

LE DROIT ÉCONOMIQUE ET L'ESSENTIEL (POUR UN COLLOQUE SUR L'ÉTHIQUE)

Gérard FARJAT*

« L'économie est la forme essentielle du monde moderne, et les problèmes économiques sont nos préoccupations principales. Pourtant le vrai sens de la vie est ailleurs. Tous le savent. Tous l'oublient. Pourquoi ? »¹

L'éthique est composée des fragments du discours « moral ». Elle comprend aussi bien les fins essentielles de nos vies que la déontologie des comportements sociaux de toute nature. Elle est essentiellement invoquée lorsque des exigences sociales ne sont pas prises en compte ou sont mal prises en compte par le marché, ou lorsque le marché élimine des exigences sociales, ou encore lorsque le marché est considéré comme s'appropriant à tort une activité sociale.

Elle paraît relever d'un statut double. Soit elle entraîne un renforcement du système juridique en raison de la gravité d'atteintes au bon fonctionnement des systèmes sociaux. Soit elle relève d'un sous-système éthique du système économique.

Ethics is made of the moral discourse fragments. It includes as well the essential purposes of our lives as the social compartments deontology of all kinds. It is essentially called on when social needs are not undertaken or badly undertaken by the market or when the market excludes social exigencies or also when it is taken as wrongly appropriating a social acivity.

* Professeur émérite de l'Université de Nice Sophia-Antipolis (UNSA), membre du Centre de Recherches en Droit Économique (CREDECO-CNRS) 250 Avenue Einstein, 06560 Valbonne Cedex, France. Un colloque est envisagé par le CREDECO et l'AIDE. Ce texte doit être pris comme un document de travail.

1. De P. Dumouchel et J.-P. Dupuy, dans l'introduction à *L'enfer des choses. René Girard et la logique de l'économie*, Le Seuil, 1979. Repris dans l'avant-propos de *Le sacrifice et l'envie, le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, par J.-P. Dupuy, Calman-Levy, 1992.

It seems as belonging to a double statute. Either it induces a juridical system strengthening owing to the severe injuries of the social systems functioning. Either it belongs to an economical system ethical under-system.

L'essentiel, « les vrais sens de la vie », le monde des fins, qu'est-ce à dire ? Les paroles de Dieu, le sort des États-Unis et des patries, la famille, les droits de l'homme et... de la femme, la morale et ses filles éthiques, l'équité, la sécurité, la paix... ?

Le droit économique ne relève pas, à première vue, du monde des « fins ». Ce sous-système du système juridique n'est peut-être pas autre chose qu'un système de communication entre le système juridique et le système économique, ce qui n'est d'ailleurs pas rien. L'intérêt porté par de nombreux économistes au droit confirmerait cette analyse. En 20 ans d'existence, l'Association Internationale de Droit Économique s'est gardée de donner une définition de son objet théorique. Disons que la maison du droit économique est ouverte à tous ceux qui s'intéressent aux rapports du droit et de l'économie.

Mais comment ne pas s'intéresser aux rapports du droit et de l'économie à l'époque contemporaine ? Animée par « l'espérance d'un monde habitable », c'est en partant des droits de l'homme que Mireille Delmas-Marty a entrepris ses recherches sur la mondialisation. Mais lui est apparue très vite « la nécessité de ne pas dissocier les droits de l'homme du droit économique, tant il est vrai que l'économie est devenue le moteur de la mondialisation »² et qu'il fallait « apprendre à conjuguer économie et droits de l'homme pour inventer un droit commun réellement pluraliste »³. Nier la tendance hégémonique de l'économie dans les processus qui animent le monde contemporain serait une attitude qui relève de l'observation de Pascal : « qui fait l'ange fait la bête ».

L'économique, qu'est-ce à dire ? La belle formule que nous avons placée en exergue à cet « exercice » demande à être explicitée, voire nuancée. Mais retenons son sens évident, souvent banalisé par des formules plus courantes : « le règne de l'argent », la société de consommation, etc. Le marché, l'entreprise, les valeurs économiques, la consommation constituent les mécanismes formels dominants de la société contemporaine et ils tendraient à éclipser les fondements, la substance de nos vies. Le système économique provoquerait des conflits systémiques en raison de sa position dominante, sa tendance hégémonique dans les sociétés contemporaines. Faut-il mettre fin à cette tendance hégémonique, si elle existe ? Si c'était le cas, le droit économique devrait essentiellement avoir pour objet de poser des limites à l'économique. Il est donc nécessaire de s'interroger sur les rapports entre *l'essentiel*, *l'économique* et *le juridique*. Mais d'ores et déjà on peut mettre en doute l'existence de conflits profonds entre l'économique et l'essentiel lorsqu'on voit le système économique tenter de prendre en charge l'essentiel avec *l'éthique*.

2. *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Essais, 1998.

