

La place de la grande entreprise dans la mondialisation
Un processus de constitutionnalisation

La période de crise que nous traversons peut être l'occasion de réformer l'économie en entamant un processus de constitutionnalisation : comme ce fut le cas pour les Etats à l'époque Moderne, il s'agirait d'imposer aux grandes entreprises le respect des droits fondamentaux qui s'exercent dans l'entreprise sur les individus, et d'envisager divers dispositifs pour les rendre comptables du pouvoir qu'elles exercent. En remettant l'entreprise au cœur de la réflexion sur la structuration réelle de l'économie et du système de pouvoir, on remettrait à sa place le système financier et on engloberait les grandes entreprises dans un système de pouvoir-monde.

Jean-Philippe Robé est avocat aux barreaux de Paris et de New York.

<http://www.globalization-blog.info/>

La globalisation de l'économie et les difficultés auxquelles font face les systèmes politiques nationaux pour traiter les problèmes qui en découlent font apparaître, d'un côté, l'unité que constituent l'écosystème terrestre, le système social mondial et l'économie monde et, de l'autre, un système politique éclaté entre des Etats « souverains », système qui semble dépassé.

Est-il possible d'envisager de contrer ce processus d'érosion du pouvoir politique ?

Certains imaginent possible la création d'un Etat

mondial. Cette voie de réflexion nous semble totalement utopique voire porteuse de graves dangers. Elle semble également limitée par le fait qu'elle donne l'impression que l'institution étatique est le cadre indépassable de la réflexion sur le politique et de la localisation institutionnelle de procédures de prises de décisions politiques. Elle est fondamentalement passiviste. L'idée d'une progressive création d'un Etat fédéral mondial n'est tout simplement pas à la hauteur de ce qui nous arrive avec la globalisation. Elle ne peut répondre à l'urgence et à la complexité des problèmes que celle-ci génère.

Notre projet d'analyse du processus de constitutionnalisation vise au contraire à identifier les modalités de mise en place progressive d'un système-monde de pou-

Notre projet d'analyse du processus de constitutionnalisation vise à identifier les modalités de mise en place progressive d'un système-monde de pouvoir appelant un élargissement de l'idée constitutionnelle pour l'appliquer à l'ensemble des institutions faisant partie de ce système.

voir appelant un élargissement de l'idée constitutionnelle pour l'appliquer à l'ensemble des institutions faisant partie de ce système. Il explicite les fondements constitutionnels du système-monde de pouvoir tel qu'il s'est mis en place. Il explore les moyens d'une extension des procédures de soumission de l'exercice de *tous* les pouvoirs nés du schéma constitutionnel libéral, qu'ils soient officiels (les

Etats et leurs organisations) ou qu'ils ne le soient pas (les entreprises), aux normes constitutionnelles premièrement de respect des droits des individus, et deuxièmement d'obligation d'utiliser les prérogatives conférées par un pouvoir de fait conformément aux finalités qui le fondent.

Une structuration de l'autorité à partir des Etats

Le système institutionnel mondial actuel est axé sur une structuration de l'autorité reposant sur le « système des Etats » : la surface du globe et la population mondiale sont réparties aujourd'hui entre 196 Etats « souverains » qui, à leur tour, répartissent les prérogatives sur leurs territoires entre droits privés et compétences publiques.

Ce « système des Etats » est né en Europe au XVII^e

siècle, dans un contexte très particulier : celui des guerres de religion et de la nécessité de créer en droit international une règle de souveraineté étatique face à la perte d'unité de la Chrétienté.

D'abord né dans le champ *externe* (les Etats se reconnaissant mutuellement leur souveraineté sur leurs affaires intérieures), le concept de souveraineté a ensuite été approfondi en *interne* dans le cadre de la lutte contre les « corps intermédiaires » et les concurrents internes à l'Etat. L'Etat s'est alors retrouvé détenteur d'un double monopole : le monopole de l'autorité vis-à-vis de son territoire et de sa population à l'égard des autres Etats ; le monopole de l'autorité en interne vis-à-vis de ses concurrents politiques et de la population.

S'ensuit, à compter des révolutions libérales de la fin du XVIII^e siècle, une conception moderne du pouvoir, structurée grâce aux institutions étatiques autour des grandes dichotomies libérales : privé/public, intérêt personnel/intérêt général, autonomie/hétéronomie, contrat/loi, économique/politique, marché/démocratie.

