

La pertinence du concept d'entreprise en droit

Sandrine Frémeaux

Enseignant-chercheur en droit, Audencia Nantes.Ecole de Management.

Les deux concepts, entreprise et droit, sont à première vue antinomiques : l'entreprise ne peut exister sans la liberté d'entreprendre, tandis que le droit s'analyse comme une des formes essentielles d'intervention étatique. On a vite fait de penser le droit comme une entrave à l'action de l'entreprise au nom d'intérêts jugés supérieurs à ceux de la recherche du profit.

Or l'idée d'un système juridique fictif et déconnecté de la vie économique est erronée. Penser le droit et l'entreprise en termes d'opposition ne rend pas compte de l'ouverture du droit à la réalité économique et de la souplesse des concepts juridiques capables de s'adapter à l'évolution de la sphère entrepreneuriale¹.

Certes, les textes juridiques imposent aux entreprises une discipline en élaborant certaines normes fondamentales de conduite. La législation du travail pose des règles d'ordre public destinées à protéger le salarié. Le droit pénal incrimine divers délits et assure ainsi la moralisation des affaires. Le droit des sociétés contient, parfois de façon

exhaustive, les règles de fonctionnement de chacune des structures sociétaires.

Mais il ne s'agit là que de règles très précises dont les fondements ne sont guère discutés. Pour le reste, le monde de l'entreprise semble échapper à la loi. Les acteurs de l'entreprise agissent le plus souvent en dehors de toute considération juridique. Et s'ils sont confrontés à un choix d'ordre juridique, ils rechercheront l'efficacité économique en exploitant au mieux les potentialités offertes par le système juridique. Nombreux sont les schémas optionnels, laissant toute liberté quant au choix du statut du personnel, de la forme sociale, de la structure sociétaire ou du système fiscal, et permettant de concilier la recherche de la performance et le respect des principes juridiques fondamentaux, principe de légalité et principe d'égalité.

Si le droit n'est pas un instrument de domestication des forces du marché, il ne doit pas non plus être

envisagé comme la "servante de l'économie"². Entre l'action paralysante et la fonction instrumentaliste, il y a une place pour une fonction d'encadrement des mécanismes économiques. On parle d'ailleurs de **régulation**, signifiant en cela non pas un affaiblissement de l'intervention de la puissance publique, mais une nouvelle forme d'intervention étatique marquée par la coexistence de plusieurs strates de règles et s'adaptant plus facilement aux besoins économiques.

Précisément, l'utilisation de la notion d'entreprise, plus souple que celle de société, présente l'immense avantage de pouvoir englober des situations infiniment variées : le commerçant individuel, l'agriculteur, l'artisan, le professionnel exerçant à titre libéral et les sociétés. Recouvrant une réalité diversifiée, l'entreprise se présente en droit comme un concept éclaté.

Malgré l'absence de droit homogène de l'entreprise et la multiplicité des classifications disciplinai-

- (1) M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. *Les voies du droit*, 1986.
 (2) D. Danet, *La science juridique servante ou maîtresse de la science économique*, *Revue internationale de droit économique*, 1993, p. 5.

res de l'entreprise, il reste possible de discerner une certaine convergence des règles applicables aux dirigeants ou aux employeurs. Ces derniers ont en effet une obligation à la fois légale et éthique d'agir dans l'intérêt de l'entreprise. C'est précisément ce concept d'intérêt de l'entreprise fédérateur des intérêts divergents dans l'entreprise que le présent article se propose de cerner³.

Les classifications disciplinaires de l'entreprise

La reconnaissance de l'entreprise par le droit a été initialement le fait du droit social et du droit comptable. Dans un deuxième temps, les différentes branches du droit commercial, droit des sociétés, droit de la concurrence et droit des procédures collectives, ont été considérées comme des droits de l'entreprise. Le droit de l'entreprise s'articule désormais autour de trois principaux champs disciplinaires : le droit du travail, le droit des sociétés et le droit de la concurrence.

