Document 1 de 1

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE

Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2015, dossier 47

De quelques modes iconoclastes d'appropriation

Dossier par Jean-Pascal CHAZAL
professeur des Universités à Sciences Po Paris, École de droit

Sommaire

L'iconoclasme, au sens premier, est la destruction des images, des idoles. Indépendamment des querelles religieuses, le terme « iconoclaste » désigne la remise en cause des croyances dominantes. Pris dans ce dernier sens, il donne le titre de ce dossier qui a pour objet de montrer qu'il existe, en droit positif français, des phénomènes d'appropriation incompatibles, ou difficilement conciliables, avec le modèle doctrinal dominant de la propriété privée. Pour le dire vite et simplement, ce modèle dominant (mais heureusement pas unique) présente la propriété privée comme un droit absolu (jouant sur toute l'ambiguïté de ce mot), exclusif et perpétuel. Pour nombre d'auteurs (pas tous heureusement !), le propriétaire serait un véritable souverain sur sa chose. Le droit réel, dont le droit de propriété privée serait l'archétype, formerait un rempart érigé entre le propriétaire et sa chose, d'une part, et le reste du monde d'autre part, créant ainsi l'image d'un propriétaire « seul au monde avec sa chose ».

C'est cette robinsonnade qu'il s'agit de briser. D'un point de vue historique, elle est construite très tardivement par la doctrine française, à partir de 1848, et ce, pour des considérations politiques : défendre la propriété privée contre la menace socialiste en exacerbant et sacralisant les pouvoirs du propriétaire (V. *J.-P. Chazal, La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel : RTD civ. 2014, p. 763*). Le paradoxe est que ce nouveau paradigme de la propriété souveraine a connu (et connaît toujours) un succès incontestable en doctrine, alors qu'il n'a jamais correspondu à la réalité. Pour le dire autrement, ce paradigme ne rend pas compte de manière juste et satisfaisante du droit positif français, de sorte que sa dimension scientifique est largement supplantée par sa charge idéologique.

En effet, la régulation de l'économie, quel qu'en soit le mode (qui peut ne pas être étatique), est à la fois une condition d'existence du droit de propriété et une limite posée à celui-ci afin de tenir compte, non seulement des droits d'autrui mais aussi, et peut-être surtout, de l'intérêt général. Que ce soit aux États-Unis ou en France, le droit de propriété a toujours connu des limites imposées par la société, lesquelles posent aux juges de redoutables problèmes lorsqu'il s'agit de concevoir et de poser des critères permettant de les tracer. S'il n'existe pas de méthodologie reposant strictement sur la technique juridique, cela signifie que la décision du juge est toujours, au moins en partie, politique. Qu'est-ce que cela implique du point de vue de la motivation ?

De même, l'entreprise, qui est devenue depuis la deuxième moitié du XIXe siècle une institution centrale de nos sociétés occidentales, est un objet déconcertant lorsqu'on l'examine sous l'angle de la propriété. La question de son appropriation n'est toujours pas tranchée (et n'est pas prête de l'être), tant elle embarque dans ses flancs des considérations politiques et idéologiques.

Évidemment, c'est la propriété intellectuelle qui fournit l'exemple le plus clair de cette difficulté pour la théorie de la propriété souveraine à penser la réalité. Au point que beaucoup d'auteurs préfèrent encore affirmer que la propriété intellectuelle n'est pas une vraie propriété, quand bien même il existe un Code de la propriété intellectuelle et que le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme affirment le contraire ! Une autre option consiste à rejeter l'idée qu'il n'existe qu'un modèle de propriété unique, à penser que les modes d'appropriation sont pluriels, qu'ils diffèrent en fonction des choses et de leurs utilité ou importance sociale. L'unité peut aussi être maintenue malgré les liens qui peuvent exister entre une oeuvre intellectuelle et son support matériel, entraînant une double limitation des

pouvoirs des propriétaires de chacune de ces deux choses. On parlera alors de « souveraineté limitée » (n'est-ce pas un oxymore ? Le pouvoir souverain étant par définition celui qui est sans limite ni contrôle) et d'« unité de la propriété » malgré la diversité des modes de jouissance (la propriété serait-elle un système complexe caractérisé par *l'unitas multiplex*, chère à Edgar Morin ?). Enfin, les licences de logiciel dites libres (ou *copyleft*) ou de *Creative Commons* viennent bousculer le dogme propriétaire défini comme un droit d'exclure opposable *erga omnes*, et brouiller la distinction droit réel-droit personnel. Ici le propriétaire se sert de son droit d'exclure pour inclure le reste du monde dans l'usage de sa chose. Paradoxe apparent qui, l'effet de surprise dissipé, invite à réfléchir sur le point de savoir si le droit d'exclure est un attribut essentiel du droit de propriété. On se souvient de cet arrêt qui n'a pas reconnu le droit au propriétaire d'un magasin d'exclure de celui-ci les salariés de son concurrent qui venaient relever les prix pratiqués (*Cass. com., 4 oct. 2011 : Bull. civ. 2011, IV, n° 146*). À bien y réfléchir, les situations dans lesquelles le droit de propriété ne confère pas de droit d'exclusion sont plus fréquentes qu'il n'y paraît au premier abord.

Le présent dossier n'est pas exhaustif. On aurait pu parler, entre autres, des bouleversements provoqués par le droit de l'environnement dans les fonctions de la propriété (V. *B. Grimonprez, La fonction environnemental du droit de propriété : RTD civ. 2015, p. 539*), de la théorie des communs qui prospère sur la crise de l'idéologie propriétaire (V. *B. Coriat (dir.), Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire : éd. Les Liens qui libèrent, 2015*). Les contributions ici rassemblées proposent des opinions personnelles exprimées par des auteurs qui, s'ils ne partagent pas toujours les mêmes opinions (ce qui est une bonne chose), s'intéressent tous aux problématiques originales posées par la propriété privée dans une économie de marché. À quoi servirait-il de briser une idole si c'est pour la remplacer par une autre ?

Dans ce dossier :

- Propriété versus régulation par Jean-Pascal CHAZAL - article 48
- La question de la propriété de l'entreprise par Serge VICENTE - article 49
- [laquo] Propriété [raquo] intellectuelle par Michel VIVANT - article 50
- La propriété du support d'une oeuvre par Edouard TREPPOZ - article 51
- Le jeu du copyleft entre contrat et propriété par Séverine DUSOLLIER - article 52

© LexisNexis SA

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE

Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2015, dossier 48

Propriété versus régulation . - La nécessaire balance des intérêts

Etude Article rédigé par : Jean-Pascal CHAZAL
professeur des universités à Sciences Po Paris, École de droit

Propriété et régulation

Sommaire

La présente étude se propose de rapprocher deux notions d'une telle ambiguïté qu'un effort de définition préalable est nécessaire. Non pas qu'une définition puisse prétendre à la vérité, les autres étant automatiquement fausses, mais il s'agit de savoir de quoi on parle et de choisir les définitions les plus opérationnelles et les plus significatives possibles pour qu'une problématique intéressante puisse être construite. Ici, il s'agira de réfléchir aux relations conflictuelles qu'entretiennent la régulation, au sens large, et la propriété privée, en comparant la manière dont la Cour suprême des États-Unis et le Conseil constitutionnel français ont traité de difficultés comparables qui leur ont été soumises. Ce sera l'occasion de (re)parler de la motivation des décisions de justice et de l'impossible séparation du politique et du juridique.

La régulation est un concept polysémique. Dans une conception défendue en France par Marie-Anne Frison-Roche, la régulation serait le contraire de la réglementation et se serait développée depuis le milieu des années 1980, avec la conversion des Gouvernements, qu'ils soient de droite ou de gauche, à l'économie de marché. La régulation caractériserait donc le passage d'une économie dirigée à une économie libérale, des monopoles d'État gérant les services publics à la concurrence, d'une économie nationale à une économie globale. Il ne s'agit évidemment pas de croire que les marchés peuvent fonctionner sans règles juridiques, même les plus libéraux ne le pensent pas. Les marchés ont besoin de règles juridiques (ne seraient-ce que celles qui garantissent la propriété privée et l'exécution des conventions). Plus précisément, le droit de la régulation serait un instrument permettant de pallier les déficiences de certains marchés pour lesquels le jeu de la concurrence est insuffisant pour assurer leur fonctionnement « naturel ». Ainsi « le droit de la régulation a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, à la fois un rapport d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage nécessaire par l'État et son organisation administrative »[Note 1]. Il serait seulement le droit des secteurs nouvellement libéralisés (transports aériens et ferroviaires, assurance, banque, finance, médicament, énergie, télécommunications, services postaux), et qui ne peuvent être laissés au seul mécanisme de la concurrence en raison de la nécessité d'arbitrer, par des autorités administratives indépendantes, des intérêts contradictoires en fonction de certains finalités édictées par les pouvoirs publics.

Sans être fausse, cette présentation est discutable. Tout d'abord, ce rapport entre le droit et l'économie, fait d'organisation et de contrainte, n'est point nouveau, mais au contraire très ancien. Il en est de même pour la méthode téléologique et la recherche d'un équilibre entre des intérêts ou des valeurs contradictoires, qui serait le propre du droit de la régulation, alors que l'on peine à y voir autre chose qu'une activité juridique classique. Il est remarquable que la quasi-intégralité du discours sur le droit de la régulation pourrait sans aucune difficulté s'appliquer au droit économique en général. Ensuite, l'existence d'organes régulateurs distincts de l'État (les fameuses autorités administratives indépendantes) est une caractéristique intéressante, mais demeure un épiphénomène de l'action publique sur l'économie, même s'il engendre des particularités structurelles et institutionnelles notables. Enfin, la distinction soigneuse que certains tentent de pratiquer entre régulation et réglementation (la confusion proviendrait selon eux de l'anglais *regulation*) est acceptable à condition de ne pas en faire une opposition radicale. Si une autorité de régulation peut, dans certains cas, ne pas exercer de pouvoir règlementaire, il ne faut pas que l'arbre cache la forêt : c'est par l'édiction de règles que les pouvoirs publics, et les organes régulateurs qu'ils créent, agissent sur l'économie. Surtout, il n'est guère de secteurs qui

soient laissés aux seules forces de la concurrence, si bien que la régulation est un phénomène beaucoup plus général qui touche à l'économie dans son ensemble, puisque l'économie de marché ne peut parvenir d'elle-même à un équilibre. Bref, sans dénier les particularités du droit de la régulation, ainsi conçu et limité à certains secteurs, il faut se garder d'en faire une branche du droit et de prendre trop au sérieux les découpages académiques qui correspondent plus aux préoccupations des universitaires de se forger une spécialité qu'à la réalité. Un tel programme de recherche, toujours possible, paraît très étriqué et peu fructueux. Les modes de régulations varient selon les secteurs, tant dans leur intensité que dans leurs modalités, mais ces variations ne sont pas essentielles et en tous cas pas suffisamment importantes pour justifier l'existence d'un champ d'étude autonome. L'incapacité de la théorie de l'équilibre général à rendre compte de la réalité du fonctionnement de l'économie de marché, laquelle se révèle incapable de compenser naturellement les déséquilibres engendrés par les crises, justifie d'étendre la question de la régulation à l'ensemble.

Envisagée de manière moins étroite, comme le droit qui a pour objet de régir l'économie de marché par une intervention plus ou moins appuyée de l'État ou d'organes paraétatiques (sans toutefois que celui-ci ne dirige ni n'administre directement la production), la régulation est relativement ancienne. D'un point de vue théorique, il faut remonter, en France, aux années 1970 pour que des économistes se réclament d'une théorie de la régulation, dont le programme de recherche (au-delà des différences qui opposeront les auteurs) est l'explication des dysfonctionnements des marchés et de leur récurrence que la régulation a pour objet d'obvier ou de corriger, dans la mesure où il n'existe aucun mécanisme naturel ou intrinsèque de rééquilibrage. En ce sens, la théorie de la régulation est une alternative à la théorie de l'équilibre général. S'inspirant parfois de l'article de l'épistémologue Georges Canguilhem dans l'*Encyclopedia Universalis*, intitulé *Régulation* (dans lequel est critiquée la conception mécanique de la connaissance), des économistes français ont développé des théories de la régulation en mobilisant certains outils théoriques trouvés chez Marx[Note 2] pour expliquer le fonctionnement du système capitaliste et les crises qui l'affectent ; les modèles marxiste et keynésien ne proposant pas d'explication globale plus satisfaisante que le modèle néo-classique. Pour simplifier, citons ce qu'il est convenu d'appeler l'école grenobloise de la régulation, incarnée entre autre par Gérard Destanne de Bernis[Note 3], d'inspiration néo-marxiste dont l'objectif est de substituer l'hypothèse de la régulation à celle de l'équilibre économique général, et l'école parisienne, dans laquelle les travaux de Michel Aglietta[Note 4] sont une référence, qui montrent que la régulation ne se résume pas à l'intervention de volontaire de l'État dans l'économie. Concept plus large, la régulation se définit comme « l'étude de la transformation des rapports sociaux créant des formes nouvelles à la fois économiques et non économiques, formes organisées en structures et reproduisant une structure dominante, le mode de production »[Note 5]. L'objet d'étude ne se limite donc pas à la réglementation mais s'étend à toutes les normes, quelle qu'en soit la source, qui régissent le système économique, y compris les « institutions cachées » nécessaires au fonctionnement d'une économie de marché[Note 6] : une banque centrale, un organe édictant des normes de qualité des produits, organisant la concurrence, régissant le rapport salarial et instituant le cadre dans lequel évolue les entreprises. Le marché étant une construction sociale, il ne pourrait y avoir d'économie de marché sans régulation, seuls les modes de régulations variant en fonction des époques. L'une des institutions cachées, sans laquelle le fonctionnement d'une économie de marché est impossible, est la propriété privée.

