

UN DROIT ECONOMIQUE SPECIFIQUE POUR LES PAYS EMERGENTS ?¹

Gérard FARJAT

Professeur Emérite à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

Rédacteur en Chef de la Revue internationale de Droit

Economique

C.R.E.D.E.C.O.

La notion d'Etat de droit fait référence, nous semble-t-il, à un système de valeurs, à des principes juridiques, à contenu plus ou moins variable (la sécurité, la transparence des relations juridiques, par exemple). Il peut parfaitement y avoir du droit économique sans véritable "*Etat de droit*". On peut évoquer certaines "*privatisations*", dont on a eu l'illustration à l'Est. Il ne faut pas oublier que le capitalisme aux Etats-Unis a été qualifié de "*sauvage*" lors de sa naissance. La première grande loi de Droit Economique de ce pays a été le "*Sherman act*", loi relative à la concurrence, élaborée en 1890 contre les abus des compagnies de chemin de fer, disposant en fait de positions de monopole. Le libéralisme ce n'est pas la loi de la jungle (dont relèverait sans doute l'économie coloniale). Ce qu'on appelle "*l'économie informelle*", qui s'est tellement développée dans les pays de l'Est et du tiers monde, n'est pas, elle non plus, conforme à l'Etat de droit.

On peut considérer que, comme la démocratie dans l'ordre du système politique, l'Etat de droit ne s'établit pas d'un coup. Son instauration est progressive, variable suivant les

¹ Le présent article est, pour une large part, la reprise d'une communication effectuée à Rabat à l'occasion de la journée d'études organisée le 16 octobre 1997 par l'Association Ribat Al Fath avec la collaboration du Centre Marocain d'Etudes Juridiques sur "Le nouvel Etat de Droit Economique au Maroc". Le thème de "La problématique du droit économique dans les pays du Sud" a été magistralement traité par Mohamed Salah M.M. dans la *Revue Internationale de Droit Economique*, 1998, n° 1 et 2.

pays, les lieux même (les marchands ont certainement joué un rôle important dans son instauration).

Et le Droit Economique ?

Il nous paraît indiscutablement lié à un certain développement économique. Il apparaît en Allemagne, aux lendemains du premier conflit mondial. On peut adopter la définition de Claude Champaud : "*Le droit de l'organisation économique et du développement qu'il vienne de l'Etat, de personnes privées ou du concert de l'un ou de l'autre*"¹. Concrètement, on peut énumérer comme matière particulièrement concernées : la concurrence, la distribution, la consommation². Mais on doit aussi mentionner : l'entreprise, les réseaux, les groupes de sociétés, et maintes matières "*spéciales*" : le droit financier, le droit de l'urbanisme, celui de l'environnement, le droit rural, le droit comptable, etc...

Il constitue un problème pour les pays émergents : jusqu'à quel point en a-t-on besoin ? A-t-on vraiment besoin d'un droit de la concurrence alors que les firmes ne sont généralement pas assez concentrées, surtout à l'égard du marché international ? Chaque année l'auteur de ces lignes, sollicité, a le plus grand mal à trouver pour des étudiants tunisiens des sujets de thèse ou de mémoire en Droit Economique. Le Droit Economique est lui-même tout à fait émergent dans les pays émergents ! Pourtant, il a certainement son utilité. Même la construction d'une société libérale, basée sur les principes de la propriété et du contrat, exige un droit de l'organisation des structures (l'entreprise, les privatisations, etc.) et des marchés, sans parler de l'intervention de l'Etat, indispensable en pays émergents, alors qu'elle demeure forte dans les pays développés.

La réunion de ces deux éléments du système juridique, l'Etat de Droit et le Droit Economique, est marquée par de sérieuses tensions. On y a fait allusion avec la période du capitalisme "*sauvage*" aux Etats-Unis. Il s'en faut de beaucoup que la transparence et la sécurité des relations juridiques soient

¹ C. Champaud, "Contribution à la définition du droit économique", *D.* 1967, XXIV, p.215.

² Ces trois termes constituent le titre du gros ouvrage *Lamy Droit Economique*, très largement ouvert à la pratique.

assurées dans les pays "développés", même aujourd'hui : il suffit de relever la multiplication des "affaires", liées notamment aux relations public/privé. Les modifications constantes, au moins en France, du droit des sociétés et des groupes (la notion de corporate governance, qui s'introduit en France¹, sous la pression des grands investisseurs - les fonds de pension américains - étant la dernière notion perturbatrice) sont largement liées à la réalisation d'une plus grande transparence dans les relations entre les différentes catégories d'actionnaires. Ce besoin de transparence peut émaner de véritables pouvoirs privés économiques (comme les fonds de pension), mais quelle est la position des "faibles" ? Quel peut être l'Etat de droit pour eux alors que les inégalités ne disparaissent pas mais qu'elles se renforcent parfois, les inégalités du savoir s'ajoutant à celles de la puissance économique. Les juristes et, singulièrement, les juristes de Droit Economique, doivent avoir en perspective les difficultés considérables de l'établissement d'un Etat de Droit Economique.

La transparence fait sans doute partie des principes de l'Etat de droit, mais il faut avoir à l'esprit que les sociétés humaines que nous connaissons vivent plutôt sous un autre principe, révélé par la sociologie ou l'analyse critique du droit, le principe d'opacité ! Il nous a été suggéré par un auteur mauritanien², qui écrit : "*une société qui vit avec transparence ses propres contradictions est une société qui ne peut survivre*". L'opacité va évidemment bien au-delà du secret des affaires.

La sécurité, également évoquée dans la problématique de cette journée, ne va pas, elle aussi, sans difficulté. Le développement économique, ce peut être la foule considérable de travailleurs qui y perdent leur vie : la construction du canal de Suez. Mais c'est aussi les foules des "blessés" et "morts" économiques. Par exemple, chez les petits actionnaires : évoquons le financement du canal de Panama ou Eurotunnel...

¹ Voir notamment : A. Couret, "Le gouvernement d'entreprise (la corporate governance)", D. 1995, p.163.

² Mohamed Salah Mohamed Mahmoud, *Rationalité juridique et rationalité économique dans le droit de la concurrence*, Thèse, Nice, polycopiée, 1985, p.171.

C'est moins grave sans doute, mais nous avons aussi les blessés, voire les morts, de la pollution et, surtout, les exclus ! L'Etat de Droit Economique est toujours en construction, même dans les pays riches. Il faut aussi compter sur l'extrême mobilité du Droit Economique¹.

Cette leçon de profonde relativité retenue, quelles observations peut-on formuler pour les pays émergents ? Elles relèvent de deux séries de questions. Les unes concernent en quelque sorte le "*contenu*" de l'Etat de droit, les autres, sans doute plus importantes, les moyens : comment assurer la réalisation des principes de l'Etat de Droit Economique ?

