

# *Le diable dans la bouteille* des Codes de bonnes conduites

Conférence en l'honneur de Gérard Farjat

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# Conférence

## en l'honneur de Gérard Farjat



Conférence Gérard Farjat, Nice 10 mars 2016

# ENJEU DE LA CONFERENCE

**RESTITUER ET FAIRE VIVRE**

**L'ESPRIT SCIENTIFIQUE ET HUMAIN  
DE GERARD FARJAT**

# Gérard Farjat : 1. Esprit planté sur des idées fortes

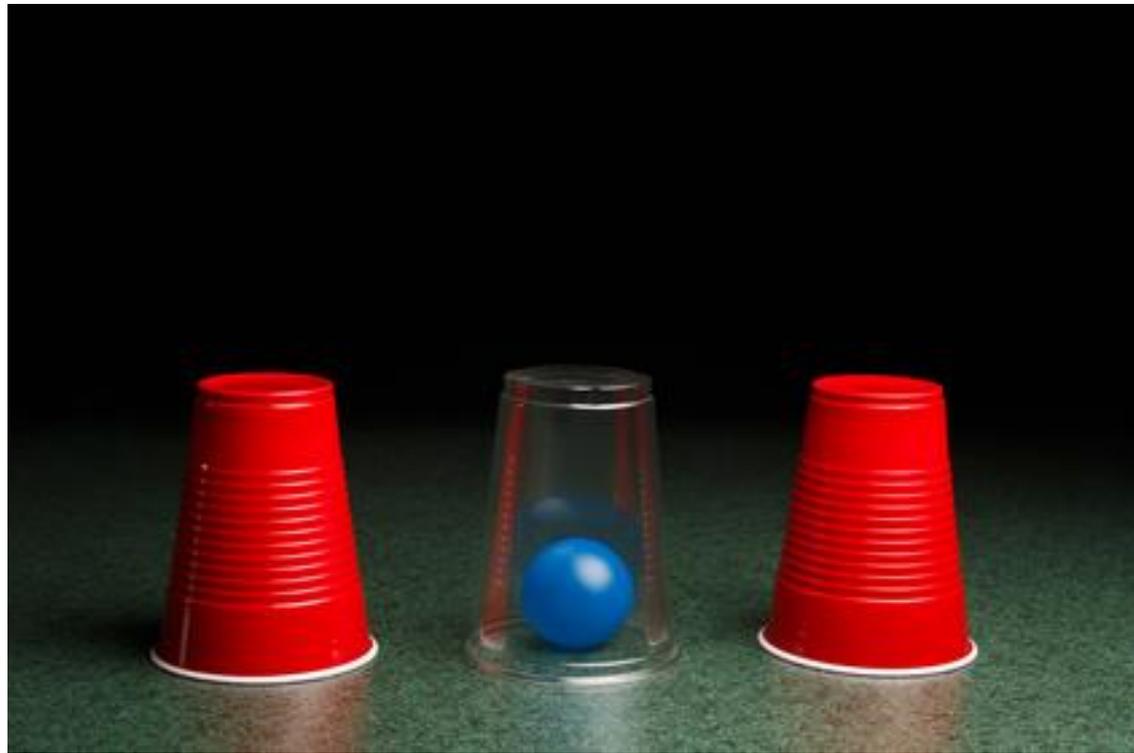


## ENJEU DE LA CONFÉRENCE

### RESTITUER L'ESPRIT SCIENTIFIQUE ET HUMAIN DE GÉRARD FARJAT

- Esprit planté sur des idées fortes :
  - L'être humain doit être premier dans les affaires humaines
  - C'est le Droit qui permet cette centralité de l'être humain, centralité qui n'est pas naturelle
  - Sinon le Droit n'a aucun intérêt
  - L'argent , le commerce et la consommation occupent une grande partie de l'humanité et du temps de l'humanité
  - Les humanistes doivent en conséquence faire du Droit économique