Le **droit du travail** envisage l'entreprise, dès l'instant où l'activité met en présence un employeur et un salarié. Se caractérisant par l'existence d'une communauté humaine, l'entreprise peut alors se définir comme un groupe de travailleurs exerçant une activité commune sous l'autorité et la subordination d'un même employeur.

Le **droit des sociétés** ne fait aucune référence au concept d'entreprise. Il constitue sans doute la branche du droit qui marque le plus son autosuffisance à l'égard de la sphère économique.

tence d'une société et peut se définir comme la volonté commune de s'associer, exclusive de tout lien de subordination.

Le droit des sociétés régit l'une des formes d'organisation de l'entreprise, la société n'étant qu'une structure d'accueil possible pour l'entreprise. Organisant les liens entre les apporteurs de capitaux et les dirigeants, il semble percevoir l'entreprise comme un ensemble de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses affectés à une activité.

C'est en cela que le droit des sociétés diffère du droit social. Fondé sur le postulat de l'autonomie et de l'indépendance de la société et ignorant l'aspect fonctionnel de l'entreprise, le droit des sociétés tend à nier l'existence économique des groupes de sociétés. Au contraire, en reconnaissant l'idée de dépendance économique des sociétés groupées, le droit du travail accepte de requalifier une pluralité de structures sociétaires en une seule entreprise, dès lors que celle-ci forme une unité économique et sociale.

Plan
L'entreprise, concept éclaté
• Les classifications disciplinaires de l'entreprise
• Les visions doctrinales de l'entreprise
L'intérêt de l'entreprise, concept fédérateur
• Les applications de la notion d'intérêt de l'entreprise
• L'appréciation judiciaire de l'intérêt de l'entreprise

L'entreprise, concept éclaté

Le législateur n'emploie pas la notion d'entreprise qui est à première vue ignorée du droit, aucun code ne comportant une section ou une partie intitulée "Organisation de l'entreprise" ou "De l'entreprise". Échappant à toute définition juridique, l'entreprise semble appartenir au seul domaine des réalités économiques⁴. Et pourtant, le droit appréhende l'entreprise, mais ne pouvant en faire une entité juridique, il l'envisage sous différents angles et dans diverses disciplines. A partir de là, la question est de savoir si le juge doit se borner à appliquer les règles propres au champ disciplinaire ou s'efforcer au contraire de prendre du recul en adoptant une analyse globale de l'entreprise. La réponse varie en fonction des visions doctrinales de l'entreprise.

L'entreprise, une unité économique et sociale
Les diverses sociétés composant un groupe doivent être considérées comme une entreprise unique dès lors qu'elles constituent une unité économique et sociale caractérisée par la concentration de la direction et la complémentarité des activités. Cette solution a des incidences importantes en matière de représentation des salariés. L'article 431-1 du code du travail fixe à cinquante salariés l'effectif requis pour que naisse l'obligation d'instituer un comité d'entreprise. Dès lors qu'une unité économique et sociale est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs sociétés, elle doit être prise en compte pour l'appréciation de l'effectif requis et la mise en place du comité d'entreprise.

Article 1832 du Code civil

"La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter".

Certes, l'article 1832 du Code civil se réfère à la notion d'entreprise. Mais le terme d'"entreprise commune" n'est nullement appréhendé sous l'angle économique. Il renvoie seulement à une analyse de l'*affectio societatis* qui constitue une condition essentielle de l'exis-

À résider précisément le point de divergence entre les concepts d'entreprise et de société : "l'entreprise appartient à la réalité des choses, à l'économie et à la sociologie, la société au construit et au juridique". Pour cette raison, seul le "droit de l'entreprise", à l'opposé

(3) F. Ost, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, volume 2, Presses Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 80.

