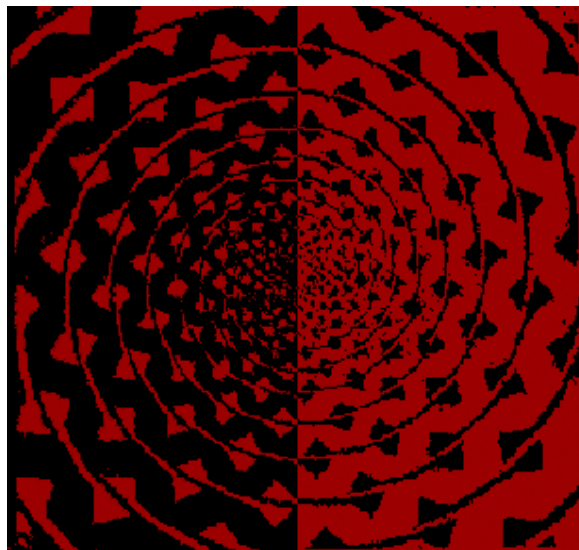

Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit



Titre : *Norme et action, Corporate governance et procéduralisation contextuelle.*

Auteur (s) : Jacques Lenoble

N° : 71

Année : 1999

© CPDR, Louvain-la-Neuve, 1999

This paper may be cited as : Lenoble Jacques, « Norme et action, Corporate governance et procéduralisation contextuelle », in Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit, n°71, 1999.

NORME ET ACTION
Corporate governance et procéduralisation contextuelle

Jacques Lenoble

Centre de Philosophie du Droit
Université catholique de Louvain
Belgique

Tel. : (010) 47 46 49

Fax : (010) 47 86 01

Email : lenoble@cpdr.ucl.ac.be

NORME ET ACTION

Corporate governance et procéduralisation contextuelle

JACQUES LENOBLE
Université catholique de Louvain

Introduction

La question de la "gouvernance" fait récemment l'objet d'un renouveau de réflexion théorique. La question traverse divers champs qui vont des entreprises (*corporate governance*) à celui des autorités étatiques (transformation des modalités de contrôle des autorités publiques) en passant par celui des relations internationales (théorie des régimes internationaux).

La manière dont la question de la *governance* est construite dans le cadre de la *corporate governance* présente quelques particularités. Sans doute, depuis une dizaine d'années, observe-t-on quelques tentatives pour redéfinir le cadre théorique traditionnel de la question de la *governance*. Ce cadre, lié au *Bearle et Means* modèle d'entreprise qui domine le droit américain, pose la question de la *corporate governance* comme celle des modalités de contrôle du *Board of Directors* par les actionnaires. Depuis le début des années 90, certaines recherches s'efforcent d'élargir la question, soit au départ d'une réflexion comparée sur les modèles allemand ou japonais de *corporate governance* (*cfr. infra* pour les stimulants travaux de R.Gilson et M.Roe), soit encore au profit d'une réflexion sur l'adaptation des

mécanismes de gouvernance à la prise en compte des intérêts d'autres *stakeholders* que les seuls actionnaires. Dans le même temps, cependant, ces tentatives restent marginales tant il est vrai que la littérature dominante, économique ou juridique¹, affirme de plus en plus l'enracinement de la réflexion sur la *corporate governance* dans le paradigme devenu classique de la théorie d'agence et de la théorie de la firme conçue comme "*nexus of contracts*". Ceci explique, d'ailleurs, que, dans la pratique actuelle tant américaine qu'europpéenne, l'expression *corporate governance* traduit moins une question qu'une réponse : sa signification est souvent réduite à un certain nombre de modalités organisationnelles (relatives principalement à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'administration) au respect desquelles les investisseurs institutionnels (du type fonds de pension) subordonnent leurs prises de participation.

Cette relative absence de réflexion critique de la théorie de la *corporate governance* sur les éventuelles limites du paradigme qu'elle utilise pour construire son objet n'est pas sans poser question.

Loin de nous d'endosser les critiques de ceux qui utilisent les voies habituelles de la "critique morale" pour dénoncer la dominance des approches de *corporate governance* fondées sur la théorie des contrats. Au contraire, une des raisons de cette prédominance est la faiblesse épistémologique des approches dites "communautariennes" de la firme et leur incapacité à pénétrer les théories de l'efficacité que nous oblige à intégrer l'analyse économique du droit. Nous y reviendrons. Mais, il faut observer que ces approches dominantes se ferment à un autre type d'interrogation fondée sur l'insuffisance de la théorie de l'action que présuppose la théorie contractualiste de la firme. Le débat au sein de la théorie de la *corporate governance* semble fonctionner comme si rien ne justifiait encore que soit maintenue la question même qui avait suscité cette théorie contractualiste de la firme. Faut-il, en effet, rappeler que les approches contemporaines de la *corporate governance*, fondées pour l'essentiel sur la théorie des contrats et sur la théorie des droits de propriété, résultent des remaniements imposés à la théorie du choix rationnel par la question des limites de la rationalité. Les réaménagements et les améliorations de l'approche économique de la coordination de l'action collective qu'apporte la théorie des contrats reposent sur une interprétation des limites de la rationalité conçues en termes d'informations incomplètes et asymétriques. Parallèlement, la redéfinition de la théorie de la firme comme mode de coordination, dans la perspective ouverte par Coase, repose sur la

¹ Comme le disent G.Triantis et R.Daniels, "Most of the corporate governance literature rests on a premise that the interests of various stakeholder groups conflict and that managerial loyalty is more likely captured by shareholders than any other constituency" (The role of Debt in Interactive Corporate Governance, 83 *Stanf.L.Rev.* 1073 (1995)).

même interprétation de la limite de la rationalité conçue comme maîtrise imparfaite de l'avenir et comme nécessité d'aménager les processus de décision à la lumière de ce contexte d'incertitude. De façon étonnante cependant, la réflexion sur la *corporate governance* a refermé ce questionnement. Nulle trace n'apparaît, si ce n'est de façon marginale, de l'utilité qu'il y aurait à interroger l'insuffisance éventuelle de l'interprétation que la théorie économique a faite, depuis les années 50, de la nécessaire prise en compte, dans ses calculs des solutions optimales de coordination rationnelle de l'action, des limites de rationalité de l'acteur humain. Tout se passe, dorénavant, comme si la théorie de l'action, ainsi réaménagée, constituait le dernier mot de la théorie de la rationalité. Et cependant, au sein même de la théorie de la *corporate governance*, existent plusieurs indices de questions non résolues qui justifieraient que soit interrogée la pertinence de l'interprétation que la théorie contractualiste de la firme fait des limites de la rationalité².

Notre interrogation n'est donc pas celle d'une mise en cause radicale de la fécondité des approches contractualistes. À bien des égards, nombre de leurs argumentations en termes d'optimisation nous paraissent apporter des gains de rationalité non négligeables. Notre question est autre. Interroger l'éventuelle insuffisance de l'approche des limites de la rationalité opérée par la théorie contractualiste de la firme ne permettrait-il pas de modifier la manière de construire la question de la *corporate governance* et d'aborder différemment certaines des problèmes que les meilleurs auteurs, aujourd'hui, reconnaissent devoir laisser ouverts ? Ne citons ici que deux exemples.

Le premier concerne le cœur même de la théorie des contrats. Zingales, tout en avalisant cette approche contractualiste et la suprématie donnée aux *shareholders* qu'elle défend, reconnaît que les justifications proposées restent précaires et de portée limitée tant que n'est pas résolue la question du "pourquoi" de l'incomplétude des contrats sur lesquelles elles reposent. Dans le moment même où la théorie des contrats vise à prendre en compte l'incomplétude de la connaissance humaine, elle est elle-même obligée de faire face à la résurgence en son sein - au niveau de son concept de base : celui d'incomplétude des contrats - de la question qu'elle avait pour projet de résoudre. Si la théorie des contrats se trouve ainsi elle-même confrontée à nouveau à la question de l'incomplétude, n'est-ce pas le signe de l'utilité qu'il y aurait à faire un détour par une réflexion qui a pour enjeu de réfléchir la question épistémologique de l'incomplétude au niveau de la théorie de l'action. Un retour pourra alors être fait sur les conséquences (quant aux solutions "optimales" des formes de coordination de l'action) qu'il y a lieu de tirer d'une meilleure construction conceptuelle des "causes" de l'incomplétude. Cela n'invalide pas nécessairement les argumentations

² sous forme d'information imparfaite et asymétrique.

rationnelles développées sur base de la théorie des contrats. Cela oblige peut-être à en montrer les limites ou la nécessité de les compléter par une vision plus globale des conditions d'efficacité des dispositifs institutionnels de coordination de l'action collective.

Un deuxième exemple peut encore être trouvé au sein des débats actuels de la *corporate governance*. Un des courants les plus intéressants de ces dernières années dans la littérature juridique de *corporate governance* est celui d'auteurs comme M.Roe et R.Gilson. Il vise à réfléchir les conséquences d'une meilleure compréhension du caractère *path-dependant* des structures de *corporate governance*. Comme nous le verrons ci-dessous, la manière dont ces auteurs construisent leur notion de *path-dependancy* et en tirent les conséquences sur le plan institutionnel reste cependant problématique. Ce n'est pas à dire, comme le proposent certains³, que la réflexion sur la *corporate governance* ne doit pas faire droit à la notion de "contexte" ou de "culture" dans la construction des dispositifs institutionnels de gouvernance. Dans un excellent article, E.Rock, tout en relevant l'insuffisance des explications conçues en termes de *path-dependancy*, l'a justement souligné⁴. Sans doute, les tentatives actuelles de construction des concepts de contexte, de culture - et leur incidence sur la théorie de la *corporate governance* - restent insuffisantes. Mais, cette insuffisance est le signe d'une urgence épistémologique qui impose de mieux saisir, au plan de la théorie de l'action, le cadre conceptuel à partir duquel construire le lien entre contexte et efficacité de l'action. Les meilleurs auteurs ont aujourd'hui l'intuition qu'un tel lien ne peut être méconnu, même si la théorie n'est pas encore en mesure d'en définir la nature et les conséquences au plan de la construction des dispositifs de gouvernance. Raisonner de façon décontextualisée et refermer la question, comme le suggèrent Williamson et la théorie contractualiste de la firme, est problématique.

Cette absence d'ouverture de la littérature de *corporate governance* à une interrogation sur les insuffisances de la théorie de l'action qu'elle mobilise n'est pas seulement étonnant au vu des questions qu'elles laissent elle-même non résolues et qu'elle s'empêche de penser. Elle est aussi étonnante quand on la compare aux orientations qui se font jour dans les deux autres

³ L'insuffisance des approches actuelles construites en termes de *path-dependancy* conduit, en effet, certains auteurs à nuancer l'importance du concept de *path-dependancy* pour la réflexion sur les conditions d'efficacité des mécanismes de gouvernance (Oliver Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford UP (1996), 240).

⁴ Edward Rock, *America's Shifting Fascination with Comparative Corporate Governance*, 74 *Washington U L Q* 367, 386-388 (1996).

secteurs⁵ où la théorie de la gouvernance fait aujourd'hui l'objet d'un renouveau. Ici, en effet, on observe une attention plus grande à la nécessité de nuancer les acquis des approches économiques du droit. Sans doute, la réflexion y traduit aussi le succès grandissant des approches économiques liées à la *public choice theory* et à la théorie des contrats. Mais souvent, elle exprime aussi le souci de compléter le recours à la théorie du choix rationnel par des approches différentes de la théorie de l'action. Tout se passe, dans ces deux autres secteurs, comme si, malgré la fécondité reconnue des approches de l'analyse économique du droit, les meilleurs auteurs restaient attentifs à la question des limites du paradigme de la théorie du choix rationnel. L'orientation générale consistera à faire droit soit à la plus-value qu'apporte l'action coopérative dans l'efficacité de l'action collective soit à la nécessité d'inscrire le processus de décision rationnelle dans un cadre plus délibératif mieux adapté à la dimension axiologique de toute action collective.

Prenons, tout d'abord, l'exemple du débat sur le mécanisme de la "*joint implementation*" dans le cadre des protocoles internationaux relatifs au changement climatique. Même ceux qui, comme T.Heller, endossent l'approche "réaliste" de Sebenius en matière de négociation, reconnaissent aujourd'hui que le mécanisme incitatif de la *joint implementation* nécessite l'adjonction d'un dispositif spécifique de négociation et de coopération au plan de l'application contextuelle et locale du dispositif formel. De même, dans le champ du droit administratif, C.Sunstein, reconnaît que, même si les analyses des politiques publiques en termes de contrats incitatifs, elles n'épuisent pas les conditions de justification de l'action publique. Outre l'exigence d'une analyse coût-bénéfice, des dispositifs de "négociation" ou de "délibération", aidant à régler les choix axiologiques qu'implique toute politique publique, doivent être mis en place. La nature particulière de ces deux secteurs explique, sans doute, cette ouverture des débats théoriques à des théories de l'action collective plus complexes. Le souci contemporain des risques écologiques et la dimension d'intérêt public de l'action administrative aident, en effet, à comprendre la volonté des approches de la gouvernance dans les domaines du droit administratif et des régimes internationaux de protection environnementale à faire droit à des dispositifs qui sauvegardent une approche plus "communicationnelle" (plus "républicaine") ou, à tout le moins, plus "coopérative" de l'action collective.

Enfin, une dernière considération introductive doit être mentionnée. Elle a trait à l'absence de réflexion, au sein des approches dominantes de la *corporate governance*, sur leur compatibilité avec l'évolution du rôle du

⁵ Les deux autres secteurs sont celui de l'action administrative (politiques publiques) et celui des conditions d'efficacité des régimes internationaux principalement dans le domaine de la protection internationale des ressources naturelles.

juge liée à celle des *fiduciary duties*. Ici, encore, la théorie de la *corporate governance* se distingue de la réflexion sur la gouvernance qui traverse toute la littérature contemporaine en matière de contrôle des politiques publiques. Malgré le succès grandissant des approches économiques fondées sur la théorie des incitants, la réflexion sur l'évolution et les limites du rôle que le juge doit jouer pour garantir une action publique efficiente reste une question centrale. La théorie de la *corporate governance* est peu sensible à inscrire cette question à son agenda. Or, cette question s'impose au vu de l'évolution de nos systèmes de droit positif et de l'importance croissante qu'à tort ou à raison, le juge prend dans l'arbitrage entre les intérêts divergents qu'impose la vie des entreprises. Comme l'attestent les débats en droit administratif américain, la recherche des modèles de rationalité de ces opérations de balance des intérêts et les réaménagements de la fonction de juger qui leur seraient corrélatifs sont au cœur de la réflexion contemporaine. Ces questions sont curieusement peu abordées dans la réflexion sur la *corporate governance*, malgré l'évolution récente de la jurisprudence relative aux *fiduciary duties* à la fin des années 80. Cette évolution n'oblige-t-elle pas à définir le cadre conceptuel à l'aide duquel penser la question des formes de contrôle – et de ses limites – que le droit peut apporter pour définir les conditions de légalité (de rationalité) des opérations de balance des intérêts qu'impliquent les décisions du management ? En ce sens, cette évolution, par les questions qu'elle pose⁶, traduit l'utilité d'ouvrir la question théorique de la *corporate governance* à celle des conditions de rationalité d'une action collective⁷.

Notre hypothèse est que les approches dominantes de la *corporate governance* en termes de théorie de l'agence reposent sur une théorie de l'action liée à une insuffisante compréhension des limites de la rationalité humaine. Une meilleure prise en compte des conditions de l'action rationnelle – que nous qualifions de "pragmatique contextuelle" et qui, conduit à une approche du droit et de la gouvernance que nous qualifions de "procéduralisation contextuelle" – permettrait d'aborder autrement la réflexion sur la *corporate governance*.