# Gérard Farjat : 2. Esprit cherchant la façon dont cela se passe pour en tenir compte



- Explique l'intérêt de Gérard Farjat pour les « codes de conduite privés »
- Si l'on ne peut pas faire confiance au **D**roit conçu et exprimé par ceux qui tiennent pourtant les majuscules : l'**É**tat et le **C**itoyen, pourquoi ne pas aller là où tout est en lettres minuscules : l'**e**ntreprise ?
- Et Gérard Farjat écrit, « en désespoir de cause » : *Réflexions sur les codes de conduite privés*

- Farjat, G., *Réflexions sur les codes de conduite privés*, in Mélanges Goldman, Litec, 1978, p.47-66.

**Ce que Gérard Farjat a décrit : par l'élaboration « privée » de la « conduite », la réponse à la nécessité pour l'entreprise d'établir un « ordre chez soi » et d'exercer une « puissance normative » sur autrui**

**Aujourd'hui, le choc en retour : l'internalisation de la contrainte via des « codes de bonnes conduites »**

- L'entreprise est une « aventure », concrétisation de l'acte d'entreprendre, un élan (nature d'entrepreneur)
- Travaux « rétrospectifs » d'Alain Supiot : L'entreprise face au Marché total, 2015
- Entreprise : aventure humaine collective
- Élan vers le futur, inconnu prometteur

## **I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »**

### **A. LA NÉCESSITÉ D' « ORDRE CHEZ SOI »**

- 1. L'entreprise est une aventure qui gagne à être ordonnée**

- L'entreprise est aussi une organisation, un « Ordre », née de fait ou de droit de ce geste aventureux
  - Cette organisation fait supporter à l'aventure collective les embruns du futur incertain : accroît la perspective de bénéfices partagés, limite les dégâts de la faillite, organise l'information sur ces 2 perspectives ouvertes
  - Le Droit fournit la « palette organisationnelle » : Droit des sociétés, Droits des contrats
- I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »
    - A. LA NÉCESSITÉ D'« ORDRE CHEZ SOI »
      1. L'entreprise est une aventure qui gagne à être ordonnée

- Gérard Farjat a pensé cet Ordre extérieur dans sa thèse  
*L'ordre public économique*, 1963
- Ordre public et droit des contrats  
/ Ordre public de direction et  
Ordre public de protection
- Définition du Droit par son  
pouvoir de « contrainte »  
(*enforcement*)

## I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »

### A. LA NÉCESSITÉ D'« ORDRE CHEZ SOI »

**2. L'Ordre extérieur doit être plus  
large que son objet**

- Gérard Farjat a pensé l'articulation de l'Ordre extérieur (Droit) et de l'ordre intérieur (entreprise)
- Gérard Farjat, lecteur de Santi Romano (première citation dans l'article)

## **I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »**

### **A. LA NÉCESSITÉ D'« ORDRE CHEZ SOI**

**2. L'Ordre extérieur doit être plus large que son objet**

- L'Ordre externe peut être de fait « plus petit » que l'objet organisé « entreprise »
- Entreprise Internationale
- Farjat : les « Codes de conduite privés » sont nés en 1930 dans les entreprises internationales
- Distinction entre « entreprise internationale » (= mille pattes) et « entreprise globale » (= *Falgor*)
- Création d'un « Ordre à soi » puisque les Ordres extérieurs sont trop petits et contradictoires

## I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »

### A. LA NÉCESSITÉ D'« ORDRE CHEZ SOI »

**2. L'Ordre extérieur doit être plus large que son objet**

- Convoitise pour le pouvoir normatif *erga omnes*
- Peu importe la contrainte : l'émission suffit (les idées mènent le monde. Gérard Farjat le dit « il ne faut pas sous-estimer le pouvoir des mots » – idées anglaises)
- Passage du « Code de conduite » au « Code de **bonnes** conduites »)
- L'éthique, nouvelle arme économique face aux pays en voie de développement

