

La responsabilité sociétale des entreprises selon Adolphe Berle

Directeur : **Benoît Frydman**

TFE-Mémoire rédigé et présenté par **Aurore Senden**

Matricule **000479122**

Master en Droit, à finalité **Droit public et international**

Année académique 2024-2025



Déclaration Plagiat

Considérant que le plagiat est une faute inacceptable sur les plans juridique, éthique et intellectuel ;

Consciente que tolérer le plagiat porterait atteinte à l'ensemble des corps étudiants, scientifiques et académiques en minant la réputation de l'institution et en mettant en péril le maintien de certaines approches pédagogiques ;

Notant que les étudiants sont sensibilisés aux questions d'intégrité intellectuelle dès leur première année d'étude universitaire et que le site web des Bibliothèques de l'ULB indique clairement comment éviter le plagiat :

<https://bib.ulb.be/version-francaise/navigation/support/boite-a-outils/evitez-le-plagiat>

Rappelant que le plagiat ne se limite pas à l'emprunt d'un texte dans son intégralité sans emploi des guillemets ou sans mention de la référence bibliographique complète, mais se rapporte également à l'emprunt de données brutes, de texte traduit librement, ou d'idées paraphrasées sans que la référence complète ne soit clairement indiquée ;

Rappelant les articles 82 et 83 du Règlement Général des Etudes 2024-2025 : [Règlement général des études 2024 - 2025 et dispositions complémentaires - ULB](#) ;

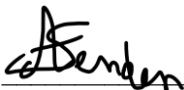
Convenant qu'aucune justification, telle que des considérations médicales, l'absence d'antécédents disciplinaires ou le niveau d'étude, ne peut constituer un facteur atténuant.

La Faculté de Droit et criminologie rappelle que la sanction minimale pour un plagiat avéré est l'attribution de la note de 0 pour l'ensemble du cours en question. Ce rappel ne présage pas de la sanction finalement proposée au jury par le Doyen en fonction des détails relatifs au cas de plagiat qui lui a été transmis.

Je soussignée, Aurore Senden, confirme avoir lu cette déclaration et certifie ne pas avoir commis de plagiat pour ma recherche.

Fait à Bruxelles

Date : 11 août 2025

Signature de l'étudiante  _____

Je remercie mon directeur de mémoire, Benoît Frydman, pour son encadrement bienveillant, sa disponibilité, ses relectures, ses commentaires et ses encouragements.

Je remercie également ma mère, mes sœurs, Nina, Martin et Andreas pour leur soutien, leurs relectures et leurs conseils.

La responsabilité sociétale des entreprises selon

Adolphe Berle

Introduction	6
Partie 1. L'évolution révolutionnaire des sociétés et du système capitaliste.....	9
Chapitre 1. Concentration et institutionnalisation des sociétés.....	9
Section 1. Concentration dans de très grandes sociétés	9
Section 2. Impact significatif	10
Section 3. Des institutions sociétales majeures	10
Section 4. Une compétition désormais oligopolistique	11
Section 5. Capacité d'autofinancement et pouvoir de planification.....	12
Chapitre 2. Séparation du contrôle et de la « propriété » bénéficiaire	13
Section 1. Apparition d'une « propriété » passive	13
Section 2. Investisseurs institutionnels : un achèvement de la séparation entre contrôle et droit aux bénéfices	16
Partie 2. La RSE selon Berle	18
Chapitre 1. Élargissement du champ de la responsabilité	18
Section 1. Une première ouverture théorique à la RSE.....	18
Section 2. Large reconnaissance de la RSE	20
Section 3. Décalage entre le pouvoir et le mandat des dirigeants	22
Chapitre 2. Dynamique de la RSE	23
Section 1. Mécanisme de la loi implicite	23
Sous-section 1. Nature de la loi implicite	23
Sous-section 2. Formation de la loi implicite.....	24
Section 2. Sanction de la RSE et freins au pouvoir des sociétés.....	25
Sous-section 1. Opinion publique	26
Sous-section 2. Maintien d'une certaine forme de concurrence et de pluralité	28
Chapitre 3. Contenu de la RSE et légitimité du pouvoir économique	29
Section 1. Contours de l'exercice légitime du pouvoir	29
Section 2. Applications aux sociétés de limites constitutionnelles	31
Section 3. Domaines de responsabilité des sociétés.....	34
Sous-section 1. Responsabilité envers les consommateurs	35
Sous-section 2. Responsabilité envers les travailleurs et les demandeurs d'emploi	35

Sous-section 3. Responsabilité envers les « investisseurs ».....	36
Sous-section 4. Responsabilité envers la communauté	37
A. Responsabilité dans le cadre des opérations commerciales des sociétés	37
B. Responsabilité dans le cadre de la philanthropie	37
Sous-section 5. Responsabilité liée à la planification	38
Section 4. Portée géographique limitée de l'« électorat ».....	39
Conclusion.....	40
Bibliographie	43

Introduction

Le 27 mars 2025, la SEC, la commission étasunienne qui régule les titres et les marchés financiers (« *U.S. Securities and Exchange Commission* »), a décidé de ne pas défendre ses règles attaquées qui imposaient à certains types de sociétés, notamment celles cotées, de divulguer des informations relatives à leur impact climatique. Mark Uyeda, alors président par intérim de la SEC, a qualifié ces règles de « trop coûteuses et inutilement intrusives¹ ». Le mois suivant, l'Union européenne a adopté une directive² visant à reporter l'entrée en vigueur de la directive³ sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et de celle⁴ sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

Cela donne un ton particulièrement actuel aux débats sur la place que les acteurs « privés » (nous reviendrons sur ce terme) devraient donner à des considérations sociétales, éthiques et environnementales dans leurs décisions. Pour bien appréhender ces débats, il est intéressant d'en comprendre les origines, que l'on trouve dans la transformation du système capitaliste étasunien intervenue à la charnière des XIX^e et XX^e siècles et dans les questions de gouvernance qu'elle a engendrées⁵. On retrouve ces questions et leur lien avec la RSE (responsabilité sociétale des entreprises) dans l'ouvrage *The Modern Corporation and Private Property*⁶ (ci-après « *Modern Corporation* »), écrit en 1932 par l'avocat en droit des sociétés Adolphe Berle et l'économiste Gardiner Means.

Modern Corporation tranche avec la théorie économique classique de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècles, qui avait comme cadre théorique un marché dit libre, dans lequel de nombreuses entreprises, relativement petites, se faisaient concurrence. La figure centrale de ce modèle était le capitaliste, propriétaire possesseur qui suivait son intérêt propre. Pour des

¹ US Securities and Exchange Commission, « SEC Votes to End Defense of Climate Disclosure Rules » [Communiqué de Presse], disponible sur <https://www.sec.gov>, 27 mars 2025.

² Directive (UE) 2025/794 du Parlement européen et du Conseil du 14 avril 2025 modifiant les directives (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne les dates à partir desquelles les États membres doivent appliquer certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises et au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, *J.O.U.E.*, L, 2025/794, 16 avril 2025.

³ Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, *J.O.U.E.*, L, 2024/1760, 5 juillet 2024.

⁴ Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, *J.O.U.E.*, L 322, 16 décembre 2022.

⁵ B. FRYDMAN, « La responsabilisation sociétale des entreprises ou la régulation par les chaînes globales de valeur » [Enregistrement de conférence], disponible sur <https://centreperelman.be>, publié le 14 mars 2024.

⁶ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, The Macmillan Company, 1932. Lorsque nous mettrons, par la suite, la référence de ce livre en abrégé, il s'agira de la présente édition.

auteurs libéraux classiques tels qu'Adam Smith⁷, la concurrence sur le marché permettait aux motivations d'intérêt personnel de coïncider avec l'intérêt général. *Modern Corporation* démontre la désuétude de ces conceptions classiques. D'une part, les auteurs constatent que l'industrie est de plus en plus concentrée, c'est-à-dire dominée par un nombre relativement restreint de grandes sociétés. D'autre part, ils expliquent que cette concentration s'accompagne d'une dispersion de l'actionnariat, qui elle-même signifie que de nombreux actionnaires se retrouvent sans pouvoir sur leur société.

Dans la première partie, nous allons exposer ces constats et leurs implications immédiates, à savoir que les sociétés concentrées ont un grand pouvoir, comparable à celui de l'État (chapitre 1) et que la séparation entre la propriété des actions et le contrôle remet en question la doctrine classique de la primauté des intérêts de l'actionnaire (*shareholder primacy*) (chapitre 2).

Ensuite, nous verrons dans la deuxième partie comment ces constats ont mené Berle à formuler progressivement une conception en matière de RSE, et comment celle-ci a évolué depuis *Modern Corporation*. Pour cela, nous ferons appel à d'autres de ses écrits, notamment *The 20th Century Capitalist Revolution*⁸ (ci-après « *Capitalist Revolution* ») publié en 1954, *Power Without Property*⁹ publié en 1959, *The American Economic Republic*¹⁰ (ci-après « *Economic Republic* ») publié en 1963 (que nous référencerons selon la pagination de la traduction française) et l'article « *Corporate Decision-Making and Social Control*¹¹ » (ci-après « *Corporate Decision-Making* ») publié en 1968. Dans le premier chapitre de cette deuxième partie, nous expliquerons que, dès *Modern Corporation*, Berle¹² ouvre la voie à la prise en compte des intérêts sociétaux par les entreprises. Il ne pense cependant pas encore la RSE possible (section 1). Nous verrons ensuite que dans ses ouvrages ultérieurs, Berle présente la RSE comme une nécessité et un concept largement accepté (section 2). Une fois établi que les sociétés sont responsables envers de larges pans de la population, se pose la question de la pertinence d'un processus d'élection des dirigeants où seuls les actionnaires, et non toutes les parties prenantes, ont le droit de vote (section 3).

⁷ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, Strahan and Cadell, 1776.

⁸ A. BERLE, *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, Harcourt, Brace & World, 1954.

⁹ A. BERLE, *Power Without Property. A New Development in American Political Economy*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1959

¹⁰ A. BERLE, *La réorganisation de l'économie américaine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965. [Traduction de A. BERLE, *The American Economic Republic*, New York, Harcourt, Brace & World, 1963.]

¹¹ A. BERLE, « Corporate Decision-Making and Social Control », *Business Lawyer*, 1968, n°1, p. 149 à 158.

¹² Berle et Means sont co-auteurs de *Modern Corporation*. Cependant, comme la contribution de Means à *Modern Corporation* a concerné principalement l'analyse statistique, et que le reste semble être surtout de la plume de Berle, nous parlerons parfois uniquement de Berle en citant cet ouvrage.

Dans le deuxième chapitre de cette partie, nous dresserons un tableau de la façon dont est déterminée, selon Berle, la responsabilité qui pèse sur les entreprises. Nous décrirons la notion que nous nommons « loi implicite », centrale dans *Power Without Property* et que l'on retrouve également dans *Economic Republic* (section 1). La loi implicite est souvent appliquée spontanément par les sociétés, mais une opinion publique contestataire se forme quand ce n'est pas le cas et, au besoin, le public peut pousser l'État à intervenir pour faire respecter la loi implicite qui se formalise alors. Cela présente un frein au pouvoir des sociétés, en plus d'un autre frein qu'est la concurrence, même si elle n'est plus « parfaite » (section 2).

Tout ceci nous amènera finalement à analyser plus en détail l'étendue du pouvoir économique et les responsabilités que, selon Berle, la loi (explicite ou non) fait ou devrait faire peser sur les sociétés, en particulier les plus grandes. Nous verrons tout d'abord que Berle décrit le pouvoir des sociétés comme légitimement très discrétionnaire tant qu'il reste dans sa fonction, mais illégitime dès qu'il en sort (section 1). Nous examinerons dans quelle mesure ce pouvoir économique – que Berle a comparé au pouvoir politique – peut être limité par des garanties constitutionnelles traditionnellement appliquées uniquement à l'État (section 2). Nous passerons en revue les différents domaines que Berle considère comme relevant de la responsabilité des sociétés, ainsi que les parties prenantes qui forment leur équivalent d'« électorat » (section 3). Comme nous le pointerons ensuite, Berle semble envisager cet « électorat », en tant que participants à l'élaboration de la loi implicite et de l'opinion publique, seulement en référence à la population des États-Unis, même s'il consacre un chapitre de *Capitalist Revolution* aux opérations des sociétés à l'étranger (section 4).

Finalement, nous concluons que malgré l'évolution de la pensée de Berle au fil du temps, il y a une cohérence dans ses écrits. Sa position à l'époque de *Modern Corporation* ouvrait déjà la voie à la RSE. Nous replacerons brièvement ses écrits dans le contexte actuel, pointant ce qui a changé, ainsi que ce qui reste ou gagne justement en pertinence.

Notons d'emblée la difficulté méthodologique de déterminer dans quelle mesure Berle se place dans une approche descriptive ou plutôt prescriptive. Nous essaierons de le déterminer au cas par cas, tout en gardant à l'esprit que son approche paraît présenter une certaine mixité : il présente souvent un début de développement normatif comme une observation, tout en semblant encourager la poursuite de ce développement.

