

Une histoire du concept d'entreprise

Jean HILAIRE

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ. — Il manque en droit français une définition très générale de l'**entreprise**, valable en toute circonstance ou dans tous les cas. Au contraire l'entreprise y apparaît assez floue et, en quelque sorte, à géométrie variable suivant qu'elle est considérée au regard de telle ou telle branche du droit. Cela vient d'une tradition très ancienne chez le législateur qui assimilait l'entreprise à l'entrepreneur et se bornait encore en 1807 dans le code de commerce à étudier distinctement les personnes et les biens du droit commercial sans établir de lien organique entre moyens humains et moyens matériels de l'entreprise. Mais sans jamais donner de définition globale, le législateur a été amené depuis un demi-siècle à personnaliser l'entreprise dans divers domaines. La réalité économique de l'entreprise ne serait-elle pas alors en train de triompher des rigidités de la tradition juridique française en franchissant en tant que telle le seuil juridique ?

Depuis des années notre pays a les yeux rivés sur la santé de ses entreprises en retenant son souffle : on interroge les chefs d'entreprises sur les signes de reprise, on guette les « frémissements » à travers les carnets de commande. C'est que les entreprises sont les piliers de la vie économique actuelle. Elles sont fort nombreuses : il y a les grandes entreprises et les PME, les entreprises privées et les publiques et encore celles du secteur semi-public. Entre les entreprises privées la compétition est sévère et se traduit notamment par des OPA le plus souvent hostiles. Les entreprises sont perçues comme des communautés humaines et l'ordonnance du 22 février 1945 avait créé les *comités d'entreprise* pour l'information du personnel ; l'on parle volontiers aussi de *culture d'entreprise*. Enfin on s'adresse à elles comme à des personnes ayant des responsabilités face à la nation : si le CNPF dénonce dans la conjoncture actuelle l'excessive lourdeur des charges qui pèsent sur les entreprises, du côté gouvernemental on les semonce en réclamant d'elles qu'elles se comportent en *citoyennes*... c'est-à-dire qu'elles embauchent. De fait, depuis 1945 particulièrement, les entreprises sont, suivant leur taille ou la nature de leurs activités, un enjeu politique et pas seulement de politique économique : d'où les vagues de nationalisations et de privatisations.

Dans de telles conditions il serait alors presque superflu de poser la question : qu'est-ce qu'une *entreprise* ? À première vue les économistes paraissent les mieux placés et concernés au premier chef ; ils ont depuis longtemps des définitions à proposer. Du moins donne-t-on en premier lieu une définition de l'entreprise capitaliste

en tant qu'unité de production¹. L'entreprise ainsi comprise repose sur la possession d'un patrimoine, sur la combinaison économique des facteurs de production, sur la distinction entre les agents qui apportent les facteurs de production et l'entrepreneur ; enfin l'objectif de l'entreprise est la vente sur le marché avec maximisation du profit. Et d'ajouter qu'il s'agit là, surtout, des caractères de l'entreprise privée industrielle par excellence. Sans doute y a-t-il d'autres types d'exploitations – agricoles, artisanales ou autres sans compter les entreprises publiques – dans lesquelles tous ces caractères ne se retrouvent pas au complet ; mais la prépondérance de l'entreprise capitaliste en économie de marché ne serait pas entamée pour autant.

Il ne serait donc pas tellement étonnant non plus que le législateur ait visé les entreprises dans ses textes en les personnalisant. Ainsi la loi du 18 janvier 1951 fait référence aux biens *appartenant à l'entreprise*. La loi du 22 décembre 1972 décide que *l'entreprise est civilement responsable* de ses démarcheurs ; ou encore la loi du 25 janvier 1985 donne à l'administration la possibilité *d'inscrire une sûreté au nom de l'entreprise*. De son côté la loi du 11 juillet 1978 modifiée en 1985 est venue transformer sensiblement l'article 1832 du code civil qui, primitivement, définissait la société sans faire allusion à l'entreprise ; or le nouveau texte présente la société comme « 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 » .

Pourtant les juristes de doctrine, dans leur majorité, ne sont pas satisfaits parce que le législateur n'a pas préalablement défini l'entreprise. De fait, même le texte de 1978 qui a peut-être procédé d'une certaine velléité en ce sens est demeuré descriptif à l'égard de l'entreprise comme de la société. On fait remarquer en effet qu'aucun de ces textes « n'a précisé dans quelles conditions l'entreprise pouvait par elle-même et indépendamment de la personne physique ou morale qui l'exploite, agir pour exercer les droits qui lui sont attribués ou assumer les responsabilités qui sont mises à sa charge ou se conformer aux interdictions qui lui sont faites » ; on souligne qu'aucune juridiction n'a encore suppléé à la carence de la loi et n'a affirmé que l'entreprise jouissait de la personnalité juridique, pour aboutir à cette conclusion qu'à travers les tentatives de définition correspondant à des objets disparates il n'est pas possible de tirer de la jurisprudence « une définition juridique de l'entreprise applicable en toute circonstance »². Si l'on se tourne enfin vers un ouvrage encyclopédique, un *Vocabulaire juridique*³, il y apparaît autant de tentatives de définition que de branches du droit dans notre vision doctrinale : autrement dit l'entreprise ne saurait se définir de la même manière au regard du droit civil, du droit du travail, du droit commercial, ou du droit administratif. Bref *l'en-*

¹ R. Barre (*Économie politique*, PUF « Thémis », 4e éd. 1961, p. 360 et s.) reprenait la définition qui avait déjà été proposée par Fr. Perroux (*Cours d'économie politique*) : « L'entreprise est une forme de production par laquelle, au sein d'un même patrimoine, on combine les prix des divers facteurs de production apportés par des agents distincts du propriétaire de l'entreprise, en vue de vendre sur le marché un bien ou des services et pour obtenir un revenu monétaire qui résulte de la différence entre deux séries de prix ».