Cette affirmation n'est pas évidente, car la philosophie libérale nous a enseigné que, dans sa conception individualiste, la propriété privée était un droit naturel de l'Homme. Les relations conflictuelles que la propriété privée, conçue de manière individualiste, entretient avec la régulation révèlent qu'il ne s'agit que d'une construction socio-politique parmi d'autres. Plus exactement, prendre conscience que la régulation de l'économie est à la fois une nécessité (et non un choix politique[Note 7] et une réalité, permet de comprendre que la conception française d'une propriété souveraine, qui fait du propriétaire un « être seul au monde avec sa chose », n'est qu'une illusion et n'a toujours été que cela. Loin de s'inscrire dans une tradition juridique ancienne, cette théorie de la propriété ne s'est développée chez les juristes français qu'à partir de 1848, pour des raisons très politiques[Note 8]. Elle a constitué un obstacle épistémologique empêchant l'avènement d'une théorie sociale de la propriété, conçue comme une institution enchâssée dans un réseau complexe de droits, de pouvoirs, de devoirs, d'interdictions, etc. soumis au contrôle permanent de l'intérêt général[Note 9] et nécessairement limitée par les droits d'autrui.

Aux États-Unis, cette conception de la propriété individualiste et libérale, héritée de *Blackstone*, a éclaté dès le XIXe siècle, la régulation devenant l'une des pierres d'achoppement entre la primauté du bien commun et la protection de la propriété privée imposée par les Ve (1791) et XIVe (1868) amendements de la Constitution. Les juristes américains se sont donc habitués à penser ce qu'ils appellent le dilemme du droit des biens (« Dilemma for property law »[Note 10] : la loi doit à la fois définir (et donc limiter) les droits de propriété et les protéger ; ce qui a rejailli sur la manière de motiver les décisions de justice, notamment celle de la Cour suprême, qui doivent arbitrer entre des intérêts contraires, entre les droits des propriétaires et l'intérêt général censé être incarné par la loi. Le modèle américain assume ainsi clairement la balance des intérêts, ce qui ne va pas sans poser de sérieuses difficultés politiques (**1**). Si en France, la notion de pro-

priété n'a pas connu le même sort, c'est uniquement parce que la majorité de la doctrine l'a érigée en dogme[Note 11] et s'arcboute sur une théorie de la propriété incapable de rendre compte de la réalité. Un examen, même grossier, du droit positif français montre que la propriété n'a jamais été ce droit réel conférant à son titulaire un pouvoir de souveraineté sur la chose. Mais les choses sont devenues plus complexes à mesure que le contrôle de constitutionnalité s'est développé, avec il est vrai presque deux siècles de retard sur les américains. Dès lors le conflit entre la régulation et la propriété demeure largement un impensé de ce côté-ci de l'Atlantique, ce qui explique que le raisonnement par balance des intérêts soit encore largement occulté, avec là aussi, des difficultés politiques considérables (2).

1. Le cas américain : la balance des intérêts assumée

Propriété versus intérêt général. - D'un point de vue historique, le phénomène de la régulation, envisagé comme une intervention des pouvoirs publics afin de régir les relations économiques entre entreprises privées, là où le marché présentait un fonctionnement non satisfaisant, remonte au moins au XIXe siècle[Note 12]. Aux États-Unis, même pendant la période dite libérale, les pouvoirs publics (tant les États que le pouvoir fédéral) ont mis en oeuvre des modes de régulations de l'économie, lesquels sont venus amputer ou limiter certaines prérogatives des propriétaires, notamment d'entreprises. Il n'y avait pas à proprement parler d'expropriation (*taking*), puisque le bien qui fait l'objet de la réglementation restait dans le patrimoine de son propriétaire, mais la restriction de ses utilités était telle que l'on pouvait parler d'« expropriation réglementaire » (*regulatory taking*). Afin de déterminer si cette réglementation (au sens large) était ou non constitutionnelle, si elle impliquait ou non une juste et préalable indemnisation du propriétaire, les juges utilisèrent plusieurs raisonnements, dont le principal consistait à se référer aux critères de la justice et de l'équité : est-ce que la législation a fait supporter à tort à des personnes particulières des charges publiques (*public burdens*) qui, en toute équité (*fairness*) et justice, devaient être supportées par le public tout entier (*the public as a whole*)[Note 13] ? Avant même que ce critère d'équité et de justice ne soit explicitement formulé, les juges ont dû se livrer, pour raisonner et motiver leurs décisions, à une balance d'intérêts entre l'intérêt général et l'intérêt du propriétaire, notamment depuis la fin du XIXe siècle lorsque la Cour suprême a consacré la théorie du « *substantive due process of law* ». Terrain on ne peut plus politique, où les juges constitutionnels sont toujours tentés par deux positions : ou bien l'auto-restriction (*self-restraint*), qui risque de laisser sans protection suffisante les droits de propriété ou bien une condamnation des restrictions injustifiée ou disproportionnée de ceux-ci, avec le risque de s'ériger en second législateur.

Activité affectant l'intérêt public. - Ainsi, la Cour suprême, dans les *Granger cases* (1877), a refusé de déclarer contraire au XIVe amendement de la Constitution une législation imposant un contrôle des prix pratiqués à l'égard des fermiers pour l'usage de silos à grains et pour le transport par chemin de fer de ceux-ci, lesquels étaient certes des biens privativement appropriés et exploités par des entreprises privées, mais utilisés pour une activité d'intérêt public[Note 14]. Pour l'opinion majoritaire exprimée par Chief Justice Morrison Waite, les pouvoirs conférés par la souveraineté autorisent un gouvernement à réglementer les relations entre les citoyens et, lorsque cela se révèle nécessaire pour la préservation du bien public (*public good*), la manière dont chacun utilise ses propres biens. Selon lui, « quand une propriété privée touche à l'intérêt public, elle cesse d'être seulement un *juris privati* », et de préciser « qu'une propriété est revêtue d'un intérêt public quand elle est utilisée d'une manière à avoir des conséquences publiques et d'affecter la communauté ». Quant à dire si les prix imposés par le législateur ou la commission *ad hoc* créée étaient raisonnables ou non, Waite considérait qu'il ne s'agissait pas d'une question relevant de la compétence de la justice, mais de la politique seulement : « pour se protéger contre les abus du législateur, le peuple doit recourir aux urnes, pas aux cours ».

Dans son opinion dissidente, Justice Stephen J. Field dénonça une subversion du droit de propriété privée car, pour lui, des installations privées exploitées par une entreprise privée ne pouvaient en aucun cas être qualifiées d'activités d'intérêt public. L'immixtion d'un législateur dans la gestion d'un bien privé, que ce soit pour déterminer son affectation ou le prix de sa jouissance, constitue, pour Field, un acte de spoliation équivalent à une confiscation. Quelques années plus tard, la Cour suprême accepta de contrôler le caractère raisonnable des tarifs imposés par les pouvoirs publics, estimant que ce n'était plus une question purement politique, mais une véritable question juridique soumise à l'analyse des juges-[Note 15]. Il s'agissait de veiller à ce que les entreprises puissent tirer de leur activité une juste compensation permettant de couvrir, non seulement les charges d'exploitation, mais aussi de dégager un profit raisonnable rémunérant les capitaux engagés et un dividende équitable au profit des actionnaires[Note 16]. La Cour suprême s'était donc astreinte à pratiquer une balance d'intérêts contraires : celui de l'entreprise soumise à la régulation, qui peut légitimement prétendre à pouvoir exercer son activité de manière rentable, et celui du public, qui est fondé à attendre de l'État qu'il garantisse des prix équitables lorsque le jeu de la concurrence n'y parvient pas.

***Self-restraint* et atteinte légitime au droit de propriété.** - On peut aussi citer la décision déclarant conforme à la Constitution la loi d'un État prohibant la fabrication et la vente de boissons alcoolisées, quand bien même l'application de ces

dispositions entraînait la fermeture d'une entreprise de distillation, dont l'activité était jusque-là parfaitement légale[Note 17]. La raison donnée par la Cour était que « la simple prohibition de l'usage d'un bien, pour des fins déclarées attentatoire à la santé, à la morale ou à la sécurité de la communauté ne peut être en aucun sens, qualifiée d'expropriation ». Le pouvoir de réglementer (*police power*) attribué par la Constitution aux États n'implique pas « qu'un État doive indemniser les propriétaires des pertes pécuniaires qu'ils peuvent endurer, car il ne leur est pas permis, par un usage nocif de leur bien, d'infliger des dommages à la communauté ». Dans son opinion dissidente, Justice Field expliquait que cette prohibition privait de leur droit de propriété les exploitants, les brasseurs et commerçants de bière sans « *due process of law* » et récusait la possibilité pour un État d'ordonner la destruction des bouteilles produites sans indemnisation. Pour lui une telle législation n'était plus de la réglementation mais de la confiscation : « *it crossed the line which separates regulation from confiscation* ». Allant encore plus loin dans le *self-restraint*, l'année suivante, la Cour suprême refusa de censurer une loi de Pennsylvanie prohibant la fabrication de la margarine, quand bien même la Cour ne serait pas convaincue par la nécessité ou la sagesse d'une telle mesure et que cette prohibition entraînait la perte totale de la valeur du bien dont le propriétaire se servait pour vivre[Note 18]. L'opinion majoritaire, délivrée par Justice Harlan, explique que le XIVe amendement n'avait pas été conçu pour que les juges interfèrent dans l'appréciation des pouvoirs politiques conférés aux États afin d'assurer la protection de la santé publique, la prévention des fraudes et la préservation des bonnes moeurs. Justice Field, pour sa part, était convaincu que, le plaignant ayant rapporté la preuve de l'innocuité de la margarine pour la santé, la loi outrepassait manifestement les pouvoirs de police du commerce et violait arbitrairement le droit de propriété.

Dévalorisation du bien et expropriation. - La position de la Cour suprême évolua à partir de 1922, sous l'influence de Justice Oliver W. Holmes. Alors que celui-ci critiquait l'opinion majoritaire de ses collègues qui avaient trop tendance à consacrer la doctrine économique du laissez-faire (en interdisant, par exemple, les États et le Congrès de règlementer les conditions de travail ou de syndicalisation des salariés[Note 19], il rédige l'opinion de la Cour qui a considéré comme contraire à la Constitution la loi d'un État interdisant à une entreprise minière d'extraire du charbon sous un quartier résidentiel au risque de rendre impossible toute habitation[Note 20]. Il faut préciser que c'est cette même entreprise qui avait vendu les terrains aux particuliers en stipulant une clause par laquelle les acquéreurs l'autorisaient à extraire le charbon dans le sous-sol (ce qui revenait à une cession des droits sur le sous-sol). Pour Holmes, une loi qui a pour effet de supprimer toute valeur à un bien est une violation tout aussi caractérisée du droit de propriété et des attentes légitimes du propriétaire qu'une dépossession pure et simple. Si par leurs décisions, les pouvoirs publics peuvent diminuer la valeur des biens appartenant à des personnes privées, encore faut-il que ce soit pour un motif d'intérêt général et que certaines limites ne soient pas dépassées : « la règle générale, au minimum, est que, quand bien même la propriété peut être réglementée jusqu'à un certain point, si la réglementation va trop loin elle sera qualifiée d'expropriation ». Cette fois, c'est Justice Louis Brandeis qui exprime une opinion dissidente en rappelant que le droit d'user d'une terre n'est pas absolu, qu'il ne peut être question d'admettre que cet usage nuise à autrui ou menace le bien public (*public welfare*). Par conséquent, la loi devrait pouvoir légitimement prohiber un tel usage sans prévoir une quelconque indemnisation au profit du propriétaire pour la diminution de valeur enregistré par son bien. C'est le raisonnement utilisé dans les affaires de plan d'occupation des sols (*local zoning law*), à condition que le découpage administratif du territoire, afin d'interdire certaines activités dans certains secteurs, ne soit ni arbitraire ni déraisonnable, quand bien même un nouveau zonage interdisant les activités industrielles faisait perdre une part importante de la valeur de l'immeuble (en l'espèce 75 %)[Note 21].

L'absence de règles claires. - La méthodologie permettant de traiter ce type de cas a été durablement fixée en 1978[Note 22]. Il s'agissait de savoir si la ville de New York pouvait interdire au propriétaire de la gare centrale d'édifier sur celle-ci un gratte-ciel de 55 étages, dans la mesure où le bâtiment abritant cette gare avait été déclaré monument historique, dont toute modification devait être autorisée par les services municipaux, et ce en application de la loi sur la préservation de l'histoire (*historic preservation law*). Rédigeant l'opinion de la majorité, Justice Brennan explique que la Cour n'a pas trouvé de règle claire (*clear rule*) pour déterminer si une réglementation (*regulation*) constituait ou non une expropriation inconstitutionnelle d'une propriété privée[Note 23]. La seule solution est donc de s'intéresser aux « circonstances particulières » suivant une enquête factuelle ayant pour objet trois facteurs :

- l'impact économique de la réglementation sur le propriétaire ne doit pas seulement être conséquent, il doit être inéquitable ou injuste ;

- l'influence exercée par cette réglementation sur les espérances raisonnables de retour sur investissement (*investment-backed expectations*[Note 24] ;

- les finalités de l'action du gouvernement (*character of government action*) qui doivent être légitimes.

