Louis**, *Les comptes de l'entreprise ne sont pas faits pour elle*, L'Expansion Management Review, pp. 109-114, septembre 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro**, "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"", in *Noi si mura, Selected Working Papers of the European University Institute* 191, European University Institute, Badia Fiesolana, Florence (1986).
- CARBONNIER, Jean**, *Gurvitch et les juristes*, Droit et société, n°4, p.347 (1986).
- CARBONNIER, Jean**, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F. (1994).
- CARY, William L.**, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, 83 Yale L. J. 663 (1974).
- CENTRE DES JEUNES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE**, *L'Entreprise au XXI^e siècle*, Flammarion, Paris, 1996.

- CERNY, Philip C.**, *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*, Int'l Org., vol. 49, n°4, p.595 (1995).
- CLARK, Robert C.**, "Agency Costs versus Fiduciary Duties", in *Principals and Agents: the Structure of Business*, 55-80, John W. Pratt & Rochard J. Zeckhauser (eds), Harvard Business School Press, Boston (1985).
- CLERC, Christophe**, « La légitimité du pouvoir actionnarial » in Jean-Philippe Touffut, *A quoi servent les actionnaires ?*, pp. 17-46, Albin Michel (2009).
- COASE, Ronald H.**, "Accounting and the theory of the firm", in Yuri Biondi, Arnaldo Canziani & Thierry Kirat (eds.), *The Firm as an Entity – Implications for economics, accounting and the law*, Routledge (2007), pp. 82-91.
- COHEN, Morris R.**, *Property and Sovereignty*, 13 Cornell L. Q. 8 (1933).
- COLEMAN, James S.**, *Natural Persons, Corporate Actors, and Constitutions*, Constitutional Political Economy, Vol. 2, p.81 (1991).
- CONARD, Alfred F.**, *An Overview of the Law of Corporations*, 71 Mich. L. Rev. 621 (1973).
- CONARD, Alfred F.**, "Federal Protection of the Free Movement of Corporations", in *2 Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe* 363, Oxford, Clarendon Press (T. Sandalow & E. Stein eds. 1982).
- CONYBEARE**, *International Organization and the Theory of Property Rights*, 34 Int'l Org. 307 (1980).
- COTTIER, Thomas & Maya HERTIG**, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, 261 Max Planck UNYB 7 pp. 261-328 (2003).
- COUTURIER, Gérard**, "L'intérêt de l'entreprise", in *Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, pp.143-156 (1992).
- COX, Robert W.**, *Labour and the Multinationals*, 54 Foreign Affairs 344 (1976).
- COX, Robert W.**, *Social Forces, States and world order*, Millenium 10(2), pp. 126-155 (1981).
- COX, Robert W.**, *Production, Power and World Order*, New York, Columbia University Press (1987).
- COX, Robert W.**, *Approaches to World Order*, Cambridge University Press (1996).
- COX, Robert W.**, "Democracy in Hard Times: Economic Globalization and the Limits to Liberal Democracy", in *The Transformation of Democracy? - Globalization and territorial democracy*, McGrew ed., 49, Polity Press (1997).
- DAN-COHEN, Meir**, *Rights, Persons and organizations: a legal theory for Bureaucratic Society*, Berkeley, University of California Press (1986).
- DANIELSEN, Dan**, *Local Rules and a Global Economy: An Economic Policy Perspective*, 1 Transnational Legal Theory 49-115 (2010).
- DEANNE JULIUS**, *Global companies and public policy: the growing challenge of foreign direct investment*, Royal Institute of International Affairs, Pinter publishers (1991).
- DESPAX, Michel**, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., Paris (1957).
- DESPAX, Michel**, *L'évolution du rapport de subordination*, 1982 Droit social 11.
- DESPAX, Michel**, "L'évolution du droit de l'entreprise", in *Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, 97 (1992).

- DESPAX, Michel**, *Droit du travail et droit de l'environnement*, 34 *Droit et Ville* 9 (1994).
