Pluralisme et droit économique

Michel GERMAIN

Professeur à l'Université de Paris II

RÉSUMÉ. — Le pluralisme est difficile à définir. Le **droit économique** croît sans cesse. La rencontre du pluralisme juridique et du droit économique est donc un sujet particulièrement délicat. Le pluralisme juridique pose la question de savoir si un droit peut se développer indépendamment du droit étatique et de la **contrainte** organisée par l'État. Une telle situation de vrai pluralisme juridique est très rare, peut-être inexistante : la formule nouvelle de l'**éthique des affaires** appartiendrait peut-être à ce registre. En revanche on rencontre plus souvent un pluralisme relatif, qui permet à un groupement, comme la société commerciale, de vivre de façon apparemment autonome, mais en réalité en symbiose étroite avec le droit étatique.

Le sujet est difficile. Le droit économique est une nébuleuse dont on ne fait plus le tour. Quant au pluralisme juridique, il faut s'entendre sur ce qu'il est. Les systèmes éclatent en sous-systèmes, le droit s'irise de plus ou moins d'État. On peine à qualifier le pluralisme en tant que tel.

Le pluralisme en tant que tel est d'autant plus délicat à cerner que lorsqu'on le questionne on se heurte à un autre mystère qu'est la distinction de la morale et du droit ou à une autre problématique qui est celle des sources du droit. En outre le droit est formellement le même quand il est issu de l'État, mais il est substantiellement différent selon que l'État est l'arbitre de forces sociales opposées ou selon qu'il ne fait qu'exprimer une force plutôt qu'une autre. On pourrait ainsi multiplier les interrogations.

Dans son ouvrage de « Sociologie juridique », le Doyen Carbonnier montre bien ces divers possibles et il choisit ¹. D'une façon rapide, l'on peut dire qu'il ne découvre de pluralisme – et encore limité – que dans la variété des décisions judiciaires. Mais pour le reste les choses sont simples : ou nous sommes dans l'univers juridique et, si une société commerciale prend des décisions de façon apparemment autonome, c'est en réalité « avec un collier », le collier de l'article 1134 du Code civil qui ramène à l'unité du droit étatique, ou nous sommes en face de phénomènes de non-droit ou de sous-droit

¹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978 p. 360.

(folklore, coutume sociologique) et dans ce cas il n'est pas question de parler de pluralisme juridique.

À mille lieues de ce monisme juridique un peu tempéré, un auteur comme Gurvitch, présente dans sa thèse soutenue en 1931, *L'idée du droit social*, une défense et illustration du pluralisme juridique. La définition du droit a changé : il n'est pas défini par la contrainte inconditionnée de l'État. Le droit est défini substantiellement en ce qu'il est une déduction grossière de la morale². Le droit participe étroitement à la vie sociale, même s'il est difficile à percevoir en soi : ce qu'Hauriou disait dans une formule forte : « un peu de sociologie éloigne du droit et beaucoup de sociologie y ramène »³. À partir de là, Gurvitch propose une vue étagée des phénomènes juridiques : il existe le droit social pur et indépendant, le droit social soumis à la tutelle étatique, le droit social annexé par l'État mais autonome, le droit social consacré en ordre de droit étatique.

En un mot, « le droit social pur et indépendant » intègre les membres dans un tout sans recourir à la contrainte inconditionnée de l'État : Gurvitch y place le droit international public et y ajoute le développement d'un droit économique qui pourrait être indépendant en face de l'État. Ce second aspect ne lui paraît pas actuel, mais lui paraît riche d'un avenir possible. Le second droit social est « le droit social pur, mais soumis à la tutelle étatique » : en cas de conflit avec le droit étatique, le droit social pur doit s'y soumettre : c'est en particulier le cas des groupements économiques. Le droit reste un droit privé soumis au droit étatique en dernier recours. Le droit reste cependant du côté de la société. Le troisième droit social, « le droit social annexé par l'État, mais autonome » n'est plus du côté de la société, mais du côté de l'État : c'est le droit des établissements publics de l'État. Ainsi en va-t-il aussi du droit des professions réglementées que nous connaissons en France : officiers publics, commissaires aux comptes... En quatrième lieu, l'on aboutit au cœur du droit public : « le droit social condensé en ordre étatique ».