Partie 1. L'évolution révolutionnaire des sociétés et du système capitaliste

Chapitre 1. Concentration et institutionnalisation des sociétés

L'un des deux constats principaux de Berle et Means est la concentration d'une large partie du capital économique au sein de quelques grandes sociétés. Nous allons voir que cela signifie que ces sociétés ont chacune un pouvoir considérable, et que cela en fait des institutions majeures d'importance sociétale. De plus, on ne peut pas dire que ce pouvoir des entreprises est limité par la concurrence dite « libre » de la manière dont les libéraux classiques l'envisageaient. Dans des travaux ultérieurs à *Modern Corporation*, Berle constate une capacité d'autofinancement dans le chef des grandes sociétés, qui leur confère encore plus de pouvoir.

Section 1. Concentration dans de très grandes sociétés

Dans *Modern Corporation*, Berle et Means analysent les résultats et les bilans des 200 plus grandes sociétés non bancaires des États-Unis afin d'estimer leur poids relatif dans l'ensemble de l'économie. Ils estiment qu'en 1930, leurs actifs combinés représentent presque la moitié de la richesse détenue par des sociétés (également non bancaires), et presque 40 % de la richesse totale des entreprises¹³ du pays¹⁴. L'unité économique-phare est donc devenue la très grande société, au sein de laquelle d'importants actifs sont réunis, même si de plus petites entreprises continuent à exister.

Berle poursuit ce constat – de concentration d'une grande partie du capital économique au sein de quelques centaines de sociétés – dans plusieurs ouvrages et articles écrits plus tard, notamment dans *Capitalist Revolution*¹⁵, *Power Without Property*¹⁶, *Economic Republic*¹⁷ et dans son article écrit en 1968¹⁸.

Dans *Capitalist Revolution*, il met en évidence le fait qu'une grosse centaine de sociétés étasuniennes est propriétaire de près d'un quart du volume de l'industrie de transformation du

¹³ C'est-à-dire aussi les entreprises qui n'ont pas la forme de société (« corporation »).

¹⁴ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶ A. BERLE, *Power Without Property...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷ A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁸ A. BERLE, « Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 150.

monde entier, ce qui pourrait représenter la plus grande concentration économique de l'histoire¹⁹.

Section 2. Impact significatif

Ces grandes sociétés ont chacune un impact significatif sans commune mesure avec celui d'une petite entreprise. Ainsi, dans certains secteurs tels que celui de l'électricité, une décision d'une seule société de desservir ou non une région peut grandement déterminer si cette région se développera²⁰. Les grandes sociétés influencent fortement les conditions de vie de la communauté au travers de leur marketing, des biens et services qu'elles fournissent, des usines qu'elles construisent, des conditions d'emploi qu'elles proposent²¹... Une grande société a le pouvoir d'affecter les standards en matière de salaire et en matière de négociations sociales de tout le secteur²². Si elle est l'employeur principal dans une ville, son pouvoir de refuser un emploi à un candidat peut laisser ce dernier sans perspective de travail là où il habite²³. Il est donc trompeur de qualifier les opérations des grandes sociétés de « privées »²⁴.

L'influence des grandes sociétés dépasse souvent leur propriété. Il n'est pas rare qu'elles imposent leurs conditions et politiques à de plus petites entreprises avec lesquelles elles contractent, par exemple via des contrats d'agence²⁵.

Selon Berle, l'impact des sociétés présente parfois un aspect involontaire²⁶. Cependant, nombre de leurs décisions sont, ou peuvent désormais être, prises en tenant compte de leurs effets probables sur la communauté²⁷.

Section 3. Des institutions sociétales majeures

Dans *Modern Corporation*, Berle déclare que, vu les proportions atteintes par les sociétés, on peut dire qu'un système des sociétés (« *corporate system* ») a émergé, qu'il compare en importance au système féodal d'antan²⁸. Dès les années 1930, il ne suffit donc plus d'envisager les sociétés comme étant une simple forme légale que peut revêtir une entreprise²⁹. Il invite à

¹⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 25 et 26.

²⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 33.

²¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 169.

²² A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 32.

²³ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 99.

²⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 12.

²⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 27 et 28; A. BERLE, *La réorganisation...*, op. cit., p. 165.

²⁶ A. BERLE, *Power Without Property...*, op. cit., p. 83.

²⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 35.

²⁸ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, op. cit., p. 1.

²⁹ A. BERLE et G. MEANS, ibidem, p. 1 ; pour l'idée, voisine, que les sociétés continueraient d'exister même si on leur retirait leur statut légal, voy. A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 18.

les traiter comme des institutions d'importance sociétale majeure³⁰. Notons cependant que dans *Modern Corporation*, il semble encore émettre une légère réserve à cet égard, quand il écrit « *The organizations which they control have passed far beyond the realm of private enterprise – they have become more nearly³¹ social institutions* ». Alors que dans un article écrit en 1968, il n'émet aucun doute et considère que « *Transition of the large corporation from a private enterprise to a social institution has now been accomplished and is generally recognized³²* ».

Dans *Modern Corporation*, il compare le pouvoir économique concentré au pouvoir étatique, considérant que les deux sont forts dans leur domaine³³. Il parlera plus tard de pluralisme des types de pouvoir, considérant que les grandes sociétés représentent un pouvoir parallèle à celui de l'État, sans toutefois constituer un acteur unique et intégré³⁴.

En 1954, il qualifie les grandes sociétés d'institutions quasi-politiques³⁵, même s'il considère que les sociétés ne sont pas pour l'instant une force politique indépendante, et ne semblent pas vouloir le devenir³⁶. Ces institutions ne suivent pas les lois économiques classiques³⁷. D'ailleurs, nous allons maintenant voir que la concurrence sous le nouveau système ne produit plus les mêmes effets qu'auparavant.

Section 4. Une compétition désormais oligopolistique

Berle explique que, quand Smith présentait la concurrence comme un moyen de réguler l'industrie, il avait en tête de petites unités économiques³⁸ que la compétition aurait poussées à pratiquer les prix les plus bas possibles et qui auraient fait faillite seulement si elles n'étaient pas assez efficaces. Ce type de concurrence ne s'applique plus tel quel avec les grandes entreprises qui dominent le marché au XX^e siècle. Désormais, la compétition, oligopolistique, produit des résultats différents³⁹ : elle ne joue que peu sur les prix et elle pousse davantage les unités à se rassembler, tendant vers le monopole⁴⁰.

³⁰ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 1. Pour la qualification des sociétés comme une institution sociale, voy. aussi A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 24.

³¹ Nous soulignons.

³² A. BERLE, « Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 149.

³³ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 357.

³⁴ A. BERLE, *Power Without Property...*, *op. cit.*, p. 143.

³⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 5.

³⁶ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 163.

³⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 12.

³⁸ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 350 et 351.

³⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 11 et 51 ; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 165 ; A. BERLE, « Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 151.

⁴⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 43 à 52.

Par conséquent, même s'il demeure une forme de concurrence, celle-ci n'a qu'un effet relatif pour freiner le pouvoir économique⁴¹.

Section 5. Capacité d'autofinancement et pouvoir de planification

Dans ses travaux datant des années 1950 et 1960, Berle constate une tendance constante qui rend l'étendue du pouvoir des grandes sociétés encore plus impressionnante, du moins dans les secteurs de l'industrie de transformation et du commerce⁴². Il s'agit de l'autofinancement par les sociétés de la majorité de leur capital risque. Là où, avant, les entreprises devaient en grande partie faire appel à du financement externe si elles voulaient du nouveau capital⁴³ (par exemple pour se lancer dans une nouvelle production dont le rendement était incertain), elles peuvent maintenant fixer des prix assez élevés et retenir une partie de leurs profits pour se constituer une épargne propre⁴⁴.

Notons que cette tendance était déjà amorcée dès les années 1920, mais à l'époque, les grandes sociétés comptaient encore beaucoup sur le financement externe via les marchés boursiers⁴⁵.

Cette capacité d'autofinancement implique une moindre dépendance des sociétés vis-à-vis des investisseurs (prêteurs et nouveaux actionnaires) pour financer leur capital risque, et donc, comme le pointe Berle en 1954, un frein en moins au pouvoir économique. En effet, on pensait traditionnellement que la dépendance vis-à-vis des banquiers pour obtenir du financement permettait à ces derniers de filtrer les projets et d'exercer une certaine surveillance dessus⁴⁶. Berle ne déplore pas cette perte de dépendance. Il pense que les banquiers, externes et donc plus méfiants, craignaient davantage l'innovation que les dirigeants et freinaient donc le progrès⁴⁷. Ce sur quoi il attire l'attention, et ce, dans plusieurs ouvrages, c'est le pouvoir de planification désormais entre les mains des dirigeants des grandes sociétés⁴⁸. Décider de l'allocation de l'épargne signifie décider en grande mesure de l'avenir de l'économie⁴⁹ et même de l'avenir de toute la société, vu qu'elle est « hautement industrialisée »⁵⁰. Berle remarque que

⁴¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 43 à 52.

⁴² A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 40; A. BERLE, *Power Without Property...*, *op. cit.*, p. 40.

⁴³ Au sens de moyens de production.

⁴⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 37 à 40 ; A. BERLE, *Power Without Property...*, *op. cit.*, p. 27, 147 et 148 ; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 70 et 145 ; A. BERLE, « Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 150.

⁴⁵ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 41 et 42.

⁴⁶ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 35 à 40.

⁴⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 41 à 42.

⁴⁸ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 12 et 34 ; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 75 et 85.

⁴⁹ A. BERLE, *Power Without Property...*, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁰ A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 69.

toute planification affecte des individus⁵¹. Cela conforte le constat que les grandes sociétés sont une institution sociétale majeure.

Après avoir établi l'existence d'un vaste pouvoir économique, sans concurrence traditionnelle pour le limiter, Berle et Means vont analyser dans quelles mains exactement ce pouvoir réside. La concentration de pouvoir économique entraîne et est en même temps permise par une dispersion grandissante de la propriété des actions⁵². Comme nous allons le voir, cette dispersion entraîne elle-même une séparation entre le pouvoir et la « propriété » économique. Le pouvoir n'est pas seulement concentré dans quelques sociétés, il est également de plus en plus concentré dans le chef de quelques acteurs au sein des sociétés.

Chapitre 2. Séparation du contrôle et de la « propriété » bénéficiaire

Section 1. Apparition d'une « propriété » passive

La concentration de capital dans de très grandes sociétés est rendue possible, dans un premier temps, par la mobilisation de l'épargne de nombreux actionnaires sur les marchés boursiers. En 1932, Berle et Means estiment que, dans certains secteurs, la dispersion de l'actionnariat au sein des très grandes sociétés est telle qu'aucun actionnaire n'est individuellement propriétaire de plus de 1 % des actions⁵³. Berle qualifie les actionnaires dispersés de « propriétaires passifs⁵⁴ ». En effet, bien qu'ils ne soient pas véritablement propriétaires de la société, ils ont un reliquat d'un des éléments qui constituait la notion traditionnelle de propriété : l'intérêt au profit. Mais l'autre élément, la possession active, n'est plus présent dans leur chef : nombreux sont les actionnaires de sociétés cotées qui ne s'intéressent pas à la gestion de ces dernières, envisageant leurs actions comme un pur investissement (un produit d'épargne ou de spéculation) et non un projet à long terme⁵⁵.

⁵¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 166.

⁵² A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, op. cit., p. 47.

⁵³ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 85.

⁵⁴ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 346 à 347.

Pour des facilités de construction de phrase, nous proposons parfois des traductions libres d'extraits de travaux de Berle. Par souci de concision, nous ne préciserons plus qu'il s'agit de traductions, mais les citations en français de Berle seront toujours soit des traductions libres, soit des extraits de l'édition traduite de A. BERLE, *The American Economic Republic*, op. cit.

⁵⁵ A. BERLE, *La réorganisation...*, op. cit., p. 29.

La « propriété » passive des grandes sociétés cotées par de nombreux actionnaires différents, détenant chacun un pourcentage faible du total d'actions, est une tendance que Berle a continué à observer dans ses écrits postérieurs⁵⁶. Comme il l'écrit en 1967, des sociétés privées existent toujours, mais ce ne sont pas les actrices principales en termes de capital total et d'opérations⁵⁷.

L'apparition de la « propriété » passive nous force, dit Berle, « à reconnaître le contrôle comme quelque chose séparé de la propriété, d'une part, et de la gestion, d'autre part⁵⁸ ». Il définit le contrôle comme le pouvoir factuel de sélectionner la majorité des directeurs de la société⁵⁹. Il le présente comme le pendant pour les sociétés du concept de souveraineté, poursuivant l'analogie étatique⁶⁰. Il établit une typologie des différents types de contrôle, qu'il classe du plus traditionnel à celui qui achève le plus la séparation entre contrôle et propriété⁶¹.

Le premier est donc le contrôle au moyen d'une propriété presque complète de la société, dans les sociétés qu'on peut qualifier de « privées »⁶². Berle et Means ne disent pas que ce type de contrôle a disparu, mais dans leur liste des 200 plus grandes sociétés, ils estiment que seules 6% sont privées⁶³.

La première étape dans la séparation du contrôle et du pouvoir est le contrôle par un groupe compact d'actionnaires à qui les actions confèrent la majorité des droits de vote⁶⁴. Dans ce schéma de contrôle, les intérêts de la majorité risquent d'être parfois contraires à ceux de la minorité, mais Berle ne s'attarde pas trop sur ce risque, car il dit que le problème ici n'a pas d'« importance sociale majeure »⁶⁵. Remarquons que, selon nous, cela montre que la question centrale de *Modern Corporation* dépasse les seules questions de conflits internes aux entreprises.