(4) J. Paillusseau, *Qu'est-ce que l'entreprise ?*, In *L'entreprise, nouveaux apports*, Economica, 1987, pp. 11 à 88.

du droit des sociétés, est capable de rendre compte du développement des "firmes réseaux", de la multiplication des coopérations inter-firmes et des modifications des frontières externes de l'entreprise. De même, pour s'adapter à la mondialisation de l'économie, la régulation doit s'efforcer de satisfaire les exigences du gouvernement d'entreprise, dont les principes développés à la fin des années soixante-dix aux États-Unis visent à renforcer la protection des épargnants et à améliorer l'équilibre des pouvoirs dans l'entreprise.

Les principes du gouvernement d'entreprise

Les principes de base du gouvernement d'entreprise sont au nombre de trois :

- la responsabilité des administrateurs devant les actionnaires ;
- la probité qui est le devoir minimum de tout administrateur ou dirigeant ;
- la transparence qui implique notamment une information des actionnaires sur toutes les décisions importantes de la société.

La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques reprend partiellement les principes du gouvernement d'entreprise dans l'espoir de moderniser les instruments de financement et le cadre juridique des sociétés. Elle s'articule en droit autour de deux principaux axes :

- le renforcement des pouvoirs des actionnaires (information des actionnaires) ;
- l'indépendance accrue des administrateurs (représentants des actionnaires) et le principe d'une dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général.

Le **droit de la concurrence** mérite une attention particulière, puisqu'à la différence des autres disciplines juridiques, il s'adresse directement aux entreprises. Pour autant, il ne donne aucune définition de la notion d'entreprise. Il se borne à caractériser celle-ci en l'envisageant comme une entité autonome qui

exerce une activité économique et apparaît comme un opérateur indépendant sur le marché.

L'entreprise, une entité économique autonome

La question de la définition de l'entreprise se pose notamment en matière d'interdiction des ententes restrictives de concurrence. Une entente suppose qu'au moins deux entreprises aient participé à l'accord illicite. Que se passe-t-il lorsqu'un contrat est conclu entre une filiale et sa société mère ? La filiale est-elle une entreprise ? Est-elle une entité économique autonome ?

- Si la filiale possède une autonomie décisionnelle, il est possible de relever une entente illicite.
- Si, au contraire, la filiale est sous la dépendance de la société mère, il n'y a pas d'entente illicite. Pour savoir si la filiale est une entité économique autonome, la jurisprudence met en évidence un ensemble d'outils d'analyse : la participation de la société mère au capital de la filiale, le niveau d'endettement de la filiale, le rôle financier de la société mère, l'existence de dirigeants communs aux deux sociétés.

Ainsi, chacune des disciplines juridiques souligne une ou plusieurs des caractéristiques économiques et sociales des entreprises sans pour autant se référer à une définition unifiée du concept. L'absence de droit homogène tient pour l'essentiel à l'absence de consensus sur une vision doctrinale du concept d'entreprise.

Les visions doctrinales de l'entreprise

On peut recenser dans la pensée juridique, comme dans la théorie économique, deux grandes visions de l'entreprise : la thèse contractuelle de l'entreprise qui fait prévaloir les accords de volontés exprimés entre les acteurs de l'entreprise ; la thèse institutionnelle qui envisage, au delà de l'intérêt des seuls associés, sala-

riés ou créanciers, l'intérêt de l'entreprise.

La **thèse contractuelle** fortement marquée par le sceau du libéralisme conduit à penser l'entreprise comme un ensemble de contrats⁵. Il est aisé d'en comprendre la signification concrète. Si l'entrepreneur ne peut plus agir seul et a besoin de capitaux, il fait naturellement appel à des associés et réalise un contrat de société. Si, pour organiser son activité sans devoir tout rediscuter en permanence, il a besoin d'exécutants, il fait alors appel à des salariés et réalise un contrat de travail.