Cette casuistique intéressante, fourmillant en sous-distinctions qu'on a ignorées, n'est peut-être pas si différente de la vue globalement moniste du Doyen Carbonnier. Car à y bien regarder le droit social pur est, d'après Gurvitch, en devenir, sauf pour ce qui est de la société internationale. Le troisième et quatrième droit social sont des figures classiques du droit. Ce qui nous intéresse le plus est ce droit social pur, mais soumis au droit étatique en dernier recours. Cette forme n'est au fond pas très éloignée de ce que le Doyen Carbonnier appelait « le collier de l'article 1134 ».

On pourrait à l'évidence multiplier les références théoriques. On empruntera simplement à Gurvitch la première catégorie de droit social, celle qui paraît la plus irréaliste, la plus virtuelle. Elle peut permettre de comprendre des tendances actuelles difficiles à classer. Il y aurait donc deux pluralismes. L'un bien réel, celui qui maintient le droit en état d'autonomie relative, que l'on pourrait appeler le petit pluralisme. Un autre difficile à penser, peut-être virtuel, le grand pluralisme.

² G. Gurvitch, *L'Idée du droit social*, Thèse Paris, 1931, p. 101.

³ G. Gurvitch, *op. cit.*, p. 124.

I. — LE GRAND PLURALISME

L'idée d'une autonomie des sources de droit par rapport à l'État est évidemment difficile à lire dans la situation juridique française. On peut cependant avoir le sentiment qu'il y a deux directions dans lesquelles cette tendance s'affirme.

A. — *L'éthique des affaires*

Le développement de cette culture de l'éthique des affaires est sans doute d'origine anglo-américaine mais elle est devenue un fait saillant de la réalité des entreprises françaises. Il n'est que de voir dans les écoles de commerce l'apparition de chaires où cette discipline est enseignée, tandis que se multiplient les ouvrages consacrés à cette question.

Les raisons en sont sans doute multiples, sans qu'il soit bien facile d'en définir une principale. On peut en voir au moins deux. Une première raison est sans doute à trouver dans le surgissement de l'entreprise comme acteur fondamental, pour ne pas dire acteur principal de la vie sociale. Dans les années 1970, le philosophe Raymond Ruyer imaginait dans une vue un peu cynique des choses que la société était comme un animal paré de plumes séduisantes de toutes les couleurs, qui passaient pour l'essentiel, la religion, la morale, la politique, l'art, la philosophie mais que la modernité allait advenir, faire tomber les plumes et révéler la seule machinerie économique. Il faut bien reconnaître que cette vision proclamée par un esprit profondément libéral a quelque réalité. Max Weber parlait déjà du désenchantement des sociétés techniciennes. Mais dans le même mouvement, l'entreprise remplaçant toutes les instances, il est normal que l'entreprise secrète de la morale. On retrouverait peut-être là aussi la vocation, telle qu'entendue par Max Weber, qui s'épanouit dans la seule activité que tolère Dieu, le façonnement du cosmos social.

La seconde raison est que, au même moment où la technique industrielle devenait une seconde nature de l'homme en société, l'entreprise visant de plus en plus le profit au travers d'un monopole toujours limité dans le temps de la technique, la technicité juridique a envahi l'art juridique. La complexité du droit est telle qu'il devient encore plus un univers extérieur à l'action et que le seul moyen de le rendre plus familier est de le traduire en maximes simples et déjuridicisées.

Il apparaît bien que l'on balance ainsi entre une morale de métier et un appareillage de droit à l'usage des non-juristes.