² B. Mercadal, « La notion d'entreprise », *Mélanges F. Dérruppé*, Litec, 1991, p. 10-16.

³ Publié sous la direction de G. Cornu par l'Association H. Capitant, PUF 1987, v° Entreprise, Entrepreneur.

entreprise serait assez floue en droit français et, en quelque sorte, à géométrie variable avec cette conséquence de ne laisser aucune possibilité de définition globale ⁴.

Tout cela est d'autant plus singulier que la réalité économique que recouvre le terme *entreprise* n'est pas si neuve que le rapide changement de dimension des unités de production industrielle depuis le milieu du XIX^e siècle pourrait le laisser croire. L'activité d'entreprendre, et aussi des entités bien réelles et vivaces comme les *maisons de commerce*, remontent quant à elles au Moyen Âge, à Florence tout particulièrement au XIV^e siècle. En réalité, des formes d'entreprise certes encore rudimentaires sont apparues dès cette époque comme conséquence de cette « révolution commerciale » que les historiens découvrent aux XII^e et XIII^e siècles, révolution accompagnée de la naissance d'un marché, au sortir de longs siècles de léthargie commerciale.

Alors cette entreprise que l'on dirait *introuvable* du point de vue des concepts juridiques ne serait-elle pas en fin de compte *trionphante* quand le législateur, sous nos yeux, non seulement la reconnaît formellement mais, plus encore, la personnalise quasiment par inadvertance ?

* *
*

Cette entreprise, commençons par la chercher pour en retrouver les traces formelles. Le repère précis pour les historiens du droit est bien entendu l'utilisation qui a pu être faite dans le passé du terme *entreprise*. Chez le législateur, ce repère figure dans le code de commerce de 1807, art. 632 et aussi dans le code civil de 1804, art. 1842. Le terme a pu être employé peu avant, dans les dernières années du XVIII^e siècle, par les économistes ; encore s'agit-il de déterminer ce que l'on entendait alors sous ce vocable. Il faut donc se placer de part et d'autre de la codification napoléonienne.

Si donc on fait d'abord référence à l'ancien droit jusqu'à la Révolution, il faut rappeler aussitôt qu'à l'époque où le royaume renaît à une vie économique d'échanges se greffant sur une économie terrienne de subsistance, le terme *entreprise* a, chez les juristes, le sens d'action hostile, d'empiétement. Il se trouve tout particulièrement dans la langue judiciaire : *entreprise* d'un juge qui empie sur la compétence d'un autre juge ; or il apparaît également sous la plume d'Étienne Boileau dans le *Livre des métiers* (rédigé entre 1260 et 1270) : telles sont les « emprésures » commises par des membres des différents métiers de Paris d'où viennent de nombreux procès et auxquelles il convient de remédier ⁵. L'on retrouve bien ici le langage des juristes.

Car à cette époque s'établit un marché que la royauté s'efforcera de préserver et de développer. Il y a des hommes qui *entreprennent*, particulièrement dans le domaine de la

⁴ Comme l'écrivait très clairement P. Didier, *Droit commercial*, PUF « Thémis », p. 229 : « Coupé en morceaux, réparti entre plusieurs disciplines et livré à l'analyse de spécialistes sans interdépendance, le droit de l'entreprise n'a pas pris conscience de son unité et malgré sa richesse et son importance, il n'a pas encore sa doctrine. Comment l'amorcer ? ».

⁵ Lespinasse et Bonnardot, *Le livre des métiers d'Étienne Boileau*, dans *Histoire générale de Paris, Les métiers et corporations de la ville de Paris*, Paris 1879, p. 1 : « nostre intention est a esclairer en la première partie de ceste œuvre, au mius que nous porrons, touz les mestiers de Paris leur ordenances, la manière des entreprises de chascun mestier et leurs amendes ».

construction, mais les corporations réagissent et durcissent leur réglementation pour lutter contre cette concurrence. Une vision quelque peu simpliste réduirait le phénomène à une sorte de combat entre liberté et réglementation alors qu'il s'agit bien plus encore de l'apparition d'une nouvelle fonction économique. En effet le plus ancien « entrepreneur » est certainement celui du bâtiment. C'est un maître maçon qui ne se contente plus, comme les autres artisans maçons, de fournir son travail moyennant salaire à partir des matériaux qu'on lui a confiés ; il exécute l'ouvrage prévu sous sa responsabilité, pour un prix établi à l'avance entre son client et lui (contrat appelé *prix fait*), et en fournissant lui-même les matériaux : pour cela il loue le travail d'autres ouvriers auxquels en conséquence il verse un salaire. Il entreprend la construction par lui-même et cette activité d'entreprise, activité d'un type nouveau, se retrouvera peu à peu dans d'autres branches d'activité qui auront, elles aussi, leurs *entrepreneurs*. Au XVIII^e siècle le terme sera passé dans la langue courante au point que tous les dictionnaires le reprennent en donnant une large définition⁶ ; le *Dictionnaire du commerce* de Savary des Bruslons précisera qu'il s'agit là d'une activité qui comporte des risques que l'entrepreneur doit assumer⁷. C'est bien cet aspect particulier, opposé à l'esprit du système corporatif, que vont mettre en lumière les économistes.