3. Eod.loc., p. 10.

1 L'ESSENTIEL, L'ÉCONOMIQUE ET LE JURIDIQUE

Faut-il le dire : on en est réduit dans ce cadre limité à des propos un peu superficiels, qui n'ont d'autre utilité que celle de prendre la mesure des choses à l'égard de généralités qui sont souvent prises en compte⁴ – telle l'hégémonie du système économique –, sans véritable examen dans des débats à prétention scientifique (nous n'avons pas échappé à ce péché !). On se contentera d'évoquer l'éventualité de conflits entre les valeurs essentielles et l'économique pour nous interroger sur le rôle éventuel du droit économique dans la solution de ces conflits.

1.1 L'essentiel et l'économique

Nous avons évoqué seulement les « fins » essentielles. En fait il y a deux sortes d'éléments essentiels dans la vie des hommes : **les fins** qu'ils poursuivent, et les **conditions** essentielles pour les réaliser. Les tendances hégémoniques du système économique peuvent à première vue se manifester à la fois sur le plan des fins et sur celui des conditions d'existence.

1.1.1 Au plan des « fins » poursuivies par les hommes, on a fait maints procès au système économique. Les hommes n'auraient plus d'autres objectifs que ceux de la société de consommation, ils n'auraient plus qu'une seule dimension, la dimension économique (« L'homme unidimensionnel » de Marcuse). Et c'est ce qu'exprime la formule que nous avons placée en exergue de cette communication : les hommes oublieraient l'essentiel. **Mais est-on toujours sûr, après le 11 septembre, que ce soit l'économie qui anime l'immense majorité de la population mondiale ?** C'est Dieu qu'invoque Ben Laden pour légitimer ses attentats. Des « fous de Dieu » ? C'est sûr. Mais c'est pourtant sur ce même registre (et l'intérêt de l'Amérique) que se place le Président Bush pour légitimer ses ripostes (par ailleurs parfaitement légitimes quand il s'agit de poursuivre Ben Laden en des terres saisies par la barbarie : nous pensons à la situation des femmes, qui n'est d'ailleurs pas un des soucis du Président). Le sens de la vie est bien, pour beaucoup d'hommes, ailleurs que dans l'économie, dans le sacrifice. Et même les sociétés repues exigent des suppléments d'âme. Qu'est-ce qui anime le peuple américain ? C'est l'un des peuples les plus religieux de la terre, qui connaît le marché de la foi le plus varié du monde, qui vibre devant les rituels nationaux... Aussi bien, la longue guerre froide qui a opposé le monde n'a pas été menée au plan idéologique au nom de principes économiques mais au nom de la liberté et de l'égalité.

On parle, avec raison, de la victoire du système capitaliste de marché, mais comment a-t-il gagné ? Au moins pour partie en s'appuyant sur les aspects les plus archaïques des systèmes religieux et politiques, pour lutter contre l'autre système. Faut-il rappeler les récentes luttes anticoloniales, les républiques bananières des

4. Précisons : y compris par nous...

États-Unis, le renversement du docteur Mossadegh par les États-Unis et l'Angleterre, alors qu'il aurait pu être le Bourguiba de l'Iran ? Faut-il que nous ayons la mémoire courte pour penser que nous en sommes à la « fin de l'histoire » ! Alors que l'histoire continue avec les « fins » du passé : les conflits territoriaux entre États possédant la bombe atomique, le maintien de colonies avec parfois des répressions aussi sauvages que par le passé dans des États mûris dans le socialisme, de nouvelles conquêtes coloniales, et de futures diasporas au mépris des décisions de l'ONU et en refusant son intervention.

En bref, l'économie n'est pas si mauvaise fille que ça. Les maux principaux dont le monde est menacé ne viennent pas du système économique, ils viennent des mêmes mauvaises fièvres du passé...

Quels rapports ces observations ont-elles avec le droit économique ? Et bien, il n'est pas impossible qu'en agissant sur les conditions d'existence des hommes, on réduise au moins les conflits les plus graves.

1.1.2 C'est sans doute sur le plan des « conditions » que l'économique apparaît comme « dominant » dans le monde contemporain et que nos sociétés peuvent être qualifiées de « sociétés économiques ». Nous entendons par « conditions » à la fois les situations qui sont faites aux hommes, les contraintes qui pèsent sur eux – leurs conditions d'existence – et les moyens qui peuvent permettre aux hommes de réaliser leurs fins. Le succès du marché, écrit M.-A. Frison-Roche « a engendré la conviction – même chez les enfants – que seule la consommation... ou seule l'activité professionnelle... permet à l'homme d'exister, l'exclusion prouve que l'économie a remplacé non seulement le politique mais la société elle-même en tant qu'elle permet à l'homme de s'épanouir »⁵.