La thèse contractuelle souligne ainsi l'importance des échanges, échanges de consentements mais aussi échanges de droits et d'obligations, et la réciprocité des rapports entre les partenaires de l'entreprise. Les contrats dans l'entreprise résultent de l'autonomie de la volonté, de la libre détermination de l'individu et du désir de donner pour recevoir. Cette vision du contrat est assez proche de l'hypothèse de Mauss pour qui le don est la forme primitive de l'échange⁶.

Cependant, l'autonomie de la volonté ne peut pas toujours à elle seule garantir l'équilibre des intérêts en présence. Dans les cas où le déséquilibre entre les intérêts en présence est excessif, le droit doit intervenir pour protéger la partie la plus faible au contrat. Ainsi, le droit des sociétés poursuit l'objectif prioritaire du partage des bénéfices aux associés et de la valorisation de leurs actions. Le droit du travail vise à pallier le déséquilibre inhérent à la relation d'emploi en préservant les intérêts fondamentaux du salarié.

La thèse contractuelle, pour signifier l'importance des échanges au sein de la sphère entrepreneuriale, ne rend pas toujours compte de l'augmentation de la dimension des entreprises, des restructurations d'entreprises et de l'externalisation des activités de l'entreprise. L'attention doit pour cette raison se

(5) Voir l'article suivant pour une analyse approfondie d'une théorie contractuelle de l'entreprise : C. Harvard, *L'entreprise dans la théorie des coûts de transaction*.

(6) M. Mauss, *Essai sur le don, forme et raison de l'Échange dans les sociétés archaïques*, in M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, 1966, pp. 143-279.

tourner vers la **thèse institutionnelle** qui voit l'entreprise comme un centre d'intérêts englobant les intérêts des associés, des salariés, des créanciers, des fournisseurs et des clients. La notion d'institution signifie l'acceptation par la majorité des membres du groupe d'une organisation sociale en vue de la poursuite d'un intérêt commun.

Présentant un intérêt pratique indéniabla, les deux théories, contractuelle et institutionnelle, ne doivent pas s'exclure. Chacune d'entre elles peut présenter une utilité concrète selon l'objet et la méthode d'analyse. En effet, la théorie contractuelle permet de comprendre la classification des champs disciplinaires et, par là, la qualification des contentieux susceptibles de surgir dans l'entreprise, tandis que la théorie institutionnelle donne un sens à l'émergence d'une vision globale de l'entreprise.

S'il faut renoncer en droit à une vision unique de l'entreprise et admettre qu'elle se prête inexorablement à des analyses diverses, on notera dans le même temps que les droits de l'entreprise poursuivent un objectif commun qui est de prévenir et de régler les conflits d'intérêts surgissant au sein de la structure entrepreneuriale. Pour ce faire, ils se rallient à une notion fédératrice, l'intérêt de l'entreprise, dont la fonction est de guider les acteurs de l'entreprise.

L'intérêt de l'entreprise, concept fédérateur ■

Nombreux sont les intérêts qui peuvent se développer au sein de l'entreprise et qui peuvent opposer les créateurs de l'entreprise, les apporteurs de capitaux, les dirigeants, les salariés, les créanciers, les partenaires économiques ou financiers ou les cocontractants. Le rôle du droit de l'entreprise est d'organiser directe-

ment ou indirectement la reconnaissance, la représentation et la protection de ces intérêts et de trancher, si nécessaire, les conflits qui peuvent les opposer.

Pour ce faire, le droit fait prévaloir l'intérêt de l'entreprise sur les intérêts particuliers. La notion d'intérêt de l'entreprise suscite la crainte des juristes, soucieux de préserver la cohérence et la prévisibilité du système. Elle peut être le langage du désir subjectif se jouant parfois des contraintes sociales et des interdits juridiques : les acteurs de l'entreprise pensant agir dans l'intérêt de l'entreprise et ne s'accordant pas sur ce que peut être l'intérêt de l'entreprise entrent en conflit. Mais elle peut être au contraire l'instrument de la haute rationalité pratique jouant son rôle d'équivalent universel⁷ : quel autre concept que l'intérêt de l'entreprise peut être un meilleur guide pour tout ceux qui exercent un rôle dans l'entreprise ? La notion d'intérêt de l'entreprise, pour avoir un contenu variable, n'est pas qu'imprécision et subversivité. Pour le comprendre, il faut en envisager les applications et les critères d'appréciation judiciaire.