- DUMONT, Louis**, *Homo-aequalis - Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard (1977).
- DUMONT, Louis**, *La conception moderne de l'individu*, 1978 *ESPRIT* 12.
- DUMONT, Louis**, *Essais sur l'individualisme*, Paris, Seuil (1983).
- ELIAS, Norbert**, *La dynamique de l'Occident*, Calmann-Lévy, Paris (1939, 1969, 1975).
- ELIAS, Norbert**, *La société des individus*, Fayard, Paris (1991).
- ELY, James W., Jr.**, *The Guardian of Every Other Right - A Constitutional History of Property Rights (2nd ed.)*, Oxford University Press (1998).
- EVAN, William M.**, *Organization Man and Due Process of Law*, 26 *American Sociological Review* 540 (1961).
- EVAN, William M.**, "Public and private Legal Systems", in *Law and Sociology* 165, New York, The Free Press of Glencoe (W.M. Evan ed. 1962).
- EWALD, François**, *L'Etat providence*, Grasset, Paris (1986).
- EWALD, François**, *Histoire de l'Etat providence – Les origines de la solidarité*, Grasset, Paris, (1986, 1996).
- EWALD, François** (Ed.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion (1989).
- FAVEREAU, Olivier**, "La procéduralisation du droit et la théorie économique", in *Démocratie et procéduralisation du droit*, Philippe Coppens et Jacques Lenoble Ed., Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, XXX, Bruylant, Bruxelles, 155 (2000).
- FRANKEL, Tamar**, *Fiduciary Law*, 71 *Calif. L. Rev.* 795 (1983).
- FREELAND, Robert F.**, *The Social and Legal Basis of Managerial Authority*, *Enterprises et histoire*, n°57, pp. 194-217 (2009).
- FREEMAN, R. Edward, Jeffrey S. HARRISON, Andrew C. WICKS; Bidhan L. PARMAR & Simone DE COLLE**, *Stakeholder Theory – The State of the Art*, Cambridge U. Press (2010).
- FRIEDMAN, Lawrence M.**, *Total Justice*, New York, Russell Sage Foundation (1985).
- FRIEDMAN, Milton**, *The Social Responsibility of Business is to increase its Profits*, *The New York Times*, September 13, 1970, 32-33, 122, 126.
- FRUG, Gerald**, *The City as a legal Concept*, 93 *Harv. L. Rev.* 1075 (1980).
- FRYDMAN, Benoît**, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles (2007).
- GALBRAITH, John Kenneth**, *The Economics of Innocent Fraud – Truth for our Time*, Houghton Mifflin Company, Boston NY (2004), traduit en *Les mensonges de l'économie – Vérité pour notre temps*, Grasset, Paris (2004).
- GIERKE, Otto Friedrich von**, *Les théories politiques du Moyen Age*, Dalloz (2008, Réimpression de Sirey 1914).
- GILISSEN, J.**, (sous la direction de) *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, ed. de l'U. L. B. (1972).
- GILPIN, Robert**, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, Princeton U. Press (1987).

- GILPIN, Robert**, *The Challenge of Global Capitalism. The World Economy in the 21st Century*, Princeton University Press (2000).
- GILPIN, Robert**, *Global Political Economy – Understanding the International Economic Order*, Princeton University Press (2001).
- GOMEZ, Pierre-Yves**, *L'entreprise dans la démocratie – Une théorie politique du gouvernement des entreprises*, Bruxelles, De Boeck (2009).
- GRANOVETTER, Mark**, *Economic Action and Social Structure: the problem of Embeddedness*, 31 American Journal of Sociology, pp.481-510 (1985).
- GRIFFITHS, John**, *What is Legal Pluralism?*, in 24 Journal of Legal Pluralism, pp. 1-55 (1986).
- GURVITCH, Georges**, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin (1931).