Il est sans doute vrai que « les problèmes économiques sont nos préoccupations principales » parce qu'ils permettent la réalisation de nos fins essentielles. On objectera que ce n'est pas nouveau : déjà dans les sociétés premières, dans les sociétés de subsistance... On répondra que cette objection n'est pas sérieuse : il n'y a tout simplement pas de système économique dans ces sociétés !

Aujourd'hui, il est parfaitement vrai que les préoccupations économiques de l'immense majorité de la population des pays développés sont économiques, celles des décideurs, comme celles des salariés (97 % de la population active américaine). S'agissant des salariés, la réalisation de toutes leurs fins dépend de leur emploi.

Mais il en est, en fait, de même pour les pays du tiers monde. Les décisions du FMI peuvent avoir des incidences sur les conditions de survie des masses (voir les émeutes de la faim en suite de décisions du FMI). Bien plus, il est hors de doute que l'état de misère matérielle et culturelle (le fanatisme religieux des guerres et des terres saintes) des masses des pays sous-développés en font des masses de manœuvre et des masses bienveillantes pour le terrorisme religieux ou nationaliste. Décideurs

5. M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *Arch.philo. Dr.*, n° 40, 1995, n° 51.

économiques et politiques : donnez-leur grâce à vos medias, comme à vos propres populations, du pain et des jeux de cirque, des idoles du sport ou de la chanson, et vous aurez la paix ! Ne comptez pas trop sur la guerre ou sur la police pour juguler le terrorisme et les rebellions. Vous pouvez interdire les limes à ongle dans les avions, ils étrangleront les hôtes de leurs mains... Alors faites une autre économie politique... **Une économie capitaliste responsable n'aurait pas précipité les masses des pays sous-développés dans les bras de l'obscurantisme religieux mais se serait préoccupée de l'existence de trop graves inégalités économiques pour intégrer les « pauvres ». La société mondiale devra suivre un itinéraire comparable à celui qu'ont suivi les démocraties modernes pour parvenir à une éventuelle « fin de l'histoire »...**

1.2 Le rôle éventuel du droit économique

P. Ver Loren Van Themaat⁶ a avancé autrefois l'hypothèse de l'existence de cycles en matière de droit économique, comme en économie. Il n'est pas impensable qu'après un quart de siècle de déréglementation et de libéralisme pur et dur on en vienne à un interventionnisme nouveau, à une régulation forte. **Le droit économique devrait être amené à changer d'orientation si le diagnostic sur l'essentiel amène à privilégier des valeurs non économiques dans les processus qui mènent les sociétés contemporaines.** Même l'« empire » américain devrait être sensible à cet impératif. **Après la déréglementation, une certaine ouverture est concevable : new deal, welfare state, plan Marshall sont, comme la governance, des concepts et institutions qui sont venus de l'« empire »...**

Mais notre affirmation n'est peut-être qu'un vœu pieux et généreux, l'expression d'une nostalgie⁷. Il est tout à fait possible que l'État-guide choisisse la guerre comme solution à la période difficile qui succède aux trente glorieuses. Le droit économique peut fournir les conditions, les moyens d'une autre solution. C'est une question qui relève du fonctionnement des systèmes politiques et de la clairvoyance des décideurs politiques. Néanmoins, le rôle du système juridique, dont relève le droit économique, n'est pas négligeable dans la construction globale des sociétés contemporaines.

La fonction médiatrice du système juridique est considérable aujourd'hui. Même s'il existe un pouvoir judiciaire (des prérogatives, un savoir-faire, etc.), les juristes ne sont pas des hommes de pouvoir comme les chefs d'État, les chefs d'entreprise, les chefs militaires, les autorités religieuses ou sectaires. Le juriste est un tiers « impartial et désintéressé », le droit « établit des frontières »...

6. Ancien avocat général à La Cour de Justice des Communautés. Voir : « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE*, 1989, n° 2, et son rapport de synthèse au colloque mentionné ci-dessous.

7. Nous la formulons déjà, avec B. Remiche, dans la présentation des actes du colloque de l'A.I.D.E. de 1989 à l'occasion du bicentenaire de la Révolution française (*Liberté et droit économique*, De Boeck, 1992) ! Nous regrettons alors, avec plusieurs participants au colloque, l'insuffisante prise en compte de l'éthique (notamment l'éthique des principes de 1789, spécialement l'égalité et la fraternité) et la sous-estimation des facteurs culturels dans le développement.

On a des exemples de grandes décisions sur les « fins » et les frontières au plan interne. Le Conseil constitutionnel français, dans une décision du 14 janvier 2002, vient d'annuler des dispositions légales sur le licenciement. À tort ou à raison, il a estimé devoir poser une limite au pouvoir politique, nous dirions, nous, au système social, pour assurer le jeu du système économique, notamment le principe de la liberté d'entreprendre. Dans un autre domaine particulièrement important pour la vie des sociétés, celui de la presse, il a affirmé à propos des entreprises de presse que « l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la déclaration de 1789, soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché »⁸. Voilà une « finalité » et une condition essentielles de la vie – la liberté – qui doivent en principe être soustraites aux pouvoirs publics et privés.