Au début du XVIII^e siècle en effet, Cantillon fait l'analyse théorique du rôle de l'entrepreneur dans son *Essai sur la nature du commerce en général*, texte écrit entre 1720 et 1730 mais publié beaucoup plus tard à titre posthume en 1755. L'auteur estime que le comportement des propriétaires a souvent consisté à se débarrasser de la gestion et de l'exploitation de leurs domaines en rejetant cette charge sur d'autres personnes : de là est née la classe des entrepreneurs. Ceux-ci doivent opérer un calcul préalable de la condition de la distribution des richesses produites, calcul en équivalent argent d'où vient la transformation radicale de l'économie. Car l'entrepreneur doit repérer à peu près la proportion de la consommation ; il doit tout évaluer en argent, y compris le travail. Or l'entrepreneur est à la merci de ses chalands qui ne sont pas liés à lui : il doit constam-

⁶ Un recensement des définitions offertes par les dictionnaires de cette époque a été présenté par H. Vérin, *Entrepreneurs, Entreprise, Histoire d'une idée*, PUF « Recherches politiques », 1982, p. 15 et s. Reprenons seulement Furetière : v^o Entreprise « résolution hardie de faire quelque chose » et v^o Entrepreneur « celui qui entreprend. Il se dit premièrement des architectes qui entreprennent des bâtiments à forfait. L'entrepreneur de la jonction des mers s'y est enrichi. On le dit aussi des autres marchés à prix fait. On a traité avec un entrepreneur pour fournir l'armée de vivres et de munitions ». On rappellera également que le dictionnaire de Richelet donne à la fois v^o Entreprise le sens d'action de réaliser quelque chose, notamment construire, et le sens de machination, moyen mis en œuvre pour renverser un pouvoir ou tout au moins s'y opposer (sens donné à partir d'exemples pris en matière juridique).

⁷ v^o Entrepreneur « celui qui entreprend un ouvrage. On dit : un entrepreneur de manufacture, un entrepreneur de bâtiment, pour dire un manufacturier, un maître maçon... » ; v^o Entreprise : « dessein de faire quelque chose. Il se dit aussi de l'exécution de la chose. Dans le premier sens on dit : ce négociant se ruinera dans sa nouvelle manufacture, cette entreprise est trop au-dessus de ses forces. Dans l'autre sens on dit : l'entreprise de ce fabricant a été heureuse ; il a gagné cent mille écus sur ses draps ». À propos de l'entrepreneur de bâtiment nous renvoyons aux deux études très révélatrices de R. Carvais, « La force du droit. Contribution à la définition de l'entrepreneur parisien du bâtiment au XVIII^e siècle », in *Histoire, Économie et Société*, 1995, n^o 2, p. 163-189 et « Le statut juridique de l'entrepreneur du bâtiment dans la France moderne », in *Revue historique de droit français et étranger*, avril-juin 1996, p. 221-252.

ment s'y adapter et donc vivre dans l'incertain ; il assume une part de hasard et prend des risques. Cela signifie que l'entrepreneur doit à la fois correctement apprécier l'état des choses autour de lui et essayer de le surpasser ; de là aussi la valeur du travail est devenue un « problème d'entrepreneur ». Cantillon en conclut que la circulation et le troc des marchandises de même que leur production, se conduisent en Europe par des entrepreneurs et au hasard. Or la généralité de cette conclusion est encore soulignée par le fait que l'auteur comprend très largement l'activité d'entreprise à travers une grande diversité d'activités économiques ⁸.

Si l'on se tourne maintenant vers les juristes de cette époque, au XVIII^e siècle, leur première référence à l'entrepreneur concerne seulement la construction à travers le contrat (*prix fait*) et les dictionnaires ou répertoires en traitent v^o Devis de maçonnerie ⁹ ou v^o Devis et marché ¹⁰ ; il y a d'ailleurs une jurisprudence sur les obligations de l'entrepreneur de bâtiment. On retrouve dans les définitions données dans les ouvrages juridiques les caractères mis en lumière par l'analyse de Cantillon, à savoir : fournir les matériaux, louer le travail d'ouvriers, assumer les risques.

Quelques différences apparaissent toutefois entre les ouvrages juridiques (écrits par des juristes pour des juristes) et les livres destinés aux commerçants dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Ainsi l'*Encyclopédie méthodique* dans les tomes consacrés à la *Jurisprudence V^o Entrepreneur* donne cette définition : « (droit civil) est celui qui se charge d'un ouvrage quelconque ». En revanche, la même *Encyclopédie méthodique* dans la partie consacrée au *commerce* ne connaît pas l'entrepreneur mais retient l'*Entreprise* en recopiant toutefois le *Dictionnaire* de Savary des Bruslons qui la définissait comme le dessein de faire quelque chose ou encore l'abus commis par un artisan dans l'exécution de sa tâche. Enfin, mérite une mention particulière le *Manuel historique, géographique et politique des négocians, ou encyclopédie portative de la théorie et de la pratique du commerce*, publié à Lyon en 1762 et attribué à Paganucci. Cet ouvrage ne contient pas d'article Entrepreneur (si le terme est utilisé par ailleurs), ni d'article Entreprise. En revanche, un article *Établissement* renvoie à *établir* où se trouvent les définitions suivantes : « *Établir une Manufacture* c'est en conséquence des Lettres patentes qu'on a obtenues, rassembler les Ouvriers et les matières, faire construire les machines ou les métiers convenables aux ouvrages qu'on veut entreprendre et les faire travailler. *Établir un comptoir, une Loge, une Factorie*, c'est mettre des Commis avec des marchandises dans un lieu propre pour le Commerce ».