I – QUEL ETAT DE DROIT ECONOMIQUE ?

La problématique retenue par des juristes marocains sur cette question évoque : "*l'Etat de bien-être commun inhérent à toute société de droit*"². Cette affirmation est justifiée. Tocqueville considérait que l'homogénéité de la société américaine permettait la démocratie dans ce pays. La constitution américaine fait d'ailleurs allusion au bonheur de l'homme, l'allemande à l'épanouissement de l'homme (dont les juristes ont tiré le principe de la liberté d'entreprise). On évoquera aussi le *welfare state* même s'il est en crise. On peut penser qu'il a fondé les sociétés riches.

Mais si cette exigence est fondée, raisonnable, il faut en mesurer toutes les conséquences. Elles sont considérables à une époque où l'économie tend à occuper tous les champs sociaux. On en donnera quelques illustrations importantes, quoique souvent négligées ; l'économie est omniprésent. Sa prise en considération appelle des nuances dans les pays émergents.

¹ P. Ver Loren Van Themaat évoque la possibilité de cycles en Droit Economique comme en Economie. "Les rapports entre les grands principes de 1789", synthèse à l'ouvrage collectif, *Liberté et Droit Economique*, de Boeck Université, Bruxelles, 1992.

² Lors de la journée d'études évoquée ci-dessus.

L'Etat de Droit et l'omniprésence de l'Economie

Dans les sociétés les plus développées, les hommes ne sont-ils pas devenus les "*sujets*"¹ de l'économie ? Le succès du marché, écrit un auteur² "*a engendré la conviction... même chez les enfants - que seule la consommation... ou l'activité professionnelle... permet à l'homme d'exister. S'il ne peut accéder ni à l'un ni à l'autre, il n'existe pas*". L'exclusion prouve que l'économie a remplacé non seulement le politique mais la société elle-même en tant qu'elle permet à l'individu de s'épanouir. Etre sujet de droit c'est aujourd'hui participer à l'économie.

Si le Droit Economique apparaît d'abord comme la part du Droit qui correspond aux nécessités de l'économie, le fonctionnement de l'économie suppose, nous le savons bien, des règles juridiques (même l'économie informelle exige des règles juridiques, celles de la propriété et du contrat !), le Droit Economique c'est aussi la part du Droit qui exprime la soumission de l'économie à de nombreux impératifs non économiques. Il faudrait d'ailleurs "*qualifier*" ce qu'on entend par économique : n'est-ce pas aujourd'hui une science ou une technique qui s'appuie essentiellement sur le calcul économique ?³ C'est pourquoi, contre un économisme sommaire dans lequel nous tombons tous volontiers, je donnerai des illustrations d'un Droit Economique marqué par la soumission de l'économie à des valeurs prises en compte par le droit...

Faut-il ou non subventionner la baguette de pain ? Belle question de Droit Economique pour un pays émergent ! On se souvient des émeutes qui ont pu se produire à ce sujet. Les experts du F.M.I. ne comptabilisent pas le prix du sang, alors que l'on se préoccupe, légitimement, à d'autres propos, du prix de la vie humaine. La libéralisation du prix du pain en

¹ G. Farjat, "Les sujets de l'entreprise", in *Mélanges C. Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle*, Dalloz 1997, p.317.

² M.A. Frison-Roche, "Le modèle du marché", *Archives de Philosophie du Droit*, 1995.

³ Ce qui limite sérieusement son autorité vis-à-vis du Droit : G. Farjat, "La notion de Droit Economique", in *Archive de Philosophie du Droit, Droit et Economie*, 1992.

France a été une importante affaire d'Etat ! Il nous souvient d'une intervention de M. Barre sur le prix du croissant !

Plus généralement, Economie et Droit constituent deux systèmes différents qui ont leur propres références. On sait que le P.I.B. augmente lorsque se produit une catastrophe (avec les tremblements de terre, l'immobilier repart !). L'Etat de Droit, même Economique, impose bien d'autres références que celles des coûts ou des mécanismes du marché, même si celles-ci sont, la plupart du temps, déterminantes. P. Bourdieu a écrit récemment qu'il fallait choisir entre la confiance des *marchés* et celle des peuples. Les choses ne sont pas si simples. Mais il est vrai qu'en revanche, comme il l'écrivait également, la coupure entre l'économie et le social est la marque la plus sûre de l'économisme. Il faut souhaiter que les pays émergents n'y succombent pas !

Mais, on le sait bien, l'homme ne vit pas seulement de pain. Et l'Etat de Droit concerne aussi la culture. La question de la culture est une question fondamentale de droit Economique, à une multitude d'égards. Ce n'est pas un hasard si la loi Lang sur le prix du livre, qui soustrait le livre aux purs mécanismes du marché, a été votée à l'unanimité par le Parlement français. L'idée était que le livre n'est pas une marchandise comme une autre. Le soumettre au "*marché*" c'était, à brève échéance, donner un monopole de la distribution aux grandes surfaces. Le Droit Européen a fini par accepter cette exception aux règles du marché. C'est une bataille constante que mènent les grandes économies dans le domaine culturel (par exemple, les conflits en matière de cinéma, dont se soucie tout à fait le gouvernement américain). De la culture, de la présence de la langue découlent, dans une large mesure, les parts de marché de la plupart des produits. La culture relève non seulement de l'Etat de Droit, des droits de l'Homme, mais de la stratégie économique...

Il faut insister sur ce point : on commence à découvrir que le développement économique est largement fonction d'aspects culturels. Le développement économique japonais a certainement utilisé la culture ou la philosophie confucéenne¹

¹ Nous citons constamment une anecdote qui nous paraît remarquable à cet égard. Au début du siècle un ministre japonais s'adressait en

pour parvenir aux brillants résultats que nous connaissons. Ajoutons qu'il n'est pas indifférent de constater qu'aux Etats-Unis aujourd'hui, le groupe qui connaît la plus grande réussite économique est celui des asiatiques¹. Le Japon est certainement un modèle du mariage réussi de la tradition et de la modernité, on le sait. On pourrait ajouter que l'expérience récente de l'évolution des pays tendrait à montrer que ceux qui ont parié sur la culture, la formation, l'élévation du niveau de pensée ont gagné sur ceux qui pariaient sur les investissements économiques lourds. Tout se passe comme si, en privilégiant la culture, la formation, on recevait en plus, en don du ciel, le développement économique. L'économie est peut-être partout, mais c'est d'abord dans le culturel au sens large qu'il faut investir !

Ces deux extrêmes de l'Etat de droit, la baguette de pain et la culture, nous amène à un élément plus fondamental du système juridique : l'ordre constitutionnel. L'ordre constitutionnel est au sommet du système juridique. Il a, sans doute, comme tout le système juridique, mais avec plus d'autorité encore, le rôle de médiateur entre les différents sous-systèmes sociaux qui composent nos sociétés complexes, un rôle de médiateur inter systémique. En clair, il lui appartient de faire leur part à des exigences sociales contradictoires.