La meilleure illustration actuelle de cette réalité originale est l'apparition, il y a une vingtaine d'années, de l'idéologie du *corporate governance*, dont il est très difficile de mesurer la portée exacte. L'idée généralement répandue par ses diffuseurs officiels est que ces principes ne doivent pas être juridicisés. Telle est la doctrine en France des autorités boursières ou du MEDEF, qui comptent sur la pression du marché pour imposer cette bonne gouvernance. Ainsi existe-t-il une charte de l'administrateur dans le rapport Vienot II, une notion d'administrateur indépendant dans le rapport Bouton, ces deux rapports étant des rapports de l'AFEP et du MEDEF. Les sociétés sont invitées à s'inspirer de ces directives. Il existe aussi d'autres aspects, moins dits dans les rapports de l'AFEP

et du MEDEF, comme la recherche de la transparence des rémunérations des dirigeants. Car le *corporate governance* n'est pas seulement un ensemble de principes élaborés d'en haut. C'est aussi une expression de la base de certains types d'actionnaires visant à ce que la société soit mieux gouvernée. Il y a eu ainsi aux États-Unis une sorte d'entente implicite entre les avocats et les professeurs de droit, qui ont élaboré ces principes, et une certaine classe moyenne représentée par les fonds de pension qui ont mis en œuvre ces principes.

Comment comprendre ce phénomène du *corporate governance* ? Une première opinion consiste à le classer dans la catégorie des choses non juridiques puisqu'il n'existe pas de norme sanctionnée par un tribunal. Mais si l'on se rappelle Gurvitch et l'idée du droit social, on peut imaginer que ces principes de *corporate governance* ne sont pas seulement de la morale des affaires ressortissant au domaine de la morale mais sont ce que Gurvitch pense être un droit distinct de la morale, un « fait normatif » : le droit, écrit-il, se distingue de la morale par son caractère logique, par opposition au caractère indéterminé et mouvant des préceptes moraux, par une certaine généralité par opposition au caractère individualisé et concret de la morale, par une certaine hétéronomie, alors que la règle morale est purement autonome⁴. Est-ce du droit social pur et indépendant ? Un peu dans la mesure où une des caractéristiques de ce droit est la contrainte conditionnelle⁵. Si l'acteur économique en cause n'applique pas le droit social, il est exclu. C'est un peu l'idée de ce club du *corporate governance* : si le dirigeant n'applique pas les règles, il est exclu par les actionnaires. Ainsi s'explique l'importance qu'il y a à donner l'impression qu'on applique les règles.

Mais en même temps cet affichage de la bonne pratique n'a pas eu que de bons effets. On se rappelle l'affaire Enron et l'affaire Vivendi, qui mettaient en cause des sociétés apparemment très attentives aux préceptes du *corporate governance*. Alors qu'en penser ?

Ces mélodrames du XXI^e siècle commençant n'infirmant pas forcément l'idée que les principes du *corporate governance* représentent une certaine forme de droit. Mais ils portent en même temps en eux la marque de la défaite relative du système. Ce qu'Elie Cohen, dans un ouvrage récent, met bien en valeur, quand il décrit la réponse américaine à la crise du capitalisme américain⁶ : il y a à la fois stigmatisation publique des délinquants en col blanc, adoption d'une nouvelle loi, la loi Sarbanes-Oxley et passage de témoin à la justice pour l'incrimination et la condamnation des délinquants qui mettent en péril le capitalisme. Si l'on met de côté le caractère social de la stigmatisation, il apparaît à l'évidence que la réaction américaine trouve son efficacité dans l'utilisation publique de la sanction d'État. L'on a quitté « le droit social pur » pour « le droit social pur, mais soumis à la tutelle étatique ». Le Procureur de l'État de New York est le nouvel archange vengeur qui déchire le voile de la régulation douce.

⁴ G. Gurvitch, *op. cit.*, p. 104.

⁵ G. Gurvitch, *op. cit.*, p. 60.

⁶ E. Cohen, *Le Nouvel Âge du capitalisme*, Fayard, 2005, p. 356.

B. — *Une certaine contractualisation de la justice*

Ce mouvement né il y a quelques années sur le modèle américain ne paraît pas créer de zone de droit non étatique, puisque le fondement en est le contrat et que le contrat est directement lié à l'ordre juridique étatique.