En somme, les juristes connaissent bien l'entrepreneur à partir de l'analyse de l'activité d'entreprendre qu'est pour eux l'*entreprise*. Les commerçants ne vont guère plus loin. Sans doute s'avancent-ils sur une voie qui sera plus tard davantage explorée : celle

⁸ Cf. la longue analyse de la pensée de cet auteur donnée par H. Vérin, *op. cit.*, p. 121 et s. Rappelons que Cantillon était banquier, installé à Paris au début du XVIII^e siècle à l'époque de Law. Comme le note également H. Vérin, Boisguilbert, dans son *Factum de la France* (rédigé entre 1703 et 1705) avait fait à propos de l'activité de l'entrepreneur une remarque rapide d'ordre surtout social et plus traditionaliste mais correspondant peut-être à une idée fréquemment exprimée : « Tout le commerce de la terre, tant en gros qu'en détail, et même l'agriculture, ne se gouverne que par l'intérêt des entrepreneurs qui n'ont jamais songé à rendre service ni à obliger ceux avec qui ils contractent ».

⁹ Cf. J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1740.

¹⁰ Denisart, *Collections de décisions nouvelles*, 1764.

de l'*établissement*, mais ce terme évoque seulement pour eux soit le fait de s'établir en tant qu'entrepreneur, soit un lieu particulièrement favorable à l'exercice du commerce. Quant aux juristes, ils ne donnent toujours au vocable *Établissement* que le très vieux sens, médiéval, d'acte législatif ou réglementaire émanant du roi ou d'un seigneur¹¹... À la veille de la Révolution et de la codification napoléonienne l'*entreprise* demeure donc conçue comme un type d'activité – déployé par l'entrepreneur – mais non pas encore comme une entité distincte de ce dernier.

La codification napoléonienne a fondé comme l'on sait une nouvelle tradition dans notre droit commercial aussi bien que dans le domaine du droit civil. Le Code de commerce de 1807 utilisait formellement les termes *entreprise* et *établissement* dans l'art. 632 pour la détermination des actes de commerce laquelle devait délimiter la compétence des juridictions consulaires ; *entreprise* apparaissait encore à l'art. 633. En fait, si ce dernier article réputait également actes de commerce « toute entreprise de construction et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation » c'était un remaniement apporté à la suite des observations faites par les juridictions sur le projet de code ; la cour d'Orléans avait objecté que les termes *toutes entreprises de construction* primitivement portés au futur art. 632 n'avaient pas de raison d'être à cet endroit parce que ce type d'entreprise ne reposait que sur une simple location ou louage d'ouvrage : de telles opérations ne pouvaient viser tout au plus que des constructions de navires en raison de leur affectation au commerce¹². Mais si le texte de l'art. 632 se trouvait ainsi amputé d'une formule aussi générale, il renfermait encore une longue liste d'*entreprises* : entreprises de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau, de fournitures, d'agences, de bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics. Enfin le terme entreprise était déjà apparu dans le code civil (art. 1842) qui en faisait le même usage à propos de la société particulière (opposée à la société universelle) : « le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est une société particulière ». Dans tous les cas la conception des codificateurs était essentiellement individualiste, en s'attachant à l'entrepreneur, et contractuelle (louage d'ouvrage) ; à propos de la société le code civil avait présenté une *entreprise désignée* comme une opération particulière opposée à la répétition qui caractérise l'exercice d'un métier ou d'une profession. Mais, formellement, la codification laissait un legs bien ambigu aux juristes du XIX^e siècle avec l'emploi simultané des termes entreprise et établissement quasiment comme synonymes.

¹¹ Denisart, *op. cit.*, « quelques ordonnances de nos Rois sont connues sous le nom d'Établissement ».

¹² *Observations des tribunaux de cassation et d'appel, des tribunaux et conseils de commerce etc. sur le projet de Code de commerce*, Paris, An XI, t. I, p. 214, observations du tribunal d'appel d'Orléans sur l'art. 3 § 2 : « On a compris dans cet article *toutes entreprises de constructions*. C'est une nouveauté qui ne paraît pas admissible. Ces entreprises sont de simples locations ou louages d'ouvrage. Elles n'ont aucune analogie avec les faits du commerce et ne sauraient être réglées par les lois qui lui sont propres ; elles lui sont trop étrangères si ce n'est peut-être les constructions de navires marchands à raison de leur destination pour le commerce. Quant aux entrepreneurs de bâtiments, s'ils peuvent être considérés comme marchands, ce n'est que relativement à l'achat des matériaux qu'ils emploient et fournissent dans leurs entreprises ».

Durant tout ce siècle, le courant de pensée majoritaire chez les juristes s'attache à l'entrepreneur et part de la notion d'acte de commerce en suivant le Code. Dans cette perspective la doctrine universitaire ramènera constamment l'entreprise à une spéculation opérée par l'entrepreneur et à un ensemble d'actes ou d'opérations dans le cadre d'une profession, spéculation consistant en particulier à sous-louer le travail. Cette interprétation qui était celle de Pardessus dès 1814¹³ est encore suivie par Bravard Veyrières et Demangeat¹⁴, par Boistel¹⁵ et même par Lyon-Caen et Renault à la fin du siècle s'en tenant toujours à l'idée d'opérations¹⁶.