Le déplacement épistémologique ici suggéré est à bien comprendre. Il n'implique en aucune manière une critique de l'approche en termes d'efficacité que l'analyse économique du droit entend légitimer. À bien des

⁶ L'évolution des *fiduciary duties* et l'importance de l'évolution de la notion d'intérêt d'entreprise ne pose pas seulement la question des conditions de rationalité d'une décision que le juge aurait la charge de contrôler. Elle pose aussi celle de savoir si, comme le suppose la théorie contractualiste de la firme, restreindre la question de la *corporate governance* au "triangle: *shareholders, board of Directors, management*" s'avère-t-il encore adéquat ?

⁷ et, donc, de celle de l'éventuelle insuffisance de l'approche de l'action collective liée à la théorie contractualiste de la firme.

égards, nombre de critiques faites par les économistes classiques aux analyses formalistes habituelles des juristes sont bien fondées. Les réponses, cependant, qu'ils proposent, pour rester rivées à une analyse elle-même trop formaliste des conditions de l'action rationnelle, restent bien souvent insuffisantes. Les critiques "communautariennes" adressées aux approches contractualistes de la firme pèchent, d'ailleurs, par une même insuffisance formaliste des modèles d'action. Ce n'est pas que l'exigence d'éthicité des situations ne serait pas à prendre en compte. Mais, une meilleure approche épistémologique de la théorie de l'action permet de construire une approche renouvelée du rapport entre légitimité et efficacité, entre rationalité éthique et rationalité "instrumentale". Enfin, ce déplacement épistémologique doit permettre de rencontrer, dans l'analyse de la *corporate governance*, la question du rôle du droit et du juge dans le contrôle de la "rationalité" des décisions de l'entreprise.

Le plan de nos développements sera le suivant. Dans une première partie, nous esquisserons quelques éléments clés de l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle. Ensuite, dans une seconde partie, nous montrerons le déplacement que cette hypothèse amène par rapport aux diverses approches existantes de la *corporate governance* et des modèles de théorie de la firme que celles-ci supposent.

I. L'hypothèse de la procéduralisation contextuelle

Cette hypothèse, résultat d'un approfondissement en trois temps d'une intuition travaillée depuis plus de quinze ans, vise à reformuler⁸ la question des limites de rationalité dans le cadre d'une théorie de l'action. Le terme de procéduralisation vise la processualité en laquelle se déroule l'activité de jugement qui conduit toute action.

⁸ Précisons tout d'abord que cette réflexion est commune pour être menée au sein de l'équipe de recherche du centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain. Que soient ici tout spécialement remerciés André Berten, compagnon très étroit des deux premières étapes du parcours intellectuel accompli et Marc Maesschalck qui a permis, grâce à son interprétation pragmatique de Fichte, de dépasser notre seconde étape pour la redéfinir dans les termes ici présentés. Dans un premier temps (voy. sur ceci A.Berten et J.Lenoble, *Dire la Norme - Droit, Politique et Énonciation*, Paris-Bruxelles, 1990), nous avons tenté, tout en endossant le bien-fondé des critiques néokantiennes contemporaines adressées à l'égard des théories de la norme déconstructionnistes et décisionnistes, de montrer leur méconnaissance d'une des conditions de l'opérativité de l'action langagière qui était le paradoxe propre à l'autoréférentialité de toute énonciation. Cette première formulation de notre hypothèse restait cependant insuffisante pour être justiciable des contrearguments que lui opposait Habermas qui pouvait facilement montrer qu'elle restait lestée du paradigme de la philosophie de la conscience. C'est pour rencontrer cet argument, que nous avons reformulé notre critique d'une lecture néokantienne de la limite de la rationalité. Le passage d'une théorie du paradoxe à une théorie de l'indécidabilité nous permettait de rencontrer le contreargument habermassien et de mettre en évidence le problème logique de l'indécidabilité au coeur de tout échange communicationnel (voy. sur ceci J.Lenoble, *Droit et Communication*, Paris, 1994). Ces deux premières formulations nous permettaient déjà de bien mettre en évidence, sans doute, l'insuffisance théorique des approches déconstructionnistes du droit et du politique, mais, au-delà, l'insuffisance aussi des approches de la régulation portées aujourd'hui par les approches néokantiennes (au premier rang desquelles celles de Habermas) par leur présupposé d'une distinction logique formellement définissable au sein de la théorie de la norme entre les opérations de justification et d'application. Mais ces deux premières étapes restaient cependant insuffisantes. Si nous parvenions à correctement dénoncer les insuffisances logiques des tentatives contemporaines les plus marquantes de redéfinition de la théorie de la norme, nous restions en défaut de disposer des instruments conceptuels adéquats pour penser positivement la reconstruction rationnelle des mécanismes régulateurs assumant la réversibilité nécessaire de l'application sur la justification de la norme, sans tomber donc dans les versions décisionnistes ou déconstructionnistes. Grâce aux travaux de Marc Maesschalck, nous avons pu franchir un pas supplémentaire qui nous a permis de reformuler la limitation du formalisme de l'action et de dépasser ainsi encore plus radicalement la pragmatique formelle de Habermas au profit d'une pragmatique contextuelle. Le gain est non seulement théorique par la meilleure approche de la théorie de l'action que permet ce déplacement d'une théorie du paradoxe ou de l'indécidabilité vers une pragmatique contextuelle. Il est aussi politique et juridique car ce gain spéculatif permet aussi de mieux construire positivement une approche plus rationnelle des conditions d'efficacité des dispositifs de régulation dans une société démocratique. Voy. Pour plus de développements sur ceci J.Lenoble, La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle, *Carnet du centre de philosophie du droit*, n°70.

Le terme de contextualisation traduit l'idée que toute action présuppose, pour son effectuation, des ressources cognitives fournies par le contexte. Nul doute que nombre de théories aient entendu intégrer, d'une façon ou d'une autre, le contexte comme élément conditionnant l'efficacité, la validité ou la signification d'une action. Mais ce qui importe est la définition que l'on donne du contexte dans la reconstruction du processus rationnel conduisant à une décision⁹. Que signifie appréhender la théorie de la décision en termes de procéduralisation contextuelle ? Quelle est la portée de la référence au contexte dans le processus cognitif qui conduit à l'effectuation d'un acte ?

En quoi notre approche du processus cognitif de l'action se différencie-t-elle des approches habituelles de théorie de l'action ? La différence n'est pas, comme on l'a déjà fait remarquer, que les approches existantes ne tiennent pas compte d'une quelconque limitation de la rationalité. Elle tient à la manière de définir cette limitation de la rationalité. Cette limite de rationalité, à la différence de ce qui est habituellement posé, tient à l'existence d'un second niveau de processualité, toujours déjà postulé par toute décision pour qu'elle puisse se réaliser. Toute décision appelle, pour sa réalisation, l'entrecroisement de deux processus. Le premier conduit à la détermination des contraintes de justification d'une action. Ces contraintes sont déterminées à l'aide des opérations formelles de la raison réglées par tel ou tel modèle logique (en ce y compris donc les règles propres à l'échange communicationnel mis en lumière par la pragmatique formelle d'Habermas). Ce premier processus est donc formel : il vise à justifier la norme sur base de laquelle orienter son action. Il définit les conditions "d'acceptabilité rationnelle" de la décision, pour reprendre l'heureuse terminologie de M.Maesschalck. Sans doute, plusieurs auteurs ont-ils déjà intégré une limitation de rationalité à ce niveau de formalité (théorème de Gödel, rationalité procédurale au sens de Habermas permettant une relance toujours possible de l'argumentation). Mais la limitation du formalisme de la raison se marque aussi sur un second plan. Se limiter au seul niveau de processualité formelle de la justification de la règle de mon agir ne suffit pas à rendre compte des conditions d'effectuation d'un acte rationnel. En effet, on oblitère ainsi un second niveau qui conditionne la possibilité d'effectuation concrète de l'action. Dès le moment où une décision est élaborée, elle pose, quel qu'en soit le contenu, un contexte idéal, celui qui est exigé pour sa réalisation. Mais ce faisant, elle appelle une transformation du contexte existant au profit de ce contexte idéal posé par la règle en laquelle se traduit toute décision. Cette transformation du contexte - c'est-à-dire l'effectuation concrète de l'action - exige un second processus auquel est irréductible le

⁹ La théorie de la décision que l'on envisage ici vise tout aussi bien la décision dont la théorie économique s'efforce de définir les conditions d'efficacité que la décision relative à une norme morale ou juridique.

processus formel permettant de définir les conditions de justification rationnelle de l'action.

Habituellement, ce second ordre de conditionnalité de l'action est oblitéré parce que posé comme évident. Tout se passerait comme si le seul jeu de la justification permettait d'assurer, du même coup, sa réalisation concrète. Or, il n'en est rien. L'effectuation d'un acte, la réalisation d'une décision, implique la mobilisation de ressources qui ne sont pas fournies par la seule opérativité formelle de la raison. Les ressources du formalisme de la raison ne peuvent à elles seules assurer cette transformation du contexte existant au profit du contexte idéal "appelé" par l'action à effectuer. À ce niveau apparaît une limite de la rationalité formelle : le seul jeu de la raison opératoire et formelle ne suffit pas à assurer la réalisation de l'action. D'autres ressources cognitives sont nécessaires en vue de conduire à la transformation des contextes exigée par l'effectuation d'une action.

Il ne suffit donc pas de dire que le seul jeu formel de la raison se trouve limité par suite de son impossibilité à définir le contenu de l'universel ou d'anticiper l'avenir (contexte d'incertitude). Sans doute, cette limite interne à la seule opérativité de la raison formelle doit-elle être prise en compte. Comme on le verra, les évolutions internes à la théorie économique contemporaine, notamment celles qui sont amorcées par la théorie de la rationalité limitée de H.Simon, intègrent cette limitation interne de la raison formelle. Mais, la limite du formalisme se marque aussi à un second niveau. C'est l'oblitération de ce second niveau qui explique les insuffisances récurrentes des théories actuelles de l'action, aussi bien dans leurs versions instrumentales endossées par les diverses approches économiques que dans leurs versions communicationnelles (ou communautariennes). La limite de la raison ne tient pas seulement à sa nécessaire ouverture à un avenir aléatoire et contingent. La limite de la raison se joue d'abord essentiellement dans le rapport au présent de son action. Pour assurer l'efficacité de cette action ainsi "idéalement" justifiée, la raison doit faire appel à d'autres ressources que celles que lui fournit sa capacité opératoire. Elle doit faire appel à des conditions qui, pourrait-on dire, "motivent", rendent possible la mise en œuvre de sa capacité opératoire.

La nécessité de cette seconde conditionnalité peut être repérée dans toute opération de la raison. La mise en œuvre de la raison - c'est-à-dire son usage - implique l'entrelacement de deux niveaux distincts. Ces deux niveaux sont, d'une part, l'attente d'un monde intelligible qui "motive" l'usage que l'on fait de la capacité opératoire et formelle du logos et, d'autre part, l'enchaînement opératoire des opérations formelles de la raison. À la base même du formalisme de la raison, apparaît, ainsi, la condition nécessaire d'une perception d'un monde au sein duquel va opérer la discursivité formelle de la raison. Ce même entrelacs opère dans toute

action. Tout acte (toute décision, toute règle, toute norme) présuppose l'attente de sa réalisabilité, c'est-à-dire la transformation possible d'un contexte existant en un contexte nouveau sous la contrainte des conditions de justification que permettent de produire les opérations formelles de la raison. Ainsi, l'opération de justification n'épuise pas la processualité de sa réalisation. Elle s'articule à une seconde exigence qui concerne son effectuation et qui porte sur "l'insertion de l'acte dans un contexte". L'enjeu n'est plus ici de définir une action valide mais de rendre cette action cohérente avec un monde, c'est-à-dire, répétons-le, de transformer un contexte existant au profit d'un contexte nouveau mais en respectant une contrainte de cohérence. Comment le contexte au sein duquel cet acte doit s'effectuer va-t-il accepter de se laisser transformer tout en restant cohérent ? La question que pose tout acte n'est plus celle de l'acceptabilité rationnelle mais celle de l'acceptation pratique. Comme le dit bien M.Maeschalck : "Le principe d'institution d'une norme ne détermine pas la forme de son contexte. Elle anticipe le contexte, mais celui-ci pose en retour une exigence de cohérence qui remet l'action normative devant sa visée d'insertion. L'environnement, dans cette optique, a une contribution positive à l'organisation du système. Il met en question la capacité effective d'une norme à transformer un milieu par sa traversée du milieu."¹⁰ Pour mieux expliciter cette "contribution positive" du contexte à l'accomplissement de l'action, retournons à ce qui en est le fondement : la réflexivité de l'action et sa conséquence, la nécessaire distinction entre "acceptabilité rationnelle" et "acceptation pratique".

Construire la limitation de la rationalité n'est qu'une exigence liée à la structure réflexive propre à toute action. Réduire la rationalité de l'action à un processus formel (de type mentaliste ou objectif), c'est oublier que la raison ne peut se représenter théoriquement elle-même sans retomber dans le paralogisme de la raison théorique et la distinction entre le langage et le réel. Rendre compte de la réflexivité de la raison implique la prise en compte de l'acte même en lequel s'opère la raison, c'est-à-dire ce que Putnam appelle sa dimension d'usage¹¹ qui en accompagne toujours déjà la mise en œuvre. Le dépassement d'une réduction formaliste du mouvement de la raison ne peut se faire que dans la reconnaissance d'un au-delà de son opération formelle, c'est-à-dire dans la reconnaissance de son moment "pratique", du moment de son effectuation.

¹⁰ M.Maeschalck, Formalismes et théories de l'action I, *Carnet du centre de philosophie du droit*, n°19, p.10.

¹¹ Voy. sur ceci M.Maeschalck, Formalismes et Théories de l'action, IV Le tournant cognitiviste comme anti-formalisme. De Fodor à Putnam, *Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, n° 22.

Tout jugement qui guide une action a ainsi nécessairement une structure qui le fait échapper à sa réduction formelle à peine de méconnaître sa structure réflexive. Il faut donc, par nécessité épistémologique, tenir compte de ce que toute décision rationnelle nécessite de s'appuyer sur autre chose que sa seule opération formelle. Cet au-delà du moment formel guidera l'usage – la signification, l'effectuation - qui sera fait de cette productivité formelle. C'est pour respecter cette nécessité épistémologique qui tient à la nature réflexive de la raison comme action que l'on a construit l'irréductible ancrage de l'opération formelle de la raison dans autre chose qu'elle même, c'est-à-dire dans une "perception"¹² d'un domaine d'application au sein duquel s'accomplira cette opération.