Ces décisions font-elles du Conseil constitutionnel français « un juge économique » ?⁹. En aucune façon, nous semble-t-il. Le pouvoir politique avait voulu rendre plus difficile le licenciement économique, le Conseil a estimé que les dispositions légales interdisaient à « l'entreprise d'anticiper les difficultés économiques à venir » et qu'elle n'aurait pu licencier que si sa pérennité était en cause. Il y avait selon lui atteinte à la liberté d'entreprendre. Le Conseil statue, si l'on veut, sur un conflit entre le système social et le système économique. On peut également dire qu'il a statué sur un conflit entre les exigences du système politique et le jeu du système économique à propos de la liberté de la presse, dans l'arrêt précité.

Sans doute, dira-t-on, on conçoit que le système juridique ait un rôle médiateur et qu'il puisse à ce titre corriger les conditions d'existence des différents systèmes pour assurer la sauvegarde de finalités essentielles qui seraient compromises par l'un d'entre eux. Mais le système politique, décideur en dernier ressort ? À l'encontre du langage convenu, nous pensons que ce système ne saurait se définir comme impartial et désintéressé... Mais il est apte à se saisir des contradictions et sensible à l'opinion et à ses finalités essentielles. Nos propos ne le concernent pas à titre principal.

Pour en revenir au droit économique, nous relèverons en dernier lieu la montée des juristes et notamment des juristes d'affaires dans des postes politiques et dans des règlements politiques d'importance. Ce sont des hommes de la négociation. Notons aussi la montée de l'éthique dans les prises de décisions politiques. Mais l'essentiel est sans doute l'influence du système économique sur le système politique. Or le système économique n'est pas loin de fabriquer, en tant que système dominant, un sous-système éthique...

8. C.c. n° 84-181 D.C. 10/11 oct. 1984, *Rec.*, p. 78 ; L. Favoreu, *RDJ*, 1986, n° 196, p. 481 ; J.-J. Sueur, « Le Conseil constitutionnel français et le droit économique... », *RIDE*, 1991, n° 3, p. 271.

9. Dans *Les Échos*, 15 janv. 2002, sous la plume de Michel Bazex.

2 LE DROIT ÉCONOMIQUE ET L'ÉTHIQUE

À considérer la profusion contemporaine des ouvrages et communications, des colloques, voire des revues¹⁰, on a des doutes sur l'opportunité d'une nouvelle tentative d'analyse. L'impression dominante est celle d'un trop-plein. Mais l'existence de ce trop-plein réflexif éventuel est symptomatique et davantage encore le développement des pratiques et singulièrement des pratiques attachées au système économique : les codes de conduite, les placements éthiques, la place institutionnelle de l'éthique dans les organisations... On est en présence d'un processus sérieux. Il appelle trois interrogations, sur la qualification, le pourquoi et le comment et une appréciation critique.

2.1 La qualification

Il est extraordinaire de constater l'abondance des domaines qui constitueraient l'éthique. Il est surtout extraordinaire de constater que c'est essentiellement au sein du système économique qu'elle se développe à l'époque contemporaine.

En ce qui concerne l'économie, citons les principaux domaines, énumérés par deux économistes : « L'éthique du management dans et de l'entreprise peut se définir à partir de cinq mots clefs : justice, responsabilité sociale, exemplarité, confiance mutuelle, respect des autres. »¹¹ Le Livre vert que la Commission européenne consacre en 2001 à la responsabilité sociale des entreprises comprend notamment comme tête de chapitre : l'hygiène, la sécurité, l'adaptation au changement, la gestion des ressources naturelles et les impacts environnementaux, les droits de l'homme, le développement durable...

Est-ce à dire que le mouvement n'a aucune cohérence ? En aucune façon. L'éthique peut d'abord être définie négativement par rapport au marché, à une époque où le marché est implicitement ou explicitement considéré comme le mécanisme régulateur fondamental de la société. *L'éthique est invoquée lorsque des exigences sociales ne sont pas prises en compte ou sont mal prises en compte par le marché, lorsque le marché élimine des exigences sociales, enfin lorsque le marché est considéré comme s'appropriant à tort un secteur d'activité sociale.*

On remarquera que *c'est l'éthique et pratiquement presque jamais le politique qui est opposée au marché*, alors même que sont en jeu des principes qui sont issus du système politique. Cette référence privilégiée au système moral est assez conforme au « génie » du libéralisme : mieux vaut ne pas trop invoquer l'État ! On laisse ainsi toutes ses chances à l'autorégulation par les décideurs économiques.