- GURVITCH, Georges**, *Les idées maîtresses de Georges Hauriou*, 1931 Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 155.
- GURVITCH, Georges**, *Droit naturel ou droit positif intuitif ?*, 1933 Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 55.
- GURVITCH, Georges**, *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier (1940).
- HALE, Robert L.**, *Coercion and Distribution in a supposedly non-coercive State*, 38 Pol. Sci. Rev. 470 (1923).
- HALE, Robert L.**, *Force and the State: A Comparison of "Political" and "Economic" Compulsion*, 35 Colum. L. Rev. 149 (1935).
- HANNOUN, Charley**, *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J. (1990).
- HAURIOU, Maurice**, *Principes de droit public*, Dalloz (1910, 2010).
- HAURIOU, Maurice**, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, 4 Cahiers de la nouvelle journée 89, Paris, Bloud & Gay (1925).
- HAURIOU, Maurice**, *Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et documents, Université de Caen (1933, 1986).
- HENDERSON, W.O.**, *The Genesis of the Common Market*, London, Frank Cass & Co. Ltd. (1962).
- HIRST, Paul**, *Associational Socialism in a Pluralist State*, Journal of Law and Society, volume 15, p.139 (1988).
- HIRST, Q.** (Ed.), *The Pluralist Theory of the State - Selected writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, London and New York (1993).
- HOBHOUSE, L.T.**, "The Historical Evolution of Property in Fact and in Idea", in *Property, its Duties and Rights*, 1, ed. Bishop of Oxford (London: Oxford University Press, 1913).
- HOBHOUSE, L.T.**, *Liberalism and other Writings*, Cambridge University Press (1994).
- HODGSON, Geoffrey M**, *The Legal Nature of the Firm and the Myth of the Firm-Market Hybrid*, Int. J. of the Economics of Business, Vol. 9, n° 1, pp. 37-60 (2002).
- HORWITZ, Morton**, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 U. Pa. L. Rev. 1423 (1981-1982).
- HORWITZ, Morton**, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, 88 W. Va. L. Rev. 173 (1985).

- IRELAND, Paddy**, *Capitalism without the Capitalist: The Joint Stock Company Share and the Emergence of the Modern Doctrine of Separate Corporate Personality*, 17(1) *Legal History* pp.40-72 (1996).
- IRELAND, Paddy**, *Company Law and the Myth of Shareholder Ownership*, 62 *The Modern Law Review* 32-57 (1999).
- IRELAND, Paddy**, *Limited Liability, shareholders rights and the problem of corporate irresponsibility*, *Cambridge Journal of Economics* (2008).
- IRELAND, Paddy**, *Financialization and Corporate Governance*, 60(1) *Northern Ireland Legal Quarterly* 1-34.
- JAYASURIYA, Kanishka**, *Globalization, Law and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 425 (1998-1999).
- JENSEN, Michael C.**, *Value Maximization, Stakeholder Theory and the Corporate Objective Function*, 12 *BUSINESS ETHICS QUARTERLY* 235-256 (2002).
- JENSEN, Michael C. & William H. MECKLING**, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*, V.3, No. 4, 305 (1976)
- KANTOROWICZ, Ernst H.**, *Mourir pour la patrie*, P.U.F. (1984).
- KANTOROWICZ, Ernst H.**, *Les deux corps du Roi* (1957, traduction française Gallimard 1989).
- KINLEY, David**, *Human Rights, Globalization and the Rule of Law : Friends, Foes or Family ?*, 7 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* 239 (2002).
- KIRCHGASSNER, Gerhard**, *Constitutional Economics and its Relevance for the Evolution of Rules*, *KYKLOS*, vol. 47, p.321 (1994).
- LANE, Frederic C.**, *Force and Enterprise in the Creation of Oceanic Commerce*, in *The Tasks of Economic History*, supplemental issue of the *Journal of Econ. Hist.* X, pp. 19-30 (1950).