Dans le schéma constitutionnel libéral, il y a d'un côté l'individu, avec sa sphère de prérogatives privées, de « droits absolus » (dont le droit de propriété) non-finalisés, qui bénéficie d'une autonomie *de principe* lui permettant la recherche de son intérêt personnel, disposant de l'autonomie contractuelle, agissant dans la sphère économique avec d'autres individus dans une position identique à lui et qui se retrouve dans la position d'un acteur du « marché ». Et puis il y a, de l'autre, l'Etat qui est le titulaire des prérogatives publiques qui sont des compétences *d'exception*, limitées par le dispositif constitutionnel de répartition des compétences. Elles sont finalisées par la recherche de l'intérêt général, l'adoption des normes hétéronomes (lois) se faisant *via* le dispositif politique (pouvoirs exécutif et législatif) avec des modes de fonctionnement institutionnels plus ou moins démocratiques. C'est à ce niveau que le droit peut être adapté, notamment en adoptant des normes permettant l'internalisation des externalités négatives générées par le fonctionnement autonome de l'économie et dont il est décidé au sein des institutions politiques qu'elles doivent être internalisées dans les prix.

C'est de là que sont nés le droit du travail, de l'environnement, de la consommation, de la distribution, etc... On a là les branches d'un droit de protection, étatique, donc d'application territoriale.

Les sociétés par actions ont apporté un bouleversement radical au système

Ce système est maintenant bouleversé par le fait que l'introduction de la personnalité morale forte des sociétés par actions et la concentration du capital qu'elle a permis est à l'origine d'un bouleversement radical du fonctionnement effectif du système qui n'entre pas dans le cadre des grandes dichotomies libérales.

Nul n'avait imaginé que des organisations mondiales « privées » seraient en mesure de mettre les Etats en concurrence dans leur offre de droit. Et nul n'avait imaginé que certains Etats, organisations « publiques », feraient commerce de leur souveraineté pour fournir aux entreprises et aux individus déterritorialisés les instruments leur permettant d'échapper à la capacité régulatrice des Etats classiques.

Profiter de la crise pour inventer un processus global de « constitutionnalisation »

L'idée de s'intéresser à la « constitutionnalisation » du système de pouvoir-monde a pour objectif de développer une analyse monodisciplinaire dont le but est de saisir l'opportunité que les crises graves que nous traversons représentent pour changer de paradigme.

1) Au cœur du problème, et peut-être de sa solution, réside la grande entreprise.

Nous l'avons démontré par nos travaux, la (grande) entreprise n'est pas l'objet d'un droit de propriété. Elle est un lieu de pouvoir, intégré au système-monde de pouvoir et au système juridique global.

Son existence a été rendue possible grâce au dispositif constitutionnel des sociétés libérales et à l'introduction,

presque subreptice, de la société par actions, qui a progressivement sapé l'équilibre institutionnel libéral initial.

2) L'entreprise n'a aucune existence en droit. Cette inexistence est souvent perçue comme un problème à traiter. Il faudrait « personnaliser » l'entreprise. Créer un nouveau « contrat d'entreprise ». Mais l'inexistence de l'entreprise en droit positif est, en fait, une opportunité. Le « système des Etats » n'est certes pas totalement figé. Mais il est extraordinairement difficile à faire évoluer, comme le montrent les difficultés de l'aventure européenne depuis plusieurs décennies. Et même face à la crise polymorphe majeure que nous traversons, la capacité d'adaptation des Etats est limitée par les contraintes que posent les institutions politiques nationales. En revanche, la relation Etat / entreprise, précisément parce qu'elle n'est pas institutionnalisée, offre un champ d'évolutions possibles et de moyens d'évolutions très vastes et variés.

3) C'est une science généralisée du pouvoir qu'il faut développer et la réflexion sur le processus de « constitutionnalisation » se propose d'en dresser les grandes lignes.

L'idée de départ est de partir de l'unité (plurielle) du système-monde de pouvoir. Il n'y a plus de « souverains » absolus. En conséquence de la concentration de prérogatives constitutionnelles initialement définies pour les seuls individus dans ces organisations mondiales potentiellement éternelles que sont les très grandes entreprises, la structure constitutionnelle du système-monde de pouvoir, dont la souveraineté des Etats n'est que l'une des composantes, est en fait pluraliste. Nous sommes face à un système juridique et politique combinant les ordres juridiques et politiques des Etats et des entreprises.

Ce qui a bouleversé le fonctionnement du système-monde de pouvoir, c'est que l'on a trop laissé les divers détenteurs de prérogatives (qu'elles soient « publiques » ou « privées ») abuser de la personnalité morale, tout en restant dans le cadre d'une analyse qui considèrerait l'action étatique comme intrinsèquement « politique » et celle des entreprises comme intrinsèquement « économique ».