Le mieux est de prendre un exemple tiré du droit constitutionnel français. Il s'agit d'un domaine sensible de l'Etat de droit : la communication, les libertés. A propos des entreprises de presse (et plus précisément de l'affaire Hersant), le Conseil Constitutionnel français a proclamé que "*l'objectif à*

ces termes à des économistes: "*Le Japon possède la vertu d'une tradition... celle du code des relations entre seigneur et vassal qui n'est pas un vestige mais un don de la féodalité... Le problème de savoir comment cette vertu doit être positivement prise en considération en vue de trouver des voies pour harmoniser les relations entre travail et capital est à mon avis un problème des plus intéressants et des plus stimulants pour l'économiste japonais*" (rapport par K. Okocmi, "Le traditionalisme dans les relations professionnelles au Japon", in *Sociologie du travail*, 1966, n°2).

Le revenu moyen annuel des asiatiques serait de 43 276 dollars contre 37 171 pour les blancs, 23 482 pour les noirs. Cette échelle des "*valeurs*" a son importance aux Etats-Unis (*Le Monde*, 4 octobre 1997, "Le revenu moyen des ménages américains a augmenté de 1,2% en 1996", S. Kauffmann).

*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*¹. On voit donc s'amorcer l'idée que le juridique peut "tenir l'économie en l'état" comme il peut tenir le politique en l'état². Nous sommes bien en présence de tensions entre l'Etat de droit et l'économie et nous vérifions la relativité des exigences de cette dernière ! *A fortiori* se manifestent-elles lorsque le terrain de l'affrontement est celui d'un Etat émergent.

Des impératifs nuancés pour les Etats émergents

On a toujours un peu mauvaise conscience à nuancer les exigences de la démocratie pour les pays du tiers monde ou émergents lorsqu'on appartient à un pays considéré comme "riche" en démocratie... On s'attire immédiatement l'objection bien connue : *"en somme, vous voulez la démocratie pour vous mais pas pour nous !"*. Cette objection nous paraît relever de l'idéalisme le plus sommaire et le plus dangereux. Comment peut-on la formuler à une époque où l'on observe à la fois une évolution "moderniste" considérable dans tous les aspects de la vie et la manifestation de comportements d'un autre âge (le tribalisme, l'épuration ethnique, par exemple) ? Les mentalités ont peine à assimiler les exigences de l'évolution et la complexité des sociétés contemporaines. Nous raisonnerons sur deux exemples : le droit de la consommation et la question du travail des enfants.

Le droit de la consommation n'est pas aujourd'hui un droit mineur. Il peut impliquer des exigences que l'on peut rattacher à l'Etat de droit : par exemple la sécurité dans le domaine de l'intégrité des personnes. Et pourtant, des considérations économiques peuvent amener à atténuer considérablement des impératifs du droit de la consommation des pays riches. Pour raisonner à partir d'un exemple presque

¹ Cons. Const., n°84-181, D.C. 10-11 oct. 1984, Rec., p.178 ; L. Favoreu, *R.D.P.* 1986, n°196, p.481.

² Voir notre article précité, *Archives de Philosophie du Droit*, et, d'abord, L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil Constitutionnel*, Economica, 1988, p.81.

trivial, nous évoquerons... la boucherie dans les pays du Maghreb. Les boucheries en plein air abondent et il est évident que les mouches sont les premières clientes ! On s'en indignerait à tort. La marchandise "*part*" très vite, les petits bouchers ont leurs clients fidèles. Qu'une direction de la consommation zélée, "*moderniste*", et parfois même en relation étroite avec des fournisseurs de meubles ou de locaux réfrigérés..., décide une normalisation de la distribution de viande en imposant la réfrigération et c'en est fait de nos petits bouchers ! Quels sont les résultats ? Le chômage pour un nombre considérable de personnes au profit de commerces concentrés, le renchérissement du produit et l'exclusion partielle des pauvres (ou la création d'une distribution au "*noir*" présentant encore moins de garanties sanitaires). La "*déréglementation*" n'a-t-elle pas quelques mérites ? Si on laisse jouer en la matière la loi économique de l'offre et de la demande, ne parviendra-t-on pas peu à peu à une "*normalisation*" de la distribution de la viande ? Peu à peu, en fonction de l'enrichissement de la population, de l'élévation de son niveau de conscience "*consumentiste*", les sujets de droit éliront la grande distribution normalisée... sans trop de douleur "*sociale*" ! A ces considérations, on nous objecte que les morts du fait de la consommation sont très nombreux dans les pays pauvres - vente d'œufs pourris, de viandes avariées... Mais le droit commun, le bon vieux droit pénal, ne permet-il pas de poursuivre le commerçant indélicat ? Il faut prendre conscience que la multiplication des normes, certifications, labels, est un facteur considérable de concentration¹. Avec une double conséquence : on peut développer une société à deux vitesses (une médecine de haute qualité pour les riches, et l'ombre d'une médecine pour les pauvres), et on peut paralyser ou freiner le développement national. Car d'où viennent les produits ou les services qui présentent le maximum de garanties si ce n'est des pays riches, alors que ces produits bénéficient déjà de la faveur des consommateurs même à égalité de qualité.

Il est hors de doute que les pays riches ont su adopter les protections, même dans le domaine de l'intégrité physique, à l'époque où ils étaient à même de les assurer sans grande difficulté. L'humanité ne se pose que les problèmes qu'elle est à même de résoudre, disait un philosophe... Même la grande loi

¹ Voir L. Boy, "Normes", *Rev. Intern. Dr. Econ.*, 1998; 2, p.115 et s.

française du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications, qui pose des exigences élémentaires, a été adoptée en période de crise, sous la pression des milieux agricoles, en lutte ouverte avec les syndicats patronaux du commerce et de l'industrie, qui y voyaient une atteinte intolérable aux libertés économiques, alors que certaines estimations chiffraient à environ 50.000 le nombre d'enfants en bas âge qui mourraient du fait des falsifications du lait...¹. Il ne faut pas être naïf, la grande bataille pour la défense de l'environnement, par ailleurs parfaitement légitime et même fondamentale, n'a été lancée, il y a un certain nombre d'années, que dans la mesure où toute une industrie de la dépollution était en place et dans la mesure où les groupes les plus puissants étaient parfaitement à même de faire face aux coûts entraînés par la prise en charge de la pollution. Ils savaient fort bien que ces charges entraîneraient la disparition d'un certain nombre de concurrents... Les choses vont ainsi ! Les pays socialistes qui mettaient en avant dans leur constitution "*l'Etat de droit écologique*" n'ont pas, semble-t-il, été plus efficaces que les pays libéraux ! On ne peut développer cette analyse dans le cadre de cette modeste contribution, mais il est hors de doute que le droit de l'environnement, comme celui de la consommation, évoluent en étroite corrélation avec l'état de la concurrence, qui est aux sociétés libérales ce que la planification était censée être aux Etats socialistes.