- LANE, Frederic C.**, *Economic Consequences of Organized Violence*, 18 *J. Econ. Hist.* 401 (1958).
- LE GOFF, Jacques**, « *Entreprise et institution ; retour sur un débat crucial* », in **LE CROM, Jean-Pierre** (Ed.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, pp. 83-104, Rennes, Presses Universitaires de Rennes (2004).
- LYON-CAEN, Antoine**, *Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés*, *Revue de Droit du Travail*, pp.12-17, Septembre 2010.
- LYON-CAEN, Antoine & Gérard LYON-CAEN**, "La doctrine de l'entreprise" in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Lib. Tec., 601 (1978).
- MACDONALD, Terry & Kate MACDONALD**, *Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry*, 17(1) *European Journal of International Law* 89-119 (2006).
- MACDONALD, Terry & Kate MACDONALD**, *Democracy in a Pluralist Global Order: Corporate Power and Stakeholder Representation*, 24(1) *Ethics and International Affairs* 19-43 (2010).
- MADEUF**, *Du paradoxe à l'auto-organisation : pour une nouvelle approche de l'économie mondiale*, 9 *The Review* 573 (1986).
- MARCH**, *The Business Firm as a Political Coalition*, 24 *J. Pol.* 662 (1962).
- MARTIN, Xavier**, *Fondements politiques du Code Napoléon*, *R.T.D.Civ.*, avril/juin 2003, p.247.

- MARTIN, Xavier**, *Mythologie du Code Napoléon – Aux soubassements de la France Moderne*, Editions Dominique Martin Morin, Bouère (2003).
- McCLOSKEY**, *The American Supreme Court*, Chicago, the U. of Chicago Press (1960).
- McGREW, Anthony (ed.)**, *The Transformation of Democracy? - Globalization and territorial democracy*, Polity Press, 1997.
- MILLARD, Eric**, *Hauriou et la théorie de l'institution*, 30/31 Droit et Société pp. 381-412 (1995).
- MILLARD, Eric**, « Deux lectures critiques d'Alf Ross », in *Théories réalistes du droit*, pp. 9-14, O. Jouanjan (Ed.) (2000).
- MILLARD, Eric**, « Sur les théories italiennes de l'Institution », in *Contrat ou institutions : un enjeu de société*, pp. 31-46, B. Basdevant et M. Bouvier (Ed.) (2004).
- MILLER, Arthur S.**, *The Corporation as a Private Government in the World Community*, 46 Va. L. Rev. 1539 (1960).
- MILLER, Arthur S.**, *The Supreme Court and American Capitalism*, The Free Press, NY (1968).
- MILLER, Arthur S.**, *Toward the "Techno-Corporate" State? - An Essay in American Constitutionalism*, 14 Vill. L. Rev. 1 (1968).
- MILLER, Arthur S.**, *The Global Corporation and American Constitutionalism: Some Political Consequences of Economic Power*, J. of Int'l L. & Eco. 235 (1972).
- MILLER, Arthur S.**, *The Modern Corporate State: Private Governments and the American Constitution*, Greenwood Press, Conn. (1976).
- MILLER, Arthur S.**, *Toward Constitutionalizing the Corporation*, 80 W. Va. L. Rev. 187 (1978).
- MILLON-DELSOL, Chantal**, *L'Etat subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, P.U.F. (1992).
- MOORE, Mark T. & Antoine REBERIOUX**, *Corporate Power in the Public Eye: Re-Assessing the Implications of Berle's Public Consensus Theory*, 33 Seattle U. L. Rev. (2010).
- MUHLINSKI, Peter T.**, *Multinational Enterprises & The Law*, The Oxford International Law Library (2007).
- NICOL, Danny**, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Hart (2010).
- NONET, P. & P. SELZNICK**, *Law and Society in Transition - Toward Responsive Law*, New York, Octagon Books (1978).
- NUSSBAUM, Arthur**, *A Concise History of the Law of Nations*, NY, Macmillan (1961).