¹² Bien que la raison théorique à l'oeuvre dans les "sciences de la nature" se constituent dans une "suspension" du moment réflexif de la raison, au coeur même de leur méthodologie constructiviste se repère déjà le nécessaire appui que le développement formel de la raison doit prendre dans une perception pour assurer le développement de sa productivité sémantique c'est-à-dire pour assurer sa propre capacité transformative, c'est-à-dire encore pour assurer son application "à des domaines non normaux". En ce sens, comme le dit M.Maesschalck, déjà sur ce seul plan interne à une dynamique de la raison qui suspend sa propre réflexivité, J.Ladrière fait apparaître que "la condition de la productivité sémantique d'un formalisme ne consiste pas simplement en ce qu'il soit applicable à un domaine de réalité, mais plus précisément en ce qu'il intègre sur le plan formel son rapport à la perception des structures d'intelligibilité du réel qui fonde son applicabilité" (*Carnet du centre de philosophie du droit*, n°20, p.9). En ce sens déjà donc apparaît la marque d'une limitation du formalisme. Se marque donc déjà là une nécessaire et irréductible "dualité, pour reprendre l'expression de J.Ladrière, au coeur même du processus d'émergence du sens au coeur même de la méthodologie des sciences empirico-formelles. Cette dualité atteste la limitation du formalisme et son nécessaire appui sur l'arrière-plan d'une perception. celui de la dimension téléologique qui anime la recherche d'intelligibilité dont la perception est la trace et qui la reconnaissance de son irréductibilité par rapport au jeu de l'opération formelle. "Cette trace renvoie donc, dans la raison, à l'auto-monstration de l'existence sous la forme d'une structure interprétable, c'est-à-dire stabilisable (point fixe) dans un processus de généralisation reliant par paliers l'effectivité à la généralité de telle sorte que chaque palier soit à la fois (dans le sens inverse du schème kantien) la forme d'un plus concret et le support d'un plus abstrait." (*ibid.* p.10) M.Maesschalck a pu s'appuyer sur les travaux de Jean Ladrière qui montre le nécessaire appui qu'un système formel doit prendre dans une perception pour s'assurer une productivité sémantique. Comme l'indique M.Maesschalck, "A partir des réflexions de Jean Ladrière sur la productivité sémantique des formalismes, nous avons tenté de critiquer le recours au formalisme en théorie de l'action en montrant que tout formalisme dépasse le seul niveau de l'auto-compréhension formelle de l'opérateur à travers un processus de généralisation des conditions d'opérativité pour appeler constamment un rapport à un domaine effectif de vérité dont il présuppose l'intelligibilité. Mais cette présupposition ne peut-être assimilée par l'auto-compréhension formelle elle-même comme un postulat, car elle est une condition de cette auto-compréhension, sa condition de productivité sémantique" (*Formalismes et Théories de l'action - Essai de synthèse, Carnet du Centre de Philosophie du Droit*, n°23, p.1). Sans doute, peut-on dire que cette perception d'une structure d'intelligibilité du réel est-elle "la trace" du mouvement même de la raison, c'est-à-dire de la

Cette nécessité pour l'opérativité formelle de s'appuyer sur autre chose qu'elle-même s'exprime dans la dualité des processus qui définissent le mode d'opérativité de la raison : celui de l'acceptabilité rationnelle qui conduit à définir les conditions de l'objectif à réaliser et celui qui conduit, à l'aide d'autres ressources cognitives, à définir ce qu'on pourrait appeler les conditions de "possibilisation" de ce qui, au plan formel, est posé comme réalisable. À défaut d'une telle distinction, toute reconstruction de la dynamique de la raison pratique tombe dans les paradoxes liés aux tentatives de représentation formelle de la structure réflexive de l'action. La nature réflexive de l'action oblige donc à construire la limitation du formalisme de façon à faire droit à une seconde condition "d'efficience" de toute action. Cette seconde condition, qui exige des ressources cognitives "extérieures" au seul jeu de la contrainte des opérations formelles de la raison, nous la nommons : acceptation pratique pour la différencier de la condition d'acceptabilité (de justification) de la règle sur laquelle doit se régler l'action. Cette condition d'acceptation pratique conduit à insérer, au sein du contexte de vie, l'idéal d'action jugé pertinent au terme du processus d'élaboration des conditions d'acceptabilité rationnelle.

Il reste cependant à préciser la relation entre ces deux "conditions" et la "nature" du dispositif cognitif à l'aide duquel s'accomplit l'opération d'effectuation, ainsi oblitérée par une représentation formaliste des conditions d'efficience de l'action.

mise en acte, de l'effectuation de la raison et de la normativité interne de la raison comme projet d'élucidation de l'intelligibilité du réel. Mais, la dimension de réflexivité propre à cette dynamique de la raison elle-même dans son auto-positionnement (voy. sur ceci le passage très éclairant de J.Ladrière "Herméneutique et Epistémologie, in Paul Ricoeur, *Les métamorphoses de la raison herméneutique*, Cerf Paris, 1991, surtout pp.121-125) ne "rétroagit pas de façon réversible sur l'opération de productivité sémantique d'un système formel dans le cadre des sciences empirico-formelles. C'est qu'en effet les sciences empirico-formelles de la nature n'ont pas pour projet de transformer le monde mais simplement de l'expliquer. Son projet est d'énoncer des propositions assertives (projet de représentation) et, à ce titre, il a éludé de lui-même la dimension normative propre au moment pratique de la raison et qui implique le projet de transformation du monde. C'est pourquoi, il n'y a pas de prise en compte de la spécificité de la démarche d'effectuation et de la distinction dont celle-ci est porteuse entre acceptation pratique et acceptabilité rationnelle. Par la nature même de son projet, pourrait-on dire, l'exigence de la raison qui s'actualise dans cette région autonome des sciences empirico-formelles s'épuise dans la construction d'un monde "pertinent", l'effectuation de la raison s'identifiant avec la seule construction de ce monde pertinent. Là où aujourd'hui, ces sciences se trouvent de plus en plus confrontées à "l'application" des produits que ces constructions rationnelles jugent pertinents et "possibles" (tels les possibles de la biologie comme le clonage), émergent dans le même moment la confrontation de ces possibles avec les conditions spécifiques de leur "effectuation" c'est-à-dire de leur acceptation pratique, de leur "insertion" dans un monde jugé non plus seulement pertinent (acceptabilité rationnelle) mais cohérent.

Tout d'abord, pourquoi s'avère-t-il important de relever le double niveau de conditionnalité que met en œuvre toute ? À bien des égards, les sciences empirico-formelles développent leur projet en méconnaissance de cette autoréférentialité de l'action cognitive qu'elles n'arrêtent pas d'accomplir. C'est qu'à raison même de leur projet, qui est de connaître le monde et non de le transformer, la condition d'efficience qu'appelle le développement de leurs connaissances¹³) s'opère en général sans que ne doive être "perçue" les conditions spécifiques de son accomplissement. Il n'en est cependant pas toujours ainsi. Putnam rappelle qu'à l'époque, le choix entre les théories d'Einstein et de Whitehead s'était fait, non pas sur base des critères formels de validité théorique¹⁴, mais sur base des critères de cohérence : quelle est la théorie qui permet le mieux de sauvegarder la cohérence de la représentation théorique traditionnelle du monde. L'exemple des problèmes posés par le développement contemporain des sciences biologiques est encore plus suggestif. Les applications auxquelles conduisent ces développements font apparaître des conflits "bioéthiques". Ceux-ci attestent que la pertinence de ces applications est aujourd'hui suspendue à la question de la "cohérence" du monde que l'on entend construire et de l'usage que l'on entend faire des techniques liées au développement des sciences de la vie. Lorsque la science conduit à des applications dans le monde social, la question de l'effectuation des transformations qu'appellerait l'usage des pratiques jugées "pertinentes" s'avère problématique et fait valoir des conditions spécifiques (acceptation pratique, subordination de l'idéal d'action à la cohérence du monde possible). Mais, rappelons-le, là où la science opère sous la présupposition effectuant d'un monde vécu comme cohérent, la normativité intrinsèque propre à cette cohérence et la spécificité de la démarche d'effectuation peuvent être suspendues et non construites pour elle-même. À ce titre, on comprend qu'elles puissent être supposées s'accomplir par le miracle de la seule discursivité de la raison formelle : les conditions d'application (effectuation) semblent alors réduites à la seule détermination des conditions d'applicabilité.

Mais il n'en va pas de même là où l'action vise à transformer le monde et donc à accomplir le projet pratique de la raison. À l'instar de ce qui se passe aujourd'hui dans les questions épineuses de bioéthique, l'effectuation révèle, alors, son autonomie. La question des usages possibles des solutions jugées pertinentes se pose. La transformation des contextes d'application que nécessiterait la transformation idéalement projetée par la

¹³ c'est-à-dire la "transformation" des "domaines normaux d'application au profit d'un domaine non normal qu'appelle la productivité sémantique des systèmes formels

¹⁴ Ces critères formels d'adéquation s'avéraient en effet, à ce moment des connaissances expérimentales en tout cas, inefficaces pour trancher entre ces deux interprétations possibles du monde.

norme d'action (jugée pertinente) devient une question spécifique. Cette question pose celle de la cohérence du monde existant par rapport au monde nouveau qu'impliquerait l'effectuation de la norme projetée. Cette gestion de l'effectuation de la norme – c'est-à-dire de son application - est donc suspendue à la question de la cohérence du monde à construire et révèle son autonomie.

C'est pour reconnaître cette autonomie et son irréductibilité logique à la question de la pertinence que M.Maesschalck a utilisé l'expression de "réversibilité asymétrique"¹⁵ entre la double opération qui s'enclasse dans toute action. Cette réversibilité asymétrique est la traduction de l'autoréférentialité propre à la réflexivité de toute action. Le déroulement de l'action apparaît en effet comme un "échange", un processus "d'ajustement", une "négociation" entre deux conditionnalités de l'action. L'intentionnalité qui porte la démarche de justification exige l'adéquation du contexte avec la fin visée, tandis que cette exigence d'adéquation doit elle-même croiser l'exigence d'insertion qui conduit à subordonner cette transformation du contexte à la possibilité de créer un monde commun¹⁶.

L'action apparaît ainsi comme un dispositif cognitif à structure complexe puisqu'il conduit à croiser deux opérations distinctes en relation de "réversibilité asymétrique". Réversibilité puisque la condition de cohérence du monde qui est à construire en vue de transformer le contexte sous la contrainte de finalité définie par l'opération de justification implique une action en retour sur la définition de cette finalité "idéale". Asymétrie puisque, dans cette "opération de retour" de l'application sur la justification, ce qui est premier est l'exigence de cohérence du monde qui doit résulter de l'insertion de la finalité définie par la norme, laquelle passe ainsi à l'arrière-plan. L'intentionnalité qui porte l'action a ainsi une structure complexe liée à sa propre structure réflexive. Si, pour éviter la clôture spéculative d'une réduction formaliste de l'intentionnalité de l'action, il faut obligatoirement faire droit à la limitation contextuelle, cette dimension de transcendance du contexte doit être réfléchie comme interne au processus cognitif, à peine de clôturer à nouveau l'opération de construction du sens. C'est pourquoi le contexte doit lui-même être réinterprété comme un dispositif cognitif traduisant la capacité à croiser, dans cette double opération réversible et asymétrique, ces deux exigences qui s'imposent irréversiblement : une finalité portée par la discursivité opératoire interne à la raison (formelle ou argumentative) et la subordination de cette finalité à son insertion dans un monde perçu comme cohérent.

¹⁵ Voy. sur ceci, Formalismes et Théories de l'action V. Perception et Traduction, *Carnet du centre de philosophie du droit* n° 23, p.5.

¹⁶ "D'une part l'intentionnalité s'insère sous condition de pertinence; d'autre part le contexte insère sous condition de cohérence" (*Ibid.*).

L'expression de "monde commun" doit être relevée. Les contraintes de la structure autoréférentielle de la raison humaine et du caractère pratique de la raison obligent, sous peine de clôture spéculative, à poser la réflexivité du concept de "contexte" qu'appelle la démarche opératoire qui définira les conditions d'acceptabilité de l'action à poser. C'est ici qu'émerge la dimension nécessairement intersubjective de cette construction cognitive de la structure du contexte. À peine de se refermer sur elle-même, l'identité de cette perception ne peut-être conçue que comme une opération de construction collective d'un monde commun. L'identité du monde n'est jamais donnée que sur le mode d'un monde toujours à construire. Le contexte, s'il doit être pensé comme un dispositif cognitif, ne peut jamais être pensé comme un dispositif individuel : ma propre perception renvoie, par exigence réflexive, à une altérité qui oblige à concevoir le contexte comme un dispositif cognitif de construction d'un appareil de coordination d'une action collective.

Les réflexions qui précèdent nous obligent à abandonner la représentation habituelle de l'action. Quelles qu'en soient les diverses versions, celle-ci méconnaît la nature réflexive de l'opération d'effectuation propre à toute action. Habituellement, la théorie de l'action s'attache à définir les conditions rationnelles qui doivent être respectées pour définir les conditions d'acceptabilité de l'action, c'est-à-dire la forme que doit revêtir l'action pour qu'elle puisse être considérée comme rationnelle. L'effectuation de la forme - c'est-à-dire de l'action "idéale" jugée pertinente - est considérée comme automatique, comme s'opérant par le seul fait du mouvement intentionnel de la raison. Tout se passe comme si la raison se dotait automatiquement des ressources cognitives nécessaires pour accomplir ce qu'elle posait comme devant être accompli. Le "passage" de la justification de la norme de l'action (la forme jugée pertinente de l'agir) à son application est traditionnellement considéré comme directement réversible. La supposition habituelle est que les deux opérations s'accomplissent à l'aide des mêmes ressources et sont donc symétriques. Nous avons vu cependant que la nature réflexive de la raison - la dimension pratique de son effectuation - conduisait à une relation beaucoup plus complexe du rapport entre ces deux opérations. Cette relation est asymétrique au sens où, si les opérations mobilisent les mêmes termes, ceux-ci sont "mis en position" exactement inverse. La question posée par l'opération d'effectuation est spécifique : l'usage qui sera fait de la forme idéale jugée pertinente doit être "cohérent" c'est-à-dire conduire à une forme de vie perçue comme cohérente avec le domaine normal d'application. Cette question, distincte de celle de la pertinence, nécessite donc d'autres ressources que celles qui sont mobilisées pour résoudre la question de la pertinence (justification). Contextualiser une norme, c'est définir ses conditions d'insertion dans une forme de vie existante. Effectuer une norme, c'est la contextualiser, c'est en

faire usage c'est-à-dire la réaliser de façon à ce qu'elle puisse s'intégrer dans un monde perçu comme cohérent.

La méconnaissance, par les théories habituelles de l'action, de cette dualité d'opérations enchevêtrées n'est évidemment pas sans conséquences. N'en retenons ici que deux qui sont d'une importance plus particulière pour notre critique des approches contemporaines de la *corporate governance*

1. Tout d'abord, la méconnaissance de la spécificité des ressources toujours déjà mobilisées pour effectuer une action risque de conduire à son inefficience. Une théorie de l'efficience de l'action oblige, en effet, à construire un double dispositif réflexif : non seulement un dispositif discursif portant définition des conditions d'acceptabilité rationnelle mais aussi un dispositif portant définition des conditions de transformation du contexte en vue de créer un monde commun conforme à l'objectif poursuivi. Ce second dispositif a pour fonction d'assurer la réalisation effective de la forme d'action idéale jugée pertinente et porte sur les conditions d'insertion de l'action en vue de faire monde commun¹⁷. Cette opération de la contextualisation oblige à réfléchir les conditions de transformation du monde tel qu'actuellement interprété pour que l'objectif simplement "visé" par la règle puisse être atteint¹⁸. Sans cette réflexivité du processus de construction du monde commun qu'appellerait la réalisation du "possible idéal" ouvert par la norme formelle, l'effectuation risque en effet de ne conduire qu'à une reconduction du monde existant ou à des "dysfonctionnements" au sein de ce monde. Méconnaître cette opération de contextualisation" et le dispositif réflexif qu'elle exige empêche de créer les conditions de "possibilisation" du "possible" ouvert par la norme.