Berle constate plusieurs pratiques populaires dans les années précédant *Modern Corporation* qui permettent, via un mécanisme légal, à un actionnaire ou groupe d'actionnaires d'avoir le contrôle sans avoir une majorité des actions. Ces pratiques sont des astuces qui permettent de s'arroger un plus grand droit de vote relatif par action, ou même plus de contrôle non corrélé à

⁵⁶ A. BERLE, *Power Without Property...*, *op. cit.*, p. 62 et 74 ; A. BERLE, *La réorganisation...*, *ibidem*, p. 33.

⁵⁷ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 4e éd., London, Transaction, 2003, p. xx et xxi.

⁵⁸ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁹ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 69.

⁶⁰ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 69.

⁶¹ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 70 à 90.

⁶² A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 70.

⁶³ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 94.

⁶⁴ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 70 à 72.

⁶⁵ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 72.

un droit de vote personnel (via par exemple un *voting trust* ou le contrôle de la société mère)⁶⁶. Elles restent cependant toutes fondées sur le statut légal⁶⁷.

En revanche, il y a deux types de contrôle factuels et non légaux : le contrôle par une minorité d'actionnaires et le contrôle par les dirigeants⁶⁸. Les deux supposent un actionnariat particulièrement dispersé.

Berle et Means estiment que ce sont les deux types de contrôle les plus fréquents dans les très grandes sociétés, en particulier le contrôle par les dirigeants. Ce dernier concerne près de la moitié des 200 entreprises analysées et le volume de leur capital conjoint représente près de deux tiers du capital total des sociétés sur la liste⁶⁹.

Le cas du contrôle de minorité concerne un actionnaire minoritaire ou un groupe compact d'actionnaires minoritaires qui a un pourcentage relativement significatif d'actions. Pour atteindre la majorité, il parvient à ce que suffisamment d'autres actionnaires, assez passifs, lui donnent procuration aux élections des directeurs. Une fois au contrôle, il pourra perpétuer sa position en demandant que des formulaires de procuration soient envoyés chaque année aux actionnaires en même temps que la convocation à l'élection⁷⁰.

Le contrôle managérial fonctionne également avec des procurations de vote, mais dans ce cas il n'y a pas de minorité assez importante pour imposer sa volonté aux dirigeants, et ceux-ci utilisent les élections pour se coopter et rester aux commandes⁷¹.

Berle présente les différentes formes de contrôle de manière séparée tout en précisant que, dans les faits, il y aura souvent plusieurs groupes qui devront composer ensemble pour avoir un « contrôle joint »⁷². Mais l'explication de chacun de ces types de contrôle permet de comprendre comment les (ou la majorité des) actionnaires de la plupart des très grandes sociétés se retrouvent sans pouvoir.

Notons que même hors du cas de contrôle managérial, les directeurs disposent tout au long de leur mandat d'une large autonomie. Ils ne sont pas légalement les agents des actionnaires qui ont le contrôle et sont donc libres de défier leurs instructions. Et il n'est pas chose aisée pour

⁶⁶ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 72 à 79.

⁶⁷ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 79.

⁶⁸ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 79.

⁶⁹ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 94.

⁷⁰ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 80 à 84.

⁷¹ A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 84 à 88.

⁷² A. BERLE et G. MEANS, *ibidem*, p. 84 à 89.

les actionnaires, même ceux au contrôle, de démettre les directeurs, donc ils ne le font généralement pas à la légère⁷³.

De plus, la libéralisation du droit des sociétés de nombreux États fédérés place dans les mains des managers un grand pouvoir pour altérer la part relative des droits aux dividendes et à l'actif social de chaque groupe d'actionnaires⁷⁴.

Dans *Power Without Property*, Berle semble observer que la tendance s'est accentuée : il écrit que les grandes sociétés ne sont désormais pas contrôlées par des actionnaires⁷⁵. De plus, dès 1954, il constate qu'en plus d'être généralement peu actifs, les actionnaires individuels s'effacent même du paysage et laissent la place à des investisseurs institutionnels, comme nous allons le voir maintenant.

Section 2. Investisseurs institutionnels : un achèvement de la séparation entre contrôle et droit aux bénéfices

Vers le milieu du XX^e siècle, Berle constate que de nombreux individus sont affiliés à des institutions telles que des fonds communs de placement ou, souvent de manière obligatoire via leur employeur⁷⁶, des fonds de pension. Ce sont donc ces institutions qui investissent leur épargne et sont titulaires des actions, même si les individus demeurent les bénéficiaires ultimes (bien qu'indirects) des dividendes⁷⁷. Parmi les actionnaires, remarque Berle, ces institutions gagnent progressivement en importance par rapport aux investisseurs individuels⁷⁸ et investissent dans des secteurs-clés de l'économie⁷⁹.

Ainsi, Berle pense déjà en 1954 qu'elles pourraient exercer un pouvoir considérable sur le choix des dirigeants⁸⁰, et en 1959 qu'elles pourraient, en s'unissant à seulement quatre ou cinq, prendre le contrôle⁸¹. Il prédit que leur position va encore se consolider et qu'elles ne pourront plus éviter une position de contrôle, même si elles s'en désintéressent pour l'instant⁸². Il évoque d'ailleurs une responsabilité de ces institutions pour éviter le pouvoir absolu des dirigeants⁸³.

⁷³ A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 70.

⁷⁴ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, op. cit., p. 154.

⁷⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 70 et 71.

⁷⁶ A. BERLE, *La réorganisation...*, op. cit., p. 73.

⁷⁷ A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 43 et 51.

⁷⁸ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 44 et 162; A. BERLE, *La réorganisation...*, op. cit., p. 73.

⁷⁹ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 49 et 50.

⁸⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 45.

⁸¹ A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 53.

⁸² A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 44 et 45.; A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 50 et 54.

⁸³ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 55.

Quand ils finiront par l'assumer, le pouvoir économique sera encore plus concentré, non plus dans les mains de divers managers, mais dans celles d'un « groupe concentré » de banquiers gestionnaires de fonds⁸⁴.

Et, qu'ils décident ou non d'exercer le contrôle, le phénomène des investisseurs institutionnels achève dans tous les cas la séparation entre « propriété » bénéficiaire et pouvoir, puisqu'il forme un rempart de plus entre les individus épargnants et le contrôle des sociétés en les laissant sans droit de vote⁸⁵. Certes, ce droit n'était de toute manière plus très effectif. Mais le fait d'être actionnaire permettait tout de même aux individus une prise en compte de leur opinion publique (nous reviendrons sur cette notion), ce qui pouvait être une limite effective au pouvoir des dirigeants⁸⁶.

Nous avons donc souligné, d'une part, l'ampleur du pouvoir des grandes sociétés et, de l'autre, le contrôle de celles-ci par des dirigeants ou gestionnaires de fonds qui n'agissent pas en tant que propriétaires, les « propriétaires » étant devenus passifs. L'impact significatif que les sociétés exercent sur plusieurs pans de la communauté amène Berle à se poser la question de leur responsabilité envers celle-ci. Leur champ traditionnel de responsabilité était « un groupe d'actionnaires financièrement intéressés auquel le management de chaque société doit rendre compte⁸⁷ ». Mais comme Berle le remarque, ce champ s'appliquait à la propriété traditionnelle, dont l'un des éléments centraux était la possession active. Il se demande si la même logique est applicable telle quelle aux « propriétaires » passifs⁸⁸ et c'est cette question, ainsi que les conséquences d'une réponse négative, que nous allons analyser dans la deuxième partie.

⁸⁴ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 50 et 52.

⁸⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 59.

⁸⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 53.

⁸⁷ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 56.

⁸⁸ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 336 à 339.

Partie 2. La RSE selon Berle

Chapitre 1. Élargissement du champ de la responsabilité

Section 1. Une première ouverture théorique à la RSE

En 1932, les idées exprimées par Berle dans son article « *Corporate Powers as Powers in Trust*⁸⁹ », qui correspond à quelques détails près au chapitre homonyme de *Modern Corporation*⁹⁰, suscitent une réaction de la part du juriste Merrick Dodd, auquel Berle répond en retour dans l'article « *For Whom Corporate Managers Are Trustees : A Note*⁹¹ ». Le dialogue ainsi ouvert illustre la position de Berle à l'époque sur la question de savoir dans quels intérêts les managers devraient gérer les sociétés.

Dans « *Corporate Powers as Powers in Trust* », Berle défend la thèse que les managers sont des *trustees* des actionnaires, et uniquement de ceux-ci⁹². Il en tire la conclusion que les juridictions peuvent, en équité (« *equity* »), restreindre les usages abusifs du pouvoir des managers comme elles le font déjà avec d'autres *trustees*⁹³. Dans l'article qu'il publie en réponse, Dodd critique l'emphasis que Berle met sur l'idée que les sociétés existent uniquement pour servir l'intérêt des actionnaires⁹⁴. Dodd est en faveur de, et pense possible, une évolution légale qui permettrait aux managers d'agir selon « [...] un sens de responsabilité sociale envers les travailleurs, les consommateurs et le public général [...] »⁹⁵.

Dans son article en réponse à Dodd, Berle estime qu'empêcher tout développement qui va dans le sens suggéré par Dodd serait regrettable⁹⁶. Dans *Modern Corporation*, il ouvre lui-même la voie à une telle évolution. D'une part, il estime que les actionnaires, en abandonnant « le contrôle et la responsabilité sur la propriété active », ont également abandonné leur droit à voir les sociétés opérées dans leur seul intérêt. D'autre part, il considère que rien dans l'évolution étudiée ne justifierait que les sociétés soient gérées dans l'intérêt des groupes qui les contrôlent. Au contraire, cette évolution ouvre selon lui la voie à une troisième alternative, celle de la prise

⁸⁹ A. BERLE, « *Corporate Powers as Powers in Trust* », *Harvard Law Review*, 1931, n°7, p. 1049 à 1074.

⁹⁰ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 247 à 277.

⁹¹ A. BERLE, « *For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note* », *Harvard Law Review*, 1932, n°8, p. 1365 à 1372.

⁹² A. BERLE, « *Corporate Powers ...* », *op. cit.*, p. 1049.

⁹³ A. BERLE, « *Corporate Powers ...* », *ibidem*, p. 1074.

⁹⁴ E. DODD, « *For Whom Are Corporate Managers Trustees?* », *Harvard Law Review*, 1932, n°7, 1147 et 1148.

⁹⁵ E., DODD, *ibidem*, p. 1160.

⁹⁶ A. BERLE, « *For Whom Corporate Managers Are Trustees* », *op. cit.*, p. 1372.

en compte par les sociétés de l'intérêt général⁹⁷. Il écrit « *Neither the claims of ownership nor those of control can stand against the paramount interests of the community* » et « *When a convincing system of community obligations is worked out and is generally accepted, in that moment the passive property right of today must yield before the larger interests of society* »⁹⁸. Il ne présente pas seulement la prise en compte d'intérêts communautaires comme désirable selon lui (une fois qu'il existera un tel système convaincant) mais également comme une nécessité qui s'imposera. Il prédit que le « contrôle » des grandes sociétés devra devenir « *a purely neutral technocracy, balancing a variety of claims by various groups in the community and assigning to each a portion of the income stream on the basis of public policy rather than private cupidity* »⁹⁹. Il remarque d'ailleurs qu'il y a déjà, « à travers le monde, et dans des degrés variables d'intensité », une insistance pour que le pouvoir économique soit soumis aux mêmes tests de bénéfice public que ceux qui ont été appliqués aux autres types de pouvoir¹⁰⁰.

Cette ouverture assez forte vers la RSE est cependant, comme le montre un des extraits ci-dessus, conditionnée à l'émergence d'un « système convaincant d'obligations communautaires » qui est « généralement accepté ». Dans son article en réponse à Dodd, Berle estime également que le système n'est pas prêt pour que les entreprises soient socialement responsables¹⁰¹. De plus, et bien que cet article ait été publié la même année que *Modern Corporation*, il ne semble pas y admettre que les sociétés puissent un jour devenir une « technocratie neutre », car il pense que la responsabilité sociétale doit être laissée à l'État¹⁰².

Dans ces deux travaux, il craint que laisser les sociétés agir pour d'autres intérêts que ceux des actionnaires donnerait au contrôle trop de pouvoir d'agir uniquement dans leur intérêt propre¹⁰³. Il présente dans *Modern Corporation* le « renforcement rigide des droits de propriété » comme une manière d'éviter un tel « pillage des sociétés », tout en affirmant qu'un tel renforcement

⁹⁷ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 355 et 356.

⁹⁸ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *ibidem*, p. 356.

⁹⁹ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *ibidem*, p. 356.

¹⁰⁰ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *ibidem*, p. 353.

¹⁰¹ A. BERLE, « For Whom ... », *op. cit.*, p. 1367.

¹⁰² A. BERLE, « For Whom ... », *ibidem*, p. 1369; A. BERLE, « Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 150 (où Berle parle rétrospectivement de son article « For Whom »).

La différence entre *Modern Corporation* et l'article en question s'atténue toutefois si on considère, comme semble le faire John Galbraith, que Berle voulait dire dans la conclusion de *Modern Corporation* que l'État devrait ultimement reprendre le contrôle (J., GALBRAITH, C.R. de « The Modern Corporation and Private Property » par A. Berle et G. Means, *The Antitrust Bulletin*, 1968, p. 1529). Mais il nous semble au contraire que l'idée de technocratie est de laisser un large pouvoir au « contrôle » et dirigeants des sociétés d'agir dans l'intérêt général, pour autant que ce pouvoir soit exercé selon des lignes acceptées par le public.