- OLIVIER-MARTIN, François**, *La France d'ancien régime, Etat corporatif*, 5 Annales de droit et de sciences politiques 690 (1937).
- OLIVIER-MARTIN, François**, "Le déclin et la suppression des corps en France au XVIII^e siècle", in 2 *Etudes présentées à la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'Etats* 149, Louvain, Bureau du recueil, Université de Louvain (1937).
- OLIVIER-MARTIN, François**, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, C.N.R.S. (1992) (réédition de 1948).
- OPPETIT, Bruno**, *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, Archives de philosophie du droit, tome 27, pp.43-53 (1982).

- PALAN, Ronen**, *Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'Etat*, 3 L'Economie Politique 79-97 (2002).
- PALAN, Ronen**, *Tax Havens and the Commercialization of State sovereignty*, 56 International Organization, no 1, at 151-176.
- PALAN, Ronen**, *The Offshore World – Sovereign Markets, Virtual Places and Nomad Millionaires*, Cornell U. Press (2003, 2006).
- PALAN, Ronen**, *International Financial Centers: The British-Empire, City-States and Commercially Oriented Politics*, 11 Theoretical Inquiries in Law pp. 149-176 (2010).
- PALAN, Ronen, Richard MURPHY & Christian CHAVAGNEUX**, *Tax Havens – How Globalization Really Works*, Cornell University Press (2010).
- PEARLSTEIN, Steven**, *Just One Real Leader, and We Could Have Avoided This Mess*, The Washington Post, December 12, 2008.
- PERROUX, François**, *L'Europe sans rivages*, Presses Universitaires de Grenoble (1954, 1990).
- PICCIOTTO, Sol**, *The Control of Transnational Capital and the Democratization of the International State*, Journal of Law and Society, volume 15, number 1, spring 1988.
- PICCIOTTO, Sol**, *Constitutionalizing Multilevel Governance?* 6(3&4) I.CON pp.457-479 (2008).
- POLANYI**, *La grande transformation*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines (1944, 1983).
- POLMAN, Paul**, *Redefining Business Success*, Paper presented at the Economist Third Annual Sustainability Summit “After Copenhagen: How can business face the Climate Change Challenge”, London, 25 February 2010.
- POSPISIL, Leopold**, *Legal levels and Multiplicity of Legal Systems in Human Societies*, XI(1) The Journal of Conflict Resolution, pp. 2-26 (1967).
- REICH, Robert B.**, *Supercapitalism – The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, Alfred A. Knopf, New York (2008).
- RENARD, Georges**, *De l'institution à la conception analogique du droit*, 1935 Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 81.
- RENARD, Georges**, *La philosophie de l'institution*, Paris, Sirey (1939).
- RENARD, Georges**, *L'institution - Fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion (1963).
- REPETTO, R.**, *Accounting for environmental assets*, Scientific American, June 1992, vol. 266, n° 6, pp.64-70., trad. fr. *La comptabilisation des ressources naturelles*, in Pour la science, n°178, août (1992).
- RICHARD, Jacques**, *Une comptabilité sur mesure pour les actionnaires*, Le Monde Diplomatique, 26-27, novembre 2005.
- RICHARD, Jacques**, *Comment la Comptabilité modèle le capitalisme*, 161 Le Débat 53-64 (2010).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *L'entreprise en droit*, 29 Droit et société 117 (1995).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, "Multinational Enterprises: The constitution of a Pluralistic Legal Order", in *Global Law without a State*, pp.45-77, G. Teubner, ed., Dartmouth (1997).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *L'ordre juridique de l'entreprise*, 25 Droits 163 (1997).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *L'entreprise et le droit*, Presses Universitaires de France (1999).