## I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »

### **B. LA PUISSANCE DES ENTREPRISES SUR AUTRUI EN POSANT CE QUI EST « BON »**

#### **1. Les entreprises, émettrices de ce qui est « bon » pour autrui**

- Ce que vînt après Gérard Farjat : invention de la *Corporate Social Responsibility*. **Renversement du rapport entre l'entreprise et la société politique :**
- La société politique n'est plus le « modèle » des rapports à l'intérieur de l'entreprise (« démocratie sociétaria »)
- L'entreprise absorbe la Société politique : elle dit ce qui est « bon » : Gunther Teubner : « constitutionnalisation » des entreprises supranationales, 2015
- **Argument « pragmatique »** (Tirole) : seules les entreprises ont la puissance, donc elles peuvent et doivent faire ce que l'État est incapable de faire

## I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »

### **B. LA PUISSANCE DES ENTREPRISES SUR AUTRUI EN POSANT CE QUI EST « BON »**

#### **1. Les entreprises, émettrices de ce qui est « bon » pour autrui**

- A la *Responsability* s'attache la *Liability*
- Cristallisation de la portée de l'engagement unilatéral dans le nouveau Droit des Contrats
- La demande forte d'une « Responsabilité de principe » : Alain Supiot, *Prendre la responsabilité au sérieux*, 2015  
Pouvoir de fait, impossibilité de ne pas rendre de compte
- Du danger de sortir de ce pourquoi est faite l'entreprise : la recherche de bénéfices pécuniaires

## **I. L'ÉLABORATION PRIVÉE DE LA « BONNE CONDUITE »**

### **B. LA PUISSANCE DES ENTREPRISES SUR AUTRUI EN POSANT CE QUI EST « BON »**

#### **2. Les entreprises, prises au piège du pouvoir auto-attribué**

L'entreprise a un **objet tautologique** : article 1832, al.1 du Code civil

- *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une **entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice** ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*

Par son Code de « bonnes conduites », elle **déplace son objectif** en posant des normes générales et abstraites sans rapport avec son objet premier :

- Egalité entre les hommes et les femmes
- Diversité, lutte contre les discriminations, protection des minorités
- Protection de l'environnement
- Développement de la culture et de l'accès de tous à celle-ci, etc.
- Lutte contre les risques

= Convergence avec les « soucis » des États

Récupération du dynamisme des entreprises « en position de puissance » pour concrétiser les objectifs préalablement posés par la Puissance publique

- L'économie réelle est dominée par une économie virtuelle qui lui est autonome et dont elle dépend
- L'économie virtuelle a deux formes gémellaires et croisées
  - La finance dont les banques assurent l'intermédiation
  - Le numérique
- Les deux secteurs se croisent (places financières alternatives) et sont « maîtrisés » et « tenus » par des « géants globaux »
- C'est un fait

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **A. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », INTERNATIONALISATION DE LA RÉGULATION FINANCIÈRE MONDIALE**

**1. Le monde est « tenu » par des entreprises « cruciales »**

- Les régulateurs financiers poursuivent des objectifs multiples
- Des objectifs financiers
  - Information
  - Prévention et gestion du risque systémique
- Des objectifs non financiers
  - Lutte contre la corruption
  - Lutte contre la criminalité dont le produit financier est blanchi
- Pour les atteindre, les systèmes publics ont trouvé la solution

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **A. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », INTERNATIONALISATION DE LA RÉGULATION FINANCIÈRE MONDIALE**

**2. Les Régulateurs internalisent dans les Codes de « bonnes conduites » des entreprises leurs propres missions**

- Invention de la *Compliance*
- Nécessité de concrétiser les objectifs poursuivis par le système de régulation
- Fusion entre les normes publiques et les normes privées qui reprennent les premières (Farjat décrivait une vassalisation inverse)
- Entreprises, « perroquets » des causes finales des Régulateurs et des États
- Chaîne autour de la patte du « Constituant » devenu « perroquet » : le pouvoir de sanction du Régulateur