10. Nous pensons notamment à la revue *Éthique*, du Cercle d'éthique des affaires, De Boeck Université.

11. J. Ballet et F. de Bry, « L'éthique du management : un modèle récurrent régénéré par le développement durable », *Les Échos*, 8 fév. 2002.

On a l'impression que pour beaucoup d'économistes et de gestionnaires, il y a d'un côté l'économie et de l'autre l'éthique, une séparation comparable à celle que font les juristes entre les faits et le droit.

L'éthique ? Pourquoi pas la morale ? Inutile de remonter à « l'éthique à Nicomaque » ou à de savantes analyses de philosophie morale. On est vraiment dans le domaine de la vie concrète et de ses exigences pratiques. Comme le système juridique, le système moral est aujourd'hui fragmenté. *Dans une perspective utilitariste et pour répondre aux nécessités de la complexification de la vie sociale, ce sont des éthiques spécialisées qui sont à l'œuvre... Et l'on aboutit, chose extraordinaire, comme dans tous les systèmes à une spécialisation, à une professionnalisation.* Nous avons aujourd'hui une morale de métier (après la politique de métier, l'armée de métier...). Au moins dans le système le plus demandeur, l'économie, apparaissent les déontologues¹². Mais il est vrai que la déontologie constitue depuis longtemps une catégorie du droit ou/et de la discipline professionnelle dans les activités sensibles, une catégorie incertaine d'ailleurs¹³.

En conclusion : l'éthique, ou les fragments d'un discours moral, recouvre les constructions empiriques qui correspondent aux besoins de valeurs qui accompagnent toutes les activités humaines. Ces constructions empiriques s'inspirent du système moral et ont pour effet ou pour objet de promouvoir et de réguler ces activités.

2.2 Mais pourquoi cette explosion de l'éthique ?

La réponse est déjà dans la définition que l'on vient de donner. Il existe des ordres éthiques spontanés. Exemple extrême, « la loi du milieu » : délinquance sans conscience n'est que ruine de l'âme... et surtout de la pratique délinquante. Telle est par exemple la délinquance des drogués, délinquance sauvage, comme il y eut un capitalisme sauvage. La délinquance de métier a sa déontologie. Penser aussi aux bandes organisées de jeunes des banlieues. Comme l'a écrit le père Valadier (« Inévitable morale », Seuil, 1990), il n'y a pas un retour de la morale, elle n'a jamais cessé d'être présente. Ce qui est sans doute nouveau ce sont les sources de l'éthique, les façons dont elle est élaborée, son utilisation, son rôle.

Un mouvement d'une telle ampleur appelle, nous semble-t-il, une explication « systémique ». Cette **explosion est largement liée au succès du système économique**. Les tendances hégémoniques du système économique entraînent un certain nombre de conséquences, conséquences qui sont sans doute comparables à celles qu'avaient entraînées la domination de ses prédécesseurs, le système religieux et le système politique. Un système dominant est contraint de prendre en charge ou d'utiliser les éléments des autres systèmes.

12. Cf. la revue *Éthique*, n° 12, avril 2000 : « Déontologue : un nouveau métier ».

13. Voir : D. Gutman, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Arch. Philo. Droit*, t. 44, L'obligation, 2000.

Mais le succès de l'éthique nous paraît également lié à la **déréglementation** : les sociétés ne peuvent vivre en anomie. L'éthique peut être mise en avant, à tort ou à raison pour suppléer le désengagement de l'État, voire de la réglementation juridique, ou même les contourner. Peut jouer aussi un certain déclin des systèmes moraux et religieux ; l'éthique, une morale empirique, au petit pied, en fonction d'une culture (ce qui reste d'une morale quand on a tout oublié). Le système économique doit « gérer » ses tendances hégémoniques et il doit faire face aux contradictions qu'il rencontre.

Il doit faire face aux **contradictions « externes » de l'activité économique**. Avec des domaines particulièrement sensibles : l'environnement, les tabous liés à la personne humaine et au vivant, les droits de l'homme (le travail des enfants), les rapports avec les pouvoirs publics, etc. Cet aspect est trop connu pour qu'on insiste. On doit mentionner l'aspect nouvelles technologies, qui serait mieux nommé : « la révolution technologique permanente »¹⁴. Il faut des réponses rapides et spontanées sur la légitimité des pratiques nouvelles.

Mais il faut aussi se préoccuper du **jeu global du système**. L'Association d'économie financière et la Caisse des dépôts et consignations ont rendu en 2001 leur huitième rapport moral sur l'argent – le système financier a un rapport moral ! Ce rapport s'intéresse notamment à l'exclusion financière et estime que le retournement de la conjoncture rend indispensables les réflexions des professionnels pour lutter contre les risques de marginalisation : il est de l'intérêt du système financier tout entier d'éviter **la marginalisation d'une partie de l'humanité**¹⁵. Ce qui fait beaucoup de monde : les chômeurs, les retraités et... le tiers monde qu'il s'agit de faire émerger !