Mais venons-en à un aspect encore plus sensible de l'Etat de droit : **la question du travail des enfants**. Question effectivement très sensible dans les pays riches, car comme l'ont relevé de bons analystes de ces sociétés, les impératifs éthiques qui font l'unanimité aujourd'hui dans les pays riches sont : "*l'enfant, la santé, la sécurité*". La situation des enfants d'Asie et d'ailleurs, parfois exposés à la prostitution la plus dégradante, émeut la sensibilité des pays riches. Et, nous le savons, la première protection du droit du travail a concerné les enfants. Mais, rappelons-le, la loi française de 1841 n'a pas été appliquée en raison de la concurrence anglaise qui ignorait cette protection (la fameuse hostilité anglo-saxonne à toute réglementation...). A l'évidence, aujourd'hui, beaucoup d'in-

¹ Voir Feral, "La protection des consommateurs et les objectifs de l'Etat dans la réglementation et le contrôle des marchandises", J.C.P., éd. Entreprise, 1993, Cah. Dr. Entr., n°4, p.18.

dustries des pays riches souhaitent une protection des enfants d'outre mer... Et ne seraient pas hostiles à une barrière d'entrée aux produits élaborés à bas prix grâce à l'exploitation des enfants... C'est un vrai problème. L'un des Etats les plus riches d'Amérique latine connaît l'existence de brigades qui assassinent les gangs d'enfants faute d'en venir à bout ! On est loin de l'Etat de droit !

Il faut relever qu'on peut envisager des solutions qui satisfont à la fois les exigences de l'économie et celles de l'Etat de droit. Maurice Lauré, l'inventeur de la T.V.A., en a suggéré une. Devant la "*ressource provisoirement intarissable de main d'œuvre à très bon marché*" d'Asie, il conviendrait d'établir des protections douanières raisonnables, mais pour empêcher les pays occidentaux d'en faire une barrière d'entrée, il faudrait leur faire reverser aux gouvernements asiatiques¹ les droits de douane perçus. Peut-être le système est-il trop complexe pour voir le jour. Il est en tout cas remarquable que les accords fondateurs de grands marchés, comme l'Accord de Libre-Echange Nord-Américain (ALENA), peuvent désormais contenir des "*clauses sociales*", malgré leur but "*marchand*"². Comme nous en avons fait état précédemment, la concurrence est partout. L'accord, dans le domaine social, a surtout pour objet de "*dénoncer les déséquilibres créés par la violation des droits sociaux qui faussent la concurrence internationale*"³. On relèvera qu'un rôle important est réservé aux syndicats pour assurer la réalisation de l'ordre social reconnu par l'accord. C'est sûrement le problème principal pour les pays émergents : l'effectivité du droit.

II – LA REALISATION DE L'ETAT DE DROIT ECONOMIQUE

Un aspect de la mondialisation, positif, devrait davantage retenir l'attention des juristes : n'assiste-t-on pas à une universalisation progressive des droits de l'homme et de

¹ Maurice Lauré, "Le libre-échange : article de foi ou question de bon sens ?" *Rev. Intern. Dr. Econ.*, 1994, n°2, p. 169, l'idée avait déjà été exprimée dans *Futuribles*, mai 1993 ; "Les délocalisations : enjeux et stratégies".

² Marie-Ange Moreau et Gilles Trudeau, "La clause sociale dans l'A.L.E.N.A.", *Rev. Intern. Dr. Econ.*, 1995, n°3, p.393.

³ Article précité.

l'Etat de droit ? Bien sûr, il ne s'agit pas de nier les manifestations de barbarie contemporaines, dont l'ex-Yougoslavie a donné une des illustrations les plus saisissantes. Mais ce pays est précisément l'un des très rares où des dirigeants se soient officiellement réclamés d'une doctrine raciste (la purification ethnique) depuis un demi-siècle. Et l'on a tout de même constaté une réaction internationale. L'idée soutenue par quelques juristes, dont le Doyen Vedel, d'un droit naturel en formation (le droit naturel ne serait pas derrière nous mais devant nous) est une idée exaltante, au moins une utopie créatrice. Le besoin d'un droit commun aux hommes nous paraît se manifester et nous sommes assez convaincus par l'ouvrage de M. Delmas-Marty¹. Un droit qui ne signifierait pas *"la domination d'un système sur un autre"* mais qui *"s'efforcerait d'intégrer - en les rendant compatibles - les apports de chaque famille juridique"*². L'auteur estime que l'économie mondiale, en superposant le marché à la nation, pourrait contribuer à l'établissement d'un tel droit commun³. On doit, en tout cas, prendre en compte la pression des faits économiques avant de s'interroger sur les moyens juridiques de la réalisation d'un Etat de droit.

La pression des faits économiques

Quatre mouvements de nos sociétés nous paraissent fondamentaux pour envisager la fondation du droit aujourd'hui⁴.

Le premier concerne le facteur temporel. *"La dynamique juridico-éthique doit être tournée vers l'avenir"* nous dit-on. On est effectivement en présence d'une modification temporelle de la pensée et de l'action juridique, plus sensible peut-être dans les pays riches, mais à coup sûr souhaitable dans les pays émergents, alors qu'elle y est sans doute plus difficile à réaliser compte tenu du poids de la tradition.

¹ *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

² Op.cit., p.284.

³ Op.cit., p.283.

⁴ Nous nous inspirons ici d'un article, "Nouvelles technologies et Droit Economique", paru dans le n° spécial de la *Rev. Intern. Dr. Econ.*, consacré aux nouvelles technologies, 1993, 2, p.163.

On n'en finirait pas d'énumérer les changements relatifs au temps dans les pays développés. L'un des plus remarquables est la mobilité du droit, particulièrement sensible dans les pays dont le système juridique repose principalement sur la loi. Non seulement on y dénonce depuis plus d'un demi-siècle (la grande crise de 1929 marque sans doute une modification structurelle des sociétés capitalistes) l'inflation législative, qui nuit à l'Etat de droit, mais aussi l'instabilité du Droit : en France, le droit des sociétés est en état de réforme permanente. Que faut-il en déduire sur le plan de l'élaboration du droit ? Vraisemblablement un développement du rôle du juge et la nécessité d'utiliser des "*standards*", tel "*l'intérêt de l'entreprise*", à la mode anglo-saxonne. Faut-il même éviter de réglementer ?