¹⁰³ A. BERLE, « For Whom ... », *ibidem*, p. 1372; A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 356.

n'empêchera pas ces droits de propriété d'être modifiés ultérieurement dans l'intérêt d'autres groupes¹⁰⁴.

Bien que la protection des droits des actionnaires ne soit pas le propos ultime de *Modern Corporation*, le livre inspira dans les années 1930 un mouvement d'activisme actionnarial : les actionnaires étaient encouragés à être plus présents aux réunions et plusieurs pouvoirs des managers furent réduits. Berle soutenait dans une certaine mesure ces réformes, même s'il ne pensait pas qu'elles inverseraient les tendances décrites dans *Modern Corporation*¹⁰⁵. Berle, en tant que conseiller de Roosevelt, participe également à l'élaboration des *Securities Act*¹⁰⁶ et *Securities Exchange Act*¹⁰⁷, adoptées respectivement en 1933 et 1934 dans le cadre du *New Deal*¹⁰⁸. Ces deux législations vont dans le sens d'une protection temporaire des actionnaires : elles imposent aux sociétés cotées des obligations d'information (notamment sur leur performance et sur leur gouvernance) à l'égard des acquéreurs de titres financiers qu'elles émettent. Le *Securities Exchange Act* crée en plus la SEC pour veiller au respect de ces obligations¹⁰⁹.

Section 2. Large reconnaissance de la RSE

Dès 1954, Berle déduit du pouvoir de planification des grandes sociétés une responsabilité de celles-ci envers le public. Puisque leurs décisions concourent grandement à construire la communauté de demain, leurs dirigeants doivent consciemment se demander quel futur est désirable¹¹⁰. Il semblerait, écrit Berle, qu'ils doivent, pour la première fois dans l'histoire, tenir compte de considérations philosophiques¹¹¹.

Berle ne fait pas qu'exprimer son avis, il constate également qu'une partie des dirigeants de sociétés reconnaît à celles-ci une responsabilité sociétale¹¹². Quant aux dirigeants qui ne sont pas de cet avis, Berle estime qu'ils ont encore le choix de décliner d'assumer une telle responsabilité. Mais c'est alors l'État qui interviendra à la place, ce que le courant de pensée de

¹⁰⁴ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *ibidem.*, p. 356.

¹⁰⁵ J. GALBRAITH, *op. cit.*, p. 1529.

¹⁰⁶ Securities Act du 27 mai 1933, *United States Statutes at Large*, vol. 48, p. 74 à 95.

¹⁰⁷ Securities Exchange Act du 6 juin 1934, *United States Statutes at Large*, vol. 48, p. 881 à 909.

¹⁰⁸ J. MACINTOSH, « The issues, effects and consequences of the Berle-Dodd debate, 1931-1932 », *Accounting, Organizations and Society*, 1999, p. 150.

¹⁰⁹ Securities Exchange Act du 6 juin 1934, *United States Statutes at Large*, vol. 48, p. 881 à 909, section 4.

¹¹⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 166, 167 et 173.

¹¹¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem.*, p. 166 et 167.

¹¹² A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem.*, p. 167, 168 et 171 à 173.

l'époque cherche généralement à éviter. Les sociétés sont donc « forcées » vers une large acceptation de leur responsabilité¹¹³.

De plus, Berle note dès *Capitalist Revolution* que 29 États des États-Unis ont adopté une loi autorisant les sociétés à distribuer une partie de leurs profits à des œuvres caritatives plutôt que de tout distribuer à titre de dividendes, et que la Cour suprême du New Jersey¹¹⁴ a rejeté un recours qui tendait à contester la constitutionnalité d'une de ces lois¹¹⁵. Il en conclut que, dans les faits, les dirigeants sont désormais des *trustees* de l'ensemble de la communauté¹¹⁶. Il continue dans *Power Without Property, Economic Republic* et l'article qu'il écrit en 1968 à insister sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants envers le public¹¹⁷.

Dans certains de ces travaux, il constate l'existence d'un corps de règles, implicites ou explicites, qui imposent des obligations aux sociétés. Nous reviendrons sur ce corps de règles dans le deuxième chapitre, mais notons déjà qu'il paraît correspondre au « système convaincant d'obligations communautaires [...] généralement accepté » dont Berle parlait dans *Modern Corporation*, ce qui expliquerait qu'il ne pense plus qu'il est trop tôt pour reconnaître aux entreprises une responsabilité sociétale. Même dans *Capitalist Revolution*, où Berle ne paraît pas encore estimer ce corps de règles très établi, il nous semble qu'on commence à le distinguer. Pourtant, il insiste encore relativement peu dessus. Il nous semble d'ailleurs qu'il admet à cette époque que les sociétés et leurs dirigeants gouvernent selon la vision de la communauté qu'ils trouvent eux-mêmes souhaitable, alors que, plus d'une décennie après, il affirme que, selon lui, les sociétés ne devraient pas « gouverner », dans le sens qu'elles ne devraient pas produire un modèle de société, mais se conformer à un modèle existant¹¹⁸.

En 1972, peu après le décès de Berle, une cour d'appel fédérale des États-Unis franchit un pas qui va plus loin que reconnaître aux sociétés le droit de distribuer une partie de leurs profits à la philanthropie : elle reconnaît à des managers le droit de favoriser des intérêts publics dans la gestion, même si cela entraîne de moindres profits¹¹⁹. Il a toutefois été suggéré que cet arrêt ne

¹¹³ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 171 à 173.

¹¹⁴ Cour suprême du New Jersey, 25 juin 1953, *New Jersey Reports*, vol. 13, p. 145 (*"A.P. Smith Mfg Co. v. Barlow"*).

¹¹⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 168. Voy. également A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 83 ; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 225 et 226.

¹¹⁶ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 169.

¹¹⁷ Voy. notamment A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 8, 117 et 118 ; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 129 ; A. BERLE, « Corporate Decision-Making », *op. cit.*, p. 150.

¹¹⁸ A. BERLE, « Corporate Decision-Making ... », *ibidem*, p. 152.

¹¹⁹ Cour d'appel des États-Unis pour le dixième circuit, Denver, 29 décembre 1972, *Federal Reporter, Second Series*, vol. 472, p. 1081 (*"Herald Co. v. Seawell et al."*).

fait que réaffirmer et préciser le large pouvoir discrétionnaire des dirigeants¹²⁰ de sociétés, ou encore que la décision fût commandée par les particularités du secteur en l'espèce (à savoir celui de la presse)¹²¹.

Section 3. Décalage entre le pouvoir et le mandat des dirigeants

Une fois qu'il admet que les dirigeants de sociétés ont une responsabilité envers d'autres groupes que leurs seuls actionnaires, Berle constate que l'étendue de leur pouvoir dépasse celle de leur mandat¹²². En effet, le mandat donné par les actionnaires était historiquement, et dans certains cas est toujours¹²³, un mandat de générer un maximum de profits, mais la fonction réelle des sociétés, et donc le pouvoir de leurs dirigeants, sont devenus bien plus larges. On peut donc se demander si le processus d'élection des directeurs est toujours pertinent¹²⁴.

Cependant, selon Berle, ce processus donne généralement lieu à de bons résultats, en particulier dans les cas de contrôle managérial, notamment car les dirigeants sont plus doués que les actionnaires pour repérer, parmi leurs pairs, quelqu'un qui satisfera aux attentes de la communauté¹²⁵, et ils ont plus tendance à faire attention à ce critère¹²⁶. La question de la pertinence de l'élection sera peu soulevée tant que les directeurs élus gèrent les sociétés de manière efficace, selon les normes existantes¹²⁷. Ultimement, ce sont ces dernières qui détermineront dans quelles conditions les titulaires du pouvoir économique sont légitimes à le détenir¹²⁸.

Nous allons justement, dans le chapitre suivant, nous intéresser à ces normes qui s'imposent aux dirigeants de sociétés et les obligent envers différents groupes (section 1). Une grande partie de ces normes n'a, selon Berle, pas été explicitée par la loi formelle ou la jurisprudence, c'est pourquoi nous la désignerons « loi implicite ». Nous verrons ensuite ce qui permet à ces normes d'être appliquées (section 2).

¹²⁰ X, « *Herald Co. v. Seawell: A New Corporate Social Responsibility?* », *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, n°5, p. 1168.

¹²¹ X, « *Herald Co. v. Seawell: A New Corporate ...* », *ibidem*, p. 1166.

¹²² A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 105 à 107.

¹²³ Berle donne l'exemple de l'élection des directeurs du *New York Central Railroad*, où l'argument central était la profitabilité, voy. A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 106.

¹²⁴ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 107.

¹²⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 107 et 108.

¹²⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 109.

¹²⁷ A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 46.

¹²⁸ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 99 et 110.

Chapitre 2. Dynamique de la RSE

Section 1. Mécanisme de la loi implicite

Sous-section 1. Nature de la loi implicite

Dans *Capitalist Revolution*, Berle constate l'absence, pour l'heure, d'un corps de doctrine reconnu auquel les sociétés pourraient se référer pour les guider dans leurs choix quotidiens quant à leur responsabilité¹²⁹. Cependant, il note que des standards communautaires concernant la conduite des sociétés s'affirment graduellement¹³⁰. Il conclut d'ailleurs son livre en disant que les sociétés sont forcées de travailler selon un cadre de conceptions qui s'imposent à elles¹³¹.

Berle présente finalement des standards communautaires comme bien établis dans *Power Without Property*¹³², et puis toujours dans *Economic Republic*¹³³ et, il nous semble, dans l'article « *Corporate Decision-Making* ». Il utilise selon nous les notions de « consensus public » et de « loi naissante » ou encore de « loi immanente » pour désigner la même idée¹³⁴ : un corps de normes, qui fait l'objet d'une acceptation générale par le public¹³⁵, et qui n'a pas encore été explicitée par le droit formel, donc qui n'a pas fait l'objet ni d'un acte législatif, ni exécutif, ni judiciaire¹³⁶. Ainsi, ces termes désignent un corps de lois que nous qualifierons d'implicites. De portée générale (par définition), cette loi implicite est sous-jacente à l'opinion publique qui se forme dans des situations précises¹³⁷. Elle comprend la loi formelle (« *settled law* »), mais également la capacité de la critiquer et de demander qu'elle évolue¹³⁸. Berle écrit : « *Public consensus, though it is indefinite, almost completely unorganized, and without traceable form, none the less is a hard-core fact*¹³⁹. » Le consensus public n'a selon lui rien d'abstrait¹⁴⁰, bien que, même de manière informelle, il n'ait encore jamais été codifié¹⁴¹.

¹²⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 181.

¹³⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 57 et 58.

¹³¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 188.

¹³² Voy. notamment A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 111.

¹³³ Voy. notamment A. BERLE, *La réorganisation...*, op. cit., p. 44.

¹³⁴ Par endroits, Berle présente également le « consensus public » comme l'élément sous-jacent qui détermine la « loi naissante », voy. A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 113 et 114.

¹³⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 111.

¹³⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 115 et 116.

¹³⁷ A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 111.

¹³⁸ A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 113.

¹³⁹ A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 111.

¹⁴⁰ A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 115.

¹⁴¹ A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 116.

Berle lui-même n'entreprend pas une codification systématique du consensus public, mais il en donne des exemples, comme la règle interdisant aux managers de contracter avec la société qu'ils gèrent en favorisant leur bénéfice propre¹⁴².

Sous-section 2. Formation de la loi implicite

La loi implicite est en évolution constante¹⁴³. Les critères qu'elle prévoit peuvent devenir plus exigeants et elle peut se mettre à pénétrer de nouveaux domaines. Berle juge très important, pour que cette loi puisse être constamment critiquée et examinée, de garantir la liberté de pensée et d'expression¹⁴⁴.

Il souligne, à de nombreuses reprises, principalement dans *Power Without Property*, le rôle prépondérant d'une élite intellectuelle dans la formation évolutive de la loi implicite¹⁴⁵. Il désigne souvent ce rôle comme celui de « Lord Spiritual¹⁴⁶ ». L'analogie avec l'Église anglicane et avec la dichotomie entre deux ordres de pouvoirs semble avoir pour but de mettre en évidence l'idée, très ancrée dans la conscience humaine selon Berle, qu'il y a une loi supérieure qui s'impose au pouvoir temporel¹⁴⁷. En l'occurrence, la loi implicite s'impose au pouvoir économique.

Berle présente ces « Lords Spirituals » comme des « *keepers and developers of the public consensus* »¹⁴⁸. Il a confiance en leur capacité à résister aux pressions « normales » et à ne pas ressentir les peurs « normales »¹⁴⁹, ce qui lui semble précieux pour conserver un sens critique. Les professeurs d'université ou d'institutions semblables peuvent faire de bons « *Lords Spirituals* » grâce à leur indépendance, qu'il est, selon Berle, très important de conserver¹⁵⁰. Mais les journalistes et les écrivains, par exemple, peuvent également assumer ce rôle¹⁵¹. Il se peut occasionnellement que certains « Lords Spirituals » participent à la direction d'une société ou se lancent dans la vie politique, mais alors « leur dévouement est à l'humanité et à la vérité¹⁵² ».