On peut donc comprendre pourquoi une correcte conception de la limitation de la raison ne peut se réduire à l'impossible maîtrise de la complexité de l'avenir. Telle est cependant la conception de la limitation prise en compte par les approches contractualistes et néoinstitutionnalistes de l'économie, en ce y compris celles qui s'alimentent à l'approche ouverte par H.Simon. Au contraire, notre perspective définit la limitation contextuelle de la raison comme celle qui concerne l'établissement des

¹⁷ A défaut d'un tel dispositif, l'usage qui sera fait de la norme - c'est-à-dire le résultat concret de l'action – sera déterminé par une perception du monde commun non réfléchi dans les conditions de transformation qu'elle impliquerait pour assurer la réalisation de l'objectif poursuivi.

¹⁸ Je ne reviens pas ici sur l'effet en retour que cette opération peut avoir sur la définition de l'objectif: la règle préalablement jugée pertinente est elle-même au besoin redéfinie pour intégrer les conditions jugées nécessaires pour construire un monde commun possible en vue de réaliser l'objectif jugé pertinent. Il y a ainsi une "négociation, un ajustement, un échange entre exigence de pertinence et exigence de cohérence rendu nécessaire à raison de la réversibilité asymétrique des deux opérations

conditions d'effectuation d'une action. Elle porte donc, non seulement sur le rapport de la raison à l'anticipation de l'avenir, mais aussi sur le rapport de l'action à ses conditions présentes d'efficience.

2. Une deuxième conséquence est à relever. La méconnaissance de cette opération de contextualisation conduit aussi à passer sous silence deux propriétés de toute action : sa dimension éthique et sa dimension collective. Le découplage de la rationalité instrumentale et de la rationalité éthique oblitère, en effet, le lien entre éthicité et rationalité de l'action. Une meilleure approche épistémologique du mouvement réflexif à l'œuvre dans l'action permet, à l'inverse, de construire la dimension éthique comme une condition de possibilité interne à l'effectuation de l'action, c'est-à-dire comme une condition d'efficience de l'action. On renvoie ainsi dos-à-dos les approches qui réduisent la rationalité au seul domaine de la rationalité instrumentale que celles des éthiques traditionnelles qui présentent l'exigence éthique comme une contrainte "externe" distincte des conditions d'efficience de l'action¹⁹.

Notre approche contextuelle de l'action oblige à redéfinir cette distinction analytique en montrant que cette dichotomie externe-interne est immanente à la démarche réflexive. En effet, l'exigence de cohérence de la forme de vie que réalise l'effectuation de l'action se traduit elle-même comme une obligation de "faire monde commun". Cette construction des transformations de la forme de vie existante en vue d'insérer le possible "idéel" simplement ouvert par la norme ne peut s'opérer que par la prise en compte réflexive des diverses "perceptions de la situation", des différentes formes vécues de vie qui composent le contexte à transformer²⁰. L'exigence de cohérence propre à l'opération d'effectuation - l'exigence de "faire monde commun" - présente ainsi une nature éthique : construire un monde qui puisse être perçu comme créant les conditions de sa propre unité, comme un monde "accepté par tous". Elle porte l'exigence de prise en compte de l'autre comme semblable à moi, exigence qui n'est que l'effet de la réflexivité de toute action²¹.

¹⁹ Dans cette perspective, les conditions d'efficience de l'action sont posées comme liées à la détermination des moyens qui seraient à respecter pour réaliser une fin donnée, les exigences éthiques concerneraient le respect nécessaire des valeurs à respecter dans la détermination des fins à poursuivre.

²⁰ C'est à nouveau l'exigence spéculative du mouvement de la réflexion que de poser que la construction des conditions d'adaptation du contexte ne peut se faire que par un retour réflexif de ma propre perception au départ de la "perception" de l'autre sur les exigences de la situation. Je ne peux percevoir "l'identité" de ma propre perception qu'à partir d'un acte de reconnaissance, c'est-à-dire qu'en reconnaissant une altérité comme immanente à ma propre identité et donc à reconnaître l'autre comme semblable à moi.

²¹ Cette question a été principalement développée par Fichte dans le cadre de sa philosophie de la réflexivité. Ce point a été notamment développé logiquement dans le §7 de la Première

La construction d'un monde commun est ainsi à la fois éthique et collective. Non seulement, cette opération de contextualisation du jugement (conditions de transformation du contexte) se présente comme une prise en compte des exigences normatives propres à la construction d'un monde commun. Mais, en plus, elle permet aussi de comprendre comment elle est, par nature, collective et coopérative : elle implique, à raison de sa nature réflexive, le dépassement du solipsisme méthodologique au profit d'une construction collective. La construction réflexive d'un monde commun comme condition d'effectuation de l'action nécessite la construction d'un dispositif de coopération pour opérer cette intégration des transformations nécessaires du contexte en vue d'y insérer une forme de vie jugée pertinente.

L'approche de l'action en termes de procéduralisation contextuelle permet de donner un éclairage nouveau sur les débats contemporains de *corporate governance* et de dépasser certaines oppositions qui s'y manifestent. C'est l'objet de notre seconde partie. Afin d'y introduire, deux précisions s'imposent encore.

Une première concerne l'éclairage que notre hypothèse permet de jeter sur l'évolution de la réflexion juridique. Ce n'est évidemment pas le lieu de montrer en quoi notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle permet de déplacer les approches habituelles de la fonction de juger et de la théorie du raisonnement juridique. Mais, diverses critiques (cfr. *infra*) développées, dans la littérature juridique, à l'encontre des approches économiques dominantes de la *corporate governance* s'inspirent et sont directement liées aux théories critiques contemporaines du droit (principalement au mouvement des *critical legal studies*). Il est donc utile de signaler que l'approche contextuelle de l'action ici développée permet de rejeter dos-à-dos les approches formalistes de l'interprétation en droit et les approches déconstructionnistes ou décisionnistes. Bien sûr, à l'instar de ces dernières, notre approche aboutit aussi à montrer le caractère radicalement interprétatif de la démarche d'application et à mettre en question les représentations formalistes qui sous-tendent la distinction classique des juristes entre démarche de justification et démarche d'application. Une approche réflexive du jugement qui guide l'action oblige à penser ces deux opérations comme

Partie, Section 2 de la *Rechtslehre* de 1796 (et repris dans la *Novo Methodo* de 1799). La difficulté est qu'il a parfois été interprété (notamment par la philosophie française héritée de A.Philonenko et ses successeurs, L.Ferry et A.Renaut), de façon formaliste et néokantienne. Voy. sur ceci notamment, M.Maesschalck, *Moi et Corporalité chez Fichte*. La question d'une éthique des corps, in *Dimensions de l'exister, Etudes d'anthropologie philosophique*, V, G.Florival (edit.), Paris-Louvain, Peeters, 1994, pp.127-153; P.Livet, Intersubjectivité, Réflexivité et récursivité chez Fichte, *Archives de Philosophie*, 1987, pp.581-619.

"croisées" sur base d'une relation de "réversibilité asymétrique". Mais les approches déconstructionnistes restent prisonnières d'une représentation mentaliste - et donc formaliste - de l'opération d'application. Ce qui est manqué ici est la construction théorique de la nature de cette opération qui vient limiter le formalisme, c'est-à-dire de l'opération spécifique de contextualisation et de sa relation asymétrique à l'opération de justification de la règle²².

Une seconde observation nous permet de faire retour sur le débat de la *corporate governance*. Notre approche de la théorie de l'action en termes de procéduralisation contextuelle permet de mettre en lumière les "vérités partielles" contenues dans les diverses approches existantes de la *corporate governance*. Les théories de la firme qui proposent de réfléchir la *corporate governance* en y intégrant l'exigence d'un dispositif coopératif entre différents *stakeholders* (principalement la *competence-based théorie de la firme*, cfr. infra II, 2, C) soulignent bien une condition d'efficience de l'entreprise que ne permettent pas de construire les approches contractualistes, quel qu'en soit, par ailleurs, l'apport spécifique. Notre propre détour épistémologique est cependant d'aider à formuler, en termes logiques, comment et pourquoi il faut construire cette exigence coopérative comment une condition interne de l'efficience d'une action collective. Ce faisant, on percevra aussi en quoi tant les approches contractualistes ou néoinstitutionnalistes de la firme que les approches critiques qui en sont faites - en ce y compris celles qui construisent la firme comme une organisation d'apprentissage collectif - reposent sur une construction insuffisante de ce moment "coopératif". Ce qui est à chaque fois manqué est le concept de contexte comme interne au mouvement du jugement réflexif qui conduit l'action.

²² Comme on l'a déjà signalé, même si nous avons nous-même relevé dans *Droit et Communication*, que l'indécidabilité formelle, si elle obligeait sans doute à dépasser définitivement les représentations formalistes, en ce y compris les approches habermassiennes de l'opération d'application en droit, ne conduisait pas pour autant à une approche "décisionniste ou irrationnelle" de l'opération de la fonction de juger. Nous nous référions alors à la notion de "reprise réflexive" de la convention (qui soutend toujours la construction du consensus communicationnel) pour construire une approche rationnelle de l'opération d'application qui "prenne en compte" cette indécidabilité. La lecture pragmatique de la théorie fichtéenne de la réflexivité accomplie par Marc Maesschalck nous a permis de préciser de façon plus rigoureuse et plus féconde cette approche en construisant la "prise en compte" de l'indécidabilité formelle liée à l'autoréférentialité de l'action comme liée à la limitation contextuelle de la représentation formelle de la raison (voy. sur ceci notre travail déjà signalé La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle, *Carnet du centre de philosophie du droit*, n°70).

II. Une reconstruction des approches actuelles de la *corporate governance*

Les éléments qui précèdent nous permettent de mettre en perspective le débat théorique dont la *corporate governance* fait l'objet tant en droit qu'en économie. Bien sûr, l'évolution de ce débat s'explique par les problèmes pratiques suscités notamment par celle des marchés financiers. Mais, elle traduit aussi l'évolution des cadres théoriques à l'aide desquels sont construites les questions et réfléchies les solutions proposées. De ce point de vue, un élément explique l'importance accordée, depuis la fin des années soixante, à la question de la *corporate governance* et l'évolution des solutions théoriques proposées. La réflexion tant juridique qu'économique sur la *corporate governance* est liée à la dynamique des réflexions économiques sur la théorie de la firme. Or, celle-ci est, directement ou indirectement, fonction des transformations de la théorie économique suscitée par l'obligation faite de mieux prendre en compte des limites de rationalité des agents économiques. En ce sens, notre propre réflexion, qui montre l'apport qu'apporterait une meilleure construction théorique de ce concept de limitation de rationalité, s'inscrit dans la dynamique de la réflexion consacrée à la *corporate governance*.

Un graphique aidera à saisir d'emblée les différentes étapes qui ont marqué la réflexion économique et juridique sur la *corporate governance*.

Graphique²³

²³ Sans doute, ce graphique prend pour point de référence le débat américain. Ce n'est pas que la recherche sur la *corporate governance* ne s'est pas aussi développée ailleurs et plus spécialement au Royaume -Uni et en Allemagne (Voy. notamment sur ceci l'excellent ouvrage édité par K.Hopt, H.Kanda, M.Roe, E.Wymeersch et S.Prigge (*Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research*, Oxford, Clarendon press, 1998) et les références citées.) Mais, le renouveau d'intérêt dont la *corporate governance* est aujourd'hui l'objet est principalement alimenté par la réflexion américaine. De plus, l'avantage du débat américain est que la réflexion juridique sur la *corporate governance* s'y est explicitement articulée à la réflexion économique. Or, comme on vient de le signaler, cette articulation nous permet de mettre plus aisément au jour les fondements théoriques des solutions proposées car les théories économiques de la firme se sont explicitement construites, depuis trente ans, en relation directe ou indirecte avec les débats épistémologiques sur la rationalité limitée.

L'enseignement majeur qui se dégage de cette reconstruction diachronique du débat actuel sur la *corporate governance* est qu'il se construit autour d'une position largement dominante qu'à des degrés différents, quatre mouvements théoriques récents s'efforcent de critiquer.

1. La *Corporate governance* et la théorie contractualiste de la firme

Le débat sur la *corporate governance* connaît aujourd'hui un regain d'intérêt politique important. Divers facteurs liés principalement à la transformation des marchés financiers et à la mondialisation des marchés expliquent ce regain d'intérêt. L'expression "*corporate governance*", dans son acception commune, identifie un certain nombre de dispositifs dont on suggère, aujourd'hui, l'introduction en Europe. Ils concernent essentiellement la composition et le mode de fonctionnement du conseil d'administration (nomination de directeurs indépendants²⁴, instauration de différents comités tels que comité d'audit...), la transformation du droit boursier (règles de "disclosure", organisation ou renforcement du "market control"). Il s'agit là, pour l'essentiel, de modifications inspirées de l'évolution américaine de la *corporate governance* et suggérées à l'initiative des investisseurs institutionnels (de type fonds de pension ou compagnies d'assurance) dont l'importance est devenue croissante sur les marchés financiers²⁵.

Quelle que soit par ailleurs l'approche nuancée dont ces solutions font l'objet dans la littérature scientifique dominante²⁶, elles s'appuient sur une

²⁴ Comme on le sait, cette proposition est liée aux travaux de Melvin Eisenberg (*The Structure of the Corporation: A Legal Analysis*, 1976) qui visaient à réfléchir les mesures à proposer pour permettre au Board of Directors des publicly held companies d'exercer les missions de contrôle qui leur étaient imparties dans le contexte des années soixante et septante marqué^é notamment par une importance croissante des investisseurs institutionnels du type fonds de pension. Voy. sur ceci, l'excellent article de Edward Rock, *America's Shifting Fascination with Comparative Corporate Governance*, 74 *Wash U L Q* 367, 371-372 (1996).

²⁵ Les dernières statistiques confirment certainement cette importance croissante aux USA mais obligerait cependant à la nuancer quelque peu en ce qui concerne l'Europe, en tout cas continentale. Voy. sur ceci les statistiques récentes citées in *Comparative Governance*, *op.cit.*.

²⁶ La littérature dominante, tant juridique qu'économique, consacrée à la *corporate governance* s'inscrit dans l'approche contractualiste. En son sein, cependant, les débats sont nombreux et les solutions varient sur plusieurs plans. Pour la littérature économique, voy. l'excellent survey réalisé par A.Schleifer and R.Vishny, *A survey of Corporate Governance*, 52 *The Journal of Finance*, 737 (1997). Au sein aussi de la littérature juridique inspirée de cette approche en termes de théories des contrats, les propositions de réformes du modèle classique de droit des sociétés américain continuent à être discutées. Voy. ainsi à titre purement exemplatif, pour une critique de l'activisme des investisseurs institutionnels, Th.Smith, *Institutions and Entrepreneurs in American Corporate Finance*, 85 *Calif L Rev* 1 (1997) et la bibliographie citée; et, à propos du modèle allemand de relational banking, pour une valorisation du modèle

construction théorique de la question de la *corporate governance* en termes de théorie d'agence. Cette approche, qui trouve son origine dans les travaux de Berle et Means (1932) aux USA, est aujourd'hui définie dans le cadre de la théorie des contrats. Cette reprise de la question de la *corporate governance* en termes de théorie d'agence à l'aide des instruments micro analytiques de la théorie des contrats, a été initialement posée par Jensen et Meckling²⁷. Elle est à la base de ce qu'on a coutume d'appeler la théorie contractualiste de la firme qui est conçue comme un "nexus of contracts". Cette approche contractualiste de la gouvernance s'est elle même formalisée, à partir notamment des apports de la théorie des droits de propriété (Alchian et Demsetz) et de ceux de la théorie des contrats incomplets²⁸. Un lien avec la "bounded rationality", même si la référence à H.Simon à qui l'on doit le succès de l'expression n'est généralement pas explicite, est donc déjà présent. Non seulement, la théorie des contrats elle-même, par la prise en compte expresse, notamment, de l'asymétrie d'information, entend déjà faire droit à une certaine limitation de rationalité. Mais, avec l'idée d'incomplétude des contrats et du contexte d'incertitude dans lequel les décisions rationnelles des acteurs doivent s'effectuer, la question de la gouvernance est réfléchi au départ d'une hypothèse de rationalité limitée.