Laisser le champ libre au contrat ? Mais n'y aurait-il pas une inflation "*contractuelle*", à en croire les juristes du droit des affaires, surtout lorsqu'ils ne sont pas américains ? N'y a-t-il pas également une mobilité considérable du droit des contrats ? Elle est en tout cas ressentie en France par de bons connaisseurs du droit des affaires. La jurisprudence française a dû admettre une certaine indéterminabilité du prix dans les contrats, ce qui pouvait paraître hérétique vis-à-vis de "*l'Etat de droit contractuel*". Seulement, de nombreux contrats sont des contrats "*d'organisation économique*", des contrats de longue durée, soumis aux fluctuations du marché (distribution, franchise, sous-traitance, etc.), on doit donc organiser une certaine mutabilité des contrats¹. Inutile de dire que cette mutabilité pose des problèmes pour les parties les plus faibles. Elle doit évidemment s'accompagner de compensations pour ces dernières. On ne s'étonnera pas de voir apparaître des obligations de formation au bénéfice des salariés ou des franchisés. L'adaptation constante que l'on exige d'eux implique des obligations pour le maître du jeu.

Les juristes qui étaient jusqu'à l'époque contemporaine plutôt des "*lecteurs du passé*" doivent aussi devenir des "*organiseurs de l'avenir*". Nous ne pensons pas seulement à l'ingénierie juridique - qui manifeste un bouleversement

¹ Voir notamment : "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", par C. Thibierge-Guelfucci, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1997, 2, p.357.

culturel dans l'esprit juridique, souvent mis en évidence par J. Paillusseau¹ - , mais à la nécessité d'une nouvelle lecture des institutions ou principes traditionnels du droit. La violence, vice du consentement, ne doit-elle pas inclure la violence économique ?² La bonne foi n'implique-t-elle pas des exigences nouvelles ? La responsabilité civile, devant les dangers des nouvelles technologies, ne doit-elle pas adopter un nouveau principe : "*le principe de précaution*"³ ? Les nouvelles technologies et les dangers - parfois mal connus - qu'elles peuvent provoquer n'ont-ils pas été à la source de la création d'observatoires juridiques, chargés d'observer les évolutions et de signaler au législateur ces dangers afin qu'il prenne des mesures de protection⁴.

Cette accélération temporelle, ces changements sont peut-être moins sensibles en pays émergents. Ils sont peut-être aussi plus difficiles à mettre en œuvre. Néanmoins, une approche culturelle du droit nous paraît indispensable dans la mesure où les changements peuvent être encore plus déstabilisants que dans les pays développés. Et puis joue, de toutes façons, le processus de mondialisation.

La mondialisation implique, en tout état de cause, une homogénéisation de la formation des juristes de haute responsabilité publique ou privée pour des raisons évidentes⁵. Il faut faire face à la pénétration économique, culturelle et juridique... à armes égales avec les juristes des pays développés ou des organismes internationaux. Les frontières disparaissent plus ou moins ou deviennent plus économiques

¹ Notamment : "Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes parfois des organisateurs juridiques)", *Rev. Trim. Dr. Com. et Econ.*, 1989, p.1 ; également A. Couret, "Le juriste, cet ingénieur social", *Petites Affiches*, 1987, n°112, p.62 et s.

² J. Mestre, obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989, p.738, notre art. préc., La notion de droit économique, p.60.

³ G. Martin, "Précaution et évolution du droit", *D.* 1995, doc. p.299.

⁴ Le congrès américain dispose d'un Office of Technology Assessment (O.T.A.) à qui il peut demander des rapports (par exemple sur les tests génétiques utilisés par des entreprises). Un observatoire juridique des technologies de l'information a été créé en France en 1988 (*Revue Recherche, Technologie*, n°36-37 de févr.-mars 1988).

⁵ Mohamed Salah M.M., "La problématique du droit économique dans les pays du Sud", spécialement : 2^{ème} partie, *Rev. Inter. Dr. Econ.*, 1998, 2.

que politiques en certains domaines : en matière monétaire ou boursière, par exemple. On assiste inévitablement à la naissance d'un droit boursier plus ou moins uniforme. Les préoccupations nationales sont fondamentales pour les pays émergents. Mais elles impliquent infiniment de... doigté. Il faut se souvenir de la façon dont le dollar s'est imposé comme seconde monnaie dans les pays socialistes qui étaient pourtant les plus rigoureux sur le point de la souveraineté monétaire. Les possibilités d'un développement de l'économie informelle doivent être présentes à l'esprit de tout juriste de droit économique. Les possibilités de réglementation sont limitées tant au niveau interne qu'au niveau international.

La "complexification" des activités sociales est également un facteur qui restreint les possibilités d'autonomie des droits nationaux. Sous le terme de complexité il faut comprendre en premier lieu le développement scientifique et technique, facteur considérable de dépendance, comme l'ont expérimenté et compris depuis longtemps les pays émergents et ceux... qui n'émergent pas ! Le seul élément que nous retiendrons ici est l'existence d'une dépendance du droit lui-même, de l'Etat de droit donc, par rapport à l'analyse scientifique ou technologique. Il ne faut pas oublier que l'analyse économique prétend tirer sa légitimité de sa nature scientifique. Les juristes ou les législateurs sont plus ou moins soumis au règne des experts : "*les nécessités de l'économie*". La construction de l'Etat de droit est largement fonction des dires des "*experts*", des "*technocrates*", diront les mécontents !

Mais l'élément le plus négligé (peut-être en raison du principe d'opacité !) est le **développement de pouvoirs privés économiques**. Il ne s'agit pas nécessairement d'une dénonciation de ces pouvoirs. A la dénonciation passée des "*multinationales*" a succédé une certaine vénération. On souhaiterait qu'elles investissent, sans doute, dans tout le pays ! Il s'agit simplement d'une analyse réaliste des sociétés contemporaines. Il est indispensable de prendre acte d'un déplacement de pouvoir dans les sociétés contemporaines. Comme le relevait, il y a de nombreuses années l'économiste américain J.K. Galbraith, dans son ouvrage "*Le nouvel Etat industriel*", les décisions prises par les grandes firmes où les grands groupes ont plus d'importance pour les particuliers que celles qui sont prises par l'Etat.

On pense évidemment aux abus que peuvent commettre les pouvoirs économiques, reconnus notamment par le droit de la concurrence et le droit de la consommation, plus largement, aux contrats d'adhésion ou au considérable "*pouvoir d'influence*" dont disposent ces pouvoirs, notamment ceux qui détiennent des moyens d'information et de communication.

Encore une fois, il ne s'agit pas ici d'une dénonciation mais d'un constat social : si l'on se préoccupe de l'Etat de droit (*a fortiori* de l'Etat de Droit Economique), il importe de le situer par rapport aux pouvoirs dont il peut dépendre : notamment les pouvoirs privés économiques. D'autant plus que si tout pouvoir est appelé à s'auto limiter, comme on l'apprend très tôt aux étudiants en Droit, ces nouveaux pouvoirs peuvent avoir le souci d'une autorégulation qui entraîne l'apparition de nouveaux moyens juridiques de réalisation de l'Etat de Droit !