Les applications de la notion d'intérêt de l'entreprise

L'intérêt de l'entreprise est une notion fondamentale permettant au juge de contrôler le bien fondé des décisions prises par l'employeur, en particulier lorsque celles-ci sont contraires aux intérêts particuliers des salariés. Deux applications de la notion d'intérêt de l'entreprise sont particulièrement significatives : les licenciements économiques consécutifs à des mutations technologiques ou à la réorganisation de l'en-

treprise et la mutation géographique du salarié en application d'une clause de mobilité.

• Les licenciements économiques consécutifs à des mutations technologiques ou à la réorganisation de l'entreprise

En principe, le licenciement économique n'est fondé que si deux conditions sont réunies. Il faut d'une part constater une suppression, une transformation d'emploi ou bien une modification du contrat de travail refusée par le salarié intéressé. Il faut d'autre part que la suppression, la transformation ou la modification du contrat aient été provoquées par des difficultés économiques "*sérieuses et n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen*", par des mutations technologiques "*mettant en cause la pérennité de l'entreprise*" ou par des "*nécessités de réorganisation de l'entreprise indispensables à la sauvegarde de l'activité*"⁸. Le concept de "*nécessités de réorganisation de l'entreprise indispensables à la sauvegarde de l'activité*", qui a remplacé celui de "*réorganisations nécessaires pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise*", constitue une variante de l'intérêt de l'entreprise.

• La mutation géographique du salarié en application d'une clause de mobilité

L'employeur qui procède à un changement des conditions de travail d'un salarié, en modifiant le lieu de travail en application d'une clause de mobilité, ne fait qu'exercer son pouvoir de direction, auquel le salarié doit se soumettre, sous peine de se voir licencié pour faute grave. Cependant, la clause de mobilité ne peut pas être mise en œuvre dans n'importe quelles circonstances. Outre le respect par l'employeur d'un délai de prévenance suffisant

(7) F. Ost, *Droit et intérêt*, volume 2, *Entre droit et non droit : l'intérêt*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 13.

(8) Article 33 A modifiant l'article L. 321-1 du Code du travail (Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO 17 janvier 2002, p. 1008).

dans le but de permettre à l'intéressé de se retourner et de prendre ses dispositions, la décision de mutation doit être dictée par l'intérêt de l'entreprise et ne doit pas révéler de la part de l'employeur un abus de droit ou un détournement de pouvoir.

On voit ici que l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'entreprise peut être particulièrement sévère ou contraignante pour les employeurs. On comprendra qu'en l'absence de définition légale, seul le juge ait le pouvoir de censurer certaines actions s'il s'avère que certains éléments étrangers à l'intérêt de l'entreprise ont été pris en considération. Mais la ductilité du concept est telle que l'on ne peut pas s'empêcher de voir dans l'étendue des pouvoirs judiciaires un risque d'arbitraire. Or, le juge n'agit pas de façon désordonnée : il applique un processus décisionnel déterminé en s'appuyant sur des critères précis d'appréciation de l'intérêt de l'entreprise.

L'appréciation judiciaire de l'intérêt de l'entreprise

Il est essentiel de comprendre par quel processus les juges vérifient que l'employeur agit dans l'intérêt de l'entreprise. Trois questions méritent d'être posées. Les juges chargés d'apprécier l'intérêt de l'entreprise procèdent-ils à un contrôle précis des modalités de la décision de l'employeur ? Quelle est la fonction exacte de la notion d'intérêt de l'entreprise ? Quel est le caractère impératif de la notion d'intérêt de l'entreprise ?