La littérature émanant de praticiens est assez proche de cette position¹⁷, en marquant cependant quelques ouvertures. Vincens, en 1821, remarque que certains travaux, par leur ampleur, réclament un particulier « mode d'entreprise : et ce mode d'entreprise est la société anonyme ». Cet auteur qui était en revanche très méfiant à l'égard des possibilités de développement des sociétés de capitaux et très attaché à l'autorisation gouvernementale préalable ne s'en montrait pas moins, sur un autre point, très en avance sur son temps en estimant que la société anonyme devrait être de par sa nature une société commerciale¹⁸. Pour lui en tout cas l'entreprise demeurait une activité, celle d'un entrepreneur personne physique ou morale, et Massé, en 1844, exprime bien la même idée qui renvoie à la société anonyme pour couvrir juridiquement les grandes entreprises¹⁹. Vers la même époque également, Coin-Delisle pensait que l'entreprise

¹³ *Cours de droit commercial*, t. I, p. 32 : dans le droit commun, remarque-t-il, on ne connaît pas le contrat d'achat et de revente de travail ou de services alors que l'on admet le contrat d'achat et revente des choses. Toutefois, si « dans la rigueur ou subtilité du droit » le travail ou les services d'un homme ne peuvent être objet d'appropriation par un autre et susceptibles de trafic « il est sous quelques rapports naturel de voir dans celui qui réunit autour de lui des services dont il tire un profit quelconque, un spéculateur qui sous-loue ce qui a été loué, qui en fait une sorte de commerce ».

¹⁴ *Traité de droit commercial*, Paris, 1865, t. VI, p. 340 et s.

¹⁵ *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 23 et s.

¹⁶ *Traité de droit commercial*, 2e éd. 1889, t. I, actes de commerce, n° 131 et s. : « quand la loi parle d'entreprise de manufactures, de transport, de fournitures etc. elle suppose qu'il s'agit non d'un fait isolé de fabrication etc. mais de l'exercice d'une profession ou au moins d'une série de faits d'une certaine importance. Le caractère commercial est imprimé et au contrat principal et aux diverses opérations qui s'y rattachent ».

¹⁷ Favard de Langlade, *Répertoire de la législation du notariat*, 2e éd. 1829, v° Acte de commerce n° XIV : « Les autres opérations que la loi classe parmi les actes commerciaux par leur nature sont les entreprises de manufactures, de commissions, de transport... ». Dans le même sens, Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840, v° Acte de commerce, Entrepreneur.

¹⁸ E. Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, t. I, 1821, p. 349 : « il faut bien regarder comme des sociétés civiles et non commerciales celles qui ont pour objet la construction de ponts, de canaux et autres semblables... Cependant ces vastes entreprises exigent de grands fonds. Peu de capitalistes pourraient y compromettre avec prudence leur fortune... L'intérêt public est évidemment de favoriser un mode d'entreprise avec lequel s'exécutent des travaux utiles qu'on ne pourrait tenter d'aucune autre manière et par le bienfait desquelles la mauvaise réussite elle-même ne renverserait aucune fortune... Il y aurait cependant un avantage à ce que toute société admise comme anonyme fut censée commerciale ».

¹⁹ G. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, 1844, t. II, n° 381 : « Pour favoriser le développement de grandes entreprises » la loi a accepté les sociétés anonymes où la responsabilité des personnes physiques est limitée « de telle sorte que les tiers ont pour débiteur, et débiteur unique, l'être moral qui constitue la

n'était pas seulement un acte de commerce mais qu'elle était en soi un commerce et qu'il fallait s'attacher à la notion d'*établissement* à raison « de l'importance des entreprises énumérées par la loi, du nombre de bras qu'elles occupent, (de) la quantité de personnes intéressées à leur succès ». Une telle importance réclamait des règles plus strictes²⁰. Mais c'était là encore une intuition floue et l'établissement était plus volontiers défini de manière purement concrète : l'établissement industriel est une usine, un atelier, une manufacture²¹ ; ou bien l'établissement est compris comme le lieu où se tient le siège des activités d'un entrepreneur.

La discussion devait rebondir vraiment au milieu du XX^e siècle où l'expansion économique se produisait à travers la conjonction de politiques dirigistes et du développement du droit du travail. Le point de vue avait changé. Il ne s'agissait plus d'expliquer l'entreprise à propos de l'acte de commerce comme au début du siècle précédent ; on constatait « l'exiguïté » du texte du Code devant les développements économiques contemporains : on cherchait alors un critère large d'acte de commerce et l'on retombait sur l'entreprise. Le partage d'opinion s'accroissait entre tenants d'une analyse plus ouverte en direction du concept d'entreprise dicté par l'économie et tenants d'un concept juridique plus étroit demeurant proche de l'interprétation traditionnelle des textes du Code.

Escarra professait que « l'entreprise est en somme la répétition professionnelle des actes de commerce reposant sur une organisation préalable ». Une personne qui « se livre professionnellement à l'achat de grandes quantités de marchandises pour les revendre... a des bureaux, des magasins, des entrepôts, un important matériel, un nombreux personnel, en un mot, elle a monté tout d'une pièce une organisation préalable : c'est là l'entreprise »²². Ainsi l'entreprise n'était plus analysée seulement comme une activité professionnelle, elle apparaissait quand cette activité reposait sur une organisation préalable faisant intervenir des éléments matériels et surtout un personnel important. C'était effectivement une tentative pour intégrer la réalité économique dans une nouvelle définition mais un doute subsiste sur son efficacité dans la mesure où les termes « organisation préalable » ne peuvent être considérés comme un concept juridique précis alors que l'auteur paraissait atteindre là la limite formelle qu'il n'osait franchir.