Les moyens juridiques de la réalisation de l'Etat de Droit Economique

On est tenté de dire, dans la perspective de la déréglementation : l'Etat de droit, ce n'est pas des "*tas de droit*" ! Pour reprendre un refrain à la mode : trop de droit tue le droit ! Et pourtant, l'abondance de droit en tout domaine et en tout pays, y compris dans l'instauration des grands marchés, semble bien établir l'existence d'un mouvement inévitable, y compris dans les pays qui vantent les mérites de la déréglementation. Car l'abondance de droit, ce n'est pas seulement l'abondance de textes, c'est aussi l'abondance des procès, l'abondance des précédents jurisprudentiels, l'abondance même du droit contractuel par la grâce des lawyers et des juristes de droit des affaires ou des juristes d'entreprise...

Toujours dans la perspective de la déréglementation, ne conviendrait-il pas de permettre aux sujets de droit eux-mêmes, d'assurer la défense de l'Etat de droit ? Dans la représentation idéologique que les anglo-saxons se font du droit et qui est reprise par le pape de la déréglementation,

Hayek¹, ce sont effectivement les titulaires de droit qui sont le mieux à même d'assurer l'Etat de droit, ils ont d'ailleurs créé un ordre spontané et mûri, des "*règles de juste conduite*", comme l'ensemble de la *common law*.

Cette conception du droit n'est pas sans fondement. On peut penser que dans un Etat de droit bien établi, un facteur essentiel est constitué par la conscience "*juridique*" des sujets. Elle est plus importante que les textes ! On a observé que la défense de l'environnement pouvait être mieux assurée par les victimes de la pollution, armées de leurs droits subjectifs classiques (droit à l'intégrité physique, droit de propriété sur l'air et l'eau indûment appropriés par les pollueurs², responsabilité) que par l'administration, portée plutôt à l'entente avec les pollueurs puissants (au nom de l'impératif - "évitons les histoires" - sans parler d'autres opportunités moins avouables...).

Mais s'il est vrai que l'on peut compter en théorie sur les titulaires de droits subjectifs pour la défense de l'Etat de droit, la pression économique nous paraît remettre en cause ce schéma libéral. Les sujets de droit ne sont plus en mesure, s'ils l'ont jamais été, de se défendre eux-mêmes, seuls. C'est pourquoi on a vu apparaître des mesures de défense, de protection, dans une simple perspective libérale et non "*dirigiste*". Il faut mettre les titulaires de droits en état de se défendre eux-mêmes. La prolifération, même en droit des affaires, des obligations de loyauté, d'informer, de conseil n'a pas d'autre objet.

¹ Essentiellement dans son grand ouvrage, *Droit, législation et liberté*, P.U.F.

² Voir Gilles Martin, *Le droit à l'environnement, de la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Thèse Nice, Publications périodiques spécialisées, Lyon 1978. Une anecdote significative : nous avons entendu, il y a quelques années, des promoteurs niçois se plaindre de l'impossibilité d'établir des programmes de construction sur la Côte d'Azur en raison de la présence de 4000 colonels en retraite dans la région ! Ces sujets de droit ne manquaient pas de faire valoir le respect des dispositions réglementaires ou juridiques pour protéger leur environnement, alors qu'avec l'administration il était possible aux promoteurs de s'entendre !

La complexification des relations sociales qui fait de tout sujet de droit un profane, lorsqu'il n'agit pas dans sa spécialité, aboutit au même résultat.

Enfin, toujours dans une perspective libérale, il y a l'association, le regroupement d'intérêts individuels. Il est remarquable qu'un homme politique français, considéré comme un libéral vigoureux, justifie ce type de défense, et notamment l'action des syndicats¹. L'action collective a sa place dans les pays développés, même en droit des sociétés, on le sait². La notion anglo-saxonne de *corporate governance*, à laquelle nous avons déjà fait allusion, n'a pas pour but de donner à des minoritaires puissants, les fonds de pension américains et, plus généralement, les investisseurs institutionnels, des pouvoirs de gestion, mais de vrais pouvoirs d'information et de contrôle sur l'avenir de leurs investissements : assurer, si l'on veut, l'Etat de droit (sécurité et transparence) à leurs investissements.

Quelle peut être l'efficacité de l'action des sujets de droit en pays émergent ? A l'évidence, il faut distinguer suivant les milieux concernés. Le monde des affaires est relativement armé, mais, dans l'ensemble, les sujets de droit sont bien moins à même de se défendre que dans les pays qui ont derrière eux une longue tradition des droits subjectifs.

Aussi bien, il est remarquable que le **Droit Pénal Economique** conserve son utilité dans les pays économiquement développés. Il y a même pris une ampleur remarquable. On a constaté l'émotion provoquée en France par la poursuite de dirigeants économiques, notamment du chef d'abus de biens sociaux. Pour la première fois dans notre histoire, le système judiciaire est critiqué par les milieux

¹ A la formule fameuse de Lacordaire suivant laquelle entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère, A. Madelin rétorque : *"Lacordaire avait simplement oublié une chose, c'est qu'entre le fort et le faible il existe un remède tout naturel qui s'appelle l'association et dont une des formes est le syndicat. Elle permet de rétablir l'égalité des forces"*, *Sem. Jur., Cah. Dr. Entre.*, 1995, n°2, consacré à un colloque sur : "De nouveaux espaces à la liberté contractuelle".

² Voir notamment : R. Routier, "La défense collective des minorités dans les sociétés de capitaux : France, Québec, Belgique", *Rev. Inter. Dr. Econ.*, 1994, n°1, p.5.

dirigeants politiques et économiques. Disons le clairement, c'est plutôt un signe de santé du système judiciaire français¹. Le développement du droit pénal économique, notamment en droit des sociétés et des groupes, est universel. A la vérité, il existe sûrement un rapport entre le développement d'un droit économique assurant transparence et sécurité par des mesures "civiles" efficaces et celui du droit pénal économique. Le procès pénal est tout simplement souvent plus efficace dans l'établissement des faits et moins coûteux pour les victimes ! Ce n'est pas un hasard si l'on a établi en France le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Mais il est vrai que l'on a assisté à des abus dans la répression et qu'on ne gouverne pas à l'aide du droit pénal. Ceci dit, rien n'est simple. Le droit pénal peut être nécessaire même pour la simple protection "économique" et non seulement pour la direction de l'économie. Les petites et moyennes entreprises n'osent pas plaider contre leurs donneurs d'ordre. Un droit de la concurrence qui ne serait pas doté de sanctions pénales (notamment en matière de "transparence") serait inefficace. Ces mesures rigoureuses n'excluent pas des modes de régulation beaucoup plus souples, elles les encouragent !