Il faut également faire face aux **contradictions internes des organisations économiques**. Si la lutte des classes a pratiquement disparu de l'idéologie contemporaine, n'en subsistent pas moins des conflits entre les salariés et les décideurs. Et puis en raison des constructions nouvelles du capitalisme – la société, le groupe, les réseaux –, les conflits entre capitalistes. Sans parler des organismes de toute nature qui donnent des conseils, qui fournissent des services, des informations, des expertises, des audits au monde économique. On assiste à une multiplication des possibilités de conflits d'intérêts...

2.3 Comment l'éthique agit-elle ?

Lorsqu'un événement d'une certaine importance surgit, tous les systèmes qui contribuent au lien social réagissent (avec plus ou moins de vigueur et de célérité, suivant d'ailleurs la façon dont ils sont concernés par l'événement). L'exemple de la

14. Voir le n° spécial de la *RIDE* (1993, n° 2) consacré aux nouvelles technologies, qui reprend les actes du colloque de l'AIDE tenu à Buenos-Aires en 1989.

15. Daniel Lebègue, *Les Échos*, févr. 2002.

pollution est remarquable : le système scientifique réagit en travaillant sur les techniques de lutte, le système politique voit apparaître des revendications et même un parti écologique et les décideurs prennent des textes, le système juridique voit apparaître de nouveaux droits subjectifs (les droits des pollués, les droits à polluer...) et un nouveau champ de la responsabilité et des contrats, les systèmes moraux et religieux eux-mêmes réagissent, le système économique a des réactions particulièrement riches en matière d'environnement.

Elles sont exemplaires : elles montrent que le système économique peut prendre en charge des obligations éthiques par ses propres moyens, mais qu'il peut aussi utiliser les moyens d'autres systèmes, enfin que ces autres systèmes peuvent réagir malgré la position dominante de l'économique, peut-être d'ailleurs sous son influence.

2.3.1 Le système économique peut prendre en charge des exigences éthiques par ses propres moyens. Les tendances hégémoniques du système économique ne sont pas le fruit du hasard : il a les capacités de faire face. Par le marché, par les organisations, par la professionnalisation de l'éthique, par l'influence...

Les capacités du **marché** sont considérables. Les entreprises vont à la fois répondre aux besoins d'éthique, mais aussi les inciter. Elles donneront aux consommateurs un « plus » éthique auquel ils ne songeaient pas. Et l'éthique devient un élément concurrentiel. Avec, notamment le recours aux labels. Cet aspect est connu : « l'éthique sur l'étiquette ». En **donnant un prix au sans-prix**. Le cas le plus connu étant celui des droits à polluer.

Les **organisations** peuvent intégrer des exigences éthiques. Les gestionnaires, toujours à l'affût d'innovations et sans doute assez bien placés pour les découvrir en raison du caractère interdisciplinaire de leur discipline, développent le thème d'une **gestion éthique pour un développement durable**. Beau thème juridique notamment avec la corporate governance ! Milton Friedman, l'un des ancêtres d'un libéralisme pur et dur, écrivait en 1962 : « il existe peu de courants plus dangereux pour les fondements mêmes de notre société libre que l'acceptation par les dirigeants d'entreprise d'une conception de la responsabilité sociale autre que de servir du mieux possible les intérêts de leurs actionnaires ». Mais c'est un chant inverse que tient le livre vert de la Commission européenne en 2001, nous l'avons vu¹⁶.

On peut citer de nombreux phénomènes qui appelleraient des développements. La **marchandisation de l'éthique** : l'éthique devient un produit, des entreprises se spécialisent dans l'éthique. Apparaissent des professionnels de l'éthique – **les déontologues** –, et **les fonds de placement éthiques** se développent.

16. Voir : J. Rojot, « L'éthique peut-elle être un outil de gestion ? », *Les Échos*, 8/9 févr. 2002.

2.3.2 Par les moyens des autres systèmes

Un point remarquable est l'utilisation des instruments juridiques par le système économique. Nous avons longuement traité ailleurs des **codes de conduite**¹⁷. Ceux-ci ne cessent de se développer. Enfin on voit défendre l'idée de l'extension des **garanties procédurales** aux décisions du chef d'entreprise afin d'« assurer la prise en compte de l'éthique au cas par cas par le décideur ». On serait enchanté d'une telle conception si elle n'était soutenue dans une chronique où il est question à propos du contrat de travail d'un « contrat psychologique » qui remplacerait un vieil engagement réciproque à vie (?)¹⁸.

2.3.3 Les réactions des autres systèmes

Il faut évidemment se garder d'un excès de naïveté devant l'enthousiasme gestionnaire. Il est hors de doute que la prise en compte de l'éthique relève « aussi » des systèmes juridique et politique. L'affaire Enton, montre s'il en était besoin, mais il en est peut-être besoin après les bourrasques de la déréglementation, que certains aspects de l'éthique ou certaines catégories constituent bel et bien du droit. De nombreuses règles déontologiques appellent des sanctions particulièrement rigoureuses.