- ROBÉ, Jean-Philippe**, "Enterprises and the Constitution of the World Economy", in 2 *International Corporate Law* 45-64, Fiona Macmillan, ed., Hart Publishing (2003).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, "Conflicting Sovereignities in the World Wide Web of Contracts – Property Rights and the Globalization of the Power System", in *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner*, Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch and Peer Zumbasen (eds.), Berlin, De Gruyter Recht, pp. 691-703 (2009).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *A qui appartiennent les entreprises ?* 155 *Le Débat* 32 (2009).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise*, *Entreprises et histoire*, n°57, pp. 165-183 (2009).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », in *L'activité marchande sans le marché, Colloque de Cerisy*, pp.91-110, Armand Hatchuel, Olivier Favereau & Franck Aggeri (sous la direction de), Presse des Mines, 2010.
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *La responsabilité sociale des entreprises*, *Revue de droit du travail*, pp. 413-415 (2010).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *Les Etats, les entreprises et le droit – Repenser le système-monde*, *Le Débat*, n°161, pp. 74-87 (2010).
- ROBÉ, Jean-Philippe**, *The Legal Structure of the Firm, Accounting, Economics, and Law: Vol. 1 : Iss. 1*, Article 5, Available at: <http://www.bepress.com/ael/vol1/iss1/5> (2011).
- ROBERTS, Simon**, *After Government? On Representing Law Without the State*, 68 *Mod. L. Rev.* 1 (2005).
- ROMANO, Santi**, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz (1975) (1ère édition 1917-1918, 2ème édition 1946).
- ROSS, Alf**, *Sur les concepts d'"Etat" et d'"organes d'Etat" en droit constitutionnel*, *Droits*, vol. 23, p.131 (1996).
- RUGGIE, John Gerard**, *International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, *International Organization*, 36(2), pp.379-415 (1982).
- RUGGIE, John Gerard**, *Continuity and Transformation in the World Polity: Toward a Neorealist Synthesis*, 35(2) *World Politics* pp. 261-285 (1983).
- RUGGIE, John Gerard**, *Territoriality and Beyond*, *International Organization*, 41(1), pp.139-74 (1993).
- SASSEN, Saskia**, *Territory and Territoriality in the Global Economy*, 15(2) *International Sociology* pp. 372-393 (2000).
- SASSEN, Saskia**, *The Global City*, 2nd edition, Princeton U. Press (2001).
- SASSEN, Saskia**, *Locating Cities on Global Circuits*, 14 *Environment and Urbanization* 13-30 (2002).
- SASSEN, Saskia**, *Territory, Authority, Rights – From Medieval to Global Assemblage*, Princeton U. Press (2006).
- SASSEN, Saskia**, *Critique de l'Etat – Territoire, Autorité et Droits, de l'époque médiévale à nos jours*, Editions Démopolis (2006).
- SASSEN, Saskia**, *La globalisation. Une sociologie*, Paris, Gallimard (2007, 2009).
- SAUSSOIS, Jean-Michel**, *Le capitalisme sans répit*, La Dispute (2006).
- SAVATIER, Jean**, "Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée", in *Mélanges Savatier* (1965).
- SAVATIER, Jean**, "Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail", in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, *Lib. Soc. et Eco.* 527-546 (1974).

- SAVATIER, Jean**, *Pouvoir patronal et direction des personnes*, 1 Droit social 1982.
- SAVATIER, René**, "Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile ", in *Recueil E. Lambert*, Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus, tome 1, pp. 453-466 (1^{ère} éd. L.G.D.J. 1938).
- SCHMITT, Carl**, *Le nomos de la terre*, Paris, PUF (1988, 2001).
- SCHMITT, Carl**, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF (1989).
- SEAVOY, Ronald E.**, *The Origins of the American Business Corporation (1784-1855) - Broadening the Concept of Public Service during Industrialization*, Westport, Conn., Greenwood Press (1982).
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz**, *Corporations in and under International Law*, Cambridge (1987).
- SELZNICK, Philip**, *Legal Institutions and Social Control*, 17 Van. L. Rev. 79 (1963).