Les nouveaux modes de régulation sont particulièrement significatifs de l'existence d'un nouvel Etat de droit économique apparu d'abord dans les pays développés. Il s'agit d'abord des grandes commissions nées aux Etats-Unis, qui ont fait le tour du monde, comme les Commissions de la Concurrence ou des Opérations de Bourse, et que les Français nomment Autorités Administratives Indépendantes (A.A.I.). Les pays du Maghreb connaissent l'institution en droit de la concurrence et en droit boursier. On peut également

¹ Aux Etats-Unis, si souvent présentés comme modèle, les dirigeants politiques et économiques n'ont pas la vie facile vis-à-vis du droit pénal. S'agissant des dirigeants d'entreprise, A. Tunc a qualifié de "révolution américaine" la refonte des pouvoirs dans l'entreprise qui est à l'ordre du jour depuis les années 80 : on a assisté à la fois à une mise en cause pénale de dirigeants (éclatement de scandales importants) et au mouvement de réformes juridiques et déontologiques de la "corporate governance" : "Le gouvernement des S.A., le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume Uni," *Rev. Inter. Dr. Comp.* 1995, p.59 et "La révolution américaine, présentation et application des "principles of corporate governance"", *Les Petites Affiches*, 1995, n°116, p.5.

mentionner les Codes de bonne conduite ou d'éthique et les modes alternatifs de règlement des litiges (comprenant différents types de médiation). Nous nous contenterons d'exposer la "*philosophie*" de ces nouvelles institutions.

Les commissions sont tout simplement au cœur du droit économique "*moderne*", au cœur du droit libéral. Si on veut comprendre l'institution il faut partir de la création de la Commission de la Concurrence aux Etats-Unis. Que faire en présence d'abus de pouvoirs économiques ? Donner des pouvoirs nouveaux à l'Etat dans le domaine de l'économie ? Ce serait répondre à une hérésie (un dirigisme privé des monopoles et des ententes) par une autre : l'intervention économique de l'Etat. Il faut créer des organismes de régulation de la société civile. Un peu comme les Français ont créé la juridiction administrative pour soumettre à l'Etat de droit l'Administration, l'exécutif, sans les soumettre au pouvoir judiciaire. La création de ces commissions permet un contrôle juridique en respectant la séparation des pouvoirs économiques et des pouvoirs administratifs¹. C'est la principale illustration des "*magistratures économiques*"². On observera qu'elles répondent en principe à tous les facteurs de pression de l'économie que nous avons relevés. Le facteur temporel : ce sont des organismes qui donnent des solutions empiriques, qui construisent le droit à partir des faits et qui peuvent donc tenir compte de la mondialisation. D'autant plus - c'est la justification souvent avancée - qu'ils ont un rôle expertal puisque l'un de leur trait est de comprendre des spécialistes de l'activité considérée. Les experts sont censés avoir un langage universel : celui de la technologie ou de... l'économie. Les commissions qui traitent des questions boursières sont parfois tentées d'avoir des rapports entre elles.

Ces organismes sont une des réponses du droit à la complexification des relations sociales. A la division des tâches de plus en plus poussée répond une spécialisation de la justice. Mais ces organismes, on le dit moins souvent, répondent aussi

¹ La justification théorique exposée ici a été présentée dans le vieil ouvrage de A. Schonfield, *Le capitalisme aujourd'hui*, N.R.F., 1969.

² Qui ont fait l'objet d'un grand colloque à Rome en 1996 sous l'égide de l'Association Internationale de Droit International Economique et dont la plupart des communications sont publiées dans la *Rev. Inter. Dr. Econ.*, 1997, 2.

au déplacement de pouvoirs que l'on constate dans nos sociétés contemporaines. Tout se passe un peu comme si les pouvoirs économiques disaient : "*nous voulons bien être jugés mais par nos pairs!*". Ou tout au moins par des organismes plus ou moins mixtes, éventuellement paritaires, comportant toutefois une certaine prééminence des représentants de l'Etat. Faut-il s'en indigner ? On a parfois parlé de "*circuits d'évitement*" pour désigner des institutions qui soustraient au droit commun des pouvoirs socio-économiques puissants. Les tribunaux de commerce ne traduisent-ils pas déjà ce souci de disposer d'une juridiction qui est à l'écoute des besoins des commerçants ? Ils sont normalement compris parmi "*les magistratures économiques*"¹. Des études savantes qualifient de "*néo-corporatisme*" les institutions comme les commissions et les formes nouvelles d'élaboration des normes (telles les codes de conduite)².

Il nous semble que ces organismes d'inspiration anglo-saxonne sont incontournables. Nous sommes en présence, dans nos sociétés contemporaines émergentes ou "*émergées*" (!) de nouveaux pouvoirs, les pouvoirs économiques, qui n'ont pas si mal réussi³, qui entendent bien, comme tout pouvoir, s'autoréguler eux-mêmes, ou tout au moins disposer d'organismes de règlement des conflits qui soient à même d'apprécier leurs comportements...

¹ Voir "Les magistratures économiques", revue préc.

² Voir notamment les études de Ch. Hannoun, "La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme", *Rev. Trim. Dr. Com. Dr. et Econ.*, 1989, p.417 ; "Néo-corporatisme et interprofessionnalité. Regards sur la restructuration des espaces professionnels", *Rev. Inter. Dr. Econ.*, 1994, p.45.

³ Bien sûr, la "*société de consommation*" n'est pas un modèle séduisant pour des générations qui ont connu les luttes nationales ou humanistes... Mais il vaut mieux que les sujets de droit poussent des caddies dans les grandes surfaces plutôt que de tirer sur leurs voisins de palier (la sinistre Yougoslavie) ou les égorger... On peut consulter, pour un éloge dithyrambique des grandes surfaces, l'article d'une grande autorité comptable : E. Salustro, "La distribution moderne au service de l'économie, évolution prévisible", *J.C.P. (Semaine Juridique)* 1991, *Cah. Dr. Entrepr.* n°6. Pour cet auteur la grande distribution, en démocratisant la consommation, a "*révolutionné*" la société moderne.

Songez-y, qu'ont fait les pouvoirs publics français, en créant une juridiction administrative et une Cour des comptes, qui "*juge les comptes mais pas les comptables*", sinon admettre effectivement un contrôle de leurs comportements vis-à-vis de l'Etat de droit, mais avec des nuances... (l'opportunité). Les pouvoirs économiques souhaitent aussi une juridiction particulière... Lorsque l'on voit les dirigeants économiques se plaindre des tribunaux de droit commun qui, selon eux et leurs conseils, abuseraient de l'incrimination pénale d'abus de biens sociaux, faut-il s'en étonner ? Les "*juridicisations*" des pouvoirs sont lentes et, pour une large part, à leur merci.