• L'objet du contrôle judiciaire : principe ou modalités de la décision de l'employeur

Les juges ont le choix entre deux modes de contrôle plus ou moins étendus : soit ils procèdent à une analyse objective et précise des circonstances économiques de la décision et contrôlent la conformité des modalités de la décision à l'intérêt de l'entreprise ; soit ils se contentent d'une analyse de la pertinence du principe de la décision.

Autrement dit, la question est de savoir si les modalités de la décision doivent faire l'objet du contrôle judiciaire.

La réponse est négative depuis l'arrêt SAT du 8 décembre 2000 rendu par la Cour de cassation : si les licenciements consécutifs à une réorganisation de l'entreprise ont un motif économique réel et sérieux et sont rendus nécessaires par l'objectif de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, le juge n'a pas à contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles pour sauvegarder cette compétitivité.

Cour de cassation, Assemblée Plénière, arrêt SAT du 8 décembre 2000, n° 97-44.219

La société Silec qui possédait deux établissements sur les sites de Riom et de Montereau avait envisagé trois hypothèses de réorganisation qui permettaient toutes de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise : - le maintien de la situation existante avec des réductions d'effectifs (86 licenciements), - le maintien du site de Riom mais avec spécialisation sur certains produits (213 licenciements), - la suppression du site de Riom et le regroupement des activités à Montereau (318 licenciements). La troisième solution fut retenue. La Cour de cassation a admis que l'employeur ait pu choisir la solution qui est la moins favorable à l'emploi. En effet, dès lors que la réorganisation permet de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, il n'appartient plus au juge de contrôler le choix opéré par l'employeur entre les solutions possibles.

Ce qui revient à dire qu'en ce qui concerne les modalités d'application de la décision de réorganisation, l'intérêt de l'entreprise est confondu avec l'intérêt sinon personnel, du moins professionnel de l'employeur, considéré comme seul juge des nécessités du fonctionnement de son entreprise.

• La fonction de l'intérêt de l'entreprise

Plus encore que d'établir un compromis entre les intérêts en présence, la fonction de la règle énonçant une obligation d'agir dans l'intérêt de l'entreprise est de limiter le pouvoir de direction de l'employeur⁹. Le juge limite les pouvoirs de l'employeur, lorsque celui-ci n'agit pas dans l'intérêt de l'entreprise. Il limite les pouvoirs de l'employeur, lorsque celui-ci poursuit un intérêt individuel distinct de l'intérêt collectif.

A ce stade du raisonnement, une précision mérite d'être apportée. En tant qu'intérêt collectif, l'intérêt de l'entreprise n'est pas opposé à l'intérêt personnel de l'employeur. D'ailleurs, sans intérêt personnel, l'employeur n'agirait pas dans l'intérêt de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise laisse au contraire une grande place à la liberté de l'employeur. "Synthèse de la liberté et de la loi"¹⁰, l'intérêt de l'entreprise s'impose à l'employeur, mais le laisse libre. Si l'on reprend la deuxième maxime de la raison pratique d'E. Kant, on pourrait dire qu'en obéissant à l'obligation morale d'agir dans l'intérêt de l'entreprise, l'employeur n'obéit qu'à lui-même¹¹.

En revanche, lorsque l'employeur agit "de façon intéressée", le droit a vocation à intervenir. L'obligation d'agir dans l'intérêt de l'entreprise signifie donc que l'employeur doit agir de façon désintéressée. La justice est dans le désintéressement¹², manifestation évidente du bien et du bonheur commun. Cette vision de l'intérêt de l'entreprise rejoint l'idée selon laquelle une entreprise ne peut exister et se développer qu'à la condition d'être fondée sur des

(9) F. Cohet-Cordey, *Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG (Presses Universitaires de Grenoble), 2000.

(10) P. Ricoeur, *Du texte à l'action*, Seuil, 1986, p. 248.