C'est d'ailleurs ce qu'on lit au *verbo* Arbitrage du *Dictionnaire de la Justice* : « à l'heure où certains déplorent la multiplication des atteintes à la force obligatoire du contrat mis à mal par des droits spéciaux, tels que le droit de la consommation ou par une jurisprudence jugée trop bienveillante pour les débiteurs malheureux, le droit de l'arbitrage donne à voir, au contraire, la puissance du contrat, auquel le juge étatique prête, s'il le faut, main-forte ».

On peut pourtant se demander si trop de vie contractuelle en ce domaine de la justice ne conduit pas à une situation qui éloigne du cadre juridique habituel et donc plonge au cœur du pluralisme. Examinons avec cette pensée l'arbitrage. C'est d'abord le contrat classique que valorise l'arbitrage. Mais pas seulement, car l'arbitrage est aussi très souvent la possibilité de l'arbitrage par amiable composition, l'amiable composition permettant de statuer en équité. L'équité paraît déjà en soi une source naturelle de non-droit étatique. Oppetit dit ainsi que l'équité crée le pluralisme. On pourrait opposer cependant que le pluralisme est loin car le tribunal arbitral est intégré dans la hiérarchie de l'appareil étatique de la justice. Mais une possibilité ouverte par le NCPC et très souvent utilisée est que la sentence ne soit pas susceptible d'un appel ordinaire. Il ne reste qu'une possibilité d'appel-nullité en cas de violation des droits de la défense. Cette situation n'éloigne-t-elle pas de la tutelle étatique ? En effet le jugement d'équité — au sens du NCPC — permet de porter atteinte à la loi contractuelle, puisque le juge a un pouvoir modérateur sur les droits et obligations nés du contrat⁷. Certes le jugement d'équité ne crée pas d'obligations nouvelles. Il ne doit pas, dit-on, modifier l'économie du contrat. Mais qui ne voit que par ce biais le juge arbitral peut profondément transformer le contrat initial. Cette zone n'est-elle pas une zone de droit autonome ? Ainsi les franchiseurs — en particulier les chaînes d'hypermarchés — sont-ils toujours liés à leurs franchisés par des clauses d'arbitrage. La justice étatique n'est pas saisie. Une jurisprudence arbitrale se forme. N'est-elle pas très indépendante du droit étatique ?

Par-delà l'exemple de l'arbitrage, il faudrait penser au thème moderne de la contractualisation de la justice qui présente certainement des dangers comparables pour qui pense que l'État peut ou doit empêcher la construction de zones franches juridiques.

II. — LE PETIT PLURALISME

Dans le petit pluralisme, qui, lui, est bien réel dans le droit français, deux cas peuvent être envisagés : celui de la société commerciale et celui de la régulation financière.

⁷ Paris 6 mai 1988, *Rev. arbitrage* 1990, p. 83, note Loquin.

A. — *La société commerciale*

À propos du « collier de l'article 1134 », le Doyen Carbonnier donne l'exemple du règlement d'atelier que l'article 1134 permet de rattacher au système juridique du Code civil. Ce lien existe naturellement entre toutes les créances contractuelles et le Code civil : le contrat permet la création d'un univers qui paraît autonome et qui est comme en suspension dans l'air juridique alors qu'il n'existe, comme une création continuée, que par la vie que lui insufflent en permanence les permissions juridiques du Code civil. Cette situation a toujours existé, mais elle est beaucoup plus nette dans les contrats de coopération à longue durée, qui caractérisent de plus en plus notre vie économique moderne. Dans le contrat de vente ordinaire, les parties appliquent directement les articles du Code civil. On sait ce à quoi a droit l'acheteur ou le vendeur. Dans le contrat économique de longue durée, les parties gèrent leurs relations elles-mêmes, en paraissant oublier le Code civil. Ceci apparaît en particulier quand une partie à un contrat a des droits unilatéraux pour agir, comme celui de fixer le prix. Mais toute cette mécanique n'en est pas moins rattachable au Code civil.