Comment cette approche en termes de contrats incomplets définit-elle la question de la *corporate governance* ? La question de la *corporate governance* se ramène, comme on va le voir, à celle de la corporate finance : comment allouer efficacement, entre les managers et les investisseurs, les droits résiduels de contrôle - c'est-à-dire les droits de prendre des décisions dans les circonstances non prévues par le contrat initial d'investissement²⁹. L'idée simple et bien connue est que le développement de l'entreprise se caractérise par une dissociation - effectivement déjà repérée par Berle et Means - de la propriété (au sens juridique de détenteur du capital³⁰) et du

de droit bancaire américain et des techniques associées au "market for corporate control", J.Macey and G.Miller, *Corporate Governance and Commercial Banking*, 48 *Stanford L Rev* 73 (1995) et la bibliographie citée. A l'inverse pour une solution plus modérée, voy. notamment K.Hopt, *The German Two-Tier Board: Experience, Theories, reforms*, in *Comparative Governance*, *op.cit.*, 227-258.

²⁷ M.Jensen and W.Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Capital Structure*, 3 *Journal of Finance Economics*, 305-360 (1976).

²⁸ Voy. notamment O.Hart, *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm*, 4 *Journal Of Law and Economics*, 119-139 (1988).

²⁹ A.Schleifer and R.Vishny, *A survey of Corporate Governance*, *op.cit.*, 741.

³⁰ Et non pas au sens de la théorie économique des droits de propriété pour laquelle, on le sait, le droit de propriété est le droit de prendre ex post les décisions que nécessitent les situations non prévues par le contrat initial.

contrôle³¹. Cette dissociation n'est pas sans poser problème : comment les actionnaires pourront-ils disposer de la garantie qu'ils ne seront pas "expropriés" par les directeurs du retour de leur investissement. Dans leur excellent article, A.Schleifer et R.Vishny³² en donne une présentation particulièrement claire: "The essence of the agency problem is the separation of management and finance, or - in more standard terminology - of ownership and control. An entrepreneur, or a manager, raises funds from investors either to put them to productive use or to cash out his holdings in the firm. The financiers need the manager's specialized human capital to generate returns on their funds. The managers needs the financier's funds, since he either does not have enough capital of his own to invest or else wants to cash out its holdings. but how can financiers be sure that, once they sink their funds, they get anything but a worthless piece of paper back from the manager? The agency problem in this context refers to the difficulties financiers have in assuring that their funds are not expropriated or wasted on unattractive projects. in most general terms, the financiers and the manager sign a contract that specifies what the manager does with the funds, and how the returns are divided between him and the financiers. Ideally, they would sign a complete contract, that specifies exactly what the manager does in all states of the world, and how the profits are allocated. The trouble is, most future contingencies are hard to describe and foresee, and as a result, complete contracts are technologically infeasible...Because of these problems in designing their contract, thre manager and the financier have to allocate residual control rights - i.e., the rights to make decisions in circumstances not fully foreseen by the contract...The theory of ownership addresses the question of how these residual control rights are allocated efficiently. In principle, one could imagine a contract in which the financiers give funds to the manager on the condition that they retain all the residual control rights...but this does not quite work, for the simple reason that the financiers are not qualified or informed enough to decide what to do...As a consequence, the manager ends up with substantial residual control rights and therefore discretion to allocate funds as he chooses. There may be limits on this discretion specified in the contract - and much of *corporate*

³¹ Comme le disent très opportunément E.Rock et M.Wachter (Tailored Claims and Governance: The fit between Employees and Shareholders, paper presented in the Sloan Foundation Conference on Employees and Corporate Governance at The Columbia Law School Center for Law and Economic Studies, 1997 - on file with the authors, footnote 102 of the Draft of 6/16/97) : "For clarity, it is worth notingthat the usage of the term "ownership" here, and elsewhere in corporate law, differs somewhat from the general usage in property law. In the Berle-Means tradition, when one distinguishes between "ownership" and "control", "ownership" generally refers to rights to income streams, while "control" refers to governance rights. By contrast, the property usage of the term generally encompasses both rights."

³² A Survey of Corporate Governance, *op.cit.*, 737-783.

governance deals with these limits, but the fact is that managers do have most of the residual control rights"³³.

L'important est de voir sur quoi débouche cette approche qui entend faire droit à l'incomplétude du contrat et au contexte d'incertitude dans lequel les acteurs rationnels ont à exercer leurs opérations de jugement. Deux observations sont ici à faire. Une première caractéristique peut être relevée. L'approche va consister à définir une sortie "formelle" de l'incomplétude c'est-à-dire à définir un mécanisme institutionnel qui permette de compenser - par l'attribution, suivant diverses modalités, de droits résiduels de contrôle soit au manager soit à l'actionnaire, soit au board of directors³⁴ - "l'indécidabilité" dans laquelle les acteurs sont d'anticiper tous les états futurs qui vont définir leurs relations futures. Une deuxième caractéristique va compléter ensuite cette sortie formaliste du traitement de l'incomplétude contractuelle. L'approche contractualiste de la *corporate governance* en termes de théorie d'agence aboutit à adopter ce qu'on a coutume d'appeler une "shareholding solution". Celle-ci se caractérise par une double dimension. Tout d'abord, - et telle est bien la signification de la réduction de la *corporate governance* à la *corporate finance* - elle justifie une dissociation de la *corporate governance* et de la "labor governance" (ou "employee governance"). En d'autres termes, elle justifie que la *corporate governance* ne s'organise que par la seule référence aux intérêts des investisseurs, et notamment au *shareholder* qui est le mis en position de *residual claimant*. Ensuite, sur un plan plus juridique, elle justifie aussi la réduction des *fiduciary duties* imposés aux managers à l'égard des seuls actionnaires mis en position de *residual claimants*, ou éventuellement à l'égard des seuls investisseurs (qu'ils soient actionnaires ou créanciers).

Relevons un des arguments classiques présentés, dans la perspective de cette approche contractualiste dominante, pour justifier une "réduction de la *corporate governance* à la *corporate finance*. Il nous est rappelé par Schleifer et Vishny pour justifier ce qu'ils décrivent comme la position dominante du droit positif des pays membres de l'OCDE, à savoir le fait que les tribunaux de ces pays "have generally accepted the idea of manager's duty (only) to shareholders": "There is a good reason for this. The investments by shareholders are largely sunk, and further investment in the firm is generally not needed from them. This is much less the case with

³³ Au nombre de ces techniques ainsi imposées par le droit à titre d'instruments de gouvernance visant à assurer la protection de l'investisseur : le droit d'élire les membres du "board of directors", la technique des droits de vote, le devoir de loyauté des "directors" à l'égard des actionnaires, la nomination de non executive directors...en ce y compris évidemment les techniques du market for corporate control (hostile takeover).

³⁴ On l'a déjà noté, de multiples propositions existent, dont celles aujourd'hui valorisées sous l'expression de *corporate governance* comme non executive directors, comité d'audit...

employees, community members, and even creditors. The employees, for example, get paid almost immediately for their efforts, and are generally in a much better position to lodge up the firm by threatening to quit than the shareholders are"³⁵.

Cette approche correspond bien à l'idée de la firme comme "nexus of contracts". La firme est un lieu où convergent différents contrats qui ont chacun leur nature propre et leur autonomie de protection spécifique. La *corporate governance* (ainsi aussi appelée dès lors *corporate finance*) concerne le contrat qui lie le financier au manager et ne doit pas être confondu avec le contrat spécifique qui va se nouer entre le travailleur et le manager. Dans ce même esprit, il faut aussi noter l'argument récemment développé par E.Roch et M.Wachter pour justifier cette séparation de la "*corporate governance*" et de la "labor governance", à tout le moins dans la "publicly held company": "Expanding the governance of one group or the other as a policy goal is a perplexing recommendation. It appears to undo some part of the value added created by using the firm to integrate functions. From our perspective, asking line employees to work with the board of directors on determining whether a new product ought to be developed has the same merit as asking the board to work with the employees on determining how a particular product ought to be produced at the machine level. Most of the time, neither party would have any initial ideas, and would need to reserve judgment until they learned what the other party already knew"³⁶. L'argument doit être souligné car il marque bien le lien qui existe entre cette réduction de la *corporate governance* à la *corporate finance* et une certaine conception de la théorie de la décision rationnelle qui repose sur une séparation entre les opérations de justification et d'application, dont on a précédemment montré l'erreur.

2. Les quatre mouvements critiques actuels de l'approche dominante

Cette approche contractualiste dominante de la *corporate governance* en termes de théorie d'agence, indépendamment des controverses souvent riches et complexes qui la nourrissent³⁷, fait aujourd'hui l'objet de diverses interrogations critiques. Sans doute, le débat politique lui-même, dans certains pays, se fait-il déjà l'écho de ces positions critiques. On sait le renouveau pris parfois, notamment au Royaume-Uni et en Allemagne, par une défense de la "stakeholding conception" de la *corporate governance*. L'idée est là que les processus de décision de l'entreprise devraient assurer la prise en compte organisée, non seulement des intérêts des actionnaires

³⁵ p.751

³⁶ Tailored Claims and Governance: The fit between Employees and Shareholders, 55.

³⁷ Et qui devraient déjà elles-mêmes conduire à présenter avec prudence les propositions de réformes proposées aujourd'hui par beaucoup au titre de la *corporate governance*.

mais aussi de divers autres intérêts, au premier rang desquels ceux des travailleurs de l'entreprise³⁸.

Ce renouveau n'est pas sans lien avec certaines approches critiques³⁹ des présupposés théoriques de l'approche contractualiste de la théorie d'agence. On peut en distinguer essentiellement quatre.

Tout d'abord, on trouve une critique - traditionnelle même si elle revêt aujourd'hui une forme communautarienne⁴⁰ - de nature morale. Les approches juridiques et économiques dominantes reposeraient sur une théorie de l'efficacité qui méconnaîtraient les droits légitimes de certaines catégories de membres de la communauté que forme (ou devrait former) la firme⁴¹. Il est cependant intéressant d'observer que, même au sein de ces approches d'inspiration éthique, l'argumentation s'efforce de plus en plus de s'appuyer aussi sur les théories économiques de l'efficacité⁴². Tout semble ainsi se passer comme si on prenait, à juste titre, conscience que le seul recours à l'approche normative ne suffisait pas et qu'il fallait aussi prendre en compte l'acquis critique de la démarche économique qui oblige à réfléchir la rationalité d'une norme, non pas seulement au plan de sa justification axiologique mais aussi au plan de son application efficiente.

³⁸ Voy. sur ceci l'excellente introduction de S.Deakin et A.Hughes (Comparative Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda) in *Enterprise and Community: New Directions in Corporate Governance*, S.Deakin et A.Hughes (eds.), Cambridge, Blackwell, 1997.

³⁹ Cela ne signifie pas pour autant que ces approches théoriques critiques conduisent toutes à soutenir une "stakeholding" conception de la corporate governance. On sait ainsi qu'il n'en est rien, par exemple, pour l'approche d'O.Williamson.

⁴⁰ Voy. notamment sur ceci certains des articles rassemblés dans *Progressive Corporate Law*, ed by L.Mitchell, Boulder, Westview Press (1995).

⁴¹ Voy. notamment sur ceci et les références citées, S.Bainbridge, Community and Statism: A Conservative Contractarian critique of Progressive Law Scholarship, 82 *Cornell L Rev* 856 (1997). Voy. aussi l'argument tiré des "valeurs sociales partagées" (social shared values) pour justifier une interprétation extensive des fiduciary duties du management à l'égard des stakeholders, et principalement des employees, R.Campbell, Corporate Fiduciary Principles for the Post-Contractarian Era, 23 *Florida State U L Rev* 561 (1996).

⁴² Trois récents articles au sein de la littérature juridique sont particulièrement révélateurs de cette évolution heureuse des argumentations critiques proposées par les "progressivists". Le premier est celui de Wai Shun Wilson Leung (The Inadequacy of Shareholder Primacy: A proposed Corporate Regime that Recognizes Non-Shareholder Interests, 30 *Colum J of Law and Social Problems* 587 (1997)) qui emprunte son argumentation à la théorie économique des "firm-specific human capital investments" (cfr. sur ceci *infra*). Les deux autres sont encore plus intéressants car ils empruntent, en outre, une ligne d'argumentation qui la rapproche aussi de la "competence-based" theory of the firm (M.O'Connor, The Human Capital Era: reconceptualizing Corporate Law to Facilitate Labor-Management Cooperation, 78 *Cornell L Rev* 899 (1993) et W.Bratton, Game Theory and the Restoration of Honor to Corporate Law's Duty of Loyalty, in *Progressive Corporate Law*, L.Mitchell (ed.), 139 ss.

C'est pourquoi, il faut essentiellement relever les autres approches critiques de la théorie contractualiste. Ces approches, en effet, en suivant le fil d'une réflexion sur les limites de la rationalité, se sont efforcées d'interroger le cadre théorique dominant utilisé par la théorie de l'agence pour définir les solutions proposées en vue d'optimiser l'allocation des droits résiduels de contrôle. Ces dernières approches critiques sont au nombre de trois : l'approche comparativiste en termes de *path-dependency*, la *transaction costs theory* et la *competence-based* théorie de la firme. Sans rentrer ici dans un examen détaillé de ces trois perspectives critiques, ce qu'il nous importe de mettre en lumière est la nature exacte du déplacement tenté par rapport aux approches contractualistes. Dans cet esprit, nous nous contenterons, à la suite d'une très brève présentation de l'objet de chacun de ses trois courants, de signaler leur difficulté à opérer le déplacement que leur horizon théorique semble cependant appeler. Notre hypothèse sera que cette difficulté a valeur d'indice de l'insuffisance du concept de "bounded rationality" sur laquelle, explicitement ou implicitement, ces auteurs s'appuient.

A. L'approche comparativiste en termes de *path-dependency*

Certains auteurs⁴³ se sont d'abord attachés, dans le début des années 90, à relativiser le mode de gouvernance des entreprises valorisé en droit américain en le comparant à ceux qui sont proposés en Allemagne et au Japon. Au terme de cette approche comparativiste, ils ont entendu souligner le caractère "path-dependant" des modèles de *corporate governance*, renouant ainsi avec certains débats institutionalistes classiques soulignant le caractère culturel des modèles d'efficience. Nul doute qu'il faille souligner l'intérêt majeur de cette réflexion qui a le grand mérite d'ouvrir la réflexion (notamment juridique) sur la *corporate governance* à la question de la *path-dependency*. Les auteurs de ce courant s'appuient sur un concept lié aux remises en cause systémiques⁴⁴ des représentations de la rationalité et de l'histoire des institutions véhiculées par les économistes néoclassiques. Ce faisant, ils tentent non seulement de faire droit à l'enracinement culturel des

⁴³Voy. notamment M.Roe, *Strong Managers, Weak Owners: The political Roots of American Corporate Finance*, Princeton (N.J.), University Press, 1994; MRoe, Some Differences in Corporate Structure in Germany, Japan and the United States, 102 *Yale L J* 1927 (1993); R.Gilson and M.Roe, Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps between Corporate Governanc enad Industrial Organization, 102 *Yale L J* 871 (1993);R. Gilson, Corporate Governance and Economic Efficiency: When Do Institutions Matter?, 74 *Washington U L Q* 327 (1996); J.Gordon, Institutions as relational Investors: A New Look at Cumulative Voting, 94 *Colum. L Rev* 124 (1994).; C.Milhaupt, A Relational Theory of Japanese Corporate Governance: Contract, Culture and the Rule of Law, 37 *Harv Int L J* 1 (1996).