(11) E. Kant, *Critique de la raison pratique*, Paris, 1985, p. 57.

(12) Selon Levinas, l'humanité ne se dit pas dans la réciprocité des droits et des devoirs, mais dans le surplus de mes devoirs sur mes droits : "L'oubli de soi meut la justice" (E. Levinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, La Haye, 1974, réédition 1991, p. 203).

échanges dépouillés de toute visée égoïste et marqués par une relative progression du don¹³.

• Le caractère impératif de l'intérêt de l'entreprise

Les décisions de l'employeur qui sont contraires aux intérêts des salariés ne sont fondées qu'à la condition d'être rendues nécessaires par l'intérêt de l'entreprise. Les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation ou la mutation technologique ou géographique est nécessaire à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. La notion d'intérêt de l'entreprise constitue donc une nécessité économique.

A l'inverse, le juge déclare non fondée une décision de licenciement, dès lors que les mesures de réorganisation, de mutation technologique ou géographique visent à améliorer la compétitivité, à améliorer les résultats, à améliorer la rentabilité, à rationaliser les structures d'un groupe, à économiser sur les salaires ou à perfectionner les méthodes de gestion de l'entreprise. En effet, dans l'ensemble de ces cas, les mesures prises par l'employeur ne sont pas nécessaires à l'intérêt de l'entreprise : elles sont simplement conformes à l'intérêt de l'entreprise.

Cour d'appel de Toulouse, arrêt du 7 février 1997

Un salarié engagé en qualité de conducteur d'engin, et dont la lettre d'embauche comportait une clause de mobilité, avait été muté d'un chantier à un autre. La Cour d'appel de Toulouse déclarait que la mutation géographique n'était pas dictée par l'intérêt de l'entreprise :

- parce que l'employeur ne s'expliquait pas sur les besoins de l'entreprise justifiant la mise en œuvre de la clause de mobilité,

- parce que le chantier sur lequel le salarié était affecté n'était pas terminé,

- parce que les autres salariés poursuivaient leurs tâches sans changement et le propre engin du salarié muté était conduit par un autre salarié. Le maintien du poste et de l'activité du salarié témoigne du caractère non nécessaire de la mutation géographique.

Conclusion

L'étude des concepts d'entreprise, de droit et d'intérêt peut conduire à formuler trois idées :

• La règle énonçant une obligation d'agir dans l'intérêt de l'entreprise vise à limiter le pouvoir de l'employeur, lorsque celui-ci n'agit pas de façon désintéressée. Le contrôle judiciaire de l'intérêt de l'entreprise est un contrôle de l'intention de l'employeur qui doit être tournée vers l'entreprise. Ce contrôle d'une "tension vers" peut être le sens d'une éthique de l'entreprise.

• L'intérêt de l'entreprise s'analyse comme une nécessité économique, une nécessité qui, pour être appréciée au présent, permet de sauvegarder l'avenir d'une entreprise. La considération éthique de l'intérêt de l'entreprise suppose une projection dans le futur des chances de survie et de continuation de l'activité de l'entreprise¹⁴.

• Les critères d'appréciation de l'intérêt de l'entreprise sont eux-mêmes principalement d'ordre juridique. Tel est le cas des notions de sauvegarde de la compétitivité, de sauvegarde de l'activité ou de bonne foi.

En privilégiant ainsi des critères juridiques à des critères économiques, le droit peut sembler s'enfermer dans un conformisme juridique et prendre la forme d'une machinerie qui tourne à vide. Pour autant, il serait illusoire de vouloir condam-

ner à tout prix la forme juridique, et ceci pour au moins deux raisons :

- la forme juridique est inéluctable, car, dans ce domaine, et sans doute partout ailleurs, il est parfois nécessaire de revenir à une logique de type binaire (compatible ou incompatible, obéissance ou déviance).