Si l'on prend en considération le contrat de longue durée type qu'est la société, cette création juridique vit aussi dans cette même apparence d'autonomie. Elle a d'ailleurs un droit spécifique, comme le droit de la nullité ou le droit de la responsabilité. Elle a un ordre public qui est le sien : égalité des actionnaires, droit de vote incessible des actionnaires. Elle faisait tellement un monde à part d'ailleurs que le Code de commerce de 1807 avait prévu que les litiges internes devaient être réglés par l'arbitrage, comme s'il fallait que les tribunaux étatiques fussent maintenus loin de la vie interne de la société. Mais cette obligation a été depuis longtemps abandonnée et, derrière les apparences, on peine à trouver à la société une véritable autonomie.

Il est vrai que la société a été pensée comme une institution il y a une cinquantaine d'années plutôt que comme un contrat. Mais l'institution peut aussi être rattachée à l'ordre étatique. Il est intéressant de voir comment Ripert le fait à propos des droits individuels des actionnaires⁸. Pendant longtemps, écrit-il, la doctrine y a vu l'effet du contrat de société : l'actionnaire ne peut pas se voir privé des droits qui lui sont donnés par le contrat. Mais comme maintenant les statuts peuvent tout modifier, ce fondement-là n'a plus de sens. Il faut donc donner un nouveau fondement aux droits de l'actionnaire. Ces droits sont semblables aux droits de l'homme et du citoyen : donc ces droits d'actionnaire ont un fondement politique, dans la mesure où la création de la société anonyme est une œuvre de l'État. Cette création ne doit pas permettre la violation des droits que l'actionnaire tient du jeu régulier de la société anonyme. Par ses droits l'actionnaire maintient la construction juridique dans sa régularité. Ce qu'il y a d'intéressant dans cette conception qui date des années 1950 est la façon dont Ripert relie l'institution de la société à celle de l'État, le bon fonctionnement de l'un au bon fonctionnement de l'autre. Même si, maintenant, ce serait plutôt — à nouveau — un fondement contractuel qui serait donné au régime des droits des actionnaires et qui le rattacherait à l'ordre juridique du Code civil.

⁸ Ripert et Roblot, *Droit commercial*, t. I, vol. 2, LGDJ, 2002, n° 1588.

Il apparaît donc bien que l'imagerie – contractuelle ou institutionnelle – importe peu en l'occurrence : la société est, d'une manière ou d'une autre, rattachée à l'État. Gurvitch en donnait la raison : le droit de ce type de groupement est « un droit social particulariste servant aux intérêts égoïstes du groupement des propriétaires en question. Il est plus que compréhensible que la règle coutumière de conflit... accorde en cas de conflit une préférence décisive à l'ordre du droit étatique contre le droit social pur... ces propriétés peuvent causer le plus grand préjudice à l'intérêt commun »⁹. En termes politiques plus modernes, on dirait que la crainte de nouvelles féodalités conduit naturellement à cette tutelle de l'État.

III. — LA RÉGULATION FINANCIÈRE

Cette tutelle de l'État sur le monde économique ou financier se fragmente comme pour suivre la pluralité des univers en cause. C'est ainsi que les autorités de régulation sont une déconcentration originale de l'État. Ce serait toujours l'État qui surveillerait et sanctionnerait sous une autre forme. Mais est-ce toujours vrai en matière financière ? On peut en douter car le droit financier actuel est un droit qui dépasse l'État national. Il est vrai que cet exposé n'a pas abordé cette création du droit par des modèles venus de l'étranger, car c'est en soi un thème autonome. Mais ici le phénomène est à ce point prégnant qu'il ne peut pas être passé sous silence. C'est ce que le sociologue de langue anglaise, Zygmunt Bauman, appelle, de façon imagée, dans son dernier ouvrage, *La Société assiégée*, le passage de « l'état solide » à « l'état liquide ou fluide ». Or la coagulation relative des autorités de régulation en un réseau européen original est une autre manière de fissurer de l'intérieur la tutelle de l'État. La situation mérite d'être explicitée, car elle participe d'un mouvement assez original.