Une minorité de trois juges approuvèrent les modalités de ce test très empirique de constitutionnalité, mais considérèrent que son application au cas particulier conduisait à juger qu'il s'agissait d'une expropriation inconstitutionnelle. Il est donc clair que la solution dépend pour l'essentiel d'une pesée des intérêts privés et publics, comme d'ailleurs la Cour le rappelle dans certaines décisions[Note 25]. Ce raisonnement a été étendu à tous les cas où il n'existe pas de règle spéciale applicable, sous le nom de « *general Penn Central balancing test* »[Note 26].

En conclusion, les juristes américains ont donc fini par reconnaître que l'articulation entre la régulation étatique de l'économie et les droits de propriété privée ne pouvait résulter d'un raisonnement relevant de la pure technique juridique. La recherche de ce qui est équitable et juste requiert, en effet, une appréciation de nature politique, laquelle implique une analyse casuistique, une balance des intérêts et une motivation argumentative substantielle. Voilà qui n'est pas sans poser de sérieux problèmes en termes de sécurité juridique et de légitimité démocratique. Les juristes français ont cru pouvoir résoudre autrement le problème : voyons ce qu'il en est.

2. L'analyse du cas français : la balance des intérêts occultée

Basculement hiérarchique. - Le cas français est à la fois très différent et tout à fait comparable à celui des États-Unis. Dans notre économie, la même problématique d'articulation entre la propriété privée et l'intérêt général existe. Si elle a tardée à se révéler pleinement, c'est que la constitutionnalisation du droit de propriété s'est faite tardivement, il faut en effet attendre 1971 pour que la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 soit intégrée, par le Conseil constitutionnel, à la Constitution de 1958[Note 27]. Du point de vue de la propriété privée, l'effet produit fut celui d'un bouleversement de la hiérarchie normative, puisque la DDHC mentionne à deux reprises le droit de propriété (l'article 2 qui en fait un droit naturel et imprescriptible de l'Homme et l'article 17 qui énonce qu'il est un droit inviolable et sacré dont nul ne peut être privé sans nécessité publique légalement constatée et juste et préalable indemnité). Jusque-là, le droit de propriété, qui était défini par la loi, pouvait légitimement être limité ou modifié par celle-ci. *In fine*, l'article 544 du Code civil précisait que le propriétaire ne pouvait faire de sa chose « un usage prohibé par les lois ou par les règlements », montrant ainsi que les droits et prérogatives qu'il détenait sur sa chose étaient complètement soumis au pouvoir normatif de l'État. Avec la constitutionnalisation de la DDHC, le droit de propriété devient supérieur à la loi elle-même ; c'est finalement lui qui la contrôle et l'encadre. Plus exactement, c'est à l'aulne du droit de propriété que le Conseil constitutionnel va juger la loi qui prétend le réglementer[Note 28]. Il est vrai que le Conseil a pris soin de rappeler que le droit de propriété privée peut légitimement subir « des limitations exigées par l'intérêt général », mais il n'a jamais accepté de divulguer publiquement, notamment dans la motivation de ses décisions, les critères permettant de déterminer ce que pourrait être concrètement l'intérêt général (si toutefois ils existent)[Note 29], ni la balance d'intérêts qu'il faut impérativement effectuer si l'on veut prendre cette phrase au sérieux. Certes, lorsqu'il s'agit d'apprécier une limitation législative au droit de propriété, le Conseil dit mesurer la gravité de celle-ci afin de vérifier que le sens et la portée du droit de propriété ne soient pas dénaturés. Depuis quelques années, il prétend même vérifier que l'atteinte portée à celui-ci, dans un objectif d'intérêt général, ne soit pas « manifestement disproportionnée »[Note 30]. Mais ce contrôle est factice, ou du moins, s'il est réel, les critères et les modalités de sa mise en oeuvre sont occultés par le Conseil, ce qui ne permet pas qu'un débat démocratique et critique puisse avoir lieu.

Nationalisation : le Conseil constitutionnel s'érige en censeur idéologique et politique. - La décision emblématique de la protection constitutionnelle du droit de propriété a été rendue le 16 janvier 1982, le Conseil censurant la loi relative aux nationalisations de certaines entreprises votées en 1981, aux motifs que les modalités d'indemnisation des actionnaires n'étaient pas suffisamment généreuses, même si le principe des nationalisations est reconnu, sous réserve de l'erreur manifeste d'appréciation, « dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 »[Note 31]. Si le Conseil reste muet sur la manière de tracer la ligne qui sépare la possibilité pour le législateur de nationaliser des entreprises et l'atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété, il manifeste une volonté de contrôler activement et politiquement les pouvoirs du législateur en portant un jugement sur les méthodes d'évaluation des actions retenues par celui-ci (laquelle cherchait à gommer les effets spéculatifs produits sur les cours de bourse par l'annonce politique des nationalisations). Loin d'adopter une posture de *self-restraint*, qui aurait consisté à laisser, en dernier ressort, à l'appréciation du pouvoir politique le caractère juste de l'indemnisation, il choisit de s'en mêler, tout en ne précisant aucun critère permettant de savoir ce qui serait une juste indemnisation et à partir de quelle mesure on serait en présence d'une indemnisation à ce point insuffisante qu'elle équivaudrait à une expropriation inconstitutionnelle. Mieux, il consacre une idéologie économique, en dehors de tout débat démocratique, en dessinant un « champ de la propriété privée » incompressible, sans donner, là non plus de critère permettant d'en tracer les contours[Note 32].

Motivation : démonstration ou argumentation ? - Si ce grand basculement hiérarchique, même tardif, rapproche le cas de la France de celui des États-Unis[Note 33], il s'est produit dans une culture juridique bien particulière, dans laquelle les juristes croient volontiers que le juge raisonne par syllogisme démonstratif en appliquant la règle générale à un cas particulier pour en déduire mécaniquement la solution. Appliquée au juge constitutionnel, cette théorie du raisonnement juridique accrédite l'idée que le contenu de la loi est contrôlé par l'application des règles et principes se trouvant dans le bloc de constitutionnalité. C'est cette théorie formaliste du raisonnement juridique que les américains ont abandonné dès le XIXe siècle, avec plus ou moins de dépit et de difficultés, pour se tourner, bon gré mal gré, vers la méthode de la balance des intérêts lorsqu'ils comprirent que la décision judiciaire ne provient nullement d'une démonstration mais d'un choix politique, que les concepts ou principes généraux ne sont ni évidents ni clairs, mais au contraire confus et incertains. C'est précisément ce que refusent obstinément d'admettre la grande majorité des juristes français, lesquels n'apprécient guère la balance des intérêts et les tests de proportionnalité[Note 34]. C'est pourquoi, par exemple, ils ne voient pas de problème lorsque le Conseil rejette, sans motivation, une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) tendant à remettre en cause la constitutionnalité de l'article 544 du Code civil dont le caractère absolu attribué au droit de propriété, selon les requérants, conduisait à ce que toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui soit systématiquement considérée par les juridictions civiles comme un trouble manifestement illicite permettant au propriétaire d'obtenir en référé l'expulsion des occupants, et ce contrairement au principe de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation, au droit de mener une vie familiale normale, ainsi qu'à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement[Note 35]. Le Conseil se contente, en guise de motivation, de reprendre une formule abstraite qu'il a déjà utilisée dans des décisions précédentes : « s'il appartient au législateur de mettre en oeuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés ». En se faisant, le Conseil occulte complètement le fait que c'est le droit au logement décent qui est alors sacrifié de façon très dogmatique, c'est-à-dire sans qu'une balance d'intérêts n'ait été effectuée pour savoir lequel des deux droits devait, en l'espèce, primer sur l'autre. La décision est manifestement politique, mais cette dimension n'est point assumée par le Conseil, alors que dans leur délibéré les conseillers ont nécessairement, consciemment ou non, confronter le droit de propriété au droit au logement pour faire primer le premier sur le second.

Les décisions récentes rendues par le Conseil constitutionnel sur le fondement du droit de propriété, que ce soit en contrôle *a priori* ou sur une QPC, montre que celui-ci est dans le même état d'embarras que celui dans lequel se trouve la Cour suprême depuis le XIXe siècle. Cependant, loin de reconnaître celui-ci, et d'admettre qu'il n'existe aucune règle claire permettant de décider, il fait comme si les solutions qu'ils adoptent étaient évidentes, la doctrine approuvant généralement une motivation le plus souvent indigente, voire inexistante. Pourtant, des contradictions apparaissent qui devraient normalement susciter un certain malaise.

L'intérêt de l'entreprise et le pouvoir d'appréciation du juge face à la propriété. - La loi dite *Florange* a été partiellement censurée aux motifs que certaines dispositions votées par le Parlement étaient contraires à la Constitution en ce qu'elles portaient une atteinte disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre eu égard aux contraintes qu'elles feraient peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion. Il s'agissait du mécanisme de contrôle permettant au tribunal de commerce de juger du caractère sérieux ou non d'une offre de reprise, puisqu'il est contraire aux principes susvisés (droit de propriété et liberté d'entreprendre) d'autoriser « le juge à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise »[Note 36]. Cette solution est difficilement compatible avec celle qui, sur QPC, a validé les dispositions du Code de commerce qui permettent au tribunal de commerce, lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, d'ordonner la cession forcée des parts d'un dirigeant d'entreprise[Note 37]. On ne voit pas bien en quoi, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire rendrait constitutionnelle l'atteinte au droit de propriété, alors que dans les deux cas, c'est bien l'appréciation du tribunal de commerce qui est substituée à celle du chef d'entreprise (si tant est que celui-ci pusse être qualifié de propriétaire de l'entreprise !). Pire, dans la décision dite *Florange*, il n'existait aucune atteinte au droit de propriété, en tant que titre, puisqu'il s'agissait simplement d'obliger à l'étude des offres sérieuses d'achat d'un établissement que le chef d'entreprise avait d'ores-et-déjà décidé de fermer (en raison de difficultés économiques avérées ou prévisibles, puisque cette fermeture doit s'accompagner d'un plan de licenciement collectif pour motif économique), alors que dans la seconde, c'est d'une véritable expropriation qu'il s'agit !

Dans le même sens, deux mois avant, le Conseil a validé les dispositions de la loi dite *Macron* permettant à un tribunal saisi d'une procédure de redressement judiciaire de désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires l'ayant refusée ou bien d'ordonner au

profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan de redressement, la cession des parts des associés ou actionnaires opposés au projet de plan et susceptible d'en empêcher la réalisation eu égard à leur participation dans le capital ou leurs droits de vote[Note 38]. Ici, le Conseil a considéré que l'atteinte au droit de propriété, occasionnée par ces dilution et cession forcées, n'était pas disproportionnée, le législateur poursuivant un objectif d'intérêt général consistant à « encourager la poursuite d'activité des entreprises » et à préserver les droits des créanciers de l'entreprise ». Mais n'était-ce pas également l'objectif incontestable du législateur dans la loi *Florange* ? Mieux, le dispositif censuré de cette dernière ne concernait que les entreprises d'au moins 1 000 salariés, restriction qui n'avait pas convaincu le Conseil. Pourtant ce même Conseil prend soin, pour ce qui est de la loi *Macron*, de souligner que le dispositif ne s'applique qu'aux « entreprises employant au moins cent cinquante salariés et à la double condition que leur cessation d'activité soit de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi et que la modification du capital apparaisse comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l'entreprise ». La différence substantielle entre les deux dispositifs est tout sauf évidente et on imagine aisément pouvoir rédiger, s'agissant de la loi *Florange*, une décision contraire à celle qui a été rendue, en mobilisant les mêmes arguments que ci-dessus.

Intangibilité des conventions et régulation. - Dans la même décision, le dispositif des injonctions structurelles a été censuré en ce qu'il portait une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété (et à la liberté d'entreprendre). Il s'agissait de permettre à l'Autorité de la concurrence d'imposer la modification des accords ou la cession d'actifs d'une entreprise en cas d'existence d'une position dominante et de détention d'une part de marché supérieure à 50 %, dans le commerce de détail, portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée et se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné. Alors que le Conseil reconnaît que le législateur poursuivait un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs, il lui reproche de faire peser sur les entreprises concernées des contraintes inadmissibles, sans toutefois préciser en quoi elles l'étaient (étant rappelé que les cessions d'actifs imposées par l'Autorité de la concurrence sont fréquentes en matière de contrôle des concentrations). L'année précédente, le Conseil avait validé le dispositif de la loi *ALUR* d'encadrement des loyers dans certaines zones urbanisées marquées par un déséquilibre de l'offre et de la demande de logements entraînant, compte tenu de son effet sur le montant des loyers, des difficultés sérieuses d'accès au logement, en estimant qu'il n'y avait pas d'atteinte disproportionnée au droit de propriété, quand bien même les loyers conventionnellement stipulés ne pourraient pas dépasser le montant du « loyer de référence majoré » fixé par le préfet. Là non plus les raisons de la différence de solution est tout sauf évidente : dans les deux cas, la loi portait atteinte aux stipulations conventionnelles sur les prix, pour un motif d'intérêt général.