D'autres au contraire – Hamel et Lagarde en 1954²³, plus tard encore Ripert et Roblot – excluaient totalement de la définition de l'entreprise les biens qui y sont mêlés. Pour ces derniers particulièrement l'entreprise doit être rapprochée de la notion de profession, et de préciser que si « l'entrepreneur unit les facteurs de la production, le capital et le travail... il est bien difficile d'unir par un lien juridique cohérent les élé-

société », mais pas sans autorisation préalable du gouvernement « qui vérifie les chances de succès des opérations et la suffisance des apports destinés à former le fonds social relativement aux charges probables de l'entreprise ».

²⁰ Dalloz, *Répertoire de jurisprudence*, t. II, 1845, v^o Actes de commerce, n^o 153.

²¹ Devilleneuve et Massé, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, revu par Dutruc, 6^e éd. 1875, v^o Acte de commerce, n^o 99 : « Le manufacturier se distingue de l'artisan par la spéculation qu'il fait sur le travail des ouvriers ou des machines qu'il emploie et par l'importance de son établissement. Il importe peu, du reste, pour constituer l'entreprise de manufacture, que les ouvriers travaillent dans des ateliers appartenant au fabricant ou à leur propre domicile ».

²² *Cours de droit commercial*, nouvelle édition, Paris, 1952, p. 60.

²³ J. Hamel et G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, Paris, 1954, t. I, n^o 157.

ments disparates qui constituent l'entreprise économique »²⁴. Trois constats s'imposent alors qui sont retenus comme autant de causes de cette grande difficulté : il y a une très grande diversité de situations parmi les entreprises, les branches du droit qui sont concernées par l'entreprise sont trop disparates (ce qui entraîne des conceptions différentes de l'entreprise) ; enfin la nature juridique de l'entreprise est très vague : elle est tantôt considérée comme objet de droit, tantôt comme sujet de droit²⁵.

Autrement dit, comme l'écrivaient en 1976 A. Sayag et B. Oppetit²⁶, la doctrine juridique française n'avait pas encore élaboré de théorie de l'entreprise qui soit communément acceptée. Cela venait d'une tradition très ancienne inspirée par le législateur qui assimile l'entreprise à l'entrepreneur et se borne à étudier séparément les personnes et les biens du droit commercial sans établir de lien organique entre moyens humains et moyens matériels de l'entreprise. Une telle conception méconnaissait entièrement le caractère économique de l'entreprise qui mêle en un seul organisme de production une cellule économique et une cellule sociale. Une position analogue se retrouve encore sous la plume de Y. Guyon en 1986²⁷. Il n'en reste pas moins que le législateur lui-même, en divers domaines, a personnalisé l'entreprise dont il n'a jamais donné de définition. Alors, l'entreprise bien vivante est-elle aussi triomphante ? Est-elle en passe par sa réalité économique de triompher des rigueurs ou des rigidités de notre tradition en franchissant – en tant que telle – le seuil juridique ?

* *
*

Donc les juristes d'aujourd'hui découvrent cette curieuse situation : le législateur a formellement reconnu l'existence de l'entreprise en la nommant mais sans la définir véritablement ni lui reconnaître une personnalité indépendamment de la personne physique ou morale qui l'exploite. Dès lors, chaque fois que le législateur confère des droits ou impose des obligations à une entreprise, cela doit être attribué à la personne physique ou morale qui a la qualité d'entrepreneur, sinon la loi devient inapplicable. C'est pourquoi les auteurs écrivent qu'une définition de l'entreprise en soi serait fort utile du point de vue pratique ; et l'un d'entre eux ajoute que l'entreprise est encore actuellement un « sujet de droit naissant »²⁸. L'entreprise, en tant qu'entité autonome, serait en passe de forcer le seuil juridique. C'est cette montée en puissance à l'encontre des principes juridiques traditionnels qu'il faut retracer maintenant. Or envisager les choses sous cet angle, c'est déjà poser la question : pourquoi le droit français n'a-t-il pas réussi à intégrer la notion économique d'entreprise ?

Ainsi, c'est d'abord sous le couvert de l'entrepreneur qu'a été traitée juridiquement l'activité d'entreprise et cela n'a pas changé jusqu'à la révolution industrielle, c'est-à-dire

²⁴ G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e éd. 1974, t. I, n°139.

²⁵ *Ibid.* n° 358, « Imprécision de la notion juridique d'entreprise ».

²⁶ *Les structures juridiques de l'entreprise*, Librairies techniques, 1976, p. 16.

²⁷ Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et Sociétés*, 4e éd. 1986, n° 644.

²⁸ Y. Guyon, *ibid.*

jusqu'au XIX^e siècle et même au delà. L'entrepreneur a été avant tout, et pendant des siècles, une personne physique qui agit dans un cadre contractuel, à la fois à partir du prix fait, du louage d'ouvrage et, le cas échéant, de la société.