¹⁴² A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 111.

¹⁴³ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 99 et 110; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁴⁴ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 99.

¹⁴⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 186 et 187; A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 135.

¹⁴⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 6.

¹⁴⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 69; A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 6 et 7.

¹⁴⁸ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 14.

¹⁴⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁵⁰ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵¹ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 135.

¹⁵² A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 135.

Ce n'est pas parce que Berle présente ces « *Lords Spirituals* » comme une élite qu'il juge ce rôle difficile d'accès. Au contraire, il estime que tout un chacun possède en lui le pouvoir d'en faire partie¹⁵³. De plus, si les « *Lords Spirituals* » guident le public, c'est ce dernier dans sa généralité qui détermine, ultimement, le contenu de la loi implicite¹⁵⁴. Toute la population, nous dit Berle, prend part à la création, au maintien et à l'expansion du consensus public, qui est comme une élection sans électeurs. Il écrit : « *Any feeling however individual, any form of consumption however insignificant, any participation however humble exerts its effect*¹⁵⁵ », sans davantage expliciter le processus de participation individuelle.

La loi implicite étant formée par le public, Berle la présente comme un véritable outil démocratique¹⁵⁶, et comme une réponse à la perte de pouvoir de l'individu en tant qu'acteur économique. Si la plupart des individus n'ont plus de pouvoir en tant que producteurs, ils en ont en tant que citoyens d'une démocratie¹⁵⁷.

Pour avoir une forme de démocratie économique, il ne suffit pas d'avoir des normes qui émanent du public, encore faut-il un mécanisme pour les faire respecter. De manière plus générale, il faut des freins au pouvoir économique, et c'est ce qui va maintenant nous intéresser.

Section 2. Sanction de la RSE et freins au pouvoir des sociétés

Dans *Capitalist Revolution*, après avoir constaté l'effacement de certaines limites au pouvoir économique, Berle affirme qu'il est encore trop tôt pour déterminer si de nouvelles limites sont apparues¹⁵⁸. Cependant, il pense, pour sa part, qu'il y a effectivement des freins qui se dessinent et permettent d'empêcher le pouvoir économique d'être tyrannique, même si « les lignes sont obscures et les preuves maigres¹⁵⁹ ». Il s'agit d'une part de l'opinion publique¹⁶⁰ (sous-section 1), et d'autre part de la concurrence au sein du modèle oligopolistique qui, bien qu'il ne produise pas les mêmes effets que la concurrence entre petites unités, offre cependant des garanties et permet une certaine pluralité¹⁶¹. S'il les présente comme deux freins distincts, nous verrons

¹⁵³ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 135.

¹⁵⁴ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 26 et 134.

¹⁵⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 26.

¹⁵⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. viii et 110.

¹⁵⁷ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 92 et 138. Voy. aussi *ibidem*, p. 166 et 167, bien que l'accent y soit mis sur la démocratie spécifiquement étatique.

¹⁵⁸ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 54.

¹⁶⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 54 à 58.

¹⁶¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 54 à 58.

toutefois qu'il envisage également la concurrence comme une des manières de donner de la force à l'opinion publique (sous-section 2).

Dès *Power Without Property*, Berle est beaucoup plus sûr de l'existence de ces freins. Il pense que, tant que le pouvoir économique n'est pas combiné à d'autres formes de pouvoir (militaire, politique, ...), il reste contrôlable, bien qu'impressionnant¹⁶².

Nous verrons que derrière ces deux freins, il y a le pouvoir de l'État, qui donne du poids à l'opinion publique¹⁶³ et qui permet de maintenir artificiellement un marché sans monopole¹⁶⁴. Berle envisage la régulation étatique comme un instrument-clé pour protéger les intérêts économiques du public¹⁶⁵. Cependant, il se distancie de toute position doctrinaire stricte qui serait dans l'absolu toujours favorable, ou bien toujours défavorable, à toute intervention étatique¹⁶⁶. Cela reflète d'ailleurs, selon lui, la tendance générale aux États-Unis¹⁶⁷. Il constate dans *Capitalist Revolution* que, en fin de compte, l'État n'intervient dans l'économie que dans des cas particulièrement problématiques¹⁶⁸, et dans *Power Without Property* et *Economic Republic* il remarque que l'économie repose principalement sur des entreprises non étatiques¹⁶⁹.

Sous-section 1. Opinion publique

Si des dirigeants d'une société violent une règle de conduite importante pour la communauté, une opinion désapprobatrice du public va se former à ce sujet¹⁷⁰. À ce stade également, Berle note l'influence de professeurs, de journalistes, d'experts et parfois de politiciens respectés. Leurs opinions sont celles qui ont le plus de probabilité d'être généralement acceptées et d'avoir des effets. Berle écrit même à leur propos: « *These, and men like them, are thus the real tribunal to which the American system is finally accountable*¹⁷¹ ». Cela ne veut pas dire qu'il ne reconnaisse pas une part active au public dans son ensemble. En effet, il compare les personnes que les sociétés impactent (leurs consommateurs, leurs travailleurs, leurs investisseurs, leurs cocontractants...) à la « base électorale » (« *constituency* ») de celles-ci¹⁷². Selon lui, les

¹⁶² A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁶³ Voy. *infra*, sous-section 1.

¹⁶⁴ A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁶⁵ S. MOHAREFY, *The New Power Brokers. The Rise of Asset Manager Capitalism and the New Economic Order*, Cham, Springer Nature, 2024, p. 73.

¹⁶⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 59; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 77, 78, et 102.

¹⁶⁸ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 59.

¹⁶⁹ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 94; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁷⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 54; A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 111.

¹⁷¹ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 113.

¹⁷² A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 8. Pour l'usage du mot « *constituency* » à propos principalement des consommateurs, voy. A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 56; A. BERLE, « *Corporate Decision-Making ...* », *op. cit.*, p. 152.

sociétés étasuniennes modernes comprennent qu'elles ne pourraient pas survivre longtemps en ignorant l'opinion de leurs « électeurs »¹⁷³.

Puisqu'elles sont conscientes de ce fait, elles se conforment souvent à l'opinion publique sans que l'État doive intervenir¹⁷⁴. Il est par exemple déjà arrivé que, à la suite d'un scandale impliquant un de ses dirigeants, une société fasse suite à la demande du public et démette celui-ci de ses fonctions¹⁷⁵. Généralement, les dirigeants de sociétés n'attendent d'ailleurs pas qu'une opinion publique négative se forme à leur sujet. Violer la loi implicite signifierait une perte de prestige pour eux, ce qu'ils essaient d'éviter. La plupart du temps, ils anticipent donc et se conforment aux critères érigés par la communauté. Berle appelle ce respect de la loi implicite « la conscience des sociétés », reprenant un terme que d'autres utilisaient pour se moquer de cette idée¹⁷⁶. Il utilise aussi ce terme dans *Capitalist Revolution*, dans un sens qui nous semble assez similaire¹⁷⁷. Berle se montre très favorable à ce que les sociétés aient une « conscience »¹⁷⁸. L'exemple qu'il donne de constructeurs automobiles qui ont voulu empêcher leurs concessionnaires de vendre trop cher aux clients suggère d'ailleurs que la « conscience » d'une entreprise peut avoir un effet régulateur sur d'autres¹⁷⁹.

Si les sociétés violent la loi implicite et ignorent l'opinion publique qui se forme à ce sujet, le public a toujours un moyen d'action via l'État¹⁸⁰. C'est d'ailleurs également pour éviter qu'il n'intervienne qu'elles respectent souvent d'emblée les prescrits de la loi implicite. En effet, bien qu'elles ne soient pas opposées dans l'absolu à toute intervention, elles craignent souvent de voir le champ de leur pouvoir réduit¹⁸¹. Dans *Economic Republic*, Berle émet des doutes quant à la capacité des sociétés à éviter cela indéfiniment¹⁸².

Les conséquences de la violation d'une règle implicite sont, selon Berle, presque aussi prévisibles que celles de la violation d'une loi explicite. L'action de l'État en cas d'enfreinte est

¹⁷³ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 56.

¹⁷⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 56.

¹⁷⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 54.

¹⁷⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 90 et 91.

¹⁷⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 113 et 114.

¹⁷⁸ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 114. Voy. également A. BERLE, « Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 153, où Berle n'utilise pas le terme « conscience » mais encourage le respect spontané de la loi implicite par les sociétés.

¹⁷⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 54 et 55.

¹⁸⁰ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 91; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁸¹ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 95.

¹⁸² A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 185.

presque certaine¹⁸³. Elle peut notamment prendre la forme d'une enquête parlementaire¹⁸⁴, de l'explicitation d'un standard implicite via la passation d'une loi ou via un jugement¹⁸⁵ ou, dans le cas de transgression de la norme selon laquelle les sociétés doivent répondre à la demande, de la fourniture directe d'un bien ou service par une institution étatique¹⁸⁶.

Berle pointe un inconvénient principal au mécanisme de l'opinion publique : il est lent à démarrer et à corriger des situations qui doivent l'être¹⁸⁷. Il dit d'ailleurs que c'est un élément fréquemment reproché à ce mécanisme, mais aussi, de manière générale, à tous les systèmes démocratiques. Mais l'opinion publique permet de remettre continuellement en question les situations inacceptables¹⁸⁸. Dans *Power Without Property*, Berle estime qu'entre 1919 et 1959, le progrès vers la justice sociale a été considérable aux États-Unis¹⁸⁹.

Sous-section 2. Maintien d'une certaine forme de concurrence et de pluralité

Bien que le modèle oligopolistique de concurrence ne produise pas le même résultat que la concurrence entre petites entreprises (ce que Berle ne déplore d'ailleurs pas¹⁹⁰), il permet tout de même de freiner le pouvoir économique. En effet, lorsqu'il y a plusieurs sociétés sur un marché oligopolistique, elles vont se battre pour avoir la position de *leader*. Une société va être poussée à respecter l'opinion publique, sachant que si elle ne le fait pas, ses concurrentes vont profiter de son erreur¹⁹¹. Si une société ne fonctionne pas comme on l'attend d'elle, il y en aura d'autres, ou même une agence étatique, pour le faire à sa place¹⁹².

Bien que la concentration économique soit importante, Berle note qu'elle ne l'a jamais été assez pour dominer l'État¹⁹³. La pluralité de sociétés offre donc une certaine garantie.

Elle offre aussi la garantie de permettre qu'il y ait plusieurs sociétés différentes, qui puissent donc agir différemment les unes des autres, sans nécessairement se suivre aveuglément. Il s'agit là selon Berle d'une différence majeure avec le système socialiste, où les unités économiques doivent toutes suivre la même doctrine, et sont punies par le bureau central si elles s'en écartent.

¹⁸³ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁴ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 8 et 114; A. BERLE, «Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 153.

¹⁸⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 114.

¹⁸⁶ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 55 et 56; A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 115.

¹⁸⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 57; A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 155.

¹⁸⁸ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 155.

¹⁸⁹ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 155.

¹⁹⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 51 et 52, A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 90; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 170 et 232.

¹⁹¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 58.

¹⁹² A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹³ A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 16.

Berle constate dans *Capitalist Revolution* que le monde des affaires est très conformiste pour l'heure, mais il estime envisageable que, dans un futur relativement proche, des hommes d'affaires adoptent des positions subversives, par exemple sur la manière de distribuer les profits¹⁹⁴. Il insiste d'ailleurs, outre sur la capacité d'une entreprise de se distinguer de ses paires, sur la capacité des hommes en son sein de faire preuve de subversivité¹⁹⁵.

Chapitre 3. Contenu de la RSE et légitimité du pouvoir économique

Bien que Berle n'entreprenne pas de codification systématique de ce qu'il estime faire partie de la loi implicite, il explique dans *Power Without Property* que cette dernière érige des critères de légitimité de l'exercice du pouvoir économique¹⁹⁶ et il donne des précisions sur cette légitimité¹⁹⁷, qui feront l'objet de cette première section.

Section 1. Contours de l'exercice légitime du pouvoir

Selon Berle, la notion de fonction est centrale pour déterminer si une société utilise et détient son pouvoir de manière légitime. Elle est légitimement titulaire d'un pouvoir s'il est approprié pour la fonction attendue d'elle. Et un pouvoir qu'une société détient légitimement est *prima facie* exercé de manière légitime par celle-ci¹⁹⁸. Mais le pouvoir est rarement sur mesure pour la fonction, et si la société abuse de son pouvoir, son exercice en est illégitime. Berle donne l'exemple d'une société de téléphonie : le pouvoir d'avoir accès à des communications téléphoniques est nécessaire à sa fonction et à ses opérations légitimes, mais si elle en profite pour intercepter et enregistrer des communications, ce qui ne fait pas partie de sa fonction, il s'agit d'un abus, qui est donc illégitime¹⁹⁹.

Cela peut peut-être paraître aller de soi, mais encore faut-il déterminer la fonction d'une société. Celle-ci est rarement définie de manière précise dans l'acte constitutif, qui leur donne généralement la permission de se lancer dans n'importe quelle activité qui n'est pas illicite²⁰⁰. Elle se détermine généralement à partir du moment où la société se lance dans un projet donné, assumant, ce faisant, une obligation économique ou éthique de poursuivre ce projet²⁰¹. La

¹⁹⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 184 et 185.

¹⁹⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 185 à 188.