Ce qui a bouleversé le fonctionnement du système-monde de pouvoir, c'est que l'on a trop laissé les divers détenteurs de prérogatives (qu'elles soient « publiques »

ou « privées ») abuser de la personnalité morale, tout en restant dans le cadre d'une analyse qui considérerait l'action étatique comme intrinsèquement « politique » et celle des entreprises comme intrinsèquement « économique ».

S'agissant des acteurs publics, un des objectifs d'un programme de « constitutionnalisation » est d'identifier les dispositifs de prévention et de lutte contre ce que l'on peut appeler les « abus de souveraineté » par les divers paradis réglementaires et fiscaux.

S'agissant des acteurs privés, il faut reprendre l'analyse de leur pouvoir en partant du droit de propriété. Posé comme un droit fondamental, il était destiné à protéger l'individu. Il se ramène, dans l'ordre *interne*, à une pulvérisation de la souveraineté obtenue vis-à-vis de l'ordre *externe*. L'Etat souverain (dans l'ordre externe) a transféré aux personnes juridiques privées (dans l'ordre interne) les compétences *de principe* vis-à-vis des choses - et donc le pouvoir vis-à-vis des autres - via le droit de propriété. En droit interne, le propriétaire est un souverain : il a la compétence *de principe* sur ses choses et vis-à-vis d'autrui et des institutions. La compétence de l'Etat de réguler l'usage des choses n'est qu'une compétence *résiduelle*.

Rendre les entreprises comptables du pouvoir qu'elles exercent

En concentrant via la personnalité juridique de la société par actions (et du groupe de sociétés par actions pour les plus grandes d'entre elles) des quantités très importantes de droits de propriété, les grandes entreprises sont devenues des ordres juridiques globaux souverains : comme un individu, elles ont une compétence *de principe* vis-à-vis des choses qu'elles contrôlent à l'échelle internationale. Mais elles ne sont pas des individus. Ce sont des organisations mondiales difficilement saisissables et qui disposent d'une compétence de principe sur les ressources qu'elles contrôlent.

Face à l'unité organisationnelle de l'entreprise, on peut envisager divers dispositifs pour les rendre comptables du pouvoir qu'elles exercent. On peut, par exemple,

imaginer une pluralité de points d'imputation des responsabilités découlant de l'exercice du pouvoir de l'entreprise. L'assurance des responsabilités pourrait alors être instrumentalisée comme dispositif créant des boucles de rétroaction poussant les entreprises à adopter les meilleures pratiques.

L'entreprise peut aussi être utilisée comme medium d'exportation de normes protectrices d'intérêts insuffisamment protégés par tel ou tel Etat, qu'il s'agisse de normes environnementales ou sociales.

Une comptabilisation plus riche de l'activité des entreprises (*triple bottom line*) permettrait la mise en place de systèmes d'incitation qui ne soient pas destructeurs de valeurs.

En remettant l'entreprise au cœur de la réflexion sur la structuration réelle de l'économie et du système de pouvoir, on remettrait à sa place le système financier. Il n'est pas une fin ; il n'est qu'un moyen. Une réflexion serait alors possible sur les instruments financiers, la seule question qui se pose étant de savoir s'ils sont utiles ou pas à l'économie réelle. Les instruments toxiques pourraient être éliminés en recourant à l'équivalent fonctionnel de l'autorisation de mise sur le marché qui existe pour les médicaments.

La compréhension des entreprises mondiales comme ordres juridiques souverains permettrait aussi de revisiter la question de l'effet horizontal « interne » des normes constitutionnelles. En clair, il s'agirait d'imposer le respect des droits fondamentaux au pouvoir qui s'exerce dans l'entreprise sur les individus. L'autre versant serait celui de la finalisation du pouvoir. Il s'agit ici de conserver les bienfaits d'un système décentralisé de prise de décisions et du choix varié et autonome des finalités.

La compréhension des entreprises mondiales comme ordres juridiques souverains permettrait aussi de revisiter la question de l'effet horizontal « interne » des normes constitutionnelles. Il s'agirait d'imposer le respect des droits fondamentaux au pouvoir qui s'exerce dans l'entreprise sur les individus.

Il s'agit, en premier lieu, d'assurer l'autodéfinition des finalités poursuivies. Mais cette autodéfinition réalisée, il

convient qu'elle soit publicisée et qu'il soit possible procéduralement de contester la cohérence interne des décisions prises (contestabilité / *standing*) avec la finalité autodéfinie de l'institution considérée.

Le pouvoir des États a été civilisé par le processus de constitutionnalisation. Ce processus historique doit maintenant englober l'ensemble des institutions d'un système de pouvoir-monde globalisé, et donc les grandes entreprises.