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **A. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », INTERNATIONALISATION DE LA RÉGULATION FINANCIÈRE MONDIALE**

**2. Les Régulateurs internalisent dans les Codes de « bonnes conduites » des entreprises leurs propres missions**

- Technique d'homologation des Codes de bonnes conduites par le Régulateur ou le superviseur
- Intégration du Code de bonnes conduites dans le corpus au nom duquel le Régulateur ou le superviseur surveille et sanctionne l'entreprise

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **A. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », INTERNATIONALISATION DE LA RÉGULATION FINANCIÈRE MONDIALE**

**2. Les Régulateurs internalisent dans les Codes de « bonnes conduites » des entreprises leurs propres missions**

Article L612-1 du Code monétaire et financier :

I.- L'Autorité de contrôle prudentiel(et de résolution), autorité administrative indépendante, veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle.

L'Autorité contrôle le respect par ces personnes des dispositions du code monétaire et financier ainsi que des dispositions réglementaires prévues pour son application, du code des assurances, du livre IX du code de la sécurité sociale, du code de la mutualité, du livre III du code de la consommation, des **codes de conduite homologués** ainsi que de **toute autre disposition législative et réglementaire dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées.**

- Les « entreprises qui tiennent les secteurs » forment une catégorie juridique : exemple en droit financier des « entreprises de marché » : Patrick Barban, *Contribution à l'étude d'un modèle d'infrastructure de marché*,
- Elles « tiennent » le marché par les contrats et les Codes de conduite sur la base desquels elles exercent un « pouvoir disciplinaire » (Gérard Farjat)
- Ce sont des **Régulateurs** : pouvoir d'émettre des Règles, discipline et pouvoir de sanction

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **B. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », VOIE DE TRANSFORMATION DE L'ENTREPRISE EN SUPERVISEUR ET RÉGULATION DE SECOND NIVEAU**

#### **1. Le « Code de bonnes conduites », voie de transformation de l'entreprise cruciale en Régulateur de second niveau**

- Législateurs, juridictions et régulateurs sont intervenus pour tirer les conséquences de cette fonction de Régulation de second niveau.
- En Ex Post et en Ex Ante.

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **B. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », VOIE DE TRANSFORMATION DE L'ENTREPRISE EN SUPERVISEUR ET RÉGULATION DE SECOND NIVEAU**

#### **1. Le « Code de bonnes conduites », voie de transformation de l'entreprise cruciale en Régulateur de second niveau**

- **Ex Post** : Interdiction des conflits d'intérêts : Affaire du NYSE, l'ordre ne peut pas justifier la collusion
- Condamnation d'Euronext dans l'exercice de son pouvoir de tenue de marché pour manque d'impartialité : AMF, Com. Sanct., 4 déc. 2015, *Euronext*.
- Plus encore, insertion **Ex Ante** dans le système : les Régulateurs ont obligé l'opérateur à l'adoption d'un Code de bonnes conduites pour expliciter les rapports de fait disciplinaires et les contrôler : CRE sur Code de bonnes conduites RTE

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **B. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », VOIE DE TRANSFORMATION DE L'ENTREPRISE EN SUPERVISEUR ET RÉGULATION DE SECOND NIVEAU**

#### **1. Le « Code de bonnes conduites », voie de transformation de l'entreprise cruciale en Régulateur de second niveau**

- Supervision : transparence de l'entreprise pour s'assurer de l'effectivité des règles
- Obligation pour l'entreprise d'assurer l'effectivité des règles du Code de bonnes conduites qui visent l'effectivité du système général global
- L'entreprise devient le Superviseur d'elle-même et des autres
- Innovation logique : le « lanceur d'alerte »
- SEC : Chef d'entreprise aussi bien destinataire que le Régulateur
- Projet de loi « Sapin 2 »