⁴⁴ Voy. notamment la préface de B.Arthur à son livre *Increasing Returns and Path-dependance in the Economy*, Ann Harbor, U Michigan Press (1994).

institutions juridiques. Mais en plus, ils obligent à réviser l'idée selon laquelle l'efficacité des règles pourrait être réfléchi sur base d'un calcul formel de maximisation sans prendre en compte leur irréductible enracinement culturel.

Nul doute que l'intuition est proche de la nôtre. La construction épistémologique n'est cependant pas réfléchi pour elle-même et l'idée que toute démarche rationnelle présuppose un arrière-plan sur lequel son opérativité s'appuie n'est pas construite. L'idée que l'enracinement culturel des institutions est la trace de la condition de possibilité de l'opération du jugement cognitif n'est pas prise en compte. Cela se marque dans les approches que nous proposent les tenants de cette réflexion comparativiste représentée, à Columbia Law School, par les professeurs Gilson, Gordon et Roe. N'en signalons ici que deux qui attestent de la difficulté de réfléchir, au plan institutionnel et concret, les déplacements épistémologiques qu'obligerait à suggérer la mise en lumière, non pas de l'erreur des contractualistes, mais de l'insuffisance de leur théorie de la rationalité.

Ainsi, lorsque Gilson nous dit qu'il s'agit de concilier le respect des contraintes dues à l'enracinement culturel des institutions et la nécessité de leur flexibilité pour assurer leur évolution aux transformations du milieu, on retrouve évidemment le point de vue systémique d'une nécessaire adaptation à un environnement toujours changeant. Mais, les dispositifs par lesquels s'opère cette adaptation contextualisée ne se trouvent pas formulés. Les insuffisances des dispositifs actuels des divers systèmes de *corporate governance* existants, tant au Japon, qu'en Allemagne et aux USA, ne sont pas réfléchies. Tout semble se passer comme si cette flexibilité était le résultat de la seule prise de conscience intellectuelle et de la seule volonté politique des acteurs. La question des "procédures d'ajustement" nécessaires à la transformation "flexible" des contextes existants n'est pas réfléchi pour elle-même.

La même valeur indiciaire de l'insuffisance conceptuelle et épistémologique de l'intuition stimulante des comparativistes apparaît aussi chez Roe. Comme l'indique E. Rock, la conclusion que tire M. Roe n'est pas de prôner l'adoption d'un modèle particulier de *corporate governance*, du type par exemple du modèle allemand qui serait supposé détenir les clefs de la rationalité. La conclusion que tire M. Roe est différente : "Roe argues that if comparative work shows that different governance structures are possible between countries, then we should reform domestic law to permit governance structures to compete within the U.S. system."⁴⁵. L'approche

⁴⁵ "If different governance structures are possible, and if different structures have different advantages and disadvantages in different contexts, then why not let them compete within the U.S. system, and not just in the competition between the United States and Germany or the

reste éminemment formaliste et traduit sa difficulté à intégrer le rôle joué par l'enracinement culturel de l'opération cognitive elle-même. Ce qui est manqué est une théorie de l'efficacité articulée à une construction adéquate de la limitation contextuelle (culturelle) de l'opération de la raison.

B.La théorie néoinstitutionnaliste

Ensuite, une seconde approche "non orthodoxe" (à l'origine de ce qu'on a coutume d'appeler la *New Institutional Economics*) est trouvée dans la théorie des coûts de transaction d'O. Williamson⁴⁶. L'intérêt de la démarche de Williamson est double. Il montre explicitement, tout d'abord, en quoi la nécessaire référence à une théorie de la limitation de la rationalité oblige à réfléchir le rôle des institutions dans la coordination collective. De là, ce qu'il appelle lui-même l'accent sur les "mécanismes de gouvernance". Telle est bien ce que vise la référence à l'incomplétude "radicale" (*incomplete contracting in its entirety*) qui "means that parties to a contract will be cognizant of prospective distortions and of the needs to (1) realign incentives and (2) craft governance structures that fill gaps, correct errors, and adapt more effectively to unanticipated disturbances"⁴⁷. Mais, en retour, son approche atteste de l'étroite parenté qu'il entretient avec l'approche contractualiste de la firme qui réfléchit les problèmes en termes de problème d'agence. L'auteur reconnaît lui-même cette parenté⁴⁸. Ceci explique que les différences qui caractérisent sa théorie de la firme par rapport à l'approche en termes de théorie d'agence⁴⁹ restent relativement mineures. L'appui explicite que O. Williamson prend dans la *Carnegie School* et, plus spécialement dans les travaux de H. Simon, de March et de Cyert, ne l'amène pas à se déplacer par rapport aux deux caractéristiques de l'approche contractualiste de la *corporate governance*. D'une part, il maintient une sortie formaliste de l'incomplétude en réfléchissant le

United States and Japan?" (E. Rock, *America's Shifting Fascination with Comparative Corporate Governance*, *op.cit.*, 367, 381.

⁴⁶ *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

⁴⁷ O. Williamson, *op.cit.*, 174.

⁴⁸ Même si, comme le note Williamson, beaucoup d'économistes ont peu de goût à parler de limitation de rationalité : "Although many economists, including those work out of agency theory, are reluctant to use the term bounded rationality (which, in the past, has been thought to imply irrationality or satisficing), bounded rationality has gradually become the operative rationality assumption." (O. Williamson, *op.cit.*, 173).

⁴⁹ Voy. sur ceci, *op.cit.* 175-179.

mécanisme de gouvernance par l'attribution des droits résiduels de contrôle à l'actionnaire. D'autre part, il maintient la distinction entre *labor governance* et *corporate governance*⁵⁰. Cette sortie formaliste traduit une compréhension de la limitation de la rationalité qui reste indexée à la valorisation idéale d'une approche de la rationalité en termes de théorie du choix rationnel et de calcul d'optimisation. Williamson (comme Hart dans son article de 1988 sur l'incomplétude des contrats⁵¹) participe à ce que nous appellerons ci-dessous la première interprétation du débat ouvert par H.Simon sur la raison procédurale et la limitation de la rationalité, celle qu'on appelle l'heuristique des biais pour reprendre l'expression consacrée par Tversky et Kahneman.

Il est intéressant, dans cette perspective, de relever qu'au sein du débat économique actuel sur la théorie de la firme et de la *corporate governance*, d'autres tentatives critiques tentent de s'élaborer au départ de la conscience de l'insuffisance de la perspective critique qu'O.Williamson propose, au départ du concept de *bounded rationality*, pour repenser le rôle des institutions de gouvernance dans la théorie de la coordination de l'action collective. Nous pensons ici essentiellement aux tentatives de M.Blair⁵² et de L.Zingales⁵³. L'un et l'autre relèvent l'insuffisance de l'argumentation d'O.Williamson qui fonde son approche de l'attribution de la qualité de *residual claimant* au seul actionnaire. M.Blair relève ainsi explicitement qu'O.Williamson se révèle en défaut d'assurer une protection effective des "firm specific investments in human capital"⁵⁴. M.Blair tente, dans cette

⁵⁰ Sous quelques réserves limitées, voy. sur ceci, *op.cit.*, 244-245, 314-315.

⁵¹ Voy. notamment la présentation, très claire de ce point de vue, qu'en donnent E.Furubotn and R.Richter, *Institutions and Economic Theory - The Contribution of the New Institutional Economics*, Ann Arbor, U. Michigan P., 232 (1997).

⁵² M.Blair, Firm-Specific Human Capital and the Theory of the Firm, paper presented in the Sloan Foundation Conference on Employees and Corporate Governance at The Columbia Law School Center for Law and Economic Studies, 1997 - on file with the author, Draft of February 97); M.Blair and L.Stout, A Team Production Theory of Corporate Law, *Virginia L Rev* 1999 (*forthcoming*, on file with the authors, Draft of March 24, 1998).

⁵³ L.Zingales, Corporate Governance, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (1998).

⁵⁴ "Neither Williamson, nor Kelin, Crawford, and Alchian offer much insight into how it is that organizing production within a firm solves the hold-up problem associated with firm-specific investments by multiple parties, nor which of several participants in a enterprise should be the "owner" of an integrated enterprise." (*Firm-Specific Human Capital and the Theory of the Firm*, p.14). Dans cette même perspective, l'auteur note que Williamson "apparently assumes either that the protections that are available to employees for their firm-specific investments, whether explicitly contractual or institutional, are fully adequate to protect them, or possibly that those investments are of less significance than the investments made by those who contribute equity capital" (n 21). M.Blair signale ici simplement la position de Williamson

perspective, de réfléchir des dispositifs institutionnels de *corporate governance* qui assurent une meilleure protection contre ce que Zingales appellerait les risques de quasi-rente liés à ces "firm-specific investments", et plus précisément ceux qui s'avèrent le moins pris en compte, les "human firm-specific investments". Sa proposition, au départ d'une revalorisation de la dimension proprement institutionnelle de la firme que méconnaît une approche contractualiste, revient à valoriser le rôle du management et à mettre à sa charge des *fiduciary duties*, non plus à l'égard des seuls actionnaires, comme le signalaient Schleifer et Vishny, mais à l'égard des différents *stakeholders*. Le déplacement, aussi suggestif et intéressant puisse-t-il être, révèle cependant à nouveau un aspect problématique. Faut-il supposer que le management dispose des conditions de calcul d'optimisation pour les opérations de *balancing of interests* qu'implique la confrontation des différents *stakeholders* ? Ou bien, sans même que cette question ne soit réfléchie, faut-il supposer que cette capacité cognitive serait l'apanage du juge qui aurait à contrôler le respect dû à ces *fiduciary duties* ? Non seulement, M.Blair, en valorisant cette approche non contractualiste de la théorie de la firme, restaure en même temps une conception substantielle de la raison qu'amenait cependant à critiquer la mise en lumière de la *bounded rationality*. Mais, en plus, et pour cette même raison d'ailleurs, elle ne réfléchit pas les dispositifs institutionnels de négociation coopérative par lesquels construire cette opération de "balancing of interests" qu'à juste titre, elle met implicitement en évidence à l'encontre des approches formalistes des contractualistes. L'observation est d'autant plus à relever qu'en même temps, M.Blair entend s'appuyer, dans sa réflexion sur les dispositifs institutionnels à imaginer pour assurer une protection efficace des *firm-specific investments*, sur les travaux, notamment de Milgrom et Roberts qui, bien que contractualistes, mettent en lumière le rôle d'une culture commune dans l'entreprise. La rationalité des décisions des acteurs au sein d'une entreprise s'analyse moins, relève-t-elle, en termes de calcul d'optimisation qu'en termes de pratiques informées par des principes et des "routines" qui "create shared expectations for groups members". N'est-il pas symptomatique que le dispositif de gouvernance imaginé par Blair ne prenne pas en compte, dans sa construction institutionnelle, la spécificité de cette forme de rationalité soulignée par Milgrom et Roberts à l'encontre des approches exclusivement conçues en termes de théorie du choix rationnel. Tout semble se passer comme si la dimension coopérative ici soulignée ne se retrouvait plus au moment de réfléchir les dispositifs de gouvernance. Intuitivement, la critique que Blair tente d'élaborer des approches économiques dominantes de la firme vise à s'inscrire dans ce que nous appellerons la deuxième interprétation de la théorie de la limitation de

relative à la séparation employeegovernance et la corporate governance qui concerne seulement les shareholders.

rationalité développée par H.Simon (sur ceci cfr. *infra* la *competence-based theory*). Pour insuffisamment construire cette théorie, cependant, la tentative de dépassement des approches contractualistes de la *corporate governance* s'avère problématique.

Dans cette perspective, d'ailleurs, la réflexion de Zingales est des plus intéressantes et confirme notre propre approche. Non seulement, Zingales relève aussi les insuffisances des arguments avancés tant par Williamson que par Blair dans leur controverse sur la justification ou non d'accorder les droits résiduels de contrôle aux seuls actionnaires. Sans doute, Zingales, à l'instar de Williamson, mais pour d'autres raisons, privilégie aussi une solution qui explique "why the residual right of control is allocated to the providers of capital and why its use is mostly delegated to a board of directors"⁵⁵. Mais, au-delà de sa solution, l'auteur reconnaît lui-même que "without a better understanding of why contracts are incomplete, all the results are merely provisional"⁵⁶.

C.La *competence-based theory* de la firme

Enfin, une troisième perspective, de nature plus critique et qui trouve diverses ramifications dans la littérature juridique ou économique, s'alimente explicitement ou implicitement à une approche alternative de la théorie de la firme (et de la théorie de l'efficacité). G.Hodgson la qualifie de "*competence-based theory of firm*"⁵⁷.

Quelle est l'idée essentielle de cette troisième approche critique de la théorie contractualiste de la firme ? Comme le signale G.Hodgson, "the contractual approach emphasizes the cost of making and monitoring transactions. Although there are contrasting theories within this genre, all its exponents see the informational and other difficulties in formulating, monitoring and policing contracts as the crucial explanatory elements. In contrast, from the competence perspective the existence, structure and boundaries of the firm are explained in some way by individual or team competences - skills and

⁵⁵ p.14.

⁵⁶ p.17.

⁵⁷ Competence and Contract in the theory of the firm, 35 *Journal of Economic Behavior and Organization* 179 (1998). Même si des origines multiples et remontant aux travaux de H.Simon, de March et d'Argyris et Schön devraient être mentionnés, voy. notamment sur cette *competence-based theory* les contributions réunies dans le volume intitulé *Knowledge, Capabilities, Imagination and Cooperation in Business*, 35 *Journal of Economic Behavior and Organization* (1998).

tacit knowledge - that are in some way fostered and maintained by that organization."⁵⁸

J.Cantwell résume bien les trois traits essentiels qui explicitent le modèle sous-jacent à cette *competence based theory*. "First, the importance of corporate learning processes in the accumulation of capabilities both within and between firms. Such learning processes are essentially incremental and non-optimizing in character, but they require initiative and imagination. Despite the significance of organizational routines, corporate learning is not purely automatic or procedural. Second, the role in innovation played by social organization in the form of corporate teams, which creates a repository of knowledge, jointly-held capabilities, and a set of shared values and perceptions. Thus, capabilities cannot be reduced to individual human capital as in production function approaches, and the part to be played by individual opportunism is more narrowly defined than it is in the standard contract-based models of the firm. Third, firms are able to access external or "indirect" capabilities through cooperative intercompany networks or alliances, and such cooperative interactions contribute to the learning processes by which firms adapt and improve their own internal capabilities."⁵⁹

La perspective ainsi ouverte est clairement référée au tournant cognitiviste des sciences sociales et, plus directement au courant néoinstitutionnaliste lié aux travaux de March et Olsen en théorie des organisations⁶⁰. Dans cette même perspective, la démarche cognitive sera moins référée aux capacités de calcul des acteurs rationnels et maximisateurs qu'aux routines et normes partagées au départ desquelles les jugements pratiques s'opèrent⁶¹ et aux processus d'interprétations⁶² constantes dont elles sont l'objet dans des

⁵⁸ pp.179-180.

⁵⁹ J.Cantwell, Knowledge, Capabilities, Imagination and Cooperation in Business : Introduction, 35 *Journal of Economics Behavior and Organization* 133 (1998).

⁶⁰ Voy. sur ceci l'excellente introduction de W.W.Powell et P.J.DiMaggio dans l'ouvrage publié sous leur direction, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, UChicago Press, 1991.