- la forme juridique est le seul espace dans lequel la justice peut être présente. Certes, le droit n'est pas la justice. Les dimensions éthique et morale ne peuvent se manifester en tant que telles. L'invisible restera invisible. Il est par contre possible d'observer que la plupart des acteurs de l'entreprise poursuivent un objectif commun, celui d'agir dans l'intérêt de l'entreprise, celui d'agir de façon juste.

Le droit de l'entreprise se situe à la croisée de deux conceptions opposées de la justice :

- une conception qui ne dit rien, garde le silence, reste neutre, rejette parfois même toute forme de régulation mais qui risque de conduire à l'arbitraire. L'intérêt de l'entreprise, pour être indéfini, resterait indéfinissable. Il faut admettre que l'intérêt de l'entreprise n'a pleinement de sens que si elle fait l'objet d'une adhésion. Et l'intérêt de l'entreprise ne peut faire l'objet d'une adhésion qu'à la condition de pouvoir être juridicisé.

- une conception qui s'attache à des règles strictes mais qui risque d'être excessivement rigide. Le concept se chargerait d'un contenu statique ; et l'on verrait proliférer fictions et systématisations¹⁵. Et pour cause,

(13) J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, p. 235.

(14) M. Jankelevitch situe précisément la responsabilité morale et sociale dans ce caractère prospectif : "La vraie responsabilité désigne le futur bien plus que le passé ; la responsabilité est prospective au lieu que la culpabilité est rétrospective et rétroactive" (M. Jankelevitch, *Traité des vertus*, p. 112, cité par P. Foulquie, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, 1962, p. 302. V. aussi, E. Levinas, *Ethique et infini*, Fayard, 1982, p. 101 ; H. Jonas, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, CERF, 1995, pp. 139-152).

(15) C. Huberlant, *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, In C. Perelman (Sous la direction de), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, pp. 31-56.

“celui qui veut juger la justice à travers le droit, comme du ciel à travers la terre, se tourne ensuite, par dépit de ne pouvoir en arriver à une parfaite adéquation entre justice et droit, contre toute idée de justice, contre toute représentation du ciel susceptible de démentir ses schémas de simplification. D’où sa précipitation vers le droit, vers la terre pour en forcer, en raidir le sens”¹⁶. C’est contre cette forme de “*biblicisme naïf*”¹⁷ consistant à traduire mécaniquement des préceptes bibliques en impératifs juridiques qu’il faut résister. Il faut donc admettre que l’intérêt de l’entreprise n’a de véritable portée morale qu’en fonction de sa souplesse et de ses possibilités d’universalisation.

En définitive, il s’avère tout aussi dangereux de rechercher la justice dans la rigueur du droit que dans le silence du droit. En porte à faux entre ces deux visions, la fonction du droit de l’entreprise est de dépasser la dualité vacuité – principe et de réconcilier l’indétermination (source d’une éthique) et la régulation (source du droit). Le processus de contrôle judiciaire de l’intérêt de l’entreprise pourrait donc se résumer ainsi, en un mouvement qui va du vide au principe et du principe au vide pour “*tendre vers le bon*”¹⁸.

S. F.

Autres références bibliographiques

- P. Bernoux, *La sociologie des entreprises*, Le seuil, n° 308, 1995.
- B. Coriat et O. Weinstein, *Les nouvelles théories de l’entreprise*, coll. “Le livre de poche”, 1995.
- J.-M. Morin, *Sociologie de l’entreprise*, Que sais-je ?, PUF, 1999.
- J.-P. Robe, *L’entreprise et le droit*, Que sais-je ?, PUF, 1999.

- (16) J.-M. Trigeaud, *Justice et tolérance*, éd. Bière, 1987, p. 169.
- (17) J.-M. Aubert, *Chrétiens et peine de mort*, 1978, p. 15.
- (18) P. Ricoeur, *Le juste entre le légal et le bon*, in *Lectures, 1 : Autour du politique*, 1991, p. 178.