Propriété, valeur et intérêt général. - La décision rendue à propos de la loi *Macron* est également intéressante s'agissant de la possibilité conférer au ministère de la Justice de créer, à certaines conditions, des offices de notaires, d'huissiers, de commissaires-priseurs ou encore d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Certes, les requérants n'invoquaient pas le droit de propriété dans leur saisine, mais il paraît difficilement discutable que la création de nouveaux offices diminue directement et significativement la valeur des offices existants, portant ainsi atteinte à la valeur des biens de personnes privées. D'ailleurs, pour les notaires, les huissiers et les commissaires-priseurs, la loi prévoyait un mécanisme d'indemnisation particulier : lorsque la création d'un office porte atteinte à la valeur patrimoniale d'un office antérieurement créé, le titulaire de ce dernier est indemnisé par le titulaire de ce nouvel office sur la base de la valeur patrimoniale du fonds libéral d'exercice de la profession avant la création du nouvel office. En cas de désaccord sur le montant de l'indemnisation, les parties peuvent saisir le juge de l'expropriation. Ce dispositif a été censuré aux motifs qu'il entraînait une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques en faisant peser sur le titulaire du nouvel office la charge de procéder à la compensation de la dépréciation de la valeur patrimoniale de l'office antérieurement créé[Note 39]. La motivation retenue par le Conseil est intéressante, car elle rappelle celle de la Cour suprême des États-Unis : l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics (mystérieusement déduit de l'article 13 de la DDHC) « n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières ». On peut douter qu'en l'espèce il y ait rupture d'égalité devant les charges publiques : après tout, l'officier ministériel qui bénéfice de la création d'un office est favorisé par rapport à celui qui doit payer un droit de présentation, lequel serait probablement beaucoup plus élevé que l'indemnisation de la perte de valeur de l'office existant. C'est bien parce que la valeur d'un bien approprié est diminuée par une décision des pouvoirs publics que la question de l'indemnisation se pose. Ce qui est intéressant, c'est qu'une fois encore, aucun critère, aucune méthodologie n'est donnée par le Conseil pour déterminer dans quelles proportions des personnes de droit privé peuvent se voir imposer des charges particulières, ni comment faire une balance entre la lourdeur de ces charges et l'importance du motif d'intérêt général pour dire s'il y a ou non rupture d'égalité.

Il en est de même pour les dispositions de la loi *Macron* qui prévoient la diffusion et la mise à disposition gratuite du public des informations contenues dans le registre national du commerce et des sociétés par l'INPI, alors que jusque-là leur diffusion assurait aux greffiers des tribunaux de commerce une source de revenus. Ici aussi, ce n'est pas le droit de propriété qui est invoqué par les requérants, mais la rupture d'égalité devant les charges publiques. Le Conseil se contente de rejeter le recours en disant qu'il n'y a pas de rupture d'égalité, sans expliquer pourquoi. Pourtant, c'est bien la rentabilité des greffes qui est en cause et si l'on examine la question au regard du droit de propriété, il aurait fallu se poser la question de savoir si cette nouvelle loi ne portait pas une atteinte telle à la valeur de certains greffes que leur exploitation pérenne serait compromise[Note 40]. Il aurait également fallu que le Conseil vérifie le motif d'intérêt général poursuivi et la proportionnalité du moyens utilisés, puisqu'il y avait manifestement atteinte potentielle au droit de propriété.

Des décisions politiques non motivées et non démocratiques. - Il ressort de ces quelques exemples, que le Conseil constitutionnel décide de censurer ou non une loi qui porte atteinte au droit de propriété, sans donner de véritables explications, sans fournir de critères ou une méthodologie susceptibles de convaincre les citoyens, qu'il n'exerce pas, sous couvert de contrôle de constitutionnalité, un pouvoir arbitraire. L'expérience américaine nous enseigne qu'il n'y a probablement pas de critères ou de méthode rendant la décision mécanique. Il faut alors en tirer les conséquences : la décision est politique en ce que le juge est amené à balancer des intérêts, à en privilégier certains plutôt que d'autres. Il n'est pas démocratique qu'il occulte cette balance d'intérêts en se cachant derrière des principes généraux et des pseudo-raisonnements syllogistiques, qui en réalité ne décident de rien.

Certes, l'absence de publication des opinions dissidentes contribue à occulter la dimension politique des enjeux et du débat. Nul doute que, si celle-ci était autorisée, cela forcerait le Conseil à entrer dans une motivation plus conséquente pour exprimer l'opinion majoritaire, à l'instar de ce qui se passe pour la Cour suprême des États-Unis. On pourrait imaginer qu'en France, c'est à la doctrine qu'il incombe, par une analyse critique des décisions du Conseil, de faire ressortir cette dimension politique. Il n'en est rien, les auteurs se satisfaisant, dans leur grande majorité, de l'absence de réelle motivation et préférant à la fois insister sur la cohérence de la jurisprudence du Conseil et croire que les solutions découlent logiquement de la mise en oeuvre de la technique juridique et de l'application des principes[Note 41], quand ils ne prennent pas à partie, en traitant de procureurs menant un procès en sorcellerie, ceux qui osent soulever le problème[Note 42]. Certains avouent même préférer « le parti pris de la naïveté et de l'inconséquence qui consiste à penser que le juge ne peut certes évincer ce qu'il est, mais se doit de décider sur des fondements et un raisonnement proprement juridiques qui lui permettent de tendre vers l'illusion (?) d'une certaine objectivité »[Note 43]. Et que faire si tout ceci est illusoire ?

Deux cas (presque) imaginaires en guise de conclusion. - L'absence de mécanisme de balance des intérêts va en effet cruellement se faire sentir dans les prochaines années, lorsque le Conseil va devoir examiner la constitutionnalité de certaines lois ou des décrets en préparation. Prenons deux exemples. Imaginons tout d'abord, qu'un décret modifie, comme cela a été envisagé, les modes de saisine des juridictions civiles (TGI) et commerciales en supprimant la nécessité d'une assignation par acte d'huissier pour se contenter d'une simple lettre recommandée avec accusé de réception. Les huissiers, qui verraient alors leur chiffre d'affaires, et corrélativement la valeur de leur étude, diminuer dans des proportions significatives ne pourraient-ils pas se plaindre d'une atteinte disproportionnée à leur droit de propriété, surtout s'ils ont récemment et chèrement payé un droit de présentation à leur prédécesseur ? Difficile de le contester. Pourtant cela signifierait qu'une simple réforme de la procédure civile, poursuivant un but de simplification et de réduction des coûts, dans l'intérêt des justiciables, ne pourrait être menée que par une loi prévoyant une juste et préalable indemnité, laquelle serait coûteuse pour les finances publiques. Cas difficile pour lequel les juristes seraient bien inspirés de s'exercer à la balance des intérêts !

Prenons ensuite le projet de loi relatif à la santé qui, par exemple, prévoit d'imposer le paquet de cigarettes neutre. L'industrie du tabac y voit déjà une atteinte à son droit de propriété sur les marques figuratives déposées[Note 44] qu'ils ne pourront plus apposer sur leurs paquets de cigarettes, ruinant ainsi tous les investissements publicitaires massifs engagés dans le monde pour en assurer la notoriété (étant rappelé qu'en France la publicité sur le tabac est interdite). De très importants procès ont déjà eu lieu en Australie, qui a imposé le *tobacco plain packaging*, ce qui a été validé par la Haute cour[Note 45] et qui vaut à cet État une plainte à l'Organisation mondiale du commerce. Comment serait-il possible de trancher la question sans une étude sérieuse des points suivants : l'efficacité en termes de lutte contre le tabagisme de la suppression du logo sur les paquets, la balance entre les impératifs de santé publique et le droit de propriété sur les marques figuratives ? Les juges ne pourront effectuer ce travail de balance des intérêts en se détachant de leur conception du monde, de la place de l'être humain et de la société dans celui-ci, de la liberté, de la responsabilité, etc. Ce sera donc une décision politique : la motivation sera-telle à la hauteur ?

Egalement dans ce dossier : articles 49, 50, 51, 52

Note 1 V. *M.-A. Frison-Roche, Le droit de la régulation : Dalloz, 2001, p. 610. - Définition du droit de la régulation économique : Dalloz, 2004, p. 126.*

Note 2 V. *M. Aglietta, Régulation et crises du capitalisme : Odile Jacob, 1997, p. 42* : « le problème central qui alimente la controverse suscitée par la conception marxiste du système capitaliste est l'articulation des lois d'accumulation du capital et des lois de la concurrence. Ce problème sera au coeur de notre étude et nous montrerons qu'il est le lieu nodal de la théorie de la régulation du capitalisme ».

Note 3 V. *G. D. de Bernis, Régulation ou équilibre dans l'analyse économique, in L'idée de régulation dans les sciences, (ss dir.) A. Lichnerowicz, F. Perroux, G. Gadoffre : Maloine-Doin, 1977, Paris, p. 85 et s. - Théorie de la régulation et historique des crises, in GRREC, 1983, Crise et régulation, Recueil de textes, 1979-1983 : Atelier des publications de l'Université de Grenoble II, p. 168 et s.*

Note 4 V. *M. Aglietta, op. cit., postface, p. 412,* pour qui « un mode de régulation est un ensemble de médiations qui maintiennent les distorsions produites par l'accumulation du capital dans des limites compatibles avec la cohésion sociale au sein des nations ».

Note 5 V. *M. Aglietta, op. cit., p. 41.*

Note 6 V. *R. Boyer, Théorie de la régulation, 1, Les fondamentaux : La Découverte, Repères, 2004.*

Note 7 On retrouve évidemment le choix politique dans la définition de l'intensité et de moyens de la régulation étatique.

Note 8 V. *J.-P. Chazal, La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel : RTD civ. 2014, p. 763.*

Note 9 Il faut évidemment nuancer : des auteurs ont proposé des théories sociales de la propriété, mais leurs thèses ne se sont jamais imposées dans la doctrine française, notamment privatiste.

Note 10 V. *J. W. Singer, Property: Wolters Kluwer 4th ed. 2014, p. 680.*

Note 11 V. *J.-P. Chazal, art. préc.*

Note 12 Le phénomène est probablement plus ancien.

Note 13 V. *Armstrong v. US, 364 U.S. 40, 49 (1960).*

Note 14 V. *Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1877).* La Cour suprême inversa sa position dans le *Wabash Case* (*St. Louis, and Pacific Railway Co. v. Illinois Case, 118 U.S. 557 (1886)*) aux motifs que cette réglementation des prix affectant le commerce interétatique ressortissait de la compétence fédérale, ce qui provoqua l'adoption de l'*Interstate Commerce Act* en 1887.

Note 15 V. *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota, 134 U.S. 418 (1890).* La jurisprudence *Munn* sera complètement renversée par la décision *Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 539 (1934),* faisant disparaître la notion d'« activité économique touchant à l'intérêt public » (« *Businesses affected with the public interest* ») de la jurisprudence constitutionnelle.

Note 16 V. *Smyth v. Ames, 169 U.S. 466 (1898),* décision qui consacre la théorie des « coûts de reproduction », rejetant celle de « l'investissement prudent », qui excluait la prise en compte des dividendes (mais qui, tenant compte du coût initial des investissements étaient favorables aux compagnies de chemin de fer dans une période de déflation et de forte réduction des coûts d'exploitation). L'approche par les « coûts de reproduction » actuels revient à se demander qu'elle serait la valeur des biens exploités par l'entreprise si celle-ci se trouvait placée sur un marché concurrentiel (méthode qui favorisait les grandes entreprises par la maximisation de la valeur du capital investi). La règle posée par *Smyth v. Ames* fut maintenu, malgré des critiques sans cesses plus fortes, jusqu'à la décision *Federal power Comm'n v. Hope Natural Gas Co., 320 U.S., 591 (1944)* et *Federal Power Comm'n v. Natural Gas Pipeline Co., 315 U.S. 575 (1942).*

Note 17 V. *Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887).*

Note 18 V. *Powell v. Pennsylvania, 127 U.S. 678 (1888).*

Note 19 V. *Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). - Adair v. United States, 208 U.S. 161, 173 (1908).*

Note 20 V. *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).*

Note 21 V. *Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926).*

Note 22 V. *Penn Central Transportation CO. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1978).*

Note 23 « Cette Cour, assez simplement, a été incapable de développer un ensemble de formules (*set of formula*) pour déterminer quand l'équité et la justice requièrent que les dommages économiques causés par l'action publique doivent être indemnisés par le gouvernement plutôt que d'être concentrés de manière disproportionnés sur quelques personnes ».

Note 24 Où l'on note l'influence de la conception utilitariste de la propriété développée, V. *F. I. Michelman, Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of « Just Compensation » Law: 80 Harv. L. Rev. 1165 (1167).*

Note 25 V. *Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255 (1980).*

Note 26 Pour plus de détails, V. *J. W. Singer, op.cit., p. 727 et s.*

Note 27 V. *Cons. const., déc. 16 juill. 1971, n° 71-44 DC : Rec. Cons. const. 1971, p. 29.* - Il faut aussi parler du Protocole n° 1 de la CEDH, signé par la France en 1952, mais seulement ratifié en 1974, qui fait du droit de propriété une norme supra-législative.

Note 28 Il est intéressant de noter que la doctrine française jette un regard ambivalent sur le phénomène : certains y voient un renforcement de la place fondamentale de la propriété privée dans notre société (V. *F. Zenati-Castaing et T. Revet, Les biens : PUF, 3ème éd. 2008, n° 218*), voire une « contre-offensive » de la propriété privée (V. *J.-L. Halpérin, Histoire du droit des biens : Economica 2008, p. 324*), d'autres considèrent que la jurisprudence du Conseil consacre un déclin de celle-ci par l'affaiblissement de la protection des propriétaires, plus symbolique que réelle, et le primat des limitations exigées par l'intérêt général (V. les références données par *N. Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé : LGDJ, 1997, n° 59 et s.*).