## II. L'INTERNATIONALISATION DE LA CONTRAINTE VIA LES « CODES DE BONNES CONDUITES »

### **B. LE CODE DE « BONNES CONDUITES », VOIE DE TRANSFORMATION DE L'ENTREPRISE EN SUPERVISEUR ET REGULATION DE SECOND NIVEAU**

**2. Le « Code de bonnes conduites », voie de transformation de toute entreprise en Superviseur de second niveau sur les autres et sur lui-même**

- Qu'est devenu le « code de conduite privé » décrit par Gérard Farjat en 1978 ?
- Avait acquis une Majuscule, à travers notamment la Responsabilité Sociale de l'Entreprise : Le « Code de bonnes conduites », comme « Constitution mondiale » de ce qui est « Bon pour l'être humain », alors que la Banque Mondiale désigne cet être humain comme élément du « capital »
- Mais le code de bonnes conduites en train de perdre sa majuscule en ce que la conduite n'est « bonne » que si elle est bien l'instrument de concrétisation des fins posées par des Régulateurs qui « mobilisent » la puissance des entreprises
- Montre que le pouvoir est encore dans les mots et les phrases posés par un Législateur en phase avec le Peuple
- Nous allons le montrer :

- Gérard Farjat craignait la puissance de la « marchandise »
- Conférence assez pessimiste faite au Collège Méditerranéen :

Gérard Farjat

***LES TENDANCES HÉGÉMONIQUES DU SYSTÈME ÉCONOMIQUE  
DANS LA CONSTRUCTION DU LIEN SOCIAL  
ET LES RÉPONSES DU SYSTÈME JURIDIQUE***



- Il voulait un « Droit Économique », c'est-à-dire une économie pour laquelle le Droit ne soit pas réduit à n'être qu'une ossature efficace, une prestation de service et une voie d'exécution, d'efficacité des arrangements
- Quand on observe les évolutions actuelles, on observe que le pouvoir du Droit tient dans un mot : **NON**

- Positivité de la négation : le Droit dit **NON** « par principe ». La première puissance, la première liberté, la première pensée est négative : **NON**
- Pour l'économie, les être humains ont la « valeur » à la mesure du désir que l'on a d'eux (« capital humain »).
- Pour certains juristes, l'être humain est une « personne » dont la valeur est posée d'une façon absolue et dont l'égalité par rapport à l'autre être humain est posée d'une façon absolue.
- C'est faux en Fait ; c'est incontestable en Droit.
- Le Fait économique veut primer : le Droit dit **NON**.
- Est-ce illusoire ?

- Le 6 octobre 2015, la CJUE a dit **NON** aux géants du numérique, protégés par un *Safe Harbor*, pulvérisé par la Cour car les « données personnelles », c'est la « Personne » même, méconnue par les entreprises
- Les entreprises américaines avaient émis des « **Codes de bonnes conduites** » : *Corporate Binding Rules* pour superviser à l'intérieur même de leur organisation le respect des dispositions de l'Accord *Safe Harbor* passé entre la Commission Européenne (Décision du 26 juillet 2000) et les États-Unis
- Pas d'assurance sur l'effectivité de ces *Corporate Binding Rules* : déclaration de non-conformité du *Safe Harbor* avec la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne

- L'avenir des *Corporate Binding Rules* tient donc dans le « crédit » que la puissance publique européenne leur donnera, dans l'effectivité de la place faite à la « Personne » et non pas seulement au capital humain
- Le *Privacy Shield* actuellement élaboré ne semble pas y parvenir
- Le Président des États-Unis a demandé la réunion d'un G20 pour trouver une solution contre ce Droit si buté ....
- L'impuissance du Droit naît de la croyance dans son impuissance



*Merci, Gérard*

*d'avoir si bien travaillé et œuvré*

*« Pour un Droit économique », 2004*

*Conçu ainsi, l'humanisme y est logé*

*Merci*