Et quelle doit être la place faite par le système juridique aux affirmations éthiques des agents du système économique ? Ne faut-il pas les prendre au mot ? Dans l'appréciation, l'interprétation et la construction des engagements, des responsabilités, des droits subjectifs. Quelle marge de « respiration » faut-il laisser à un sous-système éthique ?¹⁹

2.4 Appréciation critique

Il est normal et sain que le système économique se soucie des exigences du système moral. Et notamment qu'il y réponde avec ses propres références, son « langage ». Le journal « Le Monde » a organisé autrefois un colloque sur « les profits de l'éthique ». Et bien, il faut rendre grâce au système économique de répondre aux exigences sociales des filiales éthiques du système moral même avec ses propres références – il vaut mieux faire du fric avec la vertu qu'avec le vice ! – Non ? Plus généralement, il est parfaitement logique que le système économique, compte tenu de la place qu'il occupe dans les sociétés contemporaine, prenne en charge, ou qu'on lui impose, des valeurs éthiques. Mais il est vrai

17. « Réflexions sur les codes de conduite privés, Le droit des relations économiques internationales », in *Mélanges Goldman*, Litec, 1982 ; « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et société, LGDJ, 1998.

18. J. Rojot, art. préc.

19. D. Gutman, dans l'article précité, s'étonne de l'importance accordée à la nature de l'éthique par la plupart des juristes qui se sont intéressés à la question. Il nous semble que c'est bien une interrogation décisive.

aussi qu'il existe des **utilisations abusives** de l'éthique, **des détournements d'éthique**. Nous sommes indignés lorsque les maîtres d'une firme du Brésil utilisent l'image de Dieu pour s'assurer la fidélité de leurs sujets dont la condition est proche de l'esclavage, alors qu'ils font liquider dans l'ombre les syndicalistes qui essaient d'arracher quelques subsides qui permettraient à la masse salariale de survivre. Bruno Oppetit s'indignait de l'utilisation des méthodes des sectes par des entreprises européennes²⁰.

En revanche, il nous paraît surprenant que les juristes aient consacré si peu d'attention à l'éthique. Aucune mesure en tout cas avec les développements que lui ont consacrés les économistes et les gestionnaires. Il appartient au système juridique de s'interroger davantage et de mettre éventuellement de l'ordre dans les jeux de l'éthique. Cette opposition entre la discrétion des juristes, alors que tant d'eux sont préoccupés par le droit naturel (mais il est vrai que beaucoup le situent au paradis) et l'enthousiasme des économistes et des gestionnaires nous amènent à un point fort possible de l'analyse : **par l'éthique le système économique fonctionne comme un système normatif autonome et les juristes s'en désintéressent dans une large mesure. Il n'y a pas, nous semble-t-il, de théorie juridique de l'éthique.**

- Il y aurait vraisemblablement un travail de qualification et de catégorisation à mener. Une hiérarchie dans la force de l'éthique : au bas de gamme, une force purement morale (mais nous doutons que cela soit un cas fréquent), la violation de l'éthique peut au contraire être considérée comme une faute grave, et puis les obligations éthiques peuvent être une catégorie d'obligations juridiques, éventuellement sanctionnées pénalement, des obligations déontologiques sont obligatoires. La déontologie est une variété d'éthique qui a pignon sur la voie juridique (cf. les études sur la déontologie financière).
- L'éthique peut être du droit qui se cherche. Particulièrement évident dans certains codes de conduite ou dans certaines dispositions de ces codes. L'éthique est un moyen d'élever la qualité des prestations, de bons dols peuvent devenir de mauvais dols, des professionnels dont on ne disait rien de mauvais professionnels. Peut-être faut-il user avec modération de cette éthique concentrationniste (seuls les producteurs puissants pourront suivre les normes), singulièrement dans les pays émergents.
- À l'inverse, **des discours éthiques peuvent constituer de la fausse monnaie juridique.** Il existe des possibilités de double jeu. Notamment lorsqu'il existe entre les partenaires des rapports de dépendance. L'éthique dans le contrat de travail, dans les contrats d'intégration (franchise, etc.). Nous voyons souvent invoquer l'éthique, alors que ce qui est en jeu ce sont les suites du contrat prévues par l'art. 1135 du C.Civ. français. Nous pensons qu'il faut **distinguer l'équité de l'éthique.**

20. B. Oppetit, « Éthique et droit des affaires », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993.

- Au plan des sanctions de l'éthique, **le droit de critiquer – et singulièrement le boycott** – nous paraît mériter des analyses. Si l'éthique, si le discours sur la démocratie économique, l'entreprise citoyenne, le « socialement correct » ne sont pas des bavardages pieux, **le boycott** doit être admis. Il serait proprement scandaleux, à notre avis, que l'on puisse exprimer une libre et vigoureuse critique dans le domaine artistique – « descendre » un film, un livre, une pièce de théâtre –, mais que les entreprises et leurs produits soient tabous. Cela en dirait long sur nos échelles de valeurs... Autant que nous le sachions, les États-Unis ont, en ce domaine, une conception moins mercantile de la liberté que certaines décisions françaises. Le droit de la concurrence est hors de propos. Étant entendu que le droit de critique suppose aussi un vigoureux contrôle des abus de ce droit.