Cela a été déjà montré à propos du maçon qui se faisait entrepreneur. À partir du XVII^e siècle il y a eu aussi le manufacturier. De même, les juristes ont reconnu l'activité d'entreprise dans le cadre de ce que l'on a appelé l'entreprise « dispersée » dont l'exemple le plus caractéristique est celui du marchand drapier qui faisait travailler, bien souvent à la campagne, des ouvriers tisserands auxquels il fournissait le métier à tisser et la matière première. Ce type d'entreprise était d'ailleurs apparu dès le XIV^e siècle dans les villes de Flandres ou de Picardie et s'est prolongé dans le royaume à la fois dans d'autres régions et durant des siècles²⁹. Il y avait là les éléments de l'entreprise du point de vue économique (y compris le personnel salarié) mais le droit ne connaissait que l'entrepreneur et retenait seulement la couverture contractuelle de son activité.

L'encadrement juridique de l'activité d'entreprise par la société mérite une plus longue attention. Il faut rappeler en premier lieu que l'attribution de la personnalité morale aux sociétés a été très tardive. Jusqu'au XIX^e siècle on n'y voyait encore qu'un engagement contractuel. Mais si l'on scrute l'histoire des sociétés dans la pratique on y découvre vite la réalité économique sous-jacente, c'est-à-dire précisément celle des entreprises.

L'exemple le plus caractéristique, et le plus précoce aussi, est assurément celui des compagnies des villes de l'Italie du nord au XIV^e siècle, de Florence à Venise. Compagnies de commerce en gros, ce sont des sociétés en nom collectif, le plus souvent familiales, avec succursales et filiales, et même une sorte de culture d'entreprise³⁰ ; telles sont les *maisons* des Bardi ou des Médicis. Or, si la configuration du capital a varié, les uns sortant tandis que d'autres assuraient la relève, une même famille dominait à travers plusieurs sociétés successives et de durée parfois très limitée : à travers ces contrats d'association successifs c'est bien la vie d'une même entreprise qui apparaît et qui est demeurée durant ce temps aux mains d'un même entrepreneur. Au reste, en France également, durant des siècles et bien au-delà du Moyen Âge, les commerçants qui s'associaient préféraient créer des sociétés pour seulement deux ou trois ans, très rarement au delà de quatre années, quitte à renouveler fréquemment le contrat ; la crainte d'être lié trop longtemps à un ou des associés difficiles ou indécents commandait ce type de comportement. Il n'en demeure pas moins qu'à travers une succession de contrats de société

²⁹ Sur ce type d'industrie dispersée comme transition vers la grande industrie très concentrée en ateliers au XVIII^e siècle, P. Léon, *Économies et sociétés préindustrielles*, PUF « U », 1970, t. II, 1650-1780, p. 287.

³⁰ C'est à cela en effet que pourrait correspondre l'apparition dès le XIV^e siècle, d'abord en Italie, d'écrits rédigés à usage interne par l'un des commis pour la formation des agents d'une compagnie de grand commerce, écrits souvent remis à jour à partir des dossiers de la compagnie. Le plus célèbre de ces recueils est celui de Francesco Balducci Pegolotti, de la compagnie des Bardi, rédigé dans la décennie 1330-1340 et imprimé pour la première fois au XVIII^e siècle ; cf. J. Meuvret, *Manuels et traités à l'usage des négociants aux premières époques de l'âge moderne*, repris dans *Études d'histoire économique*, Cahiers des Annales, n° 32, 1971, p. 231 et s.

on retrouve la même activité, la même localisation et souvent les mêmes personnes engagées dans la même affaire durant de longues années.

Le phénomène a pris une ampleur nouvelle avec le développement des commandites aux XVII^e et XVIII^e siècles et c'est un véritable système qui s'instaure. On le voit particulièrement avec les manufactures que Colbert s'est efforcé d'acclimater dans le royaume avec plus ou moins de réussite. La survie d'une manufacture installée à grands frais est passée souvent par la ruine des premiers commanditaires, leur désistement, et la formation d'une nouvelle société avec d'autres capitalistes venant renouveler la commandite tandis qu'étaient reprises les installations avec les gestionnaires et les ouvriers qui les animaient. Là encore à travers plusieurs sociétés transparaissait la vie de l'entreprise avec ses aléas ; de même la solution passait parfois par la reprise de l'affaire par une autre société.

Dans les affaires familiales la commandite jouait à la fois comme moyen de renouveler le capital ou de l'étendre, et encore comme moyen de contrôle par l'aîné au profit de la famille, voire par un groupe de capitalistes, commerçants ou financiers. Il faut également souligner que la commandite peut permettre au commandité d'exercer seul la direction effective de l'entreprise et encore d'en assurer sans solution de continuité la transmission le moment venu. Enfin, et pour s'en tenir à de rapides notations ici, une maison de commerce pouvait très bien passer, au gré des besoins, de la forme de société en nom collectif à la commandite et vice-versa ; au fond, cela entrait dans les techniques de gestion et il s'agissait bien là en réalité de la couverture juridique de l'entreprise qui évoluait pour répondre, entre autres, aux besoins du capitalisme naissant³¹.

Des changements importants sont intervenus au cours du XIX^e siècle. Ils proviennent du développement économique qui a fait entrer véritablement la France dans la révolution industrielle et a suscité de très grandes entreprises. Cette évolution a eu presque comme corollaire une sorte d'effacement de l'individu, personne physique, propriétaire de l'entreprise ; tout au moins, l'entreprise – en tant que telle – en prenant corps tend à se détacher de l'individu, y compris à partir de la simple boutique. Si bien que le phénomène qui va poser plus directement à terme le problème de l'entreprise, se présente aux deux bouts de la chaîne : pour l'entrepreneur individuel, voire le simple commerçant, et pour le gigantisme de la grande société de capitaux – c'est-à-dire à propos du fonds de commerce d'une part, et bien entendu de la société anonyme d'autre part.