⁶¹ La théorie contractualiste de la firme, souligne G.Hodgson, "leads to a neglect of (a) the limits of contracts and exchange and the necessity of some non-contractual relations. involving (moral) norms and (tacit) rules, and (b) of processes of radical individual transformation, development, and (cognitive) learning" (G.Hodgson, *ibid.*)

⁶² "In standard contractual models, agents often have different and incomplete information but they typically act as if they shared the same model of the world. Problems of interpretative ambiguity and divergent cognition are thus side-stepped. Instead, obstacles to efficient coordination within the firm are typically founded on presumed clashes of individuals goals and interests, as evidenced by Williamson's persistent emphasis on individual opportunism. Given such assumptions. attention is directed at the lack of a complete sharing of (unambiguous) information or at allegedly inappropriate incentive structures. This 'positivist' stance fails to

contextes toujours nouveaux. Le jugement est lié à la mise en œuvre de routines configurées par l'expérience vécue et la culture. Le jugement résultera d'une démarche contextuelle par adaptation des catégories aux contextes nouveaux auxquels le sujet est confronté.

L'approche du concept de *bounded rationality*, même si elle ne rejette pas pour autant bien évidemment l'heuristique des biais développée en psychologie sociale par A.Tversky et D.Kahneman, ne s'y réduit pas. Il ne s'agit pas seulement de réduire les "biais" cognitifs pour procéder au calcul de l'optimum parétien, supposé définir à lui seul l'efficience. Ici, l'efficience est le résultat d'une démarche cognitive qui doit s'interpréter en termes d'apprentissages organisationnels⁶³. Le lien avec les travaux de Ch.Argyris et de D.Schön⁶⁴ est un des ressorts principaux de cette théorie critique de la firme.

Nul doute que l'accent ainsi mis sur l'apprentissage et la complexité d'une démarche cognitive posée comme irréductible à une opération formelle individuelle de calcul de maximisation sous contrainte présente, dans notre perspective, un intérêt majeur. Mais, le chemin n'est qu'à moitié parcouru. La critique épistémologique qui, à juste titre, est ici amorcée de la manière dont la théorie contractualiste (ou la théorie des coûts de transaction de Williamson) interprète la rationalité limitée, reste insuffisante au regard d'une compréhension correcte de l'opération de limitation contextuelle de la raison. Contentons-nous ici de procéder à trois observations qui nous permettront ainsi de faire retour, en une remarque conclusive, sur l'apport supplémentaire que notre hypothèse de procéduralisation contextuelle permet d'opérer dans le droit-fil de cette *competence based theory*.

1. La première observation concerne la conception que cette théorie développe du jugement. À la différence de ce que nous avons esquissé dans la présentation de notre propre hypothèse de la procéduralisation contextuelle, les auteurs qui s'inspirent d'Argyris et Schön restent prisonniers d'une conception purement mentaliste et schématisante de

acknowledge that for information to become knowledge it must be interpreted, and different interpretations are always possible, even with the same set of information...The idea of institutionally-sustained, shared cognitive frames has become a central point in some researches into the nature of the firm." (G.Hodgson, 184).

⁶³ "There is a key reason why an enriched conception of learning is not found in the equilibrium analysis of neoclassical economics: it is not obvious what is meant by "rational" learning". The very act of learning means that not all information is possessed and global rationality is ruled out. Learning is more than the acquisition of information: it is the development of the modes and means of calculation and assessment." (G.Hodgson, 185).

⁶⁴ Ch.Argyris and D.Schön, *Organizational Learning: a Theory of Action Perspective*, Addison-Wesley Pub., 1978; Ch.Argyris and D.Schön, *Organizational Learning II - Theory, method and Practice*, Addison-Wesley, reprinted with corrections, 1996.

l'opération du jugement. C'est la raison pour laquelle, sont manquées à la fois l'autoréférentialité de l'opération de la raison et l'opération de réversibilité asymétrique qui résulte de la limitation contextuelle de toute opération de la raison. Deux passages indiquent clairement le maintien d'une telle conception mentaliste où tout se passe comme si le jugement était la simple mise en œuvre de capacités mentales (même si celles-ci sont dorénavant le résultat d'une accumulation collective et s'exercent sous forme d'interprétations de valeurs partagées). Un passage déjà cité de G.Hodgson l'explique déjà bien : "(learning) is the development of the modes and means of calculation and assessment". Un second passage développant cette approche fondée sur la théorie de l'apprentissage organisationnel l'explique encore plus clairement. "The difference between procedural and substantial interpretations of bounded rationality can be pointed as follows. If man's capacity for processing and memorizing information is limited and if, therefore, human capacity for considering alternatives is severely constrained as well, the question then is, how do individuals arrive at the alternatives they perceive. Is the bundle of alternatives just here, readily provided from outside? Does the environment offer them, ready to be grasped, in more or less unambiguous messages - which would amount to an inductivist view. Or does the individual mind create those alternatives in an imaginative act by combining individual experience, subjective understanding, and current information in a most complex associative act - which would imply a deductive interpretation ? The behavioral and organizational theories usually ignore the problem or implicitly lean towards the former position ... By contrast, once the latter position is taken, subjective imagination immediately becomes a key element in business behavior"⁶⁵. Comme nous l'avons indiqué dans notre première partie, une exacte reconstruction de l'opération d'autoréférentialité de la raison aide à comprendre en quoi la prise en compte des conditions d'effectuation du jugement - et le dépassement d'une représentation purement formaliste de la raison - ne se ramène pas à une stimulation des conditions d'imagination subjective.

Ce maintien dans une représentation mentaliste et schématisante de l'opération cognitive, quel que soit l'apport majeur de cette "competence based theory of the firm" au regard des approches précédentes, n'est pas sans conséquences. C'est sur ce plan que se situent nos deuxième et troisième observations.

2. La deuxième observation concerne directement la trace de cette conception mentaliste et schématisante de l'opération du jugement dans la conception du processus "d'apprentissage organisationnel" que ces auteurs

⁶⁵ Ulrich Witt, Imagination and leadership - The neglected dimension of an evolutionary theory of the firm, 35 *Journal of Economic Behavior and Organization* 163-164 (1998)

vont, explicitement ou implicitement, chercher chez Argyris et Schön. La critique de la théorie contractualiste de la firme, ici explicitement fondée sur une référence explicite au concept de *bounded rationality*, s'apparente au mieux avec nos propres hypothèses. Signalons tout d'abord que la référence au concept de *learning process* n'est pas absente de la première interprétation du concept de *bounded rationality*, c'est-à-dire de celle qui fonde la théorie des contrats incomplets. Sans rentrer ici dans la théorie de Tversky et Kahneman sur le jugement sous incertitude, on peut poser que la théorie des contrats incomplets repose sur une théorie cognitive qui reste indexée sur la valorisation idéale d'un calcul d'optimisation. La notion de rationalité limitée est principalement conçue sur base d'une heuristique des biais, comme un processus d'apprentissage par lequel les acteurs rationnels doivent "apprendre" à prendre conscience des effets "déformants" de leurs différents "frames" et ainsi à adapter leurs catégories et attentes aux exigences rationnelles qu'un acteur pleinement rationnel pourrait calculer. Méconnaître les limites de la rationalité face à la complexité et à un futur incertain génère des erreurs de calcul. Maximiser implique de rencontrer ces erreurs pour les neutraliser. Cette référence à la cognition comme un processus d'apprentissage se retrouve explicitement chez A.Tversky et D.Kahneman: "There is no doubt that learning and selection do take place and tend to improve efficiency. As in the case of incentives, however, no magic is involved. Effective learning takes place only under certain conditions: it requires accurate and immediate feedback about the relation between the situational conditions and the appropriate response"⁶⁶. Remarquons dès à présent que la manière de définir les conditions du processus d'apprentissage repose sur la non problématisation de ce que sont les "situational conditions" et "the appropriate response". Au contraire, les conditions du processus d'apprentissage sont supposées définies par la référence à des éléments posés comme formellement identifiables dans le processus de feedback: les "situational conditions" et "the appropriate response". Quoique la théorie du processus d'apprentissage soit plus complexe chez Argyris et Schön, elle est cependant justiciable de la même insuffisance épistémologique. Mais rappelons d'abord la différence du déplacement opéré par la mise en évidence du processus cognitif comme inscrit dans des structures d'arrière-plan (framing, adaptation continue du travail de catégorisation...) que mobilise la théorie de l'apprentissage organisationnel d'Argyris et Schön sur laquelle se fonde essentiellement la *competence-based* théorie de la firme.

À la différence de l'approche précédente, il ne s'agit plus ici d'interpréter ces effets de *framing* comme source de biais qu'il y a lieu de corriger en

⁶⁶ Rational Choice and the Framing of Decisions, in *The limits of Rationality*, K.Sch.Cook and M.Levi (eds.), Chicago, U.Chicago P., 1990, 85.

vue de rendre les décisions conformes à ce qu'un calcul d'optimisation permettrait de définir si ces erreurs liées au "cadrage déformant" pouvaient être dépassées. Un trait qui me semble commun à l'approche de la *competence-based theory* et à sa valorisation de modes coopératifs de gouvernance de l'action collective est la nécessité de réfléchir l'échange négocié en des termes autres que la seule recherche idéale d'une maximisation des préférences individuelles. La mise en évidence de la limite de rationalité est ici réfléchie comme impliquant une dimension irréductible à la seule recherche idéale d'un calcul de maximisation des préférences individuelles. L'accent sera surtout mis sur la nécessité de créer les conditions d'un cadre coopératif où puisse se construire la recherche partagée d'une solution commune. Ici, la légitimité et l'efficacité d'un mode négocié de gouvernance résultent de son organisation interne comme structure délibérative et coopérative d'une solution partagée. Très souvent, l'idée sera émise que la solution du conflit d'intérêt est conditionnée par l'aménagement de ce cadre institutionnel coopératif et délibératif, comme si, par ce fait, les acteurs étaient amenés à prendre en compte une exigence d'éthique de la discussion leur permettant de mobiliser les ressources cognitives suffisantes pour créer les termes d'un accord négocié respectueux d'un vivre ensemble. L'idée émerge ici que la connaissance est moins un calcul qu'une pratique analysable en termes de "rule-following" et que cette règle d'arrière-plan appelle, en termes institutionnels, la mise sur pied d'une structure intersubjective à l'effet d'assurer la reprise de sa constante interprétation adaptative aux contextes toujours nouveaux. Sans doute, cet accent mis sur la dimension intersubjective se laisse-t-il d'autant mieux comprendre qu'il émane d'auteurs proches des recherches de sciences sociales. Comme Powell et DiMaggio l'ont bien noté, le mouvement de Carnegie (Simon, March, Cyert) a croisé, en sciences sociales, la transformation de la théorie de l'action sociale initiée par Garfinkel dans les années soixante. À la théorie de la rationalité limitée marquée par le problème de l'incertitude, va s'ajouter dorénavant le paradigme de l'intersubjectivité conversationnelle comme processus de création continue d'un sens partagé. C'est ce qui explique d'ailleurs, que d'une manière souvent d'ailleurs peu explicite et peu approfondie, le modèle habermassien constitue généralement l'arrière-plan de validation des propositions des réflexions sur la négociation comme coordination de l'action collective.

C'est dans ce cadre qu'il faut situer la théorie de l'apprentissage organisationnel d'Argyris et Schön. Quel que soit l'approfondissement et le très grand intérêt du concept d'apprentissage que ces auteurs proposent à travers leur théorie du "double-loop learning" par rapport à l'approche précitée de Tversky, leur modèle révèle, à l'instar de celui de Tversky, une difficulté à poser un concept de contexte épistémologiquement fondé sur

une théorie des limites du formalisme. Pour ne pas construire une théorie de la réflexivité articulée à l'autoréférentialité de la raison comme usage, les conditions de l'apprentissage restent pensées au seul plan d'une recherche conséquentialiste de la solution valide (adaptation réflexive des "variables directrices" du jugement par confrontation aux résultats). La contextualisation ne reste-t-elle pas pensée ainsi en termes d'adaptation des cadres de pensée à des contextes futurs toujours incertains. La notion de limite reste donc liée à celle de "futur incertain". Risquent d'être manquée le concept de limite résultant du rapport de l'action à ses conditions d'effectuation et la distinction nécessaire entre le croisement des opérations de justification et d'application.

3. La troisième observation concerne précisément les conséquences institutionnelles qui résultent de cette *competence-based* théorie de la firme. Un indice de son insuffisance épistémologique peut, en effet, être trouvé dans les conséquences institutionnelles que certains développent au départ de cette théorie de la firme.

Il faut cependant d'emblée signaler que peu de réflexions économiques ou juridiques ont été développées dans le cadre de cette récente théorie de la firme qui reste, pour l'instant, essentiellement développée au sein de la théorie des organisations, de la théorie de la négociation et de la théorie du management⁶⁷. Les perspectives dégagées dans ces derniers champs sur les dispositifs institutionnels sont claires. L'approche en termes de rationalité limitée est supposée ici devoir conduire à l'instauration de dispositifs institutionnels censés créer les conditions d'une coopération organisée. Tandis que le comportement et les choix des acteurs sont supposés irréductibles au seul jeu d'une recherche d'optimisation des préférences individuelles, il est suggéré de mettre en place des dispositifs spécifiques organisant une recherche coopérative au plan même des dimensions qui échappent à la logique de la maximisation. Comment cela s'est-il traduit dans la théorie économique ou juridique de la gouvernance?

Au plan d'une théorie économique de l'efficience, les manifestations de cette approche de la théorie de la firme sont rares. H.Leibenstein⁶⁸ tente cependant explicitement de construire sa théorie de l'*X-inefficiency* en rapport avec cette approche de l'apprentissage organisationnel développée

⁶⁷C'est d'ailleurs en s'appuyant, quoique de façon peu formalisée, sur ce genre de paradigme que des auteurs spécialisés en management développent aujourd'hui la nécessité de développer des mécanismes de gouvernance qui valorisent une "stakeholding approach". Voy. notamment R.D'aveni, *Hyper-Competition - Managing the Dynamics of Strategic Manoeuvring*, NY, Free Press (1994).

⁶⁸ H.Leibenstein and Sc.Maital, The Organizational Foundations of X-Inefficiency, 23 *Journal of Economics Behavior and Organization* 251 (1994).

par Ch.Argyris et D.Schön. Or, comme on le relèvera ci-dessous, certains travaux, aujourd'hui, ceux de O'Connor ou ceux en rapport avec le courant dit de l'économie de la participation ouvert par les travaux de J.Vanek⁶⁹, se réfèrent explicitement à cette théorie de l'*X-inefficiency* pour réfléchir la théorie de la *corporate governance*. De même, les travaux théoriques développés par O.Favereau⁷⁰ en économie du travail ou en épistémologie économique sont directement inspirés de cette même théorie de la firme.