¹⁹⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 90 et 111.

¹⁹⁷ Voy. M. MOORE et A. REBERIOUX, « Corporate Power in the Public Eye: Reassessing the Implications of Berle's Public Consensus Theory », *Seattle University Law Review*, 2010, n°4, p. 1127, qui pointe que, bien Berle ne discute pas de ce que le consensus public prescrit exactement d'un type spécifique de société, il explique comment le public juge de la légitimité du pouvoir économique.

¹⁹⁸ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁹ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 102 et 103.

²⁰⁰ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 101.

²⁰¹ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 101 et 102.

fonction de la société est donc d'assumer le rôle qu'elle s'est choisi. Parfois, l'entreprise peut avoir un devoir positif d'étendre ses opérations ou même d'entrer sur un nouveau marché, donc d'élargir sa fonction²⁰².

Comme la fonction, l'usage du pouvoir économique varie selon les circonstances et de nouvelles questions se posent régulièrement. Il n'y a donc pas de lignes tout à fait claires entre l'usage acceptable et inacceptable du pouvoir. Cependant, on distingue généralement, dans les grands traits, l'utilisation d'un pouvoir par une société qui sert à l'accomplissement ou à l'élargissement raisonnable de sa fonction, de l'utilisation qui sert à d'autres fins et n'est donc pas légitime²⁰³.

Berle insiste donc fort sur le critère de dépassement ou non de sa fonction pour juger de l'illégitimité de l'agissement d'une société. *A contrario*, cela semble signifier que les sociétés disposent d'une latitude tant qu'elles agissent dans le cadre de leur fonction. Cette idée de latitude rejoindrait ce que Berle écrivait dans *Capitalist Revolution* : « *Accurately analyzed, power (as far as it carries) is always absolute. It may be and usually is limited in scope – a quite different proposition*²⁰⁴ ».

Par « absolu », Berle veut dire que, *dans son champ*, le pouvoir économique est largement discrétionnaire²⁰⁵ et ne peut être jugé qu'à la marge, sachant qu'il y a une « présomption ²⁰⁶ » que les dirigeants agissent dans le meilleur intérêt de l'entreprise²⁰⁷. Il faut selon Berle qu'il en soit ainsi, car si n'importe quelle autorité (cour, comité d'enquête...) pouvait juger de l'opportunité d'une décision prise par un dirigeant, elle substituerait son jugement à celui de ce dernier²⁰⁸.

Ce caractère discrétionnaire pointé par Berle dans *Capitalist Revolution* ne veut cependant pas dire que le pouvoir n'est pas du tout limité dans son champ. Après s'être posé la question des recours dont disposaient les individus face à la discrétion du pouvoir économique²⁰⁹, il écrit : « *But each of us knows, and the public knows, that there can be no such thing as unlimited power within the American constitutional system – that system which produced and in turn is*

²⁰² A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 102.

²⁰³ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 104.

²⁰⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁰⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 65.

²⁰⁶ Berle utilise lui-même des guillemets.

²⁰⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 63.

²⁰⁸ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 64.

²⁰⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 65 à 66. Pour le développement en réponse à cette question, que nous aborderons dans la section suivante, voy. *ibidem*, p. 65 à 113.

*the chief framework of twentieth-century capitalism.*²¹⁰» Il envisage donc d'appliquer aux sociétés des règles constitutionnelles traditionnellement prévues pour être appliquées à l'État. C'est ce qui va à présent nous intéresser.

Section 2. Applications aux sociétés de limites constitutionnelles

Berle conclut *Modern Corporation* en évoquant la nécessité d'un équivalent de loi constitutionnelle pour le « nouvel État économique²¹¹ ».

Dans un article publié en 1951, « *Constitutional Limitations on Corporate Activity-Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power*²¹² », Berle remarque que le pouvoir des grandes sociétés, et le fait que certaines s'imposent comme un des seuls – ou le seul – choix pour les consommateurs rendent celles-ci capables de porter atteinte à des « droits de la personnalité créés par la Constitution²¹³ ». Il soulève également le problème dans *Capitalist Revolution*, publié peu après²¹⁴.

Un exemple type est l'atteinte, dans la fourniture discriminatoire de biens et de services, aux droits prévus par l'*Equal Protection Clause* du quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis. Dans *Power Without Property*, Berle présente la discrimination raciste vis-à-vis des consommateurs comme une violation du principe de séparation des pouvoirs. Il envisage en effet le pouvoir économique comme une quatrième branche, qui s'ajoute aux branches législative, exécutive et judiciaire, et qui doit également être séparée²¹⁵, sans quoi le pouvoir économique est plus difficile à freiner. Une même agence ou société ne devrait donc pas avoir un pouvoir qui relève de plus d'une de ces branches²¹⁶. Or, si une société refuse un bien ou un service à une personne sous prétexte que cette dernière est noire, elle s'arroge, en plus de son pouvoir économique, un pouvoir non-économique de réguler les relations raciales²¹⁷. Dans *Economic Republic*, Berle mentionne à nouveau cette séparation des pouvoirs, et dit que les

²¹⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 113.

²¹¹ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 357.

²¹² Ci-après « *Constitutional Limitations* ».

²¹³ A. BERLE, « *Constitutional Limitations on Corporate Activity-Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power* », *University of Pennsylvania Law Review*, 1952, n°7, p. 952.

²¹⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 103 et 104.

²¹⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 96.

²¹⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 95 à 97.

²¹⁷ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 97.

Nous avons introduit, à la fin de la section précédente, le sujet des limitations constitutionnelles avec la question du recours contre un fait ou acte d'une société dans le cadre de sa fonction et de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, le fait pour une société de sortir de sa fonction peut également (voire d'autant plus) constituer une atteinte à des droits garantis par la Constitution. Par exemple, Berle présente ici le non-respect par une société de la séparation des quatre pouvoirs comme un dépassement de sa fonction.

Étatsuniens font bien attention à ne laisser à aucun organe économique le contrôle de la politique²¹⁸.

Une autre règle constitutionnelle qui peut soulever des questions est l'exigence du *due process of law*, énoncée aux cinquième et quatorzième amendements de la Constitution, qui proscriit qu'une personne soit privée de vie, liberté ou propriété sans que la loi soit régulièrement appliquée et que des garanties procédurales soient respectées. Pour Berle, si une grande société, qui est un employeur principal d'une ville, prive un habitant du droit à travailler pour elle, celui-ci subit une atteinte à sa liberté ou sa propriété²¹⁹. En 1953, un comité du Sénat mène une enquête chez *General Electric*, qui fabrique des équipements militaires pour le département de la défense, afin d'enquêter sur la présence de communistes dans le personnel. Le président de *General Electric* menace de suspension les travailleurs interrogés qui refuseraient de répondre sur base de leur droit à ne pas s'auto-incriminer. Et ceux effectivement considérés comme communistes risquent d'être renvoyés²²⁰. Berle s'interroge donc sur les garanties procédurales dont ont disposé (ou non) les travailleurs, et sur la nécessité pour *General Electric* de leur fournir de telles garanties, notamment une occasion de réfuter les accusations. Il se demande si la situation relève d'un champ de pouvoir arbitraire des sociétés, ou bien si l'exigence du *due process of law* doit s'appliquer²²¹.

Selon Berle, appliquer des règles constitutionnelles aux sociétés susceptibles (par l'ampleur de leur pouvoir²²²) d'y porter atteinte est tout à fait envisageable. En effet, il y a un lien historique étroit entre sociétés et État. Ce dernier autorisait leur création afin de remplir son objectif de promotion du commerce et de l'industrie²²³. Les liens avec l'État sont encore plus évidents lorsque la société agit en tant qu'agent du gouvernement, même non-divulguée (« *undisclosed agent* »). Dans ce cas, la société est assez clairement tenue de respecter certaines garanties constitutionnelles²²⁴. Si, dans un cas semblable, elle n'agit en revanche pas comme agente, la réponse est moins claire selon la théorie constitutionnelle classique²²⁵. Berle pense qu'il faudrait

²¹⁸ A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 13.

²¹⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 99.

²²⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 84.

²²¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 85.

²²² Berle précise que s'il n'y a pas de concentration économique dans un endroit donné, la question d'atteinte par une société à des droits constitutionnels ne se pose pas, voy. A. BERLE, « Constitutional Limitations ... », *op. cit.*, p. 951 à 952.

²²³ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 104.

²²⁴ Pour un exemple de ce principe dans le cas du *due process of law*, voy. A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 94 à 95.

²²⁵ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 102 et 103.

légiférer pour régler la question²²⁶. En attendant, les sociétés pourraient de leur propre initiative prévoir une procédure qui garantirait l'impartialité ainsi que les droits d'être entendu, de faire appel à un conseil, etc. Berle estime qu'au terme de cette procédure, le travailleur pourrait introduire un recours devant une cour fédérale²²⁷.

Berle constate dans « *Constitutional Limitations* » que certaines règles « quasi constitutionnelles » régissant le comportement des sociétés et de leurs dirigeants commencent à être imposées par l'opinion publique²²⁸, et dans *Capitalist Revolution*, il estime assez unanime l'idée que les sociétés ne devraient pas pouvoir discriminer leurs potentiels clients, en tout cas sur base de la race²²⁹.

Il pointe également un début de jurisprudence qui applique des règles quasi constitutionnelles aux sociétés. En 1946, dans *Marsh v. Alabama*²³⁰, la Cour suprême juge qu'une société qui est propriétaire de toute une ville (« *company-town* »), y compris les voiries, exerce une fonction publique et doit respecter le droit à la liberté religieuse et de la presse²³¹. Mais en l'espèce, pointe Berle, la société propriétaire de la ville avait fait appel au pouvoir de police, et il reste à voir si la solution aurait été identique sans cette circonstance²³². De plus, la Cour a motivé son jugement par la fonction publique qu'exerçait la société. Mais Berle fait remarquer que c'est sa propriété de toute la ville qui rendait la fonction de la société « publique », donc son degré de pouvoir économique. On pourrait donc considérer que toutes les sociétés que Berle envisage de soumettre aux règles constitutionnelles sont « publiques » dans ce sens²³³.

Berle voyait cette jurisprudence comme le début d'une tendance qui allait se poursuivre jusqu'à consacrer l'idée qu'une société pouvait *en tant que telle* être limitée par des règles constitutionnelles²³⁴, mais ce ne semble pas avoir été le cas. En 1976, la Cour suprême déclare « *It is, of course, a commonplace that the constitutional guarantee of free speech is a guarantee*

²²⁶ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 106 et 107.

²²⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 107 à 109.

²²⁸ A. BERLE, « *Constitutional Limitations ...* », *op. cit.*, p. 942.

²²⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 104.

²³⁰ Cour suprême des États-Unis, 7 janvier 1946, *United States Reports*, vol. 326, p. 501.

²³¹ A. BERLE, « *Constitutional Limitations ...* », *op. cit.*, p. 948 et 949 ; A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 105.

²³² A. BERLE, « *Constitutional Limitations ...* », *ibidem*, p. 950.

²³³ A. BERLE, « *Constitutional Limitations ...* », *ibidem*, p. 953.

²³⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 105.

only against abridgment by government, federal or state », avant de qualifier *Marsh v. Alabama* d'exception²³⁵.

On peut cependant, dans la législation prise dans les années 1950 et 1960, observer une tendance à soumettre des sociétés au respect de droits fondamentaux. Dans *Power Without Property*, Berle nous apprend que refuser du travail à un candidat sur base de sa race ou de sa religion est pénalisé dans de nombreux États. Et le *Civil Rights Act* de 1964²³⁶ interdit, comme Berle le pointe, à certaines entreprises qui offrent des biens et services au public de discriminer les clients sur base de la race²³⁷. Cette législation interdit également à certains employeurs une telle discrimination envers ses travailleurs²³⁸.

Outre ces grands principes constitutionnels, Berle identifie différentes règles auxquelles, selon lui, la loi implicite contraint, ou devrait contraindre, les sociétés. C'est ce qui va maintenant nous intéresser.

Section 3. Domaines de responsabilité des sociétés

Dans la conclusion de *Modern Corporation*, lorsque Berle prédit que les intérêts des « propriétaires » passifs pourraient un jour devoir faire une place à d'autres intérêts, il cite notamment ceux des travailleurs et des consommateurs²³⁹, dont il parle également dans ses ouvrages ultérieurs²⁴⁰. Dans *Power Without Property*, Berle qualifie les dirigeants de sociétés de fonctionnaires non-étatiques. Et vu tous les groupes envers lesquels ils sont, directement ou non, responsables, Berle estime leur « électorat » plus grand que celui de la plupart des politiciens²⁴¹. Finalement, même s'ils demeurent responsables envers les « investisseurs »²⁴²,

²³⁵ Cour suprême des États-Unis, 3 mars 1976, *United States Reports*, vol. 424, p. 513 (« *Hudgens v. NLRB* »); E. POLLMAN, « Quasi Governments and Inchoate Law: Berle's Vision of Limits on Corporate Power », *Seattle University Law Review*, 2019, n°2, p. 627.

²³⁶ *Civil Rights Act* du 2 juillet 1964, *United States Statutes at Large*, vol. 78, p. 241 à 268, sections 201 à 207. S'agissant d'une loi fédérale, les sections 201 (b) et (c) précisent que l'interdiction s'applique principalement aux sociétés qui affectent le commerce extérieur ou entre États fédérés (« commerce »).