Note 29 Sauf à laisser l'appréciation de l'intérêt général au pouvoir souverain du législateur, ce qui caractériserait une attitude de *self-restraint*. Mais il est peu probable que le Conseil constitutionnel laisserait passer un prétexte futile ou ridicule, qualifié d'intérêt général par la loi, pour porter atteinte au droit de propriété. Ici l'erreur manifeste d'appréciation pourrait servir à réintroduire un contrôle certes restreint, mais suffisant pour que la question des critères de détermination de l'intérêt général se pose.

Note 30 Pour certains, que le Conseil « ne se livre pas comme le juge européen à un contrôle de proportionnalité pour rechercher si l'atteinte au droit de propriété est acceptable eu égard à la légitimité du but poursuivi (...). C'est de manière intrinsèque que les dispositions organisant la restriction des droits du propriétaire sont visitées pour qu'il soit vérifié que le seuil du tolérable n'a pas été outrepassé », V. *F. Zenati, RTD civ. 1999, p. 132*, qui cite également *H. Pauliat, Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : RDP 1995, p. 1445.*

Note 31 V. *Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : Rec. Cons. const. 1982, p. 18.*

Note 32 S'agissant des rapports entre la Constitution et l'économie, V. les débats récemment publiés *J. Peyrelevade, P. Dévolvé et G. Drago : Rev. Commentaire, n° 144, p. 841, n° 146, p. 343 et n° 150, p. 395.*

Note 33 Sur les restrictions au droit de propriété, ce rapprochement avait été perçu par *J.-Y. Chérot, La protection de la propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in Mélanges Mouly : Litec 1998, t. 1, p. 416.*

Note 34 Pour un exemple caricatural, V. *P.-Y. Gautier, Éloge du syllogisme : JCP G 2015, 902.*

Note 35 V. *Cons. const., 30 sept. 2011, déc. n° 2011-169 QPC.*

Note 36 V. *Cons. const., déc. 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.* En l'occurrence, il s'agissait de permettre aux juges de sanctionner les entreprises employant au moins mille salariés, ou appartenant à un groupe d'au moins mille salariés, pour ne pas avoir recherché un repreneur ou avoir refusé, sans motif légitime, une offre de reprise sérieuse, alors qu'est envisagée la fermeture d'un établissement entraînant des licenciements collectifs pour motif économique. Le tribunal de commerce aurait pu condamner à une pénalité égale à 20 fois la valeur mensuelle du SMIC par emploi supprimé dans le cadre d'un licenciement collectif, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise.

Note 37 V. *Cons. const., 7 oct. 2015, déc. n° 2015-486 QPC.*

Note 38 V. *Cons. const., déc. 5 août 2015, n° 2015-715 DC.*

Note 39 Pour le Conseil, « il est loisible au titulaire d'un office subissant un préjudice anormal et spécial résultant de la création d'un nouvel office d'ne demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques ».

Note 40 La jurisprudence du Conseil a consacré une conception du droit de propriété « essentiellement compris comme un droit à la valeur », V. *N. Molefessis, op. cit., n° 102, p. 84.*

Note 41 V. les chroniques de jurisprudence constitutionnelle dans les périodiques juridiques, qui se contentent le plus souvent d'une paraphrase apologétique des décisions du Conseil constitutionnel. Une minorité d'auteurs ont cependant publié des opinions critiques ou discordantes, V. par exemple, *R. Savy, La constitution des juges : D. 1983, chron. p. 105. - H. Pauliat, L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? : D. 1995, p. 283.*

Note 42 V. par exemple l'instructive polémique sur la décision relative à la loi Florange, *J.-P. Chazal, Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie : D. 2014, p. 1101. - L. d'Avout, La liberté d'entreprendre au bûcher ? : D. 2014, p. 1287. - J.-P. Chazal, Réponse d'un faux « politiste » à un vrai juriste, disponible à l'adresse suivante : http://spire.sciencespo.fr/web.*

Note 43 V. *B. Mallet-Bricoud, Chronique de droit des biens : D. 2014, p. 1844.*

Note 44 Le droit pour le propriétaire d'une marque de l'utiliser et de la protéger est reconnu par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, V. *Cons. const., déc. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC : Rec. Cons. const. 1991, p. 11. - Cons. const., déc. 15 janv. 1992, n° 91-303 DC : Rec. Cons. const. 1992, p. 15.*

Note 45 V. *JT International SA v. Commonwealth of Australia ; British American Tobacco Australasia Limited v. The Commonwealth, [2012] HCA 43, Date of Order : 15 August 2012, Date of Publication of Reasons : 5 October 2012, S409/2011 & S389/2011.*

© LexisNexis SA

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE

Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2015, dossier 49

La question de la propriété de l'entreprise

Etude Article rédigé par : Serge VICENTE
Maître de conférences
Groupe de recherche de droit civil économique
(CRJ EA 1965)
Université Grenoble Alpes

Propriété de l'entreprise

Sommaire

La question de la propriété de l'entreprise reste posée malgré les diverses analyses conduites à ce jour. Cette problématique renferme pourtant des enjeux non négligeables. L'affirmation d'une telle propriété et l'identification de son propriétaire restent des questions éminemment politiques à laquelle la seule technique juridique ne saurait répondre.

Qui est propriétaire de l'entreprise ? L'interrogation n'est pas nouvelle. Pourtant, elle constitue toujours une source de réflexion pour les juristes et les économistes qu'ils soient français ou étrangers. La raison d'un tel engouement tient sans doute à ce que la question recèle en son sein deux problématiques aussi fondamentales qu'insolubles : Qu'est-ce que l'entreprise ? Qu'est-ce que la propriété ?

L'entreprise reste une notion aussi insaisissable qu'incontournable pour le juriste[Note 1]. Insaisissable, car la notion d'entreprise n'est pas, selon certains, une notion juridique mais une notion économique et sociale complexe appartenant au domaine des réalités socio-économiques[Note 2]. En outre, l'entreprise reste une notion polysémique et plastique qui désigne, selon les contextes tantôt un genre, à savoir l'ensemble des formes juridiques d'exploitation (entreprise individuelle/entreprise sociétaire ; entreprise civile/entreprise commerciale) ; tantôt un bien, objet de droit ; voire encore un acteur de la vie économique et donc un sujet de droit[Note 3]. On ne peut manquer d'observer que depuis la thèse de Michel Despax, il y a près de 60 ans, concluant que l'entreprise était un « sujet de droit naissant »[Note 4], la situation n'a guère évolué. Déjà, Georges Ripert relevait quelques années auparavant que « notre droit a le sentiment de l'existence de l'entreprise, mais il n'arrive encore à la saisir que dans l'application de certaines règles spéciales »[Note 5]. S'il constatait que la notion devenait un objet de réglementation légale, c'était pour constater plus loin, à propos de la nature juridique de l'entreprise, que « notre droit actuel ne connaît pas l'entreprise »[Note 6]. Malgré ce constat, l'entreprise demeure une notion importante notamment en droit positif. Vouloir répertorier les textes citant l'entreprise serait une gageure tant ils sont nombreux. Mais par-delà, ces illustrations légales ou réglementaires, c'est sa définition qui interpelle. D'évidence, la notion et le statut juridique de l'entreprise déçoivent et restent toujours en quête d'une véritable reconnaissance. Nombres d'approches juridiques permettent de dessiner les traits généraux de la notion d'entreprise. Que l'on envisage l'entreprise de manière assez classique, c'est-à-dire comme le rassemblement de moyens humains et financiers afin d'exercer une activité économique ; par le biais d'une « observation réaliste » pour la définir à la fois comme une activité (de production, de transformation, de distribution de biens et de prestations de services) et un centre d'intérêts[Note 7] ; au travers d'une approche d'inspiration comptable comme « une activité de production[Note 8] (....) engagée et poursuivie sous le contrôle et sous la responsabilité d'une unité institutionnelle »[Note 9] ; ou encore comme un « ordre juridique en soi » et comme un lieu où s'exercerait « un certain pouvoir sur les choses et sur les hommes »[Note 10] ; l'entreprise se définit généralement par la conjonction de sa finalité économique, l'exercice d'une activité économique (production ou distribution de produits ou service) et le regroupement de moyens (humains, financiers et matériels). Malgré ses imperfections et

son caractère probablement inachevé, cette définition de l'entreprise suffit pour examiner la problématique fondamentale que soulève son rapprochement avec la propriété avec la réserve suivante. Si l'entreprise individuelle ne soulève guère de difficulté, l'exploitant étant généralement le propriétaire, justifiant sa mise à l'écart du champ de notre étude ; l'entreprise sociétaire (ou sociale), c'est-à-dire exploitée par une société, révèle la difficulté avec toute son acuité, notamment en présence d'un actionnariat important et dispersé, ce que Georges Ripert évoquait sous le terme de « grande entreprise » et que les américains appellent *big firms*.

La seconde, la propriété, connaît aujourd'hui une crise identitaire profonde ou, plutôt, une « crise de l'idéologie propriétaire »[Note 11]. La définition comme la nature de la propriété sont sources de débats doctrinaux incessants[Note 12], preuve sans doute des imperfections, des faiblesses voire des lacunes de la conception actuelle au point que la propriété moderne serait aujourd'hui à son « crépuscule »[Note 13]. Conçue tantôt comme un droit réel, tantôt comme « lien d'appartenance »[Note 14], voire comme un « droit qui porte sur les choses »[Note 15], voire ou encore comme un « complexe d'attributions et de devoirs »[Note 16], la définition de la propriété interroge comme d'ailleurs sa nature : propriété individualiste ou propriété dotée d'une fonction sociale ? D'évidence, les théories de la propriété sont aujourd'hui plurielles comme d'ailleurs les finalités inhérentes à chacune d'elles. Même si l'on admet que la théorie de la propriété conçue comme le droit réel par excellence est asséchante pour l'esprit et réductrice sur un plan analytique ; l'objectif de la présente étude n'est pas d'analyser sous l'angle critique toutes ces théories : chacune présente probablement une part de vérité et a pu contribuer au fil du temps à l'évolution de la perception juridique, sociale, voire politique de la propriété.

L'ambition de la présente contribution est ailleurs et vise à cerner les rapports entre la propriété et l'entreprise. À cet égard, on constate aisément combien ces relations ont été profondément marquées par l'avènement de la société de capitaux. Georges Ripert soulignait ainsi que longtemps « l'entreprise est restée sous la propriété »[Note 17], cette dernière étant suffisante. L'exploitant d'un établissement avait, en sa qualité de propriétaire des bâtiments, de l'outillage et des matières premières, la maîtrise de l'ensemble de la production et la faculté de devenir ainsi propriétaire des produits. Avec l'apparition de la société par actions, la propriété ne permet plus de rendre compte de l'exploitation d'une grande entreprise. Le propriétaire des biens les apporte désormais à la personne morale qui les exploitera, le premier renonçant à sa qualité de propriétaire au profit de l'entreprise : « l'entreprise domine la propriété »[Note 18]. Les deux notions ne se superposent plus. L'avènement d'une telle dissociation brouille l'identité du propriétaire de l'entreprise tout en dévoilant une nouvelle question fondamentale, celle d'une concurrence des pouvoirs entre les anciens propriétaires de l'entreprise ou des actifs apportés, devenus actionnaires et auteurs d'un transfert de propriété à l'être moral, et ceux des dirigeants sociaux qui exercent désormais les pouvoirs de gestion sur l'entreprise. Reste que derrière l'organisation structurée et hiérarchisée des pouvoirs des différents organes sociaux plane toujours l'incertitude que Georges Ripert résumait ainsi « on ne sait jamais exactement qui dirige l'entreprise »[Note 19]. Quelques années plus tôt, la même question se posait aux États-Unis avec la publication du fameux ouvrage d'Adolf A. Berle et Gardiner C. Means qui théorisait l'éclatement de la propriété au contact des sociétés de capitaux modernes[Note 20]. C'est ainsi que la problématique de l'organisation des pouvoirs des organes sociaux a progressivement occulté la question de la propriété de l'entreprise, du moins en apparence. En effet, la naissance du mouvement de la *corporate governance* outre atlantique, et sa difficile acculturation en France sous le terme de gouvernement d'entreprise, démontre que les deux questions sont étroitement liées dans la mesure où l'identification du propriétaire de l'entreprise influence de manière décisive l'exercice des pouvoirs au sein de la société. Reste que la situation est aujourd'hui pour le moins paradoxale car, si l'entreprise constitue aujourd'hui un des acteurs essentiels voire incontournables de notre économie de marché, on ne parvient toujours pas à déterminer qui en est le propriétaire. Plusieurs analyses ont pourtant été avancées puisqu'il a été soutenu que l'entreprise appartenait aux dirigeants (**1**), voire aux actionnaires (**2**), avant que l'on n'affirme qu'elle n'appartient à personne (**3**). En réalité, l'entreprise n'appartient-elle pas tout simplement à la société (**4**) ?