- SELZNICK, Philip**, *Law - The Sociology of Law*, 9 Int'l Encyclopedia Soc. Sci. 50 (1968).
- SELZNICK, Philip**, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russel Sage (1969, 1980, 1983).
- SLAUGHTER BURLEY, Anne-Marie**, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, 87 Am. J. Int'l L. 205 (1993).
- SLAUGHTER, Anne-Marie**, *The Real New World Order*, 76 Foreign Aff. 183 (1997).
- SLAUGHTER, Anne-Marie, Andrew S. TULUMELLO & Stephan WOOD**, *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship*, 92 Am. J. Int'l L. 367 (1998).
- SNYDER, David V.**, *Molecular Federalism and the Structures of Private Lawmaking*, 14 Ind. J. Global Legal Stud. 419 (2007).
- SNYDER, Francis**, *Governing Economic Globalization: Global Legal Pluralism and European Law*, 5(4) European Law Journal 334-374 (1999).
- STEIN, Eric**, *Treaty Based Federalism*, 127 U. Pa. L. Rev. 897 (1979).
- STEVENSON, Russell B. Jr.**, *The Corporation as a Political Institution*, 8 Hofstra Law Review 39-62 (1979).
- STONE, Alec**, *What is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory*, 56(3) The Review of Politics pp. 441-474 (1994).
- STONE, Christopher**, *Should Trees have Standing? And Other Essays on Law, Morals and the Environment*, Oceana (1972, 1996).
- STONE, Christopher**, *Where the Law Ends - The Social Control of Corporate Behaviour*, New York, Harper & Row (1975).
- STONE, Christopher**, "Public Interest representation : Economic and Social Policy Inside the Enterprise", in Hopt, K.G. & G. Teubner, *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, Berlin, De Gruyter, 122 (1985).
- STONE, Christopher**, *Corporate Vices and Corporate Virtues: Do Public/Private Distinctions matter?*, U. Pa. L. Rev. 1441 (1982).
- STOPFORD, John, M., Susan STRANGE & John S. HENLEY**, *Rival States, Rival Firms - Competition for World Market Shares*, Cambridge University Press (1991).
- SUPIOT, Alain**, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, 38 Rev. Trim. D. Com & D. Econ. 621 (1985).

- SUPIOT, Alain**, *Critique du droit du travail*, Paris, P.U.F., Coll. "Les voies du droit" (1994).
- TEUBNER, Gunther**, *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*, 36 Am. J. Comp. L. 130 (1988).
- TEUBNER, Gunther**, "Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises", in *Regulating Corporate Groups in Europe*, 67, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (D. Sugarman & G. Teubner, eds., 1991).
- TEUBNER, Gunther**, *The "State" of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany*, 1993 Brigham Young U. L. Rev. 553.
- TEUBNER, Gunther**, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, P.U.F., Coll. "Les voies du droit" (1993).
- TEUBNER, Gunther**, "The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors", in *Corporate Control and Accountability - Changing Structures and the Dynamics of Regulation*, 41, Oxford, Clarendon Press (1993).
- TEUBNER, Gunther**, "Piercing the Contractual Veil? The Social responsibility of Contractual Networks" in *Perspectives of Critical Contract Law*, 211-238, Thomas Wilhelmsson (ed.), Dartmouth, Aldershot.
- TEUBNER, Gunther**, *Droit et Réflexivité. L'auto référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J. (1994).
- TEUBNER, Gunther**, *Braking Frames: The Global Inter-"Play" of Legal and Social Systems*, in Ost, F. (éd.) "Normes", Paris, P.U.F. (1996).
- TEUBNER, Gunther**, *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot (1997).
- TEUBNER, Gunther**, « Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks », in Robert Kagan, Martin Krygier and Kennet Winston (eds.) *Legality and Community*, Berkeley Public Policy Press, pp. 311-331 (2002).