²³⁷ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 4e éd., London, Transaction, 2003, p. xxix.

²³⁸ *Civil Rights Act* du 2 juillet 1964, *United States Statutes at Large*, vol. 78, p. 241 à 268, sections 701 à 716. Ici de même, les sections 701 (b) précisent que l'interdiction s'applique aux sociétés si elles affectent le commerce inter-étatique.

²³⁹ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern...*, *op. cit.*, p. 356.

²⁴⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 169; A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 8; A. BERLE, *La réorganisation...*, *op. cit.*, p. 129.

²⁴¹ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 8.

²⁴² Nous utilisons le terme « investisseurs » pour désigner non seulement les actionnaires, mais également les autres titulaires de titres financiers donnant droit à un revenu, tels que les obligataires. Les guillemets ont pour but d'éviter toute confusion. En effet, bien que, du point de vue des acquéreurs, les achats de titres représentent un investissement personnel, ces achats sont souvent effectués sur des marchés secondaires auprès des titulaires

ils ont une responsabilité envers la communauté au sens large, y compris dans le cadre de leur fonction de planification.

Sous-section 1. Responsabilité envers les consommateurs

Berle mentionne, dans *Capitalist Revolution* et ses écrits ultérieurs, une responsabilité pour des sociétés de distribuer des biens et des services²⁴³. Dans *Economic Republic*, il constate que les sociétés favorisent effectivement la production de biens ou services qu'on attend d'elles, même lorsqu'elles auraient la faculté de se lancer dans un autre domaine plus rentable. Dans « *Corporate Decision-Making* », il présente l'approvisionnement suffisant des marchés existants comme une « responsabilité » et une « obligation » des sociétés. Mais elles ne s'y conforment pas facilement²⁴⁴.

Outre cette responsabilité de fourniture de biens et de services, Berle mentionne une responsabilité de ne pas s'adonner à certaines pratiques abusives. Dans *Power Without Property*, il évoque l'interdiction fédérale de vente liée²⁴⁵. Et dans « *Corporate Decision-Making* », il présente plusieurs pratiques commerciales comme irresponsables²⁴⁶ : le fait de ne pas proposer de service après-vente adéquat, la vente de produits dangereux ou non fiables, l'obsolescence programmée²⁴⁷.

Sous-section 2. Responsabilité envers les travailleurs et les demandeurs d'emploi

Dans les ouvrages analysés, Berle aborde assez peu le sujet des normes salariales. Il mentionne toutefois dans *Economic Republic* l'existence d'un salaire fédéral minimum dans la plupart des secteurs²⁴⁸. Il y a des pressions pour que cela s'applique à tous les secteurs²⁴⁹. Il nous semble qu'on peut voir cela comme une norme implicite imposant des salaires suffisants pour tous les métiers, mais certains montants de salaires peuvent être jugés trop élevés, au risque d'une

précédents. Ils ne contribuent donc souvent pas à augmenter la richesse des sociétés puisque celles-ci s'autofinancent en grande partie, voy. A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 162 et 163.

²⁴³ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 169; A. BERLE, «Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, p. 152.

²⁴⁴ A. BERLE, «Corporate Decision-Making ... », *ibidem*, p. 152.

²⁴⁵ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 103 et 104.

²⁴⁶ Berle ne précise pas explicitement que c'est la loi implicite, et non uniquement lui, qui juge ces pratiques irresponsables. Cependant, le contexte (le fait que, dans les paragraphes précédents, il parle des attentes des consommateurs et des conséquences désastreuses si une société ne s'y conforme pas) nous le laisse plutôt supposer.

²⁴⁷ A. BERLE, «Corporate Decision-Making ... », *op. cit.*, 152 et 153.

²⁴⁸ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *op. cit.*, p. 186. Berle précise que cette fixation se fait dans le cadre du *Fair Labor Standards Act* de 1938. Comme le *Civil Rights Act*, cette loi s'applique au commerce inter-étatique et extérieur, voy. *Fair Labor Standards Act* du 25 juin 1938, *United States Statutes at Large*, vol. 52, p. 1060 à 1069, section 3 (b).

²⁴⁹ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 187.

inflation trop importante des prix. L'administration Kennedy est d'ailleurs déjà intervenue pour modérer les exigences salariales d'un syndicat²⁵⁰.

Dans *Power Without Property* et *Economic Republic*, Berle insiste sur l'importance que chacun ait droit au travail²⁵¹. Il estime ce droit nécessaire pour que le système économique continue à être accepté²⁵². Cela implique, semble-t-il, une responsabilité des sociétés (conjointement avec l'État). En tout cas, il est important, pour éviter tout chômage structurel, qu'elles évitent de contribuer à causer des crises²⁵³.

Sous-section 3. Responsabilité envers les « investisseurs »

La responsabilité des sociétés envers d'autres groupes ne signifie pas, selon Berle, qu'elles n'ont plus de responsabilité envers les « investisseurs²⁵⁴ ». D'ailleurs, il présente dans *Economic Republic* plusieurs justifications de la « propriété » passive et des revenus auxquelles elle donne droit. Sa fonction principale est, selon Berle, de répartir la richesse²⁵⁵. C'est d'autant plus le cas de la « propriété » passive indirecte : de larges pans de la population touchent, via l'intermédiaire d'un investisseur institutionnel, des revenus de la « propriété » passive²⁵⁶.

Cette large distribution, indirecte ou non, des fruits des sociétés permet selon Berle à de nombreuses personnes de subvenir à leurs propres besoins, sans dépendre de la communauté, aux moments où elles ne peuvent pas travailler. Il pointait déjà cette fonction de la propriété passive au début des années 1930 – à l'époque pour insister sur la nécessité de considérer les managers comme les *trustees* des actionnaires²⁵⁷ – et il la rappelle dans *Economic Republic*²⁵⁸.

La « propriété » passive permet également à certaines personnes de toucher des revenus complémentaires, et ainsi de pouvoir exercer des activités peu lucratives tout en vivant

²⁵⁰ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 184.

²⁵¹ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 133 ; A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 199.

²⁵² En effet, Berle présente le droit de travailler comme un des « requis » de la « république économique », pour qu'elle survive, voy. A. BERLE, *Power Without Property...*, *ibidem*, p. 120. Notons qu'il précise « *The requirements for a modern economic republic are matter of personal opinion (...)* », mais qu'il pense probable que ses suggestions pour la république économique fassent prochainement l'objet de campagne politique, voy. *ibidem*, p. 171 à 173.

²⁵³ A. BERLE, *Power Without Property...*, *ibidem*, p. 122.

²⁵⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *op. cit.*, p. 170 (pour les actionnaires spécifiquement) ; A. BERLE, *Power Without Property...*, *ibidem*, p. 8.

²⁵⁵ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *op. cit.*, p. 50.

²⁵⁶ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 61 et 62.

²⁵⁷ A. BERLE, «For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note», *Harvard Law Review*, n°8, 1932, p. 1368.

²⁵⁸ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *op. cit.*, p. 53.

confortablement. Selon Berle, cela donne l'occasion à ces personnes de s'autoréaliser, ce qui est important aux yeux de la société²⁵⁹.

Berle pointe encore une autre utilité de la « propriété » passive, et de sa liquidité : elle constitue une base imposable assez commode, bien qu'elle ait l'inconvénient de varier rapidement de valeur, ce qui fait également varier le montant des impôts qui s'y rapportent²⁶⁰.

Sous-section 4. Responsabilité envers la communauté

A. Responsabilité dans le cadre des opérations commerciales des sociétés

Dans *Economic Republic*, Berle fait remarquer qu'une activité génère souvent des coûts sociaux, en plus des coûts supportés par l'entreprise et prédit qu'un jour il y aura une vraie « comptabilité des coûts sociaux », qui montrera ce que produire coûte à la société²⁶¹.

Dans « *Corporate Decision-Making* », Berle évoque la responsabilité des sociétés²⁶² d'éviter de causer des dommages à l'environnement, tels que la pollution de l'air et de l'eau²⁶³. Il nous semble qu'il envisage ces dommages comme des coûts sociaux, qu'il faut éviter d'imposer à la communauté.

B. Responsabilité dans le cadre de la philanthropie

Bien que Berle ne relève pas de prescrits précis de la loi implicite pour les sociétés de financer une activité déterminée dans un secteur non-marchand, il pense que ces secteurs sont de plus en plus nécessaires au fonctionnement de la « république économique et politique » et insiste donc sur la nécessité de leur financement²⁶⁴. Il souligne, dans *Power Without Property* et *Economic Republic*, l'importance de l'éducation, la recherche, la culture, l'art, les soins de santé²⁶⁵, ainsi que les limites et dangers de laisser la gestion de ces secteurs entièrement à l'État²⁶⁶.

Dans *Power Without Property*, Berle qualifie la philanthropie de limitée (dans son étendue) et d'imprévisible, et présente comme encore non résolu le problème du financement des secteurs non-marchands²⁶⁷, alors que dans *Economic Republic*, il constate un financement grandissant

²⁵⁹ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 53 et 54.

²⁶⁰ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 56 et 57.

²⁶¹ A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 35 et 36.

²⁶² Ici également, le contexte nous laisse supposer qu'il interprète la loi implicite.

²⁶³ A. BERLE, « *Corporate Decision-Making ...* », *op. cit.*, p. 152.

²⁶⁴ A. BERLE, *Power Without Property*, *op. cit.*, p. 151 et 152.

²⁶⁵ Lecture combinée de A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 150 à 152 et de A. BERLE, *La réorganisation ...*, *op. cit.*, p. 56.

²⁶⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 150; A. BERLE, *La réorganisation ...*, *ibidem*, p. 56.

²⁶⁷ A. BERLE, *Power Without Property*, *ibidem*, p. 150 à 152.

de ce secteur par la philanthropie²⁶⁸. Cela constitue d'ailleurs, selon lui, une justification supplémentaire de l'existence de la « propriété » passive. En effet, cette dernière permet de toucher des dividendes sans avoir la charge de la gestion de la société²⁶⁹.

Sous-section 5. Responsabilité liée à la planification

À partir du moment où les sociétés ont une responsabilité sociétale, il semble logique de leur reconnaître des responsabilités lorsqu'elles décident de l'allocation des ressources. Dans *Capitalist Revolution* et *Power Without Property*, Berle mentionne une obligation pour certaines entreprises puissantes de se concerter pour planifier leurs futurs investissements²⁷⁰. Cette planification doit se faire en prenant en compte l'intérêt du public²⁷¹. En effet, Berle questionne l'idée, courante, que les augmentations de capital servent uniquement à accroître la rentabilité pour les actionnaires : ne servent-elles pas, demande-t-il, avant tout à augmenter la capacité d'une entreprise à servir une communauté²⁷² ?

Comme Berle le souligne dans *Economic Republic*, le public est doublement intéressé par une augmentation régulière du capital. D'une part, cela permet que suffisamment de biens et de services adéquats soient produits²⁷³. Le public s'attend d'ailleurs, comme Berle le dit dans *Capitalist Revolution*, à ce que les sociétés augmentent l'avancement technique dans leur domaine²⁷⁴. D'autre part, la constitution de capital implique de créer de l'emploi²⁷⁵. La stabilité du rythme des augmentations de capital est primordiale pour éviter les crises cycliques, et ainsi assurer une continuité de l'emploi²⁷⁶. Dans *Capitalist Revolution*, Berle fait état d'un « sentiment croissant », que les sociétés ne peuvent pas (« *may not* ») interrompre leur activité quelque part, laissant derrière elle une « ville-fantôme », pour la simple raison qu'il y a des opportunités plus rentables pour elle ailleurs²⁷⁷.

Dans les domaines de responsabilités des sociétés, sur lesquelles nous venons de nous pencher, Berle décrit principalement une situation interne aux États-Unis. Pourtant, plusieurs sociétés

²⁶⁸ A. BERLE, *La réorganisation ...*, op. cit., p. 56.

²⁶⁹ A. BERLE, *La réorganisation ...*, ibidem, p. 56 et 63 à 65.

²⁷⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 165; A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 131.

²⁷¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, ibidem, p. 166; A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 127.

²⁷² A. BERLE, *Power Without Property*, ibidem, p. 45 et 46.

²⁷³ A. BERLE, *La réorganisation ...*, op. cit., p. 142.

²⁷⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 170; A. BERLE, «Corporate Decision-Making ... », op. cit., p. 153.

²⁷⁵ A. BERLE, *La réorganisation ...*, op. cit., p. 142.

²⁷⁶ A. BERLE, *Power Without Property*, op. cit., p. 132; A. BERLE, *La réorganisation ...*, ibidem, p. 69.

²⁷⁷ A. BERLE, *The 20th Century...*, op. cit., p. 170 et 171.

opéraient à l'étranger. Il en parle principalement dans *Capitalist Revolution*, comme nous allons le voir à présent.

Section 4. Portée géographique limitée de l'« électorat »

Dans le chapitre « *Modern Corporation in International Affairs* » de *Capitalist Revolution*, Berle souligne l'ampleur du commerce avec des États-tiers²⁷⁸, nécessaire pour maintenir les standards de niveau de vie du XXème siècle. Il insiste surtout sur le rôle diplomatique qu'assument (de manière assez satisfaisante²⁷⁹) beaucoup de sociétés opérant à l'étranger. En effet, celles-ci contribuent souvent à construire un cadre de coopération économique avec leurs paires - et les gouvernements à l'étranger²⁸⁰. Cela rejoint la comparaison des managers à des hommes d'État²⁸¹.