1. L'entreprise appartient aux dirigeants

Dans un ouvrage publié en 1932, et intitulé *The Moderne Corporation & Private Property*[Note 21], Berle, juriste, et Means, économiste, dressent le constat que la propriété privée traditionnelle n'existe plus véritablement que pour les biens de consommation et qu'elle disparait progressivement pour les biens de production, et notamment la grande entreprise. Cette dernière connaît, dans sa forme de sociétés par actions, l'émergence d'un nouveau type de propriété, la propriété sans contrôle, autrement dit une forme de propriété divisée en deux éléments l'un passif et l'autre actif. Selon ces auteurs, la société de capitaux (*corporation*) inaugure une espèce de propriété éclatée dans laquelle le droit de propriété des actionnaires (propriété passive) se trouve déconnectée des pouvoirs de décisions et de contrôle (propriété active) conférés à des directeurs (*management*), lesquels maîtrisent les dépenses et les investissements, et donc le niveau de profit mais également l'avenir de l'entreprise. Cet éclatement de la propriété répond alors à des nécessités techniques

puisque le rassemblement d'importants capitaux, devant permettre ensuite la production de masse, ne pouvait se réaliser que par le recours aux marchés financiers et à l'actionnariat. Cela impliquait donc que les petits, voire les plus gros actionnaires, laissent à d'autres, souvent des mandataires ou des salariés, le soin de gérer leur capital. Dans ces conditions, l'entreprise est alors contrôlée non plus par le propriétaire mais par le dirigeant qui dispose de la « propriété active » ou du « contrôle », c'est-à-dire de la « maîtrise, voire la manipulation physique des inputs »[Note 22]. Berle et Means constatent que la nouvelle organisation, qu'implique l'actionnariat, crée un conflit entre deux logiques traditionnelles, celles de la propriété et du profit, dans la mesure où les directeurs salariés ont la possibilité de maximiser leur utilité plutôt que le bénéfice de l'entreprise. Ils s'interrogent donc sur la justification d'une telle propriété passive qui jure avec l'utilité sociale dans la mesure où cette séparation entre l'actionnariat (très souvent éparpillé) et la direction se révèle préjudiciable à la performance de la société. Face à ce constat, les auteurs proposent plusieurs correctifs. Ils préconisent ainsi tantôt d'instituer des mesures de protection de l'actionnaire, tantôt d'abandonner le pouvoir aux managers mais avec la conséquence de créer une nouvelle forme d'oligarchie, voire encore de mettre en avant les « intérêts de la communauté »[Note 23]. Avec cette dernière perspective, Berle et Means estiment que l'une des solutions serait de contraindre le *management* à gérer l'entreprise sociétaire en tenant compte d'autres intérêts que ceux des seuls actionnaires : ceux des salariés, des consommateurs, de l'État.

L'ouvrage de Berle et Means a eu un retentissement considérable au moment de sa publication et constitue, sans aucun doute, le point de départ probablement involontaire de ce que l'on a appelé la « révolution managériale ». Certes, et comme on a pu l'écrire[Note 24], l'analyse développée par ces auteurs arrive à point nommé et sur un terrain préalablement préparé par des ouvrages antérieurs qui avaient souligné les inquiétudes face au développement des sociétés anonymes et notamment des holdings. Elle a néanmoins fait l'objet de nombreuses critiques sur sa logique interne, sa cohérence avec l'ensemble de l'analyse économique, voire sur les prémisses économiques de l'analyse de Means[Note 25]. On peut d'ailleurs émettre des réserves sur la pertinence d'un tel éclatement de la propriété et l'existence d'une véritable propriété active tant elle paraît artificielle face à un actionnariat qui, bien qu'éparpillé, reste néanmoins l'organe social souverain, surtout depuis la restauration de son pouvoir par le mouvement de la *corporate governance*. Pour autant, l'analyse mérite l'attention pour plusieurs raisons. Tout d'abord, elle constate une véritable révolution de l'entreprise sociétaire avec la destruction d'une propriété unitaire qui jusque-là échoyait aux apporteurs de capitaux. Ensuite, elle affirme que les grandes entreprises sociétaires doivent être gérées à l'aune de l'intérêt commun comme toute organisation concentrant un pouvoir économique important susceptible d'être un danger potentiel pour la démocratie. Ce risque est loin d'être hypothétique quand on constate, par exemple, que la société *Apple* dispose actuellement, à la lecture des derniers chiffres publiés, d'une trésorerie de près de 206 milliards de dollars soit l'équivalent du PIB du Portugal[Note 26]. Enfin, l'ouvrage de Berle et Means est à l'origine du mouvement de la *corporate governance*, dont l'objectif principal visait à forger les outils juridiques pour assurer un contrôle des dirigeants par les actionnaires. Pourtant, et de manière assez paradoxale, cette analyse va conduire dans les années 1960 à l'affirmation d'une propriété des actionnaires et à l'asservissement de l'entreprise à l'objectif de maximisation de leurs intérêts.

2. L'entreprise appartient aux actionnaires

Dans un article publié dans le *New York Times* le 19 septembre 1970 sous le titre *The social responsability of business is to increase its profits*[Note 27], Milton Friedman vulgarise, en quelques pages, un mouvement de pensée en pleine expansion dans les années 1960 et qui va profondément marquer tant l'analyse économique de la fin du XXe siècle que la gouvernance des sociétés. Cet article comme celui, plus approfondi publié par Michael Jensen et William Meckling[Note 28] quelques années plus tard, marque en effet l'émergence de la théorie de l'agence. Milton Friedman y développe l'idée que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise. En cette qualité, ils désignent les dirigeants sociaux (*agents)* qui ne sont autres que les mandataires des actionnaires et dont l'un des objectifs principaux est de maximiser l'intérêt de leurs mandants. Cette dernière finalité se confond avec celle de la maximisation des profits et supplante toute autre considération ou finalité. La poursuite de la maximisation de la valeur actionnariale (*shareholder value)* prime sur les intérêts des autres contributeurs à l'entreprise, voire les préoccupations sociales ou environnementales. La performance de la société se définit alors par rapport au montant des dividendes versés annuellement aux actionnaires. Cette optimisation de la valeur actionnariale passe d'ailleurs par la mise en place de mesures fortes d'incitation sur les rémunérations des dirigeants (stock-options) ainsi que par des mesures de transparence dans la gestion sociale nécessaires afin d'assurer une effectivité au contrôle de l'actionnariat sur les dirigeants. L'idée s'impose donc que les sociétés les plus performantes sont celles dont les actionnaires exercent un contrôle étroit sur leurs représentants (*managers*). En clair, l'entreprise n'a d'autre mission que de satisfaire les attentes des actionnaires, ces derniers étant propriétaires de l'entreprise et seuls à même de décider de l'usage de ses biens. La justification d'une telle propriété des actionnaires réside, selon Milton Friedman, dans le fait qu'ils choisissent le chef d'entreprise[Note 29]. Comme le souligne un auteur, l'argument est faible

car il est acquis dans les grandes entreprises, que ce ne sont pas tant les actionnaires qui choisissent les dirigeants que les conseils d'administration qui, s'ils sont censés représenter les actionnaires, fonctionnent en réalité de manière très autonome dans les entreprises dont l'actionnariat est très dispersé[Note 30]. Mais plus que la justification d'une telle propriété, c'est l'ensemble de la démonstration qui a été critiquée.

Qualifiée de « piètre juriste » par certains auteurs[Note 31], l'analyse traduit, pour d'autres, un manque totale de rigueur et constitue une démonstration « qui a les dehors de la science mais est totalement fantaisiste »[Note 32]. Notre collègue Jean-Philippe Robé développe ainsi une critique en règle de l'analyse de Milton Friedman en révélant ses confusions et ses erreurs. S'agissant des premières, il souligne la confusion entre l'entreprise et la société lorsqu'il aborde la notion de mandataire social puisqu'il utilise deux expressions radicalement antinomiques pour désigner le mandataire[Note 33]. Mais il est vrai que Milton Friedman et ses épigones considèrent que la sphère juridique relève généralement de la fiction, la notion de société commerciale apparaissant comme une personne artificielle dotée de responsabilités artificielles. Ensuite au rang des erreurs, l'analyse de Milton Friedman reposerait sur plusieurs affirmations inexactes. Tout d'abord, les actionnaires ne sont pas propriétaires de l'entreprise, ils ne sont propriétaires que des actions émises par les sociétés commerciales utilisées pour structurer juridiquement l'entreprise. En cette qualité, ils ont alors le droit de participer aux décisions des assemblées générales d'actionnaires et celui de voter. Ensuite, les dirigeants sociaux ne sont pas les mandataires des actionnaires, ils sont des mandataires sociaux, autant dire des mandataires de la société elle-même. Enfin, l'auteur relève qu'il n'existe, en droit des sociétés, aucune obligation juridique pour le mandataire de maximiser les profits. Le mandataire social doit gérer dans « l'intérêt social » et ce dernier ne consiste pas, dans les textes ou en jurisprudence (ni en France ni aux États-Unis) en la maximisation des profits[Note 34].

La critique de la propriété des actionnaires est partagée assez largement par la doctrine contemporaine et se révèle, en réalité, assez ancienne. Bien avant le débat ouvert par Milton Friedman, Georges Ripert vilipendait déjà une telle éventualité lorsqu'il s'interrogeait sur le fonctionnement de l'entreprise capitaliste, et notamment sur le rapport entre la propriété et la direction. Il relevait ainsi l'inexactitude juridique du constat de certains économistes selon lequel la société par actions avait séparé la propriété de la direction en laissant aux actionnaires, la propriété de l'exploitation, mais en les empêchant de la diriger eux-mêmes. Il écrivait « les actionnaires ne sont nullement propriétaires de l'exploitation... le soutenir serait nier la personnalité morale »[Note 35]. En effet, « le juriste ne connaît pas l'actionnaire propriétaire... une telle qualité serait la négation même de la personnalité morale attribuée à la société. Le Code civil (*C. civ., art. 529*) en donnant aux actions le caractère mobilier, alors que la société possède des immeubles, précise la nature du droit de l'associé. L'actionnaire n'est pas propriétaire de l'actif »[Note 36]. En réalité, l'actionnaire est propriétaire des actions, en aucun cas il ne peut être copropriétaire de l'entreprise. « L'actionnaire a un droit contre la société et non un droit dans la société »[Note 37].

En définitive, l'analyse de Milton Friedman, sous les couverts de la simplicité et des dehors d'évidence, constitue une « *énormité juridique* » et devrait, notamment selon Jean-Philippe Robé, être rejetée[Note 38]. Pourtant, cette conclusion peine à convaincre tant la réalité des choses paraît différente. Car, c'est bien cette théorie de la *shareholder value*, et son corolaire la propriété actionnariale, qui explique le mieux le fonctionnement actuel des grandes entreprises. Qui peut nier qu'après la mise au pas des dirigeants, ce sont les actionnaires et leurs intérêts qui dominent aujourd'hui l'entreprise ? Si ce constat du réel s'impose, il n'en reste pas moins contestable. Car comment peut-on admettre que ceux qui concentrent les pouvoirs, qui imposent leurs projets et décisions à des managers devenus de simple exécutants, qui bénéficient principalement de la maximisation des profits, qui se comportent finalement en « souverains » sur leur chose, l'entreprise, n'assument pas les responsabilités liées à l'activité sociale ou si peu, en raison d'une limitation de responsabilité au montant des apports, que cela confine à une forme d'irresponsabilité[Note 39] ? La proclamation d'actionnaires propriétaires dotés de tous les pouvoirs sur la chose et irresponsables des préjudices qu'elle pourrait engendrer est un non-sens. La propriété actionnariale de l'entreprise doit être condamnée, comme celle des dirigeants. Doit-on alors admettre comme le suggère Jean-Philippe Robé que l'entreprise n'appartient à personne ?

3. L'entreprise n'appartient à personne

L'affirmation n'est pas sans surprendre : comment l'entreprise peut-elle n'être la propriété de personne et n'être l'objet d'aucun droit privatif ? L'analyse menée par Jean-Philippe Robé peut se résumer en deux temps. Son point de départ réside tout à la fois dans les difficultés traditionnelles des juristes à appréhender l'entreprise et dans le constat selon lequel l'entreprise est plutôt un concept économique qu'un concept juridique. L'inexistence de la notion en droit positif[Note 40] constitue ainsi les prémisses à l'élaboration d'une nouvelle théorie juridique de l'entreprise qui vise à la considérer comme un « ordre juridique en soi »[Note 41]. Dans un second temps, et parce que la notion d'entreprise n'existe pas juridiquement, elle ne peut donc trouver sa place dans l'ordre juridique et s'inscrire au sein de la distinction entre les objets et les sujets de droit (personnes physiques ou morales). L'auteur constate ainsi que les actifs contrôlés par l'entreprise sont

des objets de droit puisqu'ils sont la propriété des personnes morales. De même, les sujets de droit sont représentés par les sociétés qui servent de support juridique à l'entreprise. En revanche, l'entreprise n'est ni un objet de droit, ni un sujet de droit, dans ces conditions personne ne peut donc en être propriétaire et elle n'est, elle-même, propriétaire de rien[Note 42]. Il y a, selon l'auteur, « des institutions dont personne n'est propriétaire et c'est le cas de l'entreprise »[Note 43].

Si l'on peut suivre l'auteur dans sa quête d'une nouvelle définition de l'entreprise ou lorsqu'il affirme son impossibilité à être sujet de droit en l'absence de personnalité juridique ; on est moins convaincu par la mise à l'écart du statut d'objet de droit. En effet, même si elle reste encore aujourd'hui discutée dans ses contours juridiques et loin de faire l'objet d'une conception juridique unique, l'entreprise reste, et l'auteur en convient d'ailleurs[Note 44], une réalité qui s'accommode du sort que lui réservent les juristes en droit positif. À cet égard, il est aisé de constater que tous les jours des entreprises se négocient, sont vendues, voire sont fermées, et qu'en présence de telles opérations, le droit positif appréhende l'entreprise comme un objet de droit. Les dispositions légales ne manquent pas et sont connues, parmi lesquelles, par exemple, les articles L. 1224-1 du Code du travail ou L. 642-1 du Code de commerce qui évoquent la vente ou la cession de l'entreprise. Dans le même esprit, on peut évoquer la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014[Note 45] ayant déclaré les dispositions de l'article 1er de la loi visant à reconquérir l'économie réelle (dite « loi Florange »[Note 46] promulguée le 29 mars 2014) comme contraires à la Constitution de 1958. Par une censure partielle de ces dispositions, le Conseil constitutionnel sanctionne en réalité l'atteinte disproportionnée portée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre en raison des contraintes que de telles dispositions feraient peser sur les choix économiques et la gestion du chef d'entreprise.