En effet l'entreprise perce sous la boutique. Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle on ne conçoit guère que la boutique, aspect purement matériel de l'installation du marchand ; on transmet son fonds de boutique (marchandises et matériel) à celui qui va prendre la suite du commerce. Mais aux alentours de 1780 des commerçants – souvent d'ailleurs au moment d'une faillite et pour gonfler le côté actif du bilan – évaluent en argent l'achalandage, c'est-à-dire la clientèle³². Bientôt on en arrive à vendre le fonds, que l'on

³¹ Pour tout ce qui concerne la commandite, cf. *La société en commandite entre son passé et son avenir*, ouvrage collectif du CREDA, Librairies techniques, 1983, particulièrement chap. IV., p. 139 et s.

³² L. Depambour-Tarride, « Les origines du fonds de commerce : l'apparition de la clientèle dans les sources parisiennes », *RHD*, 1985, p. 329-350.

appelle alors *fonds de commerce*, en y comprenant les éléments corporels (matériel et marchandises) mais aussi des éléments incorporels auxquels on découvre une valeur marchande (bail et clientèle).

Ces idées nouvelles sont venues des commerçants eux-mêmes³³ et ce sont les notaires qui ont mis en forme, tant bien que mal, cette construction inédite. Le fonds de commerce est à peine né quand est rédigé le code de commerce, si bien que le code n'en parle pas ; à la jurisprudence reviendra d'entériner la première cette nouvelle institution (ce que fera le législateur seulement en 1909 à propos du nantissement du fonds de commerce et en évitant délibérément de donner une définition de ce fonds). Or la jurisprudence a hésité à propos de la nature de cette nouvelle institution, d'autant plus que certains vendeurs avaient imaginé d'y comprendre également les créances ; à cette occasion on parlait aussi d'*établissement* à propos du fonds de commerce. L'entreprise affleurerait sous le fonds et était peut-être engagée sous cette forme sur une voie la conduisant à franchir le seuil juridique. Mais la jurisprudence, gardienne des principes généraux de notre droit, a refermé cette ouverture. Le principe de l'unité du patrimoine devait être respecté et l'idée d'un patrimoine existant sans maître ne pouvait être retenue ; les arrêts rappelaient que le fonds de commerce ne pouvait être considéré tout au plus que comme une *universalité de fait*. Telle était la limite à ne pas franchir... en attendant l'introduction, encore fort lointaine, de la société unipersonnelle.

À l'opposé de la boutique, l'entreprise se développe sous la nouvelle société de capitaux qui, une fois libérée de l'autorisation préalable, prendra véritablement le relais de la commandite : la société anonyme. Rappelons que la société anonyme a été créée par le Code de commerce et qu'elle reprenait le type de société par actions sans commandité apparue à la veille de la Révolution. C'était une création formelle avec un titre générique qui écartait l'individu puisque la société était désignée seulement par son objet. L'entrepreneur était alors une personne morale si bien que les préférences sont longtemps allées, au XIX^e siècle, vers la commandite, plus rassurante en apparence par la présence de personnes physiques responsables en nom. Ainsi par le biais de la personnalité morale l'entreprise tend à se distinguer de l'individu, entrepreneur personne physique.

Surtout après la loi de 1867 sur les sociétés et à la faveur de la seconde révolution industrielle c'est à travers la société anonyme que les entreprises ont atteint le gigantisme du point de vue économique et le plein développement de leurs structures. C'est aussi à partir de là que les économistes sont passés de l'analyse de l'activité d'entreprise à partir de l'entrepreneur-type – personne physique – comme le faisait Cantillon, à la définition de l'entreprise en tant qu'unité de grande production : ces grosses sociétés anonymes leur présentaient la réalité économique la plus complète de la grande entreprise.

Enfin, comme on l'a vu, dans cette analyse l'entreprise en tant qu'unité de production dispose d'un patrimoine, combine les facteurs de production et exerce son activité pour la vente sur le marché avec maximisation du profit. Même si, dans les caractères de l'entreprise, figure aussi la distinction entre les agents qui apportent les facteurs de pro-

³³ L'institution a été également étudiée dans un ouvrage collectif du CREDA, *L'entreprise personnelle*, Litec, Paris, 1981, t. II : *Critique et prospective*, chap. 3, Les contingences historiques du fonds de commerce (J. Turlan et J. Hilaire).

duction et l'entrepreneur, dans ce concept purement économique et global les employés salariés font partie de l'entreprise ; il n'est d'ailleurs guère besoin de rappeler à ce propos l'énorme accroissement du salariat dans les grandes entreprises au cours du dernier tiers du XIX^e siècle. Là précisément se trouve la source d'une divergence fondamentale : les salariés qui sont intégrés à l'entreprise dans le concept économique ne font pas partie de la société qui les emploie – à moins d'être actionnaires – alors que la société représente le seul cadre juridique de l'entreprise que connaissait le droit commercial. La difficulté ne pouvait que s'accroître encore aux yeux des juristes avec la nécessaire extension d'un droit du travail à partir de 1880, lequel ne pouvait se concevoir en dehors de toute référence à l'entreprise. Au milieu du XX^e siècle et dans les perspectives qui étaient celles de l'après guerre, la doctrine allait se heurter plus directement encore à la question de la reconnaissance formelle de cette réalité économique de l'entreprise, réalité triomphante.

12 place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05