- TEUBNER, Gunther**, « Global Private Regimes : Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society », in Karl-Heinz Ladeur (ed.) *Globalization and Public Governance*, 71-87, Asgate, Aldershot (2004).
- TEUBNER, Gunther**, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory*, in « Transnational Governance and Constitutionalism » (Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (Eds)), Oxford, Hart Publishing, pp. 3-28 (2004).
- TEUBNER, Gunther**, "Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State", in Petra DOBNER & Martin LOUGHLIN (eds), *The Twilight of Constitutional Law: Demise or Transmutation* (2009).
- TEUBNER, Gunther**, "A Constitutional Moment? The Logics of "Hit the Bottom"", in Paul KJAER & Gunther TEUBNER (eds), *After the Catastrophe: Economy, Law and Politics in Times of Crisis* (2010).
- TEUBNER, Gunther**, "Self-Constituting TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct", in Graf-Peter CALLIESS (eds), *Governing Transnational Corporations – Public and Private Perspectives*, Indiana Journal of Global Legal Studies 17 (2010).
- TEUBNER, Gunther & Alberto FEBBRAJO (eds.)**, *State, Law and Economy as Autopoietic Systems*, European Yearbook in the Sociology of Law, Giuffrè (1991-1992).
- THOMPSON, Robert B.**, *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, 13 Conn. J. Int'l L. 379 (1999).
- TILLY, Charles**, "Reflections on the History of European State-Making", in *The Formation of National States in Western Europe*, Charles Tilly (ed.), Princeton, Princeton U. Press (1975).

- TILLY, Charles**, *Contrainte et capital dans la formation de l'Europe – 990-1990*, Paris, Aubier (1990, 1992).
- TILLY, Charles**, *Les révolutions européennes*, Seuil – Collection "Faire l'Europe" (1993).
- TILLY, Charles**, *La guerre et la construction de l'Etat en tant que crime organisé*, Politix, Vol. 13, n°49, pp. 97-122 (2000).
- TIROLE, Jean**, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton U. Press (2006).
- TRUBEK**, "Consumer Law, Common Markets and Federalism: Introduction and General Concepts", in "Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States" 1 (T. Bourgoignie & D. Trubek, eds.), vol. 3 of *Integration Through Law - Europe and the American Federal Experience*, Berlin, De Gruyter (M. Cappelletti, M. Secombe & J. Weiler, general eds. 1987).
- TRUYOL SERRA, Antonio**, *Souveraineté*, Archives de Philosophie du droit, tome 35, p.313 (1990).
- TUMLIR, Jan**, *Economic Policy as a Constitutional Problem*, Fifteenth Wincott Memorial Lecture, Occasional Paper no. 70, London, Institute of Economic Affairs (1984).
- TUMLIR, Jan**, "GATT Rules and Community Law - A Comparison of Economic and Legal Functions" in *The European Community and GATT 1*, Kluwer, Deventer, the Netherlands (M. Hilf, F.G. Jacobs & E.-U. Petersmann, eds. 1986).
- VAREILLES-SOMMIERES, Marquis de**, *La définition et la notion juridique de propriété*, R.T.D.C. 443 (1905).
- WALKER, Neil**, *The Idea of Constitutional Pluralism*, 65 Modern Law Review 317 (2002).
- WALKER, Neil**, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, 56 Political Studies 519 (2008).
- WALZER, Michael**, *Spheres of Justice - A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books (1983).
- ZUMBANSEN, Peer**, *Transnational Law of Corporate Governance and Labor Rights*, CLPE Research Paper (2005).
- ZUMBANSEN, Peer**, *The Parallel Worlds of Corporate Governance and Labor Law*, 13 Ind. J. Global Legal Stud. 261-315 (2006).
- ZUMBANSEN, Peer**, *The Evolution of the Corporation: Organization, Finance, Knowledge and Corporate Social Responsibility*, CLPE Research Paper 06/2009, Vol. 05, n°01 (2009).