Au vu de ces illustrations l'entreprise apparaît indéniablement comme un objet de droit, force est donc de constater que l'analyse développée par Jean-Philippe Robé se révèle incapable d'expliquer véritablement le droit positif, tout au plus apparaît-elle comme une analyse de *lege feranda.* La question est donc aujourd'hui stratégique : est-il intéressant de délaisser le terrain de la propriété ? L'auteur l'affirme en soulignant que « la réflexion sur l'entreprise à partir du droit de propriété induit en erreur même s'il y a des relations de propriété. La réflexion doit se faire à partir du concept de pouvoir »[Note 47], et il s'interroge alors sur les pouvoirs de contrôle des actionnaires pour déplorer notamment l'absence de contre-pouvoirs. L'analyse ne convainc pas plus pour deux raisons. D'une part, si une réflexion en termes de pouvoirs est envisageable, elle ne nous paraît pas totalement étrangère à la question de la propriété. Il nous semble en effet que le coeur du problème est bien le rapport entre les notions de pouvoir et de propriété et plus précisément les moyens d'encadrer, de limiter voire d'équilibrer l'exercice par le propriétaire de l'entreprise de ses pouvoirs à l'égard des autres parties prenantes au projet entrepreneurial. D'autre part, l'analyse menée repose manifestement sur une conception trop étriquée de la propriété conçue à l'aune d'une propriété souveraine qui reste très discutable. En définitive, un éclairage nouveau de ces problématiques paraît possible si l'on admet que le propriétaire de l'entreprise n'est autre que la société.

4. L'entreprise appartient à la société

D'emblée, l'affirmation selon laquelle la société serait propriétaire de l'entreprise, c'est-à-dire propriétaire d'un ensemble de moyens matériels et humains (entendons par là, un ensemble de relations contractuelles) aux fins d'exercer une activité économique, ne doit pas surprendre si l'on veut bien admettre le principe de la personnalité morale. Pourtant, cette thèse est loin d'être partagée par l'ensemble de la doctrine contemporaine qui rarement évoque l'existence d'une société propriétaire de l'entreprise. Si certains l'affirment sans ambages en constatant que l'entreprise « est une chose dont la société, en tant qu'exploitante, est propriétaire »[Note 48], d'autres refusent de qualifier l'entreprise de bien[Note 49]. Enfin, un troisième courant constate que l'entreprise apparaît parfois, au gré de ces multiples significations, sous les traits d'un « objet de droits (...) considéré comme un bien (une universalité), objet de conventions »[Note 50], allant même jusqu'à la décrire comme « une notion patrimoniale (...) objet de propriété économique »[Note 51]. On perçoit dans cette dernière approche des réticences à l'affirmation d'une véritable propriété sur l'entreprise, l'évocation d'une propriété économique marquant sans doute une distance avec l'existence d'une véritable appropriation juridique. Pourtant, deux analyses doctrinales, menées à partir d'approches différentes de la propriété, permettent de se convaincre de la pertinence d'une propriété de l'entreprise dont l'un des intérêts serait d'apporter une contribution à la quête actuelle d'une meilleure gouvernance au sein des sociétés.

Alimentant le débat sur la définition et le contenu de la propriété, notre collègue Jean-Pascal Chazal appelle, dans un récent article[Note 52], à une « révolution copernicienne » de la propriété afin de « débarrasser cet instrument qu'est la propriété de certaines caractéristiques dont on l'a dotée au fil du temps (...) qui (...) paraissent en éroder l'efficacité et en obscurcir les fonctions ». L'auteur suggère d'abandonner « la figure du propriétaire-souverain (qui) nous empêche de voir ou d'assumer franchement que le propriétaire n'est pas seul au monde avec sa chose, que ses pouvoirs sont limités, non pas par exception ou anomalie, mais par principe »[Note 53] et d'envisager la propriété au travers d'une théorie sociale de

la propriété qui seule peut sérieusement rendre compte de cette réalité sociale qu'est le phénomène d'appropriation. Il propose de « concevoir le droit de propriété comme un lien d'obligation entre le propriétaire et les non-propriétaires susceptibles de créer, selon les besoins, des devoirs à la charges du premier et des droits ou prérogatives aux bénéfices des seconds »[Note 54]. La propriété n'ayant d'intérêt que dans les situations de tensions entre des intérêts divergents, cette analyse permettrait d'expliquer, dans certaines situations, en quoi l'exercice du droit de propriété a pour fonction à la fois de satisfaire les intérêts de son titulaire et d'oeuvrer pour le bien commun[Note 55]. Ainsi définie, la société pourrait être propriétaire de ce bien atypique qu'est l'entreprise et devrait l'exploiter conformément au bien commun, autrement dit pour le profit des différentes parties prenantes.

On peut ne pas être convaincu par cette conception de la propriété qui rompt nettement avec les dogmes d'une propriété unitaire, individualiste et souveraine pour conférer une finalité sociale à la gestion de l'entreprise conforme au bien commun. Pourtant, un auteur parvient au même constat sans pour autant « révolutionner » la propriété. Dans son ouvrage *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Georges Ripert développe deux idées qui retiennent l'attention. Tout d'abord, il constate que le rapport entre la propriété et l'entreprise a évolué au cours du temps. Si longtemps l'entreprise a été occultée par la propriété, laquelle conférait aux détenteurs de capitaux la suprématie sur les moyens de production et, donc sur les fruits de l'exploitation ; l'avènement de la personnalité morale a produit une inversion de logique. Étant propriétaire des biens composant son actif, la société les exploite comme tout propriétaire ; la société étant d'ailleurs créée dans le seul but d'exploiter l'entreprise, il s'agit alors d'une propriété affectée[Note 56]. L'objet de la société est donc d'exploiter l'entreprise, cette exploitation se révélant par le truchement de la propriété. Ensuite, et même si Georges Ripert reste opposé à la fonction sociale de la propriété, il constate que lorsque la propriété est engagée dans une exploitation commune la fonction sociale réapparaît alors mais il ne s'agit plus de la fonction sociale de la propriété, mais de la fonction sociale de l'entreprise. L'auteur poursuit en considérant que « dans le groupement des forces réalisé par l'entreprise, la fin poursuivie devient d'une importance capitale (...) cette fin c'est le bien commun des hommes qui coopèrent à l'entreprise (...) ce n'est plus seulement la rémunération sans limite du capital par les bénéfices réalisés, c'est aussi la vie assurée aux hommes qui travaillent dans l'entreprise et à la famille de ses hommes »[Note 57]. Sa conclusion sonne comme une prophétie : « capital et travail doivent trouver dans l'entreprise une satisfaction, mais de nature différente, et si l'entreprise ne peut la fournir elle n'est pas digne de vivre »[Note 58]. Doit-on se résoudre à cette issue ou admettre qu'il est temps d'instaurer un exercice des pouvoirs sur l'entreprise respectueux des intérêts de tous ?

On connaît aujourd'hui les conséquences néfastes de la stratégie de maximisation de la valeur actionnariale : distribution massive de dividendes aux actionnaires, politique de rémunérations élevées, investissements à court terme au détriment du long terme, et finalement érosion de la rentabilité des sociétés au détriment d'une gestion durable de l'entreprise profitable à l'ensemble de ses parties prenantes. Une telle situation a été rendue possible par l'alliance objective des pouvoirs managérial et actionnarial dont les intérêts financiers ont pu converger grâce au système des *stock-options* et des rémunérations variables permettant une péréquation entre la maximisation des dividendes distribués aux actionnaires et la rémunération des dirigeants en place. La théorie de la valeur actionnariale s'est également traduite par l'oubli de l'une des parties prenantes internes essentielles de l'entreprise, les salariés[Note 59]. Comment ne pas considérer que ces derniers qui participent de manière constante, et sans doute la plus risquée, au projet commun entrepreneurial, ne puissent obtenir un juste retour en termes de pouvoirs, voire de contrepartie financière au même titre que les autres acteurs du projet ? Si l'entreprise reste encore souvent le lieu d'intérêts divergents ; son exploitation raisonnable par la société propriétaire doit nécessairement s'inscrire dans la pérennité, dans une gestion à long terme et respectueuse des intérêts de tous. Telles doivent être les motivations et finalités des décisions sociales votées par l'assemblée générale et qui seront mises en oeuvre par les dirigeants. C'est à cette condition qu'un point d'équilibre des pouvoirs internes à la société pourra être atteint. L'objectif d'une propriété de l'entreprise exercée conformément au bien commun relèvera sans doute, pour certains, de la formule incantatoire ou de l'aphorisme provocateur. Pourtant, les outils juridiques pour y parvenir sont connus et efficients, la propriété ne figure-t-elle pas parmi les prérogatives juridiques dotées en droit positif d'une protection aussi efficace que diverse ? Reste toutefois en suspens la question de la réelle volonté politique, législative voire judiciaire de poursuivre un tel objectif ?

Sur le plan politique et/ou législatif, le sentiment est mitigé. Ainsi, le mouvement dit du gouvernement d'entreprise, qui s'est développé ces dernières années en France, dans le prolongement de la *corporate governance*, a surtout contribué à renforcer les contrôles internes ainsi que l'information et la participation des actionnaires. Point donc de réel rééquilibrage des forces au sein de la société et d'assurance d'un exercice plus respectueux des intérêts de tous, et notamment des salariés. En réalité, l'amélioration de la gouvernance de la société, pour ne pas succomber à la conclusion prophétique de Georges Ripert, suppose inévitablement la création de véritable contrepouvoirs et la reconnaissance d'une véritable place au sein de la société des salariés, bénéficiaires d'informations et de réels pouvoirs. Il n'y aurait là somme toute qu'un retour à la notion d'entreprise dont l'apparition reste historiquement liée au rôle des salariés, l'invention du

contrat de travail ayant, selon certains auteurs, renforcée l'entreprise[Note 60]. Pourtant, au fil des décennies, l'existence d'une réelle volonté politique interroge. On ne cite plus l'alinéa 8 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 posant la règle de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise généralement présentée comme une « déclaration de principe »[Note 61]. Ni l'article L. 2323-67 du Code du travail, assez décevant, prévoyant la possible participation de deux délégués du comité d'entreprise au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes mais sans voix délibérative. Reste toutefois l'article L. 225-27, alinéa 1 du Code de commerce qui prévoit l'obligation de modifier les statuts afin de créer un nombre limité de poste d'administrateurs salariés au sein des certaines sociétés anonymes avec voix délibératives. Le dispositif reste encore assez encadré même si la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, a contribué à un élargissement de son domaine d'application en abaissant notamment les seuils sociaux des sociétés soumises à l'obligation. En définitive, la participation des salariés à la gestion des entreprises reste encore à faire. Un auteur, Jean-Marc Moulin, synthétise parfaitement les raisons d'un tel échec : « c'est en fait l'absence d'une volonté politique claire et délibérée qu'il faut incriminer dans la mesure où les procédés techniques exposés plus haut ne sont que la traduction d'une contradiction que la France n'a pas su surmonter : d'une part, assurer la participation des salariés à la gestion (...) et, d'autre part, la crainte de porter atteinte à la souveraineté des actionnaires, de faire fuir les capitaux, de brider l'initiative individuelle (...) et, au-delà de porter atteinte à la propriété privée et à la valorisation actionnariale si chère à l'idéologie de la *corporate governance* »[Note 62]. Le renversement des paradigmes que sont la propriété souveraine et individualiste d'une part, et la valeur actionnariale d'autre part, au profit d'une propriété à finalité sociale et d'une valeur entrepreneuriale devrait contribuer à faire bouger les lignes. Des raisons d'espérer existent. La récente modification du régime juridique de la cession du fonds de commerce par la société est un bel exemple d'espoir. Si en sa qualité de propriétaire, la société dispose du droit de céder son fonds de commerce, forme première de l'entreprise ; elle supporte désormais l'obligation légale d'informer ses salariés du projet de cession aux fins de leur permettre, éventuellement, d'acquérir le bien cédé (V. *C. com., art. L. 141-28 et s.*). Cette obligation, conçue comme un contrepoids au droit de disposer du propriétaire, vise à canaliser ses décisions de gestion tout en favorisant une exploitation soucieuse des intérêts des différentes parties prenantes de la société. Même si le régime juridique de cette obligation d'information déçoit[Note 63], ce dispositif révèle que l'exercice de la propriété doit désormais s'inscrire dans une recherche de la sauvegarde de l'intérêt commun ou de l'intérêt général.