Une grande société opérant dans un pays étranger est susceptible d'influencer significativement la devise, le volume total de l'emploi et le niveau général des salaires du pays, les revenus fiscaux de l'État en question, etc. Berle en déduit qu'une telle société doit tenir compte des effets que ses politiques, fussent-elles purement commerciales, exercent sur les pays concernés. Un effet négatif affaiblit le gouvernement en place et renforce l'opposition, et *vice versa*²⁸². Selon Berle, même la direction la plus responsable et consciencieuse ne saurait éviter d'avoir une telle influence politique²⁸³. Cela pourrait sous-entendre qu'elles ont tout de même une responsabilité de tout faire pour l'éviter, et que la population du pays étranger où une société opère est vue comme une partie prenante à prendre en considération, bien que Berle insiste peu sur ses intérêts dans ce chapitre. En revanche, il ne présente pas la population étrangère comme participant activement à l'édiction de standards qui s'imposeraient aux sociétés étasuniennes. Il précise bien que le pouvoir de ces dernières peut être, dans certains cas extrêmes, limité mais quand « *the policy of the corporation is at odds with the policy of the United States* », ou quand il y a frustration de « *some interests that the community regards as important* »²⁸⁴. « *The community* » semble ici désigner la population des États-Unis.

²⁷⁸ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 158 et 159.

²⁷⁹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 116 à 119.

²⁸⁰ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 116 et 117.

²⁸¹ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 162.

²⁸² A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 138 et 139.

On peut d'ailleurs se demander si cette logique est transposable dans la même mesure en interne aux États-Unis, en ce qui concerne les élections fédérées.

²⁸³ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 138 et 139.

²⁸⁴ A. BERLE, *The 20th Century...*, *ibidem*, p. 142 et 143.

Cependant, si Berle n'évoque pas de limites au pouvoir des sociétés étasuniennes par la population des pays où elles opèrent, c'est peut-être simplement car cela sortait du cadre du chapitre, qui se concentre surtout sur le rôle diplomatique joué en faveur des États-Unis par ces sociétés.

Conclusion

À notre avis, il ressort une continuité de la lecture des travaux de Berle des années 1930 à 1970. En effet, la concentration du pouvoir économique, et les questions de portée publique qu'elle soulevait, était déjà le thème central de *Modern Corporation*. Ce sont principalement les constats de Berle au niveau de l'existence d'un « système convaincant d'obligations communautaires » qui ont évolué au cours du temps. Dès le début des années 1930, il ouvrait la voie à la RSE.

Il nous semble que le mouvement de la RSE a encore gagné en pertinence depuis la mort de Berle. Tout d'abord, la taille de certaines multinationales, dont la richesse dépasse celles de certains pays où elles opèrent, rend les préoccupations de Berle sur la concentration économique très actuelles²⁸⁵. De plus, le pouvoir de grandes multinationales, telles que *Google* ou *Meta*, dans la régulation de leurs plateformes digitales pose à nouveau avec acuité la question du caractère « public » de certaines entreprises²⁸⁶. Mais surtout, la libéralisation des mouvements de capitaux mondiaux intervenue à la fin du XXème siècle, ainsi que le développement d'un marché mondial ouvert ont intensifié la concurrence régulatoire entre États. Si le phénomène de concurrence régulatoire n'est pas nouveau et avait d'ailleurs déjà été constaté entre États fédérés dans *Modern Corporation*, son intensification à l'échelle mondiale a mené à une baisse globale du niveau de régulation, notamment en matière de standards sociaux, fiscaux et environnementaux²⁸⁷. Cette « course vers le bas », et le phénomène de *shopping* législatif qu'elle accompagne, permettent aux entreprises d'échapper aux règles étatiques contraignantes. Elles ne peuvent donc plus, lorsqu'elles font l'objet de critique, se justifier simplement en disant qu'elles agissaient en respectant « la loi »²⁸⁸. Essayer de se dispenser de tout engagement en

²⁸⁵ E. GEORGE, « See No Evil? Revisiting Early Visions of the Social Responsibility of Business: Adolf A. Berle's Contribution to Contemporary Conversations », *Seattle University Law Review*, 2010, n°4, p. 980 et 981.

²⁸⁶ E. POLLMAN, « Quasi Governments and Inchoate Law ... », *op. cit.*, p. 629 et 630.

²⁸⁷ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2014, p. 35 à 38.

²⁸⁸ B. FRYDMAN, *ibidem*, p. 78.

matière de responsabilité sociétale sous prétexte qu'elles sont « privées » semble donc encore moins convaincant qu'à l'époque de Berle²⁸⁹.

Si la nécessité de la RSE semble s'être accrue depuis cette époque, on peut en revanche se demander ce que Berle penserait du caractère contraignant de la loi implicite et de l'opinion publique dans un environnement global fortement dérégulé. En effet, même si le modèle qu'il décrivait reposait principalement sur le respect spontané de la loi implicite par les sociétés, Berle soulignait le caractère subsidiaire de l'intervention étatique, en quelque sorte comme une « menace ». Est-t-il plus facile de nos jours pour les entreprises d'échapper à cette « menace » ?

Même dans le cas d'une réponse négative, il nous semble que les enseignements de Berle sont précieux dans le contexte présent. En effet, il mettait surtout l'accent sur l'importance de procéder au cas par cas, en utilisant ce qui marche le mieux pour chaque situation. Cette adaptabilité peut être très utile, il nous semble, pour donner de la force aux multiples instruments actuels de la RSE.

Le côté « conscientisateur » qu'une entreprise pouvait avoir sur ses co-contractantes, suggéré par Berle, revêt une forte importance de nos jours dans la diffusion du mouvement de la RSE. D'ailleurs, même si les réflexions de Berle portaient du constat de concentration de pouvoir au sein des grandes sociétés cotées, certains instruments de la RSE concernent aujourd'hui également les PME, grâce à ce phénomène de diffusion²⁹⁰.

Si l'on prête attention à des principes actuellement énoncés en matière de RSE, tels que les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises²⁹¹, on retrouve des éléments sur lesquels Berle insistait assez peu. Il s'agit notamment de préoccupations qui, aujourd'hui, sont liées à la délocalisation et à la concurrence normative accrue : la lutte contre le travail des enfants, les conditions de travail et le niveau de salaire pour les travailleurs d'un pays étranger où la société opère. Il s'agit également de la responsabilité des entreprises d'atténuer leur impact climatique, même si Berle mentionnait en 1968 la responsabilité d'éviter certains types de pollution. En revanche, il y a plusieurs éléments, dans les principes énoncés aujourd'hui, dont Berle discutait déjà, notamment la responsabilité pour les entreprises de ne pas fermer un site d'activité à la légère,

²⁸⁹ Pour le lien entre la faculté pour les entreprises de se soustraire de cadres légaux contraignants et le développement de la RSE au cours de ces dernières décennies, voy. B. FRYDMAN, *ibidem*, p. 78.

²⁹⁰ Pour la diffusion de la RSE entre entreprises et l'inclusion des PME dans le mouvement, voy. B. FRYDMAN, *ibidem*, p. 104 et 105.

²⁹¹ OCDE, « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises », disponible sur <https://www.oecd.org>, 8 juin 2023.

la responsabilité de mener des pratiques commerciales honnêtes et de garantir des produits sains et sûrs, la responsabilité dans le développement de la science. La responsabilité en matière de non-corruption rejoint, il nous semble, la nécessité pointée par Berle de garder le pouvoir économique séparé des autres branches. En cela également, les travaux de Berle conservent une forte actualité. De manière plus générale, Berle insistait sur le besoin des grandes sociétés d'évaluer l'impact de leurs activités sur le public, ce qui semble peut-être plus que jamais nécessaire.

Bibliographie

Législation

Securities Act du 27 mai 1933, *United States Statutes at Large*, vol. 48, p. 74 à 95.

Securities Exchange Act du 6 juin 1934, *United States Statutes at Large*, vol. 48, p. 881 à 909.

Fair Labor Standards Act du 25 juin 1938, *United States Statutes at Large*, vol. 52, p. 1060 à 1069.

Civil Rights Act du 2 juillet 1964, *United States Statutes at Large*, vol. 78, p. 241 à 268.

Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, *J.O.U.E.*, L 322, 16 décembre 2022.

Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, *J.O.U.E.*, L, 2024/1760, 5 juillet 2024.

Directive (UE) 2025/794 du Parlement européen et du Conseil du 14 avril 2025 modifiant les directives (UE) 2022/2464 et (UE) 2024/1760 en ce qui concerne les dates à partir desquelles les États membres doivent appliquer certaines obligations relatives à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises et au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, *J.O.U.E.*, L, 2025/794, 16 avril 2025.

Jurisprudence

Cour suprême des États-Unis, 7 janvier 1946, *United States Reports*, vol. 326, p. 501 (« *Marsh v. Alabama* »).

Cour suprême des États-Unis, 3 mars 1976, *United States Reports*, vol. 424, p. 507 (« *Hudgens v. NLRB* »).

Cour suprême du New Jersey, 25 juin 1953, *New Jersey Reports*, vol. 13, p. 145 (« *A.P. Smith Mfg Co. v. Barlow* »).

Cour d'appel des États-Unis pour le dixième circuit, Denver, 29 décembre 1972, *Federal Reporter, Second Series*, vol. 472, p. 1081 (« *Herald Co. v. Seawell et al.* »).

Littérature primaire

Travaux d'Adolphe Berle

BERLE, A., « Corporate Powers as Powers in Trust », *Harvard Law Review*, 1931, n°7, p. 1049 à 1074, disponible moyennant accès sur <https://www.jstor.org>.

BERLE, A., « For Whom Corporate Managers Are Trustees : A Note », *Harvard Law Review*, n°8, 1932, p. 1365 à 1372, disponible moyennant accès sur <https://www.jstor.org>.

BERLE, A. et MEANS, G., *The Modern Corporation and Private Property*, New York, The Macmillan Company, 1932.

BERLE, A. et MEANS, G., *The Modern Corporation and Private Property*, 4^e éd., London, Transaction, 2003.

BERLE, A., « Constitutional Limitations on Corporate Activity-Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power », *University of Pennsylvania Law Review*, 1952, n°7, p. 933 à 955, disponible sur <https://scholarship.law.upenn.edu>.

BERLE, A., *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, Harcourt, Brace & World, 1954.

BERLE, A., *Power Without Property. A New Development in American Political Economy*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1959.

BERLE, A., *La réorganisation de l'économie américaine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965. [Traduction de BERLE, A., *The American Economic Republic*, New York, Harcourt, Brace & World, 1963.]

BERLE, A., «Corporate Decision-Making and Social Control», *Business Lawyer*, 1968, n°1, p. 149 à 158, disponible moyennant accès sur <https://heinonline.org>.

Autre

DODD, E., « For Whom Are Corporate Managers Trustees ? », *Harvard Law Review*, 1932, n°7, p. 1145 à 1163, disponible moyennant accès sur <https://www.jstor.org>.

Littérature secondaire

FRYDMAN, B., *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2014.

GALBRAITH, J., C.R. de « The Modern Corporation and Private Property » par A. Berle et G. Means, *The Antitrust Bulletin*, 1968, p. 1527 à 1531, disponible moyennant accès sur <https://heinonline-org>.

GEORGE, E., « See No Evil? Revisiting Early Visions of the Social Responsibility of Business: Adolf A. Berle's Contribution to Contemporary Conversations », *Seattle*

University Law Review, 2010, n°4, p. 965 à 1003, disponible sur <https://digitalcommons.law.seattleu.edu>.

MACINTOSH, J., « The issues, effects and consequences of the Berle-Dodd debate, 1931-1932 », *Accounting, Organizations and Society*, 1999, p. 139 à 153, disponible moyennant accès sur <https://www.sciencedirect.com>.

MOHAREFY, S., *The New Power Brokers. The Rise of Asset Manager Capitalism and the New Economic Order*, Cham, Springer Nature, 2024.

MOORE, M. et REBERIOUX, A., « Corporate Power in the Public Eye: Reassessing the Implications of Berle's Public Consensus Theory », *Seattle University Law Review*, 2010, n°4, p. 1109 à 1139, disponible sur <https://digitalcommons.law.seattleu.edu>.

POLLMAN, E., « Quasi Governments and Inchoate Law: Berle's Vision of Limits on Corporate Power », *Seattle University Law Review*, 2019, n°2, p. 617 à 639, disponible sur <https://digitalcommons.law.seattleu.edu>.

SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, Strahan and Cadell, 1776.

X, « Herald Co. v. Seawell: A New Corporate Social Responsibility? », *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, n°5, p. 1157 à 1169, disponible sur <https://scholarship.law.upenn.edu>.

Sources diverses

OCDE, « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises », disponible sur <https://www.oecd.org>, 8 juin 2023.

US Securities and Exchange Commission, « SEC Votes to End Defense of Climate Disclosure Rules » [Communiqué de Presse], disponible sur <https://www.sec.gov>, 27 mars 2025.

FRYDMAN, B., « La responsabilisation sociétale des entreprises ou la régulation par les chaînes globales de valeur » [Enregistrement de conférence], disponible sur <https://centreperelman.be>, publié le 14 mars 2024.