Depuis 1999, dans le secteur financier de l'Europe, a été introduite et développée une « procédure Lamfalussy » du nom de son inventeur, qui reprend et élargit une procédure dite de comitologie, qui avait été peu utilisée depuis sa création, une dizaine d'années auparavant.

La procédure Lamfalussy a été conçue pour doter l'Europe financière rapidement d'une législation de base permettant de parvenir à un marché financier intégré, d'une façon qui soit adaptée à la réalité et aux besoins des marchés financiers.

Cette procédure distingue quatre niveaux :

Les mesures de niveau 1 sont les mesures de niveau hiérarchique supérieur et devraient se traduire le plus souvent en directives, décidées par le Conseil et le Parlement européen. Il est prévu qu'elles soient précédées de consultations approfondies des professionnels. Comme il existe plusieurs niveaux de normes, ces mesures devraient fixer essentiellement les grands principes.

Les mesures de niveau 2 prévoient le travail en réseau des régulateurs nationaux, dans le cadre du CESR (Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières). Les mesures de niveau 2 peuvent être des règlements. Le débat a été très nourri sur le point de savoir ce qui devait relever du niveau 2 ou du niveau 3. En effet

⁹ Gurvitch, *op. cit.*, p. 67.

plus le niveau 2 est fourni, moins les États ont en principe de pouvoirs et plus les marchés sont harmonisés.

Le niveau 3 est la véritable innovation de la procédure Lamfalussy. Le CESR est encore présent. Les autorités de régulation sont chargées de coopérer pour contribuer à une interprétation uniforme des textes de niveau 1 et 2. Il est vrai que le CESR n'a qu'un rôle consultatif dans la mise au point du niveau 3, qui relève des États nationaux. Mais comme en France, c'est souvent l'autorité de régulation française qui écrira ce niveau 3, tout laisse à penser qu'elle le fera souvent en relation étroite avec le club des régulateurs.

Le niveau 4 n'est pas un véritable niveau normatif. Il correspond au contrôle par la Commission de la bonne application des traités.

Cette procédure a suscité deux types de réactions qui montrent bien la difficulté de saisir le sens véritable des textes et de leur application.

Une première réaction, juridique, au lendemain de l'invention de ce processus a été la crainte que le niveau 3 ne donne trop d'autonomie aux États nationaux et ne ruine l'harmonisation¹⁰. Ce qu'exprimait le titre de l'article : « L'approche Lamfalussy : une méthode douce pour détricoter l'harmonisation financière européenne ».

Or ce n'est pas apparemment ce qui se passe pour Elie Cohen, qui ne voit pas les mêmes choses : « Pour comprendre, mobilisons les subtilités de la démarche comitologique européenne [...] Lorsque des sujets paraissent trop techniques, trop mobiles et qu'ils requièrent une réactivité contraire aux pratiques des bureaucraties nationales et européennes, les pouvoirs publics délèguent à une organisation professionnelle le soin de penser une régulation que le pouvoir politique consacrerait par la suite. Le processus Lamfalussy [...] est emblématique de cette manière de fonctionner. À partir du moment où un domaine est concédé à un comité, c'est la dynamique interne à ce comité et aux parties représentées qui est décisive ; le pouvoir politique devient un pouvoir de *veto* transféré aux autorités européennes »¹¹.

Finalement les professionnels de tous les pays européens pratiqueraient de manière assez semblable et ce sont eux qui proposeraient une direction aux autorités européennes.

Il faudrait conclure que le pluralisme n'est pas celui qu'on croit.

Elie Cohen a-t-il une juste vue de la réalité ou son enthousiasme pour la modernité lui fait-il oublier que le droit financier moderne est une création d'une technocratie et de professionnels dont on peine à caractériser les relations exactes ? Telle est une des questions que l'identification du pluralisme posera dans le monde de demain.

michel.germain94@wanadoo.fr

¹⁰ B. Sousi-Roubi, *D.* 2002, p. 3322.

¹¹ E. Cohen, *op. cit.*, p. 364.