Sur le plan pratique, la recherche d'une volonté judiciaire d'asseoir l'exercice d'une propriété de l'entreprise conforme au bien commun relève *a priori* de la gageure. Pourtant, qu'il nous soit permis de penser le contraire. Affirmer que la société doive exploiter l'entreprise conformément au bien commun en prenant en compte les intérêts de ses différentes parties prenantes, n'est-ce pas admettre que ses décisions de gestion, prises *via* ses organes (dirigeant, voire actionnariat majoritaire en assemblée générale), doivent participer de cette même logique ? N'est-ce pas admettre que la conformité des décisions sociales au bien commun participe d'une même logique que leur conformité à l'intérêt social, « boussole qui indique la conduite à suivre »[Note 64] ? L'intérêt social n'est-il pas à la société ce que le bien commun est au propriétaire, à savoir le garde-fou à respecter devant tout acte ou toute décision prise par le propriétaire sur ses biens ? L'intérêt social n'est-il pas finalement l'une des expressions du bien commun, celle qui prévaut lorsque la société est propriétaire ? On sait que la notion d'intérêt social peine aujourd'hui à trouver un véritable contenu définitionnel[Note 65], certains y voyant l'intérêt propre de société[Note 66], d'autres l'intérêt des associés[Note 67], d'autres, enfin, l'intérêt de l'entreprise par-delà celui de la société[Note 68]. Sans prétendre mettre un terme au débat avec ces quelques lignes, nous nous permettrons deux remarques. Tout d'abord, nous pensons que l'intérêt social ne saurait se réduire à l'intérêt commun des associés et ne prend véritablement sens qu'en l'envisageant comme l'intérêt de la société en tant qu'être moral doté d'un patrimoine, de pouvoirs et de droits propres. Ensuite, vouloir définir l'intérêt de la société à l'aune du bien commun n'est guère novateur. Dans une étude consacrée à la *Stakeholders Theory* et ses possibles impacts juridiques en droit des sociétés[Note 69], F.-G. Trébulle propose de dépasser l'alternative « intérêt des actionnaires/ intérêt de l'entreprise » pour envisager une nouvelle définition de l'intérêt social intégrant les intérêts des *stakeholders*[Note 70]. L'auteur propose alors d'intégrer l'intérêt général dans l'intérêt social lequel constituerait alors un moyen de lutter contre les décisions des actionnaires majoritaires, qui forts de leur limitation de responsabilité, prennent des initiatives risquées dont ils auront le bénéfice si elles tournent bien et dont les créanciers sociaux supporteront les conséquences si les choses ne sont pas ce que l'on espérait[Note 71].

Cette définition de l'intérêt social, son fondement dans la *Stakeholders Theory* comme sa proche filiation de la doctrine de l'entreprise ne manqueront pas de faire débat[Note 72]. Pourtant, considérer que la société est propriétaire de l'entreprise et doit exercer ses pouvoirs sur la chose conformément au bien commun pourrait constituer une analyse alternative, voire un argument supplémentaire en faveur de l'abandon définitif de la valeur actionnariale, de la quête d'une répartition plus juste de la richesse produite par la société et d'un nécessaire équilibre des pouvoirs au sein de la structure sociale. Les notions de propriété, de société et d'entreprise en sortiraient probablement rénovées et notre société renforcée.

Egalement dans ce dossier : articles 48, 50, 51, 52

Note 1 V. *A. Supiot, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise : RTD com. 1985, p. 623, n° 38.*

Note 2 V. *J. Paillusseau, J.-J. Caussain, H. Lazarski et Ph. Peyramaure, Cession d'entreprise : Dalloz, 1999, 4e éd., n° 4.*

Note 3 V. *P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés : LGDJ, 5e éd., 2013, n° 54.*

Note 4 V. *M. Despax, L'entreprise et le droit : LGDJ, coll. bibl. dr. privé, t. 1, 1957, p. 411.*

Note 5 V. *G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne : LGDJ, 2e éd. 1951, n° 122, p. 273.*

Note 6 V. *G. Ripert, op. cit., 1951, n° 125, p. 276-277.*

Note 7 V. *J. Paillusseau, Le big-bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) : RJ com. 1987, p. 377 ; JCP E 1988, II, 15101 ; JCP G 1988, I, 3330.*

Note 8 Qui, selon l'auteur, s'entend de l'activité qui combine des ressources en entrée (main d'oeuvre, capital, bien et services) pour produire des biens et des services en sortie, V. *P. Didier, Une définition de l'entreprise, in Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à P. Catala, Litec, 2001, 849.*

Note 9 Cette unité institutionnelle n'étant autre qu'une personne juridique (physique ou morale), V. *P. Didier, op. cit., spec. n° 2.*

Note 10 V. *J.-Ph. Robé, L'entreprise en droit (1995) : Rev. Droit et société, vol. 29, p. 117.*

Note 11 V. *B. Coriat (sous la direction), Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire : éd. Les liens qui Libèrent 2015.*

Note 12 On ne compte plus les articles publiés ces dernières années sur la propriété, notamment à la revue trimestrielle de droit civil, V. *G. Lardeux, Qu'est-ce que la propriété ? : RTD civ. 2013, 741. - W. Dross, Une approche structurale de la propriété : RTD civ. 2012, 419.* - Le débat conduit parfois à des échanges intéressants, V. ainsi, *J.-P. Chazal, La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel : RTD civ. 2014, 763* et la réponse de *W. Dross, Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ? : RTD civ. 2015, 27.* - La dernière livraison de la revue est encore l'occasion d'une nouvelle approche des fonctions de la propriété, V. *B. Grimonprez, La fonction environnementale de la propriété : RTD civ. 2015, 539.*

Note 13 V. *F. Zenati-Castaing, Le crépuscule de la propriété moderne, Essai de synthèse des modèles propriétaires, in Les modèles propriétaires : LGDJ-PU Poitiers, 2012, p. 225-238.*

Note 14 V. *S. Ginossar, Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux : LGDJ, 1960.*

Note 15 V. *W. Dross, Une approche structurale de la propriété, op.cit., spec., 421.*

Note 16 V. *J.-P. Chazal, La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel : RTD civ. 2014, 763.*

Note 17 V. *G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne : LGDJ, 2e éd. 1951, n° 120, p. 268.*

Note 18 V. *G. Ripert, op. cit., n° 120, p. 269.*

Note 19 V. G. *Ripert, op. cit., n° 130, p. 284.*

Note 20 V. *The Moderne Corporation & Private Property: 2nd éd. 1968, Transaction publishers 1991, introduction par M. Weidenbaum et M. Jensen.*

Note 21 *Ibid.*

Note 22 V. *J. Magnan de Bornier, Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means : Rev. économique, 1987, vol. 38, n° 6, p. 1171.*

Note 23 V. *Berle et Means, op. cit., p. 312.*

Note 24 Dressant ce constat, *J. Magnan de Bornier, op.cit., spec., p. 1173.* L'auteur cite ainsi *W. Lippman, Drift and mastery, an attempt to diagnose the current unrest, New York, Mitchell Kennerley, 1914* ; ou encore *T. Carver, The present economic revolution in the United States, Boston, Little, Brown & Co.*

Note 25 Sur ces différents points, V. *J. Magnan de Bornier, op. cit.*

Note 26 Chiffres évoqués dans l'édition *Le Monde* du 29 octobre 2015.

Note 27 V. *M. Friedman, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits: New-York Times magazine, 13 sept. 1970, p. 122-126.*

Note 28 V. *Michael C. Jensen et William H. Meckling, Theory of the firm: Managerial behavior, Agency costs and ownership structure: Journal of Financial Economics, 1976, p. 305-360.*

Note 29 *The whole justification for permitting the corporate executive to be selected by the stockholders is that the executive is an agent serving the interests of his principal.*

Note 30 V. *B. Girard, Responsabilité sociale des entreprises : retour sur un article de Milton Friedman : Les cahiers de la CRSDD, coll. recherche, 2013, p. 1.*

Note 31 Propos de Lynn A. Stout rapportés par Bernard Girard, *op. cit., spec. p. 12.* - V. encore du même auteur plus récemment, *L. A. Stout, The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public (2012)* et un résumé à l'adresse suivante *: http://www.europeanfinancialreview.com/ ?p=883.*

Note 32 V. *J.-Ph. Robé, Pour en finir avec Milton Friedman, Misère de la théorie de l'Agence, in La crise de l'entreprise et de sa représentation : Dalloz, 2012, p. 11.*

Note 33 V. *J.-Ph. Robé* souligne ainsi que M. Friedman utilise tour à tour, évoquant le mandataire social, l'expression « employé des propriétaires de l'entreprise » et « mandataire des personnes qui sont propriétaires de la société », *op. cit., p. 15.*

Note 34 V. *J.-Ph. Robé, op. cit., p. 16.*

Note 35 V. *G. Ripert, op. cit., n° 128, p. 282.*

Note 36 V. *G. Ripert, op. cit., n° 44, p. 104.*

Note 37 V. *G. Ripert, op. cit., n° 44, p. 105.*

Note 38 V. *J.-Ph. Robé, À qui appartiennent les entreprises ? : Le débat 2009, 155, p. 32.*

Note 39 Pour ce constat actuel et sa critique, V. *S. Vicente, Quelles responsabilités pour les dirigeants et les associés, in Dossier Repenser le gouvernement des sociétés commerciales : CDE 2013, dossier 7.* Ce constat se renforce avec l'affirmation de la nécessité d'une faute détachable des associés dans la mise en oeuvre de leur responsabilité à l'égard des tiers, *Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, SAS Macris c/ SAS ITM alimentaire international : JurisData n° 2014-002810 ; JCP E 2014, 1160, note B. Dondero.*

Note 40 V. *J.-Ph. Robé, L'entreprise en droit, op. cit., p. 117.*

Note 41 V. *J.-Ph. Robé, L'entreprise en droit, op. cit., p. 117.*

Note 42 V. *J.-Ph. Robé, L'entreprise et le droit : PUF, coll. Que sais-je ?, n° 3442.*

Note 43 V. *J.-Ph. Robé, Personne n'est propriétaire de l'entreprise par Cl. de Gastines, C. E. Triomphe : in Metis, 18 juin 2012.* Interview consultable à l'adresse suivante : *http://www.metiseurope.eu/jean-philippe-robe-personne-n-est-proprietaire-de-l-entreprise_fr_70_art_29422.html.*

Note 44 V. *J.-Ph. Robé, L'entreprise en droit, op. cit., p. 118.*

Note 45 V. *Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, Loi visant à reconquérir l'économie réelle : JurisData n° 2014-019927.*

Note 46 On se souvient que cette loi visait à sanctionner les entreprises d'une certaine taille, envisageant la fermeture d'un établissement entraînant des licenciements collectifs pour motifs économiques, pour ne pas avoir recherché un repreneur ou avoir refusé, sans motif légitime, une offre de reprise sérieuse.

Note 47 V. *J.-Ph. Robé, Personne n'est propriétaire de l'entreprise, op. cit.*

Note 48 V. *M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés : Lexisnexis, 24e éd., 2014, n° 402.*

Note 49 V. *M.-H. Monsèrié-Bon et L. Grosclaude, Droit des sociétés et des groupements : LGDJ, 2013, n° 13.*

Note 50 V. *P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 54.*

Note 51 V. *P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 281.*

Note 52 V. *J.-P. Chazal, La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel : RTD civ. 2014, 763.*

Note 53 V. *J.-P. Chazal, op. cit., 787.*

Note 54 V. *J.-P. Chazal, ibid.*

Note 55 L'arbitrage politique entre ces deux pôles se faisant par la loi ou le juge.

Note 56 *Op. cit., n° 120, p. 269.*

Note 57 V. *G. Ripert, op. cit, n° 126, p. 279.*

Note 58 *Ibid.*

Note 59 Les chiffres parlent d'eux-mêmes. Selon la Commission européenne, la part des salaires dans la valeur ajoutée est passée, en France, de 64,6 % du PIB (dans les années 1971-1980) à 57,1 % (dans les années 2001-2008). Dans le même temps, le taux de rendement des actions est passé de 6,7 % en moyenne (entre 1973-1982) à 22,1 % (entre 1993-2000), chiffres cités par *D. Plihon, Le nouveau capitalisme : La découverte : Coll. Repères, 3e éd., 2009, p. 44.* - V. aussi *Commissariat général au plan, Rapp. Rentabilité et risque dans le nouveau régime de croissance : Doc. fr. 2002.*

Note 60 V. *B. Segrestin et A. Hatchuel, Refonder l'entreprise : Seuil, 2012, p. 34-39.*

Note 61 V. *G. Ripert, op. cit., n° 139, p. 309.*

Note 62 V. *J.-M. Moulin, La participation des salariés à la gestion de la société (le comité d'entreprise d'actionnaire) : Bull. Joly 2002, p. 580.*

Note 63 La déception affleure toujours à la lecture de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui supprime la sanction de la nullité en cas de méconnaissance de l'obligation et maintient toujours la possibilité pour le propriétaire cédant de ne pas donner suite à l'offre salariale.

Note 64 V. *M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit., n° 400.*

Note 65 V. *A. Pirovano, La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? : D. 1997, chron. p. 189.*

Note 66 V. *A. Constantin, L'intérêt social : quel intérêt ? in Mélanges B. Mercadal : éd. F. Lefebvre, 2002, p. 317.*

Note 67 Dans ce sens, V. *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans les SA : Joly éd. 2004, n° 4.* - Du même auteur, *De l'intérêt social : JCP E 1995, I, 488.*

Note 68 V. *J. Paillusseau, Les fondements du droit moderne des sociétés : JCP E 1995, I, 488.*

Note 69 V. *F.-G. Trébulle, Stakeholders Theory et droit des sociétés : Bull. Joly 2006, p. 1337.*

Note 70 Autrement dit, les « porteurs d'intérêts » dont les entreprises doivent tenir compte, au-delà des actionnaires.

Note 71 V. *F.-G. Trébulle, op. cit., n° 5.*

Note 72 Les critiques à l'égard de la doctrine de l'entreprise sont anciennes, V. *A. Lyon-Caen et G. Lyon-Caen, La doctrine de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise : Lib. Tec., 601, 1978, p. 619.* - Et toujours vivaces, V. par exemple, *J.-Ph. Robé, L'au-delà de la doctrine de l'entreprise, in Dossier Repenser le gouvernement des sociétés commerciales : CDE 2013, dossier 8.*

© LexisNexis SA