Au plan de la théorie de la *corporate governance* elle-même, les conséquences institutionnelles d'une telle approche n'ont pas encore été développées. Il nous semble cependant que deux perspectives théoriques peuvent être rapprochées de ce courant théorique par l'accent mis sur la "logique coopérative" pour critiquer la "shareholding conception" de la théorie contractualiste. Une première est celle déjà citée d'auteurs comme O.Connor (qui se réfère, comme on vient de le signaler, explicitement à la théorie de l'*X-inefficiency* de Leibenstein) et W.Bratton. Dans leurs études déjà citées⁷¹, ces auteurs se réfèrent directement à une approche "coopérative" de l'organisation et du processus de décision pour créer les conditions de l'efficacité de la firme. La conséquence de cette mise en évidence des conditions coopératives, manquées par les approches contractualistes de la *corporate governance*, est, proposent ces auteurs, une extension des *fiduciary duties* du management. Bratton précise, en effet, que les conditions de succès dans les jeux répétés sont, pour les groupes engagés, le développement des conditions de confiance, de loyauté et de bonne foi qui sont, en même temps, celles de la coopération. En ce sens, les contractualistes ignoreraient "the trust-promoting function" du droit des sociétés parce que les "rational actors do not bring norms of honor to the ordering of their affairs". La conséquence que Bratton en tire sur le plan institutionnel est l'octroi d'un pouvoir de contrôle du juge, mis ainsi en situation de définir le respect dû aux conditions de loyauté qui conditionnent l'organisation coopérative. Les juges promouvraient ainsi la "confiance" en s'attachant aux "intuitive fairness determinations well-

⁶⁹ J.Vanek, *The General Theory of Labor-Managed Market Economies*, Ithaca (NY), Cornell UP (1970).

⁷⁰ O.Favereau, Règles, Organisation et Apprentissages collectifs: Un paradigme non standard pour trois théories hétérodoxes, in *Analyse économique des conventions*, Paris, PUF, 1994, 113-137; O.Favereau, Marchés Internes, Marchés Externes, *Revue Economique*, numéro spécial, 273-328 (1989); O.Favereau, L'incomplétude n'est pas le problème, c'est la solution, in B.Reynaud (ed.), *Les Limites de la Rationalité*, T.2 *Les Figures du Collectif*, Paris, La Découverte, 1997, 219-233; O.Favereau, Contrat, Compromis, Convention, in *L'Etat des Relations Professionnelles*, Paris, Ed Octares, 1996, 487-507.

⁷¹ M.O'Connor, The Human Capital Era: reconceptualizing Corporate Law to Facilitate Labor-Management Cooperation, 78 *Cornell L Rev* 899 (1993) et W.Bratton, Game Theory and the Restoration of Honor to Corporate Law's Duty of Loyalty, in *Progressive Corporate Law*, L.Mitchell (ed.), p.139 .

informed by the circumstances of the case and heavily influenced by the burden of proof allocation, but only loosely informed by knowledge of general business practices"⁷². Ce retour au réalisme de Holmes ou de Llewellyn comme solution à l'insuffisance de la *shareholding solution* des contractualistes n'est pas sans poser question, comme on l'a déjà indiqué. Singulière solution que ce recours ultime à cette confiance dans les capacités intuitives d'un juge supposé disposer des capacités cognitives de savoir quelle est la clé du coopératif en une situation de conflits d'intérêts. Sans doute, ne peut-on imputer à la *competence-based theory* et à la perspective de l'apprentissage collectif d'Argyris et Schön de déboucher inévitablement sur cette approche substantialiste de la *corporate governance*.

Mais, outre que les juristes qui s'appuient sur la théorie coopérative aboutissent à réduire leur solution à la seule extension des *fiduciary duties* du management, la *competence-based theory* se caractérise par une absence de réflexions approfondies sur les conditions institutionnelles aptes à assurer cet apprentissage collectif. La raison n'est-elle pas que le modèle de référence sur lequel s'appuie (implicitement) cette approche de la coopération est celui de la communication conversationnelle, supposée assurer, par sa seule vertu opératoire, les conditions du processus cognitif.

C'est d'ailleurs cet appui ultime dans ce modèle conversationnel qui peut justifier que nous placions, sous ce même paradigme, la théorie "délibérative" de la *corporate governance* proposée en 1991 par Buxbaum. La valorisation du rôle accru des "investisseurs institutionnels" dans les structures de gouvernance de l'entreprise y est expressément fondée sur le projet d'assurer, par ce biais, un dialogue coopératif entre les différents *stakeholders* que ces "investisseurs institutionnels" sont censés représenter auprès du management⁷³. L'opération de balance des intérêts est ici supposée résolue par le seul recours au modèle communicationnel.

⁷² p.165.

⁷³ "The old legitimating ideology—the myth of shareholder supremacy—had to be abandoned once institutional shareholdership threatened to make it real; but giving that new ownership a pejorative connotation is at best a defensive tactic, but hardly a legitimating ideology. That can only be found through cooperation with these new institutions that, after all, represent all of us in our capacity as salary and wage earners.

In addition—and not in contradiction—the liberal economic premise on which this managerialist version of corporatism would function faces a severe test once ecological imperatives are expected to be operationally satisfied within its framework.... This, more than concern with the negative consequences of exposing corporate decision-making to the short-term mentality of stock and control markets, is what dictates a new respect for a different, longer term vision of corporate behavior. And this vision, unlike the adversarial vision of institutional investors as short-term profligates that underlies the narrow view of short-term versus long-term decision-making immanent in the liberal economy, needs the

L'intérêt de ces trois dernières approches est moins dans leur résultat que dans le besoin qu'elles traduisent de cerner l'insuffisance épistémologique dont la théorie des contrats incomplets serait affectée. C'est en ce point que se marque la fécondité de notre propre approche contextuelle de la norme. Notre propre hypothèse, en se situant d'emblée au plan d'une théorie des conditions d'efficience de l'action présente l'avantage de définir plus rigoureusement l'insuffisance de la théorie de l'efficience de l'action qui est à la base de la théorie contractualiste de la firme. Ce faisant, elle permet de reformuler la question des conditions d'efficience d'un dispositif de *corporate governance*.

Conclusion : *Corporate governance* et Procéduralisation contextuelle

La reconstruction ici esquissée de l'évolution récente des débats sur la *corporate governance* a été faite dans la perspective de notre propre hypothèse de la procéduralisation contextuelle. Celle-ci vise à réfléchir la transformation des dispositifs de régulation sociale à la lumière d'une reconstruction adéquate des conditions de l'action. Ce faisant, on s'inscrit dans le mouvement qui ne cesse d'animer la recherche de sciences sociales depuis la seconde guerre mondiale. En effet, explicitement ou implicitement, les recherches relatives à la coordination de l'action collective (qu'elles soient menées au départ de l'économie, de la sociologie, de la théorie des organisations, du droit ou de la sociologie) sont aujourd'hui liées à un renouvellement toujours en cours de la théorie de l'action et donc, notamment, aux recherches menées en psychologie sociale cognitive sur les processus de décision. Notre hypothèse, liée à notre propre approche de la théorie de l'action, débouche sur la nécessité de promouvoir des modes de régulation collective à base négociée. Nous rejoignons ainsi le lien posé par H.Simon entre rationalité procédurale, réaménagement coopératif de l'organisation et théorie de la rationalité limitée.

Mais, en même temps, une reconstruction du débat récent sur la *corporate governance* nous aide aussi à mieux présenter notre propre hypothèse. Ce débat se présente, en effet, lui-même comme une tentative, toujours relancée, de repenser les processus qui subordonnent la rationalité efficiente d'un dispositif de gouvernance à une meilleure intégration des limites de la rationalité humaine. L'histoire récente de la recherche atteste cette dynamique toujours en cours. Notre propre position s'inscrit dans cette

cooperation of institutional ownership with corporate management to be realized. Further, that cooperative venture now has a unique opportunity to be realized. It can find in the wage-based origin of much of that institutional ownership a unique and perhaps the only enduring legitimation for embarking on the voyage to integrate ecological and efficiency concerns in a new statement of corporate missions and processes" (R.Buxbaum, *Institutional Owners and Corporate Managers: A Comparative Perspective*, 57 *Brook.L.Rev.* 1 (1991).

dynamique. Notre hypothèse, cependant, propose de déplacer la construction de cette notion de limitation en l'indexant sur celle de limitation contextuelle. Elle pose qu'une meilleure construction de la nature autoréférentielle de la raison permet de mettre en évidence, par-delà les limites déjà bien relevées par la théorie de l'incomplétude des contrats ou par-delà celles qui sont construites par H.Simon, Argyris et Schön, un autre niveau de limites. Celui-ci concerne le plan de l'application de l'action. Indépendamment des conditions qui conditionnent la justification de la décision, un second ordre de conditionnalité est à construire qui échappe au processus formel de validation d'un jugement. Ce second ordre de conditionnalité tient à la "perception" du contexte sur base de laquelle se réglera l'usage qui sera fait en définitive de la norme jugée pertinente. L'enjeu de ce second ordre de conditionnalité concerne les conditions de transformation du contexte. Toute théorie de l'action qui se concentre exclusivement sur les conditions du processus formel de la justification manque les conditions qui président à l'effectuation de l'action et qui en conditionnent l'efficacité finale. C'est pour cette raison que nous avons signalé l'insuffisance, quels qu'en soient par ailleurs les apports importants, des théories de l'apprentissage proposées par Tversky et Argyris-Schön. Leurs approches se concentrent sur le processus de validation du jugement et manquent de réfléchir les conditions de son effectuation. C'est en intégrant ces dernières que doivent être réfléchies les conditions institutionnelles d'une théorie de la *corporate governance*.

Une construction adéquate de la limitation contextuelle de l'opération du jugement n'est pas sans conséquence pour une théorie de la régulation de l'action collective. Cette conséquence est double.

Tout d'abord, elle oblige à redéfinir la théorie de l'efficacité qui est aujourd'hui mobilisée par les économistes pour justifier leur approche des mécanismes de gouvernance. Pour méconnaître l'autoréférentialité de tout jugement rationnel et l'opération de réflexivité qui en conditionne l'effectuation, la théorie du choix rationnel et l'approche de l'efficacité qu'elle fonde manquent de construire la condition de coopération qui conditionne cependant l'efficacité des mécanismes de gouvernance et la rationalité des solutions suggérées. Cette condition de coopération est elle-même à construire comme une opération de réflexivité par laquelle les différents acteurs concernés doivent construire en commun une forme de vie visant à transformer leurs perceptions différentes des formes de vie existantes en vue d'intégrer la réalisation de la solution jugée rationnellement justifiée. À défaut de cette construction réflexive en commun et du dispositif de négociation qu'elle implique, le dispositif de gouvernance proposé ne pourra intégrer les conditions qui permettent d'en assurer l'effectuation.

Ensuite, la prise en compte de la nécessité de construire un dispositif de négociation qui organise cette coopération au sein de la firme permet de mettre en cause la double conséquence de l'approche contractualiste de la théorie de la firme. Cette double conséquence est, d'une part, celle de la réduction de la *corporate governance* à la corporate finance (séparation de l'*employee governance* et de la *corporate governance*) et, d'autre part, celle de la réduction des *fiduciary duties* aux seules obligations de loyauté à l'égard des actionnaires.

Dans ce cadre, s'éclaire l'insuffisance des perspectives actuelles sur la *corporate governance*. La mise en perspective de la théorie de la firme et de la théorie de la *corporate governance* qui traverse toute la recherche depuis près de quarante ans fait apparaître que, d'une manière ou d'une autre, les quatre approches les plus fécondes⁷⁴ partagent un double présupposé épistémologique. Elles veulent intégrer une hypothèse de rationalité limitée. Ensuite, elles comprennent cette hypothèse de rationalité limitée comme l'impossibilité de prévoir tous les états contingents du futur. Leur hypothèse de rationalité limitée est liée à une impossibilité de prévoir le futur et s'interprète donc comme devant tirer les conséquences d'un contexte d'incertitude.

Notre propre hypothèse de procéduralisation contextuelle, si elle nous conduit à partager le premier présupposé commun (redéfinir la théorie du choix rationnel en y intégrant une hypothèse de rationalité limitée), nous conduit cependant à nous inscrire en faux contre le second présupposé. Sans doute, faut-il faire droit au contexte d'incertitude qui justifie aujourd'hui aussi bien la théorie des contrats incitatifs⁷⁵ que la New Institutional Economics ou encore cette théorie alternative de la firme qui vise à reformuler les problèmes au départ du concept d'apprentissage collectif⁷⁶. Mais l'hypothèse de rationalité limitée a une portée plus radicale et concerne les conditions d'efficacité de l'action dans son rapport à sa réalisation présente. Une construction épistémologique correcte des conséquences de la structure réflexive de toute action oblige à tenir compte non seulement des conditions formelles de validité (ou d'efficacité optimale) mais aussi des conditions à construire pour assurer la

⁷⁴ La théorie contractualiste de la firme, l'approche comparativiste en termes de path-dependency, la transaction costs théorie et la competence-based théorie de la firme.

⁷⁵ O.Favereau, dans son excellent travail d'épistémologie économique, qualifie heureusement cette théorie de "théorie standard étendue" pour montrer l'insuffisance de la reconstruction qu'elle tente d'opérer pour faire droit à l'hypothèse de rationalité limitée que méconnaît la théorie économique standard de l'efficacité.

⁷⁶ Voy. notamment sur ceci, Ch.Argyris and D.Schön, *Organizational Learning II - Theory, Method and Practice*, New York, Addison-Wesley Publishing Cy, 1996 (reprinted with corrections).

transformation des contextes qu'implique l'effectuation, l'application de l'action envisagée comme rationnelle. Une double conditionnalité doit ainsi être construite. Tandis que la première ressortit au registre du formalisable (du représentable et du calculable), la seconde ressortit au registre du non représentable et concerne la transformation des formes de vie que suppose la réalisation de toute action, c'est-à-dire des "perceptions" qui conduiront l'usage qui sera effectivement fait des décisions jugées rationnelles ou optimales.

Notre propre hypothèse, en s'appuyant sur une théorie des conditions d'efficacité de l'action, nous conduit ainsi à mettre l'accent sur un niveau habituellement obliéré par les approches de la norme et de la gouvernance. Ce niveau est celui des conditions qui régissent l'effectuation (l'application) de la décision. Dans le même temps, elle permet de réinterpréter, dans un cadre théorique qui dépasse les dualismes traditionnels (théorie de l'efficacité versus approches morales, justification et application de la décision, théorie contractualiste de la firme versus théorie coopérative de la firme...), la dimension de coopération qui conditionne, pour de nombreux auteurs contemporains, l'efficacité de la firme. Ce faisant aussi, notre approche permet de reprendre sur d'autres bases la nécessaire critique de la réduction de la *corporate governance* à la *corporate finance*. Les processus de *corporate governance* doivent être réfléchis de manière à prendre en compte les conditions de négociation d'une forme de vie commune et partagée qui conditionnent l'efficacité des décisions jugées les plus pertinentes pour le développement de l'entreprise.

Une telle perspective, si elle endosse le point de vue de ceux qui appellent une extension⁷⁷ des *fiduciary duties* du management au profit de plusieurs *stakeholders*, oblige aussi à repenser le rôle du juge qui aurait à en contrôler le respect. Le juge ne serait plus mis en position de définir, en dernier ressort, le contenu de la décision que le manager aurait dû prendre dans tel conflit d'intérêt. La définition de l'intérêt social est une question qui doit être réglée par un processus négocié au sein de l'entreprise. L'enjeu devient celui de la définition des conditions procédurales qui, dans tel conflit particulier, doivent assurer la capacité réflexive des acteurs à construire en commun la solution qui leur paraît la plus justifiable et les conditions de transformation des contextes existants que cette solution appelle. Le juge, dans cette perspective, doit seulement veiller au respect des conditions procédurales de cette "mise en capacité réflexive" des acteurs. La question devient alors celle de savoir comment construire les dispositifs cognitifs devant assurer

⁷⁷ Cette extension est d'ailleurs déjà observable dans plusieurs ordres juridiques européens (voy. sur ceci les réflexions éclairantes de Sh.Leader et J.Dine in F.Patfield (eds), *Perspectives on Company Law*., 1, Dordrecht, Kluwer (1995).

cette mise en capacité réflexive des acteurs en situation de balance des intérêts.