Croit-on, sérieusement, que l'administration pourrait être plus efficace ? Naïveté, selon nous, car de nombreux observateurs ont constaté qu'en raison des rapports de force, on voyait souvent des administrations chargées de surveiller des groupes ou firmes privés se transformer en organismes de protection. La déréglementation et la suspicion généralisée (pas toujours injustifiée...) à l'égard de la fonction publique accentuent le déséquilibre. La puissance n'est pas du côté des agents de l'Etat. La présence d'autorités économiques privées ou professionnelles peut renforcer l'efficacité du contrôle juridique.

Ceci dit, les Commissions ne constituent pas un remède juridique miracle aux atteintes à l'Etat de droit commises éventuellement par des pouvoirs économiques. Lorsqu'on crée aux Etats-Unis la première Commission "*antitrust*", quels sont les "*professionnels*" qui viennent y siéger ? Les lawyers des compagnies de chemin de fer, parce qu'elles étaient les seules à s'être soucié de ce nouvel organisme, dont la création répondait au souci de sanctionner leurs atteintes à l'Etat de droit du marché ! Mais il est vrai que l'ensemble des firmes privées américaines étaient ou pouvaient être victimes des abus de puissance économique de ces compagnies et qu'elles se sont intéressées par la suite aux mécanismes régulateurs du marché. Les Commissions peuvent permettre de dégager un intérêt économique commun aux professionnels concernés et se soucier plus que l'administration de son respect. Mais tout dépend des conditions d'élaboration, du soin à choisir les "*autorités*".

S'agissant des pays émergents, nous sommes plutôt favorables à l'utilisation de ce moyen de régulation juridique, car l'administration est plutôt plus "*faible*", à tous égards, vis-à-vis des pouvoirs économiques et des nouvelles technologies que dans les pays dits développés. Mais les Commissions elles-mêmes peuvent être faibles et tomber dans le péché "*corporatiste*" ! Il faut, en tout cas, une assez longue durée pour une implantation de ces nouveaux organismes. Cela a été vrai aux Etats-Unis, en France, *a fortiori* dans des pays émergents où les besoins de régulation sont moins évidents.

Qu'en est-il des codes de bonne conduite ou d'éthique (ou de déontologie) ? Ils ont été popularisés à l'échelle internationale (car, eux aussi, correspondent à une tradition américaine) lorsque la création de codes a été envisagée à l'égard des sociétés transnationales, notamment pour les transferts de technologie¹. La définition donnée à l'époque par le "Groupe de personnalités de l'O.N.U."² demeure valable : "*un ensemble global de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient ; bien que de telles recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcée qu'elles sont par l'autorité des organisations internationales et par la force de l'opinion publique*". Les pays du tiers monde avaient accueilli avec scepticisme ce droit non obligatoire, cette "*soft law*"³. A tort, si l'on mesure son succès considérable, au plan interne dans les pays développés⁴. Les codes de conduite constituent la meilleure illustration des possibilités d'autorégulation par les pouvoirs privés économiques. Il faut songer à la tradition corporatiste, à

¹ J. Touscoz, *Transferts de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international*, P.U.F., 1978.

² Doc. O.N.U., E/5.500, p.62.

³ R.J. Dupuy, "Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la "*soft law*"", in *L'élaboration du droit international public*, Pedone, 1975, p.132.

⁴ Nous avons tenté de montrer les raisons de leur succès et leurs possibilités d'efficacité : Réflexions sur les codes de conduite privés, in *Le droit des relations internationales, Etudes Goldman, Litec*, 1982 et "Nouvelles réflexions sur les codes..." in *Les transformations de la régulation juridique, Droit et Société*, L.G.D.J., 1998.

l'intérêt que présentent les ententes économiques pour les firmes et les professions, aux pressions de l'opinion publique (le marché) et des pouvoirs publics. Les participants à une activité économique peuvent avoir le plus haut intérêt à la normaliser pour permettre son développement. Par les codes de conduite on normalise les charges (relatives, par exemple, à la prévention de la pollution) et on les fait peser sur tous ; ce qui réalise l'égalité concurrentielle. Enfin, il existe des moyens très sérieux d'assurer l'efficacité de ces normes privées : jusqu'à de fortes amendes privées au moyen de contrats¹. Des notions comme la faute, la bonne foi, peuvent permettre aux juges de retenir des dispositions de codes non-obligatoires. Les commissions peuvent en édicter, les pouvoirs publics les reconnaître. En matière financière et boursière ce sont les professionnels qui sont les sources réelles du droit.

Est-ce à dire qu'il faut prôner sans réserve cette privatisation (relative) des sources du droit ? Il ne faut pas oublier que bon nombre de règles légales, parfois sanctionnées pénalement, demeurent inappliquées... L'adhésion des justiciables est parfois nécessaire. Le droit ne vient pas nécessairement d'en haut. Et de toutes façons les pouvoirs économiques sont... en haut, et parfois très haut. Autant on doit affirmer la nécessité de sanctions pénales à l'égard des abus de pouvoirs, autant il faut laisser à l'activité économique un certain pouvoir normatif. Mais les codes de conduite sont naturellement sous le contrôle du juge.

Peut-on faire une réponse globale à la question que pose cette chronique ?

Nous croyons, dans le domaine de l'économie spécialement, à une homogénéisation du droit. Mais chaque pays doit évoluer à sa vitesse, à la lumière de ses propres intérêts et dans le respect d'une certaine culture (le droit est aussi un phénomène culturel).

¹ Le code élaboré par l'Association Suisse des Banques prévoyait, et prévoit sans doute toujours, des amendes pouvant aller jusqu'à quatre millions de dollars (G.J. Pevtchein, "Les codes de bon comportement" in *L'hypothèse de non-droit*, Liège 1978). Et il y a le boycott professionnel, particulièrement efficace.

Nous faisons du "*bricolage*", en tout domaine, à une époque de bouleversements, de recomposition des sociétés, qui doivent faire face à la fois à des modernisations technologiques vertigineuses et à des retours au Moyen Age. "*La modernisation favorise les replis identitaires*"¹.

¹ Mohamed Salah M.M., art. préc., p.175 ; l'Europe elle-même connaît, il suffit d'évoquer Vienne et l'empire austro-hongrois, l'un des plus hauts lieux de la création humaine, plus modestement la Yougoslavie de Tito et, maintenant l'anéantissement raciste dû à la Serbie au cours de ces dix dernières années. Les Etats-Unis ne sont pas, non plus, à l'abri de la barbarie. L'envers d'un règlement relativement harmonieux des conflits et intérêts économiques c'est bel et bien la barbarie, dans la mesure où subsistent les vieux antagonismes tribaux religieux et nationalistes.