*
* *

En conclusion de ces prolégomènes, il nous semble que l'éthique appelle, presque dialectiquement, **deux orientations** différentes. D'une part l'éthique devrait appeler **un renforcement du système juridique** et d'autre part on va vers l'institutionnalisation d'un **sous-système éthique dans le système économique**.

1. **Un renforcement du système juridique (l'inverse du processus de déréglementation en certains domaines sensibles). *Tout simplement parce que certaines violations de l'éthique mettent en jeu le bon fonctionnement du système libéral.*** L'affaire Eton aux États-Unis est évidemment exemplaire. L'économie libérale n'a pas été en mesure d'instaurer des contrôles fiables, une véritable transparence. **Les « affaires » sont, pour la plupart, le résultat de l'absence de séparation entre le pouvoir économique et le pouvoir politique ou de la « capture » du pouvoir politique par le pouvoir économique.**

La déontologie est le domaine essentiel du mouvement concernant l'éthique. Si elle est un « discours sur ce qu'il faut faire », manquent à l'éthique les autorités politiques qui se laissent acheter et les autorités économiques qui les achètent... Et cela est vrai pour tous les systèmes. Y compris les systèmes scientifiques et juridiques. Et particulièrement en droit économique et des affaires : le juriste qui fait de la doctrine ne doit pas mettre son autorité de savant au service de son activité de consultant... Ce sont là des évidences. Mais il faut les rappeler puisqu'elles sont allègrement violées aujourd'hui. Notamment parfois par des dispositions parfaitement légales du pouvoir politique : il suffit d'évoquer le financement des partis ou des candidatures politiques par les « entreprises » (!), le laxisme dans l'admission des passages du public au privé... Le marxisme, qui a échoué, assurait que toutes les structures dépendaient en dernière instance de l'économie... Le capitalisme qui a réussi est-il en train d'établir ce schéma ?

- 2 **Le renforcement éventuel du système juridique devant normalement se traduire par des dispositions d'ordre public ou de nature pénale, en quoi l'institutionnalisation d'un sous-système éthique peut-elle intéresser le système**

économique ? N'y revenons pas : parce qu'il a intérêt, parfois de multiples intérêts, à l'instauration d'un tel système : il est lui aussi en prise directe avec le public et même parfois en prise plus intime, car, nous l'avons dit, les décisions des entreprises le concernent généralement plus que celles des pouvoirs politiques. Aussi bien, il est la plupart du temps indifférent aux délits et violations de l'ordre public par les élus ! Étonnant ? Non !

L'un des points les plus intéressants pour les juristes concernant ce sous-système est qu'il peut se construire dans une certaine imitation du système juridique. C'est ainsi que nous lisons sous la plume de déontologues : « Le développement des techniques suscite des situations dans lesquelles le comportement à adopter ne découle pas de l'application des textes... ou de pratiques codifiées. L'adéquation de ces comportements aux valeurs de l'entreprise ou aux grands principes de la société...exige réflexion. C'est le rôle du déontologue, **tiers impartial et désintéressé**, d'aider à dégager une solution adaptée à de telles situations. »²¹ « Dans l'entreprise, le déontologue doit être une autorité sans pouvoir »²² : « c'est quelqu'un qui prend du recul et qui sait faire émerger les questions fondamentales... dont il laissera l'arbitrage à la direction générale. » Ces citations évoquent doublement le système juridique : le « tiers impartial et désintéressé », c'est le juge ; l'homme sans pouvoir qui prend du recul et qui fait émerger les questions fondamentales, c'est le Chancelier du roi qui a été à l'origine de l'**equity** ! Ajoutons qu'on trouve souvent des magistrats dans les services de déontologie. Faut-il rappeler la place grandissante de la **médiation** et des modes alternatifs de règlement des conflits ?

À tous égards, l'éthique devrait « mobiliser » les juristes qui ont l'âme militante, ouvrir un nouveau marché aux producteurs de droit, éveiller davantage l'intérêt des amateurs de constructions juridiques !

21. Guy de la Presle, « Déontologie, responsable éthique : apparence ou réalité ? », Revue *Entreprise Éthique*, n° 12, 2000, n° spécial sur le métier de déontologue, p. 41.

22. C'est le titre de la communication de Dominique Montabrie, dans la